



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

GT – CIVIL JUSTICE AND DISPUTE RESOLUTION

CANOAS, 2015

C749a Congresso do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle (1.:
2016: Canoas, RS)

Anais [recuso eletrônico] / I Congresso do Mestrado em Direito e
Sociedade do Unilasalle, 5 a 8 de maio em Canoas, RS. - Canoas,
Unilasalle, 2016.

Disponível em: <http://www.sociologyoflaw.com.br/midia>

Colaboração: Research Committee on Sociology of Law da
International Sociological Association (ISA/RCSL) e a Associação
Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABRASD).

Tema central: "A Sociologia do Direito em Movimento:
Perspectiva da América Latina."

Organizadores: Germano Schwartz e Renata Almeida da Costa
Inclui referências.

ISSN: 2448-1696

1. Direito – Anais. 2. Direito – Congresso I. Título.

CDD 340.115

Bibliotecária responsável:
Maritza Silveira Martins
CRB 10/1741

DIRITTO, INTERNET E CITTADINANZA: LA DISCIPLINA DEL COMMERCIO ELETTRONICO IN BRASILE

Sandra Regina Martini Vial¹

Sophia Martini Vial²

1 INTRODUZIONE

“La solidarietà avvicina mondi mentre la solitudine vive di separazioni e di distanze”(RESTA, 2004 p.9).

Nella società attuale, i confini tendono a non essere più rigidamente delimitati da un punto di vista geografico o politico. Si tratta, infatti, sempre più di una società in rete, che offre alle persone la possibilità concreta di avvicinarsi fra loro, ma che può anche favorire il processo di allontanamento reciproco. Osserviamo come i meccanismi che ci allontanano sono gli stessi che possono avvicinarci.

Alcuni aspetti di questo “nuovo” mondo vanno ripensati e ridimensionati quotidianamente. In effetti, al processo di consolidamento di questa società in rete, o società globalizzata, non è corrisposta una maggiore democratizzazione del mondo; al contrario, abbiamo creato nuove forme di esclusione sociale.

Nel presente lavoro rifletteremo su tale paradosso, a partire dalla relazione tra diritto e tecnica, cercando di dimostrare che è la stessa tecnica che può uccidere e al tempo stesso salvare e che pertanto, per gli stessi motivi per i quali si assiste al fenomeno della cosiddetta esclusione digitale, potremmo raggiungere invece l’inclusione digitale.

A tale fine, occorre intendere la tecnica come un bene servente nei confronti di una auspicata cittadinanza piena e planetaria. Nella relazione tra la tecnica, cioè Internet, e il diritto, quest'ultimo svolge un ruolo importante, come

¹ Dottoressa di ricerca in Diritto, evoluzione dei sistemi giuridici e nuovi diritti, Università degli Studi di Lecce e docente presso l'Università di Vale do Rio dos Sinos, Brasile.

² Dottoranda in Diritto privato presso l'Università Federale di Rio Grande do Sul, Brasile.

cercheremo di mostrare, prima di arrivare al cuore del nostro lavoro, incentrato sul rapporto tra commercio elettronico e diritto del consumatore-cittadino.

Il fatto che i contratti elettronici costituiscano un riflesso dell'economia globalizzata e senza frontiere non li sottrae all'applicazione del diritto dei consumatori. Sebbene si tratti di un tema nuovo, infatti, anche le relazioni di consumo che si instaurano per mezzo di Internet sono tutelate dai principi costituzionali già operanti nel nostro sistema giuridico.

Si discute se occorra o meno provvedere ad adottare una legge specificamente volta alla protezione del cyberconsumatore, laddove l'applicazione delle regole generali e del criterio dell'analogia potrebbero essere applicate sulla base di parametri già esistenti nell'ordinamento giuridico vigente. A ciò si aggiunga che non va nemmeno sottovalutata la portata di innovazioni come la cosiddetta moneta elettronica, che certamente pongono questioni giuridiche nuove ed obbligano ad un ripensamento dello stesso diritto e quindi anche della società. società "nuova", nella quale il consumo assume anch'esso una "nuova" veste.

In questo lavoro ci occuperemo allora proprio del "consumatore-cittadino" e della sua quotidiana lotta per far valere il suo diritto ad avere diritti, dinnanzi ad innovazioni tecnologiche che incidono in modo significativo proprio sulla relazione tra inclusione ed esclusione.

2 DIRITTO E TECNICA

La società moderna presenta caratteri che la rendono complessa e incessantemente mutevole. La dimensione del diritto in tale società – *Rechts in der Gesellschaft*, secondo la definizione di Niklas Luhmann (1997) – è segnata dalla sua relazione con la tecnica, il cui codice è "si può fare tutto quello che si può fare?". Premessa questa che produce un paradosso insuperabile nel subordinare il diritto al codice della tecnica. Ecco allora l'ipotesi di un "altro diritto" che attraverso la tecnica può salvare e uccidere allo stesso tempo. Afferma al riguardo Eligio Resta:

[...] perché non possiamo fare tutto quello che possiamo fare? Cioè, qual è il limite ad una attività, ad una *poiesis*, ad un 'fare' della nostra vita quotidiana e qual è la sua legittimazione? Perché ci sono due termini di

riferimento del 'possiamo'? E quali sono le nostre capacità di porre limiti al poter fare tutto quello che possiamo fare? (RESTA, 1993, p.45).

Nella società attuale, la possibilità di fabbricare paradossi passa attraverso la tecnica, la quale nel momento stesso in cui li riduce, li aumenta. Così pure opera il "diritto fraterno", dato che per mezzo della tecnica si stabilisce ed allo stesso tempo esso trovi difficoltà nella sua attuazione, proponendo nel suo progetto una condivisione e un'inclusione universali. In altri termini, analizzare il rapporto tra diritto e tecnica significa ritornare al concetto greco di ambivalenza, nel senso che è la tecnica che risolve i problemi ed è la stessa tecnica che ne crea di nuovi.

Ovvero, si condanna salvando e si salva condannando, si cura ammalandosi e si ammala curandosi. La tecnica è il luogo dell'aumento della complessità e pertanto delle possibilità. La fraternità non considera la tecnica come qualcosa che si apre o si chiude, ma come qualcosa che raggiunge la *philia* delle contraddizioni e dell'ambivalenza. Per esempio, il corpo umano: la tecnica può ridurre (e lo fa) il corpo umano a una merce, ma può anche, allo stesso tempo, scoprire nuove dimensioni della solidarietà.

È possibile rendersi conto di ciò verificando, grazie alla ricerca scientifica, come dipenda dalla compatibilità del midollo la possibilità di effettuare il trapianto.

È cioè oggi possibile l'affermazione di un "dover donare". Un tale livello di solidarietà, prima impensabile, diventa possibile e fattibile ai nostri giorni per mezzo della tecnica. La tecnica è una nuova *philia* e una nuova sfida per la condivisione. Pertanto la condivisione presenta un suo carattere di ambivalenza, che si declina nella possibilità di essere proprietario del proprio corpo e nella necessità di metterlo a disposizione dell'umanità.

Osserva Resta al riguardo:

Quando si parla della questione della tecnica, cioè della vita, si parla del bene pubblico e se il problema è quello allora non c'è altro che riferirsi a quel gioco debole, infondato, lontano da ogni arroganza della prescrizione che possiamo ritrovare dove ci allontaniamo da ogni violenza e scopriamo la scommessa moderna del diritto che sta tutta nel suo convenzionalismo. Salvare il patrimonio genetico lasciando intatto il fiume o il fondo del mare, aprire possibilità ad altri piuttosto che accontentarsi della soddisfazione misera ed egoistica del *free rider* che usa per sé l'ultima risorsa che non potrà ricrearsi e che si serve in maniera suicida della tecnica per depauperare le possibilità, è qualcosa. Non c'è, ripeto, alcuna forza della legge che ci sovvenga, se non quella

aleatorietà dello scommettere sui diritti come Pascal scommetteva sull'esistenza del bene pubblico. Se Dio, il bene pubblico, fosse esistito, i costi delle rinunce sarebbero stati ben poca cosa rispetto ai vantaggi. Se non fosse esistito la perdita dei costi sarebbe stata irrisoria rispetto a quello che si sarebbe potuto guadagnare (RESTA, 2001, p.55-56).

Queste nuove idee mettono in dubbio tutta la struttura dogmatico-giuridica del tempo presente. I confini del corpo – e del soggetto – sono illimitati in modo crescente in funzione dei progressi della tecnica. Un altro esempio che può darsi è la questione della banca del seme, che protegge il corpo al di fuori dello stesso corpo, così come succede per la questione del cordone ombelicale. Significa che la vecchia questione affrontata da Immanuel Kant (1996), se si sia un corpo o lo si abbia, deve essere ripensata alla luce delle nuove acquisizioni tecnologiche.

Un altro profilo d'interesse per la nostra riflessione è affrontato da Plessner, che afferma: «[...] io sono ma non mi possiedo», precisando che l'uomo è al di fuori del suo interno e dentro il suo esterno, interno alla propria exteriorità ed esterno alla propria interiorità[...] E ancora, sempre secondo Plessner, l'uomo non è identico a se stesso, né completamente differente da se stesso, ma si colloca precisamente nel limite che contemporaneamente lo unisce e giustappone (PLESSNER, 2007).

Sono queste le sfide per le nuove dimensioni fraterne, dal momento che la tecnica, in tutta la sua dimensione biopolitica, consente di spostare l'attenzione sul terreno dell'eguaglianza senza misura e sulla costante necessità di condividere gli spazi di vita. Ecco così che la tecnica avvicina e allontana allo stesso tempo. Muovendo da tale presupposto, la teoria del “diritto fraterno” propone l'inclusione senza confini in tutti i diritti fondamentali e in tutti i beni comuni dell'umanità.

Afferma, ad esempio, Emanuele Severino:

La tecnica, invece, non si propone uno scopo escludente. La tecnica (come sistema, o apparato che include un insieme di sottosistemi – burocratico, finanziario, amministrativo, militare, economico, sanitario, scolastico, ecc. – non si propone uno scopo specifico ed escludente: si propone l'aumento infinito della potenza; si propone l'incremento infinito della capacità di realizzare scopi. Ciò che chiamiamo “tecnica” ha dunque una complessità rilevante. Ma la complessità è ancora maggiore, se la tecnica è posta in relazione al risultato essenziale del pensiero contemporaneo (SEVERINO, 2001, p.17-18).

In una società nella quale tutto è possibile, si presenta costantemente la possibilità di superare i limiti prefissati. E allora, se la tecnica può contribuire a consolidare una società più fraterna e, conseguentemente, un “diritto fraterno”,

essa appare come una *potenza* che può portare a patti fraterni.

Queste nuove forme potranno essere costruite dagli operatori del diritto che vogliano fare “la differenza” in un mondo di indifferenti; è una grande sfida, che trova i suoi limiti ma anche i suoi stimoli nella stessa società, dato che la trasformazione della società dipende dalla trasformazione degli individui, secondo l’idea di Rudolf von Jhering, per il quale le società «sono l’io noi». Egli afferma: “Nessuno esiste di per sé, né mediante sé stesso. Invece, ognuno vive attraverso gli altri e, allo stesso tempo per gli altri, a prescindere dall’esistenza o meno dell’intenzione” (VON JHERING, 2002, p.71).

In questo scritto saranno approfondite le dimensioni del paradosso appena descritto, guardando in particolare ad uno speciale profilo della cittadinanza digitale, quello relativo alla stipula di contratti di commercio elettronico. Si tratta, infatti, di un’attività che esprime uno dei modi di esercizio della propria cittadinanza; e che, se si è sprovvisti di capacità tecnica o monetaria, rischia di generare nuovi esclusi.

Attualmente l’“esistere per gli altri” può trovare una nuova occasione con lo sviluppo della rete Internet. Come rilevato, infatti, oggi i nuovi processi tecnologici possono contribuire a rendere effettiva una democrazia cosmopolita, purché i nuovi strumenti non diventino oggetto di nuove colonizzazioni³.

Internet può, dunque, contribuire a consolidare una società basata su una maggiore coesione e sulla scommessa della costruzione di un mondo diverso da quello attuale. La “tecnica-Internet” può favorire una nuova emancipazione, purché però il moderno operatore del diritto si apra a nuovi modelli, basati sulla transdisciplinarietà.

É in questa prospettiva, nel collegamento con le più varie aree della

³ Scrive RODOTÀ (2004, p. 55): Internet gioca un ruolo essenziale nella creazione e nell’organizzazione complessiva di un nuovo spazio pubblico e nella definizione delle modalità di integrazione e di convergenza dei diversi mezzi. In concreto, ci troviamo di fronte ad una molteplicità di modelli[...] Si aprono così prospettive nuove[...] Gli effetti del progressivo ampliarsi dell’e-government possono essere misurati in termini di trasparenza dell’azione pubblica, semplificazione procedurale, diminuzione dei costi di transazione nelle relazioni fra i cittadini e all’interno degli apparati pubblici. Allo stesso tempo, però, la digitalizzazione dell’amministrazione pubblica, il suo trasferirsi nella dimensione di Internet, non è garanzia di risultati sempre democratici[...] È evidente, allora, che la produzione di democrazia attraverso l’e-government non può essere affidata alla tecnologia in sé, ma esige forti e chiare politiche pubbliche.

conoscenza, che il diritto moderno deve essere studiato e applicato, e non già, come tradizionalmente è accaduto, a partire da una ottica dogmatica e formalista. Questa nuova prospettiva implica la costruzione di un nuovo ordine di riferimenti per la stessa scienza giuridica, che deve interagire con altre aree di studio intrinsecamente collegate con i fenomeni socio-giuridici oltre che al loro interno⁴.

Può esser fatto ciò che si fa? La risposta si presenta in modo ogni volta più complesso. Una della strade da percorrere per fare quello che si può fare senza uccidere e senza violenza è certamente quella che ci riconduce al concetto anacronistico di fratellanza e, nel caso in esame, al diritto fraterno che si propone di fornire una nuova ipotesi di analisi del diritto, basata su presupposti collegati alla rottura dell'ossessione identitaria, impegnandosi, allo stesso tempo, per il cosmopolitismo, l'amicizia, la nonviolenza e la pace.

3 IL CONSUMATORE NEL MERCATO ELETTRONICO

Nella società attuale ciò che conferisce potere non è più ciò che lo conferiva nel momento in cui si registrò la svolta storica verso la modernità. La maggiore velocità di comunicazione nelle relazioni interpersonali e di accesso alle informazioni consente anche una nuova forma di contrattazione elettronica, tipica dell'epoca che stiamo vivendo⁵, piena di contraddizioni. Un'epoca nella quale l'unica possibilità di superare i paradossi è offerta dalla tecnica, che a sua volta si

⁴ Seguendo le intuizioni di Rodotà, ma evidenziando altri paradossi, Resta risponde alla questione iniziale con la seguente osservazione: "E "poter" fare indica non soltanto una probabilità statistica, una possibilità contro alternative o contingenze; indica che siamo in grado di fare, ne abbiamo la capacità, la potenza. E, intanto, possiamo fare tutto quello che facciamo: uccidiamo, affamiamo, diamo al "boia e al soldato" (ci ricorda De Maistre) il "potere" di far di noi tutto questo, "usiamo" la natura, alteriamo il patrimonio genetico. Dunque "possiamo" farlo tanto è vero che lo facciamo; ma, possiamo farlo?" (RESTA, 1996, p.57).

⁵ A tecnologia digital e especificamente a *Internet* exercem um tremendo impacto na diminuição dos custos de pesquisa de mercado e de celebração de contratos, o que explica a sua rápida e grandiosa difusão em escala global...Sob o ângulo da perspectiva econômica, os custos comparativos de comunicação por meio da *Internet* são substancialmente mais baixos do que qualquer outra tecnologia... Os custos de celebração dos contratos também diminuem drasticamente... Os custos de execução do contrato, todavia, constituem um problema na internet, porquanto há inúmeros problemas de jurisdição, de lei aplicável, dificuldades para a utilização da "arbitragem", muito embora existam esforços, e, sobretudo, acordos contratuais para superá-los», (LORENZETTI, 2004, p.50-52).

presenta come paradossale, poiché implica essa stessa una relazione di potere, che oggi coincide con il controllo dell'informazione⁶.

Viene così in essere una nuova società basata su vincoli che passano attraverso reti, una società dell'informazione, fondata sulla cultura del virtuale-reale, dove la fiducia potrebbe costituire il fondamento (MARQUES, 2007, p.25), l'anello invisibile che legittima decisioni e codici culturali di condotta, basati appunto sulla detenzione dell'informazione⁷. In particolare, stiamo assistendo allo sviluppo graduale di un mercato finanziario globale indipendente, che opera per mezzo di reti di computer, nel quale ha luogo una riorganizzazione degli antichi negozi che offrono più i loro beni da vetrine reali, ma che usano Internet per organizzare e moltiplicare i propri *network* (CASTELLS, 2004, p.68). All'interno di tali reti possono darsi varie forme di "contratto"; ma ciò che risulta di particolare interesse è verificare se questa tecnica possa contribuire alla effettività di diritti fondamentali, rendendo così e più "fraterna" la vita dei cittadini. Proprio nelle situazioni paradossali, infatti, è possibile riscattare presupposti vecchi e nuovi (come appunto la fraternità): si tratta di una scommessa obbligata e irrinunciabile.

Oggi Google, il principale strumento di ricerca di informazioni in Rete (ricerca che spesso ci induce a "non-ricerche"; o a trovare ciò che non speravamo; o ancora a verificare come tutto sia collegato), è anche una piattaforma economica in cui si svolgono relazioni di consumo, che vanno al di là della stipula

⁶ Scrive M. CASTELLS (2000): "A new world is taking shape at this turn of the millennium. It originated in the historical coincidence, around the late 1960s and mid-1970s, of three independent processes: the information technology revolution; the economic crisis of both capitalism and statism, and their subsequent restructuring; and the blooming of cultural social movements, such as libertarianism, human rights, feminism, and environmentalism. The interaction between these processes, and the reactions they triggered, brought into being a new dominant social structure, the network society; and new economy, the informational/global economy; and new culture, the culture of real virtuality. The logic embedded in this economy, this society, and this culture underlies social action and institutions throughout an interdependent world."

⁷ "Power however does not disappear. In an informational society, it becomes inscribed, at the fundamental level, in the cultural codes through which people and institutions represent life and make decisions, including political decisions. In a sense, power, while real, becomes immaterial. It is real because wherever and whenever it consolidates, it provides, for a time, individuals and organizations with the capacity to enforce their decisions regardless of consensus. But it is immaterial because such capacity derives from the ability to frame life experience under categories that predispose to a given behaviour and can then be presented as to favour a given leadership" (CASTELLS, p. 378).

di contratti di compravendita di beni e servizi. Google, infatti, “muove” una grande quantità di informazioni provenienti anche dai consumatori; si tratta di dati dall'elevato valore economico, oltre che sociale, politico e culturale⁸.

Viviamo in un'epoca di “inflazione” di informazioni e, proprio per questo, mai siamo stati tanto “dis-informati”. Queste informazioni, però, non sono alla portata di tutti; inoltre, solo una parte limitata di tali informazioni viene trasformata in conoscenza. In tal modo, attraverso un processo molto più profondo del semplice “accesso all'informazione” risorge un'antica e spesso perversa relazione tra sapere e potere.

Il commercio elettronico costituisce per l'appunto la radice di questa nuova forma di vita che è l'economia elettronica (CASTELLS, p.87). Quello che in questa sede ci interessa è proprio analizzare in che modo questa economia elettronica possa generare un aumento del “quarto mondo”⁹ e delle sue insufficienze. O al contrario come la tutela che alimenta il nuovo mercato elettronico possa ridurre le dimensioni di questo “quarto mondo”, basato sulla mancanza di uguaglianza, sulla polarizzazione, sulla povertà e sulla miseria, svelando e ritrovando la fraternità liberandola così dalle carceri della Rivoluzione francese. Una tale liberazione può implicare una nuova forma di relazione sociale planetaria già definita da Internet, nella quale sia possibile appropriarsi del diritto, usandolo in modo differente, cioè

⁸Secondo S. RODOTÀ (2012, p.408), ci stiamo trasformando in veri e propri prigionieri del mercato: che cosa diviene la vita nel tempo in cui Google ricorda sempre? Nasce da qui la necessità del diritto all'oblio, del diritto di non sapere e di non essere tracciato

⁹Espressione utilizzata da Manuel Castells (1999, p.194-195), per designare ciò che nella sua opinione costituisce il risultato del capitalismo informazionale da cui derivano povertà ed esclusione sociale. In questi termini: “Neste final de milênio, o que costumava ser chamado de Segundo Mundo (o universo estatista) desintegrou-se, demonstrando-se incapaz de dominar as forças da Era da Informação. Ao mesmo tempo, o Terceiro Mundo desapareceu enquanto entidade pertinente, esvaziado de seu significado geopolítico e extraordinariamente diversificado em termos de desenvolvimento socioeconômico. Não obstante, o Primeiro Mundo não se transformou no grande universo da mitologia neoliberal. Porque um novo mundo, o Quarto Mundo, surgiu, constituído de inúmeros buracos negros de exclusão social em todo o planeta. O Quarto Mundo compreende várias áreas do globo, como por exemplo boa parte da África subsaariana e áreas rurais empobrecidas da América Latina e Ásia. Mas também está presente em literalmente todas as cidades, nessa nova geografia da exclusão social. É formado por guetos norte-americanos do centro das grandes cidades, enclaves espanhóis criados pela massa de jovens desempregados, banlieues franceses repletos de norte-africanos, bairros yoseba no Japão e favelas de megalópoles asiáticas. É habitado por milhões de pessoas sem moradia, presas, prostitutas, criminalizadas, brutalizadas, estigmatizadas, doentes e analfabetas. Estas pessoas constituem maioria em algumas áreas, minoria em outras e uma pequena minoria em alguns poucos contextos privilegiados”.

per rapportarsi all'altro, sconosciuto, come ad un uguale, come ad un "altro io", come ad un fratello.

4 IL COMMERCIO ELETTRONICO E IL DIRITTO DEL CONSUMATORE-CITTADINO

Come accennato, nella società attuale i cittadini consumano in modo più consapevole e la società stessa si è trasformata al punto da dover riconoscere come fondamentale il diritto del consumatore.

Il commercio elettronico, inteso come quell'attività che genera i contratti di commercio elettronico (o contratti a distanza)¹⁰, assorbe la gran parte delle relazioni di massa in Internet, ma pone anche molte questioni sul rischio di esclusione digitale di quella parte della popolazione che ha reddito più basso¹¹.

Un tema, quello dell'inclusione digitale ovvero dell'accesso ad Internet, su cui il Brasile da tempo si è mostrato particolarmente attento. Come noto, infatti, nel 1995 venne istituito il Comitato di gestione di Internet (*Comitê Gestor da Internet - CGI*)¹² proprio con l'obiettivo di rendere possibile quotidianamente alla popolazione l'accesso a Internet, nonché la sua partecipazione alle decisioni relative all'installazione, all'uso e all'amministrazione della relativa tecnologia. Da allora, il CGI. sta procedendo alla mappatura di Internet in Brasile¹³, intendendo

¹⁰In tal senso, v. C. L. MARQUES (2004, p.97-101): "Os contratos à distância no comércio eletrônico. A) Descrição do fenômeno – [...] Trata-se do denominado 'comércio eletrônico', comércio entre fornecedores e consumidores realizado através de contratações à distância, as quais são conduzidas por meios eletrônicos (e-mail ecc.), por Internet (*on line*) ou por meios de telecomunicações de massa (telemarketing, TV, TV a cabo, ecc.), sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo lugar (e sim a distância). [...] Acabei escolhendo a denominação 'contratos do comércio eletrônicos' em homenagem ao livro de Michel Vivant, obra que tem como finalidade o estudo dos contratos comerciais de consumo, com a diferença que me concentrarei aqui nos 'contratos do comércio eletrônico' envolvendo consumidores na sociedade brasileira",

¹¹Sebbene si dica che viviamo in un'era di informazione, dobbiamo puntualizzare che tale era non è arrivata per tutti, e specie per i settori più poveri della società. La massificazione delle relazioni e la possibilità di acquistare/consumare e comprare non sono accompagnate dal dovere di informare, che dovrebbe essere intrinseco alle relazioni di consumo. In Europa si utilizzava l'espressione *mobbing* per definire la massificazione e l'aggressione che molti consumatori subiscono per mancanza di informazione adeguata.

¹²Sulla definizione del CGI.br v. <http://www.cgi.br/sobre-cg/definicao.htm>.

¹³Cfr. il *Projeto Censo da Web.br*, su cui v. il rapporto *Dimensões e características da web brasileira: um estudo do gov.br* (www.cgi.br/publicacoes/pesquisas/govbr/cgibr-nicbr-censoweb-govbr-2010.pdf).

Internet non come un nuovo strumento tecnologico, bensì come un mezzo di valore sociale¹⁴.

Così che l'accesso ad Internet è esso stesso fonte di cittadinanza, perché tutti i cittadini devono avere il diritto – garantito dallo Stato – di allacciarsi ad una rete mondiale di computer. Il concetto di cittadinanza e parallelamente anche quello di consumatore si modificano man mano che la tecnologia potenzia l'interazione fra uomo e macchina. Secondo Levy, bisogna evitare il termine “impatto” per riferirsi all'interazione fra tecnologia e società; la tecnologia infatti, non è qualcosa di vivo, non è un proiettile o un'arma che può perforare la società. Le relazioni reali non sono fra tecnologia e cultura, ma piuttosto fra attori umani che utilizzano la tecnologia stessa¹⁵.

Come noto, l'impossibilità di accedere ad Internet oggi è fonte di nuove discriminazioni. La possibilità di accedervi rende ogni volta più rapida la vita del consumatore che sappia dominare il linguaggio elettronico, mentre esclude sempre più il cittadino che non è in tale condizione¹⁶. Attraverso la considerazione dei diritti fondamentali, già previsti o di cui La “cittadinanza digitale” è però oggi per molti versi ancora nebulosa; essa tuttavia serve a descrivere un insieme di situazioni che concorrono a definire la condizione della persona nel cyberspazio. E lo stesso diritto di accesso a Internet, infatti, non va inteso solo come diritto a essere connessi alla z molto importante per la storia dei diritti dei consumatori. Negli Stati Uniti, secondo Pitofski (1997, p.661-701), le preoccupazioni nascevano dalla sfiducia riguardo alla sicurezza dei prodotti messi in vendita che potevano nuocere alla salute dei consumatori. Inoltre, all'inizio del ventesimo secolo, con

¹⁴“O primeiro princípio da Web, proposto pelo W3C Brasil, afirma que “o principal valor da Web é o social. Mais do que tecnológico, este é um ambiente de comunicação humana, de transações comerciais, de oportunidades para compartilhar conhecimentos e, para ser um ambiente universal, deve estar disponível para todas as pessoas, independentemente dos equipamentos e softwares que utilizem, principalmente da cultura em que inserem, da localização geográfica, das habilidades físicas ou mentais, das condições socioeconômicas ou de instrução”. A universalidade da Web só pode ser garantida e aprofundada com um modelo de governança democrático e pluralista que tenha foco no acesso por todos e na sua própria evolução tecnológica”.

¹⁵ “As verdadeiras relações, portanto, não são criadas entre a tecnologia (que seria da ordem da causa) e a cultura (que sofreria os efeitos), mas sim entre um grande número de atores humanos que inventam, produzem utilizam e interpretam de diferentes formas as técnicas” (LEVY, 1999, p.23).

¹⁶ Tra gli altri, v. gli studi di STEFANO RODOTA

l'apparizione dei *muckcrackers*, si cominciò a segnalare una serie di inadeguatezze sanitarie, come narra lo scrittore Sinclair nel libro *The Jungle*, a proposito della confezione degli insaccati a Chicago, svolta in pessime condizioni dal punto di vista sanitario¹⁷.

Dopo la sua pubblicazione il libro si rivelò un vero e proprio *best-seller* e contribuì all'adozione del *Pure Food and Drug Act*, nonché del *Meat Inspection Act*¹⁸. Analogamente, Ralph Nader nel suo *Unsafe at any speed* chiamò in causa la potente *General Motors* riguardo a vari incidenti automobilistici mortali, cui seguirono mobilitazioni sociali, finché il presidente Kennedy nel 1962 adottò il *Consumer Bill of Rights*¹⁹ per la tutela dei diritti fondamentali del consumatore alla sicurezza, alla salute, all'informazione, alla scelta e all'oblio (RIZZATTO NUNES, 2009, p.2-7).

Oggi viviamo in una “società di consumatori”, per dirla con Bauman, ovvero in una società che promuove, incoraggia e rafforza uno stile vita ed una strategia esistenziale consumistica rifiutando ogni opzione culturale alternativa (BAUMAN, 2008, p.71). Uscendo da una crisi del capitalismo nel quale la ricchezza era fornita dallo sforzo dei lavoratori, stiamo transitando verso una nuova fase della produzione, nella quale la cultura e l'economia dominanti dipendono dalla cultura della virtualità reale²⁰.

¹⁷“There would be meat that had tumbled out on the floor, in the dirt and sawdust, where the workers had tramped and spit uncounted billions of consumption germs. There would be meat stored in great piles in rooms; and the water from leaky roofs would drip over it, and thousands of rats would race about on it. It was too dark in these storage places to see well, but a man could run his hand over these piles of meat and sweep off handfuls of the dried dung of rats. These rats were nuisances, and the packers would put poisoned bread out for them; they would die, and then rats, bread, and meat would go into the hoppers together”. V. <http://books.google.com.br/books?id=hKHCyIKOPBkC&lpg=PP1&hl=pt-BR&pg=PT129#v=onepage&q&f=false>

¹⁸ V. <http://www.fda.gov/regulatoryinformation/legislation/ucm148690.htm>.

¹⁹ Sui diritti dei consumatori negli Stati Uniti. (WALLER; BRADY; ACOSTA, 2011, p.1-29).

²⁰ “Um novo mundo está tomando forma neste fim de milênio. Originou-se mais ou menos no fim dos anos 60 e meados da década de 70 na coincidência histórica de três processos *independentes*: revolução da tecnologia da informação; crise econômica do capitalismo e do estatismo e a consequente reestruturação de ambos; e apogeu de movimentos sociais e culturais, tais como libertarismo, direitos humanos, feminismo e ambientalismo. A interação entre esses processo e as reações por eles desencadeadas fizeram surgir uma nova estrutura social dominante, a sociedade em rede; uma nova economia, a economia informacional/global; e uma nova cultura, a cultura da virtualidade real” (CASTELLS, 1999, p.411).

In tale virtualità reale il cittadino assiste ad una rapida trasformazione degli istituti giuridici formalisti e basati sulla precedente realtà del contrattualismo, dapprima con una totale assenza di disciplina e poi un adattamento del diritto. Le nuove relazioni contrattuali, come la contrattazione virtuale, trovano enormi difficoltà nel momento della soluzione dei conflitti, anche per lacune normative e lentezze legislative²¹. A tale proposito Erik Jayme, si riferisce alle tre caratteristiche del nostro tempo come individuate da Tommaso Marinetti (velocità, ubiquità, libertà) (JAYME, p.5), che non si può certo dire siano presenti nell'opera del legislatore.

La necessità di disciplinare le relazioni di consumo elettronico dimostra un aumento della vulnerabilità del cyberconsumatore. Tale vulnerabilità e il suo incremento derivano dalla spersonalizzazione della realizzazione giuridica, dalla smaterializzazione del mezzo elettronico e dalla deterritorializzazione della contrattazione²².

²¹M. HEIDEGGER (1998, p.23) formula alcune interessanti considerazioni sul tempo: "Se il tempo trova il suo senso nell'eternità, allora esso va compreso muovendo da quest'ultima. [...] se Dio dovesse essere l'eternità, allora il modo appena suggerito di considerare il tempo non potrebbe non rimanere nell'aporia fino a quando non saprà Dio, fino a quando non saprà domandare di lui. Se l'accesso a Dio è la fede, e se accettare l'eternità non è altro che questa fede, allora la filosofia non potrà mai possedere l'eternità né farne mai uso metodico come possibile prospettiva per discutere del tempo. La filosofia non potrà mai eliminare questa aporia".

²² "Caracteriza as formas de aumento de vulnerabilidade por meio da Internet: a) banners (estariam vinculados com a idéia da aparência, quando alguns sites colocam logomarcas de famosas empresas dando a entender ao consumidor que com aquelas está contratando), b) metatags (é a utilização da memória dos sites na hora da pesquisa em que o consumidor utiliza-se de palavras chaves e aquele guarda, assim quando o vulnerável for pesquisar os resultados estarão vinculados às palavras-chave mais utilizadas), c) spam-spams (são e-mails indesejados em geral contendo publicidades enganosas e abusivas), d) crackers (pessoas especializadas em fraudar, furtar e investigar a vida dos consumidores invadindo seus computadores), e) leilões virtuais (realizados por empresas que se utilizam banners de outras marcas passando-se por elas e enganando o consumidor que após a contratação fraudulenta não conseguirá reaver seu dinheiro), f) cybersquatting (é hipótese em que algum site de marca famosa é violado e copiado, tornando o consumidor ainda mais vulnerável), g) cookies (são formas de captar das máquinas dos consumidores dados de hábito deles, como preferências, violando a própria intimidade do consumidor), h) newsgroups (são grupos de notícias com críticas ou elogios a produtos e serviços em que pode haver infiltração para crítica do produto da marca concorrente), i) click agreement (é a forma de aceitar a contratação na rede por apenas um *click* no mouse), j) despersonalização e anonimato (estas duas características para o autor evidenciam a irrelevância dos estados subjetivos de quem contrata pela Internet lesando seus próprios direitos, bem como de outros consumidores – seriam as crianças, deficientes mentais ou até uma pessoa idosa), k) malware (programas que servem para executar ações danosas nos computadores), l) cavalos de tróia (espécie de malware, são programas oferecidos por crackers através de e-mails com jogos p.ex. a fim de invadir o computador do usuário), m) sywares, keyloggers, bots e rootkits (também são espécies de malware especializados em invadir os

Secondo Castells, sebbene esistano attività che non sono di natura globale, bisogna considerare che è il mercato ad essere globale, e che tende ad escludere tutto ciò che non corrisponde alla globalizzazione. È per questo motivo che possiamo parlare di società in rete o società connessa²³.

In tal modo, la contrattazione elettronica diviene davvero un modo di dimostrare lo *status* sociale del contraente. Chi non è in grado di contrattare non può usufruire di prezzi più accessibili, interessi più bassi e perfino modelli di prodotti o servizi esclusivi e differenziati²⁴. In tal senso il governo brasiliano nel

computadores e armazenar informações sobre os consumidores), n) pishing spam ou pishin scam (são formas de *pesca* dos consumidores para que através de e-mails ingresse em sites e forneça seus dados que servirão para posteriores fraudes), o) hoaxes (e-mails que remetem a boatos – um exemplo elucidativo são as próprias intimações judiciais falsas), p) interceptação e adulteração de e-mails (forma de evidencia da vulnerabilidade técnica e jurídica do consumidor pois segundo o autor além de não conseguir bloquear tal prática ainda sofre com muitas vezes a impossibilidade de provar que houve a fraude), q) vulnerações psicológicas (devido às novas formas de comunicação trazidas pela Internet tais quais chat, blog[...] tem as pessoas adotado novos comportamentos. Evidencia três fatores de comportamento que são resultados de uma pesquisa realizada por YOUNG: a) suporte social, b) realização sexual e c) criação de *persona*)” (MORAES, 2009, p. 262-271).

²³ “Entretanto, nem tudo é global. Na realidade, a imensa minoria do emprego, da atividade econômica, da experiência humana e da comunicação simbólica é local e regional. E as instituições nacionais continuam sendo as instituições políticas dominantes, e o serão no futuro previsível. No entanto, os processos estruturadores da economia, da tecnologia, da comunicação estão cada vez mais globalizados. Tal é o caso dos mercados financeiros, das redes produtivas e comerciais das principais empresas industriais, dos serviços estratégicos servindo às empresas (finanças, publicidade, marketing), dos grandes meios de comunicação, da ciência e da tecnologia. Esse sistema global tem estrutura de rede, a qual, valendo-se da flexibilidade proporcionada pelas tecnologias de informação, conecta tudo o que vale e desconecta tudo o que não vale ou desvaloriza: pessoas, empresas, territórios e organizações. Por isso, a globalização é, ao mesmo tempo, segmentação e diferenciação” (CASTELLS, *in*: BRESSER; WILHEIM; SOLA, 1999, 149-150)

²⁴ Vedi ad esempio come lo stesso Banco do Brasil faccia ricorso a meccanismi di inclusione dei propri funzionari nella cosiddetta *generazione y*: <http://bb.com.br/portallbb/page251,139,10021,23,0,1,8.bb> “A ferramenta Wiki foi escolhida pelo BB para propiciar a seus funcionários um espaço de construção e gestão de conhecimento. Trata-se de um lugar para compartilhar, trocar e contribuir com suas experiências, resolver problemas, melhorar procedimentos, dar e receber orientações, discutir alternativas, participar com suas opiniões. Num mundo onde a informação está em toda parte e que o conhecimento torna-se diferencial competitivo, o Banco aposta numa ferramenta que possibilita sistematizar informações e transformá-las em conhecimento. Além disso, a geração Y que vem chegando cada vez mais à Empresa anseia por novas tecnologias e espaços de interação. O potencial do Wiki de colaboração permite que se agregue valor às ideias uns dos outros, enriquecendo os artigos com as experiências de funcionários lotados em todas as regiões do País. Isso tudo é possibilitado pela característica democrática da ferramenta, a qual todos os funcionários têm acesso para consulta e edição. Democracia essa que pode permitir que funcionários de diferentes dependências contribuam com seus conhecimentos, tornando-se sujeitos mais ativos nos processos do Banco e ajudando a Empresa a identificar seus talentos. O Wiki também vem sendo utilizado no Banco como uma ferramenta pedagógica na qual funcionários ensinam e aprendem em comunidade. O Sinapse, ambiente no qual as diversas áreas do Banco

2009 ha adottato una serie di misure volte a favorire l'inclusione digitale. Ad esempio, il decreto 6.991 del 27 ottobre 2009 che istituisce Centri di comunicazione comunitari²⁵.

Nelle parole di Erik Jayme la società postmoderna presenta le seguenti caratteristiche: "pluralismo, comunicazione, narrazione e ritorno dei sentimenti" (JAYME, 1995, p.33). Essa si differenzia dalla società moderna perché l'utilizzo di questi parametri cessa di fungere da protezione negativa dei diritti di uguaglianza per trasformarsi nella protezione del diritto alla differenza, caratterizzata dalla ricerca di uguaglianza sostanziale mediante azioni positive dello Stato (JAYME, 1995, p.251). Così sono tutelati gli individui deboli; tra questi, colui che è diseguale nel mercato del consumo, il vulnerabile, il consumatore-cittadino.

Nell'ordinamento brasiliano con il Codice di difesa del consumatore la relazione di consumo ha acquisito un nuovo *status* con tutele di rango costituzionale. Ma sono tuttavia mancati il coordinamento fra le norme e la ponderazioni dei principi, in modo tale da salvaguardare il filo che regge le contrattazioni: la fiducia.

Come afferma Marques, infatti, «a confiança é [...] o novo paradigma necessário para realizar "este passo adiante" de adaptar o Direito do Consumidor à este novo modo de comércio" (MARQUES, 2004). Occorre allora definire il commercio elettronico, quindi i soggetti che prendono parte ai relativi negozi giuridici, e le leggi applicabili a tali relazioni, analizzandone e verificandone l'adeguatezza *a posteriori*.

compartilham artigos sobre seus produtos, serviços e processos, já teve desde seu lançamento em 2008 mais de 80 mil capacitações. Comunidade parece ser a palavra-chave: o Wiki-BB é uma comunidade de gestão de conhecimento que apenas irá se concretizar se os funcionários se apropriarem da ferramenta e utilizarem-na para melhorar seus processos diários e sua qualidade de vida no trabalho. Um exemplo do potencial de compartilhamento de conhecimento? Alguns trechos deste texto foram fundamentados num artigo escrito no Wiki-BB sobre comunidades de práticas, de co-autoria de dois colegas – um de Brasília, outro de Porto Alegre, elaborado num instigante exercício de escrita coletiva. O artigo continua lá, aberto à colaboração de outros colegas. O Banco utiliza para suas ações em Wiki um software livre, ressaltando que no próprio princípio do software livre já está embutida uma ética segundo a qual o conhecimento não deve permanecer oculto, mas ser compartilhado. Então, compartilhemos".

²⁵In conformità all'art. 2 di tale decreto, i Centri sono spazi che forniscono accesso pubblico e gratuito alle tecnologie di informazione e comunicazione mediante computer collegati ad Internet, disponibili a molteplici usi, fra i quali la navigazione libera e assistita, corsi ed altre attività di promozione dello sviluppo locale nelle sue varie dimensioni.

A differenza dei contratti civili, infatti, nei quali le parti sono uguali fra loro – quanto alle condizioni, alla conoscenza tecnica, giuridica e informativa, presumibilmente –, nel diritto del consumatore opera una presunzione differente, una presunzione di disuguaglianza, che rende necessaria una protezione positiva da parte dello Stato, sia caratterizzando il consumatore stesso come vulnerabile, sia adeguando le norme relative alla sua protezione. Quindi, come abbiamo già evidenziato, la difesa del consumatore-cittadino costituisce di per sé un diritto fondamentale. Ciò implica la necessità di proteggere costituzionalmente la relazione che ha origine nel contratto di consumo, aspetto da non sottovalutare. Così, a causa della difesa del consumatore e della tutela costituzionale di tale relazione, per analizzare i contratti di consumo occorre assumere come parametro il rispetto della disuguaglianza. Prima ancora che consumatori, però, siamo tutti cittadini. Per questa ragione, non è in gioco solamente la protezione fornita a un soggetto titolare di diritti speciali nell'ordinamento giuridico, ma anche e soprattutto più in generale la qualità di tale soggetto nel suo essere cittadino, che diviene il centro della protezione. Inoltre, il consumatore e il rispetto dei suoi diritti fungono da base della limitazione dell'iniziativa privata²⁶.

5 CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

In questa società dell'informazione le nuove forme del vivere si presentano come paradossali, così che l'accesso all'informazione non comporta necessariamente la sua assimilazione e non determina automaticamente una maggiore inclusione sociale. Come detto sopra, si tratta della nota questione dell'ambivalenza tecnica, per cui la maggiore informazione non è rilevante di per sé, ma può condurci verso una maggiore inclusione sociale, digitale, collegata ad altre forme di inclusione, tutte necessarie per una vita sociale degna. In questo contesto, anche il diritto appare a tratti incerto. Secondo alcuni, in un mondo totalmente nuovo anche il diritto necessita di essere ristrutturato; mentre secondo

²⁶ No art. 170, V, da CF/1988, a defesa deste novo sujeito de direitos, o consumidor, foi consagrada como princípio da ordem econômica, princípio limitador da iniciativa privada ou da autonomia da vontade, (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p.149).

altri occorre operare un “trapianto” giuridico mediante analogia²⁷. Nessuna di queste correnti teoriche è esente dai dubbi circa il ruolo dello Stato nella regolazione della Rete (LORENZETTI, 2001, p.37). La risposta sembra collocarsi a metà strada, né nella prima posizione che è radicalmente ontologica, né nella seconda, cioè in una trasposizione totale delle norme. Aderendo al pensiero di Lorenzetti, riteniamo che il diritto vigente debba essere inteso come una vera e propria ancora per evitare che il paradigma digitale si allontani dall’esperienza enorme relativa alla gerarchia dei valori e alla nozione di giusto e ragionevole (LORENZETTI, 2001, p.44).

A nostro avviso, sarà cioè necessaria quantomeno una trasposizione giuridica, ma per evitare la retrocessione nei diritti garantiti e già posti occorre anche esplorare la novità rappresentata dal cyberspazio²⁸ e il comportamento del consumatore in questa nuova realtà .

Probabilmente proprio la fiducia è l'elemento centrale nella relazione tra consumatore e Rete (MIRAGEM, 2009, p.41-92). Resta però la difficoltà per il consumatore di essere fiducioso nei confronti altra parte che non conosce. La spersonalizzazione contrattuale e il silenzio del dialogo virtuale (MARQUES, p.63), infatti, appaiono caratteristici di questo nuovo contesto. Ed anzi, l'assenza di volti che si traduce in una forma di anonimato²⁹ e la molteplicità di identità pongono il consumatore in una situazione di ancora maggiore svantaggio contrattuale.

In effetti, una delle caratteristiche di Internet è proprio quella di porre in contatto persone appartenenti a culture e mondi differenti; in questo modo però la territorialità della norma e la certezza giuridica ad essa associata possono restarne pregiudicate. Come più volte ricordato, l'impossibilità di accesso alle informazioni e più in generale la mancanza di conoscenza del nuovo mondo

²⁷ “Las posiciones existentes pueden separarse claramente en dos grupos: una, que denominaremos”ontológica”, sostiene que estamos ante un mundo Nuevo de demanda un derecho diferente, y otra “instrumental”, que simplemente traslada las reglas existentes mediante analogia” (LORENZETTI, 2001, p.37).

²⁸ Espressione che nasce con il romanzo *Neuromancer* cui la critica si è riferita definendolo romanzo *cyberpunk* con una miscela di elementi postmoderni di incertezze e incredulità e la cultura punk combinata con elementi di cultura tecnologica. (GIBSON, 2003).

²⁹ “como condição ou qualidade da comunicação não-identificada, ou seja, da interação entre vários interagentes que não possuem identidade explícita ou que a ocultam” (SILVEIRA, 2009, p.115).

virtuale generano una nuova forma di esclusione, trasformando così il cittadino in un analfabeta di tipo nuovo³⁰. Allora, in conclusione, si può sostenere che la necessità, pur difficile da soddisfare, di regulamentare certi usi del mezzo eletrônico, trova sostegno nella altrettanto necessaria aplicação del principio di non discriminazione³¹.

REFERÊNCIAS

ABREU, G.. **A Publicidade e as redes sociais digitais: a postura do consumidor 2.0**. Ano VIII, nº 5.

AFONSO, C. A.. **Todos os datagramas são iguais perante a Rede!**. Disponível em <<http://www.cgi.br/publicacoes/artigos/artigo43.htm>>. Acesso em 18 set. 2012. CGI-br

ALMEIDA, M. da G. V. B. G. de; WADA, R. M.. Os sistemas de responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor. In **Doutrinas Essenciais – Direito da Responsabilidade Civil** – Volume 4. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

ARMBRUST, M. et al. **Above the Cloud: A Berkeley View of Cloud Computing**. Berkeley: EECS Department - University of California, 2009. Disponível em: <<http://www.eecs.berkeley.edu/Pubs/TechRpts/2009/EECS-2009-28.html>>. Acesso em 22 set 2013.

AZEVEDO, A. J. de. **O direito pós-moderno e a codificação**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 33, p. 123-129, jan.-mar. 2000.

AZEVEDO, F. C. de. **O reconhecimento jurídico da hipervulnerabilidade de certos grupos de consumidores como expressão de um sentido material de justiça no contexto da sociedade de consumo contemporânea**. Sem ano. Disponível em: <<http://imagensdajustica.ufpel.edu.br/anais/trabalhos/GT7/GT7->

³⁰“Quem não usa o meio eletrônico é um novo excluído, um novo analfabeto-cibernético, um “excluído digital”, um novo tipo de discriminado da sociedade de consumo e informação, seja nos preços que lhe oferecem os bancos, seja nas possibilidades de compra, nos contatos de seu meio social, na quantidade de informações que está à sua disposição, dividindo a sociedade (*digital divide*) entre aqueles que detêm e aqueles que nunca deterão a informação (*information haves e information have-not*)! No caso das relações entre consumidor e fornecedor, este controle informacional, técnico e de linguagem está plenamente concentrado no lado do expert, do fornecedor e do organizador e do intermediário da cadeia de fornecimento por Internet. A própria autoria da mensagem, a identidade e localização do fornecedor são momentos de vulnerabilidade do consumidor” (MARQUES, p.72-73)

³¹ “En un context de libertad, se afirma que el Estado debe ser neutral y no dictar normas discriminatorias en el sentido de limitar La participación de algún sujeto por el solo hecho de que no utilice un instrumento escrito. Las partes son libres de adoptar entre ellas cualquier” (LORENZETTI, p.49).

AZEVEDO, Fernando Costa de.pdf>. Acesso em: 16 out. 2012.

BAUMAN, Z.. **Il buio del postmoderno**. Aliberti: Roma, 2011.

BAUMAN, Z.. **La società sotto assedio**. Bari: Laterza, 2005.

BAUMAN, Z.. **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BENJAMIN, A. H. V., MARQUES, C. L., BESSA, L. R.. **Manual de Direito do Consumidor**. 3.^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R.. **Manual de Direito do Consumidor**. 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BENJAMIN, A. H.. **O conceito Jurídico de Consumidor**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 628, p. 69-79, fev. 1988;

BESSA, L. R.. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p. 30.

BEVILÁQUA, C.. **A Constituição e o Código Civil**. Revista de Direito Privado, 9/245-250. Memória do Direito Privado, São Paulo, 2002.

BLUM, R. P. F.. **Direito do Consumidor na Internet**. São Paulo: QuartierLatin, 2002.

BOLSON, S.. **Direitos da Personalidade do Consumidor e a Clausula Geral de Tutela da Dignidade da Pessoa Humana**. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, v. 3, abr. 2011. p. 391.

BRASIL, Banco Central do Brasil. **Nota Técnica “Sistemas de Pagamento e Estabilidade Financeira: o caso brasileiro”**. Brasília n. 44, abril de 2004.

BRASIL, Comitê Gestor da Internet no. **Relatório de Políticas de Internet Brasil 2011**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito do Rio de Janeiro, 2012. 173 p. Disponível em: <<http://www.cgi.br/publicacoes/livros/pdf/relatorio-politicas-internet-pt.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2013.

BRASIL, Comitê Gestor de Internet no. **Código de autorregulamentação para prática de e-mail marketing**. 2009. Disponível em: <<http://www.cgi.br/publicacoes/documentacao/cod-autoreg-email-marketing.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

BRASIL. Benjamin, A. H.; et all. Senado Federal. **Relatório Final: Comissão de Juristas de Atualização do Código de Defesa do Consumidor. 2012**. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/pdf/extrato_relatorio_final.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2013.

BRASIL. **Ato do Presidente nº 308/2010, de 02 de dezembro de 2010**. Institui Comissão de Juristas destinada a oferecer subsídios para a atualização do Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Senado Federal, 02 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/atos.asp>>. Acesso em: 08 abr. 2011

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolucao n. 4.196, de 15 de marco de 2013 do Banco Central do Brasil**. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2013/pdf/res_4196_v1_O.pdf> Acesso em: 27 abr. 2013.

BRASIL. BANCO DO BRASIL. . **Banco do Brasil promove ambiente de gestão de conhecimento em Wiki**. Disponível em: <<http://bb.com.br/portallbb/page251,139,10021,23,0,1,8.bb>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

BRASIL. BENJAMIN, A. H.; et all. Senado Federal. **Relatório Geral: Comissão de Juristas de Atualização do Código de Defesa do Consumidor**. 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/pdf/extrato_relatorio_final.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2013.

BRASIL. COMITÊ GESTOR DE INTERNET NO BRASIL (Brasil). **Quem somos**. Disponível em: <<http://www.cgi.br/sobre-cg/definicao.htm>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

BRASIL. COMITÊ GESTOR DE INTERNET NO BRASIL. **Dimensões e características da Web brasileira**: um estudo do .gov.br. 2010. Disponível em: <<http://www.cgi.br/publicacoes/pesquisas/govbr/cgibr-nicbr-censoweb-govbr-2010.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

BRASIL. **Decreto nº 6.991, de 27 de outubro de 2009**. Institui o Programa Nacional de Apoio à Inclusão Digital nas Comunidades - Telecentros.BR, no âmbito da política de inclusão digital do Governo Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 27 out. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6991.htm>. Acesso em: 14 out. 2013.

BRASIL. **Decreto nº 7962, de 15 de março de 2013**. Regulamenta a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Brasília, DF, 15 maio 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm>. Acesso em: 13 abr. 2013.

BRASIL. **Decreto nº 7963, de 15 de março de 2013**. Institui o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e cria a Câmara Nacional das Relações de Consumo. Brasília, DF, 15 maio 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7963.htm>. Acesso em: 13 abr. 2013.

BRASIL. **Emenda N.º (supressiva) - CTMCDC nº ao PLS 282 de 2012, de dezembro de 2012**. Suprima-se o artigo 45-D, a ser acrescido à Lei n.º 8078, de 11 de setembro de 1990, constante do artigo 1º do Projeto de Lei do Senado n.º 281 de 2012. Brasília, DF, Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=120832&tp=1>>. Acesso em: 25 maio 2013.

BRASIL. **Emenda N.º ao PLS 281 de 2012, de novembro de 2012**. Suprimam-se os incisos XI e XII a serem acrescidos ao artigo 6º da Lei n.º 8078, constantes do artigo 1º do Projeto de Lei do Senado n.º 281 de 2012. Brasília, DF, Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=118576&tp=1>>. Acesso em: 25 maio 2013.

BRASIL. IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=40>. Acesso em: 15 out. 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. **MJ divulga resultado do 1º Concurso de Aplicativos para Dados Abertos**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B2CD4C485-C637-4099-95CF-B520B562C2AC%7D¶ms=itemID=%7BBBD14C113-96ED-4534-A36E-E76A3326ABDD%7D;&UIPartUID=%7B2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE%7D>>. Acesso em 10 fev. 2014.

BRASIL. Presidência da República. **Pronunciamento à Nação da Presidenta da República, Dilma Rousseff, em cadeia nacional de rádio e TV, por ocasião do Dia Internacional da Mulher**. 2013. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/imprensa/discursos/pronunciamento-a-nacao-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-em-cadeia-nacional-de-radio-e-tv-por-ocasio-do-dia-internacional-da-mulher-1>>. Acesso em: 08 mar. 2013.

BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. **Vozes da Classe Média: É ouvindo a população que se constroem políticas públicas adequadas**. Brasília: Distrito Federal, 2012. P 7. Disponível em: <<http://www.sae.gov.br/site/wp-content/uploads/Cartilha-Vozes-Classe-Media.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2012.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n.º 281 de 2011**. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/export/imprensa/destaques/doc/Minuta_comercio_eletronico.doc>. Acesso em: 12 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 63.981**. Recorrente: Plínio Gustavo Prado Garcia. Recorrido: Panasonic do Brasil Ltda. Relator: Ministro Aldair Passarinho Junior - Quarta Turma. Brasília, DF, 11 de abril de 2000. Diário Oficial da União. Brasília, 20 nov. 2000

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 844.736-DF**. Recorrente: Gérson Alves de Oliveira Junior. Recorrido: WB Restaurante Ltda.. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 27 de outubro de 2009. Diário Oficial da União. Brasília. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=924433&sReg=200600946957&sData=20100902&formato=PDF>. Acesso em: 25 ago. 2012.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1338214 / MT; REsp 1398985 / MG; REsp 1316921 / RJ; REsp 1192208 / MG.

CALGARO, G. A.. **O Direito Privado como Meio de Efetivação de Direitos Fundamentais**. In NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de (Org.). Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil. v.1, São Paulo, 2011.

CANADA. OFFICE OF THE PRIVACY COMMISSIONER OF CANADA. **“Report on the 2010 Office of the Privacy Commissioner of Canada's Consultations on Online Tracking, Profiling and Targeting, and Cloud Computing”**, Disponível em: <http://www.priv.gc.ca/resource/consultations/report_201105_e.cfm#toc6c>. Acesso em 22 set 2013.

CANTO, R. E. do. **Direito do consumidor e vulnerabilidade no meio digital**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 87, p. 179-200, maio./ago. 2013.

CARPENA, H.. **O Consumidor no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CASTELLS, M.. **A Era da Informação: economia, sociedade e cultura**. vol. 3, São Paulo: Paz e terra, 1999.

CASTELLS, M.. **A galáxia da internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, M.. **End of millennium**. 2nd. ed. Oxford: Blackwell, 2000. (The information age : economy, society and culture; v. 3. p. 367.

CASTELLS, M.. Sociedade e Estado em Transformação para o Estado-Rede: Globalização Econômica e Instituições Políticas na era da Informação, Tradução Noêmia Espínola. In: PEREIRA, L. C. Bresser et al (org.). **Sociedade e Estado em Transformação**. Brasília: UNESP, 1999. p. 149-150.

CASTELLS, M.. **A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CASTELLS, M.. **Fim de Milênio**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 194-195.

CAVALIERI FILHO, S.. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8.^a ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CRISTOPH, F.. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DOLINGER, J.. **Direito Internacional Privado: parte geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ESSER, J.. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Congress of the United States of America. . H.R. 627 (111th): **Credit Card Accountability Responsibility and Disclosure Act of 2009**. 2010. Veja principalmente os pontos 201 a 205.. Disponível em: <<https://www.govtrack.us/congress/bills/111/hr627/text>>. Acesso em: 01 nov. 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. **Department of Health and Human Services. Federal Food and Drugs Act of 1906**. 1934. Disponível em:

ESTADOS UNIDOS. **National Retail Federation**. Shop.org. <http://www.shop.org/press/20110527>. Acesso em 07 jun. 2011.

FERREIRA, A. A. M. B. C.. **Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico sob a Ótica da Teoria da Confiança**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, 2008. p. 161.

FINKELSTEIN, M. E. R.. **Direito do Comércio Eletrônico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FLORIDA, R.. **A ascensão da classe criativa**. Porto Alegre: L PM, 2011.

GEIB, G.. **A necessidade de regras específicas de direito internacional privado no contrato de consumo internacional eletrônico: principais aspectos quanto ao foro competente e à lei aplicável**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 82, ano 21, p. 177-212 , abr.-jun. 2012.

GHERSI, C. A.. **La posmodernidad jurídica**. Buenos Aires: Gowa, 1995. p. 33.

GIBSON, W. N.. **Tradução de Alex Antunes**. São Paulo: Aleph, 2003.

GIDDENS, A.. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. – São Paulo: Editora UNESP, 1991. pp. 73-81.

GOMES, O.. **Contratos**. 26^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GUIMARÃES, P. J. S.. **A informação ao consumidor e a responsabilidade civil solidária**.

Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, v. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 585, abr. 2011.

GUTTMANN, R.. **Cybercash: The Coming Era of Electronic Money**. New York: Palgrave Macmillan, 2003.

HEIDEGGER, M.. **Il Concetto di Tempo**. Milão: Adelphi Edizioni S.P.A, 1998.

ESSE, K.. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

INFOGLOBO. **O que é defesa do consumidor?** 2013. Disponível em: <<https://defesa.oglobo.com.br/entries/23370636-O-que-é-o-Defesa-do-Consumidor->>. Acesso em: 26 nov. 2013.

IRTI, Natalino. Scambi senza accordo. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno LII, n. 2, p. 349-350.

JAYME, E.. **Direito internacional privado e cultura pós-moderna**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, v.1., n.1, 2003.

JAYME, E.. **Identité culturelle et intégracion: lê droit international privé posmodern**. Recueil de Cours, tomo 251: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

JAYME, E.. **O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização**. In: ARAUJO, Nadia; MARQUES, Claudia Lima (Org.). Novo Direito Internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LAWAND, J. J.. **Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos**. São Paulo: J. de Oliveira, 2003.

LENZA, P.. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12^a edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEVY, P.. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LIMA, E. W. M. de. **Proteção do Consumidor Brasileiro no Comércio Eletrônico Internacional**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 184.

LIU, G.. **The Information Era Threatens Privacy: A Comparative Study of Electronic Money's Privacy Policies and Privacy Laws**. Canadas Theses. Kingston: Queen's University, 2011.

LOBO, P. L. N.. **A informação como direito fundamental do consumidor** In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Org.) Doutrinas Essenciais em Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3.

LORENZETTI, R. L. **Comercio Electrónico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

LORENZETTI, R. L. **Comércio eletrônico**. Traduzido por Fabiano Menke e com notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 50-52.

LORENZETTI, R. L.. **Informática, cyberlaw y e-commerce**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 36, p. 9, out. 2000.

LORENZETTI, R. L.. **La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 35, jul./set. 2000. p. 9.

LUSI, L.; BRYSKINE, S.. **Hong Kong's Privacy Laws Slammed after Octopus Fiasco**. The Epoch Times. (4 August 2010) Disponível em: <<http://www.theepochtimes.com/n2/content/view/40410>>. Acesso em 03 jun 2013.

MARIGHETTO, A.. **Passagem da Teoria Sistemático-Moderna à Teoria Finalística ou Pós-moderna**. In: MARQUES, Claudia Lima. (Org.) Diálogo das Fontes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, C. L. (Org.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, C. L.. **A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?** In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, C. L.. **A proteção da parte mais fraca em Direito Internacional Privado e os esforços da CIDIP VII de proteção dos consumidores**. Curso de Derecho Internacional: Aspectos Jurídicos del Desarrollo Regional. Curso do CIJ/OEA. Disponível em <<http://www.oas.org/dil/esp/13%20-%20lima%20marques.POR.261-308.pdf>>. Acesso em 12 jan. 2014.

MARQUES, C. L.. **A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: 'studium generale' sobre o consumidor como 'homo novus'**, Revista de Direito do Consumidor, vol. 85, p. 25, jan.-fev. 2013.

MARQUES, C. L.. **Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor**: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, C. L.. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 62.

MARQUES, C. L.. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, C. L.. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, C. L.. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil – do “Diálogo das Fontes” no Combate às Cláusulas Abusivas**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, vol. 45, pp. 71-99, jan/mar 2003.

MARQUES, C. L.. **Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos**. Revista Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 35, p. 61-96, jul./set. de 2000.

MARQUES, C. L.. **O “Diálogo das Fontes” como Método da Nova Teoria Geral do Direito**. In: MARQUES, Claudia Lima. (Org.) Diálogo das Fontes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, C. L.. **Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor**. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). Doutrinas Essenciais. Direito do Consumidor – Vol. 3. Abril/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 107.

MARQUES, C. L.. **Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico e a Chamada Nova Crise do Contrato: por um Direito do Consumidor Aprofundado**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, vol. 57, p. 9-59, jan./mar. 2006.

MARQUES, C. L.; BENJAMIN, A. H. V.; MIRAGEM, B.. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, C. L.; BENJAMIN, A. H. V.; MIRAGEM, B.. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 1^a Ed.. São Paulo: Revista dos tribunais. 2003.

MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B.. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B.. **Prescrição das Ações Coletivas, Pretensão dos Depositantes em Poupança Popular e a Proteção da Confiança do Jurisdicionado na Alteração de Jurisprudência Consolidada dos Tribunais**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.º 77, jan./mar. 2011.

MARQUES, C. L.. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato**. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). Doutrinas Essenciais. Direito do Consumidor – VII. p. 431-461. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES., C. L.. **A Evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente**. Revista de Direito Consumidor, São Paulo, v. 33, p. 79-122, jan.-mar./2000.

MARTINS, G. M.. **A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais: responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade da informação**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.78, abr./jun. 2011.

MARTINS-COSTA, J.. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. Vol. V, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MATTOS, A. C. de. **Aspectos Relevantes dos Contratos de Consumo Eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 109-110.

MAZZAMUTO, 2004, p.1-3.

MCLUHAN, M.. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. São Paulo: Cultrix, 2011.

MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1984.

MENNA BARRETO, R. de M.. **Redes Sociais na Internet e Direito**. A proteção do consumidor no comércio eletrônico. Curitiba: Juruá, 2012.

MIRAGEM, B.. **Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos**. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MIRAGEM, B.. **Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos**. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. (Org.) O novo direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MIRAGEM, B.. **Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRAGEM, B.. **Curso de Direito do Consumidor**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRAGEM, B.. **Curso de Direito do Consumidor**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRAGEM, B.. **Curso de Direito do Consumidor**. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, B.. **Mercado, fidúcia e banca**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 87, p. 51-91, maio/jun. 2011.

MIRAGEM, B.. **O direito do consumidor como direito fundamental – consequências jurídicas de um conceito**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 43, p. 111-132, jul/set 2002, passim.

MIRAGEM, B.. **Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 49, p. 40-76, jan./mar. de 2004. p. 53.

MIRAGEM, B.. **Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da internet**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 70, p. 41-92, Abr / 2009.

MORAES, P. V. Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MOREIRA, E. M.. **O novo Sistema de Pagamento Brasileiro (SPB): redução do risco sistêmico**. Índice Econômico FEE, Porto Alegre, v. 30, n. 3, p. 159-170. p. 165.

NISHIYAMA, A. M.; DENSA, R.. **A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes**. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). Doutrinas Essenciais. Direito do Consumidor – VII. p. 431-461. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 435.

NUNES, L. A. R.. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts.1º a 54)**. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUNES, R.. **Curso de Direito do Consumidor**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

O'REILLY RADAR. **About**. Disponível em: <<http://radar.oreilly.com/about>>. Acesso em: 26 maio 2012.

O'REILLY, Tim. **What Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software**. 2005. Disponível em: <<http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-20.html>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

PASQUALOTTO, A.. **Sobre o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e a vulnerabilidade política dos consumidores**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 87, p[...]., , mês e ano. p. 251.

PINHEIRO, P. P.. **Direito Digital**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

PITOFISKY, R.. **Beyond Nader: consumer protection and the regulation of advertising**, Harvard Law Review, vol. 90, Nº 4, p. 661-701, fev. 1977.

RECUERO, R.. **Redes sociais na internet**. Porto Alegre: Ed. Sulina, 2009. responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor. In Doutrinas Essenciais – Direito da Responsabilidade Civil – Volume 4. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 309.

REUTERS. **E-commerce brasileiro deve crescer 24% neste ano, diz e-bit. 2013**. Disponível em: <<http://info.abril.com.br/noticias/mercado/e-commerce-brasileiro-deve-crescer-24-neste-ano-diz-e-bit-20032013-35.shl>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

RODOTÀ, S.. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Gius. Laterza e Figli Spa, 2012.

SANTOLIM, C. . **Formação e Eficácia Probatória dos Contratos por Computador**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOLIM, C. V. M.. **Os Princípios de Proteção do Consumidor e o Comércio Eletrônico no Direito Brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 55, p. 53-84, Jul / 2005 (DTR\2005\430).

SÃO PAULO. FECOMÉRCIO. **4ª Pesquisa sobre o Comportamento dos Usuários da Internet**. 2012. Disponível em: <http://www.fecomercio.com.br/arquivos/arquivo/pesquisa_dos_usuarios_da_internet_3vaay1apaa.pdf>. Acesso em: 22 out. 2012.

SÃO PAULO. PROCON. **Compras!: Evite esses sites**. 2013. Disponível em: <http://www.procon.sp.gov.br/pdf/acs_sitenaorecomendados.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2013.

SILVA, J. C. F. da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVEIRA, S. A. da. **Redes Cibernéticas e Tecnologias do Anonimato**. Comunicação & Sociedade, Ano 30, n. 51, p. 113-134, jan./jun. 2009.

SINCLAIR, U.. **The Jungle**. 2003. Disponível em:
<http://books.google.com.br/books?id=hKHCylKOPBkC&hl=pt-BR&source=gbs_navlinks_s>. Acesso em: 15 jun. 2013.

SOUZA, S. I. N. de. **Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade de informação: teoria e prática da juscibernética ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, S. I. N. de. **Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação**. São Paulo: Saraiva, 2009.

STEFANO RODOTÀ. **Il buio dei diritti**. La Repubblica. Itália. 27 set. 2007. Disponível em <<http://www.repubblica.it/2007/09/sezioni/cronaca/privacy-ufficio/commento-rodota/commento-rodota.html>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

STEFANO RODOTÀ. **Una Carta dei diritti del web**. La Repubblica. Itália, 20 nov. 2007. e Disponível em:
http://www.repubblica.it/2007/11/sezioni/scienza_e_tecnologia/rodota-web/rodota-web/rodota-web.html e <<http://www.giornalesentire.it/2011/novembre/2710/l-interventodirodota.html>> Acesso em: 25 set. 2011.

STRICKLAND, J.. “**How Web 3.0 Will Work**”, Disponível em:
<<http://computer.howstuffworks.com/web-302.htm>>. Acesso em 12 out 2013.

TAPSCOTT, D.. **Wikinomics: Como a Colaboração Em Massa Pode Mudar o Seu Negócio**. São Paulo: Nova Fronteira, 2011.

TELLINI, D. E.. **Regime de direito internacional privado na responsabilidade dos provedores de internet**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

TEPEDINO, G.. Crise de fontes normativas e técnicas legislativa na parte geral do Código Civil de 2002 In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.) **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil -constitucional**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

THEODORO JÚNIOR, H.. **O contrato e seus princípios**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1999.

UOL. Convergência Digital. **E-commerce fatura R\$ 10,2 bilhões no primeiro semestre**. 2012. Disponível em:
<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=31550&sid=4#.UwT0i_lX4R>. Acesso em: 13 out. 2012.

VAN SCHEWICK, B.; FABER, D. **Point/Counterpoint: Network Neutrality Nuances**. Communications of the ACM. Nova York, v. 52, n. 2, p. 32, 2009.

VIAL, S. M.. **Contratos de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências.** Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 80, p. 277-336, out/dez. 2011.

WALD, A.. **O princípio da Confiança,** Carta Mensal, n. 609, vol. 51, 2005.

WALLER, S.W.; BRADY, J.G.; ACOSTA, R.J. **Consumer protection in the United States: an overview.** European Journal of Consumer Law, p. 1-29, maio 2011.

WU, Tim. **Network Neutrality FAQ.** Disponível em:
<http://timwu.org/network_neutrality.html>. Acesso em: 28 out. 2011.

<<http://www.fda.gov/regulatoryinformation/legislation/ucm148690.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

<http://www.insite.pro.br/2012/Maio/publicidade_redes_digitais.pdf>. Acesso em: 15 set. 2013.

THE RIGHT TO AN UNCHANGING WORLD. INDIRECT EXPROPRIATION IN INVESTOR STATE ARBITRATION

Ivan Pupolizio

ABSTRACT: This paper examines indirect expropriation in international investment agreements, and compares current foreign investments protection with property protection in the XIX century USA, when the US Supreme Court adhered to an abstract and de-physicalized conception of property, later contested by legal realists. Its central claim is that the indeterminacy of indirect expropriation, together with the shortcomings of investor state arbitration, poses a serious and underestimated challenge to state sovereignty, and that the developing “web” of bi- and multilateral treaties could eventually lead to give transnational corporations a new «right to an unchanging world», as the US Supreme Court did more than a century ago, albeit this time on a global scale.

KEYWORDS: Indirect expropriation, international investment agreements, arbitration, sovereignty.

1 PROLOGUE: THE DE-PHYSICALIZATION OF PROPERTY IN THE NINETEENTH CENTURY USA

In his masterpiece, John R. Commons (1924: 11ff.), one of the fathers of institutional economics, described a significant change occurring at the end of the XIXth century in the content of the right of property in the US. In the aftermath of the Civil War, the XIV Amendment to the US Constitution prohibited the states, just as the V Amendment did for the federal government, from depriving any person of «life, liberty, or property, without due process of law». As for property, it was initially interpreted as a constitutional obligation on federal and local governments to compensate owners for *takings* (please take note of the word) of land; later on, however, the Supreme Court interpreted the due process clause in an increasingly abstract way, and in some famous cases extended the protection of property from actual use of material things to owners' profit expectations.

From the dissenting opinions of four judges (out of 9) in the famous *Slaughter-House Cases* in 1873³² to the *Minnesota Rate Case* in 1890³³, the highest court of the federal court system gradually abandoned the traditional doctrine, which stated that ‘taking’ of property occurred only when government deprived someone of a title or possession, and ruled that the XIV Amendment protection should extend “to the use and income of the property”³⁴. According to this new doctrine, as Justice Swayne said in the *Slaughter-House Cases*, «property is everything which has exchangeable value» (COMMONS, 1924, pg. 13). This judicial shift allowed not only to extend the traditional protection of property rights from material things to «the most ethereal invisibility» (e.g., the news; *id.* at 18); above all, it changed the definition of property so to encompass «any of the expected activities implied with regard to the thing owned, comprehended in the activities of acquiring, using and disposing of the thing» (*id.* at 18). Commons uses here classical political economy terms to claim that, in that period, the scope of constitutional protection shifted *from use-value to exchange-value* of goods.

Many years later, Morton Horwitz (1992, p.145ff.) pointed out that this doctrinal development may be linked to the monumental economic changes taking place in a country where the American frontier era was giving way to the establishment of what would become the first world economic power; in other words, it may be traced back to the weight gained by industrial capitalism at the expense of the agrarian one that led to extend the protection of property rights— which up to a few years before were essentially those of landowners—to «a dazzling variety of abstract and intangible property claims [...] developed out of an increasingly commercial society» (*id.* at 150).

Horwitz sums up this crucial shift as a gradual «de-physicalization» of property, and underlines its important consequences: first and foremost, the fact that at the height of that shift owners could invoke the XIV Amendment to thwart

³² 83 U.S. 36.

³³ 134 U.S. 418.

³⁴ Commons 1924: 15. Justice Field used these words in one intermediate case: *Munn v. Illinois* (94 U.S. 113, 1876).

any legal change negatively affecting their profit expectations, that is, reducing the market value of their assets.

From the 1920s, however, many scholars that Horwitz regards as legal realists, Commons being one of them³⁵, argued that judges upholding this new connotation of property were «reasoning in a circle». A good example of that circularity came to light in the so-called *rate cases*, when the Supreme Court had to set a 'reasonable' standard for rates of public utilities run by private companies: when the Court tried to determine a «fair value» for rates in line with their market value, the logical deadlock of this reasoning became clear, since the very same value ultimately derived from expected returns obtained from rates. As George C. Henderson (1920, pg. 917) concisely stated: «[o]bviously we cannot measure rates by value, if value is itself a function of rates».

According to Horwitz, Commons had the merit of generalizing those arguments in order to apply them to any sort of property. Along with other scholars, he sought to demonstrate «how de-physicalization encouraged the view that the legal conception of property was completely circular» (Horwitz 1992: 162). The Supreme Court aimed at extending the constitutional protection of the Fourteenth Amendment to exchange-values of goods against any interference of the legislative or executive powers, overlooking the fact that those very values ultimately hinged on the degree of legal protection accorded to those same goods. The Court was thus declaring that market values *preexisted the legal protection of property*, and in doing so it threatened «to “freeze” the world by “propertizing” expectations of stable market values» (*id.* at 162). According to the realists, this was the basic meaning of the shift from a "physical" conception of property, determined on land property and use-value, to an "abstract" one, including every asset that had an exchange-value in the market. In that period, Horwitz writes, American courts «came as close as they had ever had to saying that one had a *property right to an unchanging world*» (*ibid.*: 151. Italics added).

³⁵ Horwitz holds a definition of 'legal realism' that is different from the mainstream one, and that includes scholars (such as Commons, or the philosopher Morris Cohen) that are not widely considered "realists": for further details, see Pupolizio 2010.

This threat was averted during the 1920s, when a number of important essays argued for the *public* nature of *private* property, that is, for interpreting owners' rights and privileges as powers delegated from the State to citizens³⁶. Realist literature dismantled both the notion of property as a "natural" or "pre-legal" right and the traditional public/private law divide, as it is commonly understood in common law countries, unveiling in this way the "political", rather than "legal", nature of Supreme Court decisions. As it is widely known, realists' arguments contributed to overcome the Supreme Court hostility towards New Deal's reforms, even though it only came to an end in 1937, together with the "Lochner era" and the substantive interpretation of the due process clause³⁷.

2 MY CLAIM: THE RIGHT TO AN UNCHANGING WORLD ON A GLOBAL SCALE

The story just sketched out could legitimately be consigned to the history of American law. However, in my opinion it also shed new light on some aspects of current legal and economic globalization, where promotion of trade and international investment have been pursued with an intensive development of bilateral, regional, and multilateral agreements. For my purposes, International Investment Agreements (or IIAs) are particularly relevant: in their most widespread form, the Bilateral Investment Treaties (BITs) are considered the best way to attract Foreign Direct Investments (FDIs), to ensure access to new markets, and to overcome traditional barriers to transnational trade³⁸.

³⁶ It should be sufficient to quote a scholar that Horwitz deems essential on this matter, Robert L. Hale: «Ownership is an indirect method whereby government coerces some to yield an income to the owners. When the law turns around and curtails the incomes of property owners, it is in substance curtailing the salaries of public officials or pensioners» (Hale 1922: 214). See also Hale 1923.

³⁷ According to Sunstein (1987), this period came to an end with *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937), when the Supreme Court abandoned a naturalistic conception of property and market that reached its climax in *Lochner v. New York* (1905). The turning point, however, was not materially determined by realist influence but rather by the substitution of a conservative justice with a progressive one, thus allowing Roosevelt to end the power of the «Four Horsemen» (Butler, McReynolds, Sutherland, and van Devanter) in striking down New Deal legislation.

³⁸ Although no survey on this matter claims that BITs alone can cause an investment growth, most scholars agree that they are an essential element in order to facilitate a «favourable climate to investments»: see Sauvart and Sachs 2009a; Vandeveld 2010.

But where is the link between investment agreements and the conception of property described above? As we shall see, almost all of these agreements contain an arbitration clause allowing that a private investor established in a contracting state may sue any other contracting state; among other things, agreements also give arbitrators the task of establishing whether host states, in the exercise of their sovereign powers, *directly or indirectly expropriated* foreign investments of the claimant.

My claim is that these arbitration clauses constitute not only a crucial and underestimated threat to state sovereignty. They also grant specific transnational actors, this time on a global scale, that same «right to an unchanging world» that legal realists contested in the conception of property adopted and then abandoned by the US Supreme Court between the 19th and the 20th century.

3 DISPUTE SETTLEMENT IN INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS

International investment agreements aim at attracting investment by foreign corporations in each of the contracting states, thanks to the mutual commitment that they will not endanger investments value by arbitrarily using their sovereign power. In this way, such agreements remove a major obstacle to international investments flows³⁹, meeting the requests of transnational corporations and capital exporting states: they provide investors with the only effective legal means to prevent host states from directly seizing ownership (through nationalization or expropriation), or from causing irreparable damage to investments, or even from refusing to fulfill other contractual obligations⁴⁰.

Given the difficulties in entering into agreements, whether they are regional (such as NAFTA, or the more recent ASEAN Comprehensive Investment Agreement) or multilateral (such as the Energy Charter Treaty, ECT) face⁴¹,

³⁹ A secondary and broader purpose of such agreements is to ease investment flows within contracting States, deregulating internal markets and removing any other barrier to investments.

⁴⁰ Going to courts of the host state may often prove ineffective, owing to the complexity and inadequacies of national legal systems, or to the explicit interference of governments in the judiciary.

⁴¹ For what concerns the problems posed by multilateral and regional agreements, where capital exporting states cannot fully exert their bargaining power, and the different approach in bilateral

bilateral investment agreements (BITs) hold today a «place of honor» (Sauvant Sachs & 2009b, xxxiii) in this field and their quantitative development alone appears to be a good indicator of the development of economic and financial globalization: the first BIT was signed by Germany and Pakistan in 1959, but until 1989 only 386 BITs were signed. In 1996 they had already increased to 1,010 (Guzman 2009, 73), and in 2006 they were 2,573 (Sauvant & Sachs 2009b, xxxiv)⁴². Their growth seems to be slower nowadays, since the last global financial crisis, as UNCTAD database⁴³ recorded 2,782 BITs (2,099 in force) in 2014, that is, 89% of all IIAs. Born as a tool for protecting developed countries' investments in developing countries, they are increasingly signed between developing countries as well, and between developed countries, though less frequently. In the space of a few years, «for all practical purposes, BITs law became the main source for international investment law» (Salacuse & Sullivan 2005 [2009, 112]).

Compromissory clauses in BITs or in multilateral agreements may provide for an *ad hoc* arbitration, with rules agreed by the parties, or refer to commercial arbitration rules set by international organizations, such as UNCITRAL⁴⁴. More often, however, these clauses allow for arbitration administered by international organizations offering a speedy, uniform and expert dispute settlement service: among them, we can mention the *International Chamber of Commerce* (ICC), the *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* (SCC), the *Permanent Court of Arbitration* (PCA), and above all the *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID), a member of the *World Bank*

ones, see Zartman 1994. An impressive evidence of these problems can be found in the unending negotiations, and growing criticism from the public, that may lead to the signature of the TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*), aimed at creating a free trade area between EU and USA, and providing an investor state arbitration mechanism similar to those described in this paper.

⁴² The explosion of BITs in the '90s is commonly traced back to Asian markets growth and to the absence of domestic capital sources after the debt crisis in the '80s (see Wouters, Duquet & Hachez 2013: 35)

⁴³ See www.unctad.org/ia. Last access on 17 February 2015. The website of the United Nation Commission on Trade and Development offers a powerful search engine on international investment agreements currently in force; they can be grouped by country, type, or year and in many cases the full text of the agreement is available: see <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

⁴⁴ *The United Nation Commission on International Trade Law* was born in 1966, and currently consists of 60 member states. Its model law on international commercial arbitration was adopted in 1985, substantially amended in 2006, and is available at: www.uncitral.org.

Group established in 1966 with a multilateral convention ratified by 150 countries until now⁴⁵. ICSID Convention plays now a chief role in investment dispute resolution, thanks also to the *Additional Facility Rules*, introduced in 1978 and updated in 2006 to allow for ICSID intervention even when one of the countries involved in the dispute is not a member state. According to UNCTAD (2014)⁴⁶, 31 out of 57 new arbitration proceedings filed in 2013 and referring to IIAs required ICSID intervention (two of them only with the *Additional Facility Rules*) and 20 according to UNCITRAL rules.

There are however some differences between arbitrations administered under ICSID Convention, on the one hand, and those relying on *Additional Facility Rules* or UNCITRAL rules, on the other, and they can help in explaining ICSID success in offering investment dispute resolution services: according to Convention art. 54, ICSID awards are equated to a judgment⁴⁷, that is, they can be directly enforced in every member state with no need for ratification by national courts. Chances of appealing against arbitrators' rulings are also very rare, compared to other international commercial arbitrations⁴⁸, since the Convention does not allow for any external control of the award, but only an internal appeal

⁴⁵ So far, three Latin American countries (Bolivia, Ecuador and Venezuela) have denounced the ICSID Convention for the reasons that I hope to make clear in this paper. At the time of the withdrawal, Venezuela was second only to Argentina for the number of pending cases (20): on the effects of the withdrawal, see Ripinsky 2012.

⁴⁶ The UNCTAD's IIA Issue Note contains interesting data on investment arbitration: it confirms the prevailing role of BITs compared to multilateral treaties (41 cases out of 57) and that of developed countries as claimants, compared to developing countries (45 cases out of 57). A recent development is represented instead by the number of cases involving EU countries as respondents (24 out of 57, equal to 42%, compared with an historical average equal to 15%): in almost all cases they are sued by other EU members, invoking a BIT, the ECT, or both.

⁴⁷ «Each Contracting State shall recognize an award [...] as it were a final judgment of a court in that State». The interpretation of this provision has been contested, among others, by Argentina, claiming that awards should always be ratified by national courts. Others underline that the weight of ICSID awards derives in part from the World Bank, «given [its] influence over access to international credit by most capital-importing countries» (Van Harten 2007: 34).

⁴⁸ Apart from the ICSID Convention, the main text is *the UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, signed in New York in 1958, allowing national courts a limited supervision of awards by national courts. These two Conventions together constitute «the two key multilateral arbitration treaties that undergird the system of investment treaty arbitration» (Van Harten 2007: 36).

procedure, conducted by an *ad hoc* commission, that can annul the award only for procedural reasons, excluding every review on the merits of the dispute⁴⁹.

4 INVESTORS' PROTECTION IN INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS

Investor state arbitrations rest on a previous agreement from the state—that with its ratification makes an offer to arbitrate to all foreign investors of the other state party—and the foreign investor claiming a «significant» reduction of its investment, whose request for arbitration is viewed as an acceptance of the offer⁵⁰. Most BITs include almost identical provisions, allowing foreign investors with a remedy against the abuse of state power aimed at almost every asset owned in the host state territory, since these sort of agreements usually hold a wide and not exhaustive definition of 'investment'⁵¹.

The majority of provisions for investors' protection include the «most favoured nation» clause (aimed at sanctioning every discrimination based on

⁴⁹ See Art. 53 of the ICSID Convention for the exclusion of external remedies. Grounds of appeal are listed at Art. 52: «(a) that the Tribunal was not properly constituted; (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based». Taking a closer look at the eight applications for annulment filed between 2009 and 2010, Johnson (2011: 12) concludes that applicants «face low chances of success. Tribunals' discretion under the ICSID Convention and Arbitration Rules, and annulment committees' interpretation and application of their narrow roles, erect strong shields around ICSID awards».

⁵⁰ Broches (1982) pointed out that the mere reference to ICSID in these agreements does not entail jurisdiction over individual disputes to ICSID, and makes a distinction between four types of arbitration provisions, only the last of which can be considered binding on the state. However, it has been also noted that «[t]he large majority of investment arbitrations are now based on jurisdiction obtained on the basis of treaty provisions. This also indicates that the large majority of investment treaties fall under the fourth category mentioned by Broches. They create compulsory jurisdiction at the instance of the foreign investor» (Sornarajah 2010: 218-9).

⁵¹ By way of mere example, since all definitions are almost identical, I quote here the definition of investment in the 2012 US Model Bilateral Investment Treaty: «“investment” means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include: (a) an enterprise; (b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise; (c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans; (d) futures, options, and other derivatives; (e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts; (f) intellectual property rights; (g) licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law; and (h) other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges».

investors' nationality), the right to a «fair and equitable treatment», and—last but not least—the state obligation to respect four conditions in the event of a «direct or indirect» expropriation of investments. According to most BITs and the prevailing jurisprudence (UNCTAD 2012, pg. 27) states can expropriate investments only: a) for a public purpose; b) in a non discriminatory manner; c) in accordance with due process of law; d) against the payment of compensation.

Each of these points ought to be examined in depth. Their vagueness⁵²—or, if you like, their unavoidable indeterminacy due to their being undisputed general standards of international investment law—calls for the development of a consistent body of arbitral case law, and for adequate interpretative tools; but the «painful unevenness in the quality of reasoning in some awards and decisions» (Kingsbury & Schill 2009: 4), together with the above mentioned lack of an appellate or other supervisory body, has been considered as one of the main causes for the «legitimacy crisis» of these courts (Brower 2002; Franck 2004; Afilalo 2005; Chung 2007; Van Harten 2007; Sornarajah 2008). I do share the point, but the claim of this paper is at the same time more circumscribed and more ambitious: on the one hand, I wish to deal only with the problems and ambiguities affecting indirect expropriation doctrine; on the other hand, I would like to show that, in the peculiar institutional framework provided by international investment agreements, this doctrine may be a powerful trigger for the sovereignty crisis of “old” nation states, and a replication, this time on a global scale, of that «world freezing» entailed by that «abstract» concept of property above described in § 1.

5 INDIRECT EXPROPRIATION

It would be intriguing to know the opinion of a legal scholar (e.g., Hans Kelsen) of the first half of the 20th century on the above mentioned legal changes: the goal of promoting international investments have led National States to develop an increasingly thicker web of bi- and multilateral treaties, that in turn

⁵² Suffice to think of the difficulty in interpreting the «due process of law», albeit in a mere procedural meaning. Not surprisingly, when NAFTA was signed, some US scholars spoke, in critical terms, of the birth of a «global V Amendment»: Been & Beauvais 2003.

have allowed an undefined (and growing) number of *foreign private corporations* to sue states before *private judges* (the arbitrators)⁵³ in order to obtain something very close to a judicial, *de facto* final, review on the exercise of «regulatory powers», that is, of sovereign prerogatives.

The comparison with the constitutional or supreme national courts' powers of judicial review⁵⁴ should not be regarded preposterous, if one considers that: i) the arbitrators' review encompasses every branch of state sovereignty, legislature included; ii) constitutional or supreme national courts may and often rule on *the same legal issues* of arbitration courts, at the instance of national private companies that can only devolve upon them the protection of their rights against violations by their own governments⁵⁵. At the same time, the comparison does not imply the two cases are equivalent, considering also that: iii) constitutional courts are an important and legitimate part of sovereign power, and they exercise «technical» judicial review that typically declares norms null and void (in Italy even *ex tunc*, except for definitive legal effects), whereas arbitration courts can only hold states liable to pay damages to foreign investors for issuing those same norms; iv) constitutional courts should assess and balance the whole range of values and interests protected by those who made the constitution, whereas arbitrators exercise a *sui generis* control based on treaties' provisions, on precedents (that count even in the absence of the *stare decisis* doctrine), and on an «enigmatic» (Goldsmith & Posner 1998: 1) customary international law⁵⁶.

⁵³ Likewise Hoffmann (2007: 77) writes that giving private investors the power of suing foreign states would be «outright unthinkable for many of the scholars addressing this issue even in the early second half of the [20th] century».

⁵⁴ Van Harten (2007: 70-1 and *passim*) repeatedly claims that this kind of arbitration is a type of «public law adjudication», exactly because it affects the exercise of sovereign powers. Wälde & Kolo (2001: 822) state that international investment agreements «are now the closest in function to national constitutional law, constituting proto-constitutional rules for the global economy».

⁵⁵ One of the rules that the new investment law overturned is the local remedies rule, which requires the prior exhaustion of all the remedies provided for by the law of the host state before resorting to international arbitration, thus deepening the divide between national and foreign investors: see Dolzer & Schreuer 2012: 264.

⁵⁶ Customary international law (CIL) developed to regulate relations among sovereign states, and the protection of foreign property soon became a classic topic (Herz 1941, Wortley 1959, Christie 1962). Some scholars (Lowenfeld 2003-2004: 128; Marles 2007: 395), as well as some arbitral courts (*Pope & Talbot Inc. v. Canada*, 2002, see below), proposed to hold international investment agreements as a part of CIL, because of their widespread acceptance, but this means to underestimate the «paradigm shift» entailed by allowing private parties to sue states (Van Harten 2007: 9) and to ignore or summarily deal with the thorny issue of power in the making of

The above outlined picture becomes clearer if we take a closer look at indirect expropriation clauses, included in almost all BITs and in regional and multilateral treaties with almost identical wording. These agreements typically state that foreign investments cannot be subjected to «deprivation», «expropriation», «taking», «dispossession», or «nationalisation» (Dolzer & Stevens 1995, pg. 98; OECD 2004, pg. 3), and above all that states cannot take «measures tantamount to», or «equivalent to expropriation», that is, measures representing an «indirect expropriation» of investments. The latter may well include similar terms used by legal scholars such as «*de facto*», «creeping», or «disguised» expropriation, since in so doing they single out specific cases within the general category of indirect expropriation⁵⁷.

Scholars often point out that indirect expropriation is «a very sensitive issue situated at the crossroad between the protection of private interests of investors and the safeguarding of the sovereign prerogatives of the host States» (Stern 2007: 29). The main issue for arbitrators is indeed the thin line dividing indirect expropriation granting investors a right to compensation⁵⁸ from a lawful exercise of state sovereign powers. Cases of «regulatory expropriation or taking» (Wälde & Kolo 2001; Newcombe 2005) are particularly relevant here, since they typically

opinio juris ac necessitatis: on this last point, see Sornarajah 2010: 82ff.; Wouters, Duquet & Hachez 2013: 37ff.

⁵⁷ According to Stern (2007: 36-7), 'creeping expropriation' stands for various measures taken by the host state, each of which does not constitute expropriation, but whose overall effect is that of depriving investors of their properties). Sornarajah (2010: 364ff.) makes a distinction between 'confiscation', 'nationalisation' and 'expropriation' of property, terms which «are often used interchangeably»: the first being «the capricious taking of property by the ruler or the ruling coterie of the state for personal gain», the second occurring when the state tries to end the economic domination of the whole economy or of sectors of the economy by foreign companies, whereas expropriation «is a specific term that could be used to describe the targeting of individual businesses for interference for specific economic or other reasons. Many of them involve the use of existing regulatory mechanisms». The same author defines measures «tantamount or equivalent to» expropriation as different from «indirect» expropriation (*id.* at 363). Paulson & Douglas (2004: 148) propose a three-step analysis to distinguish 'taking' from 'expropriation': first, the interference of measures with investors' assets should be considered a 'taking'; second, whether that would constitute an 'expropriation' according to valid agreements; and third, whether that would be nonetheless legal, according to the above mentioned criteria (public purpose; non-discrimination; due process; against compensation).

⁵⁸ Scholars commonly agree that lawful expropriation, whether direct or indirect, requires «prompt, adequate, and effective» compensation, often determined according to the *Hull rule*, whereas unlawful expropriation entails reparation for damages (see UNCTAD 2012: 111ff.). The difference between the two may be a theoretical matter, but their evaluation has always been a “hot” issue in the literature: for compensation in indirect expropriation cases see Merrill 2002, Reisman & Sloane 2004.

involve a regulatory power that does not directly seize property, but rather «deprives a property owner of the use or benefit of property, limits or prohibits the transfer or disposition of property or *has the effect of destroying the value of property*» (Newcombe 1999, pg. 2; italics added).

6 INDETERMINACY OF INDIRECT EXPROPRIATION

Almost every analysis of regulatory expropriation starts from the impossibility of finding a mechanical formula valid in every single case⁵⁹; scholars stress the need for a careful scrutiny of each case as well to determine whether we are facing compensable indirect expropriation or legitimate state regulation, together with the need for a better developed body of case law, in order to give interpreters a safe guidance through the specific facts of the case⁶⁰. Over the last years, case law has grown exponentially, but scholarly attempts for a systematic framing of the issue have not made decisive progress: ten years ago Fortier and Drymer noted that the search for defining the boundaries of indirect expropriation might come close to «tantalization» (Fortier & Drymer 2004: 294), nonetheless it has been recently emphasized the need for a clear and uniform standard (Isakoff 2013, pg. 190), as opposed to the complex and ambiguous standards currently applied, which are contributing to the already mentioned “legitimacy crisis” of investor state arbitration (Shirlow 2014).

The reasons for these complexities and ambiguities are many, notably the efforts for selecting the relevant legal sources, and the problem of merging different legal traditions with different levels of property rights protection⁶¹. These

⁵⁹ See the *incipit* of Paulson & Douglas 2004: 145: «There is no mechanical formula to determine when measures attributable to the Host State breach the dividing line between legitimate regulation and compensable indirect expropriation».

⁶⁰ One of the oldest study on the topic had already concluded that: “It is evident that the question of what kind of interference short of outright expropriation constitutes a 'taking' under international law presents a situation where the common law method of case by case development is pre-eminently the best method, in fact probably the only method, of legal development” (Christie 1962: 338).

⁶¹ For instance, it has been pointed out that the extensive case law of the *Iran-US Claims Tribunal* (established in 1981 to deal with the outcomes of the Iranian revolution and which finalized almost 4,000 cases until now: see www.iusct.net) rests on a peculiar agreement between the two

problems should not be solved by adopting the solution put forward by the “strongest” countries⁶²; a realist approach, however, suggests that indirect expropriation suffers from a physiological, and therefore unescapable, indeterminacy.

The latter does not originate only from the very broad concept of ‘investment’, comprised in almost every agreement as I have already said, even though it alone represents a significant leap from the traditional notion of property protection that even in the “generous” US legal standard is «heavily oriented» towards real property (Been & Beauvais 2003: 63). Indeterminacy stems in the first place from standards and general principles of law that are essential tools—in constitutional law—for constraining the power of lawmaking bodies.

For example, standards such as the «police power» doctrine, deriving from the US constitutional tradition (Newcombe 1999, pg. 11ff.), states that no compensation is due whenever regulatory measures are taken i) in good faith, ii) in a non discriminatory manner, and iii) for a public purpose. According to a widespread opinion, this doctrine covers not only taxation or criminal prosecution, but also every law «restricting the use of property, including planning, environment, safety, health and the concomitant restrictions to property rights» (UNCTAD 2012, pg. 79). However, this definition did not prevent neither a potential conflict between NAFTA Chapter 11 and a Canadian pro-healthy eating legislation aimed at reducing obesity and hunger (Salazar 2010), nor Philip Morris

States that does not allow to use it in any other context (Paulsson & Douglas 2004: 147; Sornarajah 2010: 368). Other scholars (Kingsbury & Schill 2009; Freeman 2011) suggest taking into account the case law of the European Court of Human Rights and of the European Court of Justice, historically more responsive to public needs on this topic; US scholars sometimes underline the more consistent case law on NAFTA Art. 1110, coming more or less directly from the long US experience in the field of regulatory taking, but this point has been refuted in detail, contending that NAFTA has allowed a remarkable extension of property protection even compared to the US regime «already considered among the most protective in the world» (Been & Beauvais 2003: 58).

⁶² This seems to be the solution proposed by Wälde & Kolo (2001: 822), with words that today may seem outdated: «The developments in US law are not only relevant because the US is at present, in power, business and culture, the only hegemonial power, with the logic of such role giving extra authority to its law even within the debate of other national legal systems or international law. The US, with the influential role of environmental NGOs in law-making contrasting with the equally important role of property in the system of constitutional guarantees, both at federal and state levels, and the largest machinery for doctrinal debate, is the natural laboratory for the formulation and testing of new legal doctrines dealing with the tension between property and regulation».

from challenging the *Tobacco Plain Packaging Act*, enacted by the Australian government in 2011 to eliminate any logo or brand from cigarettes and tobacco packaging⁶³.

On the other hand, the «sole effect» doctrine is believed to be in favour of the investors' side, since it states that in determining whether an indirect expropriation has occurred the effect of regulatory measures on the investment is the only factor to be considered, whereas the motivation or *ratio* behind the measures is irrelevant (Dolzer 2003: 79). This doctrine partially explains the *Metalclad* decision, based on NAFTA Chapter 11 and maybe the most cited case in the literature on indirect expropriation: a decree passed by the Mexican local government declared an area where a hazardous waste landfill had just been constructed by an American company as an ecological reserve, and the court considered the enactment of the decree a measure equivalent to expropriation, partly because the court stated that it should not «decide or consider the motivation, nor intent of the adoption of the Ecological Decree» (OECD 2004: 15), but only determine its effects on «the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property» (Marlles 2007: 281)⁶⁴.

The *Metalclad* case represents in some way an exception, explained to some extent by assurances by the Mexican federal government that the company

⁶³ Several awards explicitly refer to the police power doctrine: e.g. see *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*. UNCITRAL Arbitration. Partial Award of 17 March 2006, where it is maintained that «[i]t is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner *bona fide* regulations that are aimed at the general welfare» (see UNCTAD 2012: 13). This doctrine is well-established among scholars: «[S]tate measures, *prima facie* a lawful exercise of powers of governments, may affect foreign interests considerably without amounting to expropriation. Thus, foreign assets and their use may be subjected to taxation, trade restrictions involving licenses and quotas, or measures of devaluation. While special facts may alter cases, in principle such measures are not unlawful and do not constitute expropriation» (Brownlie 2003: 509). My claim is that ambiguities and indeterminacy in indirect expropriation allow investors to bypass this principle. For the case between Philip Morris and the Australian government, see further on.

⁶⁴ *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (Tribunal Decision August 30, 2000). Here one can find the most explicit statements about the extent of arbitrators' discretion in indirect expropriation: «Thus, expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also *covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use of reasonably-to-be-expected economic benefit of property* even if not necessarily to the obvious benefit of the host State» (see Dolzer & Schreuer 2012: 108, italics added).

had acquired all the necessary permits to run the landfill, whereas in most cases the courts have been more cautious in protecting investors' interests over against public interest goals. One of the most exhaustive studies on regulatory expropriation concluded that, «[d]espite broad definitions of the scope of expropriation, there are in fact only a handful of expropriation cases where the foreign investor suffered a deprivation of property rights without a corresponding acquisition of control or rights by the state» (Newcombe 2005:17). My point here is that, regardless of the quality of the courts' reasoning and the outcome of specific cases, arbitral decisions about indirect expropriation suffer from *structural* indeterminacy that scholarly systematization cannot curtail, mostly due to the arbitration courts' position in the global legal landscape.

Arbitration courts operate in a near-absolute regulatory vacuum. Standards and general principles are commonly used by constitutional courts to control lawmakers' choices, together with other interpretative tools such as reasonableness and proportionality; but these standards and principles can and should be "filled" by constitutional values, and by the legal hierarchies among them set by those who drew up the Constitution. The task of weighing different principles and of balancing them is not an easy one and leaves ample room for discretion⁶⁵, but if I compare it with the onus faced by investor state arbitrators, the latter appears to be something approaching a "Herculean" task, to recall Dworkin, or—from a realist perspective—very close to arbitrariness. So, if I correctly start from the impossibility of assigning *sic et simpliciter* national constitutional standards to the international level (Sornarajah 2010: 370), the call for a systematic use of proportionality (Kingsbury & Schill 2009) to improve quality and predictability of arbitration awards will not and cannot produce crucial changes: even in classic exemplary cases, such as *Techmed*⁶⁶, in which the court held the unquestionability of what a 'public purpose' is (i.e., the police power exception) and mentions the proportionality criteria set down by the European Courts of

⁶⁵ The subject matter is vast: see at least Alexy 1994.

⁶⁶ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Mexico*, Case No. ARB(AF)/00/2 (ICSID 2004). Maybe the most cited case after *Metalclad*: for a detailed analysis, see Newcombe 2005: 13ff.; Kingsbury & Schill 2009, 33ff.; Salazar 2010, 48ff.

Human Rights, the appraisal of the losses which private investors may legitimately suffer remains questionable:

While this balancing approach has its benefits, it does not provide concrete guidance on just what constitutes *legitimate* and *bona fide* exercise of state police powers that justifies a complete deprivation of property and no corresponding obligation to pay compensation. It does not answer the question: when is a burden not excessive in light of the public interest at stake? In other words, guidance on what constitutes a “reasonable relationship of proportionality” is lacking. (Newcombe 2005, pg. 15)

Given this uncertainty, scholars have been wavering between the suggestion of getting rid of indirect expropriation altogether (Been & Beauvais 2003), a resigned review of arbitral jurisprudence on this issue (Fortier & Drymer 2004), hesitant attempts at classification (OECD 2004; Stern 2007), and the tenacious search for criteria constraining arbitrators’ reasonings on the right track (Paulsson & Douglas 2004). For instance, Isakoff (2013) proposes «a two-part test» that in his opinion can reduce the “chilling” uncertainty (for both states and investors) on the issue: in the first place, arbitrators should assess whether investors have been «substantially deprived» of economic use and enjoyment of their investments or not; if the answer is yes, arbitrators should then consider «whether the state action was reasonably predictable to the investor» (*id.* at 204).

The first part of the test sets substantive limits to indirect expropriation, e.g. to avoid that a partial reduction of the investment, or its temporary freezing, may be considered equivalent to expropriation. In a wider sense, the requirement of «substantial deprivation» may also prevent courts from allowing that «conceptual severance» of the bundle of property rights⁶⁷ that, for instance, the US Supreme Court firmly rejected but that has been applied in some well-known NAFTA cases: even when expropriation did not actually occur, arbitration courts declared in those

⁶⁷ This topic has been analytically dealt with and admirably illustrated by Hohfeld 1913, a little classic in legal thought that not by chance had an «electrifying impact» on legal realism: see Horwitz 1992, 152ff.

cases that the investors' quota or access to a particular market are «property interests» that could well support an expropriation claim⁶⁸.

The second standard proposed by Isakoff, however, shows once again the difficulties in defining the boundaries of indirect expropriation: the «reasonable predictability» for investors of regulatory measures substantially affecting their investment's value may have a crucial weight when, as in the *Metalclad* case, the foreign company asked for and obtained from the Mexican government specific assurances on the possibility to construct and operate the landfill. That standard reminds us that «investment protection is not an insurance policy» (Fortier & Drymer 2004, pg. 307) and that the risks associated with conducting a business are born by investors⁶⁹. The application of this standard to the case proposed by Isakoff, however, raises doubts about its validity. In the already mentioned and still pending dispute on the *Tobacco Plain Packaging Act*, claims from Philip Morris Asia did not consider that regulations regarding the sale of tobacco products, including plain packaging legislation, have «a long-standing background» in the international community, and that the enactment of such regulations fell within «ordinary business risk» (ISAKOFF, 2013, p.207-208).

Nevertheless, the argument just set forth perhaps goes beyond the intentions of the author and indirectly shows the far-reaching power that international investment agreements have granted to arbitrators: could the Australian legislative power of protecting the health of its citizens be bound to a prior debate in the international community on that very issue? Should we accept an *argumentum a contrario* to infer that *no legislature may adopt an unprecedented solution—quite different from those discussed elsewhere—to enforce a basic human right* such as the right to health? These arguments lead to

⁶⁸ Cfr. *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*, 40 I.L.M. 258, par. 96 (NAFTA Ch. 11 Arb. Trib. 2000); *S.D. Myers, Inc. v. Canada*, 40 I.L.M. 1408, par. 281 (NAFTA/UNCITRAL 2000). According to Been & Beauvais (2003: 64ff.), this strategy consists of taking «from the whole bundle of rights just those strands that are interfered with by the regulation, and then hypothetically or conceptually constru[ing] those strands in the aggregate as a separate whole thing». According to Sornarajah (2010: 370), the very concept of indirect expropriation «is based on the unbundling of property rights».

⁶⁹ Not surprisingly, investors can insure against the «political risks» of international investments, with corporations and agencies such as OPIC (*Overseas Private Investment Corporation*), or MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency*).

the conclusion that the current web of bi- and multilateral investment agreements permits and fosters markets openness to new goods and services but then it prevents any later closure or restriction on them (e.g., by equating tobacco to an illegal product). And one could also argue that PM Asia, by investing in a foreign country under the protection of a BIT, obtained for that very reason *the right to an unchanging (or only “reasonably changing”) regulation* on every issue affecting its investment’s expected value.

7 INVESTMENTS AND SOVEREIGNTY

In 2011, the Australian government stated that it will not support

provisions that would constrain the ability of Australian governments to make laws on social, environmental and economic matters in circumstances where those laws do not discriminate between domestic and foreign businesses. The Government has not and will not accept provisions that limit its capacity to put health warnings or plain packaging requirements on tobacco products [...].⁷⁰

This firm stance seems to support the view of those who had foreseen ahead of time that international investment agreements would spark off states’ counter measures as soon as they realized the extent of the constraints on their freedom of action:

The proliferation of investment treaties which include an absolute concept of individual property rights, especially that of a foreign investor to the exclusion of similar rights for citizens, will provoke internal controversy and lead to the assertion of sovereignty-centred arguments. It will raise the issue as to whether these treaties, made largely by bureaucrats, do not constrain the democratic wishes of the people of the state. In any event, as the regulatory powers of the state are seen to diminish as a result of extensive interpretations placed on the language in the treaties, the response of states will be to reassert their regulatory powers and indicate clearly that there was no intention to abdicate such powers through the investment treaties. (Sornarajah 2010, pg. 372).

A reaction of this sort has been indeed noticeable in the international scene over the last ten years, that is, since the USA revised their standard BIT model in 2004, clarifying, among other things, the definition of indirect expropriation and

⁷⁰ Gillard Government Trade Policy Statement, April 2011, p. 14. At: <http://www.acci.asn.au/getattachment/b9d3cfae-fc0c-4c2a-a3df-3f58228daf6d/Gillard-Government-Trade-Policy-Statement.aspx>. Last access: 5 October 2014. Please note that the Australian Act of 2011 has been attacked from different sides: both Indonesia and Ukraine challenged it for the violation of intellectual property and free trade agreements (TRIPS, GATT, and TBT) and filed a complaint to the WTO dispute settlement system. The complaints have been joined by several third parties, with USA and EU among them.

restricting its possible interference with the public purpose of protecting health, security, and environment⁷¹. Since 2007, long before Venezuela, Bolivia and Ecuador denounced the ICSID Convention, a number of capital exporting countries began to develop, in the wake of the USA, a «new BIT generation» (Wouters, Duquet & Hachez 2013, pg. 49ff.), in their quest for a new balance between the need to protect their foreign investments and the will to keep their sovereign prerogatives intact, first among them their legislative power.

I am not claiming here that this change is due neither to compromissory clauses alone nor to the ambiguities surrounding indirect expropriation. On the other hand, it would appear premature to assume a potential «return of the state» on the scene, noticeable not only in the wording of the new BITs, but also in some important arbitral awards, since «[p]olitics does not stop at the door to ICSID» (Alvarez 2011, pg. 250 and *passim*). Although the enthusiasm for BITs has distinctly waned, especially in the aftermath of the global financial crisis, «global law» is enjoying an unrelenting expansion and the need for foreign direct investments remains still one of the most convincing arguments to push states into relinquishing part of their sovereign prerogatives in order to obtain admittance to global economy networks⁷². The case above illustrated does not aim at reviving any «mythology of Sovereignty» (Henkin 1992), but it offers both an enlightening parallel with the debate on the protection of property that took place in the US a century ago, and some provisional conclusions about the nature of these legal changes, and how they are perceived by experts and consequently by the public opinion.

⁷¹ Annex B, point 4, lett. b), confirmed in the second model amendment in 2012, states that «[e]xcept in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations». As already said, the model has been revised in 2012 and it is available at: <http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>. Last access: 5 October 2014. This model has been negotiated, but ultimately inserted without changes in all the agreements signed by the USA, a not negligible aspect in the success of the so-called «BIT generation» (see Reisman & Sloane 2004). For a list of the new BITs that duplicated that same clause, see (UNCTAD, 2012, p. 86).

⁷² Alvarez however challenged this point as well, concisely writing that, after the global crisis, «[w]e are not as sure as we once were whether we should welcome all foreigners so long as they come with lots of cash» (Alvarez, 2011, p. 256).

One of the most popular commonplaces on legal globalization states that it crosses over the traditional divide between public and private law: the latter would represent a relic of modernity, a useless theoretical construct at a time when states increasingly make use of *private* tools and actors to perform *public* functions; and when private (or mixed public-private) organizations play an increasingly important role on the global scene, where they are generating «autonomous legal regimes» that «can no longer be analysed by a single binary distinction» (Teubner 1998, pg. 396ff.; Teubner & Fischer-Lescano 2004).

These arguments echo those expounded by the realists a century ago—and mentioned earlier in this paper—when they criticized the abstract and «de-physicalized» concept of property accepted by the US Supreme Court, precisely because that concept was based on the public/private divide and ended up in downplaying the public nature of private property. The very same argument has been used more than once in the course of time—even by thinkers as distant as Marx and Kelsen can be⁷³—to reveal the “ideological” nature of the public/private divide, but today it needs to be reconsidered in the light of the changes that have affected international law: if one century ago this argument was used to criticize a surreptitious extension of the owners’ prerogatives, nowadays that same criticism to the public/private divide prevents us from understanding the full meaning of the changes that have occurred with the spread of international investment agreements.

Since the famous *Wimbledon* case in 1923⁷⁴ international law scholars are inclined to assert that international treaties do not represent a limit to sovereignty but rather a way to exercise it. However, states contracting BITs and multilateral investment agreements have allowed for an unprecedented *privatization of sovereignty* occurring on two different levels: the first one pertaining to the

⁷³ In a few words, according to Marx (1844) the public/private divide was an ideological tool for preserving the “naturalness” of private law, whereas Kelsen (1924: 349) saw the “pragmatic” meaning of that same divide in the will of keeping the public power away from the full respect of the rule of law (*Rechtssprinzip*); for further details, see Pupolizio 2012.

⁷⁴ *S.S. Wimbledon (U.K. v. Germ.)*, 1923 *Permanent Court of International Justice (PCIJ)* (ser. A) No. 1.

subjects entitled to sue in courts, a small number of *private organizations*⁷⁵ that, as we have seen, can compel states to arbitration by simply bringing their claim to the court; the second one pertaining to the dispute settlement procedure provided by those agreements, a procedure entrusted to *private judges* (the arbitrators) unable to provide the guarantee of independence and impartiality that should be associated with the development of these «proto-constitutional»⁷⁶ courts. On the contrary, these courts are physiologically designed to legitimize and promote their intervention, even by using the discretionary power assigned to them by the agreements' general standards (Van Harten 2007, pg. 152ff.)⁷⁷.

The effects of this privatization are further magnified by the wide scope of arbitrators' review, both in terms of time⁷⁸ and object, since the term 'investment', as already mentioned, allows the courts to control almost every exercise of sovereignty⁷⁹, given the fact that it is difficult even to imagine one that *does not* affect an investor's «reasonable expectations».

Lastly, the extent of these institutional changes can be fully gauged by looking at the general standards' physiological indeterminacy: these standards, that should be applied to find whether «reasonable expectations» have been violated or not, have been charged of the same «circularity» examined at the beginning of this paper⁸⁰, since their reasonableness ultimately depends on the level of legal protection afforded. It could be replied that indeterminacy affects every standard used in this kind of agreements (e.g., the duty to assure a «fair and

⁷⁵ I use this expression for transnational corporations to stress some of their institutional features, such as their being [a] «opposed to the market», according to Coase and Williamson, [b] immortal, and [c] a good approximation of the ideal type of instrumental rationality. These features could support a normative argument to legitimate a stricter legal regime for *legal persons* than for *natural persons*: in other words, to defend *property and freedom of contract* of the latter, and not of the former. For a more in-depth analysis of this argument, see Mattei 2012.

⁷⁶ See fn. 23.

⁷⁷ See also Kingsbury & Schill (2009: 44ff.): they acknowledge that, in assessing States' conduct, arbitral courts sometimes ask for procedural requirements that those same courts do not comply with.

⁷⁸ Most BITs provide for a duration of 10 or 15 years, with a tacit renewal clause and above all a «survival clause» stating that investments made before the expiration of the agreement will still be protected for 10 or 15 years, even though the agreement is not renewed: on this topic, see Ripinsky 2012.

⁷⁹ Salazar (2010: 36) describes the «measures» that can cause an expropriation according to NAFTA Art. 1110, and includes here «any law, regulation, procedure, requirement, or practice».

⁸⁰ See Newcombe (2005: 38): «The difficulty with the concept of legitimate expectations is its circularity».

equitable treatment» to investments), but claims of indirect expropriation indeterminacy turn up to be notably insidious, since they enable arbitrators to decide whether a specific measure: i) falls within traditional state powers (police power doctrine); ii) should be evaluated according to its *ratio* or its effect (sole effect doctrine); iii) serves a «public purpose»; iv) is a reasonable means to accomplish that purpose; v) lastly, despite the passing of precedent tests, imposes a «disproportionate» burden on investors' «reasonable expectations».

Indirect expropriation allows thereby a hypothetical but impressive expansion of the owners' prerogatives, or in other words of *private law*, in line with the most literal meaning of the expression, i.e. the law regulating relationships among «equal subjects»⁸¹: an agreement between sovereign states “contractualize” the legal regime that investors find in the host state at the time of the investment, and any subsequent amendment by the state must be accepted by an undetermined number of (private) counterparts, which reserves otherwise the right to act for damages⁸². Therefore, a state may well “sovereignly” decide to open its market to goods and services offered by foreign companies, but then should abstain from any attempt to regulate it too harshly, that is, to negatively affect investment return expectations, as they were at the time the investment was made. In this case, and not a purely academic one as outlined above, public powers yield to the dilemma of being poised between immobility⁸³ and an actual *monetization of sovereignty*.

8 CONCLUSIONS

I have deliberately taken here to the extreme the possible implications of international investment agreements, consciously underestimating the persuasive

⁸¹ For a full description of the «private law image» of law (Bobbio 1974), see Pupolizio 2013.

⁸² It is not by chance that Van Harten (2007: 150) speaks of a «regime that governs the public sphere by private law rules», even though he obscurely links this description to the «aggressive» stance of arbitrators in defending investors' interests.

⁸³ Several scholars underlined the «chilling effect» of indirect expropriation provisions: Been & Beauvais 2003: 132; Salazar 2010: 32 e *passim*.

weapons states still have to assert their reasons in the international sphere⁸⁴. This paper does not mean to cast doubts neither on the importance of the investment protection issue nor on the fact that states may actually expropriate investments with measures that do not imply the transfer of title or possession. Any national legal system provides rules to protect property from arbitrary state action, and it is not surprising that transnational actors are trying to transplant those rules on a global level. However, we do not need to question arbitrators' expertise and honesty to stress that they have to work in a rarefied global legal landscape, where the act of balancing conflicting interests cannot be aided by any global constitution.

This leads to the conclusion that the legitimacy crisis that has hit the dispute settlement mechanisms provided by international investment agreements does not derive neither from the temporary economic crisis, that drove states to restore a wider «policy space» to deal with its consequences, nor from mere procedural reasons. Several authors have recommended «incremental reforms» to improve the quality of the awards by inserting them into a wider «Global Administrative Law» (GAL: see Kingsbury & Schill 2009). This connection with GAL is important, because it shows that the previously mentioned criticism of the public/private divide coexists surprisingly with a renewed search for 'publicness' of law in the global space. The need for publicness has been stressed from different perspectives (Kingsbury 2009, Palombella 2013), and often equated with the shareable request of ensuring «adequate standards of transparency, participation, reasoned decision, [...] legality, and [...] effective review of the rules and decisions» made by these new «global administrative bodies» (Kingsbury, Krisch & Stewart 2005, pg. 17). That need is especially impelling in the field of investor state arbitration, for the reasons explained above. However, in my opinion this concept of 'publicness' is incomplete, as it refers merely to procedure. On the contrary, indirect expropriation awards are made in a legal vacuum, showing that the mechanisms of investment dispute settlement do need a robust injection of

⁸⁴ Namely, I refer to the so-called *immunity from execution*, that according to many scholars stands as «the last fortress» of state sovereignty (Alvarez 2011: 228) and survives to the waiver of immunity from jurisdiction entailed by state consent to arbitration: on this topic, see Pengelley 2009.

‘publicness’: the latter should however be intended *as a matter of substance*, that is, of aiming at bringing these decisions back within state sovereignty that can—at least in theory—be democratically accountable, since they set a crucial dividing line between private and public interests. As we have seen, legal realists told us many years ago that the pursuing of the latter should legitimate the protection of the former, and not the other way round. If it should be so, to those claiming—long before its global spread—that the main virtue of investor state arbitration is that of contributing to «depoliticize» investment disputes (Shihata 1986), we may today reply that, on the contrary, those control mechanisms of sovereign power will survive their success only if they will succeed in “repoliticizing” those same disputes.

REFERENCES

- AFILALO, A. (2005). Meaning, Ambiguity and Legitimacy: Judicial (Re-)construction of NAFTA Chapter 11. **Northwestern Journal of International Law & Business**, 22, 2, pp. 279-314.
- ALEXY, R. (1994). **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- BEEN, V., & BEAUVAIS, J. C. (2003). The Global Fifth Amendment? Nafta's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine. **New York University Law Review**, 78, pp. 30-143.
- BOBBIO, N. (1974). **La grande dicotomia**, Studi in memoria di Carlo Esposito. Cedam: Padova, pp. 2187-200. Reprint in Id., *Dalla struttura alla funzione*. Nuovi studi di teoria del diritto, Comunità, Milano 1977, pp. 145-63.
- BROCHES, A. (1982). Bilateral Investment Treaties and Arbitration of Investment Disputes. In Jan C. Schultz and Albert J. van den Berg (eds.), **The Art of Arbitration: Liber Amicorum Pieter Sanders**. Deventer: Kluwer, pp. 63ff.
- BROWER, C. N. (2002). A Crisis of Legitimacy. **National Law Journal**, 7 October. Reprint available at: <http://www.lancaster.ac.uk/fass/law/intlaw/ibuslaw/docs/brower2002.pdf>.
- CHRISTIE, G. C. (1962). What Constitutes a Taking of Property Under International Law? **British Yearbook of International Law**, 38, pp. 307-38.

CHUNG, O. (2007). The Lopsided International Investment Law Regime and Its Effect on the Future of Investor-State Arbitration. **Virginia Journal of International Law**, 47, pp. 953-76.

COMMONS, J. R. (1924). **Legal Foundations of Capitalism**. New York: Macmillan.

DOLZER, R. (2003). Indirect Expropriations: New Developments? **New York University Environmental Law Journal**, 11, pp. 64ff.

DOLZER, R., & SCHREUER, C. (2012). **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press.

DOLZER, R., & STEVENS, M. (1995). **Bilateral Investment Treaties**. The Hague: Martinus Nijhoff.

FORTIER, L. Y., & DRYMER, S. L. (2004). Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor. **ICSID Review**, 19, 2, pp. 293-327.

FRANCK, S. D. (2004). Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions. **Fordham Law Review**, 73, pp. 1521ff.

FREEMAN, E. M. (2011). Regulatory Expropriation under NAFTA Chapter 11: Some Lessons from the European Court of Human Rights. **Columbia Journal of Transnational Law**, 42, 1, pp. 177ff.

GOLDSMITH, J. L., & POSNER, E. A. (1998). A Theory of Customary International Law. **John M. Olin Law & Economics Working Paper** The Law School - University of Chicago. At: www.law.uchicago.edu/Publications/Working/index.html. 63. Last Access: 3 October 2014.

GUZMAN, A. T. (2009). Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties. In: SACHS, L. E. and SAUVANT, K. P. (eds.), **The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows**. New York: Oxford University Press, pp. 73-97.

HALE, R. L. (1922). Rate Making and the Revision of the Property Concept. **Columbia Law Review**, 22, 3, pp. 209-16.

— (1923). Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State. **Political Science Quarterly** 38, pp. 470-94.

HENDERSON, G. C. (1920). Railway Valuation and the Courts. **Harvard Law Review**, 33, 8, pp. 1031-57.

HENKIN, L. (1992). The Mythology of Sovereignty. In: HUGHES, E. L. (ed.), **State Sovereignty: The Challenge of a Changing World: "New Approaches and Thinking on International Law"**. Ottawa: Canadian Council on International Law, pp. 15-23.

HERZ, J. H. (1941). Expropriation of Foreign Property. **The American Journal of International Law**, 35, 2, pp. 243-62.

HOFFMANN, A. K. (2007). The Investor's Right to Waive Access to Protection under a Bilateral Investment Treaty. **ICSID Review**, 22, pp. 69ff.

HOHFELD, W. N. (1913). Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. **The Yale Law Journal**, 23, 1, pp. 16-59.

HORWITZ, M. J. (1992). **The Transformation of American Law: 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy**. New York: Oxford University Press.

JOHNSON, L. (2011). Annulment of ICSID Awards: Recent Developments. **IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators**. New Delhi, October 27-29, 2010. International Institute for Sustainable Development (IISD).

At:

<http://www.iisd.org/sites/default/files/pdf//2011/dci_2010_annulment_icsid_awards.pdf>. Last Access: 16 September 2014>.

KELSEN, H. (1924). Diritto pubblico e privato. **Rivista internazionale di filosofia del diritto**, IV, pp. 340-57.

KINGSBURY, B. (2009). The Concept of 'Law' in Global Administrative Law. **European Journal of International Law**, 20, 1, pp. 23-57.

KINGSBURY, B., KRISCH, N., & STEWART, R. B. (2005). The Emergence of Global Administrative Law. **Law and Contemporary Problems**, 68, 3-4, pp. 15-61.

KINGSBURY, B., & SCHILL, S. W. (2009). Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law. **NYU School of Law, Public Law Research Paper**. At: <<http://ssrn.com/abstract=1466980>>. Last Access: 16 September 2014.

LOWENFELD, A. F. (2003-2004). Investment Agreements and International Law. **Columbia Journal of Transnational Law**, 42, 1, pp. 123ff.

MARLLES, J. R. (2007). Public Purpose, Private Losses: Regulatory Expropriation and Environmental Regulation in International Investment Law. **Journal of Transnational Law & Policy**, 16, 2, pp. 275-336.

MARX, K. (1844). Zur Judenfrage. **Deutsch-Französische Jahrbücher**, 1, Februar.

MATTEI, U. (2012). Proprietà (nuove forme di). In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, pp. 1118-32.

MERRILL, T. W. (2002). Incomplete Compensation for Takings. **New York University Environmental Law Journal**, 11, pp. 110ff.

NEWCORBE, A. (1999). **Regulatory Expropriation, Investment Protection and International Law**: When Is Government Regulation Expropriatory and When Should Compensation Be Paid? Master of Laws Thesis, Faculty of Law, University of Toronto. At: <<http://italaw.com/documents/RegulatoryExpropriation.pdf>>. Last Access: 16 September 2014.

— (2005). The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law. **ICSID Review**, 20, 1, pp. 1-57.

OECD (2004). Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law. **OECD Working Papers on International Investment**. OECD Publishing, 1st September. At: <<http://dx.doi.org/10.1787/780155872321>>. 04/2004. Last Access: 16 September 2014.

PALOMBELLA, G. (2013). È possibile una legalità globale? **Il Rule of law e la governance del mondo**. Bologna: il Mulino.

PAULSSON, J., & DOUGLAS, Z. (2004). Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitration. In: HORN, N. and KRÖLL, S. (a cura di), **Arbitrating Foreign Investment Disputes**. The Hague: Kluwer, pp. 145-58.

PENGELLEY, N. (2009). Waiver of Sovereign Immunity from Execution: Arbitration is Not Enough. **Journal of International Arbitration**, 26, 6, pp. 859-72.

PUPOLIZIO, I. (2010). Più realisti del re? Il realismo giuridico statunitense nella prospettiva dei "Critical Legal Studies". **Materiali per una storia della cultura giuridica**, XL, 1, pp. 73-104.

PUPOLIZIO, I. (2012). Materiali per uno studio sociologico della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. **Sociologia del diritto**, XXXIX, 2, pp. 7-35.

PUPOLIZIO, I. (2013). Per un modello teorico della "grande dicotomia" tra diritto pubblico e diritto privato. **Materiali per una storia della cultura giuridica**, XLIII, 2, pp. 343-69.

REISMAN, M. W., & SLOANE, R. D. (2004). Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation. **Faculty Scholarship Series**. Yale Law School. At: <<http://digitalcommons.law.yale.edu>>. Last Access: 3 October 2014.

RIPINSKY, S. (2012). Venezuela's Withdrawal From ICSID: What it Does and Does Not Achieve. **Investment Treaty News**. International Institute for

Sustainable Development, 13 April. At: <<http://www.iisd.org>>. Last Access: 16 September 2014.

SALACUSE, J. W., & SULLIVAN, N. P. (2005). Do Bits Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain. **Harvard International Law Journal**, 46, 1, pp. 67-130. Reprint In: K. P. SAUVANT & L. E.

SACHS (eds.) (2009). *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*. New York: Oxford University Press, pp. 109-170.

SALAZAR, A. R. (2010). NAFTA Chapter 11, Regulatory Expropriation, and Domestic Counter-Advertising Law. **Arizona Journal of International & Comparative Law**, 27, 1, pp. 31-82.

SAUVANT, K. P., & SACHS, L. E. (eds.) (2009a). **The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows**. New York: Oxford University Press.

SAUVANT, K. P., & SACHS, L. E. (2009b). BITs, DTTs, and FDI Flows: An Overview. In: SAUVANT, K. P. &

SACHS, L. E. (eds.), **The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows**. New York: Oxford University Press, pp. xxvii-lxii.

SHIHATA, I. F. I. (1986). Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA. **ICSID Review**, 1, 1, pp. 1-25.

SHIRLOW, E. (2014). Deference and Indirect Expropriation Analysis in International Investment Law: Observations on Current Approaches and Frameworks for Future Analysis. **ICSID Review**, 29, 3, pp. 595-626.

SORNARAJAH, M. (2008). A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration. In K. P. Sauvant (ed.), **Appeals Mechanism in International Investment Disputes**. New York: Oxford University Press, pp. 39-45.

SORNARAJAH, M. (2010). **The International Law on Foreign Investment**. New York: Cambridge University Press.

STERN, B. (2007). In Search of the Frontiers of Indirect Expropriation. In A. W. Rovine (ed.), **Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers**, Leiden: Nijhoff, pp. 29-51.

SUNSTEIN, C. R. (1987). Lochner's Legacy. **Columbia Law Review**, 87, 5, pp. 873-919.

TEUBNER, G. (1998). After Privatization? The Many Autonomies of Private Law. **Current Legal Problems**, 51, 1, pp. 393-424.

TEUBNER, G., & FISCHER-LESCANO, A. (2004). Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. **Michigan Journal of International Law**, 25, pp. 999-1046.

UNCTAD (2012). **Expropriation. Issues in International Investment Agreements II**. At: <http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d7_en.pdf>. Last Access: 23 October 2014.

— (2014). **Issue note on IIA: Recent Developments on Investor-State Dispute Settlement**, April 1st. At: <unctad.org/en/PublicationsLibrary>. Last Access: 25 September 2014.

VAN HARTEN, G. (2007). **Investment Treaty Arbitration and Public Law**. Oxford: Oxford University Press.

VANDEVELDE, K. J. (2010). **Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation**. New York: Oxford University Press.

WÄLDE, T., & KOLO, A. (2001). Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law. **The International and Comparative Law Quarterly**, 50, 4, pp. 811-48.

WORTLEY, B. A. (1959). **Expropriation in Public International Law**. Cambridge: Cambridge University Press.

WOUTERS, J., DUQUET, S., & HACHEZ, N. (2013). International Investment Law: The Perpetual Search for Consensus. In O. DE SCHUTTER, J. SWINNEN, and J. WOUTERS (eds.), **Foreign Direct Investment and Human Development: The Law and Economics of International Investment Agreements**. New York: Routledge, pp. 25-69.

ZARTMAN, I. W. (ed.) (1994). **International Multilateral Negotiation: Approaches to the Management of Complexity**. San Francisco: Jossey-Bass.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

**GT – MULTICULTURALISMO E COMUNIDADES
TRADICIONAIS**

CANOAS, 2015

OS POVOS INDÍGENAS COMO SUJEITOS COLETIVOS DE DIREITO: O RECONHECIMENTO CONSTITUCIONAL E A (I)NEFICIÊNCIA JURÍDICA NO BRASIL

Taysa Schiocchet¹

Denise Tatiane Girardon dos Santos²

RESUMO: Abordar o traçado histórico do Brasil, político e jurídico, no trato protetivo dos povos indígenas e destacar que, efetivamente, não existe sua proteção, pelo que se visa a propor alternativas, como a percepção multicultural e o reconhecimento do outro. O método hipotético-dedutivo. Os movimentos sociais indígenas foram importantes, sob a óptica de sujeitos coletivos, na elaboração da Constituição Federal e na criação da DNU DPI, para que houvesse, juridicamente, a realização de tais previsões legais. Mesmo com a reconhecimento jurídica da condição de índio e da necessidade da preservação de suas sociedades, a realidade pouco foi alterada, haja vista a insuficiência de aplicação fática das normas. Uma das alternativas é a efetiva demarcação dos territórios e de sua proteção, que permite a manutenção e o desenvolvimento de suas culturas.

PALAVRAS-CHAVE: Povos Indígenas; Sujeitos Coletivos; Autodeterminação; Brasil; (I)naplicabilidade protetiva

1 INTRODUÇÃO

Após o início da colonização do Brasil, independentemente, da origem dos conquistadores, os povos indígenas passaram a sofrer agressões de toda

¹ Doutorado (2010) pela UFPR, com período de estudos doutorais na Université Paris I - Panthéon Sorbonne e na FLACSO, Buenos Aires. Pós-doutorado pela Universidad Autónoma de Madrid (UAM), na Espanha. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UNISINOS). Professora visitante da Université Paris X. Advogada. Líder do Grupo de Pesquisa IBioTecJusl Estudos Avançados em Direito, Tecnociência e Biopolítica. Integrante do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico. Tem experiência na área de Direito e Bioética, com ênfase em Teoria e Filosofia do Direito e Direito Civil-Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos humanos, bioética e ética na pesquisa, biotecnologia e genética, laicidade e estudos de gênero, criança e adolescente, antropologia e povos indígenas. Contato: taysa_sc@hotmail.com.

² Doutoranda em Direito, linha de concentração em Direito Público, pela Universidade do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestra em Direito, linha de concentração em Direitos Humanos, pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Especialista em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ. Professora nos Cursos de Direito da UNICRUZ e das Faculdades Integradas Machado de Assis – FEMA. Advogada. Contato: dtgsjno@hotmail.com.

natureza, sobretudo, na deturpação de seus territórios e, por consequência, na redução de suas comunidades, suas culturas, suas tradições e seus costumes.

A partir da segunda metade do século XX, com o afloramento e a disseminação da ideia humanista, da proteção dos grupos minoritários e do reconhecimento do direito à diferença, no âmbito internacional. No Brasil, com a reabertura democrática e a elaboração do novo Texto Constitucional, os povos indígenas passaram a se organizar para, também, exigir que seus direitos fossem reconhecidos, principalmente, a reconhecimento de sua condição de índios, formadores de grupos distintos e que deveriam ser respeitados pelas suas características.

A par dessas considerações, pretende-se abordar o traçado histórico do Brasil, no sentido político e jurídico, apontar a importância dos movimentos indígenas, como sujeitos coletivos de direitos, para que houvesse, juridicamente, a realização de tais previsões legais. Ademais, destacar que, apesar disso, a realidade pouco foi alterada, haja vista a insuficiência de aplicação fática das normas, principalmente, no tocante à demarcação dos territórios e de sua proteção, o que impede, por decorrência, que tais comunidades possam usufruir de um espaço saudável e adequado para manterem e desenvolverem suas culturas.

2 A FORMAÇÃO DO BRASIL E A MARGINALIZAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS

O Continente Sul Americano foi colonizado, especialmente, por portugueses e espanhóis, a partir do final do século XV. Com isso, teve início a exploração de recursos naturais; bem como, o contato direto entre os colonizadores e as tribos indígenas, sendo que aqueles buscavam escravizar os nativos, exterminá-los, ou, ainda, civilizá-los por intermédio da aculturação, de acordo com os padrões europeus.

Os habitantes do novo continente foram chamados de índios, pois a História oficial remonta ao fato de que os portugueses, na viagem que eclodiu no

descobrimto do Brasil³, pretendiam, na verdade, chegar às Índias, visando ao comércio. Ainda que o equívoco tivesse sido sanado, ou seja, após a constatação de que a América constituía um continente à parte, não ligado à Ásia, tal nominativo foi preservado, servindo para designar, indistintamente, todos os habitantes ameríndios - que não fossem europeus (MELATTI, 1993).

Inicialmente, a expansão para as terras indígenas tinha, como fator preponderante, a propagação da fé cristã, pois essa prática permitiria a legitimação do domínio espanhol, uma vez que as almas pagãs seriam convertidas e salvas (LAS CASAS, 1997). Essa interpretação fez com que, desde o princípio, os índios não fossem considerados como seres humanos, ou não seriam até que se submetessem à aculturação e à catequização. Contudo, a cobiça por ouro e a possibilidade de sua extração, pela mão-de-obra abundante dos índios, fez com que eles fossem submetidos à escravização desumana.

A representação da superioridade dos europeus em face dos nativos foi criada a partir de uma percepção preconceituosa e de não reconhecimento do outro, o que restou evidente nas palavras de von Martius (1982), que entendia que os índios possuíam uma “[...] pobreza intelectual monótona e dura, como se nem as comoções internas, nem os impulsos do exterior tivessem tido a força necessária de lhes acordar desta letargia moral ou modificá-la”. Essa percepção permitiu que o *status* de inferioridade, conferido aos ameríndios, desse azo a todas as brutalidades cometidas, que afrontaram a pluralidade cultural e dizimaram muitas sociedades originárias e seus conhecimentos tradicionais (GALEANO, 2010).

O eurocentrismo, representado pela percepção e atuação dos ibéricos, frente aos povos indígenas e suas culturas, denota o início de uma visão equivocada e inferiorizadora destes, tanto no Brasil, quanto no restante da América Latina, o que conduziu a um comportamento de desinteresse, por parte dos não indígenas, quanto à verdadeira concepção cultural e social dos povos originários (CLASTRES, 2003). O tratamento que sempre foi dedicado a eles ou

³ Souza (2010, p. 36) explica que “O termo “descobrimto” é, ainda hoje, usado em muitos manuais de história. Só recentemente essa ideia vem sendo substituída pela perspectiva de que as terras que os índios habitavam “desde tempos imemoriais” foram, de fato, invadidas, conquistadas”.

era orfanológico, ou de aculturação, ou, ainda, de total invisibilidade sobre as questões que lhe eram correlatas, culminando no isolamento das culturas.

Para solidificar sua ocupação do território brasileiro, Portugal implantou o regime das sesmarias, com a concessão de extensões territoriais para os interessados a, em nome da Coroa, viverem no Brasil e ocuparem os espaços, ainda que isso significasse “[...] perseguir, escravizar, prear ou matar populações indígenas. Era uma espécie de presúria tardia, centralizada e organizada”, como expõe Souza Filho (2006, p. 58).

Após uma consolidada ocupação portuguesa do território brasileiro, passou a haver o tráfico de escravos da África, pois, ainda que muitos indígenas tivessem sido escravizados, eles apresentavam significativa resistência, de modo que os negros se apresentaram como uma opção mais viável, por serem considerados mais dóceis. Machado (1980, p. 68) explica que “No começo do século XVIII, as sociedades indígenas, em sua maioria, haviam perecido, enquanto o tráfico negreiro atingia o apogeu, com a entrada no País, a contar de 1538, de contingente de mais de um milhão de escravos”.

A partir dessas considerações, constatou-se uma nova configuração social, onde a cultura indígena foi, consideravelmente, destruída, por conta da catequização e da assimilação cultural. Freire (2003) ainda que considerasse a sociedade indígena como “mais atrasada”, inferior, em relação à cultura portuguesa, e que a sua “salvação” seria a assimilação cultural, reconheceu o choque cultural negativo e o impacto desolador das investidas colonizadoras sobre as sociedades ameríndias.

Com a migração dos índios do regime de escravidão para o labor assalariado, foi criado o Regime de Órgãos, a fim de, paulatinamente, modelar o ideal indígena para que eles se tornassem empregados, já que haviam adquirido certos conhecimentos dos costumes europeus, e, também, para que não retornassem ao *status quo ante* de habitantes de aldeias, praticantes dos costumes nativos. Segundo Wolkmer (2003, p. 79 - 80):

A gênese do conceito da tutela orfanológica aparece na transição do trabalho escravo indígena para o trabalho assalariado. Assim, para evitar a evasão dos índios libertos e residentes nas povoações coloniais, e retorno ao seu estágio de “barbárie”, o governo colonial resolveu inseri-

los no Regime de Órfãos, para que “desenvolvessem o amor ao trabalho”. Os índios foram classificados de “rústicos”, “ignorantes” e “vadios”, não se incluindo neste rol os que já conheciam alguma arte de ofício, capazes de se auto-sustentar.

Prescindível ressaltar que os maus tratos em face dos indígenas prosseguiram, ininterruptamente, e, com o progresso da colônia portuguesa e, após, em 15 de novembro de 1822, com a Declaração da Independência e a consolidação adiantada do Estado brasileiro, eles se intensificaram, movidos pelo interesse nas terras e na exploração do trabalho, o que fez com que os indígenas se insurgissem, chegando a invocarem os direitos dos vassallos para si, com o intento de legitimarem, legalmente, suas reivindicações (DOMINGUES, 2000).

Apesar de os índios perderem, paulatinamente, os direitos congênitos sobre os territórios que, anteriormente, ocupavam, as normas, editadas após a proclamação da República, lhes renderam alguma legislação protetiva. Em 20 de julho de 1910 foi criado o Serviço de Proteção ao Índio e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPILTN)⁴, primeiro órgão brasileiro encarregado, especificamente, de gerir a tutela dos indígenas, sendo fruto de pressões internacionais, pois muitas nações consideravam inaceitável a omissão do Estado brasileiro em relação ao extermínio a que os índios estavam sendo vítimas, ainda no final do século XVIII e início do século XVIII.

O SPILTN foi extinto em 1966, devido às graves denúncias de corrupção de seus agentes e, em 1967, foi criada a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), visando, precipuamente, a promover a educação básica e a fiscalização e defesa de seus territórios, o desenvolvimento e a defesa das comunidades indígenas e buscar com que a sociedade urbana se interesse pelas causas indígenas (CCDH, 2010).

Em 19 de dezembro de 1973, foi sancionada a Lei nº. 6.001⁵, com fins de promover a regulação da situação jurídica dos índios e de suas comunidades, para preservar sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional. Percebe-se, assim, que os povos indígenas sempre foram tratados como um conjunto de pessoas incapazes, portadoras de culturas inferiores e que, por esse motivo, foram relegados a uma condição de

⁴ Por meio do Decreto nº, 8072, com vinculação ao Ministério da Agricultura.

⁵ Estatuto do Índio.

subcidadãos, que precisavam do auxílio do Estado para se autogerirem e protegerem.

A partir da análise de como os direitos dos índios eram tratados, percebe-se que eles refletiam a visão de como a sociedade brasileira percebia os índios. A explicação para essa ocorrência é a constante e histórica desinformação da sociedade ocidental sobre a cultura indigenista e sua forma de vida, conforme leciona Grupioni (2001a, p. 10):

A manutenção dessa identidade social coletiva por parte dos índios passa pela manipulação de suas especificidades culturais e dos estereótipos da sociedade envolvente, mas não implica a anulação de suas marcas técnicas. Ao contrário, apesar de índios, esses diferentes grupos continuam a ver a si mesmos e a se pensar como formações sócias homogêneas e distintas entre si: um yanomami, ou um guarani, antes de pensar em si mesmo como índio, se vê como yanomami, ou guarani.

Os índios não foram recepcionados como portadores de culturas próprias e como formadores de sociedades distintas, sendo vistos pelos colonizadores, inicialmente, e pela sociedade não indígena, posteriormente, mediante pré-conceitos, sendo discriminados por serem considerados como seres limitados, que lutavam, somente, por território e subsistência, e que nunca alcançariam a evolução, porque formariam sociedades sem história.

Foi pela incapacidade de reconhecimento do outro que os povos indígenas viveram cinco séculos enfrentando todos os tipos de violações de seus direitos, sejam eles individuais ou coletivos. A ideia de que as culturas indígenas são estáticas e que não se desenvolvem se mantém até hoje, pela dificuldade de percepção de que existem outras formas de sociedade que não aquelas que adotam o sistema capitalista e de acúmulo de bens, como supedâneo.

Todavia, o reconhecimento dos índios como sendo brasileiros, cidadãos, foi tardio, pois somente com a Constituição Federal de 1988 é que houve a reconção da diferença, da identidade, do multiculturalismo. Ainda assim, a visão inferiorizadora que a sociedade dispensa aos índios, à sua cultura e ao seu modo de vida, implica em reflexos diretos sobre o interesse dela na efetivação dos direitos e da proteção às comunidades indígenas (GRUPIONI, 2001b).

Essa espécie de preconceito gera o desinteresse, e a desinformação é consequência lógica e inevitável. A grande problemática para a implementação

do princípio da isonomia é a imagem deturpada que a sociedade não indígena possui dos índios, pois “[...] se o índio passa a se vestir como branco deixa de ser índio. Se o índio viaja para fora da aldeia deixa de ser índio. Se dorme em uma rodoviária para se proteger do frio, deixa de ser índio. Passa a ser branco, mendigo, qualquer coisa [...]”, conforme discorre Beckhausen (2007, p. 80).

Assim, verifica-se que desde a ocupação definitiva do território brasileiro por colonizadores luso-portugueses, houve a tendência à marginalização dos indígenas, que passaram a ser vistos como pessoas indignas, que deveriam ser resgatadas de seu estado de selvagem para a adoção de uma cultura, o que somente se transmudou a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, muito, em decorrência do esforço de lideranças indígenas e suas organizações para que fossem assegurados os seus direitos, principalmente, de diferença, de igualdade e de autonomia.

3 A PARTICIPAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS NO CENÁRIO POLÍTICO

Como ponderado, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, aos índios e seus povos nunca foram reconhecidos os direitos à igualdade, à diferença, à autonomia e à autodeterminação, de modo que as normas e as ações afirmativas estatais sempre foram voltadas à sua aculturação e à sua inserção na comunhão nacional, com a percepção da “condição de índio” como transitória, e não como pessoas portadoras de uma cultura diferente e autônoma. Para fazer frente a esses entendimentos equivocados e preconceituosos, fruto de uma histórica política colonialista, surgiram os movimentos indígenas, a partir da década de 1970, e que representam uma das mudanças mais expressivas na cultura política desses povos, pois, a partir da sua organização, puderam figurar como atores, como sujeitos, e não mais como objetos, como tutelados e como representados.⁶

⁶ As ações indígenas no sentido de mobilizarem-se, organizarem-se e promoverem atos na busca do reconhecimento de direitos podem ser classificadas como *movimentos históricos*, definidos como aqueles que vão de encontro à ordem social dominante, elitizada (TOURAINÉ, 1998).

No decorrer do século XX, na América Latina e no Brasil, foram tomadas muitas medidas, em especial, ao ideário integracionista dos governos, fazendo com que surgissem manifestações contrárias, de afirmação da autonomia desses povos, com destaque às suas características autônomas. Contudo, apenas, a partir da década de 1970 é que passou a ocorrer uma tomada de consciência quanto à necessidade da proteção das minorias indígenas e da sua importância para o patrimônio cultural humano.

As principais problemáticas, enfrentadas pelos povos indígenas eram (e ainda são), dentre outros, a desapropriação territorial, a subordinação política, a fragilidade na preservação cultural e a discriminação, mormente, por conta das heranças colonial – com políticas de extermínio e assimilação, no século XIX - e, em seguida, republicana – com o integracionismo impelido e as políticas de ajuste estrutural, no fim do século XX e início do século XXI. Essas medidas colocaram em xeque a própria existência dos povos originários, que, a despeito da resistência, foram empobrecidos, destituídos de serviços públicos básicos, com considerável exclusão étnica (FAJARDO, 2004).

Logo, no Brasil, seguiram-se os exemplos de outros países latinos, e os povos indígenas começaram a se mobilizar no sentido de reivindicarem seus direitos. Uma das primeiras reuniões com líderes indígenas de várias tribos foi veiculada por intermédio do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), pertencente à Igreja Católica, em abril de 1974, em Diamantino, no Mato Grosso, com dezessete índios; a segunda, no Pará, com sessenta, de modo que a representação crescia a cada novo encontro (RAMOS, 1997a).

As lideranças indígenas foram reconhecidas e principiaram a assumir novas posições e espaços, principalmente, na seara política, onde não havia uma representação que não fosse intermediada, no caso, pela FUNAI. Por intermédio desses movimentos, as lideranças indígenas brasileiras contataram outras, da América Latina, assimilando muitos ideários, eis que, em países como o Chile e a Bolívia, já haviam sido criadas confederações indígenas (LACERDA, 2008).

Essas congregações veicularam o contato de muitas lideranças indígenas, representantes de diversas culturas, de diferentes regiões do país, onde lhes foram possibilitadas discussões e comparações acerca de questões que lhes

eram correlatas e, a partir dessas ponderações, a constatação de que possuíram muitos objetivos em comum. Igualmente, um grupo independente de estudantes indígenas das etnias Terena, Xavante, Boroó, Pataxó e Tuxá, organizaram, em Brasília, em abril de 1980, a União das Nações Indígenas (UNIND), com o intento de lutar por políticas indigenistas em benefício dos próprios índios (CUNHA, 1987).

As organizações indígenas reivindicavam mudanças estruturais quanto à organização social de seus povos (que era promovida pelo Estado), em especial, ao acesso amplo aos direitos de cidadania, como o de participação social e política como forma de combate à marginalização, à exclusão e à invisibilidade em relação aos seus direitos históricos, aliados pelos conceitos e pré-conceitos equivocados e minimizadores (RAMOS, 1997a).

Dos dias 7 a 9 de junho de 1982 foi realizado o I Encontro Nacional dos Povos Indígenas, no Brasil, onde foi definida a agenda de organização e de mobilização de todos os interessados para que fosse concretizado o movimento indígena no país. Cita-se, também, como evento importante para a afirmação indígena, a criação, em 1992, do Conselho de Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Brasil (CAPOIB), durante uma reunião em Brasília, onde mais de trezentas lideranças discutiram a elaboração de um novo texto do Estatuto do Índio (LITTLE, 2002).

A partir da tomada de consciência política que conduziu à organização indígena, principalmente, a partir de 1987, os representantes dos povos conservaram contínuas delegações em Brasília, em contato intermitente com congressistas constituintes para afiançarem que seus direitos seriam previstos na nova Constituição.

Em abril de 1987 foi realizada a II Assembleia dos Povos Indígenas do Alto Rio Negro, em São Gabriel da Cachoeira, no Amazonas, encontro que reuniu mais de quinhentas lideranças indígenas e que se configurou em um importante marco histórico para o movimento indígena no Brasil, porque, “[...] pela primeira vez, as autoridades governamentais sentaram à mesa para negociar a questão das terras indígenas com lideranças da região”, como explicam Barbosa e Silva (1996, p. 21). Nessa época, a repressão, pelo governo militar - que sempre existiu

- passou a ser mais latente e mais agressiva, mas, ao mesmo tempo, considerando a força adquirida pela organização crescente dos indígenas, obrigou o governo a dialogar.

Logo, tanto as manifestações dos movimentos indígenas, quanto da sociedade civil organizada, tiveram impacto decisivo na elaboração dos termos da nova Constituição, de 1988, no sentido de reconhecer os direitos dos povos indígenas e assegurar a sua positivação e concretização. Os avanços foram significativos, principalmente, pelo reconhecimento da diferença, da autonomia, da diversidade cultural e da proteção do território, além da legitimidade de pleito jurisdicional, previstos nos artigos 231 e 232 da Carta Magna, respectivamente. Ramos (1997b, p. 53) destaca que

[...] o movimento indígena brasileiro é mais do que uma resposta meramente reativa às condições e estímulos externos. No processo de busca de sua vocação política, o movimento indígena brasileiro experimentou alguns cursos originais de ação que de nenhuma maneira podem ser atribuídos ao envolvimento externo. Deve-se ter em mente que os povos indígenas têm uma longa experiência de andar alinhado em trilhos sinuosos. O que para um pensamento ocidental pode parecer desvios à toa, pode verdadeiramente representar o caminho mais curto entre dois pontos, proporcionando-nos lições inesperadas de produtividade.

Assim, as políticas e prescrições legais de reconhecimento da pluralidade dos povos, na circunscrição territorial de um mesmo Estado, e de novas formas de relação entre os Estados e os povos indígenas, consagrou a formação de uma nova política que reconhece os chamados Estados pluralistas, em detrimento aos modelos integracionistas (FAJARDO, 2009).

A partir da década de 1990, os indígenas saíram da percepção de clandestinos, de “ilegalidade tácita”, como denomina Ramos (1997b, p. 53) – visto que tratados como incapazes – para assumirem a postura de indivíduos perante o Estado, com reivindicações que passaram a ser escutadas e tidas como válidas na seara da política indigenista. As organizações indígenas sempre foram carregadas de fundamentos e relações sociais, políticas, culturais, econômicas e jurídicas próprias, e, a partir da reconhecimento pelo Estado às suas falas, estas, indiretamente, também começaram a fazer parte da representação perante o Estado, consolidando os discursos e embasando a formulação de projetos políticos próprios (LEÓN- TRUJILLO, 1991).

Ante os acontecimentos que precederam a Constituinte de 1988 e que tiveram, como protagonistas, os povos indígenas, constatou-se, no Brasil, a emergência de movimentos sociais e políticos populares, movidos pelos nominados *novos sujeitos coletivos*. Eles insuflaram o início de inéditas recognições no cenário das discussões sobre povo e nação, sobre o Direito, seu direcionamento e aplicação, ainda que em oposição às forças dominantes e aos conceitos tradicionais (SOUSA JÚNIOR, 2002). A partir dessa assunção da legitimidade de lutas por direitos, os indígenas escusaram a total representatividade, até então, exercida pela FUNAI, e adotaram posições de liderança própria, de onde emergiram, como expõe Sader (1995, p. 36), “[...] novos sujeitos coletivos, que criavam seu próprio espaço e requeriam novas categorias para sua inteligibilidade”.⁷

Essa inédita conjectura social favoreceu com que os índios e suas sociedades, pela primeira vez, abandonassem a posição de objeto para assumirem a de sujeito, organizados e autônomos na tarefa de que seus direitos fossem reconhecidos e afirmados pela Constituição Federal.⁸ Para Wolkmer (1997, p. 63), esses novos sujeitos coletivos foram

[...] identidades coletivas conscientes, mais ou menos autônomas, advindas de diversos estratos sociais, com capacidade de auto-organização e auto-determinação, interligadas por formas de vida com interesses e valores comuns, compartilhando conflitos e lutas cotidianas que expressam privações e necessidades por direitos, legitimando-se como força transformadora do poder e instituidora de uma sociedade democrática descentralizadora, participativa e igualitária.

Consequentemente, iniciou-se o processo de extração do estigma desses povos de culturas em processo de extinção, como condição de transitoriedade e como fim, único e certo, a incorporação à massa nacional, para se obter o direito à alteridade cultural. Todavia, não obstante a importância dos movimentos indígenas frente à Constituinte, não foi utilizada, no Texto Constitucional, a expressão *povos* para designar as sociedades indígenas, mas, sim, termos como

⁷ Sader (1995, p. 55) inclui, na concepção de sujeitos coletivos, o elemento da identidade, pois, para ele “[...] uma coletividade onde se elabora uma identidade e se organizam práticas mediante as quais seus membros pretendem defender interesses e expressar vontades, constituindo-se em lutas”. Assim, fornece a um grupo étnico indígena a sua própria identidade.

⁸ Para Barbosa (2001a, p. 326), essa possibilidade do exercício da autonomia sugere a “[...] auto-administração em questões que lhes dizem respeito especificamente; participação com o Estado nas decisões a eles relativas dentro do conjunto nacional e participação nas decisões e na vida política do Estado como um todo”.

populações indígenas (artigo 22, inciso XIV, 129, inciso V), *comunidades indígenas* (artigo 210, parágrafo 2º), *grupos indígenas* (artigo 231, parágrafo 5º), ou, apenas *índios* (artigos 20, inciso XI, 231, parágrafos 1º e 2º e 232).

O termo *povos* é usado, somente, para designar Estados nacionais (artigo 4º, incisos III, IX e parágrafo único) (BRASIL, 2014). Ao optar por outras formas de identificação que não a de povos, o Constituinte demonstrou, além da resistência em relação à autonomia dos povos originários, que esse nominativo poderia dar azo a uma fundamentação de autodeterminação (semelhante aos Estados soberanos) de nações indígenas.

Apesar das restrições, a Constituição Federal de 1988 proporcionou aos povos indígenas o *status* de sujeitos de direitos, atuantes e participantes de todos os atos do Estado que lhes afetem, além da manutenção de seus direitos perante da sociedade nacional. Com o término das perspectivas integracionistas, a alteridade e o autorreconhecimento são, ao menos, positivamente, assegurados; entretanto, a realidade dessas sociedades não se alterou, significativamente, pois, para tanto, depende de ações afirmativas do Estado, principalmente, quanto às demarcações de terras, o que não é efetivado. Tem-se, assim, que o Estado é mais forte para violar direitos do que para assegurá-los – ao menos, no trato aos indígenas.⁹

Os movimentos indígenas, atualmente, têm se valido do apoio de organizações internacionais para compelir o Estado a cumprir com as medidas necessárias ao reconhecimento, à manutenção e ao desenvolvimento de suas sociedades. Ainda que as manifestações estejam rendendo resultados, as medidas em seu favor são paliativas, mas já suficientes para representar um crescimento demográfico da população indígena, mesmo que lentamente (BARRE, 1988).

Com o auxílio da comunidade internacional, houve um avanço na reconhecimento dos direitos dos povos indígenas no mundo no âmbito nacional e internacional. A presença e a atuação, cada vez mais visível e marcante, de

⁹ Apenas o reconhecimento de um direito, pela Constituição Federal, não assegura sua efetivação, a implantação dos recursos necessários para tal. Ele, apenas, reconhece os direitos, sendo preciso que sejam tomadas as medidas necessárias para que a concretização ocorra, sob pena de a norma se tornar inócua, inefetiva (LEÓN-PORTILLA, 1995).

lideranças indígenas nesses cenários, evidencia o açodo por manterem suas culturas, ainda que frente à globalização que, por vezes, tende a ser homogeneizante (GRUPIONI, 2001b).

Embora assim seja, o reconhecimento da cidadania indígena legitimou seus movimentos e proporcionou espaços para a sua ampliação, dando visibilidade aos índios e, lentamente, desarraigando da sociedade brasileira a visão deturpada e negativa. A partir dessas lutas por reconhecimento, a Constituição Federal de 1988 figurou como um marco na inauguração de um novo cenário jurídico de proteção e de afirmação dos direitos dos povos indígenas.

4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, DE 1988: O RECONHECIMENTO E A (I)NEFICIÊNCIA QUANTO À PROTEÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS

O Brasil, assim como muitos países da América Latina – ainda que com atraso -, reconheceu os direitos dos povos indígenas e, a partir da Constituição Federal de 1988, tem buscado a reparação de todas as violações, promovidas nos cinco séculos de ocupação, colonização, aculturação e desrespeito com os direitos desses grupos minoritários. O Brasil, após a promulgação da Constituição, passou a cumprir agendas voltadas para uma nova concepção de igualdade, e, além da igualdade formal, procura assegurar, da mesma forma, a igualdade material por meio de uma política pública de inclusão, por exemplo, dos povos indígenas e da população afrodescendente, mencionadas, acima, não sendo esse rol taxativo, haja vista que o país é formado por muitas outras culturas, que se expressam das mais variadas formas e com diferentes forças (RIBEIRO, 1995).

A Constituição de 1988 representou um avanço significativo quanto ao reconhecimento dos direitos humanos ao tutelar os direitos e as garantias individuais, ao elencar o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Por conta dessas características, a Constituição se apresenta como sendo dirigente-programática-compromissória, porque alavancou um Estado Democrático de Direito, que, como tal, tem a

obrigação de proteger os direitos e as garantias individuais e sociais, pautando a liberdade, a justiça, a solidariedade e o respeito às diferenças (STRECK, 2008).

Em relação ao reconhecimento e à proteção dos direitos dos povos indígenas, foi a primeira Carta a conter uma norma de caráter específico, pois as anteriores, como visto, ainda que pontuassem alguns direitos, eram pautadas no intento de trazer os índios para a comunhão nacional, e, ainda, sob o exercício completo da tutela, ante o entendimento excludente de que os índios eram indivíduos incapazes, dotados de culturas inferiores (OLIVEIRA FILHO, 1988).

A Constituição Federal dedicou um Capítulo específico – VIII - Dos Índios¹⁰ - para tratar sobre as questões indigenistas, atentando, no artigo 231, para a proteção de direitos mais específicos, peculiares aos povos originários, como o uso do território, dos recursos naturais, da saúde, da cultura, dentre outros, e, no artigo 232, assegurou a eles a possibilidade de ingresso em juízo para garantir seus direitos, ou, ainda, a busca pela reparação, quando violados.

O *caput* do artigo 231 reza que “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (BRASIL, 2014). Pelo caráter da norma, verifica-se que, ainda que dispersa do rol dos direitos fundamentais, insertos o artigo 5º, possui igual natureza, haja vista o cunho protetivo e de reconhecimento, não podendo ser violada, ou alterada, em desfavor dos agentes a que se destina (SARLET, 2012). Canotilho (1997) destaca que, ante a sua importância e fundamentalidade, os dispositivos referidos são classificados como cláusulas pétreas, imutáveis, posto que integram o núcleo rígido da Constituição e devem ser observadas para que a sua efetividade seja plena.

A Carta Federativa inaugurou uma época de consideração do outro como ser humano, diferente, mas igual, no sentido de que as peculiaridades não são pontos negativos, que podem conduzir à exclusão, à estigmatização, mas, sim, que representam a riqueza cultural e que essa deve ser promovida, engrandecendo a multiculturalidade (BECKHAUSEN, 2007). É inegável que a

¹⁰ Inseto no Título VIII - Da Ordem Social.

relação da sociedade não indígena brasileira com os povos indígenas sempre foi pautada na indiferença e na desigualdade, o que é considerado pelo texto do *caput* do artigo 231, tanto que a intenção não é a negativa dessas tensões, mas, ao contrário, prega a sua superação a partir da fixação de parâmetros fundamentais de relação entre povos indígenas, sociedade civil e Estado, para que ela aconteça de forma igualitária e justa.

A importância da fruição dos territórios, para os povos indígenas, já foi relatada alhures, e se mostra evidente nos parágrafos 1º ao 7º do artigo 231, todos dedicados a essa temática e que, indiretamente, foram objeto de estudo nesta dissertação. Contudo, para contextualizar, tem-se que o parágrafo primeiro é incisivo quanto ao uso exclusivo, pelos indígenas, do território, consoante seus usos, costumes e tradições; o segundo, assegura a sua posse permanente, inclusive, o usufruto exclusivo de suas riquezas naturais; do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, direito que é especificado pelo parágrafo 3º, que afirma que o aproveitamento dos recursos hídricos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais somente podem ocorrer com autorização do Congresso Nacional, com a oitiva das comunidades interessadas e garantida a participação nos resultados da lavra (BRASIL, 2014).

O parágrafo 4º assegura a inalienabilidade, a indisponibilidade e a imprescritibilidade dos direitos sobre as terras, sendo que os povos ocupantes somente podem ser removidos em caso de catástrofe ou epidemia que o exponha a riscos, com o retorno imediato, assim que possível, tudo, mediante aprovação do Congresso Nacional. Ademais, qualquer ato, promovido por terceiro, que vise a qualquer tipo de uso, ou exploração, desses territórios e seus recursos, são considerados nulos e extintos, somente sendo assegurados em caso de comprovada boa-fé. O artigo 174, nos parágrafos 3º e 4º, assevera a prioridade às cooperativas garimpeiras nas áreas de sua atuação, mas esse direito não se aplica quanto se tratar de territórios indígenas, nos termos do parágrafo 7º do artigo 231 (LEITÃO, 1993).

O artigo 60 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) reza que “A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”. Assim, considerando que a Carta

Magna foi promulgada em 05 de outubro de 1988, então, até o ano de 1993, as demarcações deveriam estar concluídas, o que, contudo, não ocorreu, questão se que evidencia, até hoje, como uma das principais problemáticas para se assegurar os direitos indígenas e por termo aos constantes e acirrados conflitos por terras. No Nordeste, no Centro-Oeste e no Sul estão localizados os maiores focos de litígios, envolvendo, de um lado, os indígenas e, de outro, madeireiros, garimpeiros e contrabandistas, ocupantes ilegítimos, o que evidencia a omissão da União e a violação do parágrafo 5º do artigo 231 e do princípio da tutela-proteção (SOUZA FILHO, 1998).

Os territórios, onde estão localizados os grupos indígenas, são de propriedade da União, conforme disposição do artigo 20, inciso XI da Constituição Federal, porque se passou a ter a noção de proteção às terras dos indígenas, e de todos os recursos naturais nelas existentes, com a ressalva da necessidade de a União observar as tradições, os usos e os costumes dos índios, ao promover a demarcação dos territórios por eles ocupados (BRASIL, 2014).

Tais terras foram definidas como de propriedade da União para fins de reserva e preservação para ocupação indígena. A outorga constitucional dos territórios ao domínio da União visa, precisamente, a preservá-las e manter o vínculo que se acha embutido na norma; por isso, são inalienáveis e indisponíveis e os direitos sobre elas, imprescritíveis. A posse desses territórios implica, também, no gozo, pelos índios, de seus recursos e riquezas naturais, estes que são, vitalmente, necessários à sua preservação física e cultural (BASTOS; MARTINS, 2002).

Em relação aos direitos territoriais, a Constituição reconheceu que se tratam de direitos originários, porque os indígenas são descendentes diretos dos primeiros ocupantes do território brasileiro, herança que merece ser reconhecida e respeitada, causa pela qual é assegurada a eles a ocupação da terra. Esse entendimento, à luz do paradigma da interação, representa a percepção do índio como um ser dotado de uma cultura diferente, que deve ser exercida e afirmada, indicando a superação da visão de inferioridade, e o favorecimento da fruição do direito tradicional de pertencimento, da simbologia e da religiosidade (BARBOSA, 2001b).

Pela historicidade depreciativa e marginalizadora dos indígenas e de seus direitos, a concretização destes sempre foi um objetivo distante, que foi aproximado após o retorno do Brasil ao regime democrático, à anuência à teoria dos direitos humanos e com o comprometimento à promoção da igualdade material, em observância à diferença. Assim, a Constituição de 1988 irrompeu com paradigmas, até então, seculares, pois reconheceu os direitos coletivos¹¹ e difusos, em contraposição aos direitos individuais, favorecendo o exercício da diversidade cultural, das tradições, dos usos, costumes e línguas; bem como, especificamente, no trato indigenista, afastou o princípio da integração, justamente, ante o reconhecimento do direito à diferença, à autoafirmação e à autodeterminação dos povos (SOUZA FILHO, 1998).¹²

Tem-se, assim, que a ideia integracionista dos povos indígenas foi superada - ao menos, legalmente -, ou seja, não há mais a proteção dos índios com o cunho à sua integração à comunhão nacional. Agora, o chamado paradigma da interação¹³ propende a valorizar a diversidade cultural sob a óptica difusa, de pertencimento de todos, como um patrimônio da humanidade, que reflete a história e assegura o futuro das diversas sociedades, diferentes entre si, mas que se contatam e se respeitam (CLAVERO, 2006).

É evidente que o Brasil sempre foi marcado por um racismo institucional que gerou uma profunda desigualdade social, resultando na exclusão da população indígena, dentre outras, tanto ao acesso a bens e serviços – se assim fosse sua vontade -, quanto sobre os vários exercícios de cidadania (OEA, 2004).

¹¹ Os povos indígenas formam comunidades que visam ao favorecimento de todo o grupo, ao bem-estar e à observância das premissas coletivas, de modo que o índio é reconhecido pela sua comunidade. Assim, Souza Filho (1998, p. 4), expõe que: “Os direitos coletivos tem titularidade difusa, não apropriável individualmente, mas difusamente espalhada por todos. Os titulares dos direitos coletivos são todos, mas não o todos que significa cada um, do direito individual, mas o coletivo geral, nacional ou humano”.

¹² Kymlicka (1996, p. 48) classifica dos povos indígenas do Brasil como minorias nacionais, isso porque “[...] a diversidade cultural surge da incorporação de culturas que previamente desfrutavam de autogoverno e estavam territorialmente concentradas a um Estado maior”; ou seja, são sociedades distintas da cultura majoritária da qual fazem parte, porém, não podem ser consideradas outro Estado-Nação, mas integrantes de um Estado multinacional.

¹³ O paradigma da interação decorre da ruptura do abandono do princípio da integração, previsto em todas as Constituições brasileiras até então, para ser adotado o princípio da diferença, o reconhecimento da diversidade cultural e dos direitos individuais e direitos dos povos indígenas, este que passou a reger a relação desses povos com o Estado, sendo possibilitado àqueles a defesa de seus direitos e suas culturas (SOUZA FILHO, 1998).

Por isso a importância da abdicação da política integracionista, das garantias relativas às terras, por eles ocupadas, haja vista que imprescindíveis para a manutenção da pluralidade étnica. Wolkmer explica que (2003, p. 95),

[...] com o advento da Constituição de 1988 põe-se termo à política integracionista e assimilacionista, os índios passam a ter o direito de ver respeitada a sua diversidade étnico-cultural e de se auto-organizar. Ampliam-se os direitos referentes às terras tradicionalmente ocupadas e à utilização de suas riquezas naturais, cabendo à União mantê-las e demarcá-las. Proíbe-se a remoção de grupos indígenas de suas terras e fica reconhecida a legitimidade processual dos índios.

O direito ao território está, densamente, ligado ao direito de expressão cultural, uma vez que os povos indígenas mantêm uma relação íntima com a terra, e, por possuírem práticas envoltas à natureza, ao espaço, o território é elemento crucial e indispensável para a manutenção e o desenvolvimento da cultura. Por isso, o gozo do território, a preservação e o fortalecimento cultural são os meios pelos quais os povos indígenas poderão, concretamente, ter a capacidade para dialogar com a sociedade não indígena e com o Estado, em uma relação positiva, sem imposição de práticas que não sejam benéficas para o grupo, podendo interferir na educação, na biodiversidade e nos saberes tradicionais, todos, diretamente, ligados ao povo e ao seu patrimônio cultural (SOUZA FILHO, 1998).

A partir do exercício desses direitos, o próprio direito à organização social, à autoorganização, é exercido, pois a não imposição de influências externas permite que as formas de distribuição e de aplicação do poder interno sejam praticadas, nos moldes dos costumes consuetudinários, o que garante, também, que esses povos possam exercer o direito de representação, tanto internamente, no grupo, como externamente, perante a sociedade civil e o Estado, politicamente, com fins de uma conversação ótima e a melhor forma de resolução dos conflitos existentes.

Portanto, a partir dessas ressignificações, e pela análise das implicações do paradigma da interação, a Constituição de 1988 declarou que o Estado brasileiro é pluriétnico, enaltecendo a grandiosidade da sua diversidade cultural. Para tanto, além do reconhecimento dessas peculiaridades, nos termos do artigo 215 e 216.

A Carta Federativa de 1988 representou a assunção democrática no país e buscou, incisivamente, refletir a ânsia pela proteção dos direitos de todas as pessoas, calcadas na igualdade, na dignidade, na liberdade, que são, dentre outros, os fundamentos¹⁴ da república brasileira, e pela produção do direito que respeite os princípios do Estado Democrático (MÜLLER, 2004). Os princípios, por não se tratarem de normas, mas de bases de orientação, existem em um mesmo ordenamento jurídico sem antinomias, porque são maleáveis às necessidades de interpretação, podem ser otimizáveis para melhor rezarem o direito, perante a análise de uma situação concreta (CANOTILHO, 1997).

Dentre os vários princípios, destacam-se o da tutela-proteção e o da autonomia - e da autodeterminação -, extraídos do *caput* do artigo 231, que são imprescindíveis no trato da questão indigenista e que, por vezes, resultam em divergências, porque, semanticamente, os termos *tutela* e *autonomia* transmitem conceitos contrapostos. Contudo, essa oposição é, somente, aparente, haja vista que, efetivamente, quanto maior a autonomia, menor a necessidade de tutela, sendo, justamente, esse o ponto de convergência de ambos os princípios, porque eles necessitam de um equilíbrio para promoverem essa transição entre a tutela e a autonomia. Na sua aplicação ao caso em concreto, deve-se ponderar aquele que irá se sobrepor, o que melhor se amolda à situação em estudo, calibrando, dessa forma, a sua correlação, pois ambos visam a garantir a integridade dos povos indígenas.¹⁵

Para pontuar, tem-se que o termo *tutela*, que é distinto quanto ao trato de indivíduo e de grupo por vezes, é utilizado de forma indiscriminada – legislativa e doutrinariamente -, ensejando, erroneamente, que inexistiria uma diferenciação. Contudo, para as tratativas de questões sobre indivíduos, utiliza-se a tutela de natureza civilista, que é quando a pessoa não possui capacidade – civil, motivo pelo qual há a necessidade de ser tutelada, de haver a intervenção de um tutor.

¹⁴ Artigo 1º da Constituição Federal.

¹⁵ Dado o fato de que os princípios visam à proteção dos direitos já conquistados, podem – e devem – ser veiculados sempre que um grupo dominante, atuante na seara política, vise a, em benefício próprio, minar direitos conquistados pela sociedade, dentre eles, aqueles dos povos indígenas (STRECK, 2004).

Contudo, quando o objeto a ser tratado é um grupo, no caso, os indígenas, a tutela é aquela prevista no artigo 231 e que se consubstancia na atividade administrativa do Estado, que tem a competência de gerir os direitos e interesses dos povos indígenas da melhor forma e em consonância com a lei (BARRETO, 2003). O interesse público é premente quanto à proteção da diversidade cultural e da proteção das comunidades originárias, evitando-se, ao máximo, situações que possam causar-lhes prejuízos capazes de originarem males irreparáveis, o que deixa evidente a necessidade da tutela-proteção.

Já em relação à autonomia e à autodeterminação, é imprescindível que sejam asseguradas para que os povos indígenas possam existir como tais, dando sentido ao princípio da tutela-proteção, justamente, para que se garanta a continuidade das culturas distintas. Por sua vez, a observância deste princípio proporciona a manutenção da diferenciação cultural e o exercício de sua autonomia, de modo que os princípios ora se completam, ora se complementam (RAMOS, 1997a).

O artigo 231, igualmente, trás, de forma implícita, o princípio da autodeterminação, primordial para a manutenção das culturas plúrimas, o que assegura o progresso e o desenvolvimento de todos (VILLARES, 2009). Ante o fato de os povos originários constituírem sociedades, distintas tanto da sociedade não indígena, quanto entre si, posto que, no Brasil, são mais de 240 povos¹⁶ - representando 305 diferentes etnias, com o registro de 274 línguas indígenas - com as mais variadas práticas culturais, a premissa da autonomia possibilita a eles a “[...] auto-administração em questões que lhes dizem respeito

¹⁶ Número apurado pelo IBGE – Censo 2010. A FUNAI, por sua vez, declara que há registro de mais de 225 povos indígenas no Brasil, tanto isoladas, com algum contato com a sociedade não indígena, ou, ainda, em um nível de contato mais direto. Igualmente, existem povos indígenas entre as fronteiras internacionais. Foram registradas 180 línguas diferentes – com cerca de 100 línguas com origens, totalmente, distintas -, com usos, costumes e tradições próprias, praticadas em 611 terras indígenas, que equivalem a, aproximadamente, 13% do território nacional. Também, o último Censo mostrou que 896 mil pessoas se declaram, ou se consideram, indígenas, e destas, 63,8 %, vivem na área rural e 57,5 %, em territórios, oficialmente, reconhecidos. Os povos indígenas foram divididos, conforme etnia, com os troncos Macro-Jê (Boróro, Guató, Jê, Karajá, Krenák, Maxakali, Ofayé, Rikbaktsa e Yatê) e Tupi (Arikém, Awetí, Jurúna, Mawé, Mondé, Mundurukú, Puroborá, Ramaráma, Tuparí e Tupi-Giarani), além de outras famílias: Aruak, Karib, Pano, Tukano, Arawá, Katukina, Makú, Nambikwára, Txapakúra, Yanomámi, Bóra, Guaikurú, Múra, Samúro, Chiquito, Jabutí, Witóto. Esses são os principais povos indígenas do Brasil.

especificamente; participação com o Estado nas decisões a eles relativas dentro do conjunto nacional e participação nas decisões e na vida política do Estado como um todo” (BARBOSA, 2001a, p. 326).¹⁷

Ainda que o Estatuto do Índio esteja em vigor, muitos de seus dispositivos colidem, frontalmente, com as premissas constitucionais, sendo considerados revogados, ou, então, em uma interpretação jurídica, são utilizados da forma normativa mais adequada, principalmente, pelo cunho integracionista e por não portarem uma postura de reconhecimento dos direitos humanos, da diferença e da diversidade cultural (BARRETO, 2003).

Atualmente, com o nível aprofundado de interação entre as culturas indígenas e não indígenas, apenas o princípio da autonomia se revela insuficiente para que os povos originários brasileiros possam se expressar e defenderem suas culturas e organizações a contento, pois se tratam de sociedades diferentes, que não acompanham as formas pelas quais a ordem dominante rege os estatutos jurídicos, as condutas sociais e as delimitações territoriais. Por esse motivo, passou a haver reivindicações pela efetividade do princípio da autodeterminação dos povos, em uma interpretação extensiva daquela dada pelo Direito Internacional, que, ao ser observada pela óptica indigenista, é exclusiva, porque impede o reconhecimento dos povos indígenas como povos, propriamente ditos, que não se reconhecem como pertencentes à nação estipulada por outra forma cultural.¹⁸

Ainda que os povos indígenas não possuam o *status* de nação, e que as normas internacionais sejam contrárias às práticas que contrastem com a soberania e com a constituição territorial dos países (o direito à secessão), o princípio da autodeterminação dos povos é, totalmente, passível de ser aplicada

¹⁷ O princípio da autonomia exige, de antemão, que sejam reconhecidas como legítimas as formas de organização social, política, econômica e cultural próprias, tradicionais, como sociedades distintas que são, haja vista que não existe sociedade sem regulamentação, sem direito, condição preliminar para a socialização e a vida em comunidade. A forma organizacional própria assegura que os direitos dos indivíduos sejam respeitados no interior do grupo, que haja ordem e aplicação de sanções em caso de violação desta (KYMLICKA, 1996).

¹⁸ Santilli (2005, p. 226) entende que “Deve-se admitir, juridicamente, que a representação coletiva se dê pelos usos, costumes e tradições dos povos tradicionais, e de suas próprias instituições e formas de organização, e não exigir a criação de ficções jurídicas – associações, fundações, etc. – nos moldes do Direito Civil brasileiro”.

ao seu caso, para que eles possam exercer, perante o Estado ao qual estão inseridos, os direitos que lhe são correlatos. Por isso, tem-se que a autonomia, assegurada aos povos indígenas, se revela como um imperativo protetivo, não no sentido antropológico de isolamento e preservação, mas pela interação salutar entre as culturas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A par das considerações, tecidas a respeito do processo colonizatório, iniciado pelas Coroa Ibérica de Portugal, a partir do século XVI, verifica-se que nunca houve, no decorrer da História, uma preocupação em reconhecer os povos indígenas como detentores de sociedades próprias, com culturas diferenciadas – não superiores, nem inferiores, mas, apenas, diferentes. Ao contrário, os índios foram tomados, muitas vezes, como animais, desapropriados de suas terras e, em grande parte, escravizados ou mortos, quando resistentes.

Até o ano de 1988, quando houve a promulgação da Constituição Cidadã, a posição em relação aos indígenas e aos seus povos, tanto do Estado, quanto da sociedade não indígena, era negativa, no sentido de compreender a cultura indígena como inferiorizada, estagnada. Por consequência, a situação desses povos, desde o início do processo colonizatório, de início, foi de uma redução drástica em seu contingente populacional, assim como a invasão e desapropriação de seus territórios, com a estigmatização e marginalização de todas as comunidades originárias.

A situação passou a se transmutar pela adoção de uma óptica humanística, a partir da segunda metade do século XX – com destaque, no aspecto multicultural, para a América Latina -, culminando, juntamente, com o início de uma organização indígena forte e resistente, que passou a enfrentar as problemáticas sociais a que estavam envoltos, sobretudo, a falta de reconhecimento e proteção. Destaca-se que, até então, entendia-se que a condição de *índio* era transitória, juízo que embasou, por séculos, políticas de assimilação e integração.

Essas duas constatações – reconhecimento dos direitos humanos e mobilizações indígenas – conduziram à Constituinte a pauta indígena, fazendo com que o Texto previsse um Capítulo específico para tratar dos assuntos correlatos a esses povos, especificamente, nos artigos 231 e 232. A concepção negativa foi substituída pelo vislumbre positivo da multiculturalidade e do reconhecimento à diferença, fornecendo supedâneo legal para as mobilizações dos sujeitos coletivos de direito, qual seja, das populações indígenas.

Todavia, ainda que tenha havido o reconhecimento formal dos povos indígenas (e seus direitos), a recongnição e a proteção, verifica-se que, materialmente, não se tem uma efetivação plena – ou, ao menos, satisfatória – de tais garantias. Ao não ser assegurado, por exemplo, o direito ao território, com a execução das demarcações e o uso, exclusivo, desses povos, todos os demais direitos restam comprometidos, haja vista que a relação íntima dos índios com o território é o que permite que eles mantenham e desenvolvam suas culturas.

Portanto, inegável que houve, nas últimas décadas, uma alteração profunda na percepção da condição de *índio*, sobretudo, pelo Estado, em seu aspecto formal; contudo, materialmente, não se verifica a concretização de tais direitos, havendo, também, um *déficit* de conhecimento, reconhecimento e respeito pela sociedade urbanizada. A questão em voga envolve, principalmente, o reconhecimento do outro, de suas culturas, de suas particularidades, o que permitirá que todos os entes (Estado, sociedade) possam atuar no sentido de viabilizar uma correta e efetiva promoção dos direitos dos povos indígenas no Brasil.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, A. D.; DA SILVA, R. N. P.. **Entre a Cruz e a Espada: a reconstituição histórica do movimento indígena no Estado do Amazonas**. Manaus: UFMA, 1996.

BARBOSA, M. A.. **Autodeterminação: direito à diferença**. São Paulo: Plêiade, 2001a.

_____. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade/FAPESP, 2001b.

BARRE, M. C.. **Ideologías Indigenistas y Movimientos Indios**. México: Siglo Veintiuno, 1988.

BARRETO, H. G.. **Direitos indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2003.

BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G.. **Comentários à Constituição do Brasil: Promulgada em 05 de Outubro de 1988**. V. 4. São Paulo: Saraiva, 2002.

BECKHAUSEN, M.. **Direitos indígenas**. Revista Eletrônica PRPE. 2007.

Disponível em:

<[www.prpe.mpf.mp.br/internet/\[...\]file/RE_%20MarceloBeckhausen.pdf](http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/[...]file/RE_%20MarceloBeckhausen.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2014.

CANOTILHO, J.J. G.. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.

CCDH - Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. **Coletivos Guarani no Rio Grande do Sul – Territorialidade, Interetnicidade, Sobreposições e Direitos Específicos**. Porto Alegre: CCDH, 2010.

CLASTRES, P.. **A sociedade contra o Estado – pesquisas de Antropologia Política**. Tradução: Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naifi, 2003.

CLAVERO, B.. **Estado de Direito, direitos coletivos e presença indígena na América**. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). O Estado de Direito: história, teoria, crítica. Tradução: Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, pp. 649 - 684, 2006.

DA CUNHA, M. C.. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

DE OLIVEIRA FILHO, J. P.. **O nosso governo: os Ticuna e o regime tutelar**. São Paulo: Marco Zero, 1988.

DOMINGUES, A.. **Quando os índios eram vassallos: colonização e relações de poder no Norte do Brasil na segunda metade do século XVIII**. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 2000.

FAJARDO, R. Y.. **Povos indígenas – Constituições e reformas políticas na América Latina**. In: VERDUN, Ricardo (Org.). Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

_____. **Vislumbrando un horizonte Pluralista: Rupturas y Retos Epistemológicos y Políticos**. In: CASTRO, Milka (Org.). Los Desafíos de la Interculturalidad: Identidad, Política y Derecho. Santiago: Universidad de Chile, 2004.

FREIRE, G.. **Casa grande e senzala**. Rio de Janeiro: Global, 2003.

GALEANO, E.. **As veias abertas da América Latina**. Tradução: Sérgio Faraco. São Paulo: LPM, 2010.

GRUPIONI, L. D. B.. **Os povos indígenas e a escola diferenciada: comentários sobre alguns instrumentos jurídicos internacionais**. In: GRUPIONI, Luís Donisete; VIDAL, Lux; FISCHMANN, Roseli (Org.). Povos indígenas e tolerância: construindo práticas de respeito e solidariedade. São Paulo: USP, pp. 87-97, 2001a.

_____. **Índios no Brasil**. Cadernos da TV Escola. Brasília: Ministério da Educação, 2001b.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Os indígenas no Censo Demográfico 2010**. 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf>. Acesso em 02 ago. 2014.

KYMLICKA, W.. **Ciudadanía Multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías**. Barcelona: Paidós, 1996.

LACERDA, R.. **Os povos indígenas e a Constituinte: 1987-1988**. Brasília: Conselho Indigenista Missionário, 2008.

LAS CASAS, B.. **Tratado comprobatorio del imperio soberano. Tratados**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

LEITÃO, A. V. N.. **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

LÉON-PORTILLA, M.. **América Latina: múltiplas culturas, pluralidade de línguas**. Revista Tempo Brasileiro-América Latina: Vias e desvios. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, nº. 112-123, 1995.

LITTLE, P. E. **Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade**. Brasília: UnB, 2002.

MACHADO, L. T.. **Formação do Brasil e unidade nacional**. Brasília: Ibrasa, 1980.

MELATTI, J. C.. **Índios do Brasil**. Brasília: Hucitec-Edunb, 1993.

MÚLLER, F.. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OEA - Organização dos Estados Americanos. **Sessão especial para intercambiar experiências e melhores práticas na adoção de medidas contra o racismo e todas as formas de discriminação e intolerância**. Washington: Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos, 2004.

RAMOS, A. R.. **Convivência interétnica no Brasil: os índios e a nação brasileira**. Brasília: Departamento de Antropologia, 1997a.
_____. **O movimento indígena no Brasil: um quarto de século de altos e baixos**. São Paulo: Contrapontos, pp. 50 - 53, 1997b.

RIBEIRO, D.. **O povo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SADER, E.. **Quando novos personagens entraram em cena: experiências, falas e lutas dos trabalhadores da grande São Paulo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

SANTILLI, J.. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. Peirópolis: IEB, 2005.

SARLET, I. W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOUZA FILHO, C. F. M. de. **As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios**. In: LIMA; BARROSO-HOFFMANN (Org.). Além da tutela: bases para uma nova política indigenista, pp. 49-61, 1998. Disponível em: <<http://laced.etc.br/site/arquivos/05-Alem-da-tutela.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2014.

_____. **Multiculturalismo e direitos coletivos**. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. 5ª Ed. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA, J. M. de. **A identidade nacional brasileira em discursos jurídicos: entre memória, narrativa histórica e Constituição**. Dissertação (Mestrado em Direito). Brasília: UnB, 2010.

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

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil**. *Novos estudos jurídicos*, v. 8, nº. 2, pp. 250 - 302, 2008.

TOURAINÉ, A.. **Poderemos viver juntos?: iguais e diferentes**. Tradução: Jaime A. Clasen e Ephraim F. Alves. Petrópolis: Vozes, 1998.

VILLARES, L. F.. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

WOLKMER, A. C.. (Org). **Humanismo e Cultura Jurídica no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

_____. **Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa Ômega, 1997.

DISCURSO JURÍDICO E INTOLERÂNCIA RELIGIOSA: UMA ABORDAGEM ACERCA DAS RELIGIÕES DE MATRIZ AFRODESCENDENTES SOB A PERSPECTIVA DA ALTERIDADE DE EMMANUEL LÉVINAS

Glaucia Maria Maranhão Pinto Lima

RESUMO: Este trabalho visa analisar o discurso jurídico acerca da liberdade de crença sob a ótica da alteridade de Emmanuel Lévinas, para a discussão de sua eficácia. Além disso, pretende debater acerca de algumas religiões de matriz afrodescendentes no Brasil, bem como descrever a liberdade de crença enquanto direito fundamental e abordar a perspectiva de Alteridade para o filósofo Emmanuel Lévinas. Será utilizado método exploratório, com procedimento bibliográfico documental, com auxílio de bibliografias específicas e também de reportagens acerca da temática sob uma abordagem crítico-metodológica.

PALAVRAS-CHAVE: Alteridade; religiões afro descendentes; liberdade de crença; Emmanuel Lévinas.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo tem por objetivo geral efetuar a análise do discurso jurídico acerca do direito fundamental a liberdade de crença sob a ótica da alteridade do filósofo Emmanoel Lévinas para que seja possível a realização de uma discussão acerca da eficácia do referido direito fundamental.

O presente trabalho também pretende expor acerca de algumas religiões de matriz afrodescendente que são presentes em todo o território brasileiro, tais religiões são: o candomblé, a umbanda e o tambor de mina, que possui forte presença no estado do Maranhão.

Assim como elucidar acerca de direitos fundamentais com enfoque na liberdade de crença enquanto tal. Além disso, para tal abordagem será feito ainda um estudo sobre a perspectiva de alteridade adotada pelo filósofo Emmanuel Lévinas.

A presente pesquisa é relevante, pois, é possível constatar a necessidade de se enfrentar de maneira mais direta casos de intolerância religiosa, que tem se mostrado mais evidentes nos mais diversos âmbitos da sociedade.

Diante do exposto, encarar tal problemática faz se necessário um estudo de direito constitucional, que é a base e o cerne de todo o ordenamento jurídico, mais direcionado a direitos fundamentais, que são direitos inerentes de todo cidadão, visando sempre mitigar o poder Estatal e garantir o qualidade de vida ao individuo.

Além disso, faz necessário um estudo das contribuições de Emmanoel Lévinas acerca da Alteridade, haja vista que o proposto pelo ordenamento jurídico não tem plena efetividade no que tange à liberdade de crença enquanto direito fundamental. Conciliar o estudo do Direito Constitucional com as propostas do filósofo francês inovaria na tentativa de real efetividade do direito fundamental à liberdade de crença.

Neste trabalho será utilizado o método exploratório, haja vista que visa, com a explanação sobre o tema delimitado, à ampliação do conhecimento. Além de utilizar o procedimento bibliográfico para a exposição acerca do tema. (GIL, 1991).

Para Gustin (2013) trata-se de uma abordagem crítico-metodológica, baseada em uma crítica à realidade sob a tese de que o direito e problemático e não sistemático apenas constitui um pensamento tópico e não um pensamento dedutivo. O direito à liberdade religiosa deve ser encarado sob perspectivas diferentes para uma plena efetivação, já que somente a leitura do dispositivo não se faz suficiente, sendo necessárias abordagens sob o aspecto de novas perspectivas, no caso o conceito de alteridade utilizado por Emmanuel Lévinas.

2 AS RELIGIÕES DE MATRIZ AFRODESCENDENTES NO BRASIL

Entre 1525 e 1851 foram trazidos ao Brasil mais de cinco milhões de africanos para servirem como escravos. Não é possível identificar precisamente a quantidade dos trazidos ilegalmente. Vale ressaltar que constituíam uma multiplicidade de etnias que ao longo do tempo foram distribuídos em diversas

capitanias pelo continente tupiniquim, possibilitando a sua identificação no progresso econômico a contribuição direta da mão-de-obra escrava. (PRANDI, 2000)

As religiões exercem forte influência em vários âmbitos da sociedade, refletem a sua estrutura social, sofrendo também alterações quando modificadas. Quando há um choque entre populações de origens distintas, os impactos também refletem no âmbito religioso. Além disso, é um importante fator para a conscientização de resistência e mobilização social.

As religiões de matriz afro no Brasil constituem um cenário vasto de grupo com variados credos, por vezes com influência local ou não. Trata-se de uma minoria dentro da diversidade de religiões que coexistem em território nacional. Apesar disso, destacam-se a Umbanda, o Candomblé e o Tambor de Mina característico do Estado do Maranhão, com maior número de adeptos devido a sua visibilidade e sua simbologia que se enraizou no país, dando origem, inclusive, a práticas culturais de extrema importância.

Reginaldo Prandi (2007) ainda ressalta que as religiões de matriz afrodescendente se transformaram na cultura brasileira: samba, carnaval, acarajé, entre outros. Ao contrário de tantas outras religiões, como a evangélica, que possui uma produção, mas que não foi capaz de ser transformada em bem cultural brasileiro, restringindo-se apenas ao nicho dos evangélicos.

O Candomblé surgiu na tentativa de recriar simbolicamente a atmosfera africana na Bahia, com o objetivo de fugir da opressão da sociedade branca. O negro brasileiro recriava em seu santuário (terreiro) a pequena cidade africana da qual foi retirado, as pequenas singularidades das famílias africanas que não poderiam ser reafirmadas, em seus moldes iniciais, em território brasileiro. A religião que, a princípio, era étnica, passou com o tempo a ser universal, haja vista que não fazia distinção no momento de aceitação de novos seguidores.

Com o tempo, o Candomblé deixa de ser manifestação de resistência cultural dos escravos e passa ser resistência de afrodescendentes, que foram marginalizados mesmo após todo o processo de abolição da escravatura. (PRANDI, 2014)

O espiritismo kardecista era de cunho elitista, o cuidado com a seleção dos espíritos que se faziam presentes nas sessões era muito grande. Sempre eram recebidos ex-médicos, autoridades, militares, professores, determinadas classes sociais eram sempre bem recebidos. Por outro viés, nessas sessões, os espíritos de índios, escravos, mestiços, sem grau de nobreza, com subclasses sociais, sempre eram convidados a se retirar das sessões.

Em virtude desse processo de recusa, um espírito chamado “Caboclo das Sete Encruzilhadas” fez-se presente em uma dessas sessões e alertou que no dia 16 de Novembro de 1908 (no dia seguinte) retornaria com um comunicado. Na referida data e local ele retornou e foi criada a religião denominada então de Umbanda, qual todos os espíritos seriam bem vindos, sem distinção.

[...] acolher em seu seio todos os espíritos e as pessoas excluídas, as minorias, os segregados, os rejeitados, os menos favorecidos e também os mais abnegados trabalhadores dos dois lados da vida, [...] (SARACENI, 2013, p. 18).

Com o passar do tempo, mais especificamente na metade do século XX tornou-se uma religião universal (deixando de ser uma religião apenas de grupos negros), disseminou-se por todo o país e ficou conhecida como a “religião brasileira”, misturou o catolicismo branco e os orixás africanos; adotou ainda os símbolos, espíritos e rituais indígenas nacionais. Portanto, inspirou-se nas fontes básicas da miscigenação cultural do Brasil.

Vale ressaltar que o sincretismo com a religião dita oficial à época, o catolicismo, influenciou de forma direta no desenvolvimento de ambas as religiões, haja vista que era uma forma de proteger as práticas, até então proibidas.

Desde o início as religiões afro-brasileiras se fizeram sincréticas, estabelecendo paralelismos entre divindades africanas e santos católicos, adotando o calendário de festas do catolicismo, valorizando a frequência aos ritos e sacramentos da Igreja católica. (PRANDI, 2004, p. 4).

Até os dias de hoje, é difícil a identificação de reais seguidores de religiões de matriz afrodescendentes, haja vista que devido ao grande preconceito que persistiu durante todo esse tempo, há a presença de uma grande intolerância por parte da sociedade. Fora do campo religioso nenhuma instituição cultural conseguiu sobreviver, é possível ainda reconhecer a origem africana de forma

básica, mas é difícil, por vezes impossível, identificar de qual povo¹⁹ ou nação é proveniente. (PRANDI, 2000).

O Tambor de Mina surgiu em São Luís do Maranhão e logo se disseminou pelos estados do Pará, Amazonas e demais estados do Norte do Brasil. Apesar de presente em todo o Estado do Maranhão, foi sincretizado também com a religião de origem indígena, a pajelança ou cura. Uma prática característica da cidade de Codó no Maranhão, o “terecô” (ou mata), também foi sincretizado no Tambor de Mina, junto com a pajelança. (FERRETI, 1997)

São cultuados os voduns (forma genérica para denominar entidades espirituais africanas) e orixás, os gentis (que são espíritos de nobres brasileiros) e caboclos. De acordo com Ferreti (1997) há uma predominância de entidades masculinas e que aparecem nos “toques” (encontros com o toque do tambor) com mais frequência. Seguindo a linha do Candomblé e da Umbanda, o Tambor de Mina também segue o calendário católico. Assim, além de realizar festejos específicos como A Festa do Espírito Santo, Batismo, entre outros, também são indispensáveis para alguns ritos com voduns e encantados, como: missas, procissões e ladainhas (realizada em latim). O Folclore do Estado do Maranhão também marca presença nas festas para homenagear os encantados e voduns, como Tambor de Crioula e Bumba-Boi.

Neste diapasão, é salutar a elucidação de Weingartner Neto (2007) de que a religião por vezes é o coração de uma cultura, o que implica que uma sociedade secularizada pode ser intrinsecamente influenciada pelo fator religioso. A identidade cultural do Brasil também foi construída com a presença das religiões de matriz afro descendentes sendo estas, então, de inestimável valor e que merecem ter a devida proteção.

¹⁹ Os povos africanos são classificados de maneira mais abrangente em dois grupos: os bantos e os sudaneses. Os últimos são aqueles que habitavam a região que compreende hoje da Etiópia ao Chade, do sul do Egito até a Uganda incluindo também o norte da Tanzânia – que subdivide o povo em sudanês oriental e sudanês central, que por sua vez reconhecemos no Brasil como nagô ou ioruba, fon-jejes, houssás, entre outros. Os bantos compreendem o povo que habita a África Meridional (entre as terras banhadas pelo Oceano Atlântico e o Oceano Índico, até o Cabo da Boa Esperança) e que falam entre 700 e duas mil línguas compreendendo também os dialetos. (PRANDI, 2000)

3 A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA E A LIBERDADE DE CRENÇA NA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

O processo de reconhecimento das religiões de matriz africana é deveras dificultoso, haja vista que o Estado atua como um mecanismo de controle que visa à higienização, que conta com a contribuição de um discurso presente em dispositivos jurídicos para atingir esse objetivo. (CAMPOS; RUBERT, 2014)

A intolerância religiosa possui um leque de incidências, dentre eles negociações dos líderes/comunidades religiosas com vizinhanças e com o próprio poder público, devido ao preconceito religioso dissimulado (geralmente oriundos de uma desigualdade entre acusador e os praticantes), o não reconhecimento por parte do Estado do poder que as associações religiosas possuem. (CAMPOS; RUBERT, 2014)

Desta forma no Estado Moderno, com a soberania estatal para a dissolução de conflitos religiosos através da política, deu-se início ao processo acerca do questionamento sobre a religião, a tolerância religiosa, bem como igualdade entre as confissões, questionando o poder político. Com o advento do constitucionalismo liberal, tido também como revolucionário, finca-se o paradigma e acaba por chegar ao discurso-jurídico constitucional, proclamando então o direito à liberdade religiosa. (WEINGARTNER NETO, 2007)

Apesar de que desde o ano de 1939 tenha sido estabelecida a liberdade de culto no país, não é somente a polícia que visa destruir terreiros de candomblé e umbanda. Os ataques visam à disseminação de preconceitos e ódio aos seguidores da Umbanda e do Candomblé.

Até o ano de 2014, o “Disque 100”, canal telefônico ofertado pelo governo para denunciar agressões aos direitos humanos, registrou ao total 149 casos de intolerância religiosa, a maioria relacionado às religiões de matriz africana. (MENEZES, 2015)

Neste diapasão, tendo como premissa a obra de Dimoulis e Martins (2012), os direitos fundamentais são direitos públicos e subjetivos de pessoas, que estão contidos no texto constitucional e, portanto tem caráter normativo supremo dentro

de um Estado. Possuem, ainda, o escopo de frear o exercício do poder Estatal, em face da liberdade individual.

Em que pese a vasta conceituação não homogênea de direitos fundamentais por parte da doutrina, Sarlet (2012) alerta para a necessidade de diferenciação entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Além disso, há que se definir direitos fundamentais como direitos humanos positivados na Constituição.

A dignidade da pessoa humana é citada por Bernardo Gonçalves Fernandes (2013) como postulado para justificação dos direitos fundamentais, com a ressalva de que deve atender a requisitos, parâmetros ditos mínimos para que não ocorra uma pormenorização da mesma. Trata-se de quatro pressupostos: a não instrumentalização; a autonomia existencial; o direito ao mínimo existencial e o direito ao reconhecimento.

A não instrumentalização refere-se ao fato do ser humano não poder ser tratado como meio para a obtenção de determinado fim, este deve ser um fim em si mesmo, uma forma de coibir o Estado de tratar indivíduos como meio para se atingir um outro fim. A autonomia existencial diz respeito a cada indivíduo possuir o direito de fazer suas escolhas e agir de acordo com as tais (sendo proibidas as práticas ilícitas). O direito ao mínimo existencial é a garantia de condições mínimas para a sobrevivência, em que pese posicionamento do STF acerca de tal assunto, relatando que certamente a reserva do possível não seria uma opção caso ocorra a necessidade de efetivar determinados direitos fundamentais. Por fim o direito ao reconhecimento também está atrelado ao princípio da dignidade humana, em que pese à necessidade de respeito às singularidades. (FERNANDES, 2013)

Partindo desse pressuposto, a liberdade de crença, direito fundamental elencado no Art. 5, VI, da Constituição Federal de 1988 versa:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (BRASIL, 1988).

A interpretação do dispositivo abarca ainda aqueles que optam por não seguir nenhuma religião (o ateísmo). Inicialmente, em cartas constitucionais anteriores, somente as religiões ditas oficiais pelo Estado poderiam efetuar seus cultos de forma livre, as outras deviam se ater somente ao culto doméstico. Denominar tal conduta como direito é errônea, encara-la como tolerância é mais adequado para o autor, uma vez que para ser encarado como direito é necessário um tratamento igualitário (FERNANDES, 2013).

Acerca do núcleo essencial, a perspectiva objetiva torna-se insuficiente, pois desconsidera o impacto na consciência individual de cada um (ou seja, esquece-se da perspectiva objetiva que surge).

Dentre a Teoria Absoluta²⁰ e a Relativa²¹, é preciso estar atento, pois as barreiras não podem ser fundamentadas de maneira pífia, haja vista que o núcleo inicia quando fatores diferenciadores encerram-se. Devem ser levados em conta o caráter objetivo e subjetivo. (WEINGARTNER NETO, 2007)

Tal perspectiva remete ao início das práticas de religiões afrodescendentes, em que por trás da religião oficial (a católica apostólica romana), foi implantado o sincretismo para que o culto fosse possível. O que não deixa de ser diferente nos dias de atuais, apesar de ser positivada no texto constitucional a liberdade de crença.

Portanto, é perceptível que o campo religioso não possui uma configuração unificada, assim como toda a sociedade. Desta forma, o Estado, amparado dos dispositivos jurídicos, precisa ficar atento à diversidade religiosa, bem como às diferentes maneiras de manifestação cultural. Entretanto, a perspectiva jurídica tem sido abordada sob uma ótica que não tem sido suficiente para frear os incidentes de intolerância religiosa. (CAMPOS; RUBERT, 2014).

²⁰ Cada caso caracteriza uma análise diferente, o direito como uma unidade autônoma e independente da situação abordada. Trata-se de uma vertente livre de uma intervenção estatal. (WEINGARTNER NETO, 2007)

²¹ Cada caso é um caso diferente, leva-se em conta o objetivo da norma, que por sua vez possui um caráter restritivo. A análise deve ser feita por meio da ponderação, como método mais adequado. (WEINGARTNER NETO, 2007)

4 A ALTERIDADE SOB A PERSPECTIVA DO FILÓSOFO EMMANUEL LÉVINAS

O Século XX tratou-se de um fracasso no que tange à promessa de conciliar a raiz do otimismo não somente do pensamento moderno, mas a própria origem grega, o logos grego. Tal perspectiva se dá, pois, em nenhum outro momento tantas dicotomias predominantemente excludentes foram visualizadas e que o simples fato de se cogitar a probabilidade de uma proposta de aproximação ou conciliação, seria algo grotesco. (SOUZA, 2008)

Apesar disso, fora um tempo de conquistas (técnicas, médicas) monumentais, mas também de uma grande degradação feita de maneira direta, haja vista que a dignidade da pessoa humana nunca fora tão dilacerada. Foi uma época de obsessão por conquistas e que, em virtude disso, resultou em uma redução do Outro a um Não-ser absoluto. (SOUZA, 2008)

Tem início, então, a contemporaneidade quando o ser humano deixa o mundo das ideias e passa a se encarar de forma concreta, ou seja, como limite de delírio e totalização. Isso em virtude do fracasso de inúmeros modelos de humanismo, pelo simples motivo de não serem suficientemente humanos. Baseavam-se em um exercício de liberdade, mas de forma autônoma em que o eu tenderia sempre a fracassar.

Tais modelos eram direcionados por uma liberdade relativa a um eu dotado de autonomia que, nos moldes modernos, tendem a fracassar, tanto teórica como realmente aplicados a fatos. Surge então, uma necessidade de fundamentação nova, uma realidade nova da própria ideia de humano, reconstruída de acordo com as exigências da contemporaneidade. Sendo assim, o humano só pode se tornar o outro quando abandona o mundo das ideias. (SOUZA, 2008)

[...] o humano propriamente dito – não é senão a multiplicidade, a diversidade infinita de singularidades que eu não posso sintetizar de forma alguma em uma unidade sob o risco de violentar o essencial do ser humano: sua humanidade, exatamente. (SOUZA, 2008, p. 27).

Trata-se de uma proposta articulada sob as premissas de concepção da realidade que seja profunda e determinante, não sendo uma redução, mas a multiplicação, preservar o múltiplo enquanto origem da racionalidade. Ainda neste

diapasão, tal proposta deve ser dotada de uma interpretação que seja capaz de concretizar essa multiplicidade. Além disso, deve também possuir em si uma estrutura de argumentação alicerçada sobre a ideia de alteridade. (SOUZA, 2008)

A perspectiva adotada é a de que o ser humano passa a ter respeito pela Alteridade e a sua relação com sua razão propriamente dita, ou seja, sem ela o ser humano simplesmente deixa de existir. Isso em virtude da perspectiva das questões humanas, que são todas, ou seja, sem nenhuma exceção, de manutenção e promoção da singularidade humana.

Para o filósofo Emmanoel Lévinas (1994), ninguém é capaz de permanecer em si, haja vista que a humanidade do homem, a sua subjetividade é a pura responsabilidade do homem pelos outros. É um caráter de vulnerabilidade, encarado pelo autor.

Ele é tecido de responsabilidades. Por elas, lacera ele a essência. Não se trata de um sujeito que assume responsabilidades ou que se subtrai às mesmas; de um sujeito constituído, posto em si e para si como uma livre identidade. (LÉVINAS, 1994, p. 105).

O sujeito possui uma não indiferença a outrem. É uma responsabilidade por outrem, que por acaso, encontram-se desviados. Essa responsabilidade é impossível de se transformar em mérito de virtudes e talentos, é incapaz de tal atitude. A responsabilidade, portanto, não é com a finalidade de obter vantagens ou crescimento pessoal, mas sim, apenas por se encontrar no outro e perceber que o outro só existe por meio dessa coexistência.

Estrangeiro a si, obsidiado pelos outros, inquieto, o Eu (Moi) é refém; refém em sua recorrência mesma de um eu (moi) que não cessa de falhar a si. Mas, assim, sempre mais próximo dos outros, mais obrigado, agravando sua falência a si. (LÉVINAS, 1994, p. 105).

Falhar na responsabilidade para com os outros é falhar consigo. Não se trata de uma construção filosófica, mas da realidade dos que outrora foram perseguidos na história do mundo e que a metafísica jamais considerou sentido e dignidade. Essa responsabilidade da qual o Eu (Moi) não pode se esquivar “[...] designa a unicidade do insubstituível.” (LÉVINAS, 1994, p. 106).

É necessário pensar o homem a partir de sua responsabilidade mais antiga, que é a de identificação interior. Essa identificação faz um chamado para fora, é necessário uma reflexão a partir do si (soi) e colocar-se no lugar dos outros, substituindo a todos através da sua própria capacidade de

intercambialidade. O homem repensado na condição ou não de refém de todos os outros que não pertencem ao mesmo “gênero” que eu, torna-se o homem então responsável por todos esses outros. (LÉVINAS, 1994).

Constitui essa responsabilidade em um caráter de subjetividade, que deve portanto ser sustentada não mais em ideais provenientes do indivíduo, mas sim ter o seu alicerce baseado na efetivação das ações que dão suporte para a alteridade. Vale ressaltar que não se faz referencia a subjetividade tradicional, preenchida de ingenuidade, haja vista que esta não sobrevive, é reduzida a um Não-ser. (SOUZA, 2008)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os aspectos observados neste estudo, pretende-se ampliar as discussões acerca das religiões de matriz afrodescendente, uma vez que compõe de forma direta a vasta diversidade de religiões no Brasil.

Atualmente é de difícil constatação a presença dos verdadeiros seguidores das religiões de matriz africana, em que pese o elevado grau de discriminação, que ainda é latente em nossa sociedade. A intolerância é tamanha que é perceptível à falência das instituições culturais deste viés, fora do âmbito religioso.

Entretanto, é inegável a sua direta contribuição para a construção da cultura brasileira como um todo, apesar da dificuldade de reconhecimento das religiões de matriz afro enquanto religiões. Para tanto, a chegada do constitucionalismo liberal auxilia a discussão sob o paradigma da intolerância, uma vez que reconhece enquanto direito fundamental a liberdade de crença.

Apesar de disposto no ordenamento jurídico brasileiro o direito fundamental a liberdade de crença, o primeiro foi elaborado sob uma ótica conservadora em virtude da eminência católica, negando portanto a laicidade estatal.

Em vista dos argumentos apresentados, é nítida a ausência de alteridade e evidente a necessidade de uma nova abordagem capaz de alterar esse paradigma.

Traz se a tona, portanto, a perspectiva de alteridade utilizada por Emmanuel Lévinas que confecciona uma abordagem subjetiva, haja vista que, para o autor cada individuo deve ter uma responsabilidade com o outro. Através dessa responsabilidade, seria possível o próprio conhecimento, ou seja, conhecer-se seria conhecer o outro.

Utilizando tal fundamento, a partir do momento que houvesse um reconhecimento das religiões de matriz africana, somente assim, seria possível encontrar-se nas outras religiões.

Desta forma, seria possível uma diferente interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando enfrentar a intolerância religiosa, uma vez que reconhecendo as religiões de matriz africana, seria possível chegar a efetividade do direito fundamental à liberdade de crença.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 out 2014.

CAMPOS; RUBERT. **Religiões de Matriz Africana e Intolerância Religiosa**. Disponível em: <<http://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/lepaarq/article/view/3390>> Acesso em: 01 de Abr de 2015.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES, B. G. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2013.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

GUSTIN, M. B. S. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LÉVINAS, E. **Humanismo do outro homem**. Petrópolis: Vozes, 1993.

PRANDI, R. As religiões afro-brasileiras nas ciências sociais: uma conferência, uma bibliografia. In: **Revista Brasileira de informações bibliográficas em**

ciências sociais. BIB – ANPOCS, São Paulo, nº 63, 1º Semestre de 2007, págs 7-30.

_____. **O Brasil com axé:** candomblé e umbanda no mercado religioso. *Estud. av.*, São Paulo, v. 18, n. 52, Dec. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000300015>. Acesso em: 09 Out 2014.

_____. De africano a afro-brasileiro: etnia, identidade e religião. In: **Revista USP**, São Paulo, n. 46, p.52-65, Junho/Agosto 2000. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/46/04-reginaldo.pdf>> Acesso em: 25 Dez 2014.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SOUZA, R. T. **Em torno à diferença:** aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea. Rio de Janeiro – Editora Lumen Juris, 2008.

FERRETI, M. **Tambor de mina e umbanda:** o culto aos caboclos no Maranhão. Disponível em: <<http://www.gpmina.ufma.br/pastas/doc/Mina%20e%20Umbanda.pdf>> Acesso em: 25 Dez 2014

SARACENI, R. **Fundamentos Doutrinários da Umbanda.** 2. Ed. São Paulo: Madras, 2013.

WEINGARTNER NETO, J. **Liberdade Religiosa na Constituição:** fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MENEZES, C. **Mulheres do candomblé contra a intolerância.** Disponível em: <<http://socialistamorena.cartacapital.com.br/mulheres-do-candomble-contra-a-intolerancia/>> Acesso em: 02 Fev 2015.

**COMUNIDADES DO POVO DE TERREIRO DE MATRIZ AFRICANA COMO
COMUNIDADES TRADICIONAIS PROTEGIDAS PELA CONVENÇÃO Nº 169
DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO**

Cláudio Kieffer Veiga,
Paulo Gilberto Cogo Leivas,

RESUMO: O presente artigo propõe-se a realizar um estudo sobre a Convenção nº 169 da OIT, de 1989, no contexto brasileiro, questionando se as comunidades de terreiros de matriz africana estão amparadas sob sua tutela. Em decorrência disso, foi necessário perquirir se o termo “povos tribais”, lá contido, encontra-se atualizado perante as legislações subseqüentes que defendem a diversidade cultural e a proteção das minorias de agrupamentos sociais inseridos em determinada sociedade. Assim, o artigo perpassa o debate sobre o mecanismo da autoidentificação carregado naquela convenção e o histórico da legislação após ela, sob o enfoque da necessária proteção à identidade individual e grupal. Ao cabo da presente pesquisa, conclui-se que é plenamente justificável o enquadramento das comunidades dos terreiros de matriz africana sob o manto de proteção da Convenção nº 169 da OIT, reforçado por dispositivos constitucionais e infraconstitucionais brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Humanos. Convenção nº 169 da OIT. Comunidades tradicionais. Comunidades de Terreiro. Matriz africana.

1 INTRODUÇÃO

A diáspora africana envolvendo o Brasil, perdurada entre 1525 e 1850, representou oficialmente mais de cinco milhões de africanos²² prisioneiros e

22 Optou-se em utilizar-se a locução “africanos escravizados” em vez de simplesmente “escravos africanos” ou puramente “escravos”, exatamente para afastar uma ideia simplista de que a condição desses homens e mulheres sempre fora essa, isto é, nasceram e viveram como escravos apenas para serem objetos de propriedade de outros. Já está na hora de descortinar o discurso da cultura dominante e do senso comum, não, os africanos trazidos para o Brasil não eram simplesmente “escravos”, eram pessoas que estavam inseridas em sua sociedade e cultura estruturada, independente do grau de sua evolução na história humana, eles eram pais, mães, filhos, artesões, comerciantes, médicos, etc. Nesse sentido, já escreveu Roger Rios (2004, 468): “Seja por que motivo for (ingenuidade, cinismo, hipocrisia, ignorância ou má-fé) é difícil à generalidade das pessoas perceber por detrás de condutas e falas tidas por ‘normais, corriqueiras e inocentes’ práticas e concepções discriminatórias e racistas.” O próprio resgate da consciência política e dignidade humana do afro-americano passa pela libertação da marca

escravizados trazidos para o nosso país (PRANDI, 2000, p. 52-65). Esse tráfego de escravos serviu para fins de suprir a necessidade de mão de obra no Brasil Colônia. Junto a esse povo, vieram inseridos em sua cultura o seu dialeto, costume, arte, moral e, sobretudo, sua religiosidade.

Internacionalmente, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), através de sua Convenção nº 169 de 1989, preocupou-se em proteger os direitos dos povos indígenas e tribais, seguindo o ambiente de proliferação, no cenário mundial na época, de tratados com conteúdos sociais, econômicos, culturais, e coletivos em especial, sendo que a referida convenção foi ratificada pelo Brasil em 2002, com seus efeitos irradiantes a partir de 2003.

No âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) possui em vários artigos o imperativo da proteção ao pleno exercício dos direitos culturais e sua diversidade étnica. No plano infraconstitucional, pode-se citar o Decreto nº 6.040/2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT).

Assim, urge a necessidade de saber se os antigos e denominados terreiros de religião de matriz africana podem ser conceituados como “povos tribais”, termo contido na Convenção nº 169 da OIT, e, inclusive, se o próprio Decreto nº 6.040/2007 realiza a subsunção daquela convenção para, ao final, asseverar se essa legislação infraconstitucional brasileira é o suficiente para que o Brasil esteja adequado às obrigações assumidas perante a comunidade internacional.

Percebe-se que há um deserto de produção literária na ciência do Direito na seara dos direitos coletivos dos terreiros de matriz africana, pois objeto de estudo normalmente afeito a questões de debates religiosos, antropológicos e sociais. Contudo, o presente artigo não tem o enfoque religioso como perspectiva principal de estudo, apesar de sua relevância para a preservação de uma cultura milenar, sendo o diferencial importante em sua execução.

duradoura da escravidão, a qual transmite a dúvida, a ele, em pertencer, ou não, a uma classe de ser inferior, afetando sua própria autoestima (NASCIMENTO, E.; NASCIMENTO, G., 2008, p. 138). Assim, “[...] nenhum povo consegue se livrar dos grilhões do preconceito e da discriminação racista sem antes se livrar da auto-imagem, de si e de sua comunidade, estampada com a marca indelével da escravidão. Para levantar a cabeça, exigir seus direitos e protagonizar uma luta coletiva, esse povo precisa primeiro sentir-se gente, soberano de sua própria vida”. (NASCIMENTO, E.; NASCIMENTO, G., 2008, p. 138).

Diante dessas primeiras considerações, o presente artigo divide-se em duas partes, a primeira com um breve resgate histórico, social e antropológico, apresentando a chegada do africano ao Brasil, sua interação e agruras com a sociedade que aqui se formava. A segunda parte discutirá as questões dogmáticas, pontuando qual o grau de eficácia e/ou aplicabilidade da Convenção nº 169 da OIT no Brasil. Percorrerá, através de outros instrumentos jurídicos, inclusive de mesmo grau daquela convenção, se o termo “povos tribais” contido nela não se encontra defasado e, se não é o caso de uma interpretação *lato sensu*, principalmente na questão brasileira. Por derradeiro, será apresentado o Decreto nº 6.040/2007, e seus povos e comunidades tradicionais, propondo uma interpretação desse dispositivo para ver se ele serve como um argumento complementar à Convenção nº 169 da OIT, tudo para trazer à reflexão se os atuais terreiros de matriz africana estão abarcados pelo termo “povos tribais”, contido neste instrumento.

2 DA TRAJETÓRIA NEGRA NO BRASIL E SUA RESISTÊNCIA

Com o aumento da demanda por “trabalhadores” em minas e engenhos de cana-de-açúcar, e com a escassez de cativos indígenas para esses postos, inclusive pelas próprias restrições a sua escravidão²³, abre-se a necessidade de importar africanos para o Novo Mundo. Compreende-se que por volta de 1525 iniciou-se a chegada dos primeiros escravizados (PRANDI, 2000, p. 52).

Os africanos que chegavam vivos, após a travessia do Atlântico, seguiam para seu destino final nas devidas fazendas, sendo que alguns cuidados eram primordiais para evitar futuras rebeliões. Dentre as prevenções estava a de separar cuidadosamente, ou evitar a concentração, de escravos oriundos de uma mesma etnia nas mesmas propriedades, afastando “[...] núcleos solidários que retivessem o patrimônio cultural africano”. (RIBEIRO, 1995, p. 113-120). Essa mesma política de “dividir para reinar”, foi criada pelo branco em relação à certa

23 Em regra geral, a escravidão de indígenas era tolerada pela legislação rude na época apenas àqueles considerados inimigos, isto é, os que viviam no sertão brasileiro, pois demonstravam uma resistência extremada aos conquistadores ibéricos (MARCOCCI, 2011, p. 62).

oposição racial entre negros e índios, tudo para evitar uma possível aliança entre raças²⁴ exploradas contra a raça ascendente (BASTIDE, 1974, p. 69).

Importante que se tenha em mente que os navios que carregavam esses africanos não somente traziam essas pessoas de carne e osso, mas também sua cultura, seus deuses, suas crenças, seus folclores (BASTIDE, 1974, p. 26), “[...] não se tratava de um povo, mas de uma multiplicidade de etnias, nações, línguas, culturas”. (PRANDI, 2000, p. 52). Compreende Bastide (1974, p. 15) que podemos falar, na questão africana, em uma dupla diáspora, uma carregando os traços culturais africanos e a outra dos homens de cor.

Diversos mecanismos de controle social fizeram com que os negros crioulos²⁵ não perdessem grande parte da cultura africana no que envolvia algumas formas sociais, como sua religião, sua magia, seu folclore, sua linguagem, sua arte e até sua música, sobrevivendo à vida servil lhe imposta (BASTIDE, 1974, 84-98). Dentro desses mecanismos, podemos pontuar quando os proprietários de africanos escravizados passaram a deixar que nos domingos e dias santificados católicos aquela massa exercesse sua institucionalidade em certas manifestações artísticas, como danças e musicalidades africanas, o que reforçou a manutenção de seu folclore (BASTIDE, 1974, p. 83). Esse expediente fazia com que os africanos e seus descendentes se encontravam, normalmente procurando suas etnias em comum²⁶, revivendo as diferenças com outras etnias que vieram embarcadas nos navios negreiros oriundos da África. Era importante para a cultura dominante essa revisitação da aversão natural entre as etnias desde o seu nascimento, isso impedia que a infelicidade do cativo viesse a unir essas diferentes etnias, o que poderia ser perigoso para o controle por parte dos escravocratas e mesmo do Governo (BASTIDE, 1974, p. 86).

24 Importante pontuar que sempre que o presente artigo utilizar o termo “raça”, é na compreensão de construção histórico-cultural, pois sob as perspectivas do enfoque biológico, antropológico, sociológico e demais ciências, está consolidada a inexistência de diferenças raciais humanas, sendo que a falácia do conceito de raça serviu apenas para manipulação ideológica e de dominação (QUIJANO, 2005).

25 Compreendem-se como negros marrões aqueles escravos que fugiam e constituíam os conhecidos quilombos no Brasil, já os negros crioulos são os descendentes de africanos escravizados (BASTIDE, 1974, p. 46-48).

26 Importante salientar que o próprio continente africano era/é pluriétnico e multicultural (PRANDI, 2000, p. 65).

Como já dito, esses encontros entre os negros nas domingueiras era uma válvula de escape e, ao mesmo tempo, acabavam formando “[...] ‘Nações’, em corpos constituídos, para manter as rivalidades tribais ou étnicas.” (BASTIDE, 1974, p. 86). Esse conceito da separação dos negros em “nações” foi utilizado inclusive no exército, em que “[...] os soldados negros formavam quatro batalhões: minas, ardras, angolas e crioulos”. (PRANDI, 2000, p. 57).

E assim, diversas outras sistematizações criadas para a dominação dos escravizados, que corroborou para a manutenção de grande parte da cultura africana, se seguiu no quadro social do Brasil Colônia, podendo citar ainda: as confrarias religiosas²⁷ (BASTIDE, 1974, p. 88); ou quando a senhora branca fazia dentre as escravizadas as suas cozinheiras, as quais acabaram introduzindo seus preparos e condimentos para dentro da família da cultura dominante (BASTIDE, 1974, p. 85); a entrega de hortas, pelos senhorios, aos escravos para que estes melhorassem a sua própria alimentação, preservando algumas técnicas agrícolas (BASTIDE, 1974, p. 85-86) etc.

Mas, o que mais chama a atenção é a sobrevivência da religião negra, que abarcando a proteção da cultura africana, guardada alguma adaptação natural, remanesce há quase quinhentos anos. Como se vê, a raça negra soube trilhar seu caminho de resistência cultural, (BASTIDE, 1971, p. 85).

Imperioso afirmar que atualmente no Brasil o culto africano²⁸ mais conservado aos moldes originais é a religião Iorubá (também grafada como Yôrubá ou Yorubá), conhecida como “Candomblé Nagô” na Bahia, “Xangô” nos Estados de Pernambuco e Alagoas, e “Batuque” no Estado do Rio Grande do Sul

27 No entanto, o instituto da “nação” criada pela afinidade de etnia foi o fio condutor para a existência atual das religiões de matriz africana. Sinala-se isso, pois as organizações iniciais de nação tinham “[...] um caráter mais religioso e de ajuda mútua, sobretudo tratando-se do negro livre, abandonado à própria sorte, não contando, em caso de doença e morte, nem mesmo com o amparo do senhor”. (PRANDI, 2000, p. 58).

28 Frise-se que Umbanda não é religião de matriz africana, apesar de ter se apropriado de nomenclaturas de algumas divindades Iorubás, ela nasce no Brasil através de praticantes do Kardecismo trazido da França, e mescla com divindades indígenas e outras, dando origem a uma nova religião por volta dos anos de 1920 e 1930. Por fim, enquanto nas religiões de matriz africana os cânticos são todos realizados na língua predominante Iorubá, na Umbanda são entoados cantos, chamados de “pontos”, na língua portuguesa, ou mesmo rezas católicas no início de seus ritos (SILVA, 1994, p. 106-125).

(RS) (BASTIDE, 1974, p. 110)²⁹. Sendo que nos Estados de Maranhão e do Pará houve uma maior influência da religião jeje, onde há o culto específico denominado de “tambor-de-mina”, no entanto, aqui há uma maior sinergia, pois agregou aos seus orixás divindades não africanas, como caboclos indígenas e outros (SILVA, 1994, p. 83-84).

Importante pontuar a diferença entre os quilombos e as antigas casas de religião de matriz africana. Os primeiros eram uma evidente forma contínua de resistência social, além de uma luta entre classes, dos escravizados e seus descendentes para “[...] protestarem contra o escravismo”. (MOURA, 1993, p.10).

Os quilombos eram formados pelos cativos que conseguiam fugir de seus senhorios. Mas, não somente por aqueles, pois sendo esses redutos de uma resposta hostil contra a violência repressora do aparelho do Estado escravista, aparelho esse de dominação militar, ideológico e político que os desumanizava, acabavam realizando alianças com outros grupos sociais³⁰ para conseguir montar um sistema de proteção permanente em suas instalações (MOURA, 1993, p. 24-25).

Por volta de 1850, por pressões diplomáticas internacionais, em especial pela Inglaterra³¹, termina o ciclo do tráfico africano (MOURA, 1989, p. 54;

29 Importante pontuar de que não se desconhece que há vestígios das religiões das nações jejes e banto, também oriundas do continente africano, mas os estudos apontam que as mesmas acabaram incorporando os deuses da religião lorubá, sendo essa a cultura religiosa africana dominante no Brasil, em especial na Bahia e Rio Grande do Sul (BASTIDE, 1974, p. 124-125). Mais analiticamente e profundamente sobre esse assunto ver em Bastide (1974), Prandi (2000) e Silva (1994). No entanto, não se pode deixar de advertir que há divergências entre estudiosos do assunto, como Carneiro (1977, p. 52), que pregava que os termos nagô ou iorubá eram designações vazias de sentido.

30 Além dessas alianças, pela resistência ao sistema social da época que representavam, “[...] o quilombo era refúgio de muitos elementos marginalizados pela sociedade escravista, independentemente de sua cor. Era o exemplo da democracia racial de que tanto se fala, mas nunca existiu no Brasil, fora das unidades quilombolas”. (MOURA, 1993, p. 37). Moura ainda especifica que nos quilombos “[...] nele se incluem não apenas negros fugitivos, mas também índios perseguidos, mulatos, curibocas, pessoas perseguidas pela polícia em geral, bandoleiros, devedores do fisco, fugitivos do serviço militar, mulheres sem profissão, brancos pobres e prostitutas”. (MOURA, 1989, p. 24-25). Nina Rodrigues (2010, p. 84), em seus estudos, também cita que a constituição dos quilombos, em especial o de Palmares, não se consistia somente em africanos, crioulos ou seus descendentes. No mesmo sentido Péret: “[...] não eram povoados apenas de negros e mulatos. Índios haviam-se reunido a eles, e mesmo alguns brancos”. (apud FIABANI, 2005, p. 83).

31 Importante que se traga a lume a posição da atual literatura pós-colonial sobre a abolição do comércio escravista, tento em vista que ela não teria nada a ver com a “[...] grandeza do coração da Europa cristã, que justificava seus empreendimentos até pelos textos bíblicos. O fator mais

PRANDI, 2000, p. 57), mesmo que somente em 1888 tenha ocorrido legalmente a abolição da escravidão. Esses novos homens livres rumam, em sua maioria, para as cidades do Rio de Janeiro e da Bahia, reunindo-se em bairros conhecidos como africanos, atualmente desdobrados nas atuais favelas (RIBEIRO, 1995, p. 194 e 222). Nesse quadro, eles passaram a residir em moradias coletivas, normalmente cortiços.

Por derradeiro, após a oficialização da abolição da escravidão no ano 1888, encerrou-se o evento quilombo, passando a existir as comunidades negras (FIABANI, 2005, p. 263).

Ante a tradição oral arraigada dos povos da África, acredita-se que os primeiros terreiros de religiões de candomblé foram fundados por africanos de uma mesma etnia, onde iniciaram outros africanos, depois crioulos, mulatos e finalmente os brancos.

Aqui no Brasil, em decorrência da separação das linhagens familiares e clãs das etnias, bem como da perseguição à religião de origem africana, acarretou que os terreiros agrupassem o seu culto a várias entidades, mesmo de etnias diferentes. Igualmente, muitas acomodações familiares foram realizadas, adaptando-se a cultura original. Nesse sentido, em nosso país a mutação cultural foi no sentido de que o culto de religião, antes sobretudo familiar, virasse uma família religiosa³² por afinidade entre os próprios praticantes que acabam sendo inicializados na religião. Assim, o chefe do terreiro, também denominado de pai de santo, babalaô ou babalorixá (yalorixá na forma feminina) passa a ser o pai espiritual do inicializado, e esse acaba sendo “irmão de santo” do outro inicializado e assim por diante, repercutindo que quando esses fundam seus

importante para o fim do tráfico escravista foi a Revolução Industrial. O progresso técnico que a acompanhou não apenas pôs fim ao trabalho infantil nas fábricas degradantes da Inglaterra e da Europa, como também tornou o trabalho escravo pouco lucrativo, irrelevante e dispensável. [...] Sua imagem tornou-se negativa por causa das baixas produtividade e recuperação de custos quando comparadas aos novos métodos”. (HAMENOO, 2008, p. 120). Aliás, para a África, pouco mudou, pois “[...] cessou o comércio escravo porque se tornaram disponíveis mecanismos para uma exploração mais lucrativa: a colonização do continente”. (HAMENOO, 2008, p. 131). No mesmo sentido: “[...] conhecedores das potencialidades econômicas do continente, as potências colonizadoras iniciaram um verdadeiro processo de espoliação dos recursos naturais e de outras matérias-primas, em prol do desenvolvimento da Europa”. (OLIVEIRA, F., 2008, p. 185).

32 Essa família religiosa, desde o Brasil Colônia até hoje, acaba desarrumando a lógica do parentesco biológico predominante no costume ocidental, o que causa mais uma estranheza e estigma para não frequentadores desses centros de cultura e religião.

próprios terreiros mantêm “[...] ligações de parentesco entre terreiros ‘parentes’ de uma mesma família fundadora”. (SILVA, 1994, 59).

Com efeito, cabe observar que uma comunidade de terreiro e sua constituição histórica contempla muito mais do que sua religião, assim plasmada essa afirmação:

E como se tratava de uma cultura desterritorializada, constituíam-se [sic] associações (ebé) que, com o *pretexto religioso* (ora visto com maus olhos, ora reprimido, ora ridicularizado, mas sempre *entendido* como prática de natureza religiosa pela ideologia dominante) se instalaram em espaços territoriais urbanos, conhecidos como *roças* ou *terreiros*. O terreiro implica, ao mesmo tempo (a) num *continuum* cultural, isto é, na persistência de uma forma de relacionamento com o real, mas *reposta* na História e, portanto, com elementos reformulados e transformados com relação ao *ser posto* pela ordem mítica original, e (b) num impulso de *resistência* à ideologia dominante, na medida em que a ordem originária aqui reposta comporta um projeto de ordem humana, alternativo à lógica vigente de poder.

[...]

As práticas do terreiro rompem limites espaciais, para ocupar lugares imprevistos na trama das relações sociais da vida brasileira. (SODRÉ, 1983, p. 121-122).

Diferente dos quilombos, os quais não tinham as mesmas condições e preocupações do que os terreiros, pois lá a sobrevivência, a liberdade e a rebeldia contra a escravidão eram suas preocupações maiores, esses últimos procuraram restabelecer o resgate e manter a cultura embarcada nos navios negreiros. “A heterogeneidade do quilombo é prova contra a proposta de sua existência como mera restauração de tradições africanas.” (FIABANI, 2005, p. 419).

Da mesma forma que os índios (BONILLA MALDONADO, 2011, p. 570-571), os africanos sempre possuíram uma visão de que tudo pertence a uma única massa de origem, não encarando a terra como algo a ser explorado, e sim, mais um elemento de um todo. Por consequência, o território onde se encontra o terreiro de religião é algo ligado diretamente à identidade cultural desse povo de descendentes da África. Assim, a iniciação de um devoto, o axé e os princípios simbólicos do ritual implicam em uma soma de procedimentos (verbais e não verbais), “[...] destinados a fazer aparecerem os princípios simbólicos do grupo, aquilo que os gregos acabaram chamando de *verdade (alétheia)*”. (SODRÉ, 1983, p. 130).

3 DO SISTEMA JURÍDICO-NORMATIVO DE PROTEÇÃO AO POVO DE TERREIRO DE MATRIZ AFRICANA COMO POVOS TRIBAIS E COMUNIDADES TRADICIONAIS

O terreiro de matriz africana é imbricado ao povo negro, assim transformado todos os diversos povos oriundos da África em decorrência da matriz do colonialismo europeu desenvolvido nas Américas, conforme a lição de Quijano (2005, p. 127). Mesmo após o fim da escravidão, e o Brasil não sendo mais uma colônia, toda a construção e matriz de poder daquele sistema se manteve/mantém impregnado na sociedade, fenômeno contínuo nos demais países da América Latina. Logo, o negro, que inicialmente teve os seus antepassados na condição de escravos, em decorrência da “raça” inferior, viu sacramentar-se essa violência nas estruturas institucionais da sociedade, tanto no espaço público como no privado, representada por suas práticas e atitudes raciais, as quais valorizam o branco e invisibilizam o negro e tudo o que o vincula (WALSH; GARCÍA, 2002, p. 317-318).

Além dos terreiros possuírem identidades próprias, os seus próprios frequentadores se identificam como inseridos em uma cultura diversa da dominante em nosso país.

3.1 A eficácia e a aplicabilidade da Convenção nº 169 da OIT

Nos termos do art. 20 dos atos constitutivos da OIT, uma vez ratificada uma convenção, que é espécie de tratado internacional multilateral, passa a ser obrigatória ao país que assim se sujeitou (OIT, 1944). Já a internalização dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro é um ato complexo disposto no art. 84, inc. VIII e art. 49, inc. I da CF/88.

Sobre a hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento brasileiro, após a EC 45/2004, Piovesan (2012, p. 129) posiciona-se que todos que possuem a matéria de direitos humanos “[...] têm hierarquia constitucional, situando-se como normas materialmente e formalmente constitucionais”.

No entanto, não é essa interpretação que atualmente guarda o STF. Em 03/12/2008, com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, assentou-se que os tratados de direitos humanos aprovados antes da EC 45/2004, isto é, sem as formalidades do §3º do art. 5º, possuem um caráter de suprallegalidade, ou seja, irradiam um efeito paralisante a todo o ordenamento infraconstitucional que com eles conflitam. Diga-se que essa tese não foi unânime, vencidos os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que conferiam àqueles tratados de direitos humanos um *status* constitucional³³ (PIOVENSAN, 2012, p. 131-134).

O Brasil depositou junto ao Diretor executivo da OIT, o respectivo instrumento de ratificação da Convenção nº 169 em 25/07/2002, depois da autorização do Decreto Legislativo nº 143 de 20/06/2002, passando a irradiar seus efeitos em 25/07/2003, uma vez que a promulgou através do Decreto nº 5.051 em 19/04/2004 (BRASIL, 2004a).

Logo, realizado o ato complexo disposto entre o art. 84, inc. VIII e art. 49, inc. I ambos da CF/88, o Brasil encontra-se no cenário internacional comprometido e obrigado com a aplicação da Convenção nº 169 em seu território nacional³⁴.

3.2 Da acepção do termo “povos tribais” contido na Convenção nº 169 da OIT, e uma nova leitura sobre tal designação

A OIT expediu em 1957 a Convenção nº 107, inicialmente voltada para a proteção das populações indígenas e tribais (OIT, 2011, p. 5-6), no entanto, após um tempo, ela passou a ser contestada, ante suas tendências paternalistas e

33 Sobre demais discussões sobre o assunto, tais como diferenças entre tratados de direitos humanos materialmente e formalmente constitucionais e tratados apenas materialmente constitucionais, os reflexos da possibilidade, ou não, da denúncia de tais tratados apenas pelo Poder Executivo, etc., ver Piovesan (2012) páginas 138-145.

34 Deixa-se de analisar o status da hierarquia constitucional desse tratado, ante não ser objeto do presente artigo, no entanto, possuindo seu evidente conteúdo de direitos humanos e tendo sido aprovado antes da EC 45/2004 pelo Congresso Nacional, o mesmo carrega ao menos a carga de suprallegalidade, conforme posição atual majoritária do STF, ressaltando a existência de posição minoritária do próprio Tribunal e parte da doutrina que entende pela hierarquia constitucional desse tratado (PIOVESAN, 2012, p. 131-139).

integracionistas, visto que pressupunha a irreversibilidade do processo de integração ou assimilação dos povos indígenas (SHIRAISHI NETO, 2007, p. 38), fato reconhecido pela Comissão de Peritos que, em 1986, considerou-a obsoleta e inconveniente para sua aplicação no mundo, nascendo em 1989 a Convenção nº 169 (OIT, 2011, p. 6-7).

A referida convenção favorece dois grupos definidos: o primeiro são os povos tribais, e seus desdobramentos a seguir comentados; e o segundo os povos indígenas. Assim constando no art. 1º, item “1”, da Convenção nº 169:

- a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;
- b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas. (BRASIL, 2004a).

A alínea “b” aplica-se evidentemente aos povos indígenas, sendo descartada automaticamente da presente a sua discussão, já a alínea “a” merece um melhor estudo a partir de agora.

A Convenção nº 169 é de 1989, assim, necessário investigar se o vocábulo “povos tribais”, contido na alínea “b” já referida, não foi atualizado, mesmo que implicitamente, pelos demais documentos internacionais, e dispositivos infraconstitucionais brasileiros que possam ter “abrandado esse termo”, sempre que utilizarem para designar grupos sociais portadores de identidade étnica e/ou coletiva (SHIRAISHI NETO, 2007, p. 42).

Após a Convenção nº 169, em 1994 surge a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), oriunda da famosa ECO-92³⁵, devidamente reconhecida pelo Decreto nº 2.519/1998. Na CDB não consta o termo “povos tribais”, surgindo o termo populações indígenas e comunidades locais (BRASIL, 1998).

35 Eco-92 foi a denominação para a II Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro no ano de 1992, importante à época para consolidar a preocupação com um desenvolvimento sustentável e a conscientização às agressões ao meio ambiente. Tendo desdobramentos consideráveis, igualmente, nas áreas científicas, diplomáticas, políticas, sociais e da comunicação (NOVAES, 1992).

Em 2002 a UNESCO, inaugurando sua nova política para trazer respostas à diversidade cultural e a necessidade de um diálogo intercultural, apresentou a Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural (SHIRAISHI NETO, 2007, p. 124). Nela não há o termo “povos tribais”, e sim minorias e povos autóctones.

Ainda, em decorrência da CDB de 1994, em janeiro de 2010 surge o primeiro acordo suplementar conhecido como Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança. Igualmente, nesse protocolo, não se utiliza a locução “povos tribais”, surgindo os termos comunidades indígenas e comunidades locais em seu art. 26 (BRASIL, 2006a). No ano de 2006 o Brasil ratificou a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, com entrada em vigor de seus efeitos em 01/06/2006 e promulgada através do Decreto nº 5.753/2006 (BRASIL, 2006b). Nessa convenção desaparece o termo “povos tribais e indígenas”, surgindo a dicção comunidades indígenas.

Já a Convenção Sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, a qual o Brasil aderiu em 2007, promulgada através do Decreto nº 6.177/2007 (BRASIL, 2007b), também não carrega o termo “povos tribais”, e sim populações indígenas, povos indígenas e minorias.

A própria Declaração nas Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas não contém em seu âmago expressões relacionadas ao termo “tribais”, e sim comunidades e povos sempre que se refere aos indígenas (ONU, 2007).

Essas declarações e convenções internacionais, em decorrência do Brasil ratificá-las, acaba inspirando a legislação infraconstitucional afeita à matéria, assim, no ano de 2000, quando nasce a Lei 9.985, que regula o art. 225, § 1º, incs. I, II, III e VII da CF/88, no que tange ao Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), não utiliza o termo “povos tribais”, e sim populações locais e tradicionais para designar grupos sociais portadores de identidade étnica e coletiva (BRASIL, 2000).

Em 2004 é criada a Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável das Comunidades Tradicionais, Decreto presidencial de 27/12/2004, a qual tinha como objetivo estabelecer uma política pública para acompanhar políticas nacionais de monitoramento e auxílio para essas comunidades, em especial nas atividades de agroextrativismo (BRASIL, 2004b). Decreto esse que fora

substituído por novo regulamento presidencial em 13/07/2006, dando nova denominação àquela Comissão, passando a se conformar como Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos povos e Comunidades Tradicionais (BRASIL, 2006c). Em ambos os decretos presidenciais, as expressões designadas para tratar de agrupamentos sociais é “comunidade” (tradicionais), “povo” (tradicionais e indígenas) e organizações indígenas (BRASIL, 2004b; BRASIL, 2006c). Temos o Decreto nº 6.040/2007, que veio exatamente para adequar esses decretos presidenciais e instituir definitivamente a PNPCT, o qual em nenhum momento utiliza a marca depreciativa “povos tribais”.

Diante do levantamento da produção legislativa internacional e brasileira, após a Convenção nº 169, denota que a expressão “povos tribais” deve ser encarada em uma leitura, como a doutrina classifica, *lato sensu*, até porque no Brasil não existiria povos tribais no sentido estrito (SHIRAISHI NETO, 2007, p. 45). Exatamente por isso, utilizando uma concepção *lato*, que se sustenta que a Convenção nº 169, no contexto nacional, serve de asilo a todos os grupos sociais que demandem proteção e que reúnam os requisitos lá inseridos, tais como: seringueiros, castanheiros, quebradeiras de coco, ribeirinhos, comunidades de fundos de pasto dentre outros agrupamentos (SHIRAISHI NETO, 2007, p. 45-46).

Reforça-se que a dinâmica do que se entende por povos tribais vai além desse termo, é o que se segue no próprio dispositivo (letra “a”, item “1”, art. 1º, BRASIL, 2004a), quando identifica que esses são aqueles agrupamentos cujas condições sociais, culturais e econômicas os distinguem de outros setores da coletividade nacional.

Ante a esse fio condutor, e ao apresentado até o momento, visualiza-se que um terreiro de matriz africana apresenta, em tese, todas as características para seu enquadramento ao art. 1º, item “1”, letra “a” da Convenção nº 169, por mais que o termo lá inserido seja depreciativo, pois ligado a questões civilizatórias eurocêntricas, no entanto, encontra-se atualizado pelas legislações que lhe sucederam.

Por derradeiro, o povo de terreiro não pretende nenhum tipo de independência ou sua emancipação do Estado brasileiro, mas sim o respeito a sua identidade cultural, seu respeito mínimo no que tange aos direitos humanos e,

ainda, o próprio resgate histórico e a diminuição dos efeitos estigmatizantes que sempre com ele se plasmaram, não infringindo, logo, o item “3” do art. 1º da Convenção nº 169 (BRASIL, 2004a), o qual proíbe qualquer interpretação do termo “povo” no sentido de que atribua direitos a essas comunidades no âmbito do Direito internacional.

Esse caráter da inexistência de alguma intenção emancipatória, no sentido de que pudesse causar algum tipo de ataque ou instabilidade a uma possível soberania nacional (KYMLICKA, 1996, p. 239), está calcado no próprio Decreto do Estado do RS de nº 51.587 de 18/06/2014 (RIO GRANDE DO SUL, 2014), instrumento jurídico construído em parceria com os representantes dos terreiros de matriz africana e aquele Estado³⁶, quando em seu primeiro artigo assim direciona:

Art. 1º Fica criado o Conselho do Povo de Terreiro do Estado do Rio Grande do Sul, com a finalidade de desenvolver ações, estudos, propor medidas e políticas públicas voltadas para o conjunto das comunidades do povo de terreiro do Estado, **caracterizando-se como um instrumento de reparação civilizatória, na busca da equidade econômica, política e cultural e da eliminação das discriminações.** (RIO GRANDE DO SUL, 2014). Sem grifo no original.

Como grifado, não há o mínimo interesse em constituir um novo Estado, ou mesmo de requerer direitos de autodeterminação e autorregulação, e sim de resolver as injustiças econômicas, políticas e culturais exatamente sob os enfoques de um pensar redistributivo e de reconhecimento³⁷ (FRASER, 2006, p. 232).

Esse Decreto pode ser o marco, além de um verdadeiro início de exemplo de um diálogo intercultural, da resposta aos que realizam uma crítica da revisão para se alcançar uma paridade na participação em uma política democrática representativa, pois somente dando voz aos excluídos, em vez de simplesmente interpretar seus interesses, é que se poderá chegar perto de mudanças para transformar padrões de dominação que imperam em nossa sociedade, as quais

36 Sobre o histórico social da construção desse instrumento jurídico recomenda-se a leitura dos Boletins informativos do Povo de Terreiro RS. Disponível em: <http://www.rs.gov.br/download/20141223143644boletim_versao_final_ok.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2015.

37 Não se desconhece que todos os anseios contidos no pano de fundo no Decreto só poderão com o tempo saber sobre sua realização e, mesmo, qual a dose dos remédios afirmativos ou transformadores que serão utilizados para eliminar essas injustiças culturais e econômicas identificadas (FRASER, 2006, p. 239).

confundem universalidade com supremacia de uma única cultura e discurso (CLÉRICO; ALDÃO, 2011, p. 178-179).

Conclui-se que as comunidades dos terreiros de matriz africana, as quais se distinguem dos demais segmentos da comunidade nacional, estão dentro da concepção de povos tribais da Convenção nº 169 da OIT.

3.3 Da autoidentidade contida na Convenção nº 169 da OIT

A Convenção nº 169 orienta a realização dessa materialização identitária, quando no item “2” do art. 1º guia que a autoidentificação é o critério fundamental para a definição desses grupos coletivos.

Para Taylor (1994, p. 45), a identidade é a maneira como a pessoa se define em suas características fundamentais como um ser humano. Logo, é através do autorreconhecimento que se inicia o reconhecimento pelos outros de uma identidade própria (OLIVEIRA, R., 2005, p. 24). Ao contrário, com a deficiência desse reconhecimento ou ocorrendo isso de forma incorreta, acarreta um prejuízo para uma pessoa ou grupo de pessoas, levando a uma verdadeira distorção negativa daqueles, com limitações em sua imagem, desprezos e sentimentos de inferioridades (TAYLOR, 1994, p. 45 e 85).

No momento em que o item “2”, do art. 1º da Convenção 169 infere ao próprio indivíduo a capacidade de se autoenquadrar juridicamente, ocorre o fortalecimento do signo de pertencimento daquele, no entanto, inverte o padrão até hoje encontrado no seio jurídico, isto é, no sentido de que o monopólio da interpretação da norma jurídica é do jurista³⁸ (DUPRAT, 2007b, p. 22). Isso com certeza causa certo mal-estar para o profissional que sempre se acostumou a subsumir a regra posta em lei através de seu método tecnicista.

38 De certa forma, esse remanejamento onde o objeto de estudo passa a ser o próprio sujeito de conhecimento (no caso do Direito, e especificamente no que contido na Convenção 169 da OIT, os seus objetivos de organizar a sociedade e regular o convívio humano passa a ser o seu próprio intérprete), já ocorreu na ciência social, quando as demandas dos movimentos sociais invadiram e fizeram eco na esfera acadêmica na década de 1960. Era uma “onda” identitária de conhecimento sendo produzido pelo seu antigo objeto de estudo, assim, as feministas pesquisavam em nome de mulheres; os gays e lésbicas pesquisavam as experiências homossexuais, os negros as concepções de grupos racializados, etc. (MISKOLCI, 2014).

Por essa razão lógica, a identificação das comunidades de terreiro possui na autoidentificação e no autorreconhecimento de seus indivíduos o fator inicial preponderante para isso.

3.4 Do direito e proteção à diferença cultural e étnica na Constituição brasileira

Reconhecido o Brasil como uma sociedade pluralista e fundada em uma harmonia social, preâmbulo da CF/88, somente se conseguirá esse intuito com respeito à prática dos diferentes grupos sociais existentes em seu seio, motivo que o inc. II do art. 216 da CF/88, inclui a proteção dos modos de criar, fazer e viver dos diferentes grupos formadores de sua sociedade, constituindo essa defesa tanto dos bens material e imaterial igualmente. Denomina-se isso de prática social.

Aliás, a falta da proteção dessa prática social poderá ocasionar a perda da identidade cultural de determinado grupo e, conseqüentemente, na própria extinção de uma cultura. Isso importa em um acinte contra o art. 4º da Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural da UNESCO (SHIRAIACHI NETO, 2007, p. 122), onde consta a orientação de que a diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana, motivo que autores defendem que direitos culturais e étnicos encontrados na CF/88 possuem evidente *status* de direito fundamental (DUPRAT, 2007a, p. 16).

Para as comunidades tradicionais, nas quais há uma homogeneidade cultural e orgânica interna mais caracterizada, os aspectos comunitários de uma identidade pessoal assumem maior importância, por isso que

[...] a perda da identidade coletiva para os integrantes destes grupos costuma gerar crises profundas, intenso sofrimento e uma sensação de desamparo e de desorientação, que dificilmente encontram paralelo entre os integrantes da cultura capitalista de massas. (DUPRAT, 2007c, p. 84).

Diante disso, não é somente o direito dessas comunidades que se perde com a falta de proteção de uma prática social e o desaparecimento de um grupo étnico ou cultural diferenciado, mas sim todos brasileiros das presentes e futuras gerações, que ficam “[...] privados do acesso a um ‘modo de criar, fazer e viver’”.

(DUPRAT, 2007c, p. 85). Logo, não fica afetada somente a defesa de uma diversidade cultural com a perda de uma comunidade tradicional, mas, igualmente, a defesa da cultura ao próprio desenvolvimento humano (SHIRAIACHI NETO, 2007, p. 40).

Pontuada até agora a proteção cultural. Já na questão étnica, a CF/88 igualmente demarca a proteção aos povos indígenas através do § 2º do art. 210, quando autoriza o ensino da língua e práticas desses povos para a aprendizagem no ensino fundamental (BRASIL, 1988).

Na sequência de tutela aos povos indígenas, há os comandos constitucionais dos arts. 231 e 232, que reconhecem os índios como uma coletividade. E, exatamente, para evitar maiores interferências no modo de vida e desenvolvimento de sua cultura que há a necessidade, conforme os arts. 176 e 231 ambos da CF/88, de uma regulamentação especial quando implicar em exploração ou aproveitamento de jazidas, recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica sempre que ocorrer em terras indígenas (BRASIL, 1988). Nesse mesmo art. 231 da CF/88, há a proibição da retirada dos grupos indígenas de suas terras, salvo excepcionalidades, no mesmo sentido que o art. 16 da Convenção nº 169 da OIT (BRASIL, 2004a).

Por fim, no que tange à defesa de grupos étnicos, reforçando a importância da diversidade cultural, temos o § 1º do art. 215 da CF/88, que comanda ao Estado proteger as culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, isto é, reconhecendo a existência de um projeto de pluralismo cultural.

3.5 Do Decreto nº 6.040 de 07 de fevereiro de 2007

O Decreto nº 6.040/2007 veio para instituir definitivamente a PNPCT, assim conceituando em seu terceiro artigo:

- I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;
- II – [...] (BRASIL, 2007a).

Analisando o item “I” acima posto, nota-se que o decreto pontua duas formas de denominar os grupos protegidos pela PNPCT: povos tradicionais e comunidades tradicionais. Apesar de não ser o intento do presente trabalho, tentar-se-á pontuar o que vem a ser a semântica dos termos iniciais de cada locução para compreender a correlação com o problema apresentado na introdução dessa pesquisa.

O conceito de povo pode ser visto sob o prisma político, sociológico e jurídico. Na visão política, povo é aquela parcela da sociedade com capacidade eleitoral (BONAVIDES, 2012, p. 79-81), retira-se isso do próprio §único do art. 1º da CF/88 (BRASIL, 1988). Sob o prisma sociológico, a conceituação de povo tem uma interligação direta com o conceito de nação, pois aqui se tem a ideia de “[...] agrupamentos humanos dotados de muitas afinidades – linguísticas, culturais, religiosas, étnicas, etc.” (BASTOS, 1994, p. 153).

No que se refere ao conceito de nação, o autor português Jorge Miranda segue a linha de que a fundação de uma nação se dá “[...] numa história comum, em atitudes e estilos de vida, em maneiras de estar na natureza e no mundo, em instituições comuns, numa ideia de futuro (ou desígnio) a cumprir”. (MIRANDA, 2002, p. 190-191). Nesse conceito, compreende a doutrina que nação é anterior ao Estado, podendo várias nações reunir-se em um só Estado, bem como uma só nação derramar-se sobre vários Estados (MALUF, 2009, p. 16).

Após essa noção do que podemos entender por “povo”, resta caracterizar o que se entende por comunidade, pois nem todo agrupamento pode ser entendido como uma efetiva comunidade constituída.

Convém pontuar que sociedade não pode ser alçada ao mesmo patamar de comunidade, pois uma inclui e a outra pode muito bem excluir o indivíduo, sendo que elas acabam sendo conceitos-tipo complementares e contraditórios para que as Ciências Sociais possam analisar as diferentes maneiras das organizações sociais (RAMIRO, 2006, p. 23). No sentido contraditório daqueles termos:

Em teoria, a sociedade consiste em um grupo humano que vive e habita lado a lado de modo pacífico, como na comunidade, mas, ao contrário desta, seus componentes não estão ligados organicamente, mas organicamente separados. Enquanto na comunidade os grupos

permanecem essencialmente unidos, a despeito de tudo que os separa, na sociedade eles estão essencialmente separados, apesar de tudo o que os une³⁹. (FERDINAND TÖNNIES apud RAMIRO, 2006, p. 23).

Com isso, a comunidade evoca uma sensação de solidariedade (PERUZZO; VOLPATO, 2009, p. 67), tonificando uma dinâmica de fortalecimento de identidades, pois “[...] o fortalecimento de identidades locais pode ser visto na forte reação defensiva daqueles membros dos grupos étnicos dominantes que se sentem ameaçados pela presença de outras culturas”. (HALL, 2006, p. 85).

Em um exercício de revisitação ao escrito até o momento, podemos afirmar que tanto em um agrupamento humano como um antigo quilombo, como na organização litúrgica de um terreiro de matriz africana contemporâneo, percebe-se essa figura de uma comunidade constituída, pois há uma hierarquia concreta de indivíduos entrelaçados pela solidariedade em sentirem-se protegidos do mundo exterior (SILVA, 1994, p. 56), unidos por algum traço de sangue, etnia, território, religião ou com um projeto consensual (SODRÉ, 1999; RAMIRO, 2006, p. 24).

Em decorrência disso, na mesma linha de Taylor (1994, p. 54) e Stavenhagen (2010, p. 79), Sodré conclui que

Nenhum indivíduo dá conta de todas as circunstâncias de sua individuação. Isto é, não instrumentaliza racionalmente nem responde, no nível da plena consciência, por todo o conjunto de fatos reais que o constitui (o conceito freudiano de inconsciente é uma ferida na pretensão de visibilidade ou transparência absoluta do sujeito). Mas pode *sentir* essas circunstâncias.

A ideia de grupo impõe-se como a de um outro “lugar”, onde o indivíduo sente pluralmente. No grupo ou em sua cultura, pode ter-se a percepção de estruturas globais, experimentar sensações na totalidade, pois, sendo ele a forma que dá substrato à tensão luz/trevas, é uma fonte permanente de excitações. Polimorfa, a organização grupal contém os mais diversos modos de funcionamento psíquico e o horizonte das modulações existenciais dos indivíduos. Por isso, pode alguém dizer, como Jacques Lacan, que é o “coletivo” (leia-se também: o grupo) é o “sujeito do individual.” (SODRÉ, 1999, p. 141).

E, portanto,

Importante é ter em mente que a parte, o individual, a espécie, o singular não se separam, enquanto diferenças, do todo, do grupo, do gênero, da natureza comum ou universal. Singular e comum são duas faces de uma

39 Imperioso colher a observação de que não se trata de uma visão maniqueísta, no sentido de que tudo que se relaciona à comunidade é bom e à sociedade é ruim. Nesse sentido, não é porque a pobreza em si condiciona que pessoas que acabem residindo em espaços comuns criem vínculos efetivamente comunitários em busca de sua sobrevivência, por mais que em alguns casos particulares possa ocorrer isso (RAMIRO, 2006, p. 26).

mesma moeda ou de um movimento, que se encontram no instante de geração de um ser qualquer. (SODRÉ, 1999, p. 141).

Com essas elucidações postas, impera entender em qual conceito de povo e/ou comunidade que o Decreto nº 6.040/2007 se baseou. Isto é, quando o Decreto fala em povos e comunidades tradicionais, ele deseja a utilização do termo “povo” no sentido jurídico, sociológico, político?

Sob o conceito jurídico de povo, como elemento indispensável para a constituição de um Estado soberano e independente, sendo integrado por um aspecto subjetivo e outro objetivo (DALLARI, 2011, p. 101-104), não parece ser a melhor interpretação dada ao contido no Decreto nº 6.040/2007. Chega-se a essa conclusão, pois mesmo tendo nos princípios fundamentais o reconhecimento da existência de um pluralismo político (inc. V, art. 1º da CF/88), em seu *caput* afirma que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos seus Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 1º, CF/88). Logo, s.m.j., se o conceito jurídico de povo fosse o aplicável no Decreto nº 6.040/2007, haveria a tendência à possibilidade de criação de Estados independentes internamente no Brasil, o que implicaria em inconstitucionalidade e, mesmo, instabilidade nacional interna.

Além disso, a própria Convenção nº 169 da OIT em seu item “3” do art. 1º, já adverte que o termo “povo(s)” contido naquele documento não poderia acarretar interpretação que desse qualquer tipo de direitos em âmbito internacional aos grupos tutelados por ela.

Descartado o conceito jurídico de povo para fins de perquirir o sentido dessa palavra no Decreto nº 6.040/2007, vislumbra-se que o sentido que deve ser encarado esse vocábulo é próximo ao conceito de nação, o qual imbrica com o próprio termo comunidade lá associado, e já discutido em linhas anteriores.

Logo, o Decreto nº 6.040/2007 definiu como povos e comunidades tradicionais os

[...] grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição. (BRASIL, 2007a).

Nesse sentido, a comunidade do terreiro de matriz africana encontra-se pontuado por todos esses elementos, é verdade que alguns em maior ou menor

intensidade. Contudo, um grau de intensidade diverso em um desses elementos não poderá servir como fato que obstaculize o enquadramento no Decreto, e respectivas benesses, até porque o mesmo foi inspirado em grande parte pelos “ares” da Convenção nº 169 da OIT.

Da mesma forma que a Convenção nº 169 da OIT, o Decreto nº 6.040/2007 confere igual peso às comunidades e povos tradicionais abrangidos por aquele instrumento jurídico, pois não faz nenhuma distinção de tratamento entre os grupos sociais lá abarcados, todavia, alarga mais claramente as possibilidades de uma maior abrangência e inclusão de outros grupos sociais, além de “povos indígenas e tribais” contidos na convenção da OIT (SHIRAISHI NETO, 2007, p. 45-46).

Com essa, se assim podemos chamar, releitura interpretativa da Convenção nº 169 da OIT, pelo Decreto nº 6.040/2007, concretiza-se parte do espírito de reequilíbrio social, cultural e econômico pretendido lá em 1989

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo que a base do povo brasileiro tenha sido construída quase ao mesmo tempo, na interação entre as etnias índia, europeia e africana, a partir do século XVI, a cada uma dessas, por séculos, foram atribuídos papéis diferenciados na conjuntura nacional. Incumbiu a etnia representante do Velho Mundo, que aqui lançava os alicerces do colonialismo, o papel de dominadora e subjugadora inicialmente dos índios e, não sendo esses suficientes para tracionar as engrenagens do capitalismo moderno que aqui se arvorava, acabou importando coercitivamente seres humanos oriundos do continente africano para transformarem-se em escravos.

Contudo, o terreiro se constitui em um espaço que recria o mundo africano no solo brasileiro, espaço esse que preserva os princípios civilizatórios da matriz africana, constituindo o que na língua iorubá denomina-se um *egbé*, isto é, uma comunidade de pessoas com o mesmo propósito.

Com a preocupação de proteger exatamente esse tipo de agrupamento social, que a OIT agregou na sua Convenção nº 169, além da proteção aos povos

indígenas, o paládio de outras comunidades denominadas naquele instrumento de povos tribais.

Após a Convenção nº 169 da OIT, surgiram diversos outros instrumentos jurídicos no plano internacional, e na esfera infraconstitucional brasileira, que não mais identificaram qualquer agrupamento social como “povos tribais”, demonstrando que o termo lá posto encontra-se, na atualidade, equivocado em seu emprego, pois denota uma construção com resquícios eurocêntricos, isto é, da mesma forma que o conceito de raça foi criado para subjugar demais povos, o termo “povos tribais” é uma possibilidade criada pelo Ocidente para afastar a probabilidade da existência de outras formas de Estado e de economia política das que baseadas em seus conceitos.

Neste diapasão, os terreiros de matriz africana reivindicam, como firmado no Decreto do Estado do RS de nº 51.587/2014, políticas de reparação civilizatória, equidade econômica, política, cultural e a eliminação das discriminações, na melhor forma dos remédios afirmativos e transformadores sugeridos por Fraser, isto é, para eliminar a injustiça cultural e a econômica.

Levando-se em conta o que foi apresentado, conclui-se que o termo “povos tribais” contido na Convenção nº 169 da OIT abarca as atuais comunidades de terreiro de matriz africana. Retira-se isso, pelos próprios pressupostos lá inseridos, isto é: a) há nessas comunidades signos sociais, culturais e econômicos que as distingam de outros segmentos da comunidade nacional; b) elas possuem em seu seio de solidariedade uma identidade coletiva que repercute em uma regência, mesmo que parcial, pelos seus próprios costumes ou tradições, e, ainda, há uma legislação infraconstitucional, no caso o Decreto nº 6.040/2007, que prevê algumas regulações especiais a ser aplicadas nessa coletividade; c) tendo uma identidade coletiva que identifica os indivíduos componentes das comunidades de terreiro de matriz africana, e se preenche o critério fundamental da autoidentificação como definidor desse grupo social.

REFERÊNCIAS

BASTIDE, R. **As religiões africanas no Brasil**: contribuição a uma sociologia das interpenetrações de civilizações. São Paulo: Livraria Pioneira, 1971.

_____. **As Américas negras**: as civilizações africanas no Novo Mundo. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1974.

BASTOS, C. R. **Dicionário de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BONAVIDES, P. **Ciência política**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BONILLA MALDONADO, D. Indígenas urbanos y derechos culturales: los límites del multiculturalismo liberal. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.7, n.2, p. 569-604, jul.-dez. 2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 5 nov. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm>. Acesso em: 8 fev. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 8 fev. 2015.

BRASIL. **Decreto presidencial de 27 de dezembro 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Dnn/Dnn10408.htm>. Acesso em: 8 fev. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 5.705, de 16 de fevereiro de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5705.htm>. Acesso em: 8 fev. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 5.753, de 12 de abril de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5753.htm>. Acesso em: 8 fev. 2015.

BRASIL. **Decreto presidencial de 13 de julho 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Dnn/Dnn10884.htm#art11>. Acesso em: 8 fev. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 6.040, de 07 de fevereiro de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acesso em: 5 out. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 6.177, de 1º de agosto de 2007**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm>.
Acesso em: 8 fev. 2015.

BRASIL. **Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm>. Acesso em: 8 fev. 2015.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2015. Disponível em: <
<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/convencao-da-diversidade-biologica/protocolo-de-cartagena-sobre-biosseguranca>>. Acesso em: 8 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Relator Ministro Cezar Peluso, Brasília, 03 de dezembro de 2008. **Acompanhamento processual**. Brasília, 2008. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2343529>>. Acesso em: 08 mar. 2015.

CARNEIRO, E. **Candomblés da Bahia**. 5.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1977.

CLÉRICO, L.; ALDÃO, M. Nuevas miradas de la igualdad en la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento. **Lecciones y Ensayos**, Buenos Aires, n.89, 2011, p. 141-179.

CONVENÇÃO n. 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT. Brasília: OIT, 2011.

DALLARI, D. de A. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUPRAT, D. O Direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade. In: _____ (org.). **Pareceres Jurídicos - Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais**. Manaus: UEA, 2007, p. 9-19.

_____, D. Prefácio. In: SHIRAISHI NETO, J. (org.). **Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional**. Manaus: UEA, 2007, p. 19-24.

_____, D. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. In: _____ (org.). **Pareceres Jurídicos - Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais**. Manaus: UEA, 2007, p. 77-104.

FIABANI, A. **Mato, palhoça e pilão: o quilombo, da escravidão às comunidades remanescentes**. São Paulo: Expressão popular, 2005.

FRASER, N. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. **Cadernos de Campo**, São Paulo, v.15, n.14/15, mar. 2006, p. 231-239. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/50109>>. Acesso em: 25 set. 2013.

HALL, S. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HAMENOO, M. A África na ordem mundial. In: NASCIMENTO, E. L. (org.). **A matriz africana no mundo**. São Paulo: Selo Negro, 2008, p. 109-131.

KYMLICKA, W. **Ciudadanía multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías**. Barcelona: Paidós, 1996.

MALUF, S. **Teoria geral do estado**. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARCOCCI, G. Escravos ameríndios e negros africanos: uma história conectada. Teorias e modelos de discriminação no império português (Ca. 1450-1650). **Tempo [online]**, vol.16, n.30, p. 41-70, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/tem/v16n30/a03v16n30.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2014.

MIRANDA, J. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MISKOLCI, R. Um saber insurgente ao sul do Equador. **Revista Periódicus [online]**, v. 1, n.1, mai.-out. 2014. Disponível em: <<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/revistaperiodicus/article/viewArticle/10148>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

MOURA, C. **História do negro brasileiro**. São Paulo: Ática, 1989.

_____, C. **Quilombos: resistência ao escravismo**. 3.ed. São Paulo: Ática, 1993.

NASCIMENTO, E. L.; NASCIMENTO, G. M. do. Reflexões sobre o “descobrimento” das Américas. In: NASCIMENTO, E. L. (org.). **A matriz africana no mundo**. São Paulo: Selo Negro, 2008, p. 133-139.

NOVAES, W. Eco-92: avanços e interrogações. **Estudos Avançados [online]**, vol.6, n.15, p. 79-93, 1992. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v6n15/v6n15a05.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2015.

OLIVEIRA, F. R. de. África ontem e hoje: uma perspectiva angolana. In: NASCIMENTO, E. L. (org.). **A matriz africana no mundo**. São Paulo: Selo Negro, 2008, p. 183-189.

OLIVEIRA, R. C. de. Identidade étnica, reconhecimento e o mundo moral. **Revista Antropológicas**, ano 9, v.16, n.2, p. 9-40, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, 13 setembro 2007. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição e seu anexo (Declaração de Filadélfia)**, 1944. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 7 dez. 2014.

PERUZZO, C. M. K.; VOLPATO, M. de O. Conceitos de comunidade, local e região: inter-relações e diferenças. In: CASTRO, G. G. da S.; BACCEGA, M. A. (orgs.). **Comunicação e consumo nas culturas locais e global**. São Paulo: ESPM, 2009, p. 64-92.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRANDI, R. De africano a afro-brasileiro: etnia, identidade, religião. **USP**, São Paulo, n.46, jun./jul.ago./2000, p. 52-65.

QUIJANO, A. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: EDGARDO, L. (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: Clacso, 2005, p. 117-142. Disponível em: <<http://www.afyl.org/txt/LibrosNovedades/Colonialidade-saber.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

RAMIRO, P. A. Identidade e pobreza: buscando caminhos para interpretação da vida na cidade. In: LUCENA, C. T.; GUSMÃO, N. M. M. de (orgs.). **Discutindo identidades**. São Paulo: Humanitas/CERU, 2006, p. 17-28.

RIBEIRO, D. **O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil**. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

RIO GRANDE DO SUL. Decreto 51.587, de 18 de junho de 2014. Disponível em <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=61034&hTexto=&Hid_IDNorma=61034>. Acesso em: 30 nov. 2014.

RIOS, R. R. Relações raciais no Brasil: desafios ideológicos à efetividade do princípio jurídico da igualdade e ao reconhecimento da realidade social

discriminatória entre negros e brancos. In: BALDI, C. A. (org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 465-489.

RODRIGUES, R. N. **Os africanos no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein, 2010.

SHIRAIISHI NETO, J. A particularização do universal: povos e comunidades tradicionais em face das Declarações e Convenções Internacionais. In: _____ (org.). **Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional**. Manaus: UEA, 2007, p. 25-52.

SILVA, V. G. da. **Candomblé e Umbanda: Caminhos da devoção brasileira**. São Paulo: Ática, 1994.

SODRÉ, M. **A Verdade seduzida: por um conceito de cultura no Brasil**. Rio de Janeiro: Codecri, 1983.

_____. **Claros e escuros: identidade, povo e mídia no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1999.

STAVENHAGEN, R. **Los pueblos originarios: el debate necesario**. Buenos Aires: CTA Ediciones, 2010.

TAYLOR, C. A política de reconhecimento. In: _____ (org.). **Multiculturalismo: examinando a política do reconhecimento**. Lisboa: Piaget, 1994, p. 45-94.

WALSH, C.; GARCÍA, J. El pensar del emergente movimiento afroecuatoriano: Reflexiones (des) de un proceso. In: MATO, D. (org.). **Estudios y Otras Prácticas Intelectuales Latinoamericanas en Cultura y Poder**. Caracas: CLACSO, 2002, p. 317-326.

POVOS TRADICIONAIS: DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E PROTEÇÃO INTELLECTUAL

Nathércia Pedott

Rebecca Aroca

Yasmin Seoane

RESUMO: Este trabalho aborda o tema dos saberes tradicionais e da proteção de que gozam: os povos tradicionais têm expressivas experiências na aplicação do desenvolvimento sustentável, porém encontram dificuldades no reconhecimento de sua cultura e identidade. Não obstante, contam com a proteção de instrumentos legais como, por exemplo, o Decreto 6.040/07, em âmbito nacional e o Protocolo de Nagoia, em âmbito internacional, que foi criado para complementar o artigo 8(j) da Convenção sobre Diversidade Biológica. Além destes instrumentos, o Comitê Inter-Governamental sobre Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimento Tradicional e Folclore, criado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, identifica os possíveis modos de proteção dos seus saberes, sendo, portanto, estes os pontos de abordagem do presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade Intelectual; Povos Tradicionais; Desenvolvimento Sustentável.

1 INTRODUÇÃO

As comunidades tradicionais sofrem de uma invisibilidade com relação aos seus direitos e, em consequência, sofrem a negligência destes por parte da sociedade como um todo. Em função disso, surgiu uma preocupação por parte dos Estados devido, principalmente, à urgência na proteção da biodiversidade, a fim de proteger os saberes tradicionais, bem como os recursos genéticos associados ao conhecimentos tradicionais.

Os povos tradicionais mantêm seus saberes ao longo das gerações em acordo com a preservação do meio ambiente. Sua interação com a natureza é um conhecimento próprio e fundamental para sua cultura e modo de vida, sendo, ainda, exemplo para a sociedade em geral, tendo em vista que a degradação do

meio ambiente gera efeitos negativos imediatos que se refletem na sociedade ao decorrer dos anos.

Assim sendo, o Estado brasileiro respondeu a essa preocupação criando em 2007 o Decreto 6040, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Além dos povos indígenas e quilombolas, que já possuíam proteção constitucional, o Decreto preocupa-se também com outras comunidades que possuem o saber tradicional ligado ao desenvolvimento sustentável.

Em âmbito internacional, no ano de 2010, houve a implementação do Protocolo sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição de Benefícios, ou Protocolo de Nagoia, cujo objetivo é a definição de regras para os países signatários, em relação ao acesso a recursos genéticos e seus derivados, assim como para os conhecimentos tradicionais e a divisão equitativa dos benefícios oriundos de sua exploração, buscando, desta forma proteger juridicamente os saberes tradicionais, bem como sua preservação junto ao meio ambiente.

Ainda em nível internacional, a proteção também está presente nos órgãos das Nações Unidas como, por exemplo, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual e, mais especificamente, no seu Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicionais e Folclore. O Comitê visa proteger tais saberes por meio do estabelecimento de normas e princípios provenientes dos direitos de propriedade intelectual atualmente implementados ou por meio de sistemas específicos de proteção dos conhecimentos tradicionais.

2 SINERGIAS ENTRE POVOS TRADICIONAIS, SEUS SABERES E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Uma das inumeráveis memórias coletivas são os conhecimentos ou saberes tradicionais associados à biodiversidade, os conhecimentos, as inovações e práticas consuetudinárias que usam recursos da biodiversidade. Em sua maioria, tais saberes, pertencentes a sociedades tradicionais, encontram-se nos denominados países megadiversos, aqueles que possuem grande

concentração de espécies da flora, fauna e ecossistemas do planeta (70% do total).

O artigo terceiro do Decreto 6040 de 2007⁴⁰, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, em seu inciso primeiro, traz a definição de povos e comunidades tradicionais:

grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

Nesse sentido, Ferreira e Clementino (2006, s/n), conceituam os saberes tradicionais:

Os conhecimentos tradicionais de uso e acesso restrito dizem respeito àqueles detidos por poucos indivíduos ou grupos de indivíduos, claramente identificáveis como pertencentes à sua cultura e, algumas vezes, secretos, parte de rituais e saberes detidos por poucos membros da comunidade.

Importante destacar a diferença entre conhecimento tradicional e conhecimento científico, já que ambos, ainda, não têm uma composição aberta no universo das ciências:

As diferenças, afirma Lévi-Strauss, provêm dos níveis estratégicos distintos a que se aplicam. O conhecimento tradicional opera com unidades perceptuais, o que Goethe defendia contra o iluminismo vitorioso. Opera com as assim chamadas qualidades segundas, coisas como cheiros, cores, sabores... No conhecimento científico, em contraste, acabaram por imperar definitivamente unidades conceituais. A ciência moderna hegemônica usa conceitos, a ciência tradicional usa percepções. (CARNEIRO DA CUNHA, 2007, p. 79).

Por sua vez, o conhecimento tradicional é específico de uma comunidade que habita determinado território, do qual tiram as matérias primas que permitem sua sobrevivência. A definição de territórios tradicionais, encontra-se no Decreto 6040 da seguinte forma:

os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária[...].

Ou seja, podemos entender territórios tradicionais como o espaço no qual as populações desenvolvem-se de maneira sustentável, através de suas práticas

⁴⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acesso em: 23-02-2014.

e saberes sobre os recursos naturais, adquiridos ao longo do tempo e perpetuados através das gerações.

Os povos tradicionais são pouco conhecidos pela sociedade, e essa invisibilidade é o que torna necessário uma legislação que os proteja. Assim, no âmbito da Constituição Federal brasileira, o artigo 215 § 1º, garante a proteção às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras. Ademais, os artigos 231 e 232 tratam exclusivamente da proteção e direitos indígenas. E, ainda, o artigo 68 protege a propriedade dos quilombolas. No entanto, outros povos, como as catadoras de mangaba, os caiçaras, os seringueiros, as comunidades de fundo de pasto, entre tantas outras comunidades, careciam de uma legislação que os reconhecesse e protegesse especificamente, o que se constitui objetivo geral do Decreto 6040 de 2007.

Entre outras, são populações tradicionais, por exemplo, os vazanteiros, as quebradeiras de coco babaçu e as comunidades de fundo de pasto. Essas comunidades, como veremos, têm uma relação diferenciada com a natureza, com as relações sociais e econômicas e, por conseguinte, promovem o desenvolvimento sustentável⁴¹.

Os vazanteiros⁴² são povos ribeirinhos do Rio São Francisco que vivem de maneira sustentável da pesca, agricultura, extrativismo e criação de animais. As comunidades vazanteiras encontram-se, principalmente, no norte de Minas Gerais e enfrentam problemas com a construção de barragens⁴³, o que altera o período de cheias e secas do rio, e a ameaça de perderem suas terras⁴⁴.

⁴¹ “Para haver um desenvolvimento sustentável é preciso minimizar os impactos adversos sob a qualidade do ar, da água e de outros elementos naturais, a fim de manter a integridade global do ecossistema. Em essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades e aspirações urbanas.” **Nosso Futuro Comum**. 2º edição, Rio de Janeiro. Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. PÁG. 49.

⁴² Ver: <<http://www.cerratinga.org.br/populacoes/vazanteiros-ou-barranqueiros/>>. Acesso em: 13-10-2014.

⁴³ Ver: <<http://saofranciscovivo.org.br/site/povo/>> . Acesso em 13-10-2014.

⁴⁴ A comunidade de Pau Preto, no norte de Minas, teve as terras onde viviam transformadas em parques ambientais, como forma de compensação do governo mineiro ao impacto ecológico causado pelo projeto Jaíba (projeto de irrigação com água capitada do rio São Francisco). A

As quebradeiras de coco babaçu, em sua grande maioria mulheres, têm no extrativismo vegetal sua principal fonte de renda. As quebradeiras enfrentam conflitos sobre suas terras com grileiros desde 1969, quando foi implementada a Lei 2.979 /69⁴⁵. Na década de 80, se organizaram como MIQCB⁴⁶ - Movimento Interestadual das Quebradeiras de Coco Babaçu, e lutam até hoje pela defesa de seus direitos.

As comunidades de fundo de pasto⁴⁷ constituem-se em grupos de diversas etnias que criam juntos bodes e cabras. Os animais ficam soltos durante o dia e são marcados de maneira simples, apenas para que o dono possa reconhecê-los.

Os animais, soltos, conseguem mais facilmente vencer a aridez em busca de alimento. As comunidades de fundo de pasto convivem de acordo com as suas regras, acatadas por consenso. Não há delimitações de cerca, pois as delimitações são naturalmente reconhecidas pelos moradores. O território significa para as comunidades mais do que um espaço físico, ou seja, laços que ligam essa população e dão força contra as intempéries.

comunidade, depois da entrega de sua carta “Carta Manifesto das mulheres e homens vazanteiros: Povos das águas e das terras crescentes” a autoridades, sem obter resposta, e da tentativa de negociação com o governo mineiro, deu início a demarcação de suas terras por conta própria. Disponível em: < <http://www.cptnacional.org.br/index.php/noticias/conflitos-no-campo/720-comunidades-vazanteiras-dao-inicio-a-autodemarcacao-de-seus-territorios-tradicionais>>. Acesso em: 13-10-2014.

⁴⁵ Por meio da lei 2.979 /69, as terras devolutas (propriedades públicas que nunca pertenceram a um particular mesmo estando ocupadas) poderiam ser vendidas a grupos, mesmo sem licitação. Assim, os grandes pecuaristas, fazendeiros e empresas agropecuárias tiveram legitimidade para explorarem as terras que eram de posse das quebradeiras. Disponível em: <<http://www.outrostempos.uema.br/curso/anaisampuh/anaisviviane.htm>>. Acesso em 16-10-2014.

⁴⁶ Disponível em: <<http://www.miqcb.org/>>. Acesso em: 23-12-2014

⁴⁷ Ver: <<http://www.cerratinga.org.br/populacoes/comunidades-de-fundos-de-pasto/>>. Acesso em: 14-10-2014.

2.1 Normativa nacional: o Decreto 6040/2007 - Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT)

2.2.1 Objetivos e princípios

O Decreto 6040 de 2007, que trata da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais surge pela demanda à proteção de outras comunidades, além dos índios e quilombolas, cuja proteção está prevista na Constituição Federal. O Decreto possui entre seus objetivos a garantia ao território, educação, saúde, políticas públicas e o reconhecimento da auto identificação da comunidade.

A prerrogativa de implementar tal política está atribuída à Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT)⁴⁸, a qual é composta tanto por membros da sociedade civil quanto do governo federal. A CNPCT reúne-se uma vez a cada três meses para fazer deliberações sobre a política. Dentre as deliberações, foram criadas as Câmaras Técnicas de Inclusão Social, Acesso aos territórios e de Fomento e Produção Sustentável, visando proteger os direitos, conhecimentos e práticas das comunidades tradicionais. Também são instrumentos de implementação dessa política os fóruns regionais locais e o Plano Plurianual.

O Decreto 6040 abre perspectivas de reconhecimento social e garante os direitos ao território, à saúde, à educação e à previdência, garantindo, assim, as condições de vida e desenvolvimento das comunidades. A referida lei visa proteger a identidade cultural ao passo que institui uma política que garante condições mínimas para que os povos continuem em seu território, preservando os saberes tradicionais e contribuindo para o desenvolvimento sustentável.

Dentre os princípios norteadores do Decreto 6040, destacamos o reconhecimento e a valorização da diversidade dos povos tradicionais, bem como

⁴⁸ Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/desenvolvimento-rural/terras-ind%C3%ADgenas,-povos-e-comunidades-tradicionais/comiss%C3%A3o-nacional-de-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel-de-povos-e-comunidades-tradicionais>>. Acesso em: 14-10-2014.

a preservação de suas práticas e da memória cultural para a contribuição ao desenvolvimento sustentável. Além disso, o Decreto tem o intuito do reconhecimento e da visibilidade dos povos para a consolidação de seus direitos⁴⁹. Ainda, visa garantir a segurança alimentar e nutricional e a articulação com as demais políticas públicas⁵⁰ relacionadas aos direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais.

2.2.2 Implementação da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais e Comissão Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT)

Em seu artigo segundo, o Decreto 6040 atribui à Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT) a prerrogativa de implementar tal política.

A CNPCT⁵¹ é formada por membros da sociedade civil e do governo federal, com o objetivo de fortalecer as comunidades tradicionais cultural, econômica e socialmente.

⁴⁹ Como resultado da consolidação dos direitos dos povos e comunidades tradicionais, citamos o Projeto de Lei 4620/2012, o qual possui o objetivo de incluir como beneficiários de crédito rural as comunidades quilombolas, ribeirinhas e quebradoras de coco babaçu, atingidos por barragens e assentados da reforma agrária. O projeto ainda encontra-se em tramitação. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=558073>> . Acesso em: 24-12-2014.

⁵⁰ Dentre as políticas públicas já existentes relacionadas aos povos e comunidades tradicionais estão o Bolsa Verde (programa que efetua repasses trimestrais, por meio do cartão Bolsa Família, de R\$ 300 aos cidadãos que colaboram para a preservação de florestas nacionais, reservas extrativistas e outras áreas consideradas prioritárias pelo governo). Disponível em: <<http://www.rio20.gov.br/brasil/politicas-publicas.html>>. Acesso em: 23-12-2014 e o Banco de Alimentos, que arrecada e capta doações de alimentos e as distribui a entidades assistenciais, cujo público alvo seja pessoas/famílias em situação de vulnerabilidade social e insegurança alimentar. Disponível em: <http://www.nds.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=163&Itemid=105>. Acesso em: 23-12-2014.

⁵¹ Dentre os membros, destacamos o Instituto Chico Mendes, a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República (SPPIR), o Movimento Interestadual das Quebradeiras de Coco Babaçu e a Coordenação Estadual de Fundo de Pasto da Bahia. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/desenvolvimento-rural/terras-ind%C3%ADgenas,-povos-e-comunidades-tradicionais/comiss%C3%A3o-nacional-de-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel-de-povos-e-comunidades-tradicionais/membros>>. Acesso em 05-12-2014.

Dentre os objetivos específicos da Política Nacional do Desenvolvimento Sustentável encontramos (artigo 3º): 1 – Quanto ao Território: A garantia ao território e ao acesso dos recursos naturais tradicionalmente utilizados. Solução de conflitos gerados pela implantação de Unidades de Conservação de Proteção Integral em territórios tradicionais. Implantação de infraestrutura adequada às realidades das comunidades tradicionais e a garantia dos direitos dessas comunidades que sejam afetados por projetos, obras e empreendimentos; 2 – Quanto à Educação: Garantia e valorização das formas tradicionais de educação e fortalecimento dos processos dialógicos como contribuição ao desenvolvimento próprio de cada povo e comunidade, garantindo a participação e controle social tanto nos processos de formação educativos formais quanto nos não formais; 3 – Quanto ao Reconhecimento: Reconhecimento da auto identificação dos povos e comunidades tradicionais, de modo que possam ter acesso pleno aos seus direitos civis individuais e coletivos; 4 – Quanto à Saúde: Garantia aos povos e comunidades tradicionais o acesso aos serviços de saúde de qualidade e adequados às suas características socioculturais, suas necessidades e demandas, com ênfase nas concepções e práticas da medicina tradicional. Garantia no sistema público previdenciário de adequação às especificidades dos povos e comunidades tradicionais. Criar e implementar, urgentemente, uma política pública de saúde voltada aos povos e comunidades tradicionais; 5 – Quanto à Políticas Públicas: Garantia do acesso às políticas públicas sociais e a participação de representantes dos povos e comunidades tradicionais nas instâncias de controle social. Garantia nos programas e ações de inclusão social de recortes diferenciados voltados especificamente para os povos e comunidades tradicionais. Implementação e fortalecimento de programas e ações voltados às relações de gênero. Garantia aos povos e comunidades tradicionais ao acesso e à gestão facilitados aos recursos financeiros provenientes dos diferentes órgãos de governo; 6 – Quanto aos Direitos: Assegurar os direitos individuais e coletivos concernentes aos povos e comunidades tradicionais, sobretudo nas situações de conflito ou ameaça à sua integridade. Reconhecer, proteger e promover os direitos dos povos e comunidades tradicionais sobre os seus conhecimentos, práticas e usos tradicionais. Apoiar e garantir o processo de formalização

institucional, quando necessário, considerando as formas tradicionais de organização e representação locais. Apoiar e garantir a inclusão produtiva com a promoção de tecnologias sustentáveis, respeitando o sistema de organização social dos povos e comunidades tradicionais, valorizando os recursos naturais locais e práticas, saberes e tecnologias tradicionais.

A Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais⁵², responsável pela implementação da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, possui as seguintes atribuições:i) propor políticas relevantes para o desenvolvimento sustentável, bem como ações necessárias para sua consolidação;ii) criar e coordenar câmaras técnicas com a finalidade de promover a discussão e a articulação em temas relevantes para a implementação dos princípios e diretrizes da Política Nacional.

A Comissão reúne-se em caráter ordinário uma vez a cada três meses para deliberar sobre a Política Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT). Entre suas deliberações está a instituição de câmaras técnicas permanentes de infraestrutura, fomento e produção sustentável, inclusão social e acesso aos territórios e aos recursos naturais. Às câmaras técnicas compete “propor e monitorar as ações voltadas para o alcance dos objetivos específicos da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais”⁵³.

A Câmara Técnica Permanente de Inclusão Social⁵⁴ possui como principais objetivos: i)garantir acesso aos serviços de saúde com ênfase nas concepções e práticas da medicina tradicional e criar uma política pública de saúde voltada aos povos e comunidades tradicionais;ii)garantir no sistema previdenciário adequação

⁵² Decreto de 13 de julho de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Dnn/Dnn10884.htm>. Acesso em: 24-12-2014.

⁵³ Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/aceso-a-informacao/orgaoscolegiados/orgaos-em-destaque/cnpct>>. Acesso em: 05-12-2014.

⁵⁴ Deliberação CNPCT n° 001, 12 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/aceso-a-informacao/orgaoscolegiados/orgaos-emdestaque/cnpct/arquivos/deliberacoes/PDF%20%20Institui%20a%20Camara%20Tecnica%20Permanente%20de%20%20Inclusao%20Social.pdf/download>> Acesso em: 05-12-2014.

às especificidades dos povos tradicionais;iii)garantir programas e ações de inclusão social voltados aos povos e comunidades tradicionais, bem como implementar e fortalecer programas e ações voltados às relações de gênero, assegurando a visão e a participação feminina;iv) reconhecer a auto identificação dos povos e comunidades tradicionais e assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e coletivos.

A Câmara Técnica Permanente de Acesso aos territórios e recursos naturais⁵⁵ possui como principais objetivos: i)garantir aos povos e comunidades tradicionais seus territórios e o acesso aos recursos naturais que tradicionalmente utilizam; ii) solucionar e/ou minimizar os conflitos gerados pela implementação de Unidades de Conservação de Proteção Integral em territórios tradicionais e estimular a criação de Unidades de Conservação de Uso Sustentável.

A Câmara Técnica Permanente de Fomento e Produção Sustentável⁵⁶ possui como principais objetivos: i) garantir aos povos e comunidades tradicionais o acesso e a gestão facilitados aos recursos financeiros provenientes dos diferentes órgãos de governo. ii) proteger os direitos dos povos e comunidades tradicionais sobre os seus conhecimentos, práticas e usos tradicionais, bem como apoiar e garantir a inclusão produtiva com a promoção de tecnologias sustentáveis. (Deliberação CNPCT n° 01, de 12 de dezembro de 2007).

⁵⁵ Deliberação CNPCT n° 001, de 12 de dezembro de 2007. Disponível em:<<http://www.mds.gov.br/acesso-a-informacao/orgaoscolegiados/orgaos-em->destaque/cnpct/arquivos/deliberacoes/PDF%20-%20Institui%20a%20Camara%20Tecnica%20Permanente%20de%20Acesso%20aos%20Territorios%20e%20aos%20Recursos%20Naturais.pdf/download>>. Acesso em 02-12-2014.

⁵⁶ Deliberação CNPCT n° 01, de 12 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/acesso-a-informacao/orgaoscolegiados/orgaos-em->destaque/cnpct/arquivos/deliberacoes/PDF%20-%20Institui%20a%20Camara%20Tecnica%20Permanente%20de%20Fomento%20e%20Producao%20Sustentavel.pdf/download>> Acesso em 05-12-2014.

3 NORMATIVA INTERNACIONAL DE SALVAGUARDA E PROMOÇÃO DOS SABERES TRADICIONAIS: O PROTOCOLO DE NAGOIA

Instrumento de extrema importância no que tange à proteção dos saberes tradicionais⁵⁷, em âmbito internacional, é o Protocolo sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição de Benefícios, também conhecido como Protocolo de Nagoia, que foi adotado em 29 de outubro de 2010, durante a 10ª Conferência das Partes (COP10)⁵⁸ (que aconteceu no Japão na cidade de Nagoia) da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB)⁵⁹ no intuito de complementar a Convenção. Este instrumento, de abrangência internacional, oferece uma estrutura legal e transparente para que haja a efetiva implementação de um dos três objetivos da CDB: a repartição justa e equitativa dos benefícios advindos da utilização de recursos genéticos. O Protocolo teve como escopo complementar o artigo 8(j)⁶⁰ da Convenção.

⁵⁷ Manuela Carneiro da Cunha diz: “saber local porque, a meu ver, embora a expressão englobe a de saber tradicional ou de saber indígena, ela se presta menos a confusões. A escolha dos termos não é fortuita. Saber local, como aliás qualquer saber, refere-se a um produto histórico que se reconstrói e se modifica, e não a um patrimônio intelectual imutável, que se transmite de geração a geração”. DA CUNHA, Manuela Carneiro. “Populações tradicionais e a Convenção da Diversidade Biológica”. In: Estudos Avançados. Vol. 13. N°. 36. São Paulo:maio/agosto de 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141999000200008&lang=pt>. Acesso em: 13-10-2014.

⁵⁸ COP significa Conference of Parties (Conferência das Partes). As Partes da CDB são os países ou blocos regionais signatários da Convenção, ou seja, Partes que a ratificaram.

⁵⁹ Convenção sobre Diversidade Biológica. Disponível na íntegra em: <<https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>>. Acesso em: 13-10-2014.

⁶⁰ O Artigo 8(j) da CDB recomenda que as Partes, conforme suas legislações nacionais, respeitem, preservem e mantenham os conhecimentos, inovações e práticas dos povos indígenas e das comunidades locais com estilos de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica. Propõe também que se incentive sua ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desses conhecimentos, inovações e práticas. E, por último, propõe que as Partes encorajem a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas.

3.1 Formação do Protocolo

A Convenção sobre Diversidade Biológica, em seu artigo 15⁶¹ trata dos termos e condições para o acesso aos recursos genéticos e repartição de seus benefícios. Nele é estabelecido que o acesso a esses recursos só deve ser feito por meio de consentimento prévio informado (CPI)⁶² da parte que promoverá estes recursos e deverá, também, ser baseado em termo de mútuo acordo⁶³, com o objetivo de garantir a repartição justa e equitativa de seus usos.

Ocorre que este tema é um dos mais delicados e de difícil implementação que a CDB trás. Até os dias de hoje o tema é controverso devido às implicações diretas e indiretas em outros assuntos como, por exemplo, a soberania nacional, o desenvolvimento econômico, a pesquisa científica, a biotecnologia, a política internacional, as comunidades indígenas e locais, os direitos de propriedade intelectual, as indústrias dependentes de conhecimentos tradicionais associados a recursos genéticos e à conservação e uso sustentável da diversidade biológica. (GREIBER et al 2012; KOHNSKA, 2012).

O tema ficou sem respaldo por um longo período, até que, finalmente em 1999, foi criado um grupo de especialistas para discutir a implementação do artigo 15da Convenção e, somente em 2000, na quinta Conferência das Partes (COP 5), que ocorreu em Nairóbi, decidiu-se pela criação de um Grupo de Trabalho Aberto *Ad Hoc* sobre Acesso e Repartição de Benefícios (GT-ABS).

⁶¹ Disponível em: <<https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>>. Acesso em: 10-02-2015

⁶² Dentre os princípios básicos que devem constar no consentimento prévio fundamentado pode-se listar os seguintes: clareza e segurança jurídica; facilitação ao acesso aos recursos genéticos a um custo mínimo; as regras de acesso e repartição de benefícios derivados do uso dos recursos genéticos devem ser transparentes e sem contradições com os objetivos da Convenção. Disponível em: <<http://www.cbd.int/abs/infokit/revisead/web/factsheet-bonn-pt.pdf>>. Acesso em: 10-02-2015

⁶³ As Diretrizes de Bonn fornecem princípios gerais e indicações básicas que podem ser consideradas no desenvolvimento dos termos mutuamente acordados. Pode-se listar os seguintes conteúdos: clareza e segurança jurídica; deve-se facilitar as transações entre as partes por meio de informações e procedimentos claros; prazos razoáveis para as negociações; as condições dos termos declarados devem ser feitos preferencialmente por escrito. Disponível em: <<http://www.cbd.int/abs/infokit/revisead/web/factsheet-bonn-pt.pdf>>. Acesso em: 10-02-2015

Um dos resultados deste grupo foi a aprovação das Diretrizes de Bonn⁶⁴ (2002), na COP 6, em Haia. Ainda no ano de 2002, durante a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável (*World Summit on Sustainable Development*), que aconteceu em Johannesburgo, na África do Sul, houve uma convocação dos países para que negociassem um Regime Internacional de Acesso a Recursos Genéticos e Repartição de Benefícios.

No entanto, foi apenas no ano de 2005, que o GT-ABS realmente iniciou a negociação do regime internacional durante a COP 8, realizada em Curitiba no Brasil, em 2006. Nesta Convenção ficou acordado que se estenderia o mandato do Grupo de Trabalho (GT-ABS) até o ano de 2010, para que concluísse a elaboração e negociação do regime internacional de acesso e repartição de benefícios.

Foi então na 9ª reunião do GT-ABS em Cali, na Colômbia, que o GT apresentou uma proposta de texto para o Protocolo. Entretanto as Partes a consideraram ambígua e além disso haviam diversos pontos sem consenso (KOHASKA, 2012). Com o objetivo de solucionar os impasses, foi convocado um Grupo Inter-regional de Negociação, que tampouco logrou êxito nas negociações. Em outubro de 2010, uma semana antes de iniciar a COP de número 10, ainda não havia consenso no texto do futuro protocolo, a expectativa de uma não aceitação era preocupante, mas no último dia da reunião, conseguiu-se, finalmente, a sua aprovação.

Durante as negociações foram inúmeras as discordâncias entre os países em desenvolvimento e os países desenvolvidos, especialmente em virtude da discrepância de interesses e níveis de desenvolvimento econômico. Depois de um longo e conflituoso processo de negociações, o Protocolo de Nagoia foi adotado em 2010 durante a 10ª Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica.

⁶⁴ As Diretrizes de Bonn possuem caráter de orientar os países e seus governos a criar estratégias e legislações que viabilizem o acesso a recursos genéticos e a repartição de benefícios nacionalmente, mas como o próprio nome já diz, são diretrizes, de caráter orientador e voluntário – sem obrigações, nem compromissos, nem sanções, conhecidas como de caráter de "Soft Law".

A aprovação deste protocolo é considerada uma vitória, mesmo que ainda existam questões em aberto. A comunidade internacional não queria que se repetisse o fracasso da Conferência de Copenhague⁶⁵ e muito menos queria ser responsável pelo avanço da destruição da biodiversidade.

3.2 Objetivos

O Protocolo de Nagoia tem como objetivo principal a implementação do terceiro objetivo da CDB, especialmente dos artigos 15,16 e 19 que tratam do acesso a recursos genéticos, acesso à tecnologia e transferência de tecnologia e gestão da biotecnologia e distribuição de seus benefícios, respectivamente. O Protocolo pretende trazer segurança jurídica, formal, aos usuários e provedores destes recursos e saberes, além de trazer equidade e justiça na negociação dos termos de mútuo acordo.

O texto do Protocolo é composto por 36 artigos no total e um anexo que trás exemplos de benefícios econômicos e não-econômicos que podem surgir. É no artigo 1º que é abordado o objetivo do Protocolo.

"[...] a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e à transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias e mediante financiamento adequado, contribuindo, desse modo, para a conservação da diversidade biológica e utilização sustentável de seus componentes."

Fica claro que o acesso ao conhecimento tradicional associado com recursos genéticos não está expresso como objetivo do protocolo, mas esta intenção fica clara ao longo do texto que trata deste ponto mais especificamente

⁶⁵ Em 2009, em Copenhague, houve a tentativa de implementação do Acordo de Copenhague, mas não foi aprovado pela totalidade das Partes da Conferência. Esta foi a grande expectativa da COP-15, pois tinha o objetivo de estabelecer um tratado que substituísse o Protocolo de Quioto, na verdade uma atmosfera de expectativas pairava sobre a Conferência das Partes de número 15, não só por sua importância, mas também pelo contexto das discussões climáticas, com o impasse entre países desenvolvidos e em desenvolvimento para o estabelecimento de metas de redução das emissões e sobre bases para o esforço global no intuito de adaptação às mudanças do clima. A grande esperança era o novo presidente dos Estados Unidos, Barack Obama, mas os resultados, pelo menos para este encontro foram decepcionantes. A nenhum resultado se chegou.

nos artigos 7 e 12. Além disso, o documento deixa claro a relação existente entre acesso e repartição dos benefícios com dois objetivos da Convenção: uso sustentável e conservação.

3.3 Mecanismos de aplicação

Para que o Protocolo atinja seus objetivos, é necessário que cada Estado efetive sua implementação dentro de seu território e de sua legislação. São estabelecidos alguns mecanismos de apoio previstos no próprio texto do documento.

O artigo 14 do Protocolo traz a criação de um Centro de Intercâmbio de Informação sobre Acesso e Repartição de Benefícios, que é uma plataforma via *Web* para compartilhar informações úteis e assim apoiar a implementação efetiva do Protocolo.

A partir deste Centro, foi estabelecido a criação de pontos focais nacionais que servem como ligação de autoridades nacionais competentes e o Secretariado da CDB. Estas autoridades são responsáveis por autorizar o acesso aos recursos e fornecer, se necessário, o comprovante de que os requisitos foram, de fato, cumpridos. O secretariado fica responsável por tornar essas informações disponíveis através do Centro de Intermediação de Informação sobre Acesso e Repartição de Benefícios (artigo 13 do Protocolo).

Além disso, há a previsão para melhorar as estruturas de prestação de apoio aos principais aspectos da implementação. Para isso, é necessário uma auto avaliação do Estado, para que assim ele identifique suas prioridades que poderão incluir a capacitação para: a elaboração de leis nacionais sobre o acesso e repartição de benefícios; negociar termos mutuamente acordados e desenvolver no país o incentivo da pesquisa científica.

Os artigos 20, 21 e 22 tratam de recomendações pertinentes à adoção de códigos de conduta e boas práticas, medidas que aumentam a conscientização acerca da importância dos recursos genéticos e de sua conservação, bem como da necessidade de respeito ao Protocolo de Nagoia.

Já no artigo 23, o Protocolo traz expressa a necessidade de transferência de tecnologia, colaboração e cooperação, reiterando as recomendações dos artigos 15, 16, 18 e 19 da CDB⁶⁶, sugerindo que as partes colaborem com programas de pesquisa técnica e científica e de desenvolvimento, incluindo a área da biotecnologia.

Outrossim, o artigo 25 diz que o mecanismo financeiro do Protocolo é o mesmo da Convenção (Fundo para Meio Ambiente Mundial), prevendo que os países desenvolvidos devem prestar apoio financeiro aos países em desenvolvimento para a implementação de políticas que os auxiliem a atingir os objetivos do Protocolo.

Portanto, é através destas medidas que o Protocolo espera que as Partes, depreendam esforços para alcançar os objetivos do texto e desta forma conseguir salvaguardar os recursos genéticos e saberes tradicionais, além de preservar o que nos resta da biodiversidade.

4 A PROPRIEDADE INTELECTUAL NA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL⁶⁷

Em setembro de 2000, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) – umas das agências especializadas da Organização das Nações Unidas – criou o Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicionais e Folclore (CIG), órgão que examina as questões da propriedade intelectual no campo de acesso a recursos genéticos e repartição de benefícios assim como a proteção dos conhecimentos tradicionais, das expressões culturais tradicionais⁶⁸ e dos recursos genéticos⁶⁹.

⁶⁶ Disponível em: <<https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>>. Acesso em: 13-10-2014.

⁶⁷ A OMPI tem como objetivo proteger a propriedade intelectual por meio das patentes, do direito dos autores e das marcas. Propriedade intelectual refere-se aqui a toda criação da mente, tal como as invenções, obras literárias, símbolos, nomes e imagens utilizadas no comércio. Disponível em: <<http://www.wipo.int/about-ip/es/>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2015.

⁶⁸ “Expressões do folclore” são produções constituídas de elementos característicos da herança artística cultural desenvolvidas e mantidas pela comunidade ou indivíduos de um país refletindo, dessa maneira, as expectativas artísticas de tal comunidade. Tem-se assim, por exemplo, expressões verbais e musicais – contos e canções folclóricas – e expressões pela ação, tal

Tendo em vista o significativo avanço efetuado ao longo dos primeiros anos, a Assembleia Geral da OMPI decidiu, em 2009, prorrogar as atividades do Comitê, propondo um programa de trabalho mais definido e prevendo a realização de mais sessões e de reuniões dos grupos de trabalho entre as sessões do Comitê. Dessa maneira, tinha-se como objetivo a elaboração de um instrumento internacional – ou instrumentos – de caráter jurídico o qual assegurasse a efetiva proteção dos recursos genéticos, conhecimentos tradicionais e do folclore. As discussões sobre o tema passaram a ter um cunho mais formal e centralizado e os Estados-Membros iniciaram o processo de elaboração dos projetos de artigos dando, assim, maior credibilidade aos trabalhos desenvolvidos⁷⁰.

4.1 A origem do CIG

A propriedade intelectual é um sistema legal que garante direitos exclusivos aos indivíduos e às empresas por suas inovações ou invenções, isto é, protegem elementos imateriais produzidos pela criatividade intelectual⁷¹. Contudo, e principalmente devido ao avanço tecnológico, esses conhecimentos se tornaram mais vulneráveis à exploração abusiva, inviabilizando, assim, os sistemas de proteção existentes. Conseqüentemente, não apenas pode haver a perda e a violação desses saberes, mas também incrementam-se os problemas ambientais tais como a degradação do ecossistema, a manutenção dos métodos de produção sustentável, entre outros. Tendo em vista esse cenário, a OMPI, no final

como as danças, os jogos, rituais, entre outros. A OMPI não diferencia os termos “expressões tradicionais culturais” e “expressões do folclore”. Disponível em: <<http://www.wipo.int/tk/en/resources/glossary.html#22>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2015.

⁶⁹ A OMPI define recursos genéticos como sendo o material genético de valor real ou potencial. O material genético é qualquer material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra origem, que contenha unidades funcionais de hereditariedade como, por exemplo, as plantas medicinais, culturas agrícolas e raças de animais. Disponível em: <<http://www.wipo.int/tk/es/genetic/>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2015.

⁷⁰ Ver: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/es/wo_ga_38/wo_ga_38_9.pdf>. Acesso em: 07 de abril de 2015.

⁷¹ BERTOLDI, Márcia Rodrigues. “Saberes tradicionais enquanto patrimônio cultural imaterial dinamizador do desenvolvimento sustentável. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. V. 19, nº 2, maio-agosto. Santa Catarina: Universidade Vale do Itajaí, 2014, p.12.

da década de 90, iniciou seu trabalho com relação aos conhecimentos tradicionais, à inovação e à criatividade.

De acordo com a professora Márcia Bertoldi, o sistema de direitos de propriedade clássico não apresenta uma resposta adequada de proteção às expropriações ou piratarias que podem vir a ocorrer do conhecimento tradicional associado à biodiversidade. Bertoldi justifica que:

Primeiro porque ampara invenções eminentemente individuais e são de caráter privativo e os conhecimentos tradicionais têm uma natureza coletiva, de interesse público e Inter geracional. Segundo porque os registros são custosos para serem satisfeitos por estas comunidades, além de estarem limitados pelo tempo, o que afetaria os propósitos intergeracionais que estes conhecimentos significam a estas sociedades. Também, o elemento novidade não está presente já que esses conhecimentos, ainda que não absolutamente, são frequentemente milenários. (BERTOLDI, MÁRCIA, 2014, p.13).

O secretariado da OMPI, sob a coordenação da Divisão de Questões Globais⁷², organizou na ocasião uma série de missões exploratórias, consultas regionais, workshops e mesas-redondas sobre recursos genéticos, expressões culturais de folclore e conhecimentos tradicionais a fim de determinar as necessidades e expectativas das comunidades indígenas e locais, bem como dos representantes do governo e dos meios industriais, além da sociedade civil em todo o mundo.

No ano 2000, a Assembleia Geral da OMPI realizou uma reunião que contou com a participação de 28 Estados-Membros, os quais aprovaram uma “Política e Plano de Ação para o Futuro” e propuseram a criação de um Comitê Intergovernamental que cuidaria especificamente dessa matéria, o CIG.

4.2 Os objetivos

O Comitê foi criado com o objetivo de esclarecer temas com características comuns. Em primeiro lugar, os recursos genéticos, os conhecimentos tradicionais

⁷² Divisão de Questões Globais – posteriormente chamada de Divisão de Conhecimentos Tradicionais - é responsável por várias atividades diretamente relacionadas com os povos indígenas. Realiza estudos e atividades práticas para melhor entender a relação entre propriedade intelectual e o acesso a recursos genéticos e a participação na sua utilização, bem como a proteção dos conhecimentos tradicionais e a proteção das expressões do folclore. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPleaflet12sp.pdf>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2015.

e as expressões culturais tradicionais, foram considerados patrimônio comum da humanidade⁷³ bem como valores intelectuais que necessitavam de formas adequadas de proteção mediante a propriedade intelectual. Ademais, esses elementos são fundamentais na formulação das políticas de propriedade intelectual dos países em desenvolvimento e das comunidades indígenas e locais. Por fim, o CIG foi criado com o objetivo de desenvolver um sistema de propriedade intelectual mais moderno e eficiente, ou seja, englobando saberes tradicionais e ampliando o número de beneficiários a quem se dirige, sempre em concordância com o desenvolvimento sustentável.

4.3 Os avanços até o momento

Não houve resultados satisfatórios durante o primeiro ano de existência do CIG. Como visto, até 2009 o Comitê funcionava apenas como um foro de discussões onde os Estados apresentavam suas legislações domésticas sobre a matéria e sugeriam determinadas ações que poderiam ser realizadas; contudo, não obtiveram muito êxito. Depois de sua consolidação pela OMPI e da criação do Plano de Ações, o Comitê passou a obter conquistas significativas.

Dentre essas conquistas, cabe destacar a criação de uma base de dados⁷⁴ na *Internet* que promoveu a catalogação dos saberes tradicionais e dos recursos genéticos e a elaboração de um projeto de orientações sobre as cláusulas nos acordos de acesso e repartição de benefícios.

⁷³ O princípio da preocupação comum da humanidade é, por vezes, utilizado em detrimento de patrimônio comum da humanidade. A justificativa para tal substituição é a de que a noção de patrimônio implica a liberdade de acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais pela comunidade internacional. Muitos documentos jurídicos já estabelecem essa nova noção de preocupação comum, tais como a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (Rio/92), Resolução 43/53⁷³ da Assembléia Geral das Nações Unidas sobre a proteção do clima mundial para as presentes e futuras gerações e a convenção sobre diversidade biológica (CDB). BERTOLDI, Márcia Rodrigues. “Saberes tradicionais enquanto patrimônio cultural imaterial dinamizador do desenvolvimento sustentável. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. V. 19, nº 2, maio-agosto. Santa Catarina: Universidade Vale do Itajaí, 2014, p.09 e 10.

⁷⁴ Base de dados e registros de internet de conhecimentos tradicionais e recursos genéticos. Disponível em: <http://www.wipo.int/tk/es/resources/db_registry.html>. Acesso em: 07 de abril de 2015.

Além disso, o Comitê dá suporte às oficinas de propriedade intelectual, as quais têm como objetivo colaborar na elaboração de instrumentos, serviços, normas, bases de dados e plataformas. Portanto, essas oficinas auxiliam os Estados-Membros na elaboração de sua legislação interna, bem como permitem que as partes interessadas tenham acesso ao conhecimento sobre os termos relacionados à matéria.

Com a ajuda do Comitê, a OMPI tem realizado uma série de estudos e desenvolvido outros materiais – tais como glossários e comentários de experiências nacionais – úteis para os Estados-Membros e outras partes interessadas. Estes documentos foram elaborados por meio de uma ampla troca de informações e pontos de vista entre os Estados-Membros, tendo como base questionários e pesquisas sobre as experiências e práticas nacionais relevantes ao tema, além de exemplos bem sucedidos de sistemas *sui generis*⁷⁵ de proteção dos conhecimentos tradicionais implementados por alguns Estados – como, por exemplo, a Guatemala⁷⁶, Panamá⁷⁷, Peru⁷⁸ e Brasil⁷⁹ – inclusive sugestões de cláusulas de contratos sobre o acesso e utilização dos recursos genéticos.

⁷⁵ “O sistema *sui generis* tem como alicerce a titularidade dos conhecimentos tradicionais pelas comunidades. Refere-se a uma possível modalidade de direitos de propriedade intelectual (DPI), alternativo e ainda não definido nem regulamentado.”. BERTOLDI, Márcia Rodrigues. “Saberes tradicionais enquanto patrimônio cultural imaterial dinamizador do desenvolvimento sustentável. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. V. 19, nº 2, maio-agosto. Santa Catarina: Universidade Vale do Itajaí, 2014, p.12.

⁷⁶ Ley Nacional de Protección del Patrimonio Cultural (Nº 26-97, enmendada en 1998. Disponível em: <http://mcd.gob.gt/wp-content/uploads/2013/07/LEY_PARA_LA_PROTECCION_DEL_PATRIMONIO_CULTURAL_y_NATURAL1.pdf>. Acesso em: 21-01-2015;

⁷⁷ Del régimen especial de propiedad intelectual sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, para la protección y defensa de su identidad cultural y de sus conocimientos tradicionales, y se dictan otras disposiciones. Disponível em: http://www.mici.gob.pa/imagenes/pdf/leyno20_26062000.pdf. Acesso em: 11-04-2015.

⁷⁸ Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los recursos biológicos. Disponível em: <http://www.bnp.gob.pe/portalbnp/pdf/ley_27811.pdf>. Data de acesso: 11-04-2015.

⁷⁹ Decreto 6040 de 2007.

Em sua última reunião, realizada no dia 07 de julho de 2014 em Genebra⁸⁰, o Comitê emitiu um documento relacionado à propriedade intelectual e aos recursos genéticos associados aos conhecimentos tradicionais⁸¹, recomendando o impedimento, por meio do direito de propriedade intelectual, da apropriação indevida. Dentre as medidas tomadas para se alcançar esse objetivos estão: i) garantir que as oficinas de propriedade intelectual sobre patentes tenham acesso a informações adequadas sobre recursos genéticos e conhecimentos tradicionais contribuindo, dessa maneira, para impedir a concessão errônea de direito de patente; e ii) melhorar a transparência do sistema de patentes, bem como do acesso e participação dos benefícios.

Por fim, cabe registrar que o CIG, ao longo das últimas reuniões, elaborou projetos de artigos visando compor um instrumento jurídico internacional de proteção efetiva dos direitos de propriedade relacionados ao recursos genéticos associados à biodiversidade. Nesse sentido, propôs, dentre outras coisas, que os Estado-Membros: i) garantam que os beneficiários usufruam de direito exclusivo e coletivo e adotem medidas jurídicas e administrativas, conforme a legislação nacional, que permitam aos beneficiários desencorajar a divulgação, o uso ou outra forma de exploração não autorizada dos conhecimentos tradicionais; ii) garantam que os usuários proporcionem aos beneficiários uma participação justa e equitativa dos benefícios decorrentes do uso de tais saberes; iii) facilitem o desenvolvimento de bases de dados nacionais de conhecimentos tradicionais visando sua proteção preventiva e, em particular, prevenir a concessão errônea de patentes; e iv) facilitem a criação, o intercâmbio e a difusão das bases de dados e o seu acesso a todas as partes interessadas⁸².

⁸⁰ Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_28/wipo_grtkf_ic_28_4.pdf>. Acesso em: 07-04-2015.

⁸¹ Técnicos e juristas sobre o conhecimento tradicional associado aos recursos genéticos definiram o termo como sendo conhecimentos específicos ou gerais em sua relação com os recursos genéticos. Apesar da maioria dos recursos genéticos estarem associados aos conhecimentos tradicionais, nem todos os recursos genéticos estão necessariamente associados a tais conhecimentos. Ver: UNEP/CBD/WG-ABS/8/2.

⁸² Disponível em: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_28/wipo_grtkf_ic_28_5.pdf. Acesso em: 07-04-2015.

Com relação à sanções e aos recursos, os documentos preveem que os Estados-Membros deverão garantir que estejam presentes em suas legislações medidas de observância, mecanismos de solução de controvérsias, sanções e recursos acessíveis, apropriados e adequados, em âmbito penal, civil e administrativo. Além disso, os beneficiários deverão ter o direito de intentar ação judicial quando houver violação ou não cumprimento de seus direitos⁸³.

Em suma, é inegável a importância de todas as discussões realizadas desde a criação do CIG. Todas as recomendações, sugestões e estudos servirão como ponto de partida para qualquer documento jurídico que venha a ser elaborado tanto nacionalmente quanto a nível internacional. Contudo, mesmo com o estabelecimento de diretrizes e do Plano de Ação pela Assembleia da OMPI, o Comitê não obteve êxito na elaboração de um instrumento jurídico que vincule os Estados-Membros. Durante os primeiros 10 anos de existência, as reuniões eram apenas palcos de eternas discussões as quais quase sempre culminavam apenas em conceitos e princípios amplos e gerais, sem qualquer aplicabilidade. Além disso, deve-se ter em conta a particularidade de cada país sobre a matéria em discussão, entrando-se em confronto diversos interesses, principalmente econômicos. Outro fator que dificulta a criação de um documento jurídico vinculante é a própria forma de elaboração dos artigos, isto é, são constituídos por termos abstratos, vagos e incertos que dão ao intérprete uma maior margem de subjetividade, a qual pode tanto favorecer quanto prejudicar o lado que deve ser protegido.

Em contrapartida, em 2009 é possível observar uma melhora significativa no conteúdo dos debates e ainda na própria organização interna do Comitê. As participações de diversas organizações internacionais e das comunidades indígenas enriqueceram as discussões e fizeram com que seus interesses fossem ouvidos. Espera-se que no decorrer das próximas reuniões os Estados-Membros entrem em consenso e consolidem um acordo jurídico internacional conciso, claro e aplicável, a fim de tentar recuperar, restaurar, ou ao menos prevenir, os danos causados a essas comunidades e, conseqüentemente, à biodiversidade.

⁸³ Disponível em: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_28/wipo_grtkf_ic_28_5.pdf. Acesso em: 07-04-2015.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As comunidades tradicionais possuem um saber diferenciado na forma de se relacionar com o meio ambiente, a qual reflete uma maneira de alcançar o desenvolvimento sustentável. Essas sociedades possuem peculiaridades em seu modo de viver, e sofrem com os diversos conflitos que enfrentam na luta pela defesa de seus direitos. Um dos principais motivos é a dificuldade de obterem reconhecimento por parte do Estado e da sociedade em geral.

O Decreto 6040 de 2007, que trata da Política Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais, surge com o intuito de dar uma proteção legal e específica às comunidades tradicionais. Os objetivos do Decreto concentram-se tanto no fomento ao reconhecimento dessas comunidades e seus direitos quanto na garantia de saúde, educação e implementação de políticas públicas para que seu objetivo seja efetivamente cumprido.

O Protocolo de Nagoia estabelece obrigações fundamentais para as suas partes signatárias a partir do momento que exige a adoção de medidas em relação ao acesso, à repartição dos benefícios e ao cumprimento das normas relativas ao acesso aos recursos genéticos. De todo modo, deve-se ter em mente que apenas o Protocolo de Nagoia não solucionará todas as problemáticas enfrentadas no que tange ao acesso e repartição dos benefícios oriundos dessa prática exploratória, mas os estudiosos são otimistas, acredita-se que exista a possibilidade de frear gradativamente a destruição da biodiversidade.

Com difusão de novas tecnologias, como a biotecnologia, desencadeou-se um crescente interesse econômico nos recursos genéticos associados aos conhecimentos tradicionais. Nesse sentido, a realização de debates na esfera internacional e, conseqüentemente, a consolidação de documentos jurídicos, são de grande importância na proteção desses saberes. Como analisado, as propostas de artigos emitidas pelo CIG buscam orientar os Estados-Membros na elaboração de sua legislação interna, permitindo, dessa maneira, que os países tenham acesso ao maior número de informações possíveis relacionadas à matéria. Pretende-se, dessa maneira, resguardar tais saberes tradicionais por

meio dos direitos de propriedade já existentes ou por meio de sistemas *sui generis* de proteção. Ainda não se entrou em consenso qual sistema é o mais eficaz; países demonstraram que ambos podem, na sua maneira, ser eficientes em sua aplicação.

Independentemente do sistema empregado, é crucial que haja um amparo legal na legislação interna de cada país e uma pressão internacional para a criação e efetivação de tais legislações a fim de garantir a proteção dos conhecimentos tradicionais e dos recursos genéticos associados. Nesse sentido, é conveniente afirmar que a consolidação do Decreto 6040, bem como o Protocolo de Nagoya e as discussões no âmbito da OMPI com relação ao tema têm sido tentativas, por vezes frustrantes e superficiais, de se atingir o objetivo almejado.

REFERÊNCIAS

Banco de Alimentos. Disponível em:

<http://www.nds.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=163&Itemid=105>. Acesso em: 23-12-2014

BERTOLDI, M. R. Saberes tradicionais enquanto patrimônio cultural imaterial dinamizador do desenvolvimento sustentável. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. V. 19, nº 2, maio-agosto. Santa Catarina: Universidade Vale do Itajaí, 2014.

Comissão Pastoral da Terra. Disponível em:

<<http://www.cptnacional.org.br/index.php/noticias/conflitos-no-campo/720-comunidades-vazanteiras-dao-inicio-a-autodemarcacao-de-seus-territorios-tradicionais>>. Acesso em: 13-10-2014.

Comissão de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades

Tradicionalis. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/aceso-a-informacao/orgaoscolegiados/orgaos-em-destaque/cnpct>>. Acesso em: 05-12-2014.

Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável de Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em:

<<http://www.mma.gov.br/desenvolvimento-rural/terras-ind%C3%ADgenas,-povos-e-comunidades-tradicionais/comiss%C3%A3o-nacional-de-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel-de-povos-e-comunidades-tradicionais.>> Acesso em: 14-10-2014.

Comunidades de Fundo de Pasto. Disponível em:

<<http://www.cerratinga.org.br/populacoes/comunidades-de-fundos-de-pasto/>>.

Acesso em: 14-10-2014.

Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG). Disponível em:

<<http://www.wipo.int/tk/es/igc/>>. Acesso em: 14-10-2014.

DA CUNHA, M. C. “Populações tradicionais e a Convenção da Diversidade Biológica”. In: **Estudos Avançados**. Vol. 13. N°. 36. São Paulo: maio/agosto de 1999. Disponível em:

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141999000200008&lang=pt)

[40141999000200008&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141999000200008&lang=pt). Acesso em: 10-02-2014.

Decreto 6040 de 17 de fevereiro de 2007. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>.

Acesso em: 23-02-2014.

Decreto de 13 de julho de 2006. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Dnn/Dnn10884.htm>.

Acesso em: 24-12-2014.

Del régimen especial de propiedad intelectual sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, para la protección y defensa de su identidad cultural y de sus conocimientos tradicionales, y se dictan otras disposiciones. Disponível em:

http://www.mici.gob.pa/imagenes/pdf/leyno20_26062000.pdf. Acesso em: 11-04-2015.

Deliberação CNPCT nº 001, 12 de dezembro de 2007. Disponível em: <

<http://www.mds.gov.br/aceso-a-informacao/orgaoscolegiados/orgaos-emdestaque/cnpct/arquivos/deliberacoes/PDF%20%20Institui%20a%20Camara%20Tecnica%20Permanente%20de%20%20Inclusao%20Social.pdf/download>>.

Acesso em: 05-12-2014.

Deliberação CNPCT nº 001, de 12 de dezembro de 2007. Disponível em:<

<http://www.mds.gov.br/aceso-a-informacao/orgaoscolegiados/orgaos-emdestaque/cnpct/arquivos/deliberacoes/PDF%20%20Institui%20a%20Camara%20Tecnica%20Permanente%20de%20Acesso%20aos%20Territorios%20e%20aos%20Recursos%20Naturais.pdf/download>>.

Acesso em 02-12-2014.

Deliberação CNPCT nº 01, de 12 de dezembro de 2007. Disponível em: <

[http://www.mds.gov.br/aceso-a-informacao/orgaoscolegiados/orgaos-emdestaque/cnpct/arquivos/deliberacoes/PDF%20-](http://www.mds.gov.br/aceso-a-informacao/orgaoscolegiados/orgaos-emdestaque/cnpct/arquivos/deliberacoes/PDF%20)

[%20Institui%20a%20Camara%20Tecnica%20Permanente%20de%20Fomento%20e%20Producao%20Sustentavel.pdf/download>.](#) Acesso em: 05-12-2014.

GREIBER, T.; MORENO, P.S.; AHRÉN, M.; CARRASCO, J.N.; KAMAU, E.C.; MEDAGLIA, J.C.; OLIVA, M.J.; PERRON-WELCH, F.; ALI, N.; WILLIAMS, C. An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing. **IUCN Environmental Policy and Law Paper** n° 83. 2012.

KOHSAKA, R. **The Negotiating History of the Nagoya Protocol on ABS: Perspective from Japan.** IPAJ Vol. 9 No. 1 p. 56-66, 2012.

Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los recursos biológicos. Disponível em: <http://www.bnp.gob.pe/portalbnp/pdf/ley_27811.pdf>. Data de acesso: 11-04-2015.

Ley Nacional de Protección del Patrimonio Cultural (N° 26-97, enmendada en 1998). Disponível em: <http://mcd.gob.gt/wp-content/uploads/2013/07/LEY_PARA_LA_PROTECCION_DEL_PATRIMONIO_CULTURAL_y_NATURAL1.pdf>. Acesso em: 21-01-2015.

Manuela Carneiro. Relações e dissensões entre saberes tradicionais e saber científico. **REVISTA USP**, São Paulo, n.75, p. 76-84, setembro/novembro 2007. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/75/08-manuelacarneiro.pdf>>. Acesso em 16-10-2014.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE (MMA). **Quarto Relatório Nacional para a Convenção sobre Diversidade Biológica.** Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2010. p. 248.

Ministério do Meio Ambiente. **Povos e comunidades tradicionais.** Comissão Nacional. <http://www.mma.gov.br/desenvolvimento-rural/terras-ind%C3%ADgenas,-povos-e-comunidades-tradicionais/comiss%C3%A3o-nacional-de-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel-de-povos-e-comunidades-tradicionais/membros>. Acesso em 05-12-2014.

Movimento Interestadual das Quebradeiras de Coco Babaçu. Disponível em: <<http://www.miqcb.org/>>. Acesso em: 23-12-2014.

NAÇÕES UNIDAS. **UNEP/CDB/COP/6/20, de 23 de setembro de 2002.** Informe de la sexta reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad biológica. Disponível em: <<http://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-06/official/cop-06-20-es.pdf>>. Acesso em: 22-01-20015.

NAÇÕES UNIDAS. **UNEP/CBD/COP/DEC/VII/16.** Article 8(j) and related provisions. Disponível em: <https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-07/cop-07-dec-16-en.pdf>. Acesso em: 22-02-2015.

Nosso Futuro Comum. 2ª edição, Rio de Janeiro. Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

Plano Brasil sem Miséria. Disponível em: <<http://www.rio20.gov.br/brasil/politicas-publicas.html>>. Acesso em: 23-12-2014.

Povos e Comunidades Tradicionais do São Francisco. Disponível em: <<http://saofranciscovivo.org.br/site/povo/>>. Acesso em 13-10-2014.

Projeto de Lei 4620 de 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=558073>>. Acesso em: 24-12-2014.

Simone Nunes Ferreira e Adriana Nogueira Rocha Clementino. Proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. **Rev. Jur.**, Brasília, v. 8, n. 81, outubro./novembro., 200 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_81/artigos/Simone_rev81.htm>.

United Nations Human Rights. La OMPI y los pueblos indígenas. **Folleto N° 12.** Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPleaflet12sp.pdf>>. Acesso em: 21-01-2015.

Vazanteiros ou Barranqueiros. Disponível em: <<http://www.cerratinga.org.br/populacoes/vazanteiros-ou-barranqueiros/>>. Acesso em: 13-10-2014.

Viviane de Oliveira Barbosa. **Uma Análise Sobre o Movimento de Mulheres Quebradeiras de Coco Babaçu no Maranhão.** Disponível em: <<http://www.ouprostempos.uema.br/curso/anaisampuh/anaisviviane.htm>>. Acesso em: 13-10-2014.

**EL ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS Y EL REPARTO JUSTO Y
EQUITATIVO EN LOS BENEFICIOS
ASPECTOS MULTICULTURALES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL
PROTOCOLO DE NAGOYA**

Alina Celi Frugoni⁸⁴

RESUMEN: El artículo analiza la protección jurídica de los recursos genéticos desde una visión sistémica ampliada del Derecho ambiental y desde el Protocolo de Nagoya, tratado internacional del ámbito de Naciones Unidas que ordena jurídicamente el acceso a dichos recursos por parte de los usuarios y el reparto justo y equitativo de los beneficios a los proveedores. El estudio realiza consideraciones del Protocolo desde una visión ampliada del Derecho y desde un análisis estructural-funcionalista. De esta forma es posible relevar avances jurídicos de este instrumento, realizar consideraciones vinculadas al mismo y al multiculturalismo, así como detectar las fallas sistémicas derivadas de una visión restrictiva y cuya base es la teoría pura del Derecho.

PALABRAS CLAVE: Protocolo de Nagoya. Multiculturalismo. Teoría sistémica. Autopoiesis.

1 INTRODUCCIÓN

Las modernas biotecnologías constituyen la base actual y futura de la generación de alimentos, medicinas y otro tipo de insumos, lo que lleva a pensar que se constituirán en la “única vía” para la nutrición de la futura humanidad (MATEO MARTIN, 1997, p. 52). El problema, radica en que los productos biotecnológicos se derivan de innovadores y complejos procesos cuyo origen se encuentra en el uso de los recursos genéticos y su acceso se logra a partir de las

⁸⁴ Doctora en Derecho (Universidad de Alicante, 2011, Programa Doctorado en Derecho Ambiental), Máster en Derecho Administrativo Económico (Universidad de Montevideo, 2005), Postgrado en Derecho Ambiental (Universidad Austral de Buenos Aires, 2004). Graduación en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad de la República Oriental del Uruguay, 1994). El artículo se enmarca dentro de la investigación que desarrolla la autora en el ámbito de la UNISINOS (Universidad do Vale do Rio dos Sinos, Brasil) bajo la dirección del Prof. Dr. Leonel Severo Rocha, y con el apoyo económico del Programa Nacional de Posdoctorado de la Fundação CAPES (MEC, Brasil). alina.celi@gmail.com.

modernas biotecnologías con el fin de investigar el material genético y así conocer y alterar sus características, para prestar diversas utilidades al consumo.

Estos procesos y el impulso dado por el mercado implicarán sin duda alguna un desarrollo tecnológico aún mayor, que conlleva diversas respuestas de parte de las distintas ciencias, del propio sector tecnológico, y de la sociedad en general. El fenómeno resulta además de particular interés de ciertas disciplinas como la filosofía, la sociología, las ciencias jurídicas, y la economía, pues existe el propósito de discutir y repartir, ordenando si se quiere los costos y los beneficios de distinta naturaleza que se generan para la sociedad a partir de estas nuevas formas de producción; haciendo especial hincapié en las medidas de prevención sobre el cuidado de los ecosistemas, los recursos genéticos utilizados y los que no se conocen y se espera sean utilizados, la salud humana, la cultura y la economía, todo lo cual justifica la presencia de las ciencias jurídicas a partir de una nueva visión especialmente del Derecho.

El origen de la preocupación por los avances tecnológicos y sus impactos en la vida de las personas y la Naturaleza se difunde globalmente y es pues, en ámbitos globales que son adoptadas una serie de medidas políticas y jurídicas como forma de observar la nueva civilización e iniciar el debate social y político con el objetivo de establecer nuevas rutas de comprensión del fenómeno. Dos aspectos quedan claros, y es que existe una predominancia de intereses políticos unidos a los económicos del *lobby* tecnológico y por ello los conflictos se despliegan en un escenario tradicional conformado por los países del norte (polos tecnológicos y países desarrollados) y países del sur (dependientes de tecnologías y en vías de desarrollo), a los que se agregan grupos sociales que aportan un alto grado de complejidad y contingencia (LUHMANN, 1983, p.168), al sistema social, en particular sumando dos factores al debate: por un lado el componente ético, que difiere de aquél que inspira al derecho tradicional, pues el uso de la biodiversidad alude a una “ética ecológica” (MORATALLA, 1998, p.), pero ética al fin y al cabo que supera la concepción tradicional de hombre a hombre (JONAS, 2011, p.35); y el otro componente lo constituye el llamado multiculturalismo que reconoce en el uso de estas tecnologías la existencia de una base de interferencias ilegítimas en el patrimonio cultural de los pueblos y los

conocimientos asociados a la naturaleza, los recursos naturales y genéticos y los derechos que detentan las comunidades indígenas y pueblos autóctonos.

El multiculturalismo, envuelve múltiples problemas para la implementación del Protocolo de Nagoya entre los cuales cabe mencionar la relación existente entre las diversas culturas y la neutralidad científica. Al respecto PAUL RICOEUR (2010, p.47) plantea la problemática sobre la modernización y a su vez el retorno a las fuentes culturales, siendo que el ingreso a la civilización moderna implica necesariamente entrar en la racionalidad científica, técnica, y política, “lo que exige con mucha frecuencia el abandono liso y llano de todo un pasado cultural”. Está claro, como afirma el autor, que no toda cultura puede soportar y absorber el peso de la civilización mundial: y es aquí donde surge para RICOEUR la paradoja: ¿cómo despertar una vieja cultura dormida y entrar en la civilización universal?

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD), celebrada en Río de Janeiro en 1992, se constituyó en el principal ámbito de observación, debate y toma de decisiones, y en dicho cónclave la comunidad internacional suscribió el Convenio de Diversidad Biológica (CDB), el cual pone de manifiesto la existencia de posibles riesgos tecnológicos y el deber de los Estados de tomar medidas al respecto para la ordenación jurídica de múltiples aspectos entre los que se encuentran además de dichos riesgos, la necesidad de la transferencia tecnológica a los países del sur, la protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y de los pueblos, junto a la protección del medio ambiente en general y de la biodiversidad en particular.

Las necesidades humanas globales y básicas, (siendo la continuación de la vida en el planeta como la más sobresaliente de ellas), irrumpen en el sistema jurídico internacional enriqueciendo la realidad jurídica desafiando al propio sistema jurídico que tradicionalmente reduce el conflicto al elemento normativo cual si fuera el único. Y ello acontece, porque el surgimiento del Derecho ambiental viene a institucionalizar la Naturaleza como bien jurídico (BETANCOR, 2001, p.13); y es en base a esta nueva y compleja realidad que ANDRÉS BETANCOR (BETANCOR, 2001, p.7) , define al Derecho ambiental como objeto de análisis, pero por encima de los límites de la teoría de HANS KELSEN,

haciendo hincapié en la importancia de conformar, “una relación entre el sistema normativo y el conjunto de factores, en particular subjetivos, que se mueven en su entorno”; estos factores están compuestos fundamentalmente por quienes tienen poderes jurídicos de “crear y aplicar el Derecho”, pero también por los sujetos destinatarios de las normas, es decir los ciudadanos y organizaciones ambientalistas y culturales, pueblos y comunidades, capaces de contribuir al cambio de la disciplina jurídica, y de ampliar por lo pronto, el sistema jurídico en lo referente a aspectos institucionales incorporando otros matices socioculturales para la efectiva administración de los conflictos.

2 APORTES DE LA BIOLOGÍA AL SISTEMA DE DERECHO Y SU IMPACTO EN LA PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS

Cabe rescatar para una interpretación y aplicación del Derecho Ambiental, las teorías sistémicas del Derecho, y en particular la teoría del sistema social de NIKLAS LUHMANN, quien adopta el concepto de organización autopoietica aplicada al sistema jurídico que fuera desarrollado por los biólogos Humberto R. Maturana y Francisco J. Varela (BETANCOR, 2001, p.28)⁸⁵ en su obra, “El árbol del conocimiento, las bases biológicas de la comprensión humana”, y referida a los seres vivos en el sentido de caracterizarlos como capaces de auto-producirse a sí mismos.

Si observamos el campo del uso de las nuevas biotecnologías se verifica que el mismo se constituye en un fenómeno social y jurídico de una alta complejidad, principalmente por los aspectos multiculturales que involucra relacionados con la forma de producción y consumo de alimentos y que obliga a una visión sistémica del problema por encima de la kelseniana, que bien puede ser reinterpretada y ubicada en la experiencia reciente del denominado *Derecho autopoietico*, el cual -como expresa JEAN CLAM (2013, p.) refiriendo a Luhmann- es de un “alto nivel de abstracción y de performance en el corazón de una

⁸⁵ Además de Niklas Luhmann, otros representantes del Derecho autopoietico: Gunther Teubner y en Brasil, el jurista Leonel Severo Rocha.

comunicación social, en la cual las teorías autorreferenciales hacen con que comprendamos mejor la complejidad”.

Para NIKLAS LUHMANN (1983, p.168), el punto de partida es la sociedad como sistema social con un alto grado de complejidad y contingencia. En dicha sociedad se desarrollan acciones y por ello el sistema social tiene que organizarse de modo tal de poder captar esa complejidad. La complejidad del ambiente y del sistema es recíproca, y será necesario reducir dicha complejidad a bases de acción que posibiliten la adopción de decisiones. Dicha complejidad es regulada a través de su estructura y las cuestiones jurídicas se encuentran dentro de las estructurales, siendo éstas la llave para captar las relaciones entre el sistema y el ambiente y el grado de complejidad, así como producir y organizar la selectividad alcanzada en esas relaciones. El Derecho para N. LUHMANN, integra la sociedad como un subsistema, siendo éste también una cuestión estructural y funcional, capaz de contribuir a reducir la complejidad social a, bases de acción, por lo que estamos ante una experiencia pragmática. En lo referente a la adopción del concepto de autopoiesis por LUHMANN, el mismo fue adaptado para el sistema jurídico, a partir de la observación del carácter sistémico del Derecho, en tanto el mismo es capaz de auto-reproducirse “de sus condiciones de posibilidad de ser, rompiendo con el funcionalismo (input/output) parsoniano.” (SEVERO ROCHA, 2013, p.)⁸⁶

De esta forma asistimos a un proceso de readaptación imperativa del Derecho tradicional, con un alto grado de complejidad que responde a las contingencias sociales en tanto integra el sistema social, e integrador de las distintas expectativas asociadas al uso de las biotecnologías y sus impactos positivos y negativos.

En términos biológicos aludiendo al origen del concepto de autopoiesis, y otras reflexiones acerca de la obra de HUMBERTO MATURANA y FRANCISCO VARELA (2011, p.106) y que fuera adoptado por la sociología, el derecho y otras disciplinas, cabe expresar que los seres vivos constituidos como unidades

⁸⁶ Como explica Leonel Severo Rocha, el autor alemán toma como punto de partida la teoría de sistemas de Parsons, en una primera etapa pero acaba ciñéndose al modelo de Maturana y Varela (p.29).

definidas por la organización autopoietica, contienen una complejidad reproductiva generando “una red histórica de linajes producida por la reproducción secuencial de unidades”. A escala celular, los componentes moleculares de estas unidades (autopoieticas), están “dinámicamente relacionados en una red de continuas interacciones”, y las transformaciones bioquímicas de dicha red, son conocidas como “metabolismo celular.” La particularidad observada en el metabolismo celular por los biólogos frente a otras transformaciones moleculares, es que dicho metabolismo produce componentes que se integran a la red de transformaciones que los producen en mérito a la estructura en el espacio considerada como membrana (frontera), “que además de limitar la extensión de la red de transformaciones que producen sus componentes”, participa de dicha red (MATURANA; VARELA, 2011, p.52).

Constituyen también dos conceptos centrales en la teoría de H. MATURANA y J. VARELA, los de ontogenia y acoplamiento estructural. El primero de ellos alude a la “historia de cambios estructurales de una unidad, sin que esta pierda su organización”, debido a la dinámica interna de la unidad; ya el acoplamiento estructural implica la ontogenia entre dos o más unidades en su medio de interacciones, y esto ocurre cuando dichas interacciones adquieren un “carácter recurrente o muy estable”. En dichos procesos ontogénicos, participan fuerzas de la naturaleza tales como, la radiación o la velocidad. Con respecto a las consecuencias de la unidad respecto del medio si dichas interacciones son recurrentes, estamos ante un fenómeno de perturbaciones recíprocas y la “estructura del medio”, apenas modifica la estructura de las unidades autopoieticas; finalmente hasta que no haya desintegración de la unidad y el medio existirá el llamado “acoplamiento estructural”. Este fenómeno en tanto necesario para garantizar la existencia, abarca todas las dimensiones de las interacciones celulares y también las interacciones que guardan relación con otras células por lo que los sistemas multicelulares garantizan sus procesos de autopoiesis a través de la conjunción con otras células y ello concluye en la deriva

natural de estirpes, medio en el cual se mantiene dicha conjunción (MATURANA; VARELA, 2011, p.86-89)⁸⁷

Los comportamientos de los organismos en dichos acoplamientos sociales, son comunicativos pudiendo ser innatos o adquiridos, y es de esta forma que gana importancia el dominio lingüístico, los que tendrán virtualidad en los procesos de comunicación en la teoría sociológica. Los comportamientos lingüísticos humanos se dan en un contexto de acoplamiento estructural ontogénico como consecuencia de las ontogenias colectivas, es decir que la descripción por medio del lenguaje de un objeto o bien de una situación no refleja el funcionamiento del sistema nervioso pues dicho sistema no funciona en base a representaciones del mundo, contrariamente a la comunicación instintiva, de la especie que dependerá la estabilidad genética, no cultural (MATURANA; VARELA, 2011, p.229-230).

Un aspecto importante de la teoría comentada, es la operatividad del sistema nervioso participando de una unidad autónoma, operando en forma circular o en lo que los autores denominan clausura operacional (del sistema nervioso), ello lleva a entender el aforismo de que “todo conocer es hacer”, “como correlaciones sensoriales en los dominios de acoplamiento estructural en que existe el sistema nervioso”, aspecto este trasladado al Derecho y concebido también como sistema circular que propicia su clausura y apertura. El otro aspecto importante a destacar es el carácter de plasticidad que presenta el sistema nervioso que le permite tener permanentes cambios estructurales, participando tanto en la constitución del organismo, de su “deriva estructural” y de su adaptación; dichos cambios estructurales (alteraciones moleculares) ocurren en las “grandes líneas de conexión”, siendo que el sistema nervioso del ser vivo, se constituye en una red de neuronas, sin que ello suponga que dichas células estén conectadas “como si fuesen cables al enchufe”; las interacciones celulares se deben a las actividades de las neuronas y de otras células. Por ello la clausura operacional y autorreferencial, permite que los cambios operen al interior del sistema nervioso aún cuando su modo de operar implica interacciones con el

⁸⁷ El mecanismo de acoplamiento varía según la especie; en los insectos se realiza por intercambio de sustancias. (Ob., cit., p. 207).

organismo que integra. La plasticidad del sistema nervioso es lo que le permite dichos cambios estructurales capaces de garantizar al organismo que continúe funcionando y su riqueza no reside en “guardar representaciones” de la realidad exterior, sino por el contrario en su transformación permanente de modo congruente con las transformaciones del medio, lo que permite desplazar teorías representacionistas del conocimiento (MATURANA; VARELA, 2011, p.183-190).

3 EL PROTOCOLO DE NAGOYA, LOS ASPECTOS MULTICULTURALES Y DE OTRA ÍNDOLE, DESDE UNA VISIÓN JURÍDICA AUTOPOIÉTICA.

El Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica (adoptado en el año 2010 en el ámbito de las Naciones Unidas, en vigor a partir del 14 de octubre de 2014), establece los tres objetivos del Convenio de Diversidad Biológica (CDB) que son: la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos y rescata los esfuerzos de la Cumbre mundial de Johannesburgo en favor de negociar un régimen internacional para la promoción del último de los objetivos, esto es la participación justa y equitativa, para lo cual se creó el correspondiente Grupo de trabajo que culminó con la elaboración del Protocolo, firmado en la décima reunión de la conferencia de las partes.

Este instrumento que pretende acabar con la piratería y con el abuso en la manipulación genética con los consecuentes impactos negativos en el medio ambiente y la salud humana, establece una base de trabajo considerando las posibilidades y los intereses así como los conflictos que se les plantea a los “proveedores” de recursos genéticos, y de igual forma lo hace para los llamados “usuarios”. Son proveedores de recursos genéticos especialmente los países megadiversos y usuarios, contrariamente los países en vías de desarrollo detentores de las mejores tecnologías. Así mismo se disponen una serie de obligaciones que las partes deben asumir para el cumplimiento de la legislación y

reglamentación nacional y el cumplimiento de las obligaciones de cooperación mutuamente acordadas.

Puede observarse que en la cooperación mutuamente acordada, ya desde el inicio se verifica un acoplamiento de diversas esferas entre las que se pueden citar el mercado, y distintas conformaciones estatales y sociales: consumidores, industria tecnológica y sectores del Estado también comprometidos con la promoción de la industria tecnológica. Existen sin duda *lobbys* fácilmente identificables como son algunos de los grupos ecologistas y la industria tecnológica, pero la mayor complejidad de observar, surge respecto de la posición del Estado que en cierto modo se encuentra frente a la defensa del interés general y los intereses de sectores culturales que reclaman por el respeto de su diversidad sociocultural (no necesariamente representativos del interés general) y la postura política-pública de llevar adelante un conjunto de medidas de promoción y fomento de mayor uso de estas biotecnologías con el creciente uso de recursos genéticos y el desafío de su conservación. Aquí sin duda cabe hacer la pregunta clave a que es necesaria inclusive para la discusión de la validez del derecho analizado y de la reglamentación posterior: *¿A quién pertenecen los recursos genéticos?*

De momento y desechada la teoría de que los recursos genéticos sean considerados *res nullius*, el sistema jurídico global se orienta hacia el cumplimiento de los convenios internacionales en base a la soberanía reconocida del Estado y el derecho al medio ambiente de todos los individuos, incluyendo las necesidades de las generaciones futuras. El derecho se encargará pues en este marco de establecer orientaciones para las leyes y reglamentaciones locales, ordenando condiciones para el acceso a los recursos genéticos y asegurando la participación de los beneficios de diversos sectores de la sociedad, entre ellos los más involucrados por razones culturales, sin que ello suponga la resolución de la mayor parte de los conflictos, muchos de los cuales persisten.

Como el Protocolo supone la adopción de medidas tendentes al respeto por los conocimientos tradicionales de comunidades indígenas y pueblos vulnerados por prácticas de la biopiratería, son necesarios el fortalecimiento de las capacidades relacionadas con los conocimientos tradicionales de las

comunidades indígenas y locales, pero también aquellas que involucran la obtención de beneficios derivados de dichos conocimientos tradicionales, innovaciones y prácticas. La finalidad y la ventaja resultan obvias para la industria biotecnológica que requiere de ingentes cantidades de capacidades, tiempo y dinero, con el fin de lograr el conocimiento y que ve de esta forma facilitada gran parte de su tarea, lo que a su vez reducirá los procedimientos de la biopiratería, pasando a ser reconocidos los conocimientos tradicionales por medio del pago justo equitativo y la participación en los beneficios que se derivan de las innovaciones tecnológicas. Finalmente funciona un mecanismo que ordena las distintas fuerzas sociales volcadas al uso de los recursos genéticos con el respeto de aspectos culturales y sociales y con la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes, dirigida al bienestar humano.

La rareza jurídica si se quiere de este Protocolo es que todas estos objetivos serán consensuados por los diversos involucrados en los procesos estableciendo sistemas de relaciones con acuerdos en distintos niveles que se verifican; estos distintos niveles se ven representados ya antes de la adopción del Protocolo por las negociaciones de los grupos sociales, sean los defensores del capital multicultural o bien la industria (global) biotecnológica; un segundo nivel con la aprobación del Protocolo que supone que los Estados como signatarios y representantes implícitamente y explícitamente de otros subsistemas sociales en el que emergen nuevos elementos y continúan las comunicaciones sociales (TEUBNER, 1989, p.175) entre dichos subsistemas, capaces de autogenerarse y permanecer aislados; es el caso de los acuerdos previos, negociaciones llevadas a cabo con anterioridad a la celebración del acuerdo internacional en que los distintos subsistemas económicos y tecnológicos, académicos, culturales, etc. hacen pesar sobre la soberanía del Estado sus intereses y necesidades. La situación es más compleja si se tiene en cuenta que el Protocolo, coexiste con otros instrumentos y expresamente deja claro que no se propone crear jerarquías con dichos instrumentos; por lo tanto el Protocolo no afecta las obligaciones derivadas de los mismos y se acopla a nuevos subsistemas creados por otros instrumentos jurídicos y económicos. De esta forma facilita dicho proceso al delimitar su ámbito de aplicación y en caso de proceder la aplicación de otro

instrumento especializado en materia de recursos genéticos, la eficacia y eficiencia del Protocolo queda replegada; es el caso del Tratado de Recursos Filogenéticos, o los tratados sobre propiedad intelectual o reconocimiento de derechos humanos, sociales y culturales.

Sobre la participación justa y equitativa en los beneficios, el Artículo 5 establece el deber de adopción por los Estados partes de medidas jurídicas, administrativas o políticas según proceda para asegurar los beneficios de los recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales, con el fin que sean compartidos de manera justa y equitativa sobre la base de condiciones mutuamente acordadas. Se incorpora la técnica del “consentimiento fundamentado previo”, para el acceso a los recursos genéticos que se encuentran bajo soberanía de un Estado parte y de conformidad con su ordenamiento jurídico interno. El Estado que aporta los recursos deberá adoptar medidas para garantizar el acceso a los mismos, contando con la previa aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales, cuando proceda. Se da un proceso similar al descrito como “mera articulación de sistemas autopoieticos”, por el cual dichos sistemas no pierden su respectiva identidad ni pasan a constituirse en una nueva identidad (TEUBNER, 1989, p.61).⁸⁸

En el modelo sistémico de N. LHUMANN basado en el concepto de autopoiesis, la sociedad como sistema se constituye y se sustenta -como lo expresa LEONEL SEVERO ROCHA (2013, p.34) - por intermedio de dicha comunicación, y la importancia de dicha comunicación se ve en la importancia de los procesos comunicativos conformados en el texto del Protocolo, y en las medidas de esta índole que deba adoptar el Estado parte requirente del consentimiento fundamentado previo y que refieren a la seguridad jurídica en su legislación, normas y procedimientos justos sobre el acceso a recursos genéticos; pero también se verifica en la constatación de los requisitos de procedimiento que

⁸⁸ *Gunther Teubner cita la obra de Maturana y Varela (Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit, (1982).; Der Baum der Erkenntnis, (1987), en la que los autores trabajan las tres instancias de la autopoiesis, la primera de ellas la mencionada en la cual cada sistema mantiene su identidad, comunicándose; la segunda implica la creación de una nueva unidad autopoietica, perdiendo los subsistemas su identidad; ya en la tercera instancia aparece un sistema autopoietico de último grado, cuya organización autopoietica condiciona necesariamente a las de las propias unidades autopoieticas articuladas que lo constituyen”.*

garantizan la información, la decisión escrita clara y transparente dentro de un costo y un plazo razonable; las medidas de autorización o permiso como prueba de la decisión del consentimiento fundamentado previo y las condiciones mutuamente acordadas; la notificación al Centro de Intercambio de Información sobre acceso y participación en los beneficios; si procede antes del consentimiento fundamentado previo, a la aprobación o participación de las comunidades locales e indígenas; y finalmente a las normas y procedimientos claros que deben existir para establecer las condiciones mutuamente acordadas, entre las que pueden incluirse la cláusula sobre resolución de controversias y las condiciones sobre participación de beneficios y derechos de propiedad intelectual.

La teoría de sistemas de Luhmann en lo relativo a la ordenación de las expectativas en la sociedad, comentadas por SEVERO ROCHA (2013, p.30), se verifican en un mundo altamente complejo y contingente y es necesario se lleven a cabo graduaciones con el fin de posibilitar las expectativas comportamentales recíprocas, orientadas a partir de expectativas sobre tales expectativas. Este fenómeno reduccionista, opera en tres dimensiones (temporal, social y práctica). En el primer caso las estructuras de expectativas pueden ser estabilizadas a través de la normalización; en la dimensión social, las estructuras de expectativas pueden ser institucionalizadas o sea apoyadas sobre el consenso esperado de terceros; ya en la dimensión práctica, dichas estructuras de expectativas pueden delimitarse conforme un “sentido idéntico, componiendo una interrelación de confirmaciones y limitaciones recíprocas”.

Si se observa el Protocolo desde la ordenación de las estructuras de expectativas de los grupos multiculturales y ecologistas, así como las estructuras de expectativas de los *lobby* de la industria tecnológica, y las de los Estados proveedores y usuarios respectivamente, se verifica que en la dimensión temporal se pretende una estabilización a través de la normalización de mínimos contenidos exigibles para el sistema, pues el Protocolo se constituye en un mínimo exigido, y de igual forma se verifica la utilidad de la institucionalización ya sea en el plano internacional global, o local y regional; mientras que opera la delimitación de las estructuras de expectativas a través de confirmaciones de garantías y beneficios, y limitaciones de conductas como forma de garantizar el

acceso a los recursos genéticos, su uso y conservación, junto a valores multiculturales, económicos y ambientales, de forma tal que el Protocolo establece que los Estados partes alentarán tanto a usuarios como proveedores a canalizar los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos hacia la conservación de la biodiversidad y utilización sostenible de sus componentes, que se traduce en medidas de promoción y fomento orientadas a esos fines. En igual forma opera la cooperación transfronteriza, necesaria para el cumplimiento de los objetivos previstos y en particular cuando existan conocimientos tradicionales asociados y recursos genéticos compartidos por más de una comunidad indígena o local o varias Partes.

Otro aspecto relacionado a la armonización de las dimensiones, es el relativo a la denominada “doble contingencia” en virtud de la reducción de expectativas comportamentales recíprocas orientadas a partir de expectativas sobre tales expectativas (SEVERO ROCHA, 2013, p.30) Por lo tanto, los Estados partes deben apoyar a las comunidades indígenas y locales, cuya principal expectativa no es otra que la protección de sus conocimientos tradicionales por parte de los poderes públicos, para que estas establezcan los protocolos sobre dichos conocimientos asociados a los recursos genéticos, y los requisitos mínimos respecto a las condiciones que serán acordadas con la industria tecnológica para el cumplimiento de la participación justa y equitativa de los beneficios obtenidos y la fijación de cláusulas contractuales.

Los problemas denunciados sobre piratería y la necesidad de controles, motivaron que el Protocolo de Nagoya, en el Artículo 17 previera la “Vigilancia de la utilización de los recursos genéticos”. El objetivo es controlar y aumentar la transparencia de las actividades y para ello se designarán puntos de verificación. En esta instancia también la información que los Estados deben brindar a las comunidades, es un aspecto fundamental pues la información abarca todas las etapas que comprenden las actividades con recursos genéticos: investigación, desarrollo, innovación y pre-comercialización y comercialización.

La cooperación internacional es la clave tanto para resolver los conflictos mencionados como para la transferencia de tecnología, colaboración y cooperación en la investigación científica, técnica y de desarrollo, prevista en el

Artículo 26 del Protocolo. Constituye un deber de los Estados partes desarrollados alentar hacia el acceso a las tecnologías, a aquéllos Estados en vías de desarrollo y economías en transición para lo cual se hace imprescindible la transferencia de conocimientos y tecnologías, de acuerdo al Artículo 23. Pero existen situaciones que escapan a dicha cooperación y es el problema expuesto por GUNTHER TEUBNER (1989, p.205), sobre la emergencia de un “nuevo tipo de situación conflictual”, en que se percibe un insoluble conflicto en la autopoiesis de segundo grado y que equivale a una situación de indeterminación jurídica que surge cuando en el proceso de comunicación social general ciertas esferas (política, derechos, economía, educación, etc.) que se vuelven independientes del sistema autopoietico del primer grado, constituyéndose de forma autorreferencial sus propios componentes, estructuras, elementos, procesos y relaciones con el medio que los envuelve. Existe si una abertura al medio envolvente social, “pero basada en una clausura operativa radical que, entre otras consecuencias, produce un aumento de las potencialidades sistémicas, pero también de las exigencias...”. En la especie, las normas técnicas determinadas por la industria tecnológica y que están previstas en el Protocolo constituyen este tipo de problema descrito por Teubner contextualizado dentro de la discusión del “Derecho de conflictos intersistémicos” y el consiguiente impacto de la “nueva indeterminación” para el Derecho. En este orden, y sin perjuicio de las medidas legislativas, administrativas y políticas del Artículo 20, el Protocolo prevé la necesidad de apoyar los mecanismos establecidos mediante otro tipo de normas como son las directrices y estándares (de contenido científico-tecnológico), lo que sin duda tiene además gran impacto en la gestión jurídica de los riesgos tecnológicos por parte del Derecho.

4 CONSIDERACIONES FINALES

Los avances tecnológicos han generado una importante brecha entre países desarrollados y los que no lo son, tanto respecto de la participación de los beneficios que se obtienen de la innovación, como en las ventajas y riesgos para

la salud del consumidor más despreocupado, el medio ambiente y la cultura en un contexto globalizado.

Es posible desde un sistema de Derecho autopoietico y autorreferencial, ensayar soluciones, manteniendo su autonomía, pudiendo “relacionarse como significados sociales y construcciones de la realidad” (TEUBNER, 1989, p.75).

La teoría sistémica de NIKLAS LUHMANN presenta ventajas para la observación del fenómeno social y como expresa SEVERO ROCHA (2013, p.) dicha teoría aporta la configuración de un nuevo “estilo científico” orientado a la comprensión de la sociedad actual compleja en la que cobra centralidad la discusión del sentido del derecho y de la sociedad actual.

El Protocolo de Nagoya, cuyo objetivo como lo establece en su Artículo 1, es la participación justa y equitativa en los beneficios que se derivan de la utilización de los recursos genéticos, constituye un interesante instrumento a partir del cual observar la complejidad y la contingencia del sistema social y a partir del cual es posible recrear la teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann.

Existen fallas del Protocolo con respecto a las contingencias y expectativas estructurales y aspectos funcionales, que una nueva teoría de Derecho puede asumir siendo capaz de abordar en forma simultánea, aspectos analíticos, hermenéuticos y pragmáticos (SEVERO ROCHA, 2013, p.31). Una de estas fallas es la necesidad de mayor comunicación entre los sistemas sociales involucrados de los Estados partes en vías de desarrollo, como forma de gestionar los desequilibrios derivados de las concesiones recíprocas que surjan en la elaboración de los acuerdos entre proveedores y usuarios y que pueden significar inequidades serias para otros sistemas generando tal grado de conflictos que torne inequitativo o inoperante los mecanismos previstos en el Protocolo. Además existen otras pendencias nada menores, como la discusión sobre la neutralidad científica y su relación con la cultura, y el grado de desarrollo científico y la protección ambiental, todas ellas paradojas a ser observadas.

En este sentido un “Derecho funcional de conflictos”, como explica GUNTHER TEUBNER (1989, p.227) podría ser quien se ocupara de los problemas suscitados dentro del propio sistema, en particular de la fragmentación interna del Derecho, todo un desafío con respecto al instrumento jurídico en

estudio, y que no es otra cosa, –como expresa el autor- que la consecuencia directa de la diferenciación funcional de la sociedad, que requiere de mecanismos internos de resolución de conflictos entre los subsistemas sociales, las ordenes cuasi-jurídicas de esferas sociales semiautónomas, y entre los varios sectores internos del sistema jurídico (TEUBNER, 1989, p.230).

REFERENCIAS

BETANCOR, A. **Instituciones de Derecho Ambiental**. Madrid, La Ley, 2001.

CLAM, J. “Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II” In: SEVERO ROCHA, L.; SCHWARTZ, G., CLAM, J., **Introdução a teoria do sistema autopoietico do direito**, 2da. ed., revisada y ampliada, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013.

JONAS, H. **O princípio responsabilidade**. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. (Tradução LISBOA, M. e BARROS MONTEZ, L.), Rio de Janeiro, Contraponto, Editora PUC Rio, 1ª. , reimpressão, 2011.

LHUMANN, N. **Sociologia do Direito I**, (Trad., BAYER, G.). Rio de Janeiro, Biblioteca Tempo Universitário 75, 1983.

MATEO MARTIN, R. **Tratado de Derecho Ambiental**, vol. III, Madrid, Trivium, 1997.

MATURANA, H. R.; VARELA, F. J. **A árvore do conhecimento, as bases biológicas da compreensão humana**, (Trad. MARIOTTI, H. e DISKIN, L). São Paulo. Palas Athenea. 9ª, ed. 2011, p.106.

MORATALLA, A. D. La novedad de una “ética” en la crisis ecológica. In: La edad ecológica de la moral. De la justicia social a la responsabilidad cósmica. **Iglesia viva**: Revista de pensamiento cristiano, num.193, (ene-mar), 1998, p.1-67. <http://iviva.org/la-revista/>. Acceso en 10.02.2015.

RICOEUR, P. **Ética y cultura**, Buenos Aires, Prometeo, 2010.

SEVERO ROCHA, L. “Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II” In: SEVERO ROCHA, L.; SCHWARTZ, G.; CLAM, J. **Introdução a teoria do sistema autopoietico do direito**, 2da. ed., revisada y ampliada, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013.

SEVERO ROCHA, L. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas, In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 5, no. 2 2013, julho-dezembro. (ISSN: 2175-2168)

TEUBNER, G. **O Direito como sistema autopoiético**, (Trad., ENGRACIA ANTÚNEZ, J.) Lisboa, Fundación Calouste Gulbenkian, 1989.

RECONHECIMENTO OU REDISTRIBUIÇÃO? ANÁLISE DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS ESPÍRITO-SANTENSES À LUZ DO “HABITUS PRECÁRIO”

Márcio André de Sousa Kao Yien,
Nelson Camatta Moreira.

RESUMO: A história dos quilombolas brasileiros, notadamente as comunidades do Estado do Espírito Santo, é caracterizada pela exclusão e desigualdade sociais. A região denominada de Sapê do Norte, entre São Matheus e Conceição da Barra, é núcleo deste fenômeno em virtude do intenso tráfico de escravos até o século XIX. Comunidades quilombolas foram deixadas à própria sorte. Os grupos quilombolas são inseridos dentro do contexto de um “habitus precário”, teoria de Jessé Souza, em que a desigualdade social é permanentemente reproduzida. Logo, se faz necessária uma política de reconhecimento. Neste contexto, as teorias de Axel Honneth e Nancy Fraser se destacam, debatendo acerca da preponderância entre o reconhecimento e a redistribuição. No caso quilombola, é necessário uma atuação sistêmica para atender as necessidades destas comunidades que se encontram em situação de extrema miséria.

PALAVRAS-CHAVE: Quilombolas espírito-santenses. Habitus precário. Reconhecimento. Redistribuição.

1 INTRODUÇÃO

A história brasileira é conhecidamente caracterizada pelas desigualdades estruturais e pela dívida histórica com diversos setores da sociedade. No entanto, se fosse possível um trabalho de mensuração destas desigualdades, o caso que possivelmente se destacaria pelo maior débito histórico seria em relação ao tratamento dispensado aos quilombolas.

O processo histórico de exploração dos negros no Brasil, desde a utilização da mão-de-obra escrava até a contemporaneidade com a exclusão social, demonstra que o Estado brasileiro possui uma conta significativa com essa parcela da população que ainda não foi paga. Quando se fala dos negros pertencentes às comunidades quilombolas, este abismo social se mostra ainda mais insidioso.

A falta de interesse governamental, o esquecimento proporcionado pela falta de exposição nos meios de comunicação, associados à contínua exploração por grandes empresas fizeram com que as comunidades quilombolas se tornassem um dos grupos mais hipossuficientes atualmente.

Neste sentido, o presente artigo tem como escopo contribuir para a discussão acerca dos direitos destes brasileiros que foram historicamente excluídos, marginalizados e deixados à própria sorte em plena égide do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, buscar-se-á um resgate da história quilombola, especificamente as comunidades do norte do Espírito Santo, corte metodológico para o presente artigo, de uma região chamada pelos nativos de “Sapê do Norte”, área que compreende parte do território dos municípios de São Matheus e Conceição da Barra. Esta região possui uma rica jornada de superação e luta, mas que também sofre com os descasos e desmandos de uma realidade culturalmente e materialmente pouco inclusiva.

Além disso, serão analisadas as raízes da desigualdade por parte da população negra e quilombola no contexto de um país periférico como o Brasil. Para tanto utilizar-se-á como base teórica o estudo do sociólogo Jessé Souza e suas considerações sobre racismo, desigualdade e a categoria de “habitus precário” defendido pelo doutrinador.

Em seguida, serão analisadas as principais propostas contemporâneas dentro da teoria da Identidade e do reconhecimento, notadamente os estudos dos autores Axel Honneth e Nancy Fraser, em que pontos as suas colocações se encontram e diferem e de que forma podem contribuir para a problemática quilombola.

2 DAS “TERRAS DE PRETO” AO IMPRESSAMENTO”: HISTÓRIA DE CONSTANTE RESISTÊNCIA

A história dos quilombolas em todo o Brasil simboliza uma luta e uma resistência à exploração desumana criada pelo regime escravocrata, que perdurou oficialmente no país até maio de 1888, ou seja, até o final do século XIX,

sendo que os agrupamentos quilombolas no Espírito Santo não foram exceção à regra.

Com uma economia bastante incipiente, o estado capixaba também utilizou o mercado escravagista como fonte de receita. Embora contasse com desenvolvimento tímido quando comparado à outras províncias, o Espírito Santo aproveitou de sua proximidade com grandes centros como São Paulo e Rio de Janeiro, bem como do seu litoral e sistemas hidroviários de interior, para facilitar o tráfico de negros nos seus portos. Neste contexto,

[...] no espaço territorial da Província do Espírito Santo, a região de São Mateus destacou-se na economia colonial pela grande produção da farinha de mandioca realizada nas fazendas escravistas. O Porto de São Mateus, localizado no rio Cricaré, teve fundamental importância para a comercialização dessa farinha e, também, como porta de entrada para um grande contingente de africanos escravizados [...]. (FERREIRA, 2010).

Como a mandioca mostrou-se produto importante para a economia capixaba, a mão-de-obra escrava foi majoritariamente utilizada nas fazendas do norte do Estado. Os índios da região imprimiam grande resistência à exploração e maior organização comunitária, sem contar que conheciam muito bem o território.

Além disso, outra questão foi importante para a formação da comunidade do Sapê do Norte. Se antes era núcleo do sistema produtivo, no decorrer do século XIX o mercado de escravos foi sendo paulatinamente desestimulado pelo incremento do capitalismo britânico e a necessidade de expansão do mercado de consumo. Sendo assim, após a proibição do tráfico de escravos,

[...] a situação geográfica do Porto de São Mateus – fluvial, não costeiro e mais interiorizado, relativamente distante dos olhos do Império, que se encontravam nos centros do poder colonial, como Salvador e Rio de Janeiro – teria sido favorável ao abrigo dessa clandestinidade. [...] Esse contexto transformou a região de São Mateus numa importante referência do comércio colonial de escravos. [...] (FERREIRA, 2010, p.5).

Esta importância estratégica da região de São Matheus teve ligação direta com o surgimento das comunidades quilombolas. Os negros escravizados não permaneciam passivos à situação desumana e de exploração em que viviam. Rebeliões, fugas e confrontos eram comuns nas fazendas da área e os quilombolas que conseguiam a liberdade desenvolviam um sentimento de comunidade e de pertença à terra. Notadamente, os

[...] quilombos concentravam-se nos sertões ou nos subúrbios da Vila de São Mateus, onde o ambiente da floresta tropical, com suas matas

densas e caudalosos rios, oferecia ótimas possibilidades de refúgio aos escravos que se rebelavam contra o cativo, transformando-se em “calhambolas” [...], a ocupação de terras pelas comunidades negras rurais nasceu tanto das fugas escravas - e sua transformação em “calhambolas” - como da herança das antigas fazendas escravistas da região (FERREIRA, 2010).

Sendo assim, é importante destacar a forma em que os quilombolas tratavam as novas terras conquistadas. A partir do desenvolvimento das comunidades, bem como o crescimento demográfico, criou-se verdadeiramente uma relação de pertença com o território do Sapê do Norte. Esta identificação mostra-se inclusive pelas expressões utilizadas pelos nativos como “terras de preto” ou “terras à rola”, como algo que faz parte de sua cultura.

As famílias organizavam-se de forma a suprir necessidades mútuas, a partir do uso das potencialidades do próprio território, sem objetivos exploratórios ou de mercado, mas a partir da plantação e da pesca, por exemplo. A vida comunitária servia como modo de garantir as necessidades básicas dos indivíduos e para a organização dos próprios quilombos.

No entanto, a partir do século XX, com a valorização mercadológica das terras ocupadas pelos quilombos do Sapê do Norte, fortes conflitos surgiram no local. Dentre eles, destacam-se os “extensos monocultivos de eucalipto da “empresa Aracruz Celulose S.A.- ali implantados a partir da década de 1960 - e de cana das empresas DISA – Destilaria Itaúnas S.A. e ALCON – Álcool de Conceição da Barra – incentivados pelo Proálcool na década de 1980” (FERREIRA, 2010).

Com o contínuo processo de invasão, os territórios reduziram de tamanho drasticamente, mesmo com a resistência quilombola. Isto foi um forte golpe para as comunidades, que utilizam do termo “imprensamento” para descrever o fenômeno que sofrem, que

[...] constitui-se enquanto oposição direta à categoria “terra à rola”: sentir-se “imprensado” é sentir-se pressionado, massacrado, humilhado, sufocado, respirando e bebendo o ar e as águas contaminadas pelos agrotóxicos; sem vizinhos, sem horizontes e sem perspectivas. Resultante da expropriação da terra, das águas e da floresta – portanto, das condições materiais de existência dessas comunidades – o “imprensamento” representa a ação totalizante do capital sobre o lugar, produzindo o confinamento das famílias em suas pequenas parcelas de terra, em meio à imensidão dos extensos e infundáveis talhões de eucalipto que aniquilam seu horizonte de possibilidades [...](FERREIRA, 2010).

Neste sentido, os quilombos do Sapê do Norte enfrentam na contemporaneidade uma nova forma de exploração, ligada à interesses de capital e à produção de grandes empresas. Isto significa um novo período de lutas e resistência por parte dos quilombolas. Ao mesmo tempo que procuram manter o seu território, sofrem por falta endêmica de recursos básicos como alimentação adequada, saneamento, saúde e educação.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha formalizado diversos direitos em relação aos quilombolas, a realidade que se percebe é que os mesmos estão sendo deixados à própria sorte novamente. Pouco tem sido feito para a proteção de suas necessidades materiais e culturais, até mesmo no âmbito jurídico, contexto este que será objeto de devida análise no próximo tópico.

3 DEMARCAÇÃO E TITULAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS CAPIXABAS: UMA ANÁLISE JURÍDICA

A proteção jurídica aferida à população quilombola é efetivada em diversos diplomas jurídicos, em nível internacional e nacional. Dentre eles, destaca-se primeiramente a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Estruturada na 76ª Conferência Internacional do Trabalho em 1989, a convenção tem como objetivo assegurar direito de autodeterminação de povos indígenas e tribais.

Introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 5.051/2004, uma das principais colocações que o diploma legal estabelece é a noção de autoidentidade, ao

[...] instituí-la como critério subjetivo, mas fundamental, para definição dos povos sujeito da Convenção, isto é, nenhum Estado ou grupo social tem o direito de negar a identidade a um povo indígena ou tribal que como tal ele próprio se reconheça. [...] ⁸⁹

Neste sentido, as diretrizes da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho tiveram a importante contribuição de basear a luta dos

⁸⁹ Organização Internacional do Trabalho - OIT. Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT. Disponível em: <www.portal.iphan.gov.br>. Acesso em: 30 jul. 2014.

quilombolas brasileiros, afim de exigir a proteção de sua cultura, de sua identidade e, notadamente, de seus direitos sociais básicos, como o território.

Acresça-se ainda que a proteção aos direitos das populações quilombolas foi positivada no ordenamento jurídico pátrio na Constituição Federal de 1988. Primeiramente, o artigo 215, inciso I, estabelece que “o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”.⁹⁰

Ademais, o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias garante aos quilombolas especificamente o direito ao seu território: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.⁹¹

No entanto, mesmo com a proteção garantida pelo texto constitucional, restava ainda concretização legal, que foi efetivada a partir dos decretos presidenciais de número 4886 e 4887, somente no ano de 2003. O primeiro diploma instituiu a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial e o segundo regulamentou o procedimento para “identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos”.⁹²

Importante destacar que o decreto 4887/2003 está sendo objeto de litígio na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3239, ingressada no Supremo Tribunal Federal pelo Partido da Frente Liberal - PFL, hoje denominado Democratas.

Além disso, essencial informar a situação dos quilombolas espírito-santenses atualmente. Segundo o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, somente foram reconhecidas como quilombolas as comunidades de São Jorge, São Domingos, Serraria e São Cristóvão

⁹⁰ BRASIL. Constituição Federal Brasileira (1988). Vade mecum Saraiva. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁹¹ BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Vade mecum Saraiva. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁹² BRASIL. Decreto 4887 de 20 de novembro de 2003. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 jul. 2014.

(pertencentes à região do Sapê do Norte), Retiro (Santa Leopoldina), Monte Alegre (Cachoeiro do Itapemirim), São Pedro (Ibiraçu).⁹³

No entanto, nenhuma delas ainda recebeu a titulação de suas terras. Embora a demarcação já foi realizada em algumas destas comunidades, o processo foi impugnado por empresas da região e por associação de produtores rurais. Logo, os processos perduram por anos e a população quilombola permanece prejudicada.

4 “HABITUS PRECÁRIO” DO QUILOMBOLA CAPIXABA: PERPETUAÇÃO DA DESIGUALDADE

Após analisar o contexto jurídico das comunidades quilombolas, é importante que se faça um estudo acerca do contexto sociológico que fundamentou a exclusão e exploração destas comunidades. Logo, destacam-se os estudos de Jessé Souza acerca das desigualdades sociais no Brasil.

O tratamento dispensado pela sociedade brasileira em relação aos negros foi caracterizado por um conjunto de práticas discriminatórias e posteriormente classistas. Inicialmente, o regime escravocrata ignorava a dignidade dos negros, baseando a exploração de mão-de-obra a partir do racismo. No entanto, mesmo após a abolição,

[...] os antigos senhores, na sua imensa maioria, o Estado, a Igreja, ou qualquer outra instituição, jamais se interessaram pelo destino do liberto. Este, imediatamente depois da abolição, se viu responsável por si e seus familiares, sem que dispusesse dos meios materiais ou morais para sobreviver numa nascente economia competitiva de tipo capitalista e burguês. [...] Acima de tudo, faltava-lhe o aguilhão da ânsia pela riqueza [...] (SOUZA, 2003, p.54).

Este ponto levantado por Souza aplica-se diretamente também às comunidades quilombolas capixabas. A carência estrutural destes grupos baseou-se primeiramente no racismo legítimo e posteriormente na falta de adaptação ao sistema capitalista emergente no país.

⁹³ INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Coordenação geral de regularização de territórios quilombolas – DFQ: andamento dos processos. Disponível em:<www.incra.gov.br>. Acesso em: 29 jul.2014.

Os quilombos funcionavam, assim como atualmente, a partir de uma lógica de comunidade, ou seja, de compartilhamento da produção para a subsistência de sua população. Esta cosmovisão, principalmente após a segunda metade do século XIX, era vista como incompatível com a lógica de competição e consumo, fato este que fundamentou a invisibilização e exclusão das comunidades.

Além disso, é importante analisar a forma em que Souza argumenta a perpetuação destas práticas segregacionistas até os dias atuais. Para tanto, ele utiliza do arcabouço teórico do sociológico francês Pierre Bourdieu, quando este trata da categoria de “habitus”.

Segundo o autor, o “habitus” bourdieusiano seria

[...] a apropriação de esquemas cognitivos e avaliativos transmitidos e incorporados de modo pré-reflexivo e automático no ambiente familiar desde a mais tenra idade, permitindo a constituição de redes sociais, também pré-reflexivas e automáticas, que cimentam solidariedade e identificação, por um lado, e antipatia e preconceito, por outro – o lugar fundamental na explicação da marginalidade do negro [...](SOUZA, 2003, p.56).

Sendo assim, o “habitus”, como sistema de pré-compreensões, de construção e reprodução de sistemas avaliativos, é o alicerce para a perpetuação de práticas de estima social, ligadas tanto à exclusão, quanto exaltação.

No entanto, a análise de Bourdieu foi feita a partir da realidade europeia, notadamente a sociedade francesa. Logo, seria necessária uma adaptação da teoria ao contexto brasileiro, o que é feito exatamente por Souza quando divide a categoria de habitus em três espécies.

A primeira é o “habitus primário”, que seria a

“dignidade”, efetivamente compartilhada por classes que lograram homogeneizar a economia emocional de todos os seus membros numa medida significativa, que me parece ser o fundamento profundo do reconhecimento social infra e ultra-jurídico, o qual, por sua vez, permite a eficácia social da regra jurídica da igualdade, e, portanto, da noção moderna de cidadania (SOUZA, 2003, p.53).

Sendo assim, o “habitus primário” significaria a forma básica de interação social e de internalização psicanalítica de pressupostos, que dentro de um sistema liberal e capitalista como o brasileiro, tem como motriz a perpetuação de práticas políticas, econômicas e até mesmo de caráter inter-subjetivo/individual para a reprodução de seus dogmas.

Além disso, Souza aponta pela existência de um “habitus secundário”, considerado a divisória ascendente em relação ao primário. Este

limite de habitus primário “para cima” tem a ver com o fato de que o desempenho diferencial na esfera da produção tem que ser associado a uma “estilização da vida” peculiar, de modo a produzir distinções sociais. Ou seja, o desempenho diferencial não é apenas, nem primariamente talvez, uma fonte de “valorização social” (soziale Wertschätzung) que estimula os laços de solidariedade social, como propõe Axel Honneth, por exemplo, mas também, em grande medida, uma fonte de distinções sociais que se nutre do contexto de opacidade e de aparente neutralidade, o qual é parte integrante da “ideologia do desempenho”, para o estabelecimento de distinções sociais que tendem a se “naturalizar” como efeito da opacidade peculiar de suas condições de existência (SOUZA, 2003, p.68).

Neste ponto, Souza aponta para a existência de uma lógica de perpetuação de “status” vinculado, mesmo que falsamente, ao desempenho do indivíduo dentro do sistema capitalista de produção, competição e consumo. Logo, estas estilizações serviriam de separação social, assim como de impulsionador e exemplo para as categorias abaixo. Neste contexto, os negros, notadamente os pertencentes às comunidades quilombolas, estão prontamente excluídos, mas ainda são sujeitos às discriminações e diferenciações negativas por este fato.

Finalmente, o autor destaca a categoria considerada mais insidiosa, tanto de forma generalizada no Brasil, quanto para a análise dos quilombolas: o “habitus precário”. Este

[...] seria o limite do “habitus primário” para baixo, ou seja, seria aquele tipo de personalidade e de disposições de comportamento que não atendem às demandas objetivas para que, seja um indivíduo, seja um grupo social, possa ser considerado produtivo e útil em uma sociedade de tipo moderno e competitivo [...](SOUZA, 2003, p.63).

Sendo assim “a ausência desse *ethos* moderno, capaz de cimentar as suas próprias práticas e instituições, constitui o pano de fundo para a explicação acerca do fenômeno da naturalização da desigualdade nas sociedades da nova periferia, como a brasileira” (MOREIRA, 2010, p.132).

É neste ponto que se argumenta a posição dos quilombos espírito-santenses nos dias atuais. Como não possuem pré-concepções que se adequem ao contexto mercadológico/econômico, acrescido à uma história permeada pelo racismo, os quilombolas são continuamente condenados ao esquecimento e à precariedade.

Esta reprodução de desigualdade é responsável, segundo Souza, pela denominada “ralé estrutural”, visto que

[...] em sociedades periféricas como a brasileira, o habitus precário, que implica a existência de redes invisíveis e objetivas que desqualificam os indivíduos e grupos sociais precarizados como subprodutores e subcidadãos, e isso, sob a forma de uma evidência social insofismável, tanto para os privilegiados como para as próprias vítimas da precariedade, é um fenômeno de massa e justifica minha tese de que o que diferencia substancialmente [...] é a produção social de uma “ralé estrutural” nas sociedades periféricas. Essa circunstância não elimina que, [...] exista a luta pela distinção baseada no que chamo de habitus secundário, que tem a ver com a apropriação seletiva de bens e recursos escassos e constitui contextos cristalizados e tendencialmente permanentes de desigualdade [...](SOUZA, 2003, p.72).

Embora seja indiscutivelmente um fenômeno de massa, como dito por Souza, a precarização afeta de forma ainda mais intensa os grupos historicamente segregados, excluídos e explorados. Neste diapasão, as comunidades quilombolas encontram na base das relações de exploração e, em virtude do “habitus precário” existente na sociedade brasileira, tendem se perpetuar nesta situação.

Neste sentido, para que se modifique esta reprodução contínua de desigualdade, é necessário que se realize uma detida análise das estratégias de luta social, denominadas pela doutrina de “política do reconhecimento”, que será estudada no próximo tópico.

5 RECONHECIMENTO OU REDISTRIBUIÇÃO? ANÁLISE DA TEORIA DE NANCY FRASER E AXEL HONNETH

Após a análise do processo histórico dos quilombos espírito-santenses e de sua contínua exclusão por parte do poder público, bem como no meio social, é importante que se realize um estudo sobre as possíveis estratégias de subversão desta situação, ou seja, de que maneira os quilombolas podem exigir a garantia dos seus direitos constitucionais, bem como sua participação no corpo social. Sendo assim, a categoria que se estuda é a do reconhecimento.

Quando se analisa questões concernentes ao multiculturalismo, a categoria do reconhecimento vem sendo utilizada na doutrina contemporânea para sistematizar as estratégias de luta social, seja por grupos minoritários ou até

mesmo a partir de uma perspectiva macrosocial, como a classista. Além disso, a própria questão do estabelecimento identitário liga-se ao reconhecimento, visto que a aceitação social possui um grande peso na identificação individual.

Neste contexto, destaca-se primeiramente a análise do filósofo Axel Honneth, representante da Escola de Frankfurt e estudioso da questão do reconhecimento. Para estruturar a sua teoria, Honneth organiza um diálogo entre Hegel – que também realizara considerações acerca do tema – e a psicologia social de George Herbert Mead. Segundo o autor,

[...] a reprodução da vida social se efetua sob o imperativo de um reconhecimento recíproco porque os sujeitos só podem chegar a uma autorelação prática quando aprendem a conceber, da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus destinatários sociais. [...] (HONNETH, p.2003, p.155).

Sendo assim, o reconhecimento do indivíduo liga-se diretamente com sua relação com os sujeitos de interação, a partir de uma relação dialógica. Além de um fenômeno simplesmente inerente e ontológico ao ser humano, o reconhecimento depende da interação social e é influenciado pelos eventuais conflitos que podem ocorrer neste processo.

Além disso, Honneth estabelece uma divisão em sua teoria do reconhecimento, ao dividi-la em três fases: o amor, o direito e a solidariedade. O escopo do autor foi demonstrar como as diferentes etapas de interação social interferem no reconhecimento, tanto no aspecto individual quanto no social.

Primeiramente, quando fala nas relações amorosas, “devem ser entendidas aqui todas as relações primárias, na medida em que elas consistem em ligações emotivas fortes entre poucas pessoas, [...] em sua efetivação os sujeitos confirmam mutuamente na natureza concreta de suas carências” (HONNETH, 2003, p.160).

Em seguida, Honneth trata da categoria do Direito, chamado também de reconhecimento jurídico. Segundo o autor,

[...] assim como os direitos políticos de participação, os direitos sociais de bem-estar também surgem na sequência de uma ampliação, forçada “a partir de baixo”, do significado que se associa à ideia de “igualdade de valor”, própria da condição de membro de uma coletividade política (HONNETH, 2003, p.192).

Esta etapa mostra-se essencial para uma efetiva política de reconhecimento. A partir do Direito, o indivíduo – ou grupo – é colocado como

parte integrante do corpo social, de forma a primar pela igualdade perante os seus pares. Esta atuação, feita notadamente pelo Estado, tem o condão de, por um lado, legitimar a luta por reconhecimento, por outro servir de alicerce para o desenvolvimento do respeito social recíproco.

Sendo assim, o termo escolhido por Honneth para simbolizar a fase do reconhecimento jurídico é a de “autorespeito”,

[...] em que a o indivíduo se acha merecedor de respeito visto que merece o respeito de outros, como pessoa que tem propriedades que capacitam para uma formação discursiva da vontade. Isto não significa, porém ter direitos básicos universais [...](HONNETH, 2003, p.195-196).

Além disso, importante destacar o momento, levantado por Honneth, em que existe o desrespeito na seara jurídica. Nesta hipótese, tanto a negação explícita de direitos fundamentais, quanto a precariedade de efetivação fazem com que se crie um sério déficit de reconhecimento. Logo, neste caso,

[...] estamos aqui lidando com a negação dos direitos e com a exclusão social, em que seres humanos padecem em sua dignidade por não terem concedidos de si os direitos morais e as responsabilidades de uma pessoa legal plena em sua própria comunidade. Portanto, esse tipo de desrespeito tem que ter, como sua relação correspondente, o reconhecimento recíproco, através do qual os indivíduos passam a se considerar portadores de iguais direitos a partir da perspectiva de seus companheiros. (HONNETH, 2007, p.86).

No caso específico dos quilombolas, esta etapa é vista de forma bastante evidente. Durante anos estas comunidades, notadamente a do Sapê do Norte, foram excluídas do convívio social em virtude de sua inadaptação ao sistema capitalista de mercado, como argumentado no tópico anterior a partir da análise sociológica de Jessé Souza.

Além de serem inferiorizados e considerados como “outsiders”, foram negados aos quilombolas direitos básicos e identitários como o território, educação, saúde e preservação de sua cultura, tratados verdadeiramente subcidadãos (MOREIRA, 2010, p.149)

No entanto, mesmo em situação de notável exploração e pauperização, as comunidades quilombolas conseguiram se organizar politicamente, afim de exigir reconhecimento como legítimos integrantes da sociedade brasileira. Sendo assim, a positivação do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e do Decreto 4887/2003, que reconhece

a propriedade dos territórios quilombolas, foram resultados positivos da luta travada pelos grupos quilombolas a partir de uma situação de desrespeito jurídico, exatamente como disposto por Honneth em sua teoria.

No entanto, a forma que esta etapa foi implementada pode ser colocada em discussão e é objeto de detidas críticas. Embora exista disposição constitucional e concretização legal, um número ínfimo de comunidades quilombolas foram reconhecidas e dadas o efetivo controle de seus territórios. Logo, a etapa do reconhecimento jurídico no Brasil não foi realizada de forma efetiva.

Finalmente, a última fase da teoria de Honneth discorre sobre a chamada “solidariedade”. Neste estágio, nomeado no aspecto psicossocial de “autoestima”, o processo mostra-se inverso à etapa de reconhecimento jurídico, visto que este concentra-se na efetivação ou busca do princípio da igualdade, ou seja, em elementos generalizadores da identificação social. Por outro lado, na solidariedade,

[...] diferentemente do reconhecimento jurídico em sua forma moderna, a estima social se aplica às propriedades particulares que caracterizam os seres humanos em suas diferenças pessoais: por isso, enquanto o direito moderno representa um medium de reconhecimento que expressa propriedades universais de sujeitos humanos de maneira diferenciadora, aquela segunda forma de reconhecimento requer um medium social que deve expressar as diferenças de propriedade entre sujeitos humanos de maneira universal, isto é, intersubjetivamente vinculante [...](HONNETH, 2003, p.200).

Sendo assim, esta etapa mostra-se essencial para um pleno processo de reconhecimento, pois valoriza os elementos particulares do indivíduo/grupo, ou seja, sua cosmovisão específica acerca da sociedade em que vive.

Ademais, a negação da autoestima social, como negativo do reconhecimento pela solidariedade, também é objeto de análise por Honneth. Segundo o autor, esta seria a principal e mais insidiosa forma de desrespeito, denominada por ele de “degradação”, ou seja,

[...] referindo-se negativamente ao valor social de indivíduos ou grupos; na verdade, é só com essas formas, de certo modo valorativas, de desrespeito, de depreciação de modos de vida individuais ou coletivos, que se alcança a forma de comportamento que a língua corrente designa hoje sobretudo com termos como “ofensa” ou “degradação”. A “honra” e a dignidade ou falando em termos modernos, o “status” de uma pessoa, refere-se, como havíamos visto, à medida de estima social que é

concedida à maneira de autorealização no horizonte da tradição cultural; [...] (HONNETH, 2003, p.217).

Logo, esta espécie de desrespeito viola diretamente a honra subjetiva do grupo, afetando sua identidade cultural e todas as suas especificidades. No caso dos quilombolas, também este tipo de degradação pode ser verificada, visto que a sua cultura é vítima de reiterada inferiorização e descaso por parte da sociedade e do poder público.

Acresça ainda a discussão acerca das diferentes visões existentes dentro da teoria de reconhecimento, notadamente o embate que existe entre as vozes que defendem a primazia do reconhecimento como núcleo essencial, enquanto outros que argumentam pela necessidade da chamada redistribuição.

Dentre os autores que defendem esta última visão, destaca-se a filósofa da Teoria Crítica Nancy Fraser. Estudiosa da problemática e ligada principalmente às minorias, Fraser realiza um estudo comparado em relação à teoria de Axel Honneth, no sentido de verificar qual seria a mais adequada para uma efetiva política de reconhecimento.

Na realidade, a divergência na teoria de ambos os autores explica-se também pelos diferentes modelos de sociedade e política que prescrevem. Axel Honneth, por um lado, acredita que o foco unitário nas políticas de redistribuição é característico do Estado de bem-estar social do século XX e mostrou-se claramente ineficiente nas democracias contemporâneas.

Enquanto a tendência dos primeiros movimentos sociais era de centralizar as reivindicações no aspecto material, agora a tendência seria a

[...] passagem da “redistribuição” para o “reconhecimento”. Enquanto o primeiro conceito está ligado a uma visão de justiça que visa alcançar a igualdade social através de uma redistribuição das necessidades materiais para a existência dos seres humanos enquanto sujeitos livres, no segundo conceito, as condições para uma sociedade justa passam a ser definidas como o reconhecimento da dignidade pessoal de todos os indivíduos [...]. (HONNETH, 2007, p.79).

Neste sentido, o foco passaria não necessariamente pela busca da erradicação de desigualdades sociais, mas para a análise e solução das categorias de degradação e desrespeito, como visto anteriormente, ligadas à dignidade humana.

Por outro lado, Nancy Fraser defende uma diferente visão acerca das políticas de reconhecimento. Segundo a autora, as demandas materiais ainda são

essenciais e devem também ser colocadas como prioridade, principalmente em países periféricos onde a desigualdade é mais insidiosa. Logo,

[...] lutas por reconhecimento ocorrem num mundo de exacerbada desigualdade material – desigualdade de renda e propriedade; de acesso ao trabalho remunerado, educação, saúde e lazer; e também mais cruamente, de ingestão calórica e exposição à contaminação ambiental; portanto, de expectativa de vida e taxas de mobilidade e mortalidade. A desigualdade material está em alta na maioria dos países do mundo – nos EUA e na China, na Suécia e na Índia, na Rússia e no Brasil [...] (FRASER, 2006, p. 231).

Neste sentido, a proposição de Fraser seria, primeiramente, demonstrar que as discussões acerca das necessidades materiais não estão superadas na contemporaneidade, mas que precisam de um “reboot” metodológico. Este se faria a partir de uma nova teoria crítica do reconhecimento, que defenda uma política cultural da diferença que se combine com uma política social da igualdade (FRASER, 2006, p. 231).

Importante notar que, embora diverjam acerca dos pressupostos teóricos, Fraser e Honneth argumentam acerca destes dois aspectos do reconhecimento, ou seja, a necessidade de se garantir a diferença e a igualdade, concomitantemente.

Acresça-se ainda o desenvolvimento da teoria de Fraser, quando ela compara e analisa os diferentes grupos que necessitam de políticas de reconhecimento, ligadas à valoração cultural, ou políticas de redistribuição, que almejam reestruturação material ligadas à ações afirmativas, dentre outras causas.

Neste ponto, a autora chama atenção para as denominadas “coletividades ambivalentes”, que

[...] são diferenciadas como coletividades tanto em virtude da estrutura econômico-política quanto da estrutura cultural-valorativa da sociedade. Oprimidas ou subordinadas portanto, sofrem injustiças que remontam simultaneamente à economia política, política e cultura. [...] Nesse caso, nem remédios de redistribuição nem os de reconhecimento, por si sós, são suficientes. Coletividades ambivalentes necessitam dos dois. Gênero e “raça” são paradigmas de coletividades bivalentes [...] (FRASER, 2006, p. 233).

Este ponto é central na teoria de Fraser. Considerando as demandas sociais dentro de um espectro, a redistribuição e o reconhecimento estariam em extremidades opostas. Os grupos que são explorados – fenômeno característico

de classe – necessitariam de redistribuição, enquanto os grupos que são subordinados necessitariam de reconhecimento, dentro de uma perspectiva cultural e política.

No entanto, estas comunidades ambivalentes não se encontram, segundo o raciocínio da autora, em nenhuma destas extremidades, ou seja, possuem necessidades de ambas espécies. Logo, seria essencial uma visão dupla, uma lente bifocal sobre a problemática, para que se consiga realmente um reconhecimento pleno.

Ademais, importante destacar uma coletividade ambivalente estudada por Fraser, que são os negros. Segundo a teórica, a categoria “raça” (juntamente com o gênero) seria um exemplo claro desta bifocal necessidade que ela advoga. Sendo assim,

[...] a “raça” é portanto um modo ambivalente de coletividade com uma face econômico-política e uma face cultural valorativa. Suas duas faces se entrelaçam para se reforçarem uma à outra, dialeticamente, ainda mais porque as normas culturais racistas e eurocêntricas estão institucionalizadas no Estado e na economia e a desvantagem econômica sofrida pelas pessoas de cor restringe sua “voz”[...]. (FRASER, 2006, p. 236).

Neste ponto, a análise da autora encontra-se diretamente com o caso estudado no presente artigo, que são os quilombolas espírito-santenses, visto que eles representam exatamente a necessidade dupla de uma comunidade ambivalente. Por um lado, são estigmatizados em virtude do racismo sofrido durante séculos. Aliás, o próprio regime econômico em que surgiram era eminentemente racista, que foi a escravidão.

Por outro lado, a sua cosmovisão e seu modo de vida não se integravam ao sistema capitalista de produção, logo, foram excluídos da integração econômica e permaneceram em paupável desvantagem econômica, até os dias atuais. Logo, esta análise bifocal é de grande importância para um verdadeiro reconhecimento das comunidades quilombolas capixabas.

Na realidade, o que se percebe a partir da análise do trabalho de Fraser e Honneth é que, embora tenham bases epistemológicas diferentes, ela ligada à moral e ele à ética hegeliana, ambos preocupam-se com a questão do reconhecimento cultural e da redistribuição material em suas teorias. A diferença

seria, possivelmente, o peso que cada um terá dentro de uma política de reconhecimento.

Inclusive, Honneth faz questão de argumentar que

[...] as demandas por redistribuição material surgem da conceituação epistemológica de uma ética democrática que estou propondo aqui a partir de duas fontes. Por um lado, a partir de implicações normativas de igualdade perante a lei, que promete tratamento igual para todos os membros de uma comunidade democrática organizada. Isso demonstra que a concessão de direitos sociais e a redistribuição que se segue cumpre a função normativa de conceder a cada indivíduo a oportunidade de participar do processo democrático da formação pública de uma comunidade baseada na lei. As demandas por redistribuição surgem também da ideia normativa de que cada membro de uma sociedade democrática deve ter a chance de ser socialmente estimado por seus feitos individuais. A mim parece que esse padrão de estima social corresponde largamente ao que Nancy Fraser chama de “distribuição justa” [...] (HONNETH, 2007, p.91-92).

A crítica que o autor faz à teoria de Nancy Fraser liga-se principalmente a um possível reducionismo à problemática material de redistribuição, sendo que na realidade deveria ser incluído dentro da teoria do reconhecimento, de forma secundária.

Caso contrário, seria impossível modificar as estruturas sociais, os alicerces que reproduzem as explorações econômicas, bem como os desrespeitos culturais.

No mesmo sentido critica Camatta Moreira, em relação à maneira em que Fraser combina reconhecimento e redistribuição, de forma simplista em relação ao aspecto ético para a busca legítima por reconhecimento, após reiterado desrespeito cultural/material. Sendo assim, diz que

[...] em sua analítica, a autora chama atenção para a dificuldade de se separar o reconhecimento da distribuição. Não obstante essa ressalva, no decorrer o seu texto, Fraser acaba limitando o reconhecimento como reconhecimento da diferença no sentido do princípio da autenticidade. [...] Honneth acredita que, para se afirmar que os conflitos contemporâneos são lutas por reconhecimento, é preciso investigar quais são as formas morais relevantes de privação e sofrimento [...] (MOREIRA, 2010, p.65-66)

Este possivelmente seja o ponto fraco da argumentação da autora, ou seja, em que pontos as categorias estudadas se convergem. No entanto, para desviar de certa omissão, a autora estrutura critérios de justiça dentro da dicotomia reconhecimento/redistribuição, ao tratar dos denominados “remédios afirmativos” e “remédios transformativos”. Segundo Fraser,

[...] por remédio afirmativo para a injustiça, entendo os remédios voltados para corrigir efeitos desiguais de arranjos sociais sem abalar a estrutura subjacente que os engendra. Por remédios transformativos, em contraste, entendo os remédios voltados para corrigir efeitos desiguais precisamente por meio da remodelação da estrutura gerativa subjacente. O ponto crucial do contraste é efeitos terminais vs. processos que os conduzem – e *não* mudança gradual vs. mudança apocalíptica [...](FRASER, 2006, p. 237).

Logo, deveria existir uma separação dentro das categorias de redistribuição e reconhecimento, como estratégia que possibilite uma verdadeira modificação do “habitus precário”. A primeira etapa se preocuparia em modificar práticas, culturais ou econômicas, que prejudicam determinada coletividade, enquanto a segunda etapa centralizaria em transformar a realidade em profundidade.

Sendo assim, argumenta-se que existem importantes contribuições nas teorias de Axel Honneth e Nancy Fraser e que embora apresentem diferenças, os pontos de convergência fazem com que sirvam como sólido aporte teórico para se construir uma política de reconhecimento/redistribuição em face das comunidades quilombolas do Estado do Espírito Santo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pauperização das condições de vida das comunidades quilombolas espírito-santenses mostra-se como fenômeno complexo e de difícil diagnóstico e prognóstico. A história brasileira demonstra que esta parcela da população foi continuamente excluída. Seja no período do regime escravocrata, no contexto da criação dos quilombos ou na contemporaneidade com a exploração capitalista, a história quilombola pode ser descrita verdadeiramente como um ininterrupto processo de resistência.

No entanto, é impensável que em pleno Estado Democrático de Direito, o Brasil permita que uma violação de direitos de tamanha gravidade continue a ser reproduzida. Para tanto, é essencial que primeiramente se conheça a história da luta quilombola. Diferentemente de outros grupos sociais, eles são invisibilizados até mesmo dentro do meio acadêmico, o que dificulta a sua busca por garantias fundamentais.

Nesta seara, mostra-se importante conhecer as entranhas da desigualdade social do Brasil, ou seja, como o país engendra a sua formação de miséria em série. Nesta esteira, os quilombolas ocupam o lugar de protagonistas. O racismo, velado e disseminado na sociedade brasileira, conjuntamente ao segregacionismo do capital, faz com que o estilo deste grupo social seja desmerecido e inferiorizado.

Logo, uma verdadeira política do reconhecimento é obrigatória para a transcendência destas comunidades. A distribuição dos recursos materiais é uma parte essencial deste processo, visto que grande parte dos quilombolas vivem em situação de extrema miséria. Em conjunto, deve ser efetivado o reconhecimento de sua cultura e cosmovisão identitária, para a prospecção de uma realidade mais inclusiva e ética.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Vade mecum Saraiva. 14. ed. São Paulo:Saraiva, 2012.

_____. **Constituição Federal Brasileira (1988)**. Vade mecum Saraiva. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Decreto 4887 de 20 de novembro de 2003**. Disponível em:<www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 jul. 2014.

FERREIRA, S. R. B.. “Donos do Lugar”: A geografia negra e camponesa do Sapê do Norte – ES. Espírito Santo. **Revista Geografares**. n.8. 2010. Disponível em: <www.periodicos.ufes.br>. Disponível em: 17 jul. 2014.

FRASER, N.. **Da redistribuição ao reconhecimento?** Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. Cadernos de campo. São Paulo. n. 14/15. 2006. Disponível em:<www.revistas.usp.br>. Acesso em: 2 ago. 2014.

HONNETH, A.. Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectivas na ordem moral da sociedade. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (Org). **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007.

_____. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Ed.34, 2003.

INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Coordenação geral de regularização de territórios quilombolas – **DFQ: andamento dos processos**. Disponível em: <www.incra.gov.br>. Acesso em: 29 jul.2014.

MOREIRA, N. C.. **Fundamentos de uma teoria da Constituição Dirigente**. Florianópolis: Conceito editorial, 2010.

Organização Internacional do Trabalho - **OIT. Convenção n° 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Disponível em: <www.portal.iphan.gov.br>. Acesso em: 30 jul. 2014.

SOUZA, J.. **(Não) Reconhecimento e subcidadania, ou o que é "ser gente"?** **Lua Nova**. São Paulo. 2003. n.59. Disponível em: <www.scielo.com.br>. Acesso em: 30 jul. 2014.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

GT – DIREITO, GÊNERO E SEXUALIDADE

CANOAS, 2015

QUESTÕES DE GÊNERO NO BRASIL E SEUS EFEITOS NOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DE APOSENTADORIA DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL: UMA PROTEÇÃO OU UMA “PSEUDO-PROTEÇÃO”?

Aline Fagundes dos Santos

RESUMO: A presente pesquisa se desenvolveu a partir da identificação do problema pertinente a questão de gênero, em relação a legislação previdenciária no Brasil, no que diz respeito as regras de concessão dos benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição e de idade do Regime Geral de Previdência Social, as quais estão estruturadas por gênero, e estabelecem requisitos diferenciados para homens e mulheres acessarem tais proteções. A questão a ser investigada é saber se de fato este arranjo ainda deve persistir no ordenamento jurídico, mesmo diante das transformações do mundo do trabalho, da família e da sociedade como um todo, ou se, já é chegado o momento de diálogo entre os atores sociais na busca de alterações da lei.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; gênero; proteção previdenciária.

1 INTRODUÇÃO

O sistema de seguridade social no Brasil, está organizado conforme artigo 194, da Constituição Federal de 1988, prevendo ações específicas direcionadas para as áreas de saúde, previdência e assistência, todos direitos de cunho fundamental social, eis que inseridos no mesmo diploma legal, em seu título II, capítulo II, artigo 6º, pertinente ao conjunto de direitos e garantias fundamentais.

Cada área em questão foi minuciosamente traçada pelo legislador constitucional em subsistemas, sendo que nos artigos 196 a 200, abordou-se a questão pertinente a saúde, que elenca a gratuidade como sua principal marca, posteriormente, entre os artigos 201 e 202, foram destacados princípios e regras gerais referentes a proteção previdenciária, que informa que a filiação ao regime geral de previdência social é obrigatória e que o mesmo terá caráter contributivo, e por fim, já no artigo 203 tem-se de fato, a maior inovação no cenário

constitucional pertinente a seguridade social, o direito fundamental a assistência social, a ser prestado pelo Estado a todos desamparados.

O tema da presente pesquisa, pauta-se especificamente na análise das regras pertinentes a proteção previdenciária, principalmente sob o enfoque dos benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição e por idade, concedidos através do Regime Geral de Previdência Social, conforme expõe o artigo 201, § 7º, incisos I e II, da Constituição Federal de 1988.

O interesse por tal pesquisa deve-se ao fato de que as regras ali dispostas, bem como aquelas, presentes na Lei nº 8.213/91, que dão maior orientação e suporte ao Poder Executivo, representado através do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, autarquia federal, responsável pela análise de concessão de tais prestações, estarem organizadas levando em conta critérios de gênero.

Neste contexto, é importante analisar referida legislação, observando o tratamento diferenciado dispensado pelo legislador, inclusive no âmbito constitucional, no tocante a homens e mulheres, bem como a evolução de tais normas ao longo dos anos, e questionar se ainda justifica-se a presença de tais requisitos diferenciadores entre ambos, ou se, pela evolução de nossa sociedade, principalmente nos últimos anos, este modelo organizado pelo critério de gênero já não está clamando por alterações, inclusive por conta do princípio da igualdade, também de status constitucional.

Desta forma, utilizando-se de pesquisa na legislação constitucional e também infraconstitucional, na doutrina e na jurisprudência, abordar-se-á o problema, analisando-se alguns de seus desdobramentos, para procurar responder o questionamento central do artigo: as regras de proteção previdenciária do regime geral no Brasil, que estão estruturadas por gênero, representam uma proteção, ou tratam-se na verdade de uma “pseudo-proteção”?

2 A SEGURIDADE SOCIAL DO BRASIL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 inovou como nunca o constitucionalismo nacional, introduzindo no seu rol de direitos fundamentais, os também chamados

direitos sociais¹ (PIOVESAN, 2007, p.34), mudança extraordinária no país, decorrente da mobilização social na Constituinte e também das tendências internacionais.

Neste palco, a Constituição Federal de 1988 surgiu com grandes avanços em relação a garantias e direitos fundamentais, como a proteção de camadas mais vulneráveis da sociedade civil, sendo que passou a ser conhecida como a Constituição cidadã², onde os direitos humanos na sua integralidade ganharam relevo de forma surpreendente, como nunca antes visto em nosso país.

Desta forma, o legislador, após instituir a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, no artigo 1º, esclareceu alguns dos objetivos do país, no artigo 3º, dentre eles o de “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais*”; logo após, no capítulo II, do título II, do qual trata dos direitos e garantias fundamentais, nomeou os direitos sociais.

Sendo assim, no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 da República Federativa do Brasil, ficou estabelecido que os direitos sociais compreendem: “*a educação, a saúde, o trabalho, a moradia³, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados*”.

Desta maneira, devido à acolhida no texto constitucional dos direitos sociais dentro do título dos direitos e garantias fundamentais, dúvida alguma cabe em relação ao caráter fundamental de tais direitos na nova ordem vigente desde 1988 no país.

Esta também é a posição adotada por Ingo Wolfgang Sarlet:

A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em

¹ “Trata-se da primeira Constituição brasileira a inserir na declaração de direitos os direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições anteriores as normas relativas a tais direitos encontravam-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social, não constando do título dedicado aos direitos e garantias” (PIOVESAN, 2007, p.34).

² Expressão utilizada por Ulysses Guimarães, na época Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, responsável pela promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual contemplou como nunca direitos humanos e a defesa e a plena realização da cidadania.

³ O direito a moradia foi incluído no catálogo de direitos fundamentais sociais somente com a Emenda Constitucional nº. 26/2000.

princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático (SARLET, 2009, p.66).

Neste sentido o direito à seguridade social, que compreende políticas públicas voltadas para atender as áreas de saúde, previdência e assistência social, conforme arranjo contido no artigo 194 da Constituição Federal de 1988, constitui um direito eminentemente fundamental, de acordo com João Batista Herkenhoff:

O sistema de seguridade social, sob a responsabilidade do Estado e da sociedade, não é, pois, favor ou esmola, que viesse a socorrer os que não podem, de seu próprio bolso, satisfazer as necessidades de ordem econômica, social e cultural. Muito pelo contrário, o provimento da seguridade social é imperativa. Usufruir dessa seguridade é direito humano fundamental (HERKENHOFF, 2000, p.88).

Sendo-se assim, constata-se que a ideia de organizar três direitos de natureza estritamente social: saúde, previdência e assistência social, dentro de um sistema de proteção, demonstra que o bem-estar e a justiça estão situados como valores supremos da sociedade brasileira pós 1988, com potencial suficiente para transformar as situações identificadas pelo constituinte, de extrema necessidade (BALERA, 2010, p.22-23).

A questão a saber apenas, é sobre qual a influência de tais valores na nova ordem constitucional que se instaura no Brasil pós 1988, conforme menciona o professor Wagner Balera:

Sendo assim, importa estabelecer – a partir das noções de bem-estar e de justiça – o grau de influência que tais valores exercem e devem seguir exercendo sobre a elaboração, interpretação e aplicação das normas que efetivarão tais objetivos no mundo fenomênico (BALERA, 2010, p.23).

Com esta mesma preocupação, Ingo Wolfgang Sarlet, também lembra a necessidade de justiça material, neste novo paradigma inserido pós processo de redemocratização:

No âmbito de um Estado social de Direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material (SARLET, 2009, p.62).

Neste contexto, a seguridade social, organizada na Constituição Federal de 1988, através de regime geral e de contribuição obrigatória constituirá em forte

instrumento de realização de justiça material entre os cidadãos, tanto homens como mulheres.

Em relação ao subsistema previdência social propriamente dito, organizado entre os artigos 201 e 202, da Constituição Federal de 1988, o professor Miguel Horvath Junior destaca que o mesmo está estruturado com base no princípio da solidariedade entre todos os seus integrantes, ao afirmar:

A seguridade social como política social é método de economia coletiva. Sendo método de economia coletiva, a comunidade é chamada a fazer um pacto técnico-econômico em que a solidariedade social é o fiel da balança. A solidariedade social consiste na contribuição da maioria em benefício da minoria. A Previdência Social, enquanto parte integrante da Seguridade Social, atua como instrumento de redistribuição da riqueza nacional utilizado e cumprido pelo legislador ao fixar os riscos e a dimensão da necessidade social básica (HORVATH JÚNIOR, 2014, p.121).

Desta feita diversos benefícios previdenciários foram estabelecidos no catalogo constitucional, pertinente a previdência social, protegendo homens e mulheres, com regras próprias, em algumas das vezes prestigiando em larga escala o princípio da solidariedade, a fim de proteção de toda coletividade, de infortúnios presentes na vida humana.

3 REGRAS PERTINENTES A CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO E POR IDADE DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

A previdência social está disciplinada no artigo 201 da Constituição Federal de 1988, e tem como diretrizes:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

- I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

[...]

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

Eis, aí exatamente o questionamento desta pesquisa, pois apesar dos homens e mulheres serem iguais em direitos e obrigações, conforme estabelece a própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, este não é o tratamento conferido em relação a concessão destas duas espécies de aposentadoria: por tempo de contribuição e por idade, identificadas no § 7º, incisos I e II, do artigo 201 acima transcrito.

Corroborando ainda este entendimento a Lei nº 8.213/91, confirma tal diferenciação, no tocante a aposentadoria por idade, ao estabelecer em seu artigo 48, que a mesma será devida ao segurado que, cumprida a carência de 180 contribuições, prevista no artigo 25, inciso II, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.

Percebe-se com este tratamento, que o homem, no caso de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição deve contribuir cinco anos a mais que a mulher pela regra geral, prevista na Constituição Federal de 1988, e pela aposentadoria por idade se aposenta cinco anos mais tarde.

Neste contexto, surgiu então o questionamento: este tratamento diferenciado conferido pelo legislador, que considera o critério de gênero para concessão de tais benefícios deve prevalecer na legislação, ou tal paradigma já está superado, por conta dos exemplos inclusive presentes no direito do trabalho.

4 A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE E AS MODIFICAÇÕES NO CENÁRIO FEMININO *VERSUS* MASCULINO

É notório que a sociedade atual evoluiu no que diz respeito ao binômio masculino/feminino, sendo que a própria Constituição Federal de 1988, no caso brasileiro, estabelece já em seu artigo 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à

segurança e à propriedade, e ainda que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

Posteriormente o legislador constitucional, por conta de um passado não muito distante a 1988, destacou no artigo 7º, diversos direitos dos trabalhadores, e no inciso XVIII, especificamente menciona que a gestante terá direito a licença, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias, norma que também segue disciplinada na Lei nº 8.213/91, em seu artigo 71 e seguintes.

No mesmo sentido, com intuito de proteção a família, observa-se a mesma proteção ao homem, no inciso XIX, do mesmo artigo 7º, todavia tal proteção de apenas 5 dias, situação que também diferencia ambos de maneira considerável.

Na sequência ainda do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988 do Brasil, observa-se novamente outra determinação que visa proteger a mulher e seu trabalho, no inciso XX, e ainda a proibição expressa de diferença de salários, exercícios de funções, ou qualquer outra discriminação por motivo de sexo, conforme inciso XXX.

Por outro lado, importa registrar que o Brasil nada mais fez em sua Constituição pós redemocratização, do que seguir as orientações internacionais, conforme consignado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 23, que já conferia tal tratamento as mulheres:

Artigo 23

§1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

§2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

Todavia, se no plano legal as proteções são várias, na prática as mulheres infelizmente ainda enfrentam discriminação no mercado do trabalho, principalmente por questões da vida privada, o que inclusive dificulta em muitos casos, a sua permanência nele por longos períodos.

Embora a igualdade profissional e a igualdade salarial estejam na agenda política das democracias ocidentais como uma das dimensões fundamentais da cidadania das mulheres, a divisão desigual do trabalho familiar e doméstico pesa sobre as desigualdades entre os homens e as mulheres no mercado de trabalho e limita a autonomia das mulheres (LAUFER, 2003, p.130).

É notório o fato de que as mulheres estão exercendo novos papéis na sociedade atual, principalmente no que diz respeito a vida pública, por conta de ocupação de novos postos de trabalho, até então preenchidos apenas por homens, contudo a vida privada de muitas mulheres, ainda está ajustada conforme o modelo existente a décadas atrás.

Infelizmente por toda parte é possível perceber sempre, que o “valor” distingue o trabalho masculino do trabalho feminino, eis que a produção “vale” mais do que a “reprodução”, produção masculina “vale” mais que produção feminina (mesmo quando uma e outra são idênticas), fato que induz um quadro existente desde os primórdios da civilização, ou seja, nos arranjos familiares, a posição do homem é a de provedor, enquanto que a da mulher é a de cuidadora (HIRATA; KERGOAT, 2003, p.113).

Isto se confirma quando analisamos as primeiras ocupações de mulheres no mundo do trabalho, eis que as mesmas se ocuparam de tarefas como domésticas, cuidadoras, professoras, enfermeiras, enfim, todas atividades voltadas primeiramente ao âmbito familiar.

Por conta deste cenário idealizado no seio de nossas famílias, o trabalho do homem, sempre foi e continua sendo mais valorizado do que o da mulher na grande maioria dos casos, situação que repercutiu na legislação previdenciária, e que explica este tratamento diferenciado presente nas regras pertinentes a concessão dos benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição e por idade.

Assim, por conta do fato de mulheres cada vez buscarem espaços na vida pública, mas ainda manterem suas obrigações no âmbito privado, muitas vezes de forma solitárias, como mães, esposas, cuidadoras, é que a legislação previdenciária foi organizada na forma de compensar esta dupla jornada, que acarreta grande desgaste biológico.

Neste contexto, é fácil constatar a situação delicada em que se encontram as mulheres no Brasil, divididas entre tarefas da vida pública e privada, e que tal proteção previdenciária ainda deve persistir no nosso ordenamento jurídico, pois o próprio direito do trabalho nos demonstra que apesar de toda proibição existente

a discriminação do trabalho da mulher, a mesma ainda sofre preconceito e tem sua dignidade violada.

Diariamente nos deparamos com situações como esta transcrita abaixo, que demonstra que questões de gênero no Brasil ainda estão longe de serem resolvidas:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. 2. CARACTERIZAÇÃO DE DANO MORAL COLETIVO. DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES TRABALHADORAS, QUE FAZIAM SUA REFEIÇÃO NO CHÃO DO BANHEIRO FEMININO. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. A prática da Reclamada - de permitir que as mulheres que trabalham na empresa façam suas refeições no banheiro feminino, impedindo-as de frequentar o -refeitório masculino- -contrapõe-se aos princípios basilares da atual Constituição Federal, mormente àqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho humano (art. 1º, III e IV, da CR/88), além de traduzir injustificável e gravíssima discriminação. Dessa maneira, é forçoso concluir pela manutenção da condenação da Reclamada ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, no valor de R\$ 50.000,00. Registre-se que os critérios da razoabilidade e proporcionalidade foram observados no caso em análise, em que o direito lesado se referiu à discriminação contra as mulheres trabalhadoras, de modo a produzir dano coletivo, independentemente do aspecto individual da lesão. Portanto, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os termos da decisão denegatória que, assim, subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido⁴.

Como pode ser percebido, agora mesmo que iguais em direito, as mulheres permanecem desiguais de fato, como é o caso da esfera profissional, em que podemos constatar que a instauração de um princípio de igualdade ainda está longe de se tornar realidade, nem no campo da remuneração, nem do ponto de vista dos empregos ocupados, ou até mesmo do respeito conferido as mulheres, no ambiente trabalho.

Outra situação de extrema violação de normas constitucionais protetoras das mulheres, é aquela que faz discriminação das que se encontram em idade reprodutiva, conforme pode ser percebido no caso abaixo:

Ementa: RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL. ASSÉDIO MORAL. DISCRIMINAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER. O direito à igualdade se caracteriza pela isonomia de tratamento e a

⁴ (TST – Agravo de instrumento em Recurso de Revista. nº 996020115140101. 3ª Turma. Rel. Des. Ministro Mauricio Godinho Delgado. Ac de 01/10/2014, DJ 03/10/2014).

proteção à maternidade encontra sede na Constituição Política (arts. 5º, I, e 6º, caput), portanto, não se permite qualquer distinção decorrente de atributos pessoais, ainda mais referente ao estado gestacional, momento em que a mulher, devido a diversas alterações físicas e emocionais, encontra-se numa condição mais sensível a fatores discriminatórios. É inegável que, com a modernização das relações sociais, as mulheres, após longos anos de lutas e conquistas, vêm ocupando o seu lugar no mercado de trabalho, não se limitando aos afazeres meramente domésticos. A mulher moderna é autônoma, e por meio de seu trabalho se afirma como uma personagem ativa das transformações sociais e econômicas, muito contribuindo no próprio sustento familiar, não sendo raros os casos em que o ônus pela manutenção do lar fica exclusivamente ao seu cargo. Nessa linha, e considerando que historicamente a mulher exerceu um papel subalterno na sociedade (com raras exceções), devido a preconceitos enraizados no complexo social, que infelizmente até hoje persistem, como se verifica no caso dos autos, foram inseridas na legislação pátria normas de proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX, CF; art. 10, b da ADCT; art. 391 da CLT, dentre outras). Especificamente quanto à maternidade, a legislação, de cunho eminentemente social, prevê medidas que visam proteger não só a mulher na sua condição de trabalhadora, mas também permitir que esta tenha tranqüilidade para exercer de forma plena suas funções maternas, o que é de suma importância para um desenvolvimento saudável da criança. Nesse contexto, verifica-se que a conduta da reclamada, ao praticar discriminação generalizada contra mulheres grávidas no âmbito de seu estabelecimento, além de contrariar todas as normas protetivas do mercado feminino, em especial o da maternidade, está na contramão da história, por demonstrar modos de conduta empresariais arcaicos não condizentes com o que se espera hodiernamente de uma empresa séria e em consonância com as peculiaridades da sociedade moderna. Recurso patronal a que se nega provimento⁵.

A partir destes casos relatados acima, os quais representam apenas uma amostra do que mulheres enfrentam no mundo do trabalho, apesar da vasta legislação protetiva já existente no país, que proíbe toda e qualquer forma de discriminação por gênero, já é possível constatar que tal proteção existente no âmbito previdenciário deve continuar.

5 A DIFERENCIAÇÃO POR GÊNERO NA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL: MANUTENÇÃO OU MODIFICAÇÃO?

Os defensores da manutenção da diferença de cinco anos de contribuição na aposentadoria por tempo, e de cinco anos de idade, na aposentadoria por idade entre homens e mulheres, afirmam que a grande maioria das mulheres,

⁵ (TRT/DF- Recurso ordinário. nº 949200802110001. 2ª Turma. Rel. Des. Maria Piedade Bueno Teixeira. Ac de 12/05/2009, DJ 29/05/2009).

apesar de hoje já estarem ocupando papéis significativos no mercado de trabalho, ainda enfrentam a dupla jornada, dividindo-se em atividades na vida pública e também na vida privada.

E ainda sustentam que há uma grande desigualdade no mercado de trabalho, o que gera uma menor capacidade contributiva por parte das mulheres, e principalmente aquelas com idade mais avançada.

Desta forma igualando-se a idade mínima e o tempo de contribuição entre ambos, para o fim de concessão de proteções previdenciárias, as mulheres estariam mais uma vez sendo prejudicadas, pois por conta da criação dos filhos, da maternidade, da formação muitas vezes mais inferior, ou mais tardia do que a de seus parceiros, o período de permanência delas no mercado de trabalho acaba sendo muitas vezes menor.

Por outro lado, os defensores da modificação das regras, medida que tornaria igualitária a forma de acesso a tais benefícios para homens e mulheres, defendem que por conta das mulheres hoje viverem mais que os homens⁶, o custo previdenciário com elas acaba sendo maior, e ainda que esta discriminação não mais se justifica, pois as mulheres já alcançaram seu devido espaço na sociedade brasileira, eis que tem-se exemplos inclusive de ocupação de cargos de chefia, direção e supervisão.

Esta discussão de cunho previdenciário que se levanta é bastante relevante, pois está estruturada em questões de gênero, que por um momento representam um tratamento diferenciado entre homens e mulheres, mas que na verdade reproduzem um modelo de sociedade pautada na diferenciação de tarefas e responsabilidades entre ambos, e de um Estado que pouco se importou até o presente momento em desconstruir tal paradigma, adotando políticas públicas compensatórias que equilibrassem vida laboral e vida familiar.

Segundo Jacqueline Laufer esta preocupação, com a criação de políticas públicas compensatórias variou entre os países:

Segundo as concepções e as histórias nacionais que presidiram a construção dos Estados-providência e em particular das políticas sociais

⁶ Segundo dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), a expectativa de vida das mulheres brasileiras é 7,3 anos maior que a dos homens, segundo os dados das Tábuas Completas de Mortalidade do Brasil de 2013.

e familiares, a legitimidade da intervenção pública para permitir às mulheres “conciliar” trabalho remunerado e não remunerado variou, da mesma maneira que variou o espaço de um objetivo de igualdade entre homens e mulheres. Em certos países, o objetivo foi favorecer o acesso das mulheres ao mercado de trabalho, procurando compensar as desigualdades de situação entre homens e mulheres em consequência do trabalho não remunerado doméstico e familiar (LAUFER, 2003, p.130).

Esta é uma realidade presente no Brasil, pois aqui são muito raras as proteções do trabalho da mulher, pois retirando-se do cenário o caso da gestante, a mulher, existindo um problema familiar, envolvendo um filho, por exemplo, não possui proteção alguma de seu trabalho, e quanto ao homem, por conta das políticas públicas existente no país, ele é totalmente excluído da vida familiar.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme observado, pela análise de dados é muito difícil esta modificação proposta por vários especialistas, com o estabelecimento de um tratamento igualitário entre homens e mulheres no tocante a concessão de benefícios de aposentadoria, pois a regra existente visa compensar as mulheres de uma situação real ainda presente e que irá perdurar por muito tempo em nossa sociedade.

Por outro lado, é necessário o debate para que esta pseudo-proteção, (diminuição em cinco anos de contribuição e em cinco na idade, de mulheres em relação aos homens), na verdade não continue mascarando outra realidade, a de que o país não possui políticas públicas que visem proteger a família dos infortúnios da vida, permitindo que todos, independentemente do gênero possam participar da vida privada e comprometer-se com tarefas domésticas.

Se o Brasil de fato buscar efetivar a dignidade da pessoa humana e proteger a família, deverá pensar urgentemente em estabelecer aqui um novo benefício previdenciário, chamado de auxílio parental, para que tanto, mulheres como homens possam participar da vida privada e dividir as tarefas em relação a família, buscando assim um equilíbrio, antes disto, qualquer alteração no sentido de aumentar o tempo de contribuição ou de idade mínima para mulheres se aposentarem representará verdadeira afronta a sua dignidade.

REFERÊNCIAS

BALERA, W. **Noções preliminares de direito previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 16 abril 2015.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em 16 abril 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Trabalho 10ª Região. **Recurso Ordinário, nº 949200802110001**. 2ª Turma. Rel. Des. Maria Piedade Bueno Teixeira. Acesso em: 16 abril 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de instrumento em Recurso de Revista, nº 996020115140101**. 3ª Turma. Rel. Des. Ministro Maurício Godinho Delgado. Acesso em: 16 abril 2015.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

HERKENHOFF, J. B. **Justiça, direito do povo**. Rio de Janeiro: Thex, 2000.

HORVATH JÚNIOR, M. **Direito previdenciário**. 10ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

MURIANI, M. HIRATA, H. **As novas fronteiras da Desigualdade: homens e mulheres no mercado de trabalho**. São Paulo: Senac, 2003.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

**EXERCÍCIO DE DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS POR
ADOLESCENTES NO BRASIL: VIOLÊNCIAS INSTITUCIONAIS E DE GÊNERO
NO CONTROLE DO LIVRE EXERCÍCIO DA SEXUALIDADE E DO ACESSO ÀS
VISITAS ÍNTIMAS**

Taysa Schiocchet⁷

Fernanda M. G. Freitas⁸

RESUMO: Este artigo é um recorte da pesquisa “Exercício de Direitos Sexuais e Reprodutivos por Adolescentes, no contexto sanitário brasileiro: tutela e efetividade do direito ao aborto legal e as visitas íntimas”, produzida pelo Grupo de Pesquisa IBioTecJusI, do CNPq e PPGD/UNISINOS. O objetivo geral consiste em analisar o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos por adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa, especificamente o direito às visitas íntimas, problematizando de que forma as violências institucionais e de gênero afetam o exercício desses direitos. Especificamente, visa a identificar em que medida as instituições que trabalham com adolescentes exercem um controle sanitário sobre seus corpos e sua sexualidade, negando o direito a visitas íntimas. A metodologia consistiu em pesquisa bibliográfica e documental, em perspectiva transdisciplinar e dialética, bem como pesquisa empírica. Diante da escassez de dados empíricos, foi realizado o mapeamento das instituições gaúchas que teriam o dever de garantir tais direitos aos adolescentes. Como resultados tem-se a realização de um estudo sistematizado da legislação referente aos direitos sexuais e reprodutivos no Brasil, o levantamento das instituições diretamente envolvidas com a concretização de tais direitos, bem como o auxílio à produção de vídeos curtos a fim de impactar na formação especializada de recursos humanos. A partir desses dados, concluímos que,

⁷ Doutorado em Direito (2010) pela UFPR, com período de estudos doutorais na Université Paris I - Panthéon Sorbonne e na Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO, Buenos Aires). Pós-doutorado pela Universidad Autónoma de Madrid (UAM), na Espanha. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UNISINOS). Professora visitante da Université Paris X. Advogada. Líder do Grupo de Pesquisa IBioTecJusI Estudos Avançados em Direito, Tecnologia e Biopolítica. Tem experiência na área de Direito e Bioética, com ênfase em Teoria e Filosofia do Direito e Direito Civil-Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos humanos, bioética e ética na pesquisa, biotecnologia, antropologia, estudos de gênero, laicidade, criança e adolescente e povos indígenas. E-mail: taysa_sc@hotmail.com.

⁸ Graduada em Educação Física pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003). Acadêmica da Escola de Direito da Unisinos. Bolsista de Iniciação ao Extensionismo CNPQ. Participante do Projeto de Pesquisa Exercício de Direitos Sexuais e Reprodutivos por adolescentes, no contexto brasileiro: tutela e efetividade do direito ao aborto legal e as visitas íntimas. Integrante do Grupo de Pesquisa IBioTecJusI, Estudos Avançados em Direito, Tecnologia e Biopolítica. fernandagrasselli@gmail.com.

reiterando pesquisas anteriores, a despeito da previsão normativa, as referidas normas enfrentam obstáculos à sua efetividade, que vão desde a estrutura física até discursos sanitaristas e adultocêntricos de controle e gestão dos corpos por parte das instituições que deslegitimam o livre exercício da sexualidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sexuais e Reprodutivos. Biopoder. Violência de Gênero. Violência Institucional. Adolescentes.

1 INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos consolidaram-se como uma categoria jurídica caracterizada pela universalidade, inalienabilidade, integralidade e interdependência. A personalidade, meio pelo qual a pessoa age e se torna um sujeito de direito, tornou-se imponente *erga omnes* e o corpo humano, que integra a personalidade, bem como a saúde, seu atributo, receberam proteção legal do Estado.

Nesse contexto surge a universalidade dos sujeitos de direito e o surgimento de sujeitos de direito específicos, como por exemplo as mulheres, as crianças e os adolescentes, atores estes que já apareceram em diversos documentos internacionais, como a Declaração de Viena, de 1993, que reiterou a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, e foi além ao dispor em seu artigo 5º que “todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados”, e principalmente, no artigo 18º, ao afirmar que os direitos humanos das mulheres e das meninas são partes inalienáveis, integrais e indivisíveis dos direitos humanos universais.

A partir da Conferência de Cairo (1994), a sexualidade começa a surgir positivamente em documentos internacionais, ultrapassando a fronteira da violência, de modo a incluir a saúde sexual como parte integrante dos direitos humanos e merecedora de proteção (VIANNA, 2004). Nessa ocasião, 179 países firmaram um pacto com o intuito de promover e garantir os direitos reprodutivos e a saúde reprodutiva como integrante dos direitos humanos, garantindo-se o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem qualquer tipo de discriminação (de gênero, idade ou opção sexual), bem como coerção ou violência. Dentre essas

medidas, o assessoramento, a informação, a educação e a interrupção da gestação, especificamente relacionadas à saúde reprodutiva, foram propostas para que fossem aplicadas até no máximo o ano de 2015 (UNFPA, 2013).

Com isso é possível identificar alguns avanços no processo de reconhecimento e consolidação dos direitos humanos das mulheres. Por outro lado, verifica-se que muitos atores permanecem à margem dessa proteção integral, como por exemplo, crianças, jovens, afrodescendentes, índios, bem como seus modos de relacionamento. Também é possível perceber o paradoxo dessa proteção que, ao mesmo tempo que os protege, acaba ceifando suas liberdades individuais.

2 CRIANÇAS E ADOLESCENTES COMO SUJEITOS DE DIREITO

Esse processo histórico e internacional de proteção dos direitos humanos levou ao reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos como parte inalienável desses direitos, incluindo novos atores sociais e novos sujeitos de direitos. Nessa linha de diferenciação encontram-se os adolescentes, reconhecidos pelos documentos legais existentes no Brasil, mais precisamente o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), que dispõe sobre a proteção integral e primazia do melhor interesse das crianças e adolescentes⁹.

Não há um único critério para uma criança tornar-se adolescente, mas o legislador brasileiro considerou pertinente utilizar o critério etário para diferenciar, no caso concreto, a utilização de medidas protetivas, para as crianças, e a aplicação de medidas socioeducativas para os adolescentes. De fato, no ECA foi suprimido o termo “menor” que trazia, de certa forma, uma conotação negativa, vinculando a criança e o adolescente o conceito de infrator, mas de certa forma,

⁹ Neste dispositivo legal, ECA, aparece a diferenciação entre a criança e o adolescente. Criança é a pessoa entre zero e doze anos incompletos, e o adolescente a pessoa entre doze e dezoito anos de idade. Essa diferenciação foi embasada na necessidade de distinguir em que momento surge as primeiras características de maturação do indivíduo, como mudanças físicas e biológicas, que no caso das meninas, é o aparecimento da menarca (início da liberação de óvulos pelo sistema reprodutor, com o conseqüente início do ciclo menstrual). Já a Organização Mundial da Saúde (OMS) estabelece que esse período possa compreender entre os 11 e os 19 anos de idade.

mantém essa ideia subentendida no momento em que dispõe sobre as medidas para educar e devolver à sociedade, jovens readaptados.

Ocorre que, muitas vezes, na tentativa de proteção, os diplomas legais acabam restringindo direitos a esses sujeitos, negligenciando suas capacidades. Obviamente este é o recorte mais cruel da proteção e da punição, mas como veremos mais adiante no mapeamento das instituições responsáveis pela efetivação desses direitos, é o que acaba acontecendo na maioria dos casos.

[...] é preciso reconhecer, sem nenhuma sombra de dúvida, que a criança pobre no Brasil foi, de fato, objeto de um grande escândalo jurídico e de uma assistência pública, gestado no início da República, que mais a inferiorizou que a protegeu. A assistência ao chamado “menor” propiciou a abusiva internação de crianças e adolescentes pobres nos estabelecimentos preventivos e correccionais, indiferenciando as categorias de “abandono”, “orfandade”, “carência” e “infração”. (ARANTES, p. 11).

É necessário analisar que a criança e o adolescente possuem tanto necessidades que devem ser supridas como direitos que devem ser reconhecidos e efetivados. Nesse sentido a classificação etária não é perfeita, pois estes incapazes ficam subordinados aos adultos, desprovidos de liberdade para exprimirem suas ideias, bem como participarem ativamente de responsabilidades mesmo quando autonomia e responsabilidade para isso.

Muitas vezes essas relações de subordinação têm suas raízes na concepção de infantilismo que autoriza o adulto a ter a posse ou a propriedade sobre a criança ou o adolescente. Desse modo, parece que mesmo a ideia de respeito à liberdade e à autonomia, bem como a possibilidade de acesso aos serviços de saúde teriam o condão de desconstruir essa lógica de posse sobre o corpo dos adolescentes, auxiliando-os na emancipação enquanto sujeitos de direitos. (SCHIOCCHET, 2006).

Em 2013 foi promulgada a Lei nº 12.852 que instituiu o Estatuto da juventude, e de certa forma, configurou-se como um avanço no sentido de mais autonomia dos jovens e definiu em seu artigo 1º o jovem como a pessoa entre 15 e 29 anos, ou seja, uma interpretação ainda mais ampla que a do ECA e da OMS. Este Estatuto prevê ainda princípios como o da autonomia e da emancipação dos jovens, bem como a manutenção de políticas públicas para o seu empoderamento, permitindo o acesso à saúde, educação e lazer, proporcionando um desenvolvimento integral.

3 INTERSECCIONALIDADES POSSÍVEIS ENTRE GÊNERO E JUVENTUDE

Ainda na perspectiva das especificações dos sujeitos de direito, além das classificações entre criança, adolescente e adulto, existem também, diferenciações a partir da fisiologia dos indivíduos e de como estes se relacionam em sociedade, inserindo-se aqui a questão de gênero. Para uma efetiva promoção dos Direitos sexuais e Reprodutivos é coerente tratarmos essa questão.

O gênero é a identidade que a pessoa adota de acordo com o seu papel de atuação na sociedade, podendo ou não representar seu sexo biológico. Porém comumente, utiliza-se o termo gênero para identificar o sexo feminino, principalmente através de uma avaliação negativa por conta de sua subordinação ao sexo oposto – o masculino, que exerce seu poder através de sua sexualidade a partir de uma visão heterocêntrica de uma sociedade patriarcal.

As teorias feministas também se utilizam da categoria gênero para contestar a concepção centrada no modelo patriarcal, baseada no homem, branco e heterossexual como referência de normalidade. Mais recentemente surgiu a Teoria Queer propondo o rompimento com o dualismo feminino/masculino, sempre visto a partir de suas relações homo ou heterossexual, tendo como marco referencial não a diferenciação entre o sexo biológico, mas sim a incompatibilidade de adaptação dos indivíduos ao padrão heterossexual de vivência de sua sexualidade, bem como sua não aceitação do papel que seu sexo biológico “deve” representar na sociedade. (MUSSKOPF, 2005).

Historicamente, a visão do sexo feminino como inferior se deu por meio das diversas relações em que, sucessivamente, as mulheres experimentaram uma estrutura de dominação pelo sexo oposto.

[...] as estruturas de dominação [...] são produtos de um trabalho incessante (e, como tal, histórico) de reprodução, para o qual contribuem agentes específicos (entre os quais os homens, com suas armas como a violência física e a violência simbólica) e instituições, famílias, Igreja, Escola, Estado (BOURDIEU, 2003).

Bourdieu (2003) se refere a uma violência simbólica, imperceptível até mesmo por quem sofre a violência, e que a simples vontade de vencê-la não é suficiente porque seus efeitos já foram internalizados, subsistindo a violência. A

mudança de paradigma deve ter maior amplitude, incorporando tanto o dominado quanto o dominante, bem como todo o ambiente social onde a violência se instala.

Aqui, as meninas em especial, recebem triplo grau vulnerabilidade: primeiro pelo seu sexo biológico, segundo por serem jovens e terceiro por estarem em cumprimento de medida socioeducativa. Nessa perspectiva coloca-se ainda a questão da sexualidade, sendo esta considerada prerrogativa da vida adulta e o ato sexual em si, visto como mero método para reprodução da espécie, não havendo espaço nesse contexto para outras formas de manifestação dessa sexualidade que não o heterossexual.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher de Belém do Pará utilizou-se do termo gênero, conceituando a violência a partir dele, abrangendo a violência física, sexual ou psicológica, sendo ela doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, inclusive a violência institucional, que muitas vezes aparece mascarada em simples relações de hierarquia.

4 DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DE ADOLESCENTES EM CUMPRIMENTO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO BRASIL

A partir dos estudos e da perspectiva de gênero, deve-se analisar os direitos sexuais e reprodutivos, e, mais especificamente, o direito a visitas íntimas para adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa. Quando o assunto é crianças e adolescentes, a Constituição Federal de 1988¹⁰ assegura o direito à vida, à saúde à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹⁰ Art. 277. [...] é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o Estado deve implantar políticas públicas que garantam o cumprimento dos preceitos constitucionais e dos direitos prescritos em tratados internacionais, sem distinção de gênero e modalidade de relacionamentos, ou seja, englobando relacionamentos tanto hetero quanto homoafetivos, incorporando a equidade entre os sexos.

Os Direitos Sexuais e Reprodutivos são recebidos por diversos dispositivos legais no Brasil. Recentemente foi sancionada a Lei nº 12.594, de 18 de janeiro 2012 que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), e regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. Este mecanismo foi criado com a pretensão de normatizar a internação dos adolescentes que cumprem medidas socioeducativas, através da criação de parâmetros jurídicos. Neste dispositivo legal, inicia-se um avanço sobre as temáticas da sexualidade e da saúde sexual e reprodutiva, temas estes que não haviam sido contemplados no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O artigo 35, inciso VIII, trás para a pauta normativa, entre outras questões, a não discriminação do adolescente em razão de etnia, gênero, orientação religiosa, política ou sexual, pertencimento a qualquer minoria. (SCHIOCCHET, 2011)

As unidades devem oferecer aos jovens que cumprem medidas socioeducativas, atenção em saúde de acordo com os princípios do Sistema Único de Saúde. As unidades, tanto masculinas como femininas, devem apresentar equipe de saúde multidisciplinar, composta por médico, enfermeiro, dentista, psicólogo, terapeuta ocupacional e assistente social. A portaria interministerial nº 340 já trazia em seu texto a saúde sexual e reprodutiva dos adolescentes, mas a Lei que instituiu o Sinase referiu, especificamente, em seu artigo 68, o direito a visita íntima ao adolescente em cumprimento de medida socioeducativa, desde que casado ou que viva, comprovadamente, em união estável. Com esse objetivo as unidades que aplicam as medidas socioeducativas devem ter espaços reservados exclusivamente para essa finalidade. No RS, a única unidade que possui esse espaço é a de Passo Fundo¹¹.

¹¹ <http://www.fase.rs.gov.br/wp/presidente-da-fase-sera-palestrante-em-evento-do-ministerio-da-saude-em-brasilia/>. Acesso em 14/04/2015.

No ano de 2012 foi divulgado o resultado de uma pesquisa realizada no ano anterior, pela ONG Ecos¹² com o apoio da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, nas unidades socioeducativas e Varas da Infância e Juventude trazendo um panorama de como as visitas íntimas estão sendo realizadas nas mais diversas unidades no Brasil. Chama atenção a informação quanto aos relacionamentos homoafetivos

No geral, as equipes técnicas das unidades disseram que as relações homoafetivas nesses estabelecimentos são tratadas com “muito respeito”. Segundo uma das equipes, as garotas respeitam as restrições impostas quanto às manifestações homoafetivas - não beijarem, não se abraçarem, etc.- durante o dia, nos locais de circulação. (FRANCO, 2012).

No Estado do Rio Grande do Sul a instituição responsável pela execução das medidas socioeducativas é a FASE - Fundação de Atendimento Sócio-Educativo, criada com o intuito de consolidar as prerrogativas do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90), acabando com a antiga Fundação do Bem Estar do Menor - Febem. A proposta da FASE é responder aos dispositivos do ECA no atendimento aos adolescentes autores de ato infracional, com medida judicial de internação ou semiliberdade.

5 MAPEAMENTO DAS UNIDADES DE ATENDIMENTO DA FASE

A FASE possui unidades tanto de Internação quanto de Semiliberdade e algumas mistas. Na cidade de Porto Alegre são seis unidades de internação e semiliberdade que se destinam ao atendimento de adolescentes com medida de internação provisória, internação com possibilidade de atividades externas (ICPAE), internação sem possibilidade de atividade externa (ISPAE), adolescentes em regime de regressão de medida do meio aberto e ao cumprimento de período de passagem até a definição da sua situação jurídica ou do seu perfil comportamental, bem como adolescentes reincidentes no sistema de internação.

Uma dessas unidades em Porto Alegre, com capacidade para 33 adolescentes tem como objetivo o atendimento de adolescentes do sexo

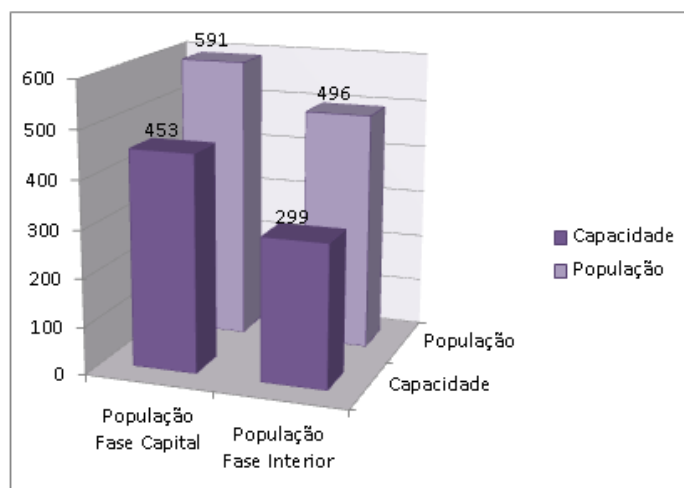
¹² A ECOS - Comunicação em Sexualidade é uma ONG que atua com os temas sexualidade, saúde sexual e reprodutiva, direitos sexuais e direitos reprodutivos. Site: www.ecos.org.br.

feminino que cumprem medida de semiliberdade, Internação com Possibilidade de Atividade Externa (ICPAE), Internação sem Possibilidade de Atividade Externa (ISPAE) e Internação Provisória, oriundas dos 10 Juizados da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul. Já no interior do estado existem sete unidades de internação e semiliberdade nas cidades de Santo Ângelo, Santa Maria, Pelotas, Caxias do Sul, Uruguaiana, Passo Fundo e Novo Hamburgo.

No âmbito da pesquisa realizada nos interessaram somente as unidades de internação, onde as/os adolescentes ficam privados de sua liberdade, portanto havendo a necessidade de se discutir o acesso aos direitos sexuais e reprodutivos. A população da fase é atualizada frequentemente no site da Instituição. A capacidade populacional da Instituição nas unidades de Internação é de 752 vagas, porém conta com um total de 1087 adolescentes em medidas socioeducativas, ou seja, trabalha com um déficit de 335 vagas. Destes números, podemos separar as unidades da Capital Porto Alegre, que conta com 453 do total de vagas e possui uma população de 591, operando com 138 adolescentes acima da sua capacidade, com destaque negativo ao Centro de Atendimento Sócio-educativo – POA I, unidade de internação que trabalha com um déficit de 79 vagas.

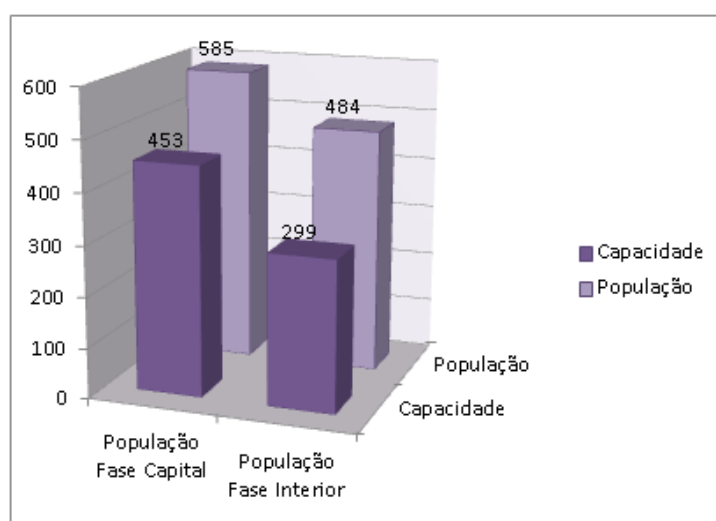
No interior a capacidade populacional é de 299 vagas e as unidades de internação trabalham com um total de 496 adolescentes, ou seja, 197 acima de sua capacidade. O destaque negativo está na cidade de Novo Hamburgo, que possui capacidade para trabalhar com 60 adolescentes e conta atualmente com 130 internos, 70 acima do seu limite populacional. Esses números tem-se mantido estável nos últimos meses de pesquisa, conforme tabelas abaixo:

Tabela 1 - Relação entre a capacidade populacional da FASE na Capital e Interior e população de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa em 06 de abril de 2015.



Fonte: <<http://www.fase.rs.gov.br/wp/wp-content/uploads/2015/04/Pop-da-FASE-por-MS-06-04-2015.pdf>> Acesso em 15/04/2015.

Tabela 2 - Relação entre a capacidade populacional da FASE na Capital e Interior e população de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa em 03 de março de 2015.



Fonte: <<http://www.fase.rs.gov.br/wp/wp-content/uploads/2015/03/Pop-da-FASE-por-MSE-03032015.pdf>> Acesso em 15/04/2015.

Na última análise de dados quantitativos, disponibilizada em 05 de janeiro de 2015 no site da Instituição, aparecem 1152 adolescentes do sexo masculino

em cumprimento de medidas socioeducativas e apenas 27 adolescentes do sexo feminino.¹³

Com relação ao tipo de ato infracional aparecem em primeiro lugar roubo, seguido de homicídio e tráfico de entorpecentes. Neste documento aparece também 20 adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa pelo crime de estupro.

Nesse imenso universo de superlotação retratado até aqui nas unidades de internação, apenas uma unidade possui a sala especial para que o/a adolescente possa receber sua/seu companheiro ou companheira para a visita íntima. Esta sala está localizada em uma das unidades do interior, especificamente na unidade de Passo Fundo. Os argumentos associados a essa constatação são sempre menosprezando o direito às visitas íntimas em detrimento aos demais direitos que esses jovens possuem, ficando a sexualidade dos jovens preterida.

6 PRÁTICAS EXTENSIONISTAS PARA PROMOÇÃO DA COMUNICAÇÃO E SENSIBILIZAÇÃO SOBRE OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS

Como proposta, a presente pesquisa incluiu ainda, além do levantamento histórico e normativo sobre os direitos sexuais e reprodutivos vistos até aqui, e o mapeamento das instituições responsáveis pela efetivação desses direitos, práticas extensionistas para promover educação em direitos sexuais e reprodutivos.

Nesse sentido, a pesquisa propõe atividades de extensão, que incluem capacitações para a promoção dos conceitos de Direitos Sexuais e Reprodutivos, gênero e violência sexual, além de divulgação das redes de atendimento e enfrentamento da violência contra jovens e mulheres, mediante cursos, palestras e congressos, promovendo uma modificação nos padrões socioculturais de conduta no intuito de combater práticas baseadas na sujeição ou subordinação entre crianças, adolescente e adultos; gênero e os papéis estereotipados para o feminino e o masculino, que legitimariam, em tese, a impossibilidade de acesso

¹³ <http://www.fase.rs.gov.br/wp/wp-content/uploads/2015/03/DQ-05-de-janeiro-de-2015.pdf>

aos seus direitos sexuais e reprodutivos, com a manutenção do *status quo* de violências, quer sejam físicas, psicológicas, de gênero ou institucionais. (SCHIOCCHET, 2011)

Além disso, percebe-se a importância da propagação do conhecimento sobre direitos sexuais e reprodutivos para essa parcela da população de jovens e, principalmente meninas, para que o exercício cada vez mais precoce da sexualidade seja feito com responsabilidade, de forma livre, dissociando e legitimando o prazer sexual em detrimento da simples procriação. (SCHIOCCHET, 2011)

Tanto as Convenções de Cairo como em Pequim, levantaram a questão da educação como parte do processo de emponderamento das mulheres e a conversão das crianças e adolescentes em adultos responsáveis que consigam fazer escolhas de acordo com um ideário de responsabilidade para consigo mesmo e para com os demais, trazendo à tona a importância do trabalho de extensão como forma de realização do direito. Aqui no Brasil, o próprio Estatuto da Juventude, no artigo 19, inciso IV, prevê a inclusão de saúde sexual e reprodutiva com ênfase em gênero e dos direitos sexuais e reprodutivos nos projetos de ensino da rede pública.

Com o propósito de promover esses conhecimentos, um dos produtos da pesquisa foi a criação, elaboração e produção do blog “fale Direito comigo” onde são levados ao público em geral, de forma gratuita via internet, todas as informações, normativas, leis e decretos, sites, endereços úteis e telefones referentes aos direitos sexuais e reprodutivos, com linguagem de fácil compreensão, facilitando ao adolescente o acesso à informação sobre sexualidade e reprodução, potencializando a autonomia e a responsabilidade dos jovens no exercício destes direitos. Além disso, o grupo de pesquisa produziu, em parceria com a Universidade do Vale do Rio dos Sinos e com a Secretaria de Políticas Públicas para Mulheres e o terceiro setor, mini vídeos educativos com a mesma proposta do blog, ou seja, propagar as informações pertinentes ao tema de forma viral, tanto na internet, como também utilizá-los como ferramentas de ensino para os professores e demais envolvidos com políticas públicas para jovens e mulheres.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Direitos Sexuais e Reprodutivos, considerados como direitos humanos universais, são baseados na liberdade, dignidade e igualdade para todos os seres humanos, sem discriminação ou restrição.

Esses direitos, contam com uma proteção pouco concretizada em âmbito internacional e nacional, a qual deve ser evidenciada e analisada, tendo em vista, que são de extrema importância. Dentro desse contexto, faz-se necessário uma análise pormenorizada através de um recorte de uma população ainda mais vulnerável, os adolescentes, de modo a evidenciar o exercício e (in)efetividade desses direitos.

Diversos elementos devem ser considerados nessa pesquisa, como, por exemplo, a relativização do critério etário como exclusivo para a proteção dos direitos das populações em questão e, ainda, o diagnóstico para a entrada em campo e realização das ações de intervenção social, mediante práticas extensionistas, não muito comum no Direito, são de extrema importância para aproximar o os sujeitos da pesquisa, através dessa análise empírica.

A relevância desta, pesquisa é demonstrada através da elaboração de práticas extensionistas, de forma transdisciplinar, no intuito de propagar as informações atinentes aos direitos sexuais e reprodutivos através dos produtos deste trabalho, tanto para os sujeitos destes direitos, como também para os profissionais envolvidos no atendimento e gestores. Assim, com profissionais capacitados, as instituições responsáveis pela efetivação destas normas, especificamente a FASE, deverão trabalhar de maneira sistemática, inclusiva e não discriminatória, independentemente de posições ideológicas, através de caminhos éticos na busca incessante ao cumprimento dessas normativas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei:** levantamento nacional – 2011. Secretaria de Direitos Humanos-Brasília-DF, 2011.

Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinaseLevantamento2011.pdf>>. Acesso em 31/03/2015.

_____. **Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo**: Diretrizes e eixos operativos para o SINASE. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Brasília: 2013. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/plano-nacional-de-atendimento-socioeducativo-diretrizes-e-eixos-operativos-para-o-sinase>>. Acesso em: 20/03/2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 5set. 2014.

BRAUNER, M. C. C. **Biodireito e Gênero**. Org. Maria Claudia Crespo Brauner. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007.

BOURDIEU, P. **A Dominação Masculina**. Tradução Maria Helena Kühner. – 3º ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BUTLER, J. Regulações de Gênero. **Cadernos Pagu** no.42 Campinas Jan./June 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/0104-8333201400420249>>. Acesso em 01/04/2015.

CARLOS, P. P. de. **A reprodução das desigualdades de gênero no discurso dos julgadores e a vítima mulher frente ao sistema de justiça penal**. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/7/artigos/P/Paula_Pinhal_de_Carlos_05_C.pdf>. Acesso em 28/02/2015.

CORNWALL, A. **Direitos Sexuais e Reprodutivos**: experiências com abordagens participativas. Org: CORNWALL, A. e WELBOURN, A.; tradução: Roberto Cataldo Costa. - Porto Alegre: Tomo Editorial, 2006.

DINIZ, D. Perspectivas e articulações de uma pesquisa feminista. **Estudos feministas e de gênero**: articulações e perspectivas [livro eletrônico] / organizadoras: STEVENS, C.; OLIVEIRA, S. R. de; e ZANELLO, V. Florianópolis: Ed. Mulheres, 2014.

FRANCO, M. H.; RACY, V. L. S.; SIMONETTI, R. M. C. M. Direitos sexuais e reprodutivos de jovens e adolescentes. **Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade**, n. 7, 2012. p. 114-130. Disponível em: <<http://monitoramentocedaw.com.br/wp-content/uploads/2013/08/direitos-sexuais-e-reprodutivos.pdf>>. Acesso em: 01/04/2015.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Grupo de Trabalho Interministerial - **Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino** – 2008. Brasília: Presidência da República, Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2008. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_final_reorganizacao_prisional_feminino.pdf>. Acesso em 02 de julho de 2014.

Fórum Nacional de Extensão e Ação Comunitária das Universidades e Instituições de Ensino Superior Comunitárias. Direitos Humanos: infância e adolescência – a contribuição da extensão universitária. **Fórum Nacional de Extensão e Ação Comunitária das Universidades e Instituições de Ensino Superior Comunitárias**. Joinville, SC: Editora Univille, 2008.

ISHIDA, V. K. **Estatuto da Criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. - 15. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

ICPD AND HUMAN RIGHTS: 20 years of advancing reproductive rights through UN treaty bodies and legal reform. Center for Reproductive Rights. **UNFPA**, June 2013. Disponível em: <https://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2013/icpd_and_human_rights_20_years.pdf>. Acesso em: 07/07/2014.

NOLASCO, S. **De Tarzan a Homer Simpson**: banalização e violência masculina em sociedades contemporâneas ocidentais. – Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.665/2003. **Dispõe sobre a responsabilidade ética das instituições e profissionais médicos na prevenção, controle e tratamento dos pacientes portadores do vírus da SIDA (AIDS) e soropositivos**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1665_2003.htm>. Acesso em 02/07/2014.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8º. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHIOCCHET, T. Autonomia de adolescentes e interrupção voluntária da gravidez: um olhar sobre capacidade civil, direitos da personalidade e direitos humanos. In: ENGELMANN, W.; SCHIOCCHET, T. **Sistemas Jurídicos Contemporâneos e Constitucionalização do Direito**. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. Exercício de Direitos Sexuais e Reprodutivos por Adolescentes no Contexto Brasileiro: repensando os fundamentos privatistas da capacidade civil a partir dos direitos humanos. In: ARENSI, F. D.; PINHEIRO, R. **Direito Sanitário**. Ed: Campus Jurídico - Elsevier, 2011.

VENTURA, M. e CORREA, S. Adolescência, sexualidade e reprodução: construções culturais, controvérsias normativas, alternativas interpretativas. **Cad. Saúde Pública** [online]. 2006, vol.22, n.7, pp. 1505-1509. ISSN 0102-311X. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v22n7/14.pdf>>. Acesso em 09/07/2014.

VIANNA, A. **Direitos Sexuais e Reprodutivos no Brasil**: mapeamento e diagnóstico. VIANNA, A.; LACERDA, P. Rio de Janeiro: CEPESC, 2004.

O SÉCULO XX COMO BASE PROPULSORA À RESSIGNIFICAÇÃO DA MONOGAMIA

Ariane Perdomo¹⁴

Dra. Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori

Dra. Paula Pinhal de Carlos

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo delinear brevemente aspectos do século XX que foram influência para as novas configurações das relações afetivas. O período entre guerras trouxe o início do discurso sobre a libertação das mulheres; A Revolução Sexual, particularmente em voga à época, foi objeto de referência para as novas possibilidades de organização interpessoal. O estudo tem importância singular para a compreensão da moralidade sexual contemporânea, possibilitando, assim, a partir de uma demanda da sociedade, reformular a função da monogamia e suas particularidades.

PALAVRAS-CHAVE: monogamia; revolução sexual; família;

1 INTRODUÇÃO

O século XX foi marco divisor da realidade praticada tanto na vida privada como diante do Estado. As manifestações femininas fizeram com que hoje tantas conquistas pudessem ser aplicadas com naturalidade às mulheres. Às influências das movimentações do período deve ser dada devida atenção, a fim de considerá-las enquanto fundamentais a uma nova estrutura do “ser em família”. A moral impressa sobre a sociedade deve ser vigiada, a fim de que se evite uma interpretação atemporal. Sob essa perspectiva, é salutar que, a partir da compreensão das causuísticas monogâmicas possa-se ressignificar essas balizadoras dos relacionamentos afetivos, buscando, sobretudo, a afirmação de que a cultura é a cada dia reconstruída, devendo, portanto, ser acompanhada pelas normas que regem a sociedade.

¹⁴ Mestranda em Direito pelo Unilasalle, vinculada à linha de pesquisa “sociedade e fragmentação do direito”. Advogada. Graduada em Direito pelo Uniritter. Especializanda em Direito de Família Contemporâneo e Mediação pela FADERGS.

2 A REVOLUÇÃO SEXUAL E A LIBERTAÇÃO FEMININA

O princípio da busca pela libertação feminina iniciou na Inglaterra, no início do século XX, quando as mulheres passaram a pleitear pelo reconhecimento de seus direitos políticos. Marcado por dois períodos de guerra e pós-guerra deu garantia ao espaço necessário às revolucionárias (THEBAUD, 1995, p.77).

Diante da situação a que foram apresentadas, as mulheres se viram obrigadas a substituir os homens nas atividades que antes lhes eram exclusivas. No entanto, com o fim da Primeira Guerra Mundial, aquelas que haviam deixado o trabalho doméstico e partido para o trabalho remunerado acabaram sendo demitidas de seus cargos, retomou-se a estrutura existente antes da guerra, a reivindicação dormiu frente à retomada dos maridos aos lares ou, ainda, frente à viuvez (THEBAUD, 1995, p.78).

Em síntese, a importância do período da primeira guerra mundial foi a demonstração da capacidade feminina, impulsionada pela época de necessidade, dando à mulher certeza e visibilidade frente à sociedade, até então acostumada com a figura masculina frente a todos os núcleos (THEBAUD, 1995, p.86).

Voltadas novamente ao núcleo familiar, outras questões foram aparecendo, importante ponto a ser destacado frente ao processo de libertação feminina é a contracepção. Na década de 1910 houve a criação do diafragma¹⁵, esse foi um marco referencial uma vez que a relação sexual passou a ser mais valorizada diante da desvinculação dela da procriação (COTT, 1995, p.98-99).

Além disso, após esse período de primeira guerra as famílias deixaram de influir na escolha dos casamentos de seus filhos. Tal evolução foi salutar à aproximação dos homens e das mulheres antes da união conjugal. Era preciso ter

¹⁵ “Na década de 1910, Margaret Sanger promoveu o método, controlado pela mulher, do diafragma, um avanço significativo na contracepção. As clínicas de controle [sic] dos nascimentos criadas por Sanger e por alguns de seus aliados funcionavam, no entanto, dentro de margens legais muito estreitas, em alguns Estados apenas e só com autorização médica; só conseguiram assim, satisfazer uma parte da procura. Foi apenas em 1936 que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos excluiu os dispositivos de controle [sic] da natalidade do âmbito da lei federal de combate à obscenidade. A American Medical Association recusou a autorização para os médicos administrarem dispositivos contraceptivos até o ano seguinte. Nos anos 20 e 30 as principais utilizadoras de diafragmas eram mulheres casadas, instruídas e bastadas, cujos médicos lhe forneciam receitas e esclarecimentos em privado” (COTT, 1995, p.98-99)

contato com o outro, conhecer afinidades, a fim de buscar o parceiro ideal. Com isso, esse foi um momento de maior quantidade de relações sexuais entre pessoas solteiras (SOHN, 1995, p.130).

Desde o período entre guerras as mulheres vêm demonstrando suas capacidades, adquirindo parte de sua emancipação (GRÜSPUN; GRÜSPUN, 1990, p.29-30). Com isso, instigadas diante da obtenção de reconhecimento, não satisfeitas com a aceitação tão somente no que concerne às responsabilidades do lar, iniciaram as fortes manifestações.

Durante a Segunda Guerra Mundial os homens também foram retirados de suas famílias, dando espaço, novamente, às mulheres, a ocuparem a chefia do lar. Ocorre que, nesse momento, o retorno do marido ao lar conjugal, em muitos casos, não foi bem visto, tendo extinguindo-se o sentimento de dependência outrora existente entre o casal. (ECK, 1995, p. 256)

Objetivando um sexo sem responsabilidade e barreiras, deixaram de lado todas as normas e modelos moralmente impostos. Uma revolução sexual em tempo de guerras recebeu especial atenção, deu-se como um respite àquelas apreensões que eram vivenciadas na época (MARINA, 2008, p.08).

O sexo, por sua vez, ganhou espaço na vida das mulheres como afirmação de sua feminilidade (MORAES; SARTI, 1980, p.42). A sexualidade, outrora objeto abrigado pela moral social, inseriu-se na vida privada de cada pessoa, possibilitando, em síntese, que cada indivíduo cria-se suas próprias normas, ainda que seja a de, simplesmente, não possuir norma alguma (MARINA, 2008, p.42).

A revolução veio abarcando todas as novas descobertas. Sobretudo, cumpre frisar a influência, ou não influência, monogâmica nessa movimentação. Essa estrutura, determinada pelo Estado e pela Igreja, passou a ser contestada, de forma que, as revolucionárias buscaram, e buscam até hoje, desvincular a sexualidade dessas duas esferas, aproximando-a da vida privada (MORAES; SARTI, 1980, p.42).

A revolução sexual aconteceu. No entanto, a libertação ainda está em processo. Ou seja, o casal já possui liberdade de dispor de seu relacionamento da forma como lhes é interessante, mas ainda exige-se a manutenção da aparência

monogâmica. Conforme Louis Pawels e LasloHavas, diz-se que o lema do liberalismo sexual é: “que tudo seja permitido entre adultos que consentem e sem testemunhas involuntárias” (MORAES; SARTI, 1980, p.27).

Em síntese, pretendia-se aproximar a mulher da figura masculina, para tanto estreitando as distâncias entre aqueles que eram privilégios e atributos masculinos. Neste sentido, abarcam-se inúmeras situações que, outrora, demonstravam-se com preconceito e limitações às mulheres (MORAES; SARTI, 1980, p.48).

A liberdade sexual popularizada em meados do século XX não foi tão gloriosa quanto parecia. Era uma liberdade mais esperta que criadora. Serviu para tirar de cima de nós transcendências indevidas, superstições, medos e culpas. Apresentou uma atraente utopia que alcançava a liberdade mediante a desvinculação. Era a utopia do prazer, do jogo e da trivialidade. E convenceu (MARINA, 2008, p.218).

As manifestações feministas e as liberdades sexuais implicaram no descabimento do patriarcalismo e, por conseguinte, na criação de novas estruturas familiares (GIORGIS, 2010, p.43). O homem deixou de assumir a figura de chefe do lar, dessa forma a mulher ocupou espaço de igualdade no núcleo familiar (GRÜSPUN; GRÜSPUN, 1990, p.31). As mulheres lutaram e permanecem em movimento em busca de dignidade, de afastarem a característica de submissão ao marido, bem como da obrigatoriedade de casar e ter filhos.

As manifestações feministas buscaram, entre outras pautas, questionar temas como a virgindade, a infidelidade, o aborto e o casamento, por exemplo. Proposto o debate, entregue a merecida atenção a assuntos controvertidos percebe-se ainda hoje que cada sociedade caminhou de uma maneira, em algumas a liberdade sexual já está bastante evidente, enquanto em outras ainda se caminha a passos lentos em busca de reconhecimento (ARAÚJO, 1977, p.60).

A contar do fim dos anos 90, os países desenvolvidos visualizaram o fim desse processo de revolução diretamente ligado à disseminação dos métodos contraceptivos femininos, dando à mulher o poder de controle sobre sua natalidade (BOZON, 2004, p.43).

Avanços como a criação da pílula anticoncepcional e a possibilidade de se gerar bebês de proveta, deram à mulher uma liberdade jamais antes imaginada.

Os métodos contraceptivos proporcionaram segurança para as relações extraconjugais. Isso porque, ao homem não era uma problemática, uma vez que estivera protegido inclusive quanto aos filhos havidos fora do casamento, no sentido de que estes, tidos por ilegítimos, não poderiam ser reconhecidos. A mulher, em contrapartida só pode sentir-se mais confortável com as relações extraconjugais com a possibilidade de impedir uma gravidez indesejada. Quanto à gestação desassociada da relação entre homem e mulher trouxe a faculdade de optar por ser mãe sem que seja necessário submeter-se a um homem.

A ONU considerou o ano de 1975 como o Ano Internacional da Mulher, tal reconhecimento fez com que as mulheres brasileiras se organizassem em grupos a fim de manifestar e buscar entender os porquês das situações femininas. A imprensa, diante de tamanha movimentação passou a valorizar a figura feminina sob os aspectos tradicionais, atitude essa que veio com o objetivo de apaziguar as revoltas feministas e acabou por instigar ainda mais a movimentação das mulheres, projetando ao topo dos assuntos controvertidos (SILVA, 1980, p.99).

A revolução sexual do século XX não foi ao todo satisfatória uma vez que culminou na masculinização da mulher, ainda vinculada a uma cultura machista, no entanto, somente no século XXI pode-se verificar um recomeço na evolução. Agora sim as mulheres começam a ser exaltadas por sua feminilidade e, cada vez mais, a liberdade sexual ganha espaço. A verdade é que o processo de libertação feminina contribui, também, para uma mutação na masculinidade (ALVES, 2013). Nesse sentido, manifesta-se Moacir Costa (1994, p.122):

A submissão da mulher tornou-se cada dia mais difícil, levando o homem a também tentar redefinir seu papel. Hoje, é comum observarmos uma certa parcela de homens mais preocupados em conhecer suas características e necessidades reais do que em repetir padrões estereotipados de comportamento. Boa parte deles já percebeu a necessidade de se humanizar e sente orgulho ao demonstrar sua afetividade. Por outro lado, um número cada vez maior de mulheres está deixando a passividade para trás, e não aceita mais que a agressividade e a força sejam atributos exclusivamente masculinos.

Essa mudança de paradigmas estreitou em muito a relação entre o homem e a mulher, alguns casais tornaram-se mais íntimos entre si. Alguns homens já são capazes de respeitar e admirar suas mulheres que hoje ocupam um lugar outrora desconhecido. Com isso, novas possibilidades surgem.

A saída da mulher do núcleo familiar faz com que vivencie novas situações, conheça novas pessoas e expresse suas necessidades sexuais. Com isso, as relações extraconjugais passam a estar presentes também na perspectiva feminina, e, por conseguinte, a contestação acerca da obrigatoriedade monogâmica se torna uma possibilidade. Não fossem as questões sociais e a moral, que não acompanharam esse período de avanço, a problemática poderia se esgotar, com isso, cumpre aprofundar a temática da moralidade.

Diante da possibilidade de se repensar a estrutura da família, não devemos relacioná-la a uma fragilidade de laços, pelo contrário, demonstra-se, justamente, o aparecimento de outros novos formatos, advindos dessas movimentações sociais, possibilitados, especialmente, no que concerne a reconstrução do feminino. Ou seja, todas as modificações sociais da figura feminina do período foram salutares ao fortalecimento da família (BOZON, 2004, p.12).

O Século XX, mais especificamente a contar dos anos 60, trouxe à baila o que denominamos de família contemporânea, que, com influências pós-modernas, passou a valorizar a união 'em busca de relações íntimas ou realização sexual'. O empoderamento feminino em muito contribuiu para o aumento das dissoluções conjugais (ROUDINESCO, 2003, p.19).

3 A MONOGAMIA E SUA NECESSÁRIA RESIGNIFICAÇÃO

A ulterior definição do que era o casamento, operou em mudança. A estrutura das relações conjugais, sobretudo no fechamento do século XX, teve significativa transposição da instituição do casamento para questões mais subjetivas, atendendo as vicissitudes de cada um (BOZON, 2004, p.48).

A moral aplicada à sexualidade jamais satisfaz a toda a sociedade. As normas que abarcam essas situações possuem diversos alicerces, por vezes inimagináveis, "existem normas de origem mitológica, outras de raízes mágicas, higiênicas, econômicas, sociais, políticas e ideológicas" a verdade é que, todas as normas, seja qual for sua origem, acabam por influir frente à moral sexual (MARINA, 2008, p.65).

Para Foucault, existem duas vertentes da moralidade, uma se aplica à regra propriamente dita e, a outra, à forma como cada um se comporta diante dela. Ou seja, a forma como cada indivíduo reage diante de uma norma é comando de sua moral particular. Essa constatação vem a demonstrar, de forma clara, que a moral, nada mais é do que os valores que cada pessoa se vale antes de tomar determinada conduta. Não existindo, portanto, um padrão moralista estático (FOUCAULT, 1984, p.27).

O Cristianismo teve papel fundante à moralidade sexual, isto porque atribuiu ao corpo e às suas vertentes um caráter pecaminoso, no entanto, conforme demonstrado no trecho abaixo citado, frente à época em que a moral do Cristianismo foi empregada, tratava-se de uma forma de garantir alguma estrutura à mulher, ainda que limitadora. Vejamos:

É necessário, contudo entender-se o contexto em que tais textos foram escritos e que tinham o intuito de dar uma situação de vida um pouco melhor à mulher, pois naquela época ela era muito inferiorizada em relação ao homem e à sociedade, embora ratificassem a submissão feminina. Além de dar proteção e amparo à mulher, a doutrina da indissolubilidade do casamento visava preservar a família. Observa-se que a submissão da mulher é talvez o condicionamento cultural que mais resiste à mudança (ARAÚJO, 1977, p.34).

Dito isso, cumpre ressaltar que estabelecidos direitos e maior liberdade à mulher faz-se necessário o afastamento dessa moral outrora estabelecida, uma vez que, ao fim que se destinou, já não é aplicável e, mais do que isso, se demonstra limitadora frente à realidade atual.

Os modelos aceitos socialmente baseiam-se em uma moral sexual restrita ao patriarcalismo e antifeminismo. Muito embora alguma mulheres sejam coniventes com tais imposições, é temerário afirmar que as questões sexuais não demandem especial atenção. Vejamos então que a moral da sexualidade se demonstra de forma a obstaculizar possíveis manifestações (MARINA, 2008, p.14).

Cumpre esclarecer a função teleológica da moral, ou seja, cada imposição possui um porque, às vezes, tendo em vista o transcurso do tempo, perdem o sentido e, aos olhos daqueles que não possuem propriedade no assunto, tornam-se incompreensíveis.

Cada sociedade possui normas morais de conduta que, muitas vezes não são escritas, tampouco precisam ser lembradas a todo o momento, apenas ocorrem porque assim o é há longo período de tempo. Aspectos morais, acima de tudo geram atitudes previsíveis, ou seja, não causam tanta apreensão social e, tampouco, jurídica (PAUWELS; Havas, 1972, p.33.).

Mas a verdade é que todas as sociedades construíram morais para facilitar o acesso à felicidade, e, ao prescindir delas, ao buscar uma liberdade desvinculada, sem normas nem coações, encontramos-nos de repente em um mundo complexo, sem mapas, sem instruções de uso, sem modelos, sem caminhos nem nada (MARINA, 2008, p.14).

Feita detida observação quanto à moral sexual de determinada sociedade percebe-se que estão diretamente relacionadas à moral de outros setores. Desta forma, culturas políticas repressoras costumam também ser repressoras em se tratando de sexualidade (SERAPIÃO, 1977, p.15.).

Houve uma ressignificação da sexualidade, o que, em um primeiro momento era privilégio do casamento, passou a ser parte da individualidade, como atividade inabdicável ao relacionamento, sendo considerada, inclusive, como base fundamental da relação afetiva. A relação sexual é posta, então, em primeiro plano (BOZON, 2004, p. 49).

O homem sempre foi visivelmente motivado às situações de múltiplos relacionamentos, sendo que, em sociedades onde se tem a monogamia imposta vemos essa característica exposta através das relações extraconjugais. Em contra partida, pesquisas analisadas por José Antônio Marina, demonstram que a mulher é motivada à monogamia, característica essa que, surpreendentemente atrai o homem (MARINA, 2008, p.25).

Esse equilíbrio que temos entre as preferências da maioria dos homens e da maioria das mulheres – e aqui necessário valer-se do termo maioria uma vez que as características podem se inverter –, deu origem ao que é chamado de monogamia sucessiva, ou seja, casar, divorciar e casar com um novo indivíduo e, assim, consecutivamente (MARINA, 2008, p.25).

Resta consolidado o fato de que o ser humano não lida de forma coerente com a monogamia, ela é apregoada como certeza absoluta, inclusive sustentando-se seu caráter de obrigatoriedade, no entanto, uma vez que novos formatos de relações afetivas vão sendo apresentados à sociedade, torna-se

cada vez mais árdua e infundada a tarefa de defende-la. Nesse sentido, “o dogma da monogamia deve ceder diante da riqueza das situações da vida real” (DONOSO, 2009, p.86).

Cumprе ressaltar que o padrão monogâmico, assumido pelo Brasil, não é o modelo dominante de todas as sociedades do mundo. Vejamos, de um total de 859 sociedades apenas 137, por lei, são monogâmicas, 708 são poligâmicas e 4 delas são poliândricas (MURDOCK, 2008, p. 25).

Nessa esteira, a moral imprimida sob a sociedade faz com que uma grande massa, de forma continuada e exaustiva, prive-se de vivenciar as novas estruturas apresentadas. Seguir reproduzindo incansavelmente um modelo há anos incorporado pela sociedade é anular-se para as liberdades cotidianas (FREITAS, 2008, p.17).

Isso porque, aderir ao modelo comum - família monogâmica -, é mais complicado do que pode parecer, uma vez que cabe aos participantes lidar com as imposições de uma sociedade moralmente estática, trazendo consigo todas as dificuldades de seguir as regras. Sim, um casal pode satisfazer suas necessidades sem ter que buscar novas experiências em um relacionamento paralelo, no entanto o que ocorre é uma desnecessária privação.

Quando se está envolvido afetivamente com uma pessoa e a ela se deve uma fidelidade monogâmica, costuma-se passar por situações de sofrimento, isto porque são compelidas a renunciar a outras oportunidades afetivas que, inevitavelmente, surgem. Essas oportunidades são conhecidas como “relações potenciais”, exercendo a monogamia papel de limitadora direta do afeto (ALTINI, 2005, p.25-26).

Muito embora se saiba da ocorrência de situações que fogem do padrão monogâmico, elas são mantidas marginalizadas, anulam-se suas existências, sob essas formações para silêncio social. Até pode-se assumir que os humanos são capazes de viver em monogamia e que se adaptam a ela, no entanto é descabida a informação de que essa é sua natureza, razão pela qual, não cabe a obrigatoriedade desse sistema (PITTMAN, 1994, p.61).

Destarte, cumprе ressaltar que a opção de seguir a monogamia não passa de uma preocupação moral que vem estampada com maior ênfase na classe

média, a necessidade de reger a vida preocupando-se com o padrão aceitável pelo grupo social a que se insere, bem como se está de acordo com os costumes da sociedade em geral, é baseado no objetivo de expor, tão somente, aquilo que é aceito, vivendo às escuras uma vida de situações inaceitáveis (PITTMAN, 1994, p.10).

Essas novas manifestações que fogem dos padrões monogâmicos são temidas pela sociedade uma vez que deixam de atender ao conhecido por “moral social média” (PIANOVSKI, 2007, p.29), confrontado pelas relações simultâneas, conforme já exposto, menos penoso é anular sua existência (GIORGIS, 2010, p.124).

Assim, não objetiva-se extinguir a monogamia, pelo contrário, entende-se que devam existir inúmeras formas de se relacionar afetivamente, inclusive apoiando-se na monogamia, o que é frisado neste momento é, tão somente, a repudia às determinações estáticas ao formato das relações afetivas (PIANOVSKI, 2007, p.29- 30).

As normas sociais não se prestam para controlar e determinar o agir de pessoas solteiras, tampouco definir como deve ser a dinâmica do casamento, elas têm papel interpretativo do que apresenta a sociedade, devendo respeitar cada nova experiência (BOZON, 2004, p. 57).

Importante salientar que sociedades monogâmicas registram altíssimos índices de envolvimento infielis, desta forma, a afirmação de que a monogamia é formato familiar consolidado não encontra comprovações (LINS, 2012, p.401), uma vez que ao fim que se destina torna-se inaplicável. A insegurança na vida pessoal é um dos principais aspectos limitadores dos relacionamentos afetivos, por insegurança se exige do parceiro atitudes de estrita exclusividade, sente-se confortável com a certeza de posse. No entanto, tais atitudes são contribuintes diretas para o desinteresse e, por conseguinte, caminho à infidelidade (LINDA, 2012, p. 170-171).

Longe de ter havido uma equiparação às funções exercidas pelas mulheres e pelos homens na sociedade, percebe-se reflexos na dinâmica do casamento, restando alguns valores estáticos, vivendo conjuntamente, mas em desarmonia, às mudanças já operadas (OLTRAMARI, 2009, p.675).

O agir humano é fortemente influenciado por modelos sociais padronizados, esses modelos trazem normas de condutas aceitáveis ou não, gerando a expectativa de que todo o grupo social porte-se de acordo com o que rege (ALMEIDA, 2012).

As pessoas vivem buscando razões a justificar seus sacrifícios pelo outro, para viver em suposta tranquilidade assumem-se regras difíceis de seguir. No começo de um relacionamento se projeta uma bela história de amor a ser vivida a dois, com o passar do tempo se percebe que não será possível seguir o roteiro, momento em que se iniciam as cobranças infundadas, desconfianças e privações, já não se quer um relacionamento saudável, mas sim, se busca ter um relacionamento duradouro (LINS, 2012, p.177-178).

O Direito, diante da moral a anos reafirmada, mantém a monogamia como padrão exclusivo da constituição familiar, no entanto, em íntima análise percebe-se que a obrigatoriedade monogâmica existe, tão somente, no instituto do matrimônio, desta forma possível se falar em outras experiências desde que se deixe de lado este instituto.

Existem aqueles que aceitam seguir uma norma pré estabelecida, simplesmente, porque a sociedade a qual se está inserido assim considera mais adequado, ao passo que outros que optam por não a seguir por não entender o melhor pra si, mantendo-se, sobretudo silente diante de possível reprovação social, bem como certos indivíduos adaptam-se e concordam em todo com imposições morais (FOUCAULT, 1984, p.27).

Nesse sentido, mesmo com a permanência de uma moralidade que estabeleça as diretrizes da sexualidade, a alteração dos costumes afasta a abrangência dessas normas, que, por conseguinte, já não tem tanta força (BOZON, 2004, p.57). O amor está sendo vivido de outra forma, necessária readaptação para que evite cair na desatenção daquilo que procura o ser humano. Deixar para trás o que antes era entendido como amor, não significa uma fragilidade de laços, pelo contrário, a importância dele é ainda maior (OLTRAMARI, 2009, p.676).

Devemos visualizar todas as transformações de forma positiva. Isso porque, a revolução da sexualidade “consagra o direito ao prazer, à libertação das

minorias sexuais e à igualdade sexual entre mulheres e homens” (BOZON, 2004, p.59).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A moral monogâmica vem sendo contrariada pelas realidades aplicadas às relações afetivas. Percebe-se que as situações para as quais foram implementadas já se perderam no tempo. No entanto, a moral que bloqueia tantas possibilidades continua existente diante da sociedade, que, por acostumar-se com as normas, continua a pregar. Encontramos uma barreira de normas construídas sob alicerces que vêm perdendo a razão de existir, dessa forma, a tendência é que esses obstáculos cedam frente às inúmeras novas situações.

Frente a todos os aspectos suprarreferidos, pode-se auferir a necessidade de atenção a formatos familiares não-monogâmicos, que, já estão presentes na sociedade em caráter marginal. Aceitar a ressignificação da monogamia, percebendo ser ela uma influência de tempos remotos que, sobretudo com o histórico do século anterior, clama ser afrouxada, é o primeiro passo em caminho à dignidade respeito à pessoa humana. Pois, como diz Elisabeth Roudinesco (2003, p.199): “A família do futuro deve ser mais uma vez reinventada”.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, T. de. O ciúme romântico atua como uma profecia autorrealizadora da infidelidade amorosa?. **Campinas**: Estud. Psicol., v.9, n.4, dez. 2012. Disponível em: Acesso em: 31 mar. 2013.

ALTINI, D. **O amor no século XXI**: novas estratégias. Porto Alegre: Evangraf, 2005.

ALVES, J. E. D. **Revolução feminina e relações de gênero**. Disponível em: Acesso em: 06 mai. 2013.

ARAÚJO, M. L. M. de. História Crítica da Sexualidade. **Sexologia**: fundamentos para uma visão interdisciplinar. Rio de Janeiro: Gama Filho, 1977.

BOZON, M. **Sociologia da sexualidade**. Tradução Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

COSTA, M. Os dilemas sexuais do homem. **Amor e sexualidade**: a resolução dos preconceitos. 2.ed. São Paulo: Gente, 1994.

COTT, N. F. A mulher moderna: o estilo americano dos anos vinte. **História das mulheres no ocidente**: o século XX. Tradução: Alda Maria Durães. v.5.

DONOSO, D. União estável e entidades familiares concomitantes: o poliamor como critério jurídico do direito de família. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese. v.9. n.52. p.81-86. fev./mar. 2009.

ECK, H. As mulheres francesas sob o regime de vichy: mulheres do desastre, cidadãs pelo desastre?. **História das mulheres no ocidente**: o século XX. Tradução: Alberto Couto. v.5.

FOUCAULT, M. **História da Sexualidade 2**: o uso dos prazeres. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

FREITAS, D. P. **A função sócio-jurídico(a) amante e outros temas de família**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

GIORGIS, J. C. T. Arqueologia das famílias: da ginecrocacia aos arranjos plurais. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister. v.17. p.41-73. ago./set. 2010.

GIORGIS, J. C. T. Os arranjos plurais e seus efeitos jurídicos. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo. v.12. n.62. p.121-131. out./Nov.2010.

GRÜNSPUN, F.; GRÜSPUN, H. **Casamento e acalento**: como se tecem as relações familiares. São Paulo: Marco Zero, 1990.

LINS, R. N. **A cama na varanda**: arejando novas idéias a respeito de amor e sexo: novas tendências. ed. 6. Rio de Janeiro: Best Seller, 2012.

LINS, R. N. **O livro do Amor**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2012. v. 1.

MARINA, J. A. **O quebra-cabeça da sexualidade**. Tradução: Diana Araújo Pereira. Rio de Janeiro: guarda-chuva, 2008.

MORAES, M. Q.; SARTI, C. *Aí a porca torce o rabo. Vivência: história, sexualidade e imagens femininas.* São Paulo:brasilense, 1980. v.1.

OLTRAMARI, L. C. Amor e conjugalidade na contemporaneidade: uma revisão de literatura. **Psicologia em estudo**. v.14. n.4. out./dez.2009. p. 675. Disponível em: acesso em: 22 dez. 2014.

PAUWELS, L.; HAVAS, L. **Os últimos dias da monogamia.** Tradução: Reynaldo Bairão. Rio de Janeiro: Artenova, 1972.

PIANOVSKI, C. E. Famílias simultâneas e monogamia. **Revista Forense**, v.390, mar./abr. 2007.

PITTMAN, F. **Mentiras privadas: a infidelidade e a traição da intimidade.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1994.

ROUDINESCO, E. **A família em desordem.** Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

SERAPIÃO, J. J. Interdisciplinaridade em sexologia. **Sexologia: fundamentos para uma visão interdisciplinar.** Rio de Janeiro: Editora Gama Filho, 1977.

SILVA, T. C. da. A especificidade da argumentação feminina face às determinantes culturais: um pressuposto teórico: o discurso como espaço privilegiado da veiculação de ideologias. **Vivência: história, sexualidade e imagens femininas.** São Paulo: brasilense, 1980. v.1.

SOHN, A.-M. Entre duas guerras: os papéis femininos em França e na Inglaterra. **História das mulheres no ocidente: o século XX.** Tradução: Alberto Couto. v.5. Porto: Afrontamento, 1995.

THÉBAUD, F. A grande guerra. **História das mulheres no ocidente: o século XX.** Tradução: Alberto Couto. v.5. Porto: Afrontamento, 1995.

DA CONSTRUÇÃO DA SEXUALIDADE AOS DIREITOS LGBT: UM LONGO CAMINHO A PERCORRER

Jacson Gross¹⁶

Paula Pinhal de Carlos¹⁷

RESUMO: Este artigo tem como objetivo principal tratar dos direitos de lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (LGBT). Parte-se dos estudos sobre sexualidade de Foucault, Weeks e Bozon, para entender a construção social da sexualidade, já que esses estudiosos demonstram que ela não é algo que pertence somente à natureza, devendo ser considerado o papel da cultura. É justamente a forma com que a sexualidade é construída em nossa sociedade, que dificulta a aceitação das pessoas LGBT na sociedade e incrementa o cerceamento de direitos a esses indivíduos. Por fim, trata-se aqui dos direitos LGBT nos âmbitos constitucional, civil e penal, pensando-se acerca da sua recepção e garantia pelo Direito Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos LGBT, Sexualidade, Homossexualidades.

1 INTRODUÇÃO

Partindo-se da ideia da necessidade de aceitação da diversidade em sociedades complexas como a nossa, busca-se analisar o processo de busca por direitos das minorias sexuais. Os integrantes desses grupos encontram-se em situação de vulnerabilidade, na medida em que, ao romper com o modelo heteronormativo de orientação sexual e identidade de gênero, sofrem preconceito, discriminação e intolerância, materializada na homofobia, lesbofobia, bifobia e transfobia. Este artigo debruça-se sobre os conceitos sexualidade, heteronormatividade e sobre os direitos que indivíduos LGBT pleiteiam, a fim de trazer ao centro da discussão o conceito de construção social da sexualidade,

¹⁶ Aluno do Mestrado em Direito e Sociedade do UNILASALLE/RS e bacharel em Direito pela mesma instituição. Canoas, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: jacson.gross@gmail.com

¹⁷ Professora permanente do Mestrado em Direito e Sociedade e professora colaboradora do Mestrado em Memória Social e Bens Culturais do UNILASALLE/RS. Professora da graduação em Direito do UNIRITTER. Doutora em Ciências Humanas pela UFSC, mestra em Direito pela UNISINOS e bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela mesma instituição. Canoas, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: paulapinhal@hotmail.com

concebendo-a como algo que não pertence somente à natureza, devendo ser considerado o papel da cultura. As movimentações por regulamentações dos direitos LGBT no Direito brasileiro, demonstram o aspecto combativo que esse tema tem tomado no país.

2 SEXUALIDADE, HOMOSSEXUALIDADES E HETERONORMATIVIDADE

2.1 O conceito de sexualidade e sua construção social

A sexualidade humana é fruto de uma construção social. Assim sendo, não possui origem apenas na natureza, devendo ser considerado o papel que a sociedade possui sobre ela. Como construção social, a sexualidade não é aprendida isoladamente, sendo produto do momento histórico, da cultura e da sociedade na qual é inserido o indivíduo. Pode-se dizer que a sexualidade é um fenômeno social e cultural. Abordando a ideia de construção social, Weeks (2000, p. 40) conceitua sexualidade como sendo,

na verdade, uma 'construção social', uma invenção histórica, a qual, naturalmente, tem base nas possibilidades do corpo: o sentido e o peso que lhe atribuímos são, entretanto, modelados em situações sociais concretas. Isso tem profundas implicações para nossa compreensão do corpo, do sexo e da sexualidade.

Ainda tratando da construção social, da sexualidade Bozon (2004, p. 14) explica que,

como construção social, a sexualidade humana implica, de maneira inevitável, a coordenação de uma atividade mental com uma atividade corporal, aprendidas ambas através da cultura. A sexualidade humana não é um dado da natureza. Construída socialmente pelo contexto cultural em que está inscrita, essa sexualidade extrai sua importância política daquilo que contribui, em retorno, para estruturar as relações culturais das quais depende, na medida em que "incorpora", e representa. [...] A sexualidade é uma esfera específica, mas não autônoma do comportamento humano, que compreende atos, relacionamentos, e significados [...]. A sexualidade não se explica pela própria sexualidade, nem pela biologia. A sociologia da sexualidade é um trabalho infinito de contextualização social e cultural que visa estabelecer relações múltiplas, e por vezes, desconhecidas, dos fenômenos sexuais com os processos sociais, o que se pode chamar de construção social da sexualidade.

Para o filósofo francês Michel Foucault (1999), a sexualidade tomou função de controle dos indivíduos e das populações, uma separação entre normalidade e

anormalidade, aceito e não aceito socialmente. Tornou-se instrumento de separação entre práticas sexuais bem educadas e as demais. O sexo bem educado ou normatizado era, e ainda o é hoje, aquele com práticas heterossexuais, monogâmicas, reprodutivas e chancelado pelo matrimônio. As demais práticas sexuais eram renegadas à marginalização. Exemplos de práticas marginalizadas, segundo o autor, seriam o homossexual, o onanista (define-se por onanista aquele que interrompe o ato sexual antes da ejaculação, ou ainda, aquele que pratica o ato da masturbação), e o casal malthusiano (McFarlane (1990) denominou de casamento malthusiano o modelo de união conjugal que tem como premissas básicas o afeto, a amizade e o companheirismo entre os cônjuges e onde a procriação não é o objetivo principal do casamento). Ainda segundo Foucault (1999), o conceito de sexualidade que pertence à nossa história, nasceu como a justa medida de separação entre normalidade e anormalidade:

A sexualidade é o nome que se pode dar a um dispositivo histórico: não à realidade subterrânea que se aprende com dificuldade, mas à grande rede de superfície em que a estimulação dos corpos, a intensificação dos prazeres, a incitação ao discurso, a formação dos conhecimentos, o reforço dos controles e das resistências, encadeiam-se uns aos outros, segundo algumas grandes estratégias de saber e poder.

A identidade de gênero relaciona-se com as identificações histórico-sociais dos sujeitos, que se reconhecem como femininos ou masculinos, enquanto que a orientação sexual é a forma com que os indivíduos sentem e experimentam seus desejos. (LOURO, 2000). Segundo Borrillo (2009), as divisões de gênero e de desejo são identificações relacionadas com a reprodução da norma social, e não com a reprodução biológica da espécie. Portanto, representariam relações de poder, como já citado por Foucault anteriormente.

Nessas relações de poder são ditados os comportamentos a serem seguidos, as sexualidades concebidas como corretas e, por conseguinte, aceitas. Assim, nasce a heteronormatividade ditada socialmente como modelo a seguir.

Por heteronormatividade, entende-se a reprodução de práticas e códigos heterossexuais, sustentada pelo casamento monogâmico, amor romântico, fidelidade conjugal, constituição de família (esquema pai-mãe-filho (a) (s)). Na esteira das implicações da aludida palavra, tem-se o heterossexismo compulsório, sendo que, por esse último termo, entende-se o imperativo inquestionado e inquestionável por parte de

todos os membros da sociedade com o intuito de reforçar ou dar legitimidade às práticas heterossexuais. (FOSTER, 2001, p. 19).

Diante do exposto, é possível perceber que a sexualidade é um produto cultural, que os padrões são produzidos e reproduzidos, e que, portanto, são mutáveis. No entanto, a heteronormatividade na qual estamos imersos, faz com que sexualidades divergentes tendam a ser invisibilizadas e culpabilizadas, sem que percebamos ou questionemos esses processos.

2.2 Homossexualidades e heteronormatividade

O vocábulo heteronormatividade é formado pela conjunção de duas palavras “hetero” e “norma”. O vocábulo “hetero” significa diferente e é antônimo de “homo”, que significa igual. Já o vocábulo “norma” tem por significado preceito, regra, valor, modelo (PETRY; MEYER, 2011, p. 196). A partir desses termos, podemos definir heteronormatividade como modelo de relação com pessoa de sexo diferente do seu, a ser seguido como regra, ditado socialmente como modelo de valor. A heteronormatividade é entendida por Foster (2001, p. 19) como

a reprodução de práticas e códigos heterossexuais, sustentada pelo casamento monogâmico, amor romântico, fidelidade conjugal, constituição de família (esquema pai-mãe-filho (a) (s)). Na esteira das implicações da aludida palavra, tem-se o heterossexismo compulsório, sendo que, por esse último termo, entende-se o imperativo inquestionado e inquestionável por parte de todos os membros da sociedade com o intuito de reforçar ou dar legitimidade às práticas heterossexuais.

As homossexualidades (adota-se o termo no homossexualidades pelo entendimento de que a presença do sufixo “ismo” na palavra homossexualismo ainda carregue caracteres de associação à doença/distúrbio mental) estiveram presentes no catálogo de Classificação Internacional de Doenças (CID) no rol de doenças mentais até 1990, quando foi retirado pela Organização Mundial da Saúde (OMS). O termo homossexualidade carrega em si, uma carga de significação, como Fry e Macrae (1991, p. 7) descrevem:

O problema é que a homossexualidade é uma infinita variação sobre um mesmo tema: o das relações sexuais e afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Assim, ela é uma coisa na Grécia Antiga, outra coisa na Europa do fim do século XIX, outra coisa ainda entre os índios Guaiqui do Paraguai. Com esse mesmo raciocínio, a homossexualidade pode ser

uma coisa para um camponês do Mato Grosso, outra coisa para um candidato a governador do estado de São Paulo [...] tantas coisas quanto os diversos seguimentos sociais da sociedade brasileira contemporânea.

Fry e Macrae (1991, p. 8-9) apontam também o quanto essas identificações pessoais variam de um lugar para outro, de um seguimento para outro. Trazendo alguns exemplos, mostram, que em determinado lugar, um homem que mantém relações sexuais com outro homem pode não se identificar como homossexual, ou um jovem rapaz, que mantém relação sexual com um senhor mais velho, por uns trocados, talvez também não se identifique como tal. Essa identificação ou não, seja ela uma identificação pessoal ou social, faz com que o termo homossexualidade torne-se quase de impossível condensação em um conceito sintético.

3 DIREITOS LGBT

Em 2013, segundo pesquisa do Grupo Gay da Bahia (GGB) um homossexual era assassinado no Brasil a cada 28 horas (Pesquisa disponível no site do Grupo Gay da Bahia. Disponível em: <<http://www.ggb.org.br/direitos.html>>), sendo que, metade dos assassinatos homofóbicos do mundo são cometidos somente no Brasil.

Agressões, torturas, discriminação em órgãos e por autoridades governamentais, discriminação econômica, contra a livre movimentação, privacidade e trabalho, discriminação familiar, escolar, científica e religiosa, difamação e discriminação na mídia, insulto e preconceito anti-homossexual, anti-lésbico e anti-transgêneros são algumas formas comuns, e que muitas vezes passam despercebidas, de violência. A homofobia, lesbofobia, bifobia e transfobia têm múltiplas formas de expressão: desde piadas até representações estereotipadas. Pode-se dizer que é homofobia, lesbofobia, bifobia e transfobia a reação hostil às sexualidades desviantes da norma heterossexual. Hoje, o parlamento eleito no pleito de 2014, tem sido considerado o mais conservador do período pós-1964 (segundo dados do DIAP – Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar), podendo fazer com que as pautas LGBT corram o risco

de não avançar. No entanto, passos foram dados nesta seara: alguns Estados estabelecem proibições de discriminação por motivos de orientação sexual, tais como o Mato Grosso, Sergipe, Piauí, e o Distrito Federal (em sua lei orgânica), uma vez que na Constituição Federal (CF) não há menção expressa proibindo a discriminação por motivo de orientação sexual.

Na Câmara dos Deputados Federal existem 20 proposições relacionadas à união ou ao casamento entre pessoas do mesmo sexo em pauta, sendo nove favoráveis, oito contrárias e três neutras. (OLIVEIRA, 2013). Existe também, no âmbito penal, os projetos de proposição da criminalização da homofobia, englobando orientação sexual e identidade de gênero.

A Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) lista em seu sítio (Disponível em: <<http://www.abgl.org.br/port/78direitosnegados.php>>) 78 direitos negados a casais homossexuais. A legislação brasileira ainda é bastante omissa no que tange aos direitos LGBT. Os direitos de cidadania do grupo LGBT são, de fato, deixados de lado pelo legislador, que se omite na hora da formulação de leis que defendam essas minorias, e isso ocorre – muitas vezes - por questões religiosas e morais, e que também podem trazer reflexos eleitorais frente a grupos conservadores da sociedade.

Ressalta-se que é importante que a legislação acompanhe as mudanças sociais que interferem na construção da sexualidade. É necessário considerar que a orientação sexual e a identidade de gênero não se revestem de caracteres de morbidez ou doença, motivo pelo qual tais direitos devem ser garantidos.

Serão analisados aqui direitos nos âmbitos civil e penal. Conforme Rios, Souza e Sponchiado (2014), na Constituição Federal (CF) não há proibição expressa de discriminação por motivo de orientação sexual. Logo, embora exista uma proibição genérica de não discriminação disposta nesse documento, não há menção expressa a questões relativas à orientação sexual e à identidade de gênero em nossa Constituição.

Ressalta-se, por fim, que, no tocante a leis federais há quatro diplomas legislativos que tratam o tema da discriminação:

a) a proibição de discriminação por motivo de “preferência sexual” (**Lei nº 9.612/1998, artigo 4º, inciso IV**): “não discriminação de raça, religião, sexo, preferências sexuais, convicções político-ideológico-partidárias e condição social nas relações comunitárias”. (BRASIL, 1998);

b) a vedação de qualquer forma de discriminação em relação a pessoas portadoras de transtornos mentais, colocando a orientação sexual como critério proibido (**Lei nº 10.216/2001, artigo 1º**): “Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra”. (BRASIL, 2001);

c) a garantia de direitos fundamentais a toda mulher, independente de orientação sexual (**Lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Penha, artigo 2º**): “Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social”. (BRASIL, 2006b);

d) a proibição de anotações que incorporem informações não vinculadas à análise do risco de crédito (**Lei nº 12.414/2011, artigo 3º, inciso II**), “informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas”. (BRASIL, 2011a).

3.1 Movimento LGBT brasileiro e demanda por direitos

O LGBT brasileiro teve início com o que podemos chamar de Movimento Homossexual Brasileiro, o qual teve por alicerce o grupo Somos, primeiro grupo reconhecido como tendo uma proposta de defesa de demandas homossexuais, fundado em 1978, em São Paulo. (FACCHINI, 2005, p. 66). Já em 1979 foi organizado no Rio de Janeiro (RJ), o primeiro encontro de homossexuais

militantes (FACCHINI, 2005, p. 67) e, a partir desse, outros encontros aconteceram e outros grupos foram formados, espalhando o movimento pelo país.

Na primeira metade dos anos 1980, com o surgimento da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), tida inicialmente como “peste gay” ou “câncer gay”, houve redução dos grupos, bem como uma mudança de foto na atuação desses, que passaram a se preocupar com a luta contra a epidemia. Essa reação é tida como uma das primeiras respostas da sociedade civil brasileira a epidemia de AIDS. (FACCHINI, 2005, p. 73).

A partir de 1992, a quantidade de grupos nos encontros nacionais começa a crescer novamente (FACCHINI, 2005, p. 87 e 101), diversificando os formatos institucionais e propostas de atuação. No final da década de 1990, surge o Grupo CORSA. Esse é um momento em que o grupo Somos cresce, tendo a adesão inclusive de mulheres. Destaca-se também a formação de novos grupos, como o Eros e o Libertos.

Essas instituições, Organizações Não Governamentais (ONGs), fundações, entre outras nomenclaturas, têm papel fundamental na sociedade brasileira, uma vez que representam o grupo LGBT frente ao Estado para atingir seus direitos que, em sua maioria, são alcançados somente na esfera judicial.

3.2 Direitos no âmbito civil

Em cinco de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, reconhecendo a união estável entre casais do mesmo sexo. Excluiu, assim, qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil (CC) que impeça o reconhecimento da união das pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Reza o citado artigo que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Dessa maneira, conferiu interpretação a esse dispositivo à luz da CF, em seu artigo 3º, inciso IV, que veda qualquer

discriminação em virtude de sexo, raça ou cor. O relator da ação, Ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto, resume: “A nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo família nenhum significado ortodoxo”. E acrescenta: “Não existe família de segunda classe ou família mais ou menos”. (BRASIL, 2011c).

3.3 Direitos no âmbito penal

Em matéria penal destacam-se os projetos de lei nº 2.773/2000, de autoria do Deputado Alceste Almeida (PTB-RR) e 6.871/2006, de autoria da deputada Laura Carneiro (PFL/PTB-RJ - o Partido da Frente Liberal – PFL, foi extinto em 2007), os quais excluem do Código Penal Militar o crime de “pederastia”, bem como diversos projetos de lei que criminalizam condutas homofóbicas, as quais, em última análise, são discriminações por motivo de orientação sexual, contrárias ao ordenamento jurídico (BRASIL, 2000, 2006a). Há também a proposição da criminalização da homofobia, que tenta englobar a orientação sexual e identidade de gênero, que desde 2001 tramita nas casas legislativas, inicialmente na Câmara dos Deputados, e agora no Senado, sob o registro Projeto de Lei da Câmara (PLC) 122/2006. Esse projeto foi aprovado com substitutivos e encontra-se atualmente apensado ao projeto de reforma do Código Penal, impossibilitando sua tramitação. No Senado Federal também encontra-se o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 457/2011, de autoria do Senador Pedro Taques (PDT-MT), o qual “aumenta a pena dos crimes contra a honra, previstos nos arts. nº 138, 139 e 140, caput e § 2º; altera a redação do § 3º do art. 140, para incluir a orientação sexual e identidade de gênero como elementos para injúria qualificada”. (OLIVEIRA, 2013, p. 102).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação brasileira ainda é omissa no que tange a direitos LGBT. Os direitos de cidadania do grupo LGBT são, de fato, deixados de lado pelo legislador, não compactua com a formulação de leis que defendam essas minorias, por questões religiosas, morais, e que podem trazer reflexos eleitorais

frente a grupos conservadores da sociedade. Ressaltamos que é importante que a legislação acompanhe as mudanças sociais e comportamentais que interferem, como já referido, na construção da sexualidade. É necessário considerar que a orientação sexual e a identidade de gênero não se revestem de caracteres de morbidez ou doença, motivo pelo qual tais direitos devem ser garantidos. Por fim, acreditamos que a garantia de direitos à essa minoria é também imprescindível à redução da violência contra indivíduos LGBT.

REFERÊNCIAS

BORRILLO, D. A homofobia. In: DINIZ, Debora; LIONÇO, Tatiana (Orgs.). **Homofobia & Educação: um desafio ao silêncio**. Brasília: Letras Livres, 2009. p. 15-46.

BOZON, M. **Sociologia da sexualidade**. Tradução Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2004. Tradução de: *Sociologie de la sexualité*.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 2.773/2000**. Altera a redação do art. 235, do Código Penal Militar, excluindo do texto o crime de pederastia. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18609>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 6.871/2006a**. Altera a redação do art. 235 do Código Penal Militar, excluindo do nome jurídico o termo “pederastia” e do texto a expressão “homossexual ou não” e acrescentando parágrafo único, para excepcionar a incidência. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=319817>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2013.

_____. **Lei nº 9.612, de 19 de fevereiro de 1998**. Institui o serviço de radiodifusão comunitária e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9612.htm>. Acesso em: 19 dez. 2013.

_____. **Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>. Acesso em: 19 dez. 2013.

_____. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006b.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 19 dez. 2013.

_____. **Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011a.** Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 19 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277/DF.** Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, 05 de maio de 2011b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em: 02 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132/RJ.** Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, 05 de maio de 2011c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 02 set. 2013.

FACCHINI, R. **Sopa de letrinhas?:** movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

FOSTER, D. W. Consideraciones sobre el estudio de la heteronormatividade em la literatura latinoamericana. **Letras: Literatura e Autoritarismo.** Santa Maria, n. 22, jan./jun. 2001.

FOUCAULT, M. **História da Sexualidade.** Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque, J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999. v. 1: A vontade de saber. Tradução de: *Histoire de la sexualité I: la volonté de savoir.*

FRY, P.; MACRAE, E. **O que é homossexualidade?** 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

LOURO, G. L. (Org.). Pedagogias da sexualidade. In: _____. **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. p. 7-34.

McFARLANE, A. **História do casamento e do amor**: Inglaterra, 1300-1840. Tradução Paulo Neves. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. Tradução de: *Marriage and love in England: Modes of reproduction, 1300-1840*.

OLIVEIRA, R. M. R. de. **Direitos sexuais de LGBTTT no Brasil**: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

PETRY, A. R.; MEYER, D. E. E. Transexualidade e heteronormatividade: algumas questões para a pesquisa. **Textos & Contextos**. Porto Alegre, v. 10, n. 1, p. 193 - 198, jan./jul. 2011.

POLITO, A. F. **Michaelis**: moderno dicionário da língua portuguesa. 1. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2004.

RIOS, R. R.; SOUZA, L. G. O. de; SPONCHIADO, T. **Notícias de homofobia e proteção jurídica antidiscriminatória**. In: DINIZ, D.;

OLIVEIRA, R. M. de. (Orgs.). **Notícias de homofobia no Brasil**. Brasília: LetrasLivres, 2014. p. 159-190.

WEEKS, J. O corpo e a sexualidade. Tradução Tomaz Tadeu da Silva. In: LOURO, G. L. (Org.). **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. p. 35-82. Tradução de: *The body and sexuality*.

MULHERES E VIOLÊNCIA DE GÊNERO À LUZ DAS TEORIAS E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS

Caroline Machado de Oliveira Azeredo

Fernanda Sartor Meinero

RESUMO: O fenômeno da violência de gênero é considerado antigo, contudo é um tema atual em nossa sociedade, pois podemos constatá-lo em qualquer família. Dados da violência no Brasil apontam que 96.612 mulheres foram mortas de 1980 a 2011, a metade delas nesta última década. Assim, mostra-se basilar o presente estudo como forma de discutir a temática, promovendo o debate. O objetivo principal desse trabalho é revisar alguns conceitos e as principais teorias sobre violência contra a mulher e violência de gênero, bem como destacar algumas políticas públicas, no campo da saúde e da educação que visam enfrentar esse tipo de violência no Brasil. Para tanto a metodologia adotada será a pesquisa descritiva bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: mulheres; gênero; violência; políticas públicas.

RESUMEN: El fenómeno de la violencia de género es considerado antiguo, sin embargo, se trata de un tema actual en nuestra sociedad, pues se puede constatar en cualquier familia. Estadísticas de la violencia en Brasil apuntan que 96.612 mujeres fueron asesinadas de 1980 a 2011, la mitad de ellas en esta última década. Así, es fundamental el presente estudio como forma de discutir a temática, promoviendo el debate. El objetivo principal de este trabajo es revisar algunos conceptos y las principales teorías sobre violencia contra la mujer y violencia de género, así como destacar algunas políticas públicas, en el campo de la salud y la educación, que buscan enfrentar este tipo de violencia en Brasil. Para ello, se adoptará una metodología adoptada será la de una investigación descriptiva, con base bibliográfica e documental.

PALABRAS CLAVE: mujeres; género; violencia; políticas públicas.

1 INTRODUÇÃO

O problema da violência de gênero é cada vez mais discutido em nossa sociedade, pois atinge todas as classes sociais e impede que seja alcançada a igualdade entre gêneros e a dignidade humana.

A literatura sobre violência contra a mulher tem origem nos anos 80, relacionada aos estudos feministas no Brasil. Uma das principais conquistas

dessa época são as delegacias para mulher. A primeira Delegacia de Defesa da Mulher, em São Paulo, foi criada em 1985¹⁸. Os primeiros estudos sobre o tema buscaram investigar quais eram os crimes mais denunciados, bem como o perfil da vítima e seus agressores. Há trabalhos que se tornaram referência para compreender o fenômeno da violência contra a mulher. Esses trabalhos são divididos em correntes teóricas.

Dessa forma, o objetivo principal da pesquisa é realizar uma revisão dos principais conceitos e das teorias sobre violência contra as mulheres e violência de gênero. Ainda, a pesquisa visa mostrar algumas políticas públicas brasileiras que se destacam no combate à violência de gênero.

O estudo tratará da violência de gênero, abordando o conceito de gênero na atualidade, bem como as relações de poder que o envolvem. Revisar-se-á as principais correntes teóricas sobre a temática, pontuando suas características e diferenças. Por fim, se descerá breves considerações acerca do combate à violência de gênero, mostrando algumas políticas públicas nas áreas da saúde e educação.

2 A VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Para entender o fenômeno da violência contra a mulher, é necessário falar sobre gênero. O conceito de gênero foi elaborado a partir dos anos setenta, na segunda fase do feminismo, principalmente no campo das ciências sociais, sendo incorporado às diversas correntes feministas. Conforme Scott (1990), o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais fundadas nas diferenças percebidas entre os sexos. E, ainda, o gênero é uma primeira maneira de dar significado às relações de poder. Logo, existe uma diferença entre sexo e gênero, sexo é a categoria biológica, e gênero é a expressão culturalmente determinada da diferença sexual. Nesse contexto, Louro define gênero:

O conceito de gênero passa a englobar todas as formas de construção social, cultura e linguística implicadas com processos que diferenciam mulheres de homens, incluindo aqueles processos que produzem seus corpos, distinguindo-os e separando-os como corpos dotados de sexo, gênero e sexualidade". E, ainda, "gênero aponta para a noção de que, ao longo da vida, através das mais diversas instituições e práticas

¹⁸ As delegacias da mulher ainda hoje se constituem na principal política pública de enfrentamento da violência contra a mulher e contra a impunidade. (SANTOS; IZUMINO, 2005).

sociais, nos constituímos como homens e mulheres, num processo que não é linear, progressivo ou harmônico e que também nunca está finalizado. (LOURO, 2007, p.17).

A diferença entre homens e mulheres é social e culturalmente construída, através de diversas práticas que estão sempre em desenvolvimento. Portanto, a construção do feminino e do masculino não está ligada a fatores biológicos. A partir da diferença entre homens e mulheres surge a desigualdade de gênero, identificada, principalmente, pela violência e discriminação contra a mulher. Assim, é preciso demonstrar que não são características fisiológicas ou desvantagens socioeconômicas que definem as desigualdades de gênero.

São os modos pelos quais características femininas e masculinas são representadas como mais ou menos valorizadas, as formas pelas quais se reconhece e se distingue feminino de masculino, aquilo que se torna possível pensar e dizer sobre mulheres e homens que vai constituir, efetivamente, o que passa a ser definido e vivido como masculinidade e feminilidade. (LOURO, 2007, p. 13-14).

Nos estudos sobre desigualdade de gênero, busca-se identificar a relação desta com a dominação e o poder. De acordo com Louro (2004), homens e mulheres são construídos, além de mecanismo de repressão e censura, de modos de ser e de estar no mundo, formas de falar e de agir. Portanto, os gêneros se produzem nas e pelas relações de poder. Além das relações de poder existente nas desigualdades gênero, Welzer-Lang (2001, p. 461) sustenta que “os homens dominam coletiva e individualmente as mulheres. Esta dominação se exerce na esfera privada ou pública e atribui aos homens privilégios materiais, culturais e simbólicos”. Portanto, para ele, as desigualdades vivenciadas pelas mulheres são os frutos das vantagens dadas aos homens.

Os homens são estimulados a desenvolver condutas agressivas, que revelam a sua dominação e o seu poder, minimizando as mulheres. Essas vantagens dadas aos homens é que asseguram a sua posição de dominação na esfera pública e privada. As vantagens concedidas ao sexo masculino resultam na desigualdade entre homens e mulheres.

A partir da categoria gênero, introduzida nos estudos sobre violência contra a mulher, surge uma nova terminologia, qual seja, “violência de gênero”. Antes de analisar a violência de gênero, Grossi (2000) ressalta que a categoria *violência contra a mulher*, hoje de grande aceção no Brasil, passou a fazer parte do senso comum crítico a partir das mobilizações feministas contra o assassinato de

mulheres no final dos anos setenta. Em razão das inúmeras denúncias de *violência contra a mulher*, no âmbito familiar, o termo é usado como sinônimo de *violência doméstica*.

A partir dessa abordagem, cabe trazer a definição do termo “violência de gênero”, frequentemente utilizado como sinônimo de violência contra a mulher e violência doméstica. Apesar da sobreposição existente entre esses conceitos, há especificidades em cada um. A violência de gênero é mais geral. Abrange a violência doméstica e a familiar. Desta forma, para compreensão do tema, aborda-se o conceito de violência de gênero utilizado por Saffioti.

O termo violência de gênero refere-se ao fenômeno da violência entendida de forma mais ampla. Gênero diz respeito à construção sócio-histórico-cultural do ser homem e do ser mulher. Essa construção dita normas e valores que organizam tanto as relações entre homens e mulheres quanto as relações dos homens e das mulheres entre si. Assim, toda forma de violência que acontece no contexto dessas relações constitui uma manifestação da violência de gênero. (SAFFIOTI; DINIZ, 2006, P. 234/235).

Strey (2004) sustenta que embora a violência de gênero possa incidir sobre homens e mulheres, pesquisas demonstram que a mulher é a maior vítima desse tipo de violência, com consequências físicas e psicológicas muito graves. Portanto, a autora entende que a violência seja quase sinônimo de violência contra a mulher e violência doméstica e familiar, embora com suas peculiaridades.

Importante observar que a violência de gênero pode ocorrer de forma gradual, iniciando-se por ofensas, humilhações, agressões, até chegar à morte da mulher. É a violência composta por fases ou ciclos. Hirigoyen (2006, p. 62) define que a violência é composta por quatro fases: fase da tensão, fase da agressão, fase do pedido de desculpas ou do apaziguamento e fase da reconciliação ou lua de mel¹⁹.

Nesse sentido, cabe analisar as principais correntes teóricas sobre a violência de gênero.

¹⁹ A fase da tensão é de irritabilidade do homem, relacionada a preocupações da vida cotidiana. A fase da agressão parece que o homem perdeu o controle sobre si mesmo. A violência física começa gradativamente com empurrões, tapas, socos, etc. A fase de desculpas é aquela que o homem busca anular ou minimizar seu comportamento. Já na fase da reconciliação o homem adota uma atitude agradável, mostra-se atencioso. (HIRIGOYEN, 2006).

3 AS PRINCIPAIS CORRENTES TEÓRICAS

Para compreender e definir o fenômeno da violência contra as mulheres e a posição das mulheres em relação à violência, Santos e Izumino (2005) identificaram três correntes teóricas: a) dominação masculina: define violência contra as mulheres como expressão de dominação da mulher pelo homem, resultando na anulação da autonomia da mulher, concebida tanto como “vítima” como “cúmplice” da dominação masculina; b) dominação patriarcal: compreende a violência como expressão do patriarcado, em que a mulher é vista como sujeito social autônomo, porém historicamente vitimada pelo controle social masculino; c) relacional: relativiza as noções de dominação masculina e vitimização feminina, concebendo violência como uma forma de comunicação e um jogo do qual a mulher não é “vítima” senão “cúmplice”.

Grossi (2000) ressalta dois grandes paradigmas teóricos: um centrado nas teorias do patriarcado, e outro na perspectiva da violência como parte da relação afetivo/ conjugal.

A primeira corrente corresponde ao artigo de Marilena Chauí, “Participando do Debate sobre a Mulher e Violência”. A autora entende a violência contra a mulher como resultado de uma ideologia masculina, reproduzida por homens e mulheres. A vítima é tratada como “objeto” e não como “sujeito”. Chauí sustenta que as mulheres são “cúmplices” da violência, pois são instrumentos da dominação masculina. (CHAUÍ, 1985). Santos e Izumino (2005) concordam com o sentido de “cumplicidade” proposto por Chauí, pois tanto homens e mulheres são reprodutores dos papéis sociais. Entretanto, as autoras entendem que a mulher tem autonomia para mudar tais papéis e superar a violência.

A segunda corrente foi introduzida, no Brasil, pela socióloga Heleieth Saffioti. Ela entende a violência como expressão do patriarcado. No regime do patriarcado, além da dominação masculina, as mulheres também são exploradas pelos homens, pois são objeto de satisfação sexual e reprodutoras de força de trabalho. Conforme exposto por Saffioti.

Há, sem dúvida, uma economia doméstica, ou domesticamente organizada que sustenta a ordem patriarcal. Dentre os diferentes machos, há, pelo menos, uma hierarquia estabelecida com base nas

distintas faixas etárias, cada uma desempenhando suas funções sociais e tendo um certo significado. A hierarquia apoiada na idade, entretanto, não é suficiente para impedir a emergência e a manutenção da solidariedade entre os homens.[...] Neste regime, as mulheres são objeto de satisfação sexual dos homens, reprodutoras de herdeiros, de força de trabalho e de novas reprodutoras. Diferente dos homens como categoria social, a sujeição das mulheres, também como grupo, envolve prestação de serviços sexuais a seus dominadores. (SAFFIOTI, 2004, p. 105).

A violência contra a mulher é uma das principais expressões da dominação masculina. Ela reforça a ideia de que as mulheres são objetos pertencentes aos homens e que o exercício da agressão e da humilhação é normal. As mulheres são submetidas a uma soma de dominação e exploração. Cabe citar novamente Saffioti ao abordar o tema.

A dominação-exploração constitui um único fenômeno, apresentado em duas faces. Desta sorte, a base econômica do patriarcado não consiste apenas na intensa discriminação salarial das trabalhadoras, e sua segregação ocupacional e em sua marginalização de importantes papéis econômicos e político-deliberativos, mas também no controle de sua sexualidade e, por conseguinte, de sua capacidade reprodutiva. Seja para induzir as mulheres a ter grande número de filhos, seja para convencê-las a controlar a quantidade de nascimentos e o espaço de tempo entre os filhos, o controle está sempre em mãos masculinas, embora elementos femininos possam intermediar e mesmo implementar esses projetos. (SAFFIOTI, 2004, p. 106).

A autora rejeita a ideia que as mulheres sejam “cúmplices” da violência. Ela concebe a ideia de “vítima”, contudo, as define como “sujeito”. A mulher e o homem têm diferentes percentuais de poder em uma relação, portanto não se pode atribuir igual responsabilidade a eles. O consentimento exige que ambas as partes desfrutem do mesmo poder, e esse não ocorre numa relação díspar como é o caso da relação de gênero (Saffioti, 2004).

Ao contrário de Saffioti, Grossi (2000, p. 303) rejeita a ideia de patriarcado por dois pontos “de um lado o forte viés essencialista que tende a naturalizar e tomar como universais os papéis assumidos por homens e mulheres e, por outro, a visão que privilegia a noção de subordinação e dependência das mulheres em relação aos homens”. A autora entende que a uso da violência recai sobre o homem e a mulher fica isenta de responsabilidade. Além disso, a autora entende que o uso do termo “violência de gênero”, por parte das teóricas que compartilham dessa teoria, essencializa a violência, pois a “violência é sempre masculina” mesmo quando praticada por mulheres. Importante ressaltar que as pesquisas de violência contra a mulher da década de 80 já se utilizavam das duas correntes.

As pesquisas sobre violência contra a mulher na década de 80 utilizam o conceito de violência de Chauí, mas não incorporam sua reflexão sobre

a “cumplicidade” das mulheres na produção e reprodução da violência. Na trilha de Saffioti, concebem violência contra as mulheres como expressão do patriarcado e acabam assumindo, com ou sem ressalvas, uma posição vitimista em relação à mulher. (SANTOS, IZUMINO 2005, p. 05).

É válido destacar que o conceito de patriarcado não foi criado pelo movimento feminista. O termo foi tomado de Weber que o conceituou como aquelas sociedades tradicionais, centradas na figura de um patriarca. O uso do termo é criticado por algumas feministas. Críticas que se centram em argumentos apontados por Narvaz e Koller (2006, p. 50): a) o uso do termo “patriarcado” em função do caráter a-histórico, fixo e determinante impregnado em seu conceito; b) o conceito de patriarcado, tomado de Weber, tem delimitações históricas claras, tendo sido utilizado para descrever um tipo de dominação assegurada pela tradição, na qual o senhor é a lei e cujo domínio refere-se a formas sociais simples e a comunidades domésticas; c) na medida em que a família e as relações entre os sexos mudaram, a ideia de patriarcado cristaliza a dominação masculina, pois impossibilita pensar a mudança.

Segundo Koller e Narvaz (2006) há um patriarcado moderno, que apesar de mudar sua configuração, manteve as premissas do pensamento tradicional²⁰, pois apesar de não existir mais os direitos de um pai sobre as mulheres na sociedade civil, ficou mantido o direito natural conjugal dos homens sobre as mulheres.

A terceira corrente, denominada de relacional, relativiza a perspectiva dominação-vitimização. O livro “Cenas e Queixas”, de Maria Filomena Gregori, exemplifica a proposta defendida por essa corrente. A autora entende a violência como uma forma de comunicação e um jogo do qual a mulher não é “vítima” senão “cúmplice”. A violência é um ato de comunicação, que se perfaz, num primeiro momento, como uma relação de parceria, na qual homens ou mulheres provocam ou mantêm essas situações. Segundo Gregori (1993, p. 167), “é o corpo da mulher que sofre maiores danos, é nela que o medo se instala. E, paradoxalmente, é ela que vai se aprisionando em sua própria vitimização”.

A autora trata a violência conjugal como um jogo relacional e não como uma relação de poder. A mulher não é “vítima” na relação conjugal, pois participa

²⁰ Nas palavras de Koller e Narvaz (2006, p. 50), “O pensamento patriarcal tradicional envolve as proposições que tomam o poder de um pai na família como origem e modelo de todas as relações de poder e autoridade, o que parece ter vigido nas épocas da Idade Média e da modernidade até o século XVII. O discurso ideológico e político que anuncia o declínio do patriarcado, ao final do século XVII, baseia-se na idéia de que não há mais os direitos de um pai sobre as mulheres na sociedade civil.”

ativamente nas cenas de violência. Contudo, é “cúmplice” da dominação masculina. A autora considera que a mulher coopera na sua produção como não-sujeito e obtém prazer, proteção e amparo quando se coloca na posição de vítima. Gregori (1993, p. 167) ressalta que não pretende culpar as vítimas “trata-se, pelo contrário, de entender os contextos no quais a violência ocorre e os seus significados”

Seguindo a mesma linha de Gregori, Grossi entende que é necessário perceber a violência a partir do vínculo afetivo/conjugal construído através da comunicação de cada casal, bem como a partir do contexto cultural no qual o casal está inserido. Nas palavras de Grossi (2000, p.303-304), “a violência doméstica é o resultado de complexas relações afetivas e emocionais, não restritas ao âmbito da heterossexualidade, podendo também ocorrer em relações afetivas envolvendo dois homens ou duas mulheres”. A autora sustenta que a partir do descentramento da violência do polo masculino pode-se observar que as mulheres são coparticipantes das cenas de violência²¹.

As autoras entendem que as mulheres não são vítimas da violência que sofrem, pois são provocadoras e, portanto, culpadas e cúmplices. Segundo Narvaz e Koller (2006) as mulheres são acusadas, ainda, de serem passivas e de permanecerem nas situações de violência.

A partir da relativização do binômio dominação-vitimização, começa a surgir uma mudança no uso da expressão “mulheres vítimas de violência” para “mulheres em situação de violência²²”. Santos e Izumino (2005) defendem que é necessário relativizar o modelo de dominação masculina e vitimização feminina, pois pesquisas demonstram que a mulher não é mera vítima, no sentido de que, ao denunciar a violência doméstica, ela resiste e perpetua os papéis sociais de vítima. O discurso vitimista não oferece uma alternativa para mulher.

²¹ Grossi (2000) ressalta que a teoria que têm abordado a violência como parte da comunicação entre o casal é a teoria do ciclo da violência, na qual mostra que há uma circulação do poder no interior do casamento e não uma divisão estanque do mesmo.

²² Segundo Santos e Izumino (2005), o movimento feminista, num primeiro momento, reage contra essa relativização, mas algumas organizações feministas passam a discutir a “cumplicidade” da mulher e começam a usar a expressão “mulheres em situação de violência”.

As autoras concordam com a cumplicidade da mulher, mas com ressalvas. Segundo Santos e Izumino, (2005, p. 08) “entendemos que não se pode compreender o fenômeno da violência como algo que acontece fora de uma relação de poder.” A segunda ressalva diz respeito quanto à forma que Gregori analisa os dados. As autoras entendem que ela não analisa os contextos no qual a violência ocorre, generalizando o significado das queixas. Já Saffioti rejeita a ideia de cumplicidade proposta por Chauí e Gregori.

Se as mulheres sempre se opuseram à ordem patriarcal de gênero; se o caráter primordial do gênero molda subjetividades; se o gênero se situa aquém da consciência; se as mulheres desfrutam de parcelas irrisórias de poder face às detidas pelos homens; se as mulheres são portadoras de uma consciência de dominadas; torna-se difícil, se não impossível, pensar estas criaturas como cúmplices de seus agressores. No entanto, esta posição existe no feminismo. No Brasil, ela foi defendida por Chauí e Gregori. (SAFFIOTI, 2001, p. 126).

Entende-se que é necessário relativizar o modelo de dominação masculina e vitimização feminina, pois a mulher não é mera vítima. Segundo Santos e Izumino (2005, p. 15), “as mulheres têm autonomia e poder para mudar tais papéis e a situação de violência na qual por ventura se encontram, conforme nos vem demonstrando novos estudos e sobre violência e acesso a serviços públicos, especialmente no âmbito da justiça”. Por outro lado, rejeita-se a ideia que as mulheres sejam “cúmplices” da violência. A mulher e o homem têm diferentes percentuais de poder em uma relação, portanto não se pode atribuir igual responsabilidade a eles.

Para entender o motivo da permanência da mulher com quem a agride é necessário entender alguns fenômenos. As mulheres, vítimas de abuso crônico, geralmente recorrem a alguns mecanismos de defesa como estratégias de adaptação e de sobrevivência, como dissociação do pensamento, a negação e a anulação dos sentimentos. (Narvaz e Koller, 2006). Essa aparente passividade é resultado do medo/pânico que a mulher tem do agressor. Ela cria um sistema de defesa para sobreviver e adaptar-se ao ciclo da violência. Por isso, conforme Narvaz e Koller (2006, p.10), “as mulheres não podem, portanto, ser responsabilizadas pelas violências que sofrem; não sentem prazer com a violência e nem sempre silenciam diante dos abusos sofridos.”

Importante observar que diversos fatores podem contribuir para permanência da mulher em relações violentas, como dependência emocional e econômica e a

transmissão das experiências de violência através de gerações. Muitas mulheres continuam em relações violentas, pois vivenciaram também a subordinação de suas mães na infância, ou eram vítimas da violência de seus pais. As histórias se repetem e são transmitidas de geração em geração. Grossi (2001) ressalta que a resistência da mulher está relacionada a redes de apoio, condição social, raça, história familiar, dentre outros. Fatores determinantes sobre as opções das mulheres em superarem os maus-tratos.

Narvaz e Koller abordam o tema, a partir das histórias de famílias que foram por elas atendidas, identificando a transmissão dos casos de violência, especialmente pela repetição de casos de abusos variados ao longo de gerações.

O desvelamento do abuso da filha é uma forma de denúncia do abuso sofrido também pela mãe e, por conseguinte, a denúncia da história de abuso de gerações e gerações em que as meninas e as mulheres são as maiores vítimas. Muitas mães ainda que abusadas na infância nunca haviam revelado suas histórias, demonstrando dificuldade em perceber o que ocorria com elas, até que o mesmo ocorresse com suas filhas. Esta dificuldade cresceu com elas, associada a processos de naturalização da violência, pelo medo ou dor, pela confusão e ambivalência. (2004, p. 15).

Verifica-se que a violência de gênero passa a ser entendida como natural. A mãe não conseguia ajudar a filha, demonstrando que outra vida era possível²³. Assim, o quadro de opressão, muitas vezes, transmitisse por gerações. Contudo, as mulheres não devem ser vistas somente como vítimas, pois podem resistir ao sistema de dominação e abandonar o lar, denunciar as agressões, entre outras. Muitas mulheres demonstram que são capazes de resistir à violência de muitos modos, como tomando iniciativas para se tornar independente, negando-se a fazer sexo, recusando obrigações diárias, dentre outras (GROSSI, 2001, p. 32).

A violência de gênero indica que há desigualdade na relação. Assim, ela deve ser combatida na sua totalidade, através de uma rede articulada de proteção à mulher, que apresente resultados concretos.

²³ As autoras ressaltam que é preciso avaliar que condições essa mãe tem de vencer o silêncio. Nas palavras de Narvaz e Koller (2004, p. 16), “A culpabilização feminina reflete um desvio implícito do foco da responsabilização do agressor. Esta atitude defende a idéia da convivência e da negação maternas diante do abuso das filhas, tornando-as co-autoras e culpadas. As razões para tal avaliação parecem desconsiderar a situação de subordinação a que estas mulheres geralmente estão submetidas em suas relações.”

4 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O COMBATE DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO BRASIL

No processo de luta por direitos, as organizações e os movimentos de mulheres constituíram um campo de poder que tem sido decisivo para a manutenção dos direitos conquistados e para a possibilidade de conquista de novos direitos. Esse processo de luta por direitos, voltado para a eliminação de todas as formas de discriminação, incluindo a dominação masculina, apresenta, ao longo das últimas três décadas, um conjunto de importantes avanços legislativos e de políticas públicas que não pode ser subestimado.

A luta pelo direito a uma vida sem violência, que possibilitou a aprovação da Lei Maria da Penha, em 2006, é um caso exemplar de exercício de uma cidadania ativa expressa no discurso e na atuação das feministas no espaço público. Sintetiza, também, a longa interlocução das feministas com os poderes legislativo e executivo e aponta para a necessidade de investimentos contínuos no diálogo com o poder judiciário e as demais instituições da justiça.”(BARSTED, 2011, p. 15).

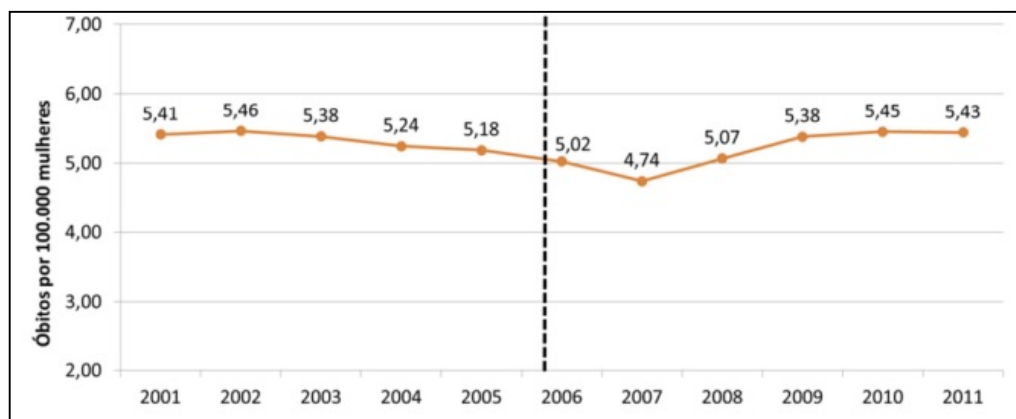
Portanto, a promulgação da Lei 11.340²⁴, Lei Maria da Penha, constitui um avanço quanto à proteção da mulher no ordenamento brasileiro. A vigência da Lei possibilitou, como um primeiro impacto, a mensagem massiva de que o Estado repudia a violência de gênero. Obviamente que essa construção de abominação sobre a violência não foi realizada somente em função do dispositivo legal e sim pelo espaço conquistado pelas mulheres na sociedade a refletir em mudanças no ordenamento jurídico.

A invisibilidade da violência contra a mulher são processos culturais e históricos, portanto, passíveis de reversão (WERBA;STREY, 2001). Neste sentido as políticas públicas contra a violência de gênero são essenciais para essa reversão, pois apesar da Lei Maria da Penha ser um marco normativo de combate

²⁴ A Lei Maria da Penha reflete a sensibilidade feminista no tratamento da violência doméstica. Ao desconstruir o modo anterior de tratamento legal e ouvir as mulheres nos debates que antecederam a aprovação da Lei 11.340/2006, o feminismo registra a participação política das mulheres como sujeitos na construção desse instrumento legal e sugere uma nova posição de sujeito no direito penal. (CAMPOS, 2011, p. 09).

à violência contra a mulher, após dez anos de vigência legal não foi suficiente para diminuir a mortalidade de mulheres por agressões, como resta demonstrado no gráfico a seguir:

ESTUDO SOBRE MORTALIDADE DE MULHERES POR AGRESSÕES ANTES E APÓS A VIGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA



Fonte: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2013).

O quadro mostra as taxas de mortalidade por 100 mil mulheres, que foram 5,28 no período 2001-2006, ou seja, antes da Lei Maria da Penha, e 5,22 em 2007-2011, posterior a ela. Cumpre destacar que no ano de 2006 na entrada da vigência da referida lei houve um decréscimo na taxa de mortalidade. Talvez motivado pela “novidade” do dispositivo legal, seu teor sancionatório e sua possível aplicação.

A Lei Maria da Penha isoladamente não é capaz de evitar o homicídio de mulheres. Assim, há a necessidade de combinar inúmeras e efetivas políticas públicas além do âmbito criminal/judiciário, estendendo-as para várias áreas, como por exemplo, de saúde pública e educação. Neste sentido o Plano Nacional de Políticas para Mulheres (PNPM) constitui um exemplo de tratamento transversal²⁵ da problemática da violência contra a mulher. O PNPM tem como objetivo traçar um conjunto de ações integradas entre o governo, e seus ministérios, empresas públicas e sociedade civil (PNPM, 2012).

²⁵ O conceito de transversalidade adotado pelo PNPM significa que abordagem dos problemas será: “multidimensionais e Inter setoriais de forma combinada, dividir responsabilidades e superar a persistente “departamentalização” da política. Na medida em que considera todas as formas de desigualdade, combina ações para as mulheres e para a igualdade de gênero e, dessa forma, permite o enfrentamento do problema por inteiro” (PNPM, 2012).

Ainda, em 2003 foram criadas a Secretaria de Políticas para as Mulheres e a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Segundo relatório da ONU, mais de 600 (seiscentos) mecanismos de atendimento às mulheres, tanto na esfera estadual como municipal foram criados em todo o país (ONU MULHERES, 2014).

Uma das políticas públicas que merece destaque é a desenvolvida pelo Ministério da saúde. Em 1984, após o início das lutas feministas, os movimentos reivindicaram a criação das delegacias especiais (DDM ou DEAM), bem como propuseram conjuntamente com profissionais da área da saúde a criação do Programa de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PAISM). Nos inícios, o programa tratava do tema da reprodução humana e a forma como a mulher era tratada na rede de atendimento (SCHRAIBER; OLIVEIRA; PORTELLA; MENICUCCI, 2009).

A identificação das situações de violência de gênero sempre foi um desafio, pois as agressões sofridas no interior da privacidade do lar muitas vezes não são declaradas. Por vezes essas mulheres sofrem caladas por anos, consequentemente acarretando-lhes danos à saúde²⁶. Os agentes de saúde pública podem ser ferramentas de monitoramento e até combate a dessas agressões, pois ao procurarem atendimento médico, seja em virtude dos danos físicos sofridos, ou pelo quadro psicológico traumático as mulheres podem receber um tratamento adequado.

Para melhorar o atendimento das mulheres no Sistema de Saúde Pública, o Ministério da Saúde divulgou uma “cartilha” sobre violência intrafamiliar destinada aos agentes de saúde do Sistema Único de Saúde. O material orienta os

²⁶ As consequências da violência de gênero na saúde da mulher foi tema de um estudo pioneiro realizado por Heise em 1994 para o Banco Mundial. A americana concluiu que “nas economias de mercado consolidadas, 19% dos anos de vida perdidos por morte ou incapacitação física, por mulheres de 15 a 44 anos, são resultado da violência de gênero.” (HEISE apud GIFFIN, 1994, p.147). Segundo Heise as consequências da violência doméstica e do estupro à saúde da mulher, são maiores que as consequências de todos os tipos de câncer, e pouco menores que os efeitos das doenças cardiovasculares. O estudo também faz referências ao suicídio e feminicídio, inclusive fazendo referência a cidade de Pernambuco, que em 1992 o percentual de mulheres assassinadas por seus parceiros era o alarmante número de 70%. Como consequências não mortais da violência praticada por parceiros incluem: “lesões permanentes; problemas crônicos, tais como dor de cabeça, dor abdominal, infecções vaginais; distúrbios do sono e da alimentação; e doenças de efeito retardado, incluindo artrite, hipertensão, e doenças cardíacas” (GIFFIN apud HEISE, 1994, p. 148).

profissionais a estarem atentos aos problemas de saúde relatados por mulheres, bem como as informações por elas prestadas, a fim de que possam, eventualmente, identificar situações de violência doméstica. A abordagem indicada pelo material divulgado pelo Ministério da Saúde para os profissionais da Saúde engloba passos de abordagem²⁷ que vão desde a prestação de informações sobre violência doméstica a visitas as residências para monitoramento a situação (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2002).

Todavia os aspectos sociais e culturais sobre a questão da violência de gênero que também permeiam a área da saúde e acabam por constituírem obstáculos à concretização do seu combate. Os profissionais não entendem a importância de interferir no ciclo de violência, bem como a forma de desempenharem essa função, pois valorizam a neutralidade e a não intromissão nos aspectos privados:

[...] qualquer acolhimento diverso é visto como adoção de privilégios, não como realização de direitos. Essa ideologia implica, então, sérias questões para a busca das equidades, já dados os diferenciais de oportunidades e de atenção delimitados pelas desigualdades sociais e de gênero. Será, pois, um dos maiores desafios na Saúde o esforço contrário: o de situar o agir profissional no compromisso com os direitos

²⁷ O Ministério da Saúde aponta 12 (doze) passos para o atendimento à mulher em situação de violência de gênero: “1. Desenvolver uma atitude que possibilite à mulher sentir-se acolhida e apoiada; 2. Ajudar a mulher a estabelecer um vínculo de confiança individual e institucional para avaliar o histórico de violência, riscos, motivação para romper a relação, limites e possibilidades pessoais, bem como seus recursos sociais e familiares; 3. Conversar com a mulher sobre as diferentes opções para lidar com o problema que ela está vivenciando, garantindo-lhe o direito de escolha, fortalecendo sua autoestima e autonomia; 4. Estabelecer passos graduais, concretos e realistas, construindo um mapa dos recursos, alternativas e ações, com vistas a implementar a metodologia a seguir; 5. Apoiar a mulher que deseja fazer o registro policial do fato e informá-la sobre o significado do exame de corpo de delito, ressaltando a importância de tornar visível a situação de violência. 6. Sugerir encaminhamento aos órgãos competentes: Delegacia Policial, de preferência Delegacia de Proteção à Mulher e Instituto ou Departamento Médico-Legal. Orientar a mulher quanto ao seu direito e importância de guardar uma cópia do Boletim de Ocorrência; 7. Estimular a construção de vínculos com diversas fontes de assistência, acompanhamento e proteção, reforçando a sistemática de atuação de uma rede de apoio. 8. Caso necessário, encaminhar ao atendimento clínico na própria unidade ou para serviço de referência, conforme a gravidade e especificidade de danos e lesões; 9. Conforme a motivação da mulher para dar andamento ao processo de separação, encaminhá-la aos serviços jurídicos – Defensoria Pública, Fórum local ou ONGs de apoio jurídico; 10. Sugerir encaminhamento para atendimento de casal ou família, no caso da continuidade da relação, ou quando houver filhos e, portanto a necessidade de preservar os vínculos parentais. 11. Sugerir encaminhamento para atendimento psicológico individual, de acordo com a avaliação do caso. 12. Manter visitas domiciliares periódicas, para fins de acompanhamento do caso” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2002).

humanos e das mulheres, e com a maior equidade nas questões de gênero (SCHRAIBER; D'OLIVEIRA; PORTELLA; MENICUCCI, 2009).

Na área econômico-financeira, umas das políticas públicas que deve ser mencionada é o programa Bolsa Família. O fator da independência financeira como vetor de autonomia da mulher pode ser apreciado, segundo Rego e Pinzani, nos reflexos do programa²⁸. No momento que se fornece à mulher a administração do benefício, a escolha da forma de ser gasto o valor resulta na libertação de aspecto de dominação financeira. Permite às mulheres, mesmo que minimamente programarem as finanças domésticas e nessa medida começa a “autonomização de sua vida moral” (REGO; PINZANI, 2013, p. 195).

Obviamente que a independência financeira da mulher como elemento de igualdade de gênero não é apontada como única solução para a violência, como já referido trata-se de um problema complexo, envolvendo aspectos culturais, sociais e de identidade.

Neste sentido, um importante estudo acerca do papel da mulher brasileira no século XX foi realizado pelo departamento de Psicologia e Educação, do Departamento Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto. A pesquisa constituiu em colher diversos relatos de pessoas idosas cuja infância ocorreu no final do século XIX e início do XX a fim de demonstrar os valores presentes na época e a alteração dos mesmos com o decorrer do tempo.

Observou-se, pelas comunicações que inicialmente que os valores aplicados para meninos e meninas eram iguais, como: “Respeito”, “Obediência”, “Honestidade”, “Trabalho”; porém outros eram ligados apenas ao contingente feminino: “Submissão”, “Delicadeza no Trato”, “Pureza”, “Capacidade de Doação”, “Prendas Domésticas e Habilidades Manuais” (BISOLI-ALVES, 2000).

Segundo Bisoli-Alves (2000), a análise dos conteúdos das entrevistas com as mulheres acima de 50 (cinquenta) não, de várias camadas sociais, mostra que

²⁸ O Programa Bolsa Família é um programa com condicionantes para o recebimento dos benefícios, sendo que as famílias beneficiadas devem ter seus filhos (crianças e adolescentes de 6 a 15 anos) matriculados em estabelecimento regular de ensino. Ainda, devem garantir uma frequência escolar de no mínimo 85% da carga horária mensal do ano letivo. Na área da saúde as gestantes e as nutrizes devem se inscrever no pré-natal e comparecerem às consultas médicas. Ainda devem participar das atividades educativas ofertadas pelas equipes de saúde sobre aleitamento materno e promoção da alimentação saudável. Os responsáveis pelas crianças menores de sete anos devem levar as mesmas para as campanhas de vacinação (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL, 2014).

o processo de socialização realizado pelos adultos estabelecia, desde cedo, o controle sobre o comportamento da menina, empregando a auto restrição. Algumas frases destacadas pela Autora sobre essa forma de controle:

[..] 1. Ameaças de retirada de afeto. Ex.: Você age assim e ninguém gosta[...] (Mulher, 78 anos); 2. Ameaças de abandono e solidão. Ex.: Moça assim não casa[...] (Mulher, 80 anos); 3. Castigo dos Céus. Ex.: Nossa Senhora está olhando para você e está triste[...] (Mulher, 90 anos); 4. Remorso. Ex.: Quando eu morrer, você vai ver a falta que vou fazer[...]e aí vai ser tarde demais. (Mulher, 75 anos); 5. Culpa. Eu só quero o seu bem[...]. o seu pai também[...] o que você está fazendo é uma ingratidão[...] (Mulher, 90 anos) (BISOLI-ALVES, 2000, p. 235).

Ao analisar a educação da mulher brasileira do século XX, Bisoli-Alves destacam que a sua inserção se deu em virtude da necessidade de que as mulheres soubessem fazer contas para melhorar a educação dos filhos, bem como para que promovesse o sucesso do esposo através de seu suporte (BISOLI-ALVES, 2000, p. 236). Aqueles valores tradicionais, como delicadeza no trato, pureza, submissão, entre outros agora seguem de forma encoberta:

Assim, a transformação pode ser vista como acelerada e também lenta, na dependência do referencial temporal que se utiliza. Nessa ótica, pode-se afirmar que valores tradicionais como “Respeito”, “Obediência”, “Submissão”, “Delicadeza no Trato”, “Pureza”, “Capacidade de Doação” e “Habilidades Manuais”, que foram considerados atributos fundamentais e definidores da “boa moça” até meados do século XX, são “passados para trás”, o que significa “deixar de estar na linha de frente” da educação da menina/moça, permanecendo, sem dúvida, de forma “encoberta”, enquanto a mulher conquista o direito à escolarização e a exercer atividades profissionais diversificadas (BISOLI-ALVES, 2000, p. 237).

Essa forma “encoberta” de transmissão de valores de submissão e obediência seguem incorporadas na sociedade brasileira. Não são raros os casos de abandono da formação escolar por parte das jovens para cuidar da família, no caso irmãos, filhos, bem como auxiliarem com os afazeres domésticos.

Neste sentido, uma das formas de combate à violência de gênero justamente reside na educação. Necessita-se que a formação escolar das mulheres seja continuada a fim de estarem preparadas para o mercado de trabalho. Também para que no âmbito escolar a violência seja pauta para disseminação de informações e combate. A educação igualitária ainda constitui um desafio para o Brasil:

[...] a educação brasileira ainda não incorporou totalmente o princípio da igualdade de gênero. Há paridade nas matrículas em quase todos os níveis de ensino. A desigualdade de gênero foi reduzida no acesso e no

processo educacional, mas permanecem diferenças nos conteúdos educacionais e nos cursos e nas carreiras acessados por mulheres e homens (PNPM, 2012).

Como objetivo de igualar as condições e tratamentos, o PNPM pretende eliminar conteúdos sexistas e discriminatórios dos currículos e materiais didáticos substituindo-os por conteúdos e temática voltados para a igualdade de gênero e valorização da diversidade (PNPM, 2012).

No mercado de trabalho a desigualdade de condições é reveladora, segundo a ONU (2014) a taxa de desemprego das mulheres é cerca de duas vezes superior a dos homens, sendo que o salário percebido por eles é 30% maior do que o delas. Ainda, somente um quarto das mulheres empregadas está no setor formal (ONU MULHERES, 2014). As mulheres brasileiras que efetivamente logram ter formação profissional sofrem posteriormente com a desigualdade no mercado de trabalho²⁹, deixando de ocupar cargos estratégicos.

Para minimizar a desigualdade de gênero no mercado de trabalho, o Plano Nacional colocou como meta atender 180 (cento e oitenta) mil mulheres em cursos profissionalizantes a fim de elevar a escolaridade. No mesmo sentido como ação prática o plano ambiciona, até final de 2015, promover atividades socioeducativas nas escolas, para assim ampliar o tempo e o espaço educativo para as mulheres nas redes de ensino públicas.

Outro aspecto importante colocado como ação é a ampliação de creches e pré-escolas públicas, bem como o aumento de vagas (PNMN, 2012). As mulheres acabam por vezes saindo do mercado de trabalho ou da escola em função da maternidade e por não terem com quem deixar os filhos. A maioria dos homens nesse sentido é privilegiada, pois pode priorizar a formação profissional.

Ainda no âmbito a educação, o Ministério da Educação ampliou a formação de profissionais da educação, incluindo educadores e gestores para a observação das temáticas sobre gênero e diversidade sexual. Fomentando o debate e objetivando a igualdade de gênero e o respeito à diversidade de orientação sexual (MEC, 2007).

²⁹ A OIT (Organização Internacional do Trabalho), através da Recomendação n. 165 e da Convenção nº 156, de 23 de junho de 198, ressalta a preocupação com a desigualdade de tratamento e oportunidades de entre homens e mulheres.

Apesar das citadas políticas públicas de combate à violência de gênero, o recente estudo sobre o mapa da violência no Brasil assinala que 96.612 mulheres foram mortas de 1980 a 2011, sendo que quase a metade das mortes ocorreu na última década. O Sistema Único de Saúde (SUS) relatou que em 2011 foram mais de 70 mil mulheres vítimas de violência física, sendo que 71,8% das agressões foram cometidas em casa, e em 43,4% dos casos a agressão foi realizada pelo ex ou atual parceiro da mulher (WAISELFISZ, 2013, p. 74/75).

A cultura da violência deve ser alterada, acredita-se que o empoderamento da mulher frente à dominação pode contribuir para se romper o quadro de agressão, levando-a a denunciar o agressor ou se afastando do ambiente opressor. Nesse sentido as esferas de saúde pública, bem como a da educação podem ser fundamentais na identificação da situação de violência bem como disseminação de informações para o enfrentamento da problemática.

Preferiu-se destacar políticas públicas não na esfera criminal ou jurídica, pois antes de tudo devem-se lograr sólidas e profundas mudanças sociais culturais que possibilitem que mecanismos de prevenção da violência e quem sabe, promova gerações futuras mais igualitárias.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de violência de gênero é formulado e utilizado através das três correntes apresentadas. A corrente denominada dominação masculina concebe a mulher tanto como vítima quanto cúmplice da dominação masculina. A corrente da dominação patriarcal sustenta que a mulher tem autonomia, embora rejeite a ideia de cumplicidade. A corrente relacional sustenta que a mulher é cúmplice da dominação masculina, relativizando a vitimização feminina.

Entende-se que é necessário relativizar o modelo de dominação masculina e vitimização feminina, pois a mulher não é mera vítima, ela pode resistir ao sistema de dominação e romper o quadro de agressão, denunciando o agressor, abandonando o lar, entre outras. Por outro lado, rejeita-se a ideia que as mulheres sejam “cúmplices” da violência. Entende-se que, na violência de gênero, o poder é articulado. Contudo, a mulher e o homem têm diferentes percentuais de poder em uma relação, portanto não se

pode atribuir igual responsabilidade a eles. É uma relação de poder desigual. Por fim, deve-se utilizar a expressão “mulheres em situação de violência” para garantir a autonomia da mulher, permitindo que ela rompa com o quadro de violência e altere a situação de opressão na qual se encontre.

Atualmente o Brasil, apesar do avanço das políticas públicas de combate à violência de gênero, encontra-se com uma elevada taxa de homicídio de mulheres, bem como elevado número de jovens que abandonam a escola e graves problemas de desigualdade no mercado de trabalho. Portanto, mostra-se necessária a ampliação dessas políticas, assim como a revisão das mesmas.

Considera-se, também, de fundamental importância a contribuição dos estudos de violência de gênero e violência contra a mulher, no Brasil, para compreensão do tema e para colaboração com o surgimento de novas pesquisas que possam contribuir para a prevenção e o enfrentamento do problema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 11.340/2006, de 07 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>: Acesso em: 01 jul. 2014.

BISOLI-ALVES, Z. M. M. **Continuidades e Rupturas no Papel da Mulher Brasileira do Século XX**. Psicologia: Teoria e Pesquisa (Online), v. 16, p. 233-239, Set-Dez, 2000.

CAMPOS, C. H.; CARVALHO, S. **Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira**.

CAMPOS, C. H. (Org). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2011.

CARVALHO, S. Sobre as possibilidades de uma teoria queer. **Sistema Penal & Violência (Online)**, v. 4, p. 152-168, 2012.

_____. Sobre a Criminalização da Homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 99, p. 187-211, 2012.

CAVALCANTI, S. V. S. F. **Violência doméstica – análise da Lei “Maria da Penha” nº 11.340/06**. 4ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. **Violência doméstica – Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DAHL, T. S. **O direito das mulheres - uma introdução à teoria do direito feminista**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

GIFFI, K. Violência de Gênero, Sexualidade e Saúde. **Caderno Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 10 (supl. 1): 146-155, 1994. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v10s1/v10supl1a10.pdf>>. Acesso em: 20 jul. de 2014.

GROSSI, P. K. Por uma nova ótica e uma nova ética na abordagem da violência contra mulheres nas relações conjugais. In: Patricia K. G. e WERBA, G. (Orgs.). **Violências e gênero: Coisas que a gente não gostaria de saber**. Porto Alegre: Edipucrs, 2001.

GROSSI, M. P. Rimando amor e dor: reflexões sobre a violência no vínculo afetivo-conjugal. In: PEDRO, J. M.; Grossi, M. P. (Orgs.). **Masculino, feminino, plural: gênero na interdisciplinaridade**. Florianópolis: Ed. Mulheres, 2000.

IPEA. **Violência contra a Mulher: feminicídios (2013)**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf>. Acesso em: 20 de dez. de 2014.

LAFER. C. **Hannah Arendt**. Pensamento, persuasão e poder. 2ª Ed. rev e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

LOURO. G. L. **Corpo, gênero e Sexualidade: um debate contemporâneo na educação**. 3.ed. - Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

_____. **Gênero, sexualidade e educação: Uma perspectiva pós estruturalista**. 7ª Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.

MACHADO. L. Z. **Perspectivas em confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo?** Brasília, [s. n.], 2000. Disponível em: http://www.bibliotecafeminista.org.br/index.php?option=com_remository&Itemid=56&func=fileinfo&id=353. Acesso em 04 de set. de 2014.

MENDES, S. R. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Gênero e Diversidade Sexual na Escola: reconhecer diferenças e superar preconceitos**. Cadernos SECAD. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/secad/arquivos/pdf/escola_protege/caderno5.pdf>. Acesso em: 21 de dez. de 2014.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Violência Intrafamiliar, orientações para a prática em serviço**. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd05_19.pdf>. Acesso em 20 de dez. de 2014.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL. **Bolsa Família**. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia>>. Acesso em: 10 de maio 2014.

NARVAZ, M. G.; KOLLER, S. H. Famílias e patriarcado: Da prescrição normativa à subversão criativa. **Psicologia e Sociedade (Impresso)**, Brasil, v. 18, n.1, p. 49-55, 2006.

_____. Mulheres vítimas de violência doméstica: Compreendendo subjetividades assujeitadas. **Psico (PUCRS. Impresso)**, Brasil, v. 37, n.1, p. 7-13, 2006.

_____. Família, violências e gêneros: Desvelando a trama da transmissão transgeracional da violência de gênero. In: STREY; M. R. A.; JAEGER, F. P. (Org.). **Violência, gênero e políticas públicas**. Porto Alegre, RS: EDIPUCRS, 2004, v. 1, p. 149-176.

ONU MULHERES. **Visão Geral**. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/?page_id=86>. Acesso em 20 de dez. 2014.

PNPM. **Plano Nacional de Políticas as Mulheres (2013-2015)**. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2012/08/SPM_PNPM_2013.pdf>. Acesso em: 19 de dez. de 2014.

PORTO, P. R. F. **Violência doméstica e familiar contra a mulher – Lei 11.340/06 – análise crítica e sistêmica**. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

REGO, W. L.; PINZANI, A. **Vozes do Bolsa Família: autonomia, dinheiro e cidadania**. São Paulo: Unesp: 2013.

SAFFIOTI, H. I. B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. **Cadernos Pagu**, 16, p.115-136, 2001.

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

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHRAIBER, L. B.; D' OLIVEIRA, A. F. P. L.; PORTELLA, A. P.; MENICUCCI, E. Violência de gênero no campo da Saúde Coletiva: conquistas e desafios. **Ciência & Saúde Coletiva**, 2009, p. 119-127. Disponível em: <

<http://www.scielo.br/pdf/csc/v14n4/a04v14n4.pdf>> Acesso em: 21 de dez. de 2014.

SCOTT J. W. "Gênero: uma categoria útil de análise histórica". **Educação & Realidade**. Porto Alegre, 1990.

STRECK, L. L. Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional: desigualando a desigualdade histórica. In: CAMPOS, C. H. (Org). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2011.

STREY, M. N.; SILVA NETO, J. A.; HORTA, R. L. (Org.). **Família e gênero**. Porto Alegre: Ed. da PUCRS, 2007.

_____; MATTOS, F.; FENSTERSEIFER, G.; WERBA, G. (Orgs.). **Construções e perspectivas em gênero**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000.

_____; AZAMBUJA, M. P. R.; JAEGER, F. P. **Violência, Gênero e Políticas Públicas**. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

WASELFISZ, J. J. Homicídios e Juventude no Brasil. **Mapa da Violência 2013**. Disponível em:

<http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_homicidios_juventude.pdf>. Acesso em: 20 de dez. de 2014.

WEINGARTNER NETO, J. A relevância penal do descumprimento de medida protetiva de urgência no âmbito da violência doméstica e familiar. **Direito & Justiça (Porto Alegre. Impresso)**, v. 40, p. 147-154, 2014.

WELZER-LANG, D. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. **Estudos feministas**, Florianópolis, v.9, n.2, p. 452-468, 2001.

WERBA, G. C.; STREY, M. N. **Longe dos olhos, longe do coração**: ainda a invisibilidade da violência contra a mulher. In P .K. GROSSI & G.

WERBA (Orgs.), **Violências e gênero**: coisas que a gente não gostaria de saber (pp.71-82). Porto Alegre, EDIPUCRS, 2001.

DELEGACIAS DA MULHER: ENTRE A MINISSAIA, A "MULHER HONESTA" E O INQUÉRITO

Rafael Ambrósio Gava

Luiza Holmes Westphal Aguiar dos Santos

Júlio César Pompeu

RESUMO: Objetivo: divulgar os resultados de etnografia realizada em Delegacias de Atendimento à Mulher no Estado do Espírito Santo. Especificamente, versar sobre o modo como os relacionamentos mantidos pelas mulheres vítimas de violência e as roupas por elas usadas interferem nos registros e tramitação de inquéritos. Metodologia: este artigo é fruto da análise dos dados obtidos mediante coleta de dados etnográfica em duas delegacias, identificadas como D1 e D2. Resultados: nas triagens feitas em D1 e D2, as vítimas são prejudicadas com base em fachadas sociais estereotipadas e machistas. Só se dá atenção aos fatos relatados se e quando forem vencidas as barreiras do julgamento inicial, no qual os policiais decidem se e como as mulheres serão acolhidas com base nos traços e no "grau de moralidade" dos relacionamentos e posturas por elas mantidos. A deferência prestada às vítimas tende a ser maior quando elas são consideradas "dignas". Quando, entretanto, os funcionários julgam-nas "indignas", sancionam-nas com recusa de atendimento ou trato desrespeitoso. Conclusão: o androcentrismo, fiador de "dominações masculinas" que se exercem por violências simbólicas no momento da triagem, desmotiva parte das vítimas a registrar ocorrências ou prosseguir com ritos deflagrados, reforçando a sensação de impunidade e ineficácia das leis e políticas públicas. Ademais, contribui para que o ES tenha altos índices de violência contra a mulher.

PALAVRAS-CHAVE: lei Maria da Penha; delegacia da mulher; etnografia; violência de gênero; dominação masculina.

1 INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher faz milhares de vítimas anualmente e já é considerada uma epidemia social de proporção global (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2013). Especificamente no Brasil, país ostenta a sétima maior taxa relativa de homicídios femininos, o estado mais violento é o Espírito Santo (ES). Apenas em 2010, foram registrados neste estado 175 crimes que vitimaram

fatalmente mulheres. Isso significa que a cada 100 mil mulheres, 9,6 foram assassinadas – boa parte delas em um contexto de violência doméstica ou familiar fundada, direta ou indiretamente, em motivo de gênero (SCHRAIBER; D'OLIVEIRA; FRANÇA-JUNIOR; PINHO, 2002; WAISELFISZ, 2012).

No Brasil, a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que “cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher” (BRASIL, 2006), foi promulgada com o objetivo de combater essa epidemia. Esta lei não só agravou as sanções reservadas aos casos de violência doméstica e familiar, mas também previu a criação de uma rede de proteção e amparo às mulheres vitimadas, que conta com delegacias e Varas especializadas, instituições de acolhimento e atendimento por equipes multidisciplinares. Nada obstante, o aumento da violência contra a mulher mesmo após o advento dessa lei e das políticas públicas nela previstas (WAISELFISZ, 2012) é apontado como indicativo de má- interpretação e aplicação dos institutos em comento e/ou a inviabilidade de, por meio deles, reduzir este tipo de violência (NOBRE; BARREIRA, 2008; DEBERT; GREGORI, 2008).

Em que pese os inúmeros estudos que vêm sendo empreendidos nacionalmente com o intuito de explicar as razões pelas quais não se observam na prática os resultados prometidos com a implementação da Lei Maria da Penha, poucos se propõem a entender a dinâmica de funcionamento das Delegacias de Atendimento à Mulher (DEAM's). Além disso, boa parte das pesquisas feitas com tal finalidade foi realizada há aproximadamente dez anos ou se resumem à análise de uma única delegacia (CONRADO, 2000; PASINATO, 2002; GREGORI, 2006; CAMACHO; SANTOS; SPERANDIO, 2006; MARANHÃO, 2010; NOBRE; BARREIRA, 2008; NADER, 2011; SOUZA; CORTEZ, 2014).

Tendo isso em mente, no segundo semestre de 2013, iniciamos um estudo etnográfico visando a entender como funcionam os rituais de interação, as representações do “eu” e do outro (GOFFMAN, 2013a; 2012) as práticas sociais que se passam no âmbito das DEAM's do ES, a fim de averiguar “se” e “de que modo” influenciam na maneira como a Lei Maria da Penha tem sido interpretada e aplicada nesses órgãos estaduais. Buscamos, igualmente, descobrir se essas

práticas podem ajudar a explicar os índices de violência contra a mulher neste estado.

Como de praxe, a pesquisa foi autorizada pelas respectivas chefias, mediante a explanação da metodologia, da duração e dos objetivos. Além disso, assegurou-se a não identificação das delegacias, bem como a preservação da identidade de todos os agressores, vítimas, testemunhas, funcionários demais envolvidos.

A previsão é de que a fase de coleta de dados desta pesquisa empírica termine em 2015. Até o momento, foi concluída a etnografia em duas DEAM's capixabas – que chamaremos de D1 (dados colhidos de setembro a novembro de 2013) e D2 (dados colhidos de maio a agosto de 2014).

O ambiente físico e o relacionamento que os funcionários da D1 mantinham com pesquisadores e terceiros (vítimas, testemunhas, agressores etc) propiciava um ritual de interação usualmente marcado por certo nível de proximidade interpessoal. Isso facilitou a coleta de dados, que pôde ser feita de modo satisfatório em apenas três meses. Ao contrário, o ambiente físico e o relacionamento que os funcionários da D2 mantinham conosco e com terceiros propiciavam “evitações” e “afastamentos” intencionais. Por isso, nesta última delegacia, demoramos mais e tivemos maior dificuldade para colher os dados necessários.

A despeito de D1 e D2 estarem situadas no mesmo estado, há várias diferenças entre os rituais e práticas sociais comumente observados em cada uma – diferenças que decorrem não apenas da grande diversidade entre estrutura física de ambas, mas também da postura adotada pelos seus trabalhadores em relação a terceiros. Exemplificativamente, enquanto a estrutura física e as pessoas que trabalham na D1 geralmente propiciam proximidade com vítimas, testemunhas e agressores; a estrutura física e as pessoas que laboram na D2 fazem com que o relacionamento com vítimas, agressores e testemunhas seja, como regra, marcado por “evitações” e afastamentos intencionais. Precisamente pelas mencionadas diferenças, saltaram a nossos olhos aqueles rituais e práticas comuns a ambas (e que não decorrem de enunciados legais, políticas públicas ou diretrizes de estruturação e organização de unidades policiais).

Qualitativamente, a relevância dessas constantes é enorme, por terem sido observadas em campos sociais diversos e com práticas que, em muitos aspectos, são antagônicas. Isso permite, por extrapolação e com certa margem de segurança, chegar a substanciais resultados e conclusões preliminares (GEERTZ, 2009) – os quais tendem a ser confirmados ao final da pesquisa que está em andamento.

Uma dessas constantes é maneira como, no ES, os relacionamentos afetivos vivenciados pelas mulheres vítimas de violência e as roupas por elas trajadas interferem no registro e na tramitação dos inquéritos policiais. O objetivo deste artigo é formular e divulgar resultados e conclusões preliminares a tal respeito.

Ante a necessidade de se preservar o sigilo das fontes de informação, alertamos que, ao longo deste artigo, quando fizermos menção a agentes públicos individualmente considerados, nos referiremos a eles prioritariamente como mulheres. O gênero masculino somente será destacado quando estivermos falando de funcionários em geral ou quando, fazendo referência a um deles individualmente considerado, essa informação for relevante para a interpretação dos dados. Além disso, substituiremos seus nomes por códigos alfanuméricos aleatoriamente eleitos e atribuídos de forma não repetida a cada pessoa.

2 RESULTADOS E DISCUSSÕES

De acordo com Goffman, quando entramos em contato com alguém, procuramos obter informações a seu respeito ou nos valer das experiências que já tivemos com pessoas que se pareçam com ele. Buscamos, com isso, enquadrar a pessoa que está diante de nós em estereótipos que, apesar de não serem comprovados, permitem antecipar o que podemos dela esperar. Baseados nesses elementos iniciais, fazemos uma “representação” do outro, fixando expectativas preliminares (que podem ser ou não confirmadas) a respeito de como ele se comportará no curso da interação a ser travada. Escolhemos, então, como nos posicionaremos nesse contato face-a-face (2012; 2013a).

Esse referencial teórico ajuda a compreender a importância que os policiais (homens e mulheres) da D1 e da D2 dão ao procedimento de triagem por eles empregado. É por meio deste contato inicial que eles fazem uma representação preliminar das vítimas e, com base nela, posicionam-se quanto aos rituais de interação.

Com efeito, assim que as mulheres vítimas de violência ingressam na delegacia, as funcionárias fazem uma triagem para determinar se o caso é de competência da DEAM, se deve ser registrada ocorrência e quais providências e encaminhamentos se fazem necessários. Essa análise classificatória e seletiva se inicia por meio de uma avaliação visual (e que precede o contato verbal) das mulheres que vão registrar ocorrências ou acompanhar o andamento dos inquéritos deflagrados em função desses registros. Nessa visualização, dá-se particular atenção às roupas trajadas.

É dada tanta importância à percepção das vestes que os funcionários costumam eleger tal aspecto como suficiente para classificar as vítimas como dignas/indignas, descentes/indecenas, comportadas/provocantes e recatadas/vulgares. Esses (pre)juízos formulados são frequentemente externados pelos policiais (homens e mulheres) mediante gestos, expressões faciais e falas.

Constatamos que, em boa parte dos casos, é com base nesses prejulgamentos visuais que se decide se as mulheres serão atendidas e, em caso positivo, qual o tipo de tratamento que lhe será deferido. Afinal, mesmo quando a valoração negativa feita em função dos trajes não enseja a recusa imediata de atendimento, este passa a ser prestado com desconfiança e sem a presteza, agilidade e deferência reservadas às mulheres que, na visão dos funcionários, se vestem adequada e decentemente. Vejam-se, exemplificativamente, os seguintes trechos do caderno etnográfico:

“Olha o tamanho do short que você vem pra delegacia! Isso são trajes para entrar numa delegacia?” – diz a escrivã C1 quando a mulher fica de pé. [D1 – 23/09/2013]

“Olha o tamanho do vestido! Olha o tamanho!” – comenta C2 comigo e com R1, em tom de reprovação e gesticulando com a mão. “E eles tão vindo pra cá” – diz R1, levantando a sobrancelha e fazendo cara de quem reprova a veste. “Ah, mas se fosse T1 mandava ela voltar. Vê se isso é roupa de vir pra delegacia!” – responde C2, fazendo alusão a uma funcionária fumante. [D2 – 12/08/2014]

A agente *E1* comenta, em tom de reprovação, a roupa que uma mulher estava usando quando apareceu na delegacia, na manhã de ontem ou anteontem. [...] Ela disse que a mulher apareceu com uma blusa de renda transparente e sem sutiã, de modo que era possível ver, com facilidade, todo o peito, inclusive as auréolas e os mamilos. [...] *E1* fala que *T1* (a funcionária fumante) nem deixa mulheres vestidas dessa forma serem atendidas, manda voltar com roupas adequadas, descentes. Mais adiante, comenta que só pela maneira como elas se vestem e se portam, às vezes, já é possível tirar a conclusão. [D2 - 13/08/2014]

Os relatos acima evidenciam que é procedente a alegação de Goffman no sentido de que as primeiras impressões são importantes para dar o tom das interações sociais e, por vezes, impedir que o contato se prolongue (2013a).

Demonstram como, em função das roupas, os funcionários das D1 e D2 enquadram as vítimas em “fachadas sociais estereotipadas” (GOFFMAN, 2013a) e as atribuem “portes” (GOFFMAN, 2012) denotativos de qualidades desejáveis ou indesejáveis. Quando as vítimas comparecem às delegacias com trajes que os funcionários consideram inadequados ou imorais, elas são repreendidas não apenas por lhes serem atribuídos portes negativos em função dos quais não são vistas como merecedoras de um tratamento com deferência, mas também (e principalmente), porque os portes delas são encarados como falta de respeito para com os policiais (e a autoridade que eles incorporam). Dito de outro modo, na visão dos funcionários, as vítimas que se trajam inadequadamente cometem uma profanação dos rituais cerimoniais de apresentação que se passam nas DEAM’s, sendo sancionadas por isso (GOFFMAN, 2012).

Nas delegacias investigadas, o vestuário tem sido eleito como fator de definição das identidades moral e social das vítimas, em função do qual elas são colocadas ou não em posição de pretender determinados tipos de tratamento. Em outras palavras, os policiais das D1 e D2 agem como observadores que “assumem o papel” de limitar, segundo os trajes das mulheres, o que elas podem ser, fazer e pleitear (GOFFMAN, 2013a).

Em suma, as mulheres “inadequadamente vestidas” são “desacreditadas” e “estigmatizadas”, é dizer, são encaradas como portadoras de atributos e estereótipos profundamente depreciativos e por conta dos quais são consideradas inabilitadas à plena aceitação social. Enquanto estigmatizadas, têm a sua

“humanidade” diminuída e, com isso, sofrem desrespeitos, descréditos e descon siderações (GOFFMAN, 2013b).

Quando avaliação visual não implica recusa de atendimento, a fase de triagem continua por meio de uma “interação falada”, em que os funcionários de ambas as delegacias tentam descobrir os fatos potencialmente criminosos que levaram as mulheres a buscar atendimento na DEAM. É comum, nessa fase verbalizada da triagem, que os policiais (homens e mulheres) foquem sua atenção nos comportamentos das vítimas e analisem em que medida eles podem ou não ter contribuído para a ocorrência do fato noticiado.

Observamos que nas situações em que as mulheres mantêm relacionamentos ou adotam posturas que, na opinião dos funcionários, são moralmente repreensíveis, eles tendem a justificar ou a minimizar a importância da conduta do agressor e o grau de culpa deste pelo evento potencialmente criminoso. Em certos casos, o desvalor imputado pelos policiais às mulheres é tão grande que eles passam a desacreditá-las e a delas debochar.

Na medida em que tais posturas e relacionamentos tidos como moralmente repreensíveis são encarados pelos funcionários como espécies “culpas de caráter”, tão logo se tornam por eles conhecidos, levam à estigmatização das mulheres, de modo similar ao que ocorre quando trajam roupas tidas como inadequadas. Leiam-se, exemplificativamente, os seguintes trechos do caderno etnográfico:

“Por enquanto ela vai achar tudo terrível, e depois com o tempo vai começar a entender como as coisas são. É igual aquele caso: a menina bebe, vai para a casa do cara e vai direto pro quarto, não para nem na sala[...] Com vestidinho curtinho, senta na cama dele e liga pra mãe avisando que vai chegar tarde. O cara vai e ataca, ela tava [*sic*] procurando o que?” – diz a investigadora L1. “Mas isso não justifica o estupro” – disse-lhe. “Justifica sim, porque ela estava procurando isso” – responde a investigadora. “Não é que a culpa é dela, mas de alguma forma ela propiciou que isso acontecesse. Como nesse caso, eu achei muito estranho, por que ela iria pro quarto do amigo do marido dela? Daria tempo de ele enfiar em todos os orifícios enquanto o marido foi comprar cerveja?” – intervém a escritã C1 [D1 – 23/09/2013]

“Você já tá com outra pessoa?” – pergunta a escritã C1, num misto de surpresa e reprovação. “Sim” – diz a moça sorrindo. “Ai meu Deus[...] Tem quanto tempo que vocês se separaram?” – indaga a escritã. “Faz duas semanas” – responde a mulher. “Mas você quer o que também, né?! Como você iria se sentir? Se põe no lugar dele[...] Quanto tempo vocês ficaram casados?” – fala a escritã, em tom de repreensão. “Dez anos” – diz a mulher. “Nossa, dez anos[...] Você quer o que também

né?!” – retruca a escrivã, que logo em seguida se retira do recinto, deixando a mulher esperando na recepção.

Após um momento, vou perguntar à escrivã *C1* o que será feito em relação à mulher que espera na recepção. “Esqueci dela! Fala pra ela que vou falar do caso dela com a delegada e ela vai decidir se aceita ou não” – diz, com sinceridade, a escrivã. [...]

Depois que a mulher vai embora, a escrivã *C1* diz: “Pelo amor de Deus né, o homem já é violento, já batia nela, e ela acaba com um relacionamento de dez anos, pra duas semanas depois aparecer esfregando o namoradinho novo na cara dele, é muita falta de cabeça né!” [D1 – 31/10/2013]

Segundo a escrivã *M1*, ele falou que naquela festa realmente jogou cerveja na cara da namorada, porque viu que ela o estava traindo com outro homem. O depoente contou que, depois disso, foi à casa dela e quebrou todos os vidros de perfume que havia dado de presente para ela. A escrivã disse que o homem reconheceu que já havia batido na namorada em outra oportunidade, mas que nesse dia em questão não a agrediu fisicamente. [...] “A mulher é que fez coisa errada e está mentindo. Ele tá falando a verdade” – disse-nos a escrivã, concluindo a história. Depois, ela se despediu de nós e foi embora. [D2 – 10/08/2014]

Quando *R1* e *C2* saíram da casa, puxei assunto com elas sobre a senhora que chegou para registrar ocorrência quando eu estava indo embora no dia anterior. Elas falaram em tom de deboche que “uma mulher velha daquela tinha uns três homens” e que era muito melodramática e que ficava querendo valorizar demais a situação. Pelo que elas me contaram, a mulher tinha aproximadamente sessenta anos de idade e quando voltou da igreja com o seu atual namorado viu que o seu ex-namorado estava dentro de sua casa. A mulher disse que foi o seu ex-marido (e atual vizinho) que deixou que o ex-namorado entrasse na casa dela. Em função disso, foi tirar satisfação com ele – o que desencadeou uma confrontação física, na qual ela e o atual namorado foram agredidos. Segundo *C2*, a mulher quase não estava machucada [...]. *R1* disse que, em sua opinião, a mulher sequer estava machucada. [...] Elas continuaram brincando, dizendo que a mulher “devia era estar cansada, pois velha daquele jeito ainda dava conta de três homens”. Falaram, em tom de deboche, que é por isso que falta homem: porque umas arrumam três de uma vez só, enquanto outras, nenhum. [...] Em seguida, *R1* disse-nos que a mulher “devia era estar com a consciência pesada para andar se arrastando do jeito que andava”. [D2 – 12/08/2014].

As considerações feitas até aqui, remetem-nos à noção de “mulher honesta”, que esteve presente no Código Penal brasileiro (Decreto-Lei 2.848/1940) até 2005 - ano em que foi publicada a Lei 11.106, que, dentre outras providências, extirpou da legislação penal brasileira essa expressão (BRASIL, 1940). Como esse conceito não era veiculado pela própria lei, foi construído pelos penalistas. Por todos, citamos Nelson Hungria:

[...] mulher honesta, e como tal se entende, não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos bons costumes. Só deixa de ser honesta (sob o prisma jurídico-penal) a mulher francamente degradada, aquela que, inescrupulosamente, *multorum libidini patet*, ainda que não tenha

descido à condição de autêntica prostituta. Desonesta é a mulher fácil, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação [...] (1981, p. 139).

Basta confrontar o conceito transcrito com os relatos e asserções feitos mais acima para constatar que, embora o termo “mulher honesta” tenha sido extirpado da lei penal há aproximadamente dez anos, ainda continua sendo aplicado na prática diária das D1 e D2 (sem, entretanto, menção expressa a ele). Com efeito, os dados coletados evidenciam que, ao contrário do que inocentemente sustentam muitos penalistas, noções como “mulher honesta”, “desonesta”, “fácil” e “depravada” não desapareceram magicamente das práticas sociais e institucionalizadas por força de uma simples alteração legislativa.

Por tudo o que já foi exposto, percebe-se que a maneira como são feitos a triagem e o atendimento inicial leva as mulheres a se sentirem desestimuladas a registrar ocorrências ou a dar continuidade aos inquéritos e processos que delas se originam. Afinal, em um primeiro momento, os funcionários das D1 e D2 se ocupam muito mais em investigar e (pre)julgar a vítima e sua vida pregressa, do que elucidar os fatos potencialmente criminosos por elas narrados, fazendo com que as mulheres (já fragilizadas) sintam-se vilipendiadas, desamparadas. O fato de isso ocorrer justamente em órgãos que deveriam acolhê-las, tem sobre elas um poderoso e desolador efeito psicológico, fazendo-as crer que é contraproducente deflagrar a persecução criminal dos agressores.

Os estudos estatísticos e quantitativos mencionados na introdução têm o mérito de dar visibilidade às formas de “violência física” sofridas pelas mulheres do ES e de municiar o governo e a sociedade civil com os dados necessários para melhor compreender esse problema social e discutir as melhores formas de enfrentá-lo. Pecam, entretanto, por desconsiderar que, além da “violência física”, as mulheres são alvo de uma forma de violência cuja percepção é mais difícil e que propicia aquela: a “violência simbólica”.

Segundo Bourdieu (2014), a “dominação masculina” presente nas sociedades contemporâneas é o exemplo, por excelência, da “violência simbólica”, visto que não se exerce por meios de coerção física, mas por uma lógica social estruturada de modo androcêntrico e que enseja a estigmatização do “feminino”. Essa lógica (que é incorporada por homens e mulheres e opera por

princípios simbólicos de comunicação, conhecimento, reconhecimento e sentimento) é fruto de um longo trabalho coletivo que legitima uma relação de dominação masculina, inscrevendo-a em uma “natureza biológica” que é, ela própria, uma “construção social naturalizada”. À medida que essa ordem se perpetua, ela legitima uma série de práticas e esquemas de representações que, por sua vez, são legitimadas por essa ordem social – a qual é marcada por privilégios e ônus que são distribuídos desigualmente com base no gênero e que, de modo paradoxal e “dóxico”, tende a ser aceito pelos dominantes e dominadas como algo “natural” e, portanto, livre de maiores questionamentos. Essa desigualdade de gêneros socialmente construída e naturalizada ao longo do tempo faz com que o “masculino” apareça como uma verdadeira situação de nobreza, à qual se opõe o “feminino”.

A etnografia realizada na D1 e na D2 demonstra justamente esse tipo de violência simbólica e que se faz presente nos mais diversos espaços sociais – inclusive naqueles que, tais quais as DEAM’s, são criados com o objetivo de atender mulheres vitimadas. Evidencia, ainda, que esse tipo de ofensa está tão arraigado nas disposições sociais duráveis de nossa comunidade que não raramente passa despercebido e é visto como algo natural. Por isso, em boa parte dos casos, os policiais de ambas as delegacias sequer se dão conta de que estão perpetrando essa espécie de violência, reproduzindo práticas de dominação masculina de modo um tanto quanto automático.

Conseqüentemente, as mulheres que procuram as DEAM’s são duplamente vitimadas. Em primeiro lugar, no âmbito doméstico e familiar, em que sofrem violências físicas e psíquicas oriundas da dominação masculina. Em segundo lugar, ao procurarem os órgãos públicos incumbidos de tutelá-las, os quais têm em seus quadros funcionários, que ao atendê-las, exercem sobre elas uma série de prejulgamentos imbuídos do mesmo tipo de violência simbólica e machismo partilhados pelos agressores.

A teoria de Bourdieu ajuda a explicar a razão por que, a despeito do quadro pessoal das D1 e D2 ser majoritariamente composto por mulheres, é tão recorrente a prática de atos de violência simbólica. Afinal, de modo paradoxal e “dóxico”, a ordem social androcêntrica atualmente vigente é “naturalizada” e tende

a ser aceita e reproduzida não apenas pelos homens, mas também pelas mulheres. Esse sistema social de dominação e poder simbólicos não se restringe ao ambiente domiciliar, manifestando-se também na estrutura estatal e em todas as demais instituições e foros sociais.

A tendência de as mulheres aderirem a essa dominação simbólica, ajudando a perpetrá-la em todos os campos sociais, contribui para explicar o motivo pelo qual a criação de DEAM's compostas majoritariamente por policiais do gênero feminino não tem se mostrado suficiente para impedir que essa espécie sutil de violência seja cometida nessas repartições. Seria necessário ir além e desestruturar os próprios mecanismos de reprodução social dessa ordem social androcêntrica – dentre os quais, o sistema educacional e a “economia dos bens simbólicos” (BOURDIEU, 2014). Especificamente no âmbito da polícia civil capixaba, seria preciso que, no curso de formação de agentes, fosse dada maior importância a disciplinas voltadas à formação de uma cultura de igualdade de gêneros e de tato ético das pessoas em geral.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme dito, o estudo etnográfico que estamos realizando visa a entender como funcionam os rituais de interação, as representações do “eu” e do outro (GOFFMAN, 2013a; 2012) as práticas sociais que se passam no âmbito das DEAM's do ES, a fim de averiguar “se” e “de que modo” influenciam na maneira como a Lei Maria da Penha tem sido interpretada e aplicada nesses órgãos estaduais. Buscamos, igualmente, descobrir se essas práticas podem ajudar a explicar os índices de violência contra a mulher neste estado.

Até o momento, só concluímos a etnografia em D1 e D2, que são campos sociais diversos entre si e com práticas que, em muitos aspectos, são antagônicas. Em função dessas diferenças, saltaram a nossos olhos aqueles rituais e práticas comuns a ambas delegacias. Qualitativamente, a relevância dessas constantes é enorme e permitiu – por extrapolação e com certa margem de segurança – chegar a conclusões preliminares a respeito da maneira como, no ES, os relacionamentos afetivos vivenciados pelas mulheres vítimas de violência

e as roupas por elas trajadas interferem nos registro e tramitação dos inquéritos policiais.

Em linha de conclusão preliminar, podemos afirmar que as DEAM's capixabas possuem um rigoroso procedimento de triagem, no qual se (pre)julga muito mais a mulher potencialmente vitimada com base em “fachadas sociais estereotipadas” (GOFFMAN, 2013a) e machistas do que propriamente os fatos potencialmente criminosos por elas relatados. Só costuma ser dada maior atenção a estes últimos se e quando forem ultrapassadas as barreiras impostas por esse pente-fino inicial.

Nessa triagem, os policiais tendem decidir se e como as mulheres vítimas de violência serão acolhidas (e os fatos por ela relatados investigados) com base no vestuário por elas trajado e o grau de moralidade das relações e posturas pessoais por elas mantidas. Com efeito, constatamos que o nível de deferência prestado às vítimas tende a ser muito maior quando – com base nos relacionamentos por elas mantidos e nas roupas por elas usadas – elas são consideradas dignas, descentes, comportadas e recatadas. Quando, em contraposição, os funcionários entendem que as vestes e os comportamentos das mulheres denotam os antônimos dos aludidos adjetivos, sancionam-nas com a recusa de atendimento ou com um trato ineficiente e desrespeitoso. Assim, a despeito da revogação legislativa da noção de “mulher honesta”, ela continua em vigor na prática (embora de modo velado).

Ademais, os resultados preliminares demonstram que os homens e as mulheres que trabalham nas DEAM's do ES têm em si incutidos um modelo de ordem social androcêntrica e fiadora de dominações masculinas que se exercem não apenas por agressões físicas, mas também por uma série de violências simbólicas. Irretocáveis, portanto, as colocações de Bourdieu (2014), no sentido de que a violência de gênero vai muito além das ofensivas físicas e que ela não se limita aos ambientes doméstico e familiar, manifestando-se nos mais diversos campos sociais, inclusive na estrutura estatal.

Essas circunstâncias fazem com que as mulheres que buscam atendimento nas DEAM's do ES sejam também lá vítimas de violência – a qual se manifesta logo no momento da triagem. Isso desmotiva boa parte das pessoas a

registrar ocorrências ou a prosseguir com os procedimentos deflagrados, reforçando a sensação pessoal (e social) de impunidade e ineficácia das leis e políticas públicas criadas com o objetivo de prevenir e reprimir as ofensivas motivadas por gênero.

Creemos que o rigor e o moralismo que marcam os procedimentos de triagem feitos nas DEAM's capixabas podem estar entre as causas pelas quais o ES apresenta índices tão altos de violência contra a mulher. Mais do isso, fazemos levantar fundada suspeita de que a situação é, na realidade, muito mais grave do que apontam as estatísticas. Afinal, estas não levam em consideração os casos de agressão que sequer são registrados – seja porque as mulheres não se sentem estimuladas a ir às DEAM's, seja porque ao lá chegarem com roupas ou posturas “inadequadas”, deixam de ser atendidas.

O enfrentamento adequado desse grave problema social (que tem, frise-se, relevo criminal), depende não apenas de um adequado preparo teórico dos policiais para lidar com as questões relativas ao androcentrismo, mas da criação de uma política de ensino (básico, médio, técnico e superior) que propicie a formação de uma cultura de igualdade de gêneros e de tratamento ético das pessoas em geral. Creemos que esse é um meio viável para se tentar desestruturar os mecanismos de perpetuação das violências orientadas por motivo de gênero (BOURDIEU, 2014) – algo que, a médio e longo prazo, pode contribuir para a redução dos preocupantes índices capixabas.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, P. **A dominação masculina**. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Portal da Legislação:** Governo Federal, Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 25 mar. 2015.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Portal da Legislação:** Governo Federal, Brasília, 2006. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> Acesso em: 25 mar. 2015.

CAMACHO, T.; SANTOS, F. J.; SPERANDIO, M. I. V. As Delegacias especializadas de atendimento à mulher e a violência de gênero no Estado do Espírito Santo. In: 58ª REUNIÃO ANUAL DO SBPC - SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA, 2006, Florianópolis. **SBPC&T Semeando Interdisciplinaridade – Anais Eletrônicos**. São Paulo: SBPC-UFSC, 2006. v. 58. Disponível em:
<http://www.sbpcnet.org.br/livro/58ra/SENIOR/RESUMOS/resumo_33.html>
Acesso em: 25 mar. 2015.

CONRADO, M. P. A fala de vítimas e indiciados em uma delegacia da mulher. **Diálogos (Maringá. Impresso)**, Maringá, v. 4, p. 1-17, 2000.

DEBERT, G. G.; GREGORI, M. F. Violência e gênero: novas propostas, velhos dilemas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais (RBCS)**, São Paulo, v. 23, n. 66, p. 165-185, 2008.

GEERTZ, C. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2009.

GOFFMAN, E. **A representação do eu na vida cotidiana**. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013a.

_____. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2013b.

_____. **Ritual de interação: ensaios sobre o comportamento face a face**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GREGORI, M. F. Delegacias de Defesa da Mulher de São Paulo e as instituições: paradoxos e paralelismos. In: GREGORI, M. F.; DEBERT, G. G. e PISCITELLI, A. (Org.). **Gênero e distribuição da justiça: As delegacias da mulher e a construção das diferenças**. Campinas: Pagu, 2006, v. 1, p. 55-86.

HUNGRIA, N.; LACERDA, R. C.; FRAGOSO, H. C. **Comentários ao Código Penal**: v. VIII. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MARANHÃO, C. S. **A delegacia especial da mulher de São Luís (MA) à luz da lei Maria da Penha: uma reflexão sobre as práticas institucionais de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2010. Dissertação (mestrado em políticas públicas) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís.

NADER, M. B. Delegacia Especializada em Atendimento à Mulher: uma resposta à violência de gênero. In: XXVI SIMPÓSIO NACIONAL HISTÓRIA, 2011, São Paulo. **Anais Eletrônicos do XXVI SIMPÓSIO NACIONAL HISTÓRIA**. São

Paulo: ANPUH, 2011. Disponível em:

<http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300582086_ARQUIVO_TextoparaenviaraANPUH.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2015.

NOBRE, M. T.; BARREIRA, C. Controle Social e Mediação de Conflitos: as delegacias da mulher e a violência doméstica. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 10, n. 20, p. 138-163, jul./dez. 2008.

PASINATO, W. Delegacias de Defesa da Mulher e Juizados Especiais Criminais: contribuições para a consolidação de uma cidadania de gênero. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 40, p. 282-295, 2002.

SOUZA, L.; CORTEZ, M. B. A delegacia da mulher perante as normas e leis para o enfrentamento da violência contra a mulher: um estudo de caso. **Revista de Administração Pública (Impresso)**, Rio de Janeiro, v. 48, p. 621-639, mai./jun. 2014.

SCHRAIBER, L. B.; D'OLIVEIRA, A. F. P. L.; FRANÇA-JUNIOR, I.; PINHO, A. A. A Violência contra a mulher: estudo em uma unidade de atenção primária à saúde. **Revista de Saúde Pública (Journal of Public Health)**, São Paulo, v. 36, n.4, p. 470-477, 2002.

WASELFISZ, J. J. **Mapa da violência 2012: atualização: homicídio de mulheres no Brasil**. São Paulo: Flacso. Ago. 2012. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2015.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Department of Reproductive Health and Research. **Global and regional estimates of violence against women: prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence**. 2013. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85239/1/9789241564625_eng.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2015.

¿QUÉ PIENSAN JUECES Y JUEZAS SOBRE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA?

Nicolás J. Papalía³⁰

RESUMEN: En el presente trabajo se identifican y analizan los criterios adoptados por los jueces y juezas del fuero penal, contravencional y faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para abordar los casos de violencia doméstica. Específicamente, se describe el modo en que se define y conceptualiza la problemática en cuestión; cómo se interpreta y emplea la normativa específica sobre la materia y cuáles son y cómo operan los estereotipos de género que existen entre los propios operadores y operadoras sobre el conflicto y sus partes. Ello permite aseverar, que pese a que se incorporó una narrativa que considera que se trata de una problemática atinente al campo de los Derechos Humanos de las mujeres, y promueve su abordaje desde una perspectiva de género, su implementación confronta con los valores de la cultura androcéntrica, profundamente arraigados en los operadores y operadoras, que obstaculizan un tratamiento integral, interdisciplinario y de acuerdo a los parámetros previstos en la propia normativa (internacional y local).

PALABRAS CLAVE: violencia doméstica; jueces; género; sentencias judiciales; derecho penal.

1 INTRODUCCIÓN

El abordaje de casos que reflejan situaciones de violencia doméstica adquirió, en los últimos años, un papel central en el ámbito del poder judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CABA), en particular en el fuero penal, contravencional y de faltas. En el último tiempo, a la vez que creció sustancialmente el número de expedientes ingresados al fuero que contienen este tipo de problemática³¹, distintas estrategias institucionales fueron instalando la temática en la agenda de los tribunales locales.

³⁰ Abogado (UBA). Maestrando en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UP). Secretario de Cámara de la Fiscalía General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

³¹ Según un informe de la Defensoría General de la CABA, en el período comprendido entre Enero de 2010 y Octubre de 2011, de un total de 110885 causas ingresadas en el fuero Penal, Contravencional y de Faltas, un 33.3% lo constituyen casos que posiblemente encierran contextos de violencia doméstica, y un 2.9% casos en los que existe algún tipo de indicador de este tipo de violencia.

Esta instalación en la agenda pública de la problemática se debió en gran medida a las acciones promovidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en lo que sigue CSJN), que mediante la creación de la Oficina de Violencia Doméstica³² (seguidamente OVD) y posteriormente de la Oficina de la Mujer³³ (en adelante OM), facilitaron el acceso de cientos de miles de mujeres al sistema de justicia y las dotaron de herramientas para, por lo menos, poner de manifiesto las situaciones conflictivas que atraviesan en sus vidas cotidianas.

Regresando al ámbito de la CABA, es posible señalar que, quizás por las características acusatorias del modelo procesal implementado en la ciudad³⁴, pero también por una decisión político-institucional, fue precisamente Ministerio Público Fiscal (MPF) quien impulsó la mayor cantidad de acciones en materia de violencia doméstica, con el objetivo de promover el desarrollo de las investigaciones de los casos que presentan este tipo de conflictiva. En este sentido, desde 2010, se dictaron criterios generales de actuación que organizan, entre otras medidas, la intervención temprana de la Oficina de Asistencia a la Víctima y al Testigo (en adelante OFAVyT) para acompañar a las personas denunciantes durante la tramitación del proceso; la producción de informes interdisciplinarios de riesgo que permiten caracterizar la relación conflictiva y la intervención de equipos especializados en la materia organizados en las Fiscalías Especializadas en Violencia Doméstica, entre otras.

En este contexto, a diferencia de la unidad de actuación del MPF, los/as jueces y juezas adoptan distintos criterios para la resolución de este tipo de situaciones. Debido a la independencia que rige su desempeño jurisdiccional y en virtud del control difuso según el cual cada magistrado/a puede analizar la

³² Creada mediante la Acordada 39/06 del 27 de diciembre de 2006.

³³ Creada mediante la Acordada 13/2009 del 23 de abril de 2009.

³⁴ Mediante la ley 2.303 (Sancionada: 29/03/2007. Promulgada: Decreto N° 632/007 del 30/04/2007. Publicación: BOCBA N° 2679 del 08/05/2007) se sancionó un código de procedimiento penal de corte acusatorio- adversarial. Según éste, la acusación, esto es el impulso de la investigación criminal, está a cargo del Ministerio Público Fiscal. En este punto se distingue del proceso penal de corte inquisitorio, en el que la pesquisa está a cargo del/a juez/a que, a su vez, se arroga la facultad de decidir sobre la suerte del litigio. En la ciudad, el órgano plantea su caso ante el/la juez/a que es quien debe resolver, pero luego de contrastar los relatos esgrimidos por los/as representantes de la vindicta pública, la defensa de las personas acusadas y los elementos de prueba recolectados.

constitucionalidad de una norma, acto u omisión³⁵, cada juez/a resuelve los casos que se presentan ante sus estrados conforme sus propias convicciones, valores y creencias, sin sujetarse a una política institucional determinada.

Como miembro del sistema de justicia de la CABA, más específicamente como integrante del fuero penal, contravencional y de faltas de la ciudad y en el marco del desarrollo de mi tesis de maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Palermo, llevé a cabo una investigación para, precisamente, poner en evidencia que, pese a dicha multiplicidad, es posible señalar criterios comunes a través de los cuales los/as jueces/zas analizan y abordan la problemática de la violencia doméstica. El objetivo de dicha investigación radicó en identificar aquellos criterios utilizados por los/as jueces/zas de la primera y segunda instancia del fuero penal porteño para resolver los casos que se presentan ante sus estrados.

El resultado demostró que pese a que se incorporó una narrativa que entiende la violencia doméstica como una problemática atinente al campo de los Derechos Humanos y promueve su abordaje desde una perspectiva de género, su implementación confronta con los valores de la cultura androcéntrica, profundamente arraigados en los/as operadores/as del sistema de justicia local y en la disciplina penal, que obstaculizan un tratamiento integral, interdisciplinario y de acuerdo a los parámetros previstos en la propia normativa (internacional y local) sobre la materia.

En este trabajo, me permito presentar los hallazgos en relación con el modo en que se caracterizan y definen los casos de violencia doméstica; cómo se interpreta y emplea la normativa específica sobre la materia y; asimismo, señalo las imágenes y representaciones que construyen los/as propios operadores/as sobre el conflicto y sus partes, desde una perspectiva de género.

³⁵ El control de constitucionalidad es un mecanismo mediante el cual se asegura el principio de jerarquía constitucional, es decir, mediante el cual se garantiza la vigencia de la constitución por sobre toda norma, acto u omisión de los poderes públicos y los/as particulares. Según la Constitución de la CABA, existe en la ciudad un sistema mixto de control constitucional. Por un lado, existe un control concentrado de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Superior Justicia local mediante la vía de la acción declarativa de constitucionalidad. Por otro, se ubica el control difuso, que es el que recae en cada uno/a de los/as jueces/zas de la ciudad. Según este último, como cada juez/a posee dicha atribución, las decisiones de los tribunales de jerarquía superior no obligan a los inferiores, que pueden apartarse de los criterios adoptados por aquellos.

Previo a ello, reseño el marco normativo y las diferentes concepciones que, desde el plano teórico-conceptual, se han esgrimido para explicar el fenómeno de la violencia doméstica. Esto permite tener un mayor panorama respecto del contexto en el que son adoptadas las decisiones jurisdiccionales analizadas.

2 ESTRATEGIA METODOLÓGICA

Para la investigación se utilizó una estrategia metodológica de tipo cualitativo: la selección y análisis de las sentencias emitidas por los/as magistrados/as de la primera y la segunda instancia del fuero penal, contravencional y de faltas de la CABA.

Las sentencias analizadas fueron seleccionadas de la base de jurisprudencia del Poder Judicial de la CABA (juristeca.jusbaires.gov.ar) utilizando los criterios de búsqueda allí establecidos. Destáquese que dicha base posibilita la búsqueda de sentencias en relación con categorías construidas por el personal a cargo de la misma. Precisamente, una de ellas es la de “violencia doméstica”, utilizada para este trabajo.

El resultado de la búsqueda arrojó, entre los años 2010 y 2013, un total de trescientos trece (313) casos. Sobre este número, se efectuó un muestreo probabilístico representativo del universo a examinar. Dicha muestra contó con un nivel de confiabilidad del noventa y cinco por ciento (95%) y un margen de error del diez por ciento (10%); es decir, se seleccionaron setenta y cuatro (74) casos³⁶.

Estos, a su vez, fueron elegidos respetando un criterio proporcional respecto de los años incluidos en el período detallado (años 2010, 2011, 2012 y 2013). Se seleccionó como inicio de la investigación el mes de enero de 2010 pues en esa oportunidad se dictó la Resolución N° 16/10 de la Fiscalía General de

³⁶ Casi la totalidad de las decisiones existentes en la mencionada base pertenecen a los/as jueces/zas de las salas de la Cámara de Apelaciones, motivo por el cual para acceder a las decisiones de los/as magistrados/as de primera instancia, se recurrió al registro de legajos ingresados en la Sala III de la Cámara, dependencia en la cual desempeñé tareas desde 2011 hasta mediados de 2014. Ello representó un total de 31 casos.

la Ciudad³⁷ que impulsó la investigación de los casos de violencia doméstica en atención al principio acusatorio que rige el sistema procesal penal de la ciudad.

3 EL MARCO NORMATIVO EN MATERIA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

Planteada como una problemática de Derechos Humanos, la violencia contra la mujer, como tantos otros flagelos sociales, no escapó a la positivización que, desde mediados del siglo pasado, buscó establecer puntos mínimos de encuentro en términos de reconocimiento de derechos, de construcción de ciudadanía y, como corolario, de obligaciones para los Estados.

En el plano internacional se desarrollaron un gran número de instrumentos que promovieron los derechos de las mujeres tanto dentro de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) como del sistema americano de protección internacional, en el marco de la Organización de los Estados Americanos (en lo que sigue OEA). Todos ellos componen lo que se denomina como *corpus iuris* internacional en materia de protección de los Derechos Humanos de las mujeres que reconoce, entre otros, tres principios rectores: el principio de no discriminación; el derecho a una vida libre de violencia; y el deber general de los Estados de investigar con debida diligencia.

El primer instrumento que condenó la violencia contra las mujeres fue la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW³⁸) –y su protocolo facultativo–. Este documento que puede considerarse ampliatorio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), tiene por objetivo obligar a los Estados miembros a consagrar la igualdad de género en su legislación nacional, derogar todas las disposiciones discriminatorias en sus leyes y promulgar nuevas disposiciones para proteger a

³⁷ Resolución 16/2010. Fiscalía General. Ministerio Público Fiscal de la CABA. Recuperado de www.fiscalias.gob.ar

³⁸ La CEDAW fue suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980, es decir durante un gobierno de facto del último “Proceso de Reorganización Nacional”; sin duda una de las etapas más sangrientas en la historia del país. Sin embargo, no fue sino hasta 1985 que, con la sanción de la ley N° 23.179 (Sancionada: Mayo 8 de 1985. Promulgada: Mayo 27 de 1985. Publicada en el Boletín Oficial del 03-jun-1985. Número: 25690. Página: 1), el parlamento federal aprobó dicha convención.

las mujeres frente a cualquier tipo de discriminación que se ejerza contra ellas, ya sea desde instituciones públicas como privadas, o bien de personas o grupos de personas.

Más recientemente, precisamente el 9 de junio de 1994, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó, durante su vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones, la Convención de Belém do Pará, en Brasil³⁹. Ésta se distingue por ser el primer tratado internacional en abordar la violencia de género, lo que significó un avance sustancial en relación a la protección de los derechos humanos de las mujeres. En su texto establece una serie de medidas jurídicas y pedagógicas dirigidas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, a la vez que define como un derecho humano el “derecho a una vida libre de violencia tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 3).

Según esta Convención “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 1). Y esa violencia puede consistir en violencia física, sexual y psicológica y puede tener lugar “dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual” (art. 2).

En las últimas décadas se han llevado a cabo un conjunto de conferencias y cumbres mundiales de las Naciones Unidas –como las conferencias de Viena (1993), Beijing (1995), El Cairo (1994) y Yogyakarta (2006), por ejemplo– que tienen por objetivo promover la igualdad entre mujeres y varones y la no discriminación de las primeras en el disfrute y ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Los mencionados instrumentos asumen que el

³⁹ En 1996, mediante la sanción de la ley N° 24.632 (Sancionada: marzo 13 de 1996. Promulgada: Abril 1 de 1996. Publicada en el Boletín Oficial del 09/04/1996. Número: 28370. Página 1) el Congreso de la Nación aprobó el texto de la convención que a diferencia de la CEDAW no goza de jerarquía constitucional. Esto implica que posee jerarquía superior a las leyes, pero su fuerza normativa se encuentra por debajo del texto constitucional e incluso también de otros instrumentos internacionales.

logro de estos objetivos no es el resultado automático de su reconocimiento en textos legales, sino que requiere de acciones específicas.

Además de los instrumentos internacionales, también en los últimos años se promovió dentro de las fronteras de nuestro país una extensa legislación que busca promover los derechos de las mujeres y en particular, proteger a las víctimas de violencias.

En este sentido, el congreso nacional dictó hacia fines de 1994 la ley N° 24.417⁴⁰ de protección contra la violencia familiar.

En su breve articulado (sólo posee 10 artículos), esta ley adoptó un concepto amplio de la violencia familiar. Su art. 1° establece que:

Toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas. A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho.

De ello es posible inferir dos cuestiones de suma relevancia: en primer lugar reconoce como sujeto víctima no sólo a las mujeres, sino a cualquier persona que sufra el ejercicio de violencia por parte de otra, miembro de su grupo familiar; en segundo lugar, relega la intervención penal sólo a aquellos hechos en que se advierta la comisión de un tipo penal en particular.

Más recientemente, precisamente en 2009, se sancionó la ley N° 26.485⁴¹ de protección integral a las mujeres, mediante la cual se diseñó un marco normativo de protección contra la violencia de género. Esto es, contra la violencia padecida por las mujeres en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones, sean públicas o privadas.

Para alcanzar esta transformación legal se consideró que la ley N° 24.417 no se condice con los lineamientos de la convención de Belém do Pará y, en consecuencia, no recoge una perspectiva de género.

Asimismo, a diferencia de la ley N° 24.417, la norma enumera y define con precisión los distintos tipos y modalidades de violencia que pueden perpetrarse

⁴⁰ Ley 24.417. Sancionada: Diciembre 7 de 1994. Promulgada: Diciembre 28 de 1994. Publicada en el Boletín Oficial del 03/01/1995. Número: 28052. Página: 1

⁴¹ Ley 26.485. Sancionada: Marzo 11 de 2009. Promulgada de Hecho: Abril 1 de 2009. Publicada en el Boletín Oficial del 14/04/2009. Número: 31632. Página: 1.

contra la mujer en los múltiples ámbitos de su vida de relación. En esta línea define la violencia contra las mujeres como “toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal” (art. 4).

También, la ley define los tipos de violencia, entre los que se encuentran: la violencia física, la sexual, la psicológica, la económica y patrimonial y la violencia simbólica (art. 5). Dentro de las modalidades en que éstas pueden presentarse se describen: la violencia institucional, la violencia laboral, la que se ejerce contra la libertad reproductiva, la violencia obstétrica, la violencia mediática y la violencia doméstica (art. 6).

Precisamente, en lo que refiere a violencia doméstica, la ley expresa:

[...] aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia (inc. a).

Además de los instrumentos normativos existentes a nivel nacional, la CABA desarrolló en los últimos años sus propias respuestas normativas para los casos de violencia. Entre ellas se encuentran las leyes N° 1.265⁴², 1.668⁴³ y 4.203⁴⁴.

Hacia fines de 2003 la legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionó la ley N° 1.265, cuyo objetivo principal consiste en establecer procedimientos para la protección y asistencia a las víctimas de violencia familiar y doméstica, su prevención y la promoción de vínculos libres de violencia (art. 1).

⁴² Ley 1.265. Sanción: 04/12/2003. Vetada: Decreto N° 36/003 del 09/01/2004. Publicación: BOCBA N° 1859 del 16/01/2004. Aceptación del Veto de la Cláusula Transitoria 1° por Resolución N° 587. Publicación: BOCBA 2118, del 27/01/2005

⁴³ Ley 1.668. Sanción: 14/04/2005. Promulgación: De Hecho del 11/05/2005. Publicación: BOCBA N° 2196 del 23/05/2005

⁴⁴ Ley 4.203. Sanción: 28/06/2012. Promulgación: Decreto N° 365/012 del 26/07/2012. Publicación: BOCBA N° 3966 del 03/08/2012

Según esta norma, se entiende por violencia familiar y doméstica el maltrato por acción u omisión de un miembro del grupo familiar que afecte la dignidad e integridad física, psíquica, sexual y/o la libertad de otro/a integrante, aunque el hecho constituya o no delito (art. 2). Mientras que, por grupo familiar se concibe al originado en el matrimonio, la unión civil o en las uniones de hecho, incluyendo a los ascendientes, descendientes, colaterales, consanguíneos o por adopción; convivientes sin relación de parentesco; no convivientes que estén o hayan estado vinculados por matrimonio, unión civil o unión de hecho o con quien se tiene o se ha tenido relación de noviazgo o pareja (art. 3).

De estas definiciones es posible inferir que la norma recoge los conceptos de violencia familiar y violencia doméstica como sinónimos, pues no efectúa ninguna distinción entre ellos.

Más de un año después de la sanción de la ley N° 1.265 y en atención a lo dispuesto en el art. 20 de dicha norma, el parlamento local sancionó la ley N° 1.688 cuyo propósito es definir y establecer un conjunto de acciones para prevenir la violencia y asistir integralmente a sus víctimas, ya sean mujeres, varones, niños, niñas, adolescentes, personas mayores o con necesidades especiales.

En este sentido, la normativa prevé que el gobierno local disponga de recursos financieros y humanos para promover y poner en marcha un conjunto de políticas interinstitucionales e interdisciplinarias para combatir el flagelo de la violencia, antes de que se sucedan los hechos y con posterioridad a ellos, atendiendo la situación de las personas víctimas.

En el año 2012 la legislatura de la ciudad sancionó la ley 4.203 mediante la cual adhirió a la ley nacional N° 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, incorporando de esta forma las definiciones y procedimientos previstos por aquella.

4 EL DEBATE TEÓRICO EN TORNO A LA PROBLEMÁTICA DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

En medio de una multiplicidad de herramientas legales (y sus consecuentes definiciones), la preocupación por la violencia sufrida por las mujeres en el seno de su grupo familiar ha dado paso al empleo de diferentes términos que pretenden dar cuenta de la cuestión. En efecto, para referirse a la temática suelen utilizarse los conceptos de violencia familiar, violencia doméstica y violencia de género. Pero, ¿todos refieren al mismo fenómeno social? ¿Pueden emplearse uno u otro de forma intercambiable?

Ello, además de la elección del marco normativo, dependerá en mayor medida del ámbito institucional, la disciplina o la metodología desde las cuales se aborde la problemática. Sin embargo, pese a que la discusión no se encuentra plenamente saldada, es posible establecer algunas distinciones que obedecen a las diferentes posiciones teóricas y políticas desde las cuales se propone abordar la problemática. Es decir, que la utilización de un término u otro puede no responder a una elección azarosa, sino a la adopción de una posición conceptual o política al respecto. Veamos en detalle.

Por violencia familiar o intrafamiliar se entiende el maltrato que un/a miembro del grupo le ocasiona a otro/a miembro. Incluye el del/la esposo/a o compañero/a consensual dirigido contra el/la otro/a esposo/a o compañero/a; el que inflige el padre o madre a sus hijos/as; y el del padre cabeza del hogar hacia todos los/as miembros restantes (Valle Ferrer, 2011). Se trata, en consecuencia, de un concepto que incluye la violencia padecida por las mujeres pero también la que sufren otros miembros del grupo familiar. Desde este punto de vista, la atención debe estar puesta en la desigualdad que factores como el género y la edad generan en la construcción de los vínculos, pero no se asigna preeminencia a ninguno de ellos respecto del otro.

Violencia de género refiere, en cambio, a la sufrida por las mujeres por el sólo hecho de serlo, esto es, por la dominación que históricamente los varones han ejercido sobre ellas, cualquiera sea el ámbito en el que se produzca (público o privado). Este concepto adquirió relevancia a mediados del siglo pasado momento en el que se desarrolló la estrategia feminista de instalar la violencia sufrida por las mujeres como una cuestión atinente al campo de los Derechos

Humanos. La violencia de género puede incluir el ejercicio de violencia física, sexual, psicológica, económica y ambiental.

Por último, por violencia doméstica se entiende la ejercida particularmente sobre las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja o en el seno de la familia. Es decir que constituye una especie de los dos conceptos anteriormente desarrollados. Se diferencia de la violencia familiar, porque sólo refiere al maltrato padecido en el seno del grupo familiar por las mujeres; y se distingue de la violencia de género, pues abarca sólo la soportada en el ámbito de la intimidad (Ibid)⁴⁵.

Este concepto es recogido mayormente por teóricas y profesionales feministas, quienes mantienen una visión crítica de la categoría “violencia familiar”, pues consideran que oculta las dimensiones de género y poder que explican la violencia padecida por las mujeres (Yllo y Bograd, 1988; Torres Falcón, 2001).

5 LAS CAUSAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

Así como es posible advertir las distinciones conceptuales en torno al término empleado para describir el problema, también se pueden diferenciar posiciones que pretenden explicar cuáles son las causas de la violencia.

Considero pertinente al respecto retomar y completar la clasificación efectuada por Valle Ferrer (op. cit) quien distingue 4 perspectivas o enfoques que dan cuenta de las causas de la violencia en el seno familiar. Ellas son: la perspectiva psicológica (también llamado modelo de psicopatología individual o violencia interpersonal); la perspectiva sociológica (o modelo de violencia familiar); la perspectiva feminista (o modelo sociocultural o sociopolítico); y finalmente el modelo ecológico.

a. Perspectiva psicológica o modelo de violencia interpersonal

⁴⁵ La utilización reciente del concepto de “relaciones interpersonales”, busca ampliar la definición de violencia doméstica, evitando que se circunscriba sólo a la ejercida sobre las mujeres en sus relaciones de pareja o en el seno de la familia. Por el contrario, se pretende incluir otras situaciones, en las que las mujeres desarrollen sus actividades cotidianas, ya sea en la esfera de lo público o lo privado.

Esta perspectiva privilegia el análisis de las características personales de los/as sujetos involucrados que, se considera, constituyen los factores determinantes que explican la constitución de los vínculos violentos. Según Valle Ferrer (op. cit.), el modelo de violencia interpersonal estima:

[...] a) que las víctimas y los asaltantes sufren problemas psiquiátricos, psicológicos y conductuales, b) que estos problemas proveen el contexto para que ocurra el abuso, y c) que los agresores y sus víctimas tienen personalidades, historias familiares y relaciones paternofiliales que los distinguen de otras personas (p. 49).

De lo expuesto se desprende, en primer lugar, que la violencia no se produce por la existencia de factores sociales estructurales, sino por las características particulares de cada sujeto. Por otra parte, que es posible identificar los perfiles de aquellas personas que de acuerdo a sus características tienden a construir vínculos relacionales violentos. Así, el varón agresor es mayormente dependiente desde el punto de vista emocional y de baja autoestima; mientras que las mujeres víctimas poseen una pésima imagen de sí mismas y su sumisión respecto de la persona agresora las convierte en provocadoras de los resultados violentos.

b. Perspectiva sociológica o modelo de violencia familiar

Este modelo atribuye la violencia del vínculo a la propia institución familiar. Sus promotores (entre ellos Gelles y Straus, 1995) sostienen que las características del grupo familiar, entre las que señalan la privacidad, la intimidad y el aislamiento, generan el caldo de cultivo suficiente para provocar el ejercicio de violencia en los vínculos que se establecen entre sus miembros. De esta forma, el contexto determina el carácter de los/as miembros, que construyen su subjetividad mediada por la violencia, motivo por el cual tienden a reproducirla durante su posterior desenvolvimiento social, en particular en sus propios grupos familiares.

c. Perspectiva feminista o enfoque de género

Pese a que existen una multiplicidad de corrientes dentro de esta perspectiva puede afirmarse que, en términos generales para quienes adhieren a esta posición, la violencia que sufren las mujeres en el ámbito de sus relaciones

interpersonales se debe a la existencia de patrones culturales que suponen la subordinación de las mujeres respecto de los varones. Según este análisis:

[...] la violencia masculina es una forma de control social sobre todas las mujeres y [que] estas estrategias no se pueden separar del contexto sociocultural en que ocurren. Este contexto incluye las instituciones jerárquicas y patriarcales, las normas culturales sexistas y racistas, la socialización por género que apoya y legitima la violencia contra las mujeres, y la intersección de las múltiples opresiones en la sociedad por razón de género, clase y raza (Valle Ferrer, op. cit., p. 53).

Se afirma además que, según el modelo patriarcal hegemónico, existe una jerarquía dentro de la familia frente a la cual la resistencia de la mujer sometida se percibe como una actitud desafiante del poder erigido con base en dicho modelo y por tanto requiere de una intervención violenta para “corregir” ese desequilibrio. Según Hirigoyen (2008):

[...] la dificultad que tienen todas las mujeres para abandonar a un cónyuge violento sólo se comprende si se tiene en cuenta el estatus de la mujer en nuestra sociedad y las relaciones de sumisión/ dominación que ello impone. En efecto, si las mujeres pueden dejarse atrapar en una relación abusiva es porque, debido al lugar que ocupan en la sociedad, ya se encuentran en posición de inferioridad. Estas violencias no serían posibles si el sistema social no hubiera instalado ya sus condiciones objetivas (p. 58).

De modo que, en síntesis, para esta perspectiva la violencia en las relaciones interpersonales se explica en virtud de las jerarquías en el vínculo varón-mujer definidas culturalmente que suponen una subordinación del género femenino respecto del masculino. La imposición del modelo patriarcal configura un escenario social donde la violencia se justifica en virtud de la necesidad de reforzar la desigualdad de poder existente entre los géneros, esto es el *status quo* del modelo androcéntrico.

Según este enfoque las políticas en materia de violencia doméstica deben destinarse a desestructurar los patrones culturales que permiten la reproducción de este tipo de vínculos, por lo que debe priorizarse la atención de la mujer víctima.

d. Modelo ecológico

Finalmente, el modelo ecológico agrupa a quienes consideran que la violencia es producto de una multicausalidad de factores, entre los que se incluyen los descritos por las perspectivas individuales, socio familiares y sociopolíticas. Desde este enfoque, un análisis integral de la violencia induce a:

“relacionar los hechos violentos, la historia y el presente de las personas involucradas, sus relaciones y los contextos tanto micro como macro en los que ellos ocurren” (Sánchez Rengifo y Escobar Serrano, 2007, p. 59). Responde a una multicausalidad, es decir, a los efectos interactivos entre múltiples factores y sistemas (individual, familiar, comunitario y cultural).

Perrone y Nannini (1997) sostienen al respecto que debe otorgarse a la cuestión un enfoque interaccional, es decir, que deben analizarse los aspectos comunicacionales del fenómeno de la violencia familiar, concibiéndolo como una secuencia de transacciones en la que todos/as los/as participantes son actores responsables en la interacción. Estas transacciones, en la repetición, se establecen como una pauta o regla de relación en el sistema.

Agrega Pineda Duqué (2008):

Igualmente, en la medida en que utiliza significados y representaciones tomadas del contexto cultural, configuran y permiten vincular lo individual y subjetivo, con los patrones sociales y culturales, reforzándolos o contestándoles cotidianamente, en una dinámica intersubjetiva de significación (p. 10).

La incorporación de la perspectiva ecológica permite caracterizar y diferenciar las violencias que se ejercen en el marco de este tipo de situaciones. Según Perrone y Nannini (op. cit) es posible identificar dos formas: a) la violencia agresión y b) la violencia castigo. La primera de ellas es la que se da entre personas que poseen una relación simétrica, igualitaria; mientras que la segunda entre personas que poseen una relación de tipo complementario, es decir no igualitaria o jerarquizada.

En la relación simétrica la violencia adquiere la forma de agresión (insultos, amenazas e incluso golpes). Como se hallan en una situación de paridad, ambas partes reivindican su pertenencia a un mismo estatus de fuerza y poder: se trata del ejercicio de violencia de manera bidireccional. En este tipo de relaciones, tras la agresión suele producirse un paréntesis de complementariedad que comprende tres etapas:

[...] a) la aparición de un sentimiento de culpabilidad, que será el motor de la voluntad y del movimiento de reparación; b) los comportamientos reparatorios, como mecanismo de olvido, banalización, desresponsabilización y desculpabilización, que sirven para mantener el mito de la armonía, de la solidaridad y de la buena familia; y c) la amplificación de los mecanismos funcionales de regulación de la

relación, donde los actores empiezan a utilizar entre sí gestos y mensajes de reconocimiento y de referencia. (Famá, 2011, p. 64).

Por el contrario, en la relación complementaria, donde las partes se encuentran en una situación de desigualdad, el castigo adopta las formas más crueles y es donde la perspectiva de género “adquiere un poder de análisis relevante” (Ibíd.).

Este tipo de clasificación o caracterización adquiere relevancia pues exige de parte de los/as operadores/as (judiciales, de la salud, etc.) su identificación para poder adoptar con base en ello las medidas más efectivas para acabar o aliviar las consecuencias de la violencia.

6 PRESENTACIÓN DEL CASO: DEFINICIONES Y MARCO NORMATIVO

Del estudio de las sentencias seleccionadas surge con claridad que el encuadre de los casos como de violencia doméstica pertenece, casi en su totalidad, al Ministerio Público Fiscal. En muy pocas ocasiones los/as titulares de la magistratura, tanto de primera como de segunda instancia, tomaron la iniciativa y describieron el o los casos como de violencia doméstica cuando el MPF no reparó en dicha circunstancia. Ello no sólo da cuenta del rol secundario de los/as jueces/zas en cuanto a la definición de la problemática (que podría estar dado por las características acusatorias del modelo procesal penal ya desarrolladas), sino que también permite concluir que en cada caso recogen las definiciones de los/as representantes de la acción pública respecto de la cuestión.

Asimismo, se observa con gran frecuencia, que en las decisiones jurisdiccionales tampoco existe una disquisición conceptual entre los términos “violencia doméstica” y “violencia familiar” o “violencia intrafamiliar”. En efecto, son utilizados como sinónimos, para dar cuenta de una misma situación.

Todos se emplean para describir contextos en los que se configura una “conflictiva familiar”⁴⁶ que presenta uno o varios vínculos violentos. Para dar cuenta de esta situación se acude, en primer lugar, al relato del hecho investigado

⁴⁶ El término “conflictiva familiar” es el más utilizado para reflejar el contexto en que tuvo lugar el hecho ilícito. Pese a su reiterado empleo, no se han esbozado intentos de caracterizar y/o explicar su alcance.

(constitutivo del delito en cuestión). Es decir, se narra la conducta violenta a partir de la denuncia efectuada generalmente por la propia víctima en sede policial, en la fiscalía o en la OVD, y se indica en qué figura prevista en el código penal se inscribiría dicho acto (amenazas, hostigamiento, portación de arma, etc.).

A partir de allí, entonces, se describe una relación preexistente entre los/as sujetos involucrados, esto es una conflictiva que involucra al grupo familiar originado en el parentesco por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos, vigentes o finalizadas, convivan o no (en este punto se recoge la definición legal de grupo familiar previsto en la ley N° 26.485).

En la siguiente sentencia se observa como el hecho de que exista una relación de pareja preexistente entre las partes determina la clasificación del caso como uno de violencia doméstica.

En la presente causa el hecho investigado es de aquellos en que se torna difícil la intervención pues responde a lo que algunos especialistas en el tema designan como “violencia en las relaciones interpersonales” poniendo el acento en que tiene que ver con vínculos presentes o pasados, sean legales o no.

Justamente, en el supuesto de autos se trata de una pareja separada, o sea que existe el elemento de vínculo que define lo que para algunos encuadraría en violencia interpersonal y que, más genéricamente, se inserta en el contexto de la violencia doméstica. (Caso N° 36. Sentencia de segunda instancia).

Estas particularidades son mayormente descriptas sobre la base de los informes interdisciplinarios confeccionados por la OVD y la OFAVyT, que ofrecen detalles respecto de diferentes aspectos del caso como, por ejemplo, el tipo de vínculo (noviazgo, matrimonio, paterno/filial), su duración temporal, la situación de la persona víctima, los recursos con los que cuenta, las violencias padecidas, algunas características de la persona agresora desde la perspectiva de la víctima (si tiene trabajo, si sufre alguna adicción, por ejemplo) y la definición del riesgo.

El caso reseñado a continuación constituye, a su vez, un claro ejemplo de cómo los/as magistrados/as exponen la existencia de un caso de violencia doméstica, esto es, como detallan y presentan los elementos del caso para dar cuenta de que se encuadra como tal.

Conforme surge de las declaraciones de la denunciante a fs. 11/14 y 29/30, así como también del requerimiento de juicio agregado a fs. 52/55 vta., nos encontraríamos ante un caso de violencia familiar de alto riesgo

(conforme el informe de fs. 15/16), en el que la víctima habría padecido distintos tipos de violencia (física, psicológica, simbólica, económica y patrimonial, en los términos de la ley 26.485), al haber estado expuesta a situaciones durante la convivencia [...]. (Caso N° 58. Sentencia de segunda instancia).

De esta forma, la existencia de un **hecho violento** y una **relación o vínculo preexistente** entre las partes constituyen los elementos que se utilizan para dar cuenta de un contexto de violencia, ya sea doméstica o familiar. Sin embargo, no se profundiza ni se indaga respecto de los factores que pudieron contribuir a la conformación de dicho contexto, ni de las causales determinantes de los hechos de violencia desencadenados y, tampoco, respecto de las consecuencias que los generaron, en particular, para la persona víctima de las violencias.

Por otra parte, los/as jueces/zas reconocen que en estas situaciones conflictivas las mujeres resultan ser las más perjudicadas. Es a partir de ello que los casos son definidos también como de violencia de género. Ahora bien, la descripción de los casos como supuestos de violencia de género tampoco garantiza su análisis en profundidad, ni una descripción del contexto más allá de las características definitorias previstas en la normativa específica sobre la materia. En efecto, a las falencias señaladas precedentemente se añade que no se indaga respecto de los elementos que permiten definir que el factor “género” es el desencadenante de la violencia o cuál es su incidencia en su producción o grado; sólo se destaca la presencia de una mujer en el lugar de la víctima.

De esta forma, para justificar su descripción como tal, es decir como un caso de violencia de género, cuando una mujer resulta víctima de violencias se acude directamente a las definiciones normativas de violencia de género, contemplada en la convención de Belém do Pará y de violencia doméstica, prevista en la ley N° 26.485. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, en el plano descriptivo del caso concreto, en raras ocasiones se cuenta con mayores elementos que los ya señalados: hecho ilícito, relación o vínculo preexistente y una víctima mujer.

Esta circunstancia constituye un importante llamado de atención, debido a que la utilización automática y generalizada del concepto puede conducir a su banalización. Si todo caso en el que una mujer es víctima supone un supuesto de

violencia de género, o nos dirigimos hacia una aplicación indiscriminada de los criterios previstos para esta materia o, peor aún, hacia su descarte masivo por ausencia de una adecuada profundización en su análisis.

Asimismo, es posible afirmar que, conforme surge de la mayoría de los casos analizados, no se evalúan las características personales de los agresores, a quienes generalmente no se les practican estudios ni entrevistas multidisciplinarias.

Por otra parte, en relación con la descripción del contexto familiar, se observa con gran frecuencia que los/as jueces/zas de primera como de segunda instancia se bastan con los relatos de la víctima recogidos en los informes interdisciplinarios y en los de los testigos de cargo. Lo que, claro está, es utilizado para describir la situación como “conflictiva”, aunque, en algunos supuestos, suele asimismo considerarse insuficiente para continuar con el proceso. Esta posición, es mayormente sostenida por quienes asumen una posición más radical en relación con la no incorporación de criterios de relajación de los estándares probatorios.

En efecto, esta falta de profundización se ha utilizado, en un gran número de casos, para desestimar las denuncias de las víctimas. En esta línea, se sentenció que:

[...] la acusación expuesta por el fiscal no ha podido ser efectivamente acreditada, señalando que los testimonios de la víctima, su madre, el padre del imputado y la pareja de este “[...] revisten un interés particular para la causa y por ende no poseen la misma fuerza probatoria”... sus relatos tampoco eran contestes, precisos y contundentes respecto del objeto de la presente pesquisa (Caso N° 49. Sentencia de segunda instancia).

De esta forma es posible concluir, por un lado, que no existe una caracterización clara (y mucho menos consensuada) de la problemática en análisis. Si bien se recogen elementos de los diferentes enfoques o perspectivas que dan cuenta de este flagelo, ninguno posee relevancia sobre otro/s, ni se observan esfuerzos por integrarlos de manera coherente, circunstancia que tampoco garantiza un abordaje integral e interdisciplinario en los términos del modelo ecológico reseñado.

Asimismo, se advierte que existe un apego restrictivo al contenido de la normativa internacional y nacional en la materia que se reconoce de aplicación

obligatoria, pues pone en juego la responsabilidad internacional del Estado. En este sentido, además de hacer propias las definiciones de violencia de género tanto de la convención de Belém do Pará y de la ley de protección integral N° 26.485, se destaca que los/s jueces/zas recogen las clasificaciones previstas en esta última en relación con las modalidades o tipos de violencia (doméstica, institucional, laboral, contra la libertad reproductiva, obstétrica y mediática y física, psicológica, simbólica, económica e incluso ambiental, respectivamente), para lo cual se valen de los informes interdisciplinarios y las declaraciones de las víctimas prestadas en sede jurisdiccional. También, como ya se dijo, reconocen la definición de “grupo familiar” en los términos descriptos por la normativa referida.

Sin embargo, además de no profundizar en el contenido y alcance de la regulación legal, se la aplica parcialmente. No se acude a los instrumentos internacionales o incluso a las leyes federales para decidir, por ejemplo, las medidas cautelares de protección para las víctimas. La fundamentación de este tipo de decisiones se sostiene sobre la base de las previsiones del CPPCABA. Por otro lado, se aplican institutos (también regulados en el código de procedimiento penal local) en claro contraste con la normativa específica (tal es el caso de la mediación) sin esgrimir demasiados fundamentos respecto de dicho proceder. Tampoco se promueve la interinstitucionalidad que, según la legislación –particularmente la ley de protección integral– garantiza una mejor asistencia para las víctimas.

7 ESTEREOTIPOS DE GÉNERO: LA DISCRIMINACIÓN SUBYACENTE.

Diferentes investigaciones se han propuesto analizar la conducta de los/as agentes del sistema penal ante las denuncias de violencia realizadas por mujeres víctimas. A partir de ellas, se han elaborado clasificaciones que representan las categorías en que, con base en prejuicios y valores existentes entre los/as agentes, se ubica a las mujeres que acuden al sistema de justicia. De propuestas como las de Larrauri (2009) y Asensio (2010) –esta última retoma la clasificación de Larrauri– se sigue que es posible distinguir las categorías de “mujer honesta”,

“mujer mendaz”, “mujer instrumental”, “mujer co-responsable” y “mujer fabuladora”.

El concepto de “mujer honesta” hace referencia a los atributos que se asignaban a una mujer para resultar merecedora de la tutela penal antes de la reforma de los delitos sexuales. Esto es, las cualidades que debía poseer una mujer para poder apelar a la investigación y sanción de los crímenes sexuales cometidos en su contra. La “mujer mendaz”, por su parte, expresa el mito de que las mujeres denuncian falsamente. Derivado de ello, la mujer denunciante es quien resulta investigada y las diversas declaraciones testimoniales que brinda a lo largo del proceso son sometidas a un cuidadoso escrutinio. La “mujer instrumental” refiere a la mujer que denuncia falsamente para obtener un beneficio concreto de ello, por ejemplo una cuota alimentaria o una medida restrictiva como por ejemplo una exclusión del hogar. A través del concepto de “mujer co-responsable” se co-responsabiliza a la mujer por la violencia que padece, puesto que la responsabilidad por los conflictos de pareja se distribuye entre ambos miembros. Por último, el término “fabuladora” se emplea bajo la noción de que la mujer funda su denuncia en la deformación de hechos de la realidad. Este último está estrechamente vinculado a las nociones de la locura y la irracionalidad que son atribuidas al género femenino, en oposición a la “racionalidad” con que se suele caracterizar a los varones.

Estas categorías que dan cuenta de los prejuicios con los que los/as operadores/as judiciales abordan los casos de violencia contra las mujeres, representan un obstáculo para un efectivo acceso a la justicia de las víctimas y en general para la protección de sus derechos en los términos acordados por el *corpus iuris* internacional. Son una muestra cabal de las prácticas discriminatorias aun existentes que hacen perdurar la desigualdad y las jerarquías entre los géneros, en claro detrimento del género femenino.

Precisamente, con ese resultado estos estereotipos o imágenes culturales operan en el fuero penal de la ciudad. De la lectura pormenorizada de las sentencias seleccionadas surge con nitidez la construcción en el relato jurisdiccional de los modelos de la “mujer mendaz”, la “mujer instrumental” y la “mujer fabuladora”. Bajo la actitud reticente de otorgar un fuerte valor probatorio a

las declaraciones de las mujeres víctimas se esconde el prejuicio de que éstas denuncian falsamente para, o bien perjudicar a la contraparte, o bien para obtener del proceso un beneficio concreto.

Si bien la identificación de estas representaciones se observa de manera transversal, tanto en las sentencias de primera como de segunda instancia, son más recurrentes en las decisiones de los/as jueces/zas de grado. Instancia en la que previo a resolver se desarrolla una audiencia con la presencia de las partes en conflicto. En consecuencia, podría afirmarse que los/as sentenciantes que toman contacto directo con la presunta víctima son quienes poseen una mayor tendencia a reproducir las categorías discriminatorias expuestas.

En oportunidad de dictar una sentencia definitiva, que finalmente concluyó en una absolucón, el magistrado interviniente esbozó el siguiente razonamiento: a) no existen dudas respecto a que los hechos ocurrieron tal y como se expresan en la denuncia; b) sin embargo, ocurrieron en el marco de un conflicto familiar y en plena discusión por el divorcio y; c) en consecuencia no puede descartarse que se trate de una fabulación de la mujer denunciante para perjudicar a su cónyuge.

en lo personal no tengo dudas de [que] los hechos ocurrieron del modo en que han sido relatados por la Fiscalía [...] Del relato que la denunciante efectuara, y en ese sentido también aún con mis reservas me pregunto como es posible que la misma dada su envergadura, si ella tenía el brazo derecho alzado como manifestó tocándose la cabeza haya permitido sin el mínimo reflejo de evitar un acercamiento que alguien la diera vuelta, le empujara el brazo hacia abajo y se lo apoyara sobre la hornalla sin decir nada, sin hacer ningún gesto de reacción [...] ¿En qué contexto se dijeron [las amenazas], si es que fueron dichas? En el contexto de una discusión por el posible divorcio. Ello nos abre la otra pregunta ¿aún cuando los hechos hubieran ocurrido, no existe la posibilidad de que sean utilizados y esgrimidos como ventaja dentro del proceso civil? (Caso N° 21. Sentencia de primera instancia).

En el siguiente caso se observa como el hecho de que la mujer conviva con su hija menor es utilizado para restar credibilidad a la declaración de la niña, pues pudo haber sido influenciada por la presunta víctima, que en realidad denuncia, no por la violencia padecida, sino con el objetivo de perjudicar al imputado. Ello, luego de considerar que conforme el análisis de los profesionales interviniente, el testimonio de la menor era verosímil.

[...] surgen a su vez otros elementos que también deben ser tenidos en cuenta para valorar la conducta imputada:

El primero es que la menor vive con su madre, con quien N. desde años tiene una importante situación de enfrentamiento y es la que formuló la denuncia de autos, lo cual pudo haber influido en los dichos de una menor de 11 años (Caso N° 30. Sentencia de primera instancia).

Del mismo modo que pesa sobre la persona imputada del delito la presunción de inocencia que reconoce jerarquía constitucional, pesa sobre la mujer denunciante la presunción de que su testimonio adolece de “falsedad” o de una “intencionalidad espuria”. De esta forma, se exige que mantengan un relato coherente y sin contradicciones a lo largo de todo el proceso. Ello, sin contemplar los ciclos de la violencia y las afecciones psicológicas y emocionales que suelen presentar las víctimas de este tipo de agresiones, y la falta de apoyo que reciben antes y durante la tramitación del proceso⁴⁷. Asimismo, se las insta a coleccionar elementos de prueba “extra” a su declaración testimonial, que le permitan acreditar todos y cada uno de sus extremos, aun cuando dicha obligación recaer sobre el órgano fiscal, que es quien debe ocuparse de promover la investigación.

A esto se suma, que también perdura entre algunos/as magistrados/as del fuero local una vetusta distinción entre las esferas de lo público y lo privado y derivado de ello, el presunto rol que el derecho penal ocupa en este escenario. El resultado: se perpetúa la relación de subordinación de la mujer en el ámbito de sus relaciones interpersonales y se reafirma el poder del varón.

De esta forma, a la vez que se argumenta que el Estado y en el caso el derecho penal, no debe intervenir para dilucidar conflictos que se suscitan en el ámbito privado de las personas, se refuerzan y se naturalizan las desigualdades culturalmente construidas que tienen lugar hacia el interior de los grupos familiares. Se privilegia la preservación del vínculo familiar y se resta relevancia a las situaciones de violencia que se suscitan en su interior.

En este sentido se afirmó que:

Así pues en cuanto a los delitos que involucran cuestiones familiares se ha afirmado que “En una cuestión de tan delicada naturaleza como es la

⁴⁷ Señala Bodelón (2013) que:

El tema de por qué “retiran” las mujeres las denuncias es objeto de interés desde hace tiempo por algunos estudios (Larrauri, 2003) y uno de los últimos trabajos publicados indica que existen dos grandes tipos de factores: un adecuado apoyo psicológico antes y durante el proceso judicial garantiza el sostenimiento de la denuncia, y los factores jurídicos, entre los que se destaca la obtención o no de una orden de protección y la existencia o no de la asistencia jurídica letrada (p. 226).

introducción de un proceso penal en el ámbito familiar, aun cuando se trate de una familia desavenida, deben extremarse los recaudos para no continuar afectando disvaliosamente al menor, principales víctimas ...” (CN Crim. y Correc., Sala VI c. 22796 “Astorga Adela María”, rta. el 10/2/2004). (Caso N° 37. Sentencia).

A su vez, en el siguiente, se resta relevancia a la violencia ejercida por el hermano a su hermana en virtud de tratarse de una discusión referida a “temas familiares”.

[...] En el caso particular de autos, se advierte que la frase proferida por el [enjuiciado a su hermana], fue referida en el ámbito de una discusión familiar. [...] Tal como surge de la denuncia formulada [...] la frase [...], habría sido esbozada en el marco de una discusión concerniente al cuidado de su madre y respecto a la disposición y derechos vinculados al bien inmueble que poseen en común. (Caso N° 56. Sentencia de segunda instancia).

También se observa esta anacrónica división cuando se insiste en asegurar y mantener el contacto de la persona agresora con sus hijos/as, pese a que ello pueda poner en riesgo la integridad de la persona que denuncia violencia o incluso la de los/as propios/as niños/as. En este último caso, no sólo existe una posición adoptada respecto de la no conveniencia de la intervención del derecho penal en “asuntos de familia”, sino también una visión estereotipada de la “familia unida”, que se juzga conveniente para el desarrollo de sus miembros (en particular los/as niños/as), pese a la violencia denunciada por alguno/s de ello/s. Esto se compadece con el mito del “buen padre” (Hasanbegovic, 2011), según el cual el varón que es violento con la madre puede no serlo respecto de sus hijos/as, lo que implica desconocer los impactos que la violencia contra la madre tiene respecto de los/as menores.

Así como es posible señalar las imágenes construidas respecto de las mujeres víctimas de violencia, también es posible advertir que pesa sobre los varones violentos el estereotipo de género que denomino como el del “macho alfa”⁴⁸. Según éste, el varón recoge las características del modelo hegemónico (blanco, adulto, heterosexual y propietario) y ejerce violencia sobre las mujeres como medio para reafirmar su posición ventajosa. De esta forma, se invisibilizan los factores (incluso el de género) que influyen sobre ellos para generar sus acciones de violencia.

⁴⁸ Mediante la expresión “macho alfa” se hace mención popularmente al varón poderoso que posee características de líder y seductor. Desarrolla una personalidad agresiva y violenta en virtud de la cual despierta la admiración de sus pares.

El hecho de que, como ya se dijo, no se indague y/o profundice respecto de las características personales del agresor⁴⁹, más allá del relato ofrecido por la víctima, hace que no sólo se aplique sobre él una visión estereotipada, sino que se adopten resoluciones judiciales que, en lugar de restar conflictividad al caso, lo agravan, al reforzar elementos que pueden resultar causa o desencadenante de las violencias. Tal es el caso, por ejemplo, de las situaciones en que se adoptan medidas restrictivas de exclusión del hogar y se coloca al agresor en situación de calle. O se dispone la participación en un programa de asistencia para varones violentos sin una evaluación previa de las limitaciones materiales y/o de las características psicológicas del agresor, que dificulten su asistencia.

8 A MODO DE CONCLUSIÓN

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, es posible concluir que la incorporación de un análisis de la problemática de la violencia doméstica, desde la perspectiva del derecho internacional de los Derechos Humanos y con una mirada de género, se encuentra aún en un estado embrionario en el fuero penal de la ciudad. Pese a los significativos avances que supone la identificación de los casos como situaciones que afectan los Derechos Humanos de las mujeres y la férrea noción de que brindar soluciones al respecto constituye una obligación de carácter internacional para el Estado, se advierte, con gran frecuencia, una incorporación automática del contenido de los instrumentos normativos, sin la producción de análisis interdisciplinarios en cada caso.

Por otro lado, la persistencia de estereotipos de género en algunos/as operadores/as del sistema de justicia evidencia que, pese a los distintos esfuerzos institucionales, continúan reproduciéndose valores de la cultura androcéntrica. Y, a ello, deben agregarse las limitaciones que la propia lógica de la disciplina penal representa frente a las reformulaciones que, en términos de la investigación de los hechos de violencia, propone la normativa citada. Limitaciones que, claro está,

⁴⁹ Vale la pena señalar que en la mayoría de los casos (o por lo menos en un alto número) el hecho de que no se escuche al agresor durante el proceso o no se lo evalúe psicológicamente, se debe a estrategias de la defensa, que pretende aportar la menor cantidad de información al proceso para restar credibilidad a la versión de la víctima o denunciante.

encuentran fundamento último en la fuerza con la que resisten los valores autoritarios característicos del modelo patriarcal.

A su vez, en la mayoría de los casos no se advirtió un abordaje integral, interdisciplinario e interinstitucional de la violencia doméstica en los términos del modelo ecológico. En efecto, considero que prevalece una mirada parcial del fenómeno que no se preocupa por identificar y mucho menos integrar en su análisis los distintos factores que contribuyen a generar los hechos de violencia. En pocas ocasiones se ahondó en el análisis de las circunstancias particulares de los casos, ya sea desde la perspectiva del grupo familiar, de las personas víctimas, agresoras o de los/as terceros. Y en muchas menos se promovió la intervención de otros actores u organismos públicos que pudieran realizar diferentes tipos de aportes.

Es en virtud de ello que, en reiteradas oportunidades, se señaló que el abordaje de la violencia doméstica, constituye un proceso que se encuentra en una fase embrionaria. No obstante, no puede omitirse que se trata de un fenómeno relativamente reciente. Ello, pues la fuerte resistencia que provocan las transformaciones que trae implícito podrían conducir a su simplificación o simplemente a su descarte. Además, debe tenerse bien presente que la incorporación de un análisis con perspectiva de género siempre supone una lucha por el poder, en cuanto conlleva una reformulación de las relaciones sociales y los modos en que se estructura el poder en la sociedad.

Es así que, en lugar de resignarse o contentarse con una mirada crítica sobre la cuestión, debe ahondarse en su promoción y desarrollo, partiendo por reconocer las críticas y limitaciones que fueron expuestas en este trabajo. Para ello serán necesarios más y mejores políticas de formación y capacitación, y también fomentar espacios colectivos de reflexión que permitan poner en crisis los valores y prácticas que los/as mismos/as operadores/as reproducimos cotidianamente.

Pues, en definitiva, si bien mucho se ha hecho, aún resta mucho por hacer y revisar, ya que las respuestas jurisdiccionales distan no sólo de las establecidas por los acuerdos legales, locales e internacionales, sino también de los resultados que anhelan las mujeres cuando concurren a los estrados en busca de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

ASENSIO, R. [et. al.] (2010). **Discriminación de género en las decisiones judiciales**: Justicia Penal y Violencia de Género. Buenos Aires, Argentina: Defensoría General de la Nación.

BODELON, E. (2013). **Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales**. 1ª Ed. Buenos Aires: Didot.

BOVINO, A. (2001). **La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino**. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2011). **Informe Estadísticas sobre Violencia Doméstica**. Enero 2010 - Octubre 2011. Fuero PCyF.

Defensorías de Primera Instancia. Recuperado de:
<<http://defensoria.jusbaires.gov.ar>>

FAMÁ, M. V. (2011). Efectividad de la legislación argentina en materia de violencia doméstica: hacia una mirada integral e interdisciplinaria. In: BIRGIN, H. y

GHERARDI, N. (coords) **Reflexiones Jurídicas desde la Perspectiva de Género**. México DF, México: Editorial Fontamara.

HASANBEGOVIC, C., (2011). El mismo horror, la misma responsabilidad. In: El reporte judicial, **Revista del Tribunal Superior de Justicia de Chubut**.

HIRIGOYEN, M. F. (2008). **Mujeres maltratadas**. Los mecanismos de la violencia en la Pareja. Buenos Aires: Paidós.

LARRAURI, E. (2009). Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas del feminismo oficial. In: LAURENZO, P., MAQUEDA, M. L. y RUBIO, A. (coords.), **Género, violencia y derecho**. Buenos Aires: Editores del Puerto.

PERRONE, R. y NANNINI, M. (1997), **Violencia y abusos sexuales en la familia**. Un abordaje sistémico y comunicacional. Buenos Aires: Ed. Paidós.

PINEDA DUQUÉ, J. P. (2008), **“Masculinidades y feminismos**. Violencia familiar en doble vía: negociando identidades masculinas”. Recuperado de
<<http://www.redmasculinidades.com>>

SÁNCHEZ RENGIFO, L. M. y ESCOBAR SERRANO, M. C. (2007) “Violencia familiar: un secreto a voces. Complejidad e intervención”. In: **Revista Nº 9 del**

Departamento de Trabajo Social, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia, ISSN 0123-4986, pp. 57/73.

STRAUS, M. A. & GELLES, R. J. (1995). **Physical violence in American families**: Risk factors and adaptations to violence in 8,145 families. New Brunswick: Transaction Books.

TORRES FALCÓN, M. (2001). **La violencia en casa**. Mexico D. F.: Paidós.

VALLE FERRER, D. (2011). **Espacios de libertad**: mujeres, violencia doméstica y resistencia. Buenos Aires: Espacio Editorial.

YLLO, K. y BOGRAD, M. (1988). **Feminist perspectives on wife abuse**. Newbury Park: Sage Publications.

ABORDAGEM POLICIAL: ASPECTOS LEGAIS SOBRE A UTILIZAÇÃO DE SANITÁRIOS PÚBLICOS POR TRAVESTI OU TRANSEXUAIS

Quérila Sosin

RESUMO: O presente trabalho cuida de esclarecer aspectos legais sobre a utilização de banheiros públicos por travestis e transexuais, bem como, à luz da legislação brasileira, apontar quais os procedimentos para a abordagem policial na qual se encontrem entre os revistados travestis e transexuais. Dessa forma, nosso problema de pesquisa direcionou seus questionamentos para a obtenção das seguintes respostas: travesti e transexuais podem usar o banheiro com os quais identificam sua identidade de gênero. Ainda, no caso de identificados pelo gênero feminino devem ser abordados por um agente de Segurança Pública do sexo feminino? O artigo 249 do Código de Processo Penal brasileiro positiva que a busca pessoal em mulheres deve ser feita por outra mulher. Como metodologia serão utilizadas pesquisas bibliográficas sobre Direitos Humanos, especialmente estudos sobre os Direitos Humanos de 1ª e 2ª Gerações, sabidamente os relativos às liberdades individuais e aos direitos sociais. Em destaque estão a livre locomoção e a liberdade de expressão, bem como o reconhecimento da identidade de gênero com um direito humano que deve ser respeitado e protegido pelo Estado e seus agentes. Neste aspecto, a Polícia Militar merece especial atenção, uma vez que são os agentes do Estado os autorizados a fazer o uso legítimo da força, mas dentro dos ditames de um Estado Democrático de Direito, devendo atuar com respeito às liberdades individuais, tornando-se uma instituição protetora e multiplicadora das garantias individuais e coletivas, bem como dos direitos fundamentais, tais como o reconhecimento à diversidade.

PALAVRAS-CHAVE: gênero; sexualidade; direitos humanos.

1 A POLÍCIA MILITAR

A Polícia Militar no Brasil é uma instituição bicentenária, seu estabelecimento no país, não como instituição policial propriamente dita, mas como forma inicial dela, pode ter seu marco histórico relacionado à chegada da família real ao país em 1808, isto porque, logo após, em 13 de maio 1809 o

Decreto abaixo transcrito justificava e criava o que seria a precursora das Polícias Militares⁵⁰:

Crêa a divisão militar da Guarda Real da Polícia no Rio de Janeiro. Sendo de absoluta necessidade prover á segurança e tranquillidade publica desta Cidade, cuja população e trafico têm crescido consideravelmente, e se aumentará todos os dias pela afluência de negócios inseparáveis das grandes capitais; e havendo mostrado a experiência, que o estabelecimento de uma Guarda Militar de Polícia é o mais próprio não só para aquele desejado fim da boa ordem e sossego público, mas ainda para obter ás damnosas especulações do contrabando, que nenhuma outra providencia, nem a mais rigorosas leis prohibitivas tem podido cohibir: sou servido crear uma Divisão Militar da Guarda Real da Policia desta Corte, com a possivel semelhança daquella que com tão reconhecidas vantagens estabeleci em Lisboa, a qual se organizará na conformidade do plano, que com este baixa, assignado pelo Conde de Linhares, do meu Conselho de Estado Ministro e Secretario de Estado dos Negocios Estrangeiros e da Guerra. O Conselho Supremo Militar o tenha assim entendido e o faça executar na parte que lhe toca. Palacio do Rio de Janeiro em 13 de Maio de 1809. Com a rubrica do Principe Regente Nosso Senhor.(SIC)

Em verdade, a atividade de polícia surgiu desde que o homem se organizou em grupo social e subordinou-se a um poder ou governo, a fim de promover o bem e a segurança coletiva. Para Rudnicki (2007, p. 95) a Polícia, como as outras instituições que organizam, regulam e controlam a vida em sociedade, é uma instituição social, resultado da atividade humana, exigência da vida social. E “ao perceber acúmulo de riquezas, se necessita de segurança e se organiza uma polícia” (RUDNICKI : 2012, p, 90)

Entrementes, segurança pública é o conjunto de ações do Estado para garantir a segurança do cidadão, protegendo-lhe contra todo o mal relacionado à violência e à criminalidade e garantir-lhe os Direitos Humanos, “Em uma sociedade sem atividade ou força policial, os Direitos Humanos não serão respeitados” (RUDNICKI:2012 p, 91).

A missão principal da Policia Militar no sistema de segurança pública é à manutenção da ordem pública e a realização do policiamento preventivo, levado a efeito toda vez que este agente é identificado ostensivamente pelo uso da farda, equipamentos bélicos e viaturas.

⁵⁰Coleção de Leis do Império do Brasil - 1809, Página 54 Vol. 1 (Publicação Original)

Para a Segurança Pública das pessoas a Brigada Militar realiza a ação preventiva, através do seu efetivo identificado pelo uniforme e das suas viaturas que são caracterizadas pintadas, sendo conhecida por todos. Realiza o policiamento ostensivo com o objetivo de evitar a ocorrência do crime e a preservação da ordem pública. A PM tem o dever de prender a pessoa que estiver praticando um crime e dar o devido encaminhamento até a Delegacia de Polícia. A PM presta, ainda, atendimento imediato às necessidades das pessoas, que buscam, diretamente ou através do Fone 190, o auxílio dos policiais militares (PORTO ALEGRE, 1998, p. 72).

Destarte, a Polícia Militar destina-se a garantir o bem estar da população, prestar socorro, orientar, esclarecer, mas acima de tudo, proteger o cidadão.

O que a Polícia faz com o seu tempo se ela não estiver trabalhando em assuntos relacionados à criminalidade? As pesquisas demonstraram que a maior parte das horas é devotada a cuidar de acidentes e pessoas doentes, animais feridos e perdidos, gente embriagada ou drogada, além de tratar de distúrbios familiares, brigas entre gangues de adolescentes e reuniões barulhentas, isso sem falar em registros de danos a propriedades, acidentes de trânsito, pessoas desaparecidas e bens achados e perdidos. Tais pesquisas citam a quantidade de tempo dedicada a administrar os sistemas de registro e licenciamento, cuidar do tráfego, lidar com reclamações de estacionamento proibido, controlar a multidão em eventos públicos e, ainda, lidar com outros perigos e com deficiências do serviço municipal que requerem atenção. (GOLDSTEIN, 2003, p. 42).

Difícil, pois, para grande parcela de policiais e também para a população em geral, compreender que o papel principal da Polícia Militar em um Estado Democrático de Direito não seja o de prender criminosos, mas sim proteger qualquer cidadão que se veja com seus direitos violados, ainda que se trate de um delinquente.

Muitos esforços empreendidos para aprimorar a atividade policial avançaram em direção à presunção de que prevenir o crime e prender criminosos eram as atribuições fundamentais da Polícia. Mas essas suposições estavam baseadas mais na mitologia que cerca o policiamento do que em um apurado estudo a respeito do trabalho policial. A própria Polícia perpetuou tal mito [...]. (GOLDSTEIN, 2003, p. 23).

Na concepção de Dani Rudnicki a polícia participa do campo do controle social, e permite várias conceituações. Em seu trabalho que estuda sistema penal e Direitos Humanos, o autor conceitua,

[...] a polícia como grupo organizado pelo Estado em órgão diverso de todos os outros, eis que os servidores públicos que a compõem são homens e mulheres cuja formação autoriza, e mesmo ordena, a utilização da força (recebendo eles, em conseqüência, permissão para o porte de armas, com as quais podem até mesmo matar seus concidadãos, a fim de fazer as leis do país) e que devem, na ausência de outros servidores, realizar todas as tarefas devidas pelo servidor público (RUDNICKI: 2012, p, 92).

Para Hélio Bicudo, o Estado enquanto representação do poder do homem sobre o próprio homem (BICUDO, 1997 p.97), sempre lançou mão de suas forças bélicas contra seus súditos quantos era afrontado em suas deliberações que diziam respeito a vida de seus compatriotas, em diversos aspectos, tais como, liberdade de locomoção, liberdade de expressão, liberdade religiosa, cobranças abusivas de impostos, barreiras protecionistas ao livre comércio, trabalho escravo ou sem direitos garantidos, direito de voto, direitos das mulheres, crianças e idosos.

Goldstein também salienta:

Quando o crime era bem menos problemático do que hoje, a função policial era simplesmente definida como prevenir o crime e prender os criminosos - com uma ênfase um tanto quanto erudita na primeira definição. Nunca houve qualquer dúvida a respeito do que “prender” queria dizer, mas qual o significado de “prevenir”? Será que quer dizer lidar com as causas mais profundas do crime? Ou será que quer dizer, de forma menos ambiciosa, que a Polícia deveria trabalhar para reduzir as oportunidades que levam as pessoas a cometerem crimes? Prevenir o crime - e muito do esforço policial é dedicado a isso - é na verdade uma responsabilidade ambígua. (GOLDSTEIN, 2003, p. 88).

Mariano (2002, p. 49) refere que “a polícia no Brasil foi inspirada para ter a função de controle social dos excluídos e defender as oligarquias”.

Em um contexto histórico, percebe-se que o papel da polícia não era clara ou em certas épocas nem mesmo era delimitado seu papel.

Observa-se que na Constituição Federal de 1824 não havia delimitação do papel da Polícia. Sobre segurança pública, apenas registros nos artigos 145 e 146, na prática as forças de segurança, estavam mais relacionadas à proteção do Estado, distante da população. E, apesar da falta de referência Constitucional, a Polícia já existia, o que mudava era a sua denominação,

Sua denominação foi mudada para Guarda Cívica, por Ato de 26 de dezembro de 1889. Esta denominação e sua organização atendia ao que determinava o Art. 8º do Decreto nº 1 e 15 de dezembro, que autorizava os governos estaduais a criarem guardas cívicas destinadas ao policiamento de seus territórios. (SAVARIS, 1994, p. 17).

Somente na Constituição de 1934 encontra-se, pela primeira vez, referência às Polícias Militares, assim a artigo 167 referia, “As Polícias Militares são consideradas reservas do Exército e gozarão das mesmas vantagens a este atribuídas, quando mobilizadas ou a serviço da união”.

Em 1937 ocorreu um retrocesso legislativo, uma vez que a nova Constituição Federal se mostra silente com relação às atribuições da Polícia Militar (Brasil 1937).

Já na Constituição Federal de 1946 encontra-se referência à Polícia Militar, o artigo 183 fixa a competência das Polícias Militares:

As polícias militares instituídas para a segurança interna e a manutenção da ordem nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, são consideradas, como forças auxiliares, reservas do Exército.

Parágrafo único - Quando mobilizado a serviço da União em tempo de guerra externa ou civil, o seu pessoal gozará das mesmas vantagens atribuídas ao pessoal do Exército. (BRASIL, 1946).

Nesta Constituição desenha-se, também, a missão Constitucional da Polícia Militar. Ela apresenta referência jamais vista nas constituições anteriores, mas ainda persiste à ideia de que a Polícia Militar também estaria voltada à defesa do Estado e seria potencialmente bélica.

Depois do golpe militar de 1964, esse caráter bélico de defesa do Estado, que acompanha as Polícias Militares desde seu surgimento ganha maior força.

A Constituição da ditadura militar foi promulgada em 1967, três anos depois do golpe. Inicialmente a Polícia Militar nem mesmo era considerada força auxiliar do exército, mas sim, peça auxiliar. A alteração para a expressão “força” deu-se com o Ato Complementar n. 40/68⁵¹. O artigo 13 parágrafo 4º assim define:

Os Estados se organizam e se regem pelas Constituições e pelas leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes:

§ 4º - As polícias militares, instituídas para a manutenção da ordem e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, e os Corpos de Bombeiros militares são considerados forças auxiliares reserva do Exército, não podendo os respectivos integrantes perceber retribuição superior à fixada para o correspondente posto ou graduação do Exército, absorvidas por ocasião dos futuros aumentos, as diferenças a mais, acaso existentes. (BRASIL, 1967).

Dessa forma, na nova Constituição, fica claro que a segurança é direcionada para a garantia do Estado.

Na atual Constituição Federal do Brasil de 1988, chamada pelo Constituinte Ulisses Guimarães de “A Constituição Cidadã”, a Polícia é fundamental para a

⁵¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ACP/acp-40-68.htm> Acesso em: 04 maio 2010.

proteção e promoção dos Direitos Humanos. Ela é uma instituição estadual que integra o sistema de segurança pública, conforme positiva o seu artigo 144.

2 OS DIREITOS HUMANOS

O tema Direitos Humanos quando estudado e pesquisado em relação ao aparato militar ou policial reveste-se de antagonismo (Balestreri: 2009) e dubiedade de interpretações, isto por que ainda existe uma resistência em respeitar os direitos de quem comete crime ou dos suspeitos de tê-los cometidos, muito atribuído ao sistema democrático frágil. Outros tantos também acreditam que os Direitos Humanos nada mais são do que instrumentos a favor da criminalidade.

A Matriz Curricular Nacional – MCN, reformulada em 2009 pelo Ministério da Justiça e Secretaria Nacional de Segurança Pública – SENASP, para padronizar ações formativas dos profissionais da área da Segurança Pública em seu eixo que trata da cultura e sobre conhecimento jurídico indica a necessidade,

de reflexão crítica sobre o Direito como construção cultural e sobre os Direitos Humanos, com vista à atuação profissional de Segurança Pública no Estado Democrático de Direito, implicando no conhecimento do ordenamento jurídico brasileiro, seus princípios e normas, com destaque para a legislação pertinente às atividades dos profissionais da área de Segurança Pública, de forma não associada às demais perspectivas de compreensão da realidade, tanto no processo formativo quanto na prática profissional. (Brasil 2009 p, 21).

Dessa forma, os policiais militares devem estudar a história dos Direitos Humanos e entender que esta se confunde com a organização do homem em sociedade e a criação do Estado, e que neste contexto, os conflitos pelo reconhecimento dos Direitos Humanos tiveram início com a organização do homem em grupo, como meio de garantir a sobrevivência da espécie humana.

Numa sociedade assim organizada, a liberdade individual não contava. O cidadão – e o que não dizer do escravo e do estrangeiro – estavam submetido em todas as coisas, e, sem reserva alguma, à cidade; pertencia-lhe inteiramente. (BICUDO,1997)

Assim a evolução normativa relativa às leis e princípios ligados aos Direitos Humanos conquistados pelo homem não são definições as quais se chegou de um dia para outro, demandaram centenas de anos de lutas em que se buscou

resistir à opressão do homem contra o próprio homem, resultado do abuso do poder, Santos Junior assim salientou,

No contexto histórico-político atual, nacional internacional, a luta pelos Direitos Humanos deve ser entendida como uma poderosa ferramenta de transformação social, com o objetivo de construir uma sociedade mais justa, e um instrumento de luta contra a exploração do homem pelo homem. (SANTOS et. al, 1988, p. 12).

Neste mesmo sentido Norberto Bobbio explica:

Os Direitos do Homem são direitos históricos, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, nascidos de modo gradual, nem todos de uma só vez e nem de uma vez por todas, [...] nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou criar novas ameaças a liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demanda de limitações de poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. (BOBBIO, 1992, p. 5).

Sobre a perspectiva histórica dos Direitos Humanos Fernando Sorondo salienta:

O conceito de Direitos Humanos admite múltiplas conotações e pode ser analisado sob a perspectiva de diversas disciplinas. Optei por considerá-lo sob dois aspectos, que constituem o essencial de seu caráter: a) Que os Direitos Humanos constituem um “ideal comum” para todos os povos e para todas as nações e como tal se apresentam como *UM SISTEMA DE VALORES*. b) Que este sistema de valores, enquanto produto de ação da coletividade humana acompanha e reflete sua constante evolução e acolhe o clamor de justiça dos povos. Por conseguinte, os Direitos Humanos possuem uma *DIMENSÃO HISTÓRICA*. (SORONDO, 2010).

Da mesma forma, Fábio Konder Comparato pensa que os seres humanos, apesar das diferenças de cunho pessoal,

Merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais. (COMPARATO, 2003, p. 01).

No mesmo passo em que as sociedades se transformam e se modernizam, adquirindo novos conhecimentos, o homem começa a perceber seus direitos, tornando-se mais intolerante e impaciente em relação aos desrespeitos que atingem a dignidade da pessoa humana (SORONDO:2010). Assim, começa a exigir a imposição de limites ao Estado.

Destarte, se organiza contra a tirana e a opressão que imperou durante séculos e, em alguns locais, ainda impera, em especial o respeito à diversidade.

Como apontado, todo o cidadão, têm direitos que devem ser respeitados e garantidos pelo Estado. Neste sentido, Norberto Bobbio explica:

No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto os indivíduos possuem em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direitos, o indivíduo tem, em face do estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos. (BOBBIO, 1992, p. 61).

Destacamos um marco importante para o respeito aos Direitos Humanos a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em 1948, mais precisamente em 10 de dezembro foi proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em Assembléia Geral. O ideal comum dessa declaração é atingir todos os povos e todas as nações para que fossem garantidos e protegidos direitos políticos, civis, sociais, econômicos e culturais. Assim proclamou a Assembléia Geral:

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos com o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. (DECLARAÇÃO, 1948).

Para Bicudo (1992, p. 160), A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, foi o marco inicial de um movimento que prossegue até hoje, que busca alicerçar valores às sociedades democráticas, dentre eles destacamos: paz e solidariedade universal, igualdade e fraternidade, liberdade, dignidade da pessoa humana, proteção legal dos direitos, justiça, democracia, dignidade do trabalho.

Depois deste importante diploma internacional, os Estados passam a reconhecer com maior fôlego os Direitos Humanos, internalizando em suas Constituições os princípios consagrados pela ONU. Nossa Constituição Federal também participou dessa internalização, em seu artigo 5º, por exemplo, encontramos o rol de direitos e garantias individuais e coletivos a serem protegidas pelo Estado. Sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, Norberto Bobbio (1994, p.34) salienta que a Declaração Universal representa a “consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro”.

Assim a DUDH foi o estopim para o surgimento de inúmeros tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos, relativamente a limitação da conduta dos agentes aplicadores que devem agir em observância a dignidade da pessoa humana frente ao Estado, bem como a histórica exigência pelo reconhecimento de direitos fundamentais que motivaram as conquistas acima apresentadas, neste contexto, erigiu-se que o poder público deve ser exercido à serviço do ser humano, nunca sendo empregado contra seus direitos e garantias fundamentais, ao contrário, o poder público, representado por agentes com poder delegado, devem ser protetores e patrocinadores das conquistas da humanidade.

Nossa Constituição também participou dessa evolução histórica pelo menos na forma escrita. Em seu artigo 5º, por exemplo, encontramos o rol de direitos e garantias individuais e coletivos a serem protegidas pelo Estado:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988).

O jurista Luiz Flávio Gomes lembra que as conquistas da humanidade, com relação aos seus direitos, limitam a atuação estatal, exigindo abstenção. Destarte, o Poder Político representado pelo executivo e legislativo, encontram seu limite no direito. Desta forma, hoje, o poder político é limitado ou deveria ser limitado pelo poder jurídico, a fim de eliminar-se dos abusos e do arbítrio que possam afrontar os princípios norteadores da república.

Não existe órgão “soberano” (absoluto, ilimitado) dentro do novo modelo de Estado. Todo poder encontra seus limites no direito e na razoabilidade. Governo “per leges” (exercido por meio da lei) e “sub leges” (sob o império da lei, da constituição e dos tratados internacionais). (GOMES:2010).

Essa evolução legislativa pode melhor ser interpretada através de três dimensões de Direitos Humanos, a seguir primeira, segunda e terceira dimensões de Direitos Humanos.

Neste contexto, os Direitos Humanos de primeira dimensão também chamados de direitos negativos têm suas raízes na conhecida doutrina iluminista e jus naturalistas dos séculos XVII e XVIII, elas acompanham as mudanças históricas que transformaram paulatinamente a Europa desde os séculos XII e XIII, como lembra Fernando Sorondo,

Na medida em que a rígida sociedade estamental européia cedia espaço a uma classe social incipiente, a burguesia foi adquirindo noção dos direitos que necessitava, tanto para desenvolver suas empresas, como para expressar suas ideias e participar do poder. A férrea autoridade dos nobres e monarcas é posta em questão: se exige uma nova sociedade que admita a prática de ideias concebidas por uma classe social emergente à luz das mudanças sócio - econômicas que se estavam produzindo. (SORONDO: 2010).

Sobre essa tomada de poder Norberto Bobbio também reflete,

A Revolução Francesa foi julgada ora como obra divina, ora como uma obra diabólica, justificada porque apesar da violência, teria transformado profundamente a sociedade européia; não justificada porque um fim, mesmo bom, não santifica todos os meios. (BOBBIO, 1992, p. 128).

Então, o Iluminismo coloca as ideias de dignidade da pessoa humana no centro do debate. Assim, são proclamados: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão; se garante liberdade de pensamento e opinião, se estabelece a divisão de poderes, impõem-se garantias perante os que aplicam as leis. A liberdade não possui outros limites a não ser o que é permitido pela lei.

Na verdade, essa primeira dimensão, nada mais reflete do que o resultado da luta histórica contra a opressão que sofria o povo em relação ao governo, José Damião lembra uma destas lutas históricas no ano de 1358,

A insurreição da jacquerie - denominação derivada de Jacques Bonhomme (Jaques Simplório), como, zombeteiramente, os nobres chamavam os camponeses – exemplifica muito bem o furor e o caráter massivo com que se processavam as rebeliões populares daquele período.(TRINDADE, 2011 p. 23).

Assim as ideias das luzes gritavam por igualdade, liberdade e fraternidade.

Sobre isso Herkenhoff (1994:56) também lembrou,

Nas declarações de direitos, resultantes das revoluções americanas e francesas, o sentido universal está presente. Os “direitos do homem e do cidadão”, proclamados nessa fase histórica, quer na América, quer na Europa, tinham, entretanto, um conteúdo bastante individualista, consagrando a chamada democracia burguesa.

Destarte os direitos de primeira dimensão são aqueles relacionados à igualdade formal, são direitos civis e políticos, fundados nas liberdades que Lafer assim define:

Os direitos humanos da Declaração da Virgínia e da Declaração Francesa de 1789 são, neste sentido, direitos humanos de primeira geração, que se baseiam numa clara demarcação entre estado e não-estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social. (LAFER, 1988, p. 126).

Importante, pois, lembrar que o Iluminismo trouxe as ideias de dignidade da pessoa humana ao centro do debate, nele ainda será estabelecida a divisão de poderes, impõem-se garantias perante os que aplicam as leis. Para Bobbio:

Os direitos de liberdade evoluem paralelamente ao princípio do tratamento igual. Com relação aos direitos de liberdade, vale o princípio de que os homens são iguais. No estado de natureza de Locke, que foi o grande inspirador das declarações de Direitos do Homem, os homens são todos iguais, onde por “igualdade” se entende que são iguais no gozo da liberdade, no sentido de que nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que outro. Esse tipo de igualdade é o que aparece enunciado, por exemplo, na art. 1º da Declaração Universal, na afirmação de que “todos os homens nascem iguais em liberdades e direitos”. (BOBBIO, 1992, p. 70).

O poder político tem a função de proteger, fazer preponderar os direitos humanos, bem como abster-se de intervir na vida das pessoas, salvo quando as leis são transgredidas, sobre este ponto Luiz Flávio Gomes assevera,

Os atos que se desviam dessa finalidade devem ser fiscalizados e glosados pelo Poder Jurídico. E se retratam uma violação dos direitos humanos, devem ser fiscalizados e sancionados tanto internamente como externamente, pelos órgãos internacionais. Os agentes de qualquer um dos poderes da república não podem cometer abusos, não podem transformar prerrogativas em privilégios, não podem transformar a coisa pública em coisa privada, não podem desviar os interesses públicos para interesses privados ou pessoais. A interferência do Judiciário nos demais poderes, para alcançar obediência irrestrita às formas jurídicas assim como aos valores fundantes do Estado, não constitui abuso, sim, faz parte da imunologia inerente ao sistema democrático. (GOMES: 2010).

Por sua vez, os Direitos Humanos de segunda dimensão, traduzem uma fase marcada por um profundo antagonismo entre a teoria pregada pelo pensamento liberal-burguês, expressos na Revolução Francesa pela célebre expressão “Liberdade, igualdade e fraternidade” e a sua prática de exploração de mão – de - obra do proletariado (SORONDO: 2010). Na verdade havia uma grande diferença entre a igualdade declarada e a que existia na realidade.

As condições históricas que promoveram uma nova etapa no estado de consciência sobre as necessidades básicas do homem foram dadas pela Revolução Industrial. As transformações sociais e econômicas que provocou tiveram seu efeito mais dramático na conformação de uma classe social de operários assalariados, submetida a desumanas condições de exploração. (SORONDO:2010).

Isso por que, após a Revolução Francesa, ocorreu à maior ascensão da classe burguesa, e, com ela, novas transformações sociais e econômicas. Como visto nas afirmações de Fernando Sorondo, seus efeitos mais dramáticos foram sentidos pela classe dos operários, que era submetida a condições desumanas

de exploração, inclusive com a exploração da mão de obra infantil de forma descontrolada e em larga escala. João Arriscado Nunes salienta,

O reconhecimento dos Direitos de Segunda Geração foi o resultado de longas e duras lutas conduzidas por movimentos sociais e políticos, notadamente pelo movimento operário, pelos seus sindicatos e partidos, e que viriam a ser explicitamente reconhecidos pelo novo poder soviético em 1917, na Rússia, e ,sobre tudo, nas diferentes versões do Estado - Providência, em especial na Europa". (NUNES:2004).

Este momento histórico é muito bem representado no romance *Germinal*, escrito em 1881, por Emile Zola. O autor passou dois meses trabalhando e vivendo como mineiro na extração de carvão, comeu e bebeu nas tavernas para se familiarizar com o meio.

Emile Zola pôde viver o mesmo que os trabalhadores locais, ele sentiu o peso do trabalho sacrificado, a dificuldade em empurrar um vagonete cheio de carvão, observou a problemática do calor e a umidade dentro da mina, visto que tais atividades eram necessárias para escavar o carvão. Além disso presenciou as condições de miserabilidade em que viviam aqueles grupos de trabalhadores, compostos também por crianças. Por fim descreveu uma grande greve que durou dois meses, na qual os mineradores reivindicavam melhores salários e melhores condições de trabalho (ZOLA, 1981).

João Batista Herkenhoff bem refere esta conquista assim asseverando,

Apenas na segunda etapa da Revolução Francesa, sob a ação de Rebespierre e a força do pensamento de Rausseau, proclamaram-se direitos sociais do homem, diretos relativos ao trabalho e a meios de existência, direito de proteção contra a indigência, direitos a instrução.(Herkenhoff:1994).

Destarte, os direitos de segunda dimensão consagram os direitos econômicos, sociais e culturais.

Na atualidade podemos dizer que os direitos à greve, à sindicalização, férias, repouso semanal remunerado, salário mínimo, limitação da jornada de trabalho, dentre outros, representam a justiça social para as classes menos favorecidas.

Por fim, os direitos de segunda dimensão, ao contrário dos de primeira, exigem uma ação positiva do Estado, um fazer. Bobbio assim define essa idéia,

É que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade,

produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder -, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado. Na verdade a primeira exige uma ação negativa, de não agir do Estado, de garantir a possibilidade de o cidadão fazer algo, enquanto a segunda, ao contrário, exige uma ação positiva, a obrigação de o Estado providenciar algo a fim de o cidadão usufruir de um bem ou serviço. (BOBBIO, 1992, p. 72).

Da afirmação acima Bobbio refere que existe a necessidade de uma ação positiva do estado a fim de que providencie bens sociais ao cidadão, nossa Constituição Federal bem normatiza em seu artigo 203 (Brasil, 1998).

Como visto, este artigo da Constituição Federal é um exemplo de previsão normativa que, ao menos nesta forma, prevê que sejam alcançados ao povo direitos sociais, para os policiais militares não dever ser diferente.

Por fim, os Direitos Humanos de terceira dimensão são todos aqueles trans individuais. Podemos dizer que são direitos fundamentais de fraternidade ou solidariedade, visando uma proteção mais ampla, buscando tutelar os interesses coletivos como os da família, dos povos e das nações. Para Moraes (1996, p 166) estes direitos “ultrapassam em seus limites subjetivos a figura de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um determinado Estado”.

Embarcam também, nessa dimensão, os interesses difusos, como o direito do consumidor e os relacionados ao meio ambiente, à qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e ao direito de comunicação.

João Arriscado Nunes assim os define,

A reivindicação de igualdade, que marcou a luta pelos direitos de segunda geração, surge, com freqüência em tensão com os direitos de terceira geração que se referem à identidade e à diferença. Essa tensão reaparece, hoje, sob várias formas, no debate no seio das esquerdas sobre a relação entre política de reconhecimento e política de redistribuição[...] Esta terceira geração de direitos corresponderia à terceira das palavras de ordem da Revolução Francesa, a Fraternidade – ou, como diríamos hoje, a solidariedade. (NUNES:2004).

Assim, a exigência de uma tutela direcionada para garantir, por exemplo, o direito da coletividade e para as gerações futuras em ter um meio ambiente saudável, surgiu pelo incremento da evolução tecnológica, pelo progresso da humanidade e os consequentes impactos ambientais e sociais negativos que

trouxeram consigo. Percebemos que esses problemas não haviam sido pensados anteriormente. Para Norberto Bobbio:

Os direitos de terceira geração, como o de viver num ambiente não poluído, não poderia ter sido sequer imaginado quando foram propostos os de segunda geração, do mesmo modo como estes últimos (por exemplo, o direito à instrução ou à assistência) não eram sequer concebíveis quando foram promulgadas as primeiras Declarações setecentistas. Essas exigências nascem somente quando nascem determinados carecimentos. Novos carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los. (BOBBIO, 1992, p. 6).

Também os direitos de terceira dimensão, assim como os que o antecederam, surgiram a partir das mudanças sociais alicerçados nas respectivas lutas pelo reconhecimento, o respeito à diversidade ainda deve avançar muito para se ver reconhecido.

3 OS DIREITOS HUMANOS A POLÍCIA E O RESPEITO À DIVERSIDADE

Como visto o surgimento de novos direitos pressupõe a mudança social, a alteração do *status quo*, faz surgir novos fatos sociais e, neste contexto, surgem novos direitos, eis que a busca pelo reconhecimento dos Direitos Humanos está em constante movimento, assim como a sociedade.

Neste sentido Bobbio também contribui:

Que todos os cidadãos são iguais sem distinção de “condições pessoais ou sociais” – não é verdade em relação aos direitos sociais, já que certas condições pessoais ou sociais são relevantes precisamente na atribuição desses direitos. Com relação ao trabalho, são relevantes as diferenças de idade e de sexo, com relação à instrução, são relevantes diferenças entre crianças normais e crianças que não são normais. Com relação à saúde, são relevantes diferenças entre adultos e velhos. (BOBBIO, 1992, p. 69).

Evidente que a busca pelo equilíbrio nas relações sociais onde se busque a igualdade entre todos é a essência dos Direitos Humanos. Todos são iguais perante a lei e devem agir assim uns para com os outros e para as futuras gerações, ninguém está acima dos ditames da lei, sejam ricos, pobres, civis ou militares,

O império da lei significa também a submissão de todos às regras da convivência social. Neste sentido, ninguém pode considerar-se acima da lei, portador de privilégios, sejam pela riquezas, pelo nascimento ou qualquer outra razão. (Herkenhoff:1994).

Inafastável, pois, que os agentes de segurança pública devem ter em mente o respeito à diversidade e a identidade de gênero, reconhecendo-a como um Direito Humano, protegendo reprimindo qualquer forma de preconceito e discriminação.

A ação da Polícia Militar quando se depara com travestis ou transexuais em via pública, deve ser a mais isenta possível e aplicada de acordo com a Legislação Infraconstitucional, bem como de acordo com os Princípios e Normas Constitucionais.

O artigo 1º do Decreto 118/11 do Governador do Estado do Rio Grande do Sul, pioneiramente positiva que travestis e transexuais deve ser chamados pelo nome social que escolherem, o referido decreto obriga a administração direta e indireta a o fazê-lo, dentre estas a Polícia Militar, eis que faz parte do Poder Executivo Estadual. Assim positivou,

Art. 1º Nos procedimentos e atos dos Órgãos da Administração Pública Estadual Direta e Indireta de atendimento a travestis e transexuais deverá ser assegurado o direito à escolha de seu nome social, independentemente de registro civil, nos termos deste Decreto.

Parágrafo único. Para fins deste Decreto, nome social é aquele pelo qual travestis e transexuais se identificam e são identificados pela sociedade.

Ainda o artigo 4º do referido decreto afirma que a pessoa interessada indicará no momento do preenchimento do cadastro o prenome pelo qual queira ser identificada, na forma como é reconhecida e denominada por sua comunidade e em sua inserção social. Ainda obriga os servidores públicos a tratar a pessoa pelo nome social constante dos atos escritos.

Dentre as bases legais o decreto 48.118/11 considerou para a criação da referida legislação que a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o art. 1º, incisos II e III, da Constituição Federal, bem como considerou a igualdade, a liberdade e a autonomia individual como princípios constitucionais que orientam a atuação do Estado e impõem a realização de políticas públicas destinadas à promoção da cidadania e respeito às diferenças humanas, incluídas as diferenças sexuais.

No mesmo sentido o Decreto em questão arrazoou que os direitos da diversidade sexual constituem direitos humanos e que a sua proteção requer

ações efetivas do Estado no sentido de assegurar o pleno exercício da cidadania e a integral inclusão social da população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais – LGBT. Por fim a legislação Gaúcha advertiu que é direito de toda pessoa a livre expressão da sua identidade sexual e que o nome não pode ser indutor de constrangimentos nem de preconceitos.

Neste contexto deve a Polícia Militar, ao abordar uma pessoa, chamá-la pelo nome social pelo qual esta é reconhecida em sua comunidade.

Indo além, com relação ao uso do banheiro público, não existe no Brasil lei que dê direitos aos travestis ou transexuais de utilizar o banheiro relativo a sua identidade de gênero, no entanto, de acordo com a presidente da Comissão de Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Flávia Brandão Maia Perez,

atualmente, não há uma lei específica para afirmar se travestis possuem ou não o direito de utilizar o banheiro feminino. Entretanto, já existe um movimento representativo, no Brasil e no Estado, em busca da aprovação de leis que garantam os direitos do público LGBT⁵². (PEREZ:2012[s.p.])

No mesmo sentido, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, entende que, como todas as pessoas tem a necessidade de ir ao banheiro, os travestis e transexuais também o têm, devendo ser observado o respeito a diversidade e a proteção a dignidade humana, deve-se então, ser garantido o uso de banheiro feminino há quem se vê pertencente ao gênero feminino, nas palavras da defensoria,

Nessa questão, deve ser observado o respeito à diversidade e a proteção da dignidade humana. Bem se sabe que as travestis e transexuais, assim como todas as pessoas, apresentam a necessidade de utilização do banheiro e a elas deve ser garantido esse uso, em conformidade com sua identidade de gênero, como forma de se preservar a dignidade humana dessas cidadãs. Desse modo, se elas se veem como pertencentes ao gênero feminino deve a elas ser assegurado o direito de uso do banheiro feminino. (DEFENSORIA PÚBLICA, [S.D, S.P].

⁵²http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2012/05/noticias/a_gazeta/dia_a_dia/1226518-banheiro-feminino-e-so-para-mulheres-depnde.html

A Defensoria Pública de São Paulo vai além e afirma que “impor-lhes a utilização de banheiro não compatível com sua identidade de gênero constitui conduta discriminatória e incompatível com o respeito à diversidade.”⁵³

Destarte, os travestis e transexuais devem ser vistos pelos agentes de segurança pública como mulheres na utilização do banheiro e em qualquer ocasião de suas vidas sociais.

Sobre isso finaliza a Defensoria Pública de São Paulo,

A utilização comum do banheiro, além de ser a medida mais adequada, pois não implica em discriminação e preconceito, ainda possibilita o incentivo à promoção da diversidade. Incentiva que mães, ao se depararem com travestis e transexuais, se questionadas por suas filhas, digam-lhes que elas também são cidadãs e ensinem que a sociedade é plural e diversa, conscientizando-as sobre a necessidade de respeito à diferença.

Dirimindo dúvidas, a Defensoria Pública de São Paulo ainda criou a cartilha intitulada, Atendimento a TRAVESTIS e TRANSEXUAIS, na qual assim tratou o tema: “E como é recomendada a utilização dos banheiros? Deve respeitar a identidade de gênero: mulheres travestis e transexuais podem utilizar o banheiro feminino e homens transexuais podem utilizar o banheiro masculino.”

Ainda, sobre a forma de ação da Polícia Militar, fica claro que mesmo sem possuir a carteira social, o travesti ou transexual deve ser chamado pelo seu nome social em barreiras e abordagens. Segundo a cartilha da Secretaria Nacional de Segurança Pública, em caso de abordagem o policial deve respeitar a diversidade feminina apresentada pela abordada, representado por suas vestes, e deve utilizar termos femininos ao dirigir-se aos travestis ou mulheres transexuais, tais como senhora, ela e dela. (DIREITOS HUMANOS, p.88).

A mesma cartilha ainda indica que, estabilizada a situação o policial deve perguntar a pessoa abordada de que forma gostaria de ser chamada. Sobre a revista pessoal a cartilha indica que prioritariamente deve ser realizado por efetivo feminino de o que está de acordo com a Legislação Processual Penal brasileira, no artigo 249 do CPP, assim positivado: “**Art. 249.** A busca em mulher será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência.”

53

Porém, como em toda a ação policial, deve ser considerados procedimentos de segurança, a cartilha indica que deve ser avaliado o grau de risco que a pessoa abordada oferece, considerando as diferenças de porte físico entre a policial feminina e a pessoa abordada e “caso ameace a segurança, a policial feminina pode não realizar a busca pessoal na travesti e na mulher transexual. (DIREITOS HUMANOS, p.89).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho ora apresentado intentou esclarecer aspectos relevantes sobre a atuação da Polícia Militar frente a pessoas em vulnerabilidade sociais. Neste sentido, ficou evidenciado que o policial militar deve ser um dos agentes públicos que mais deveriam defender e multiplicar os preceitos norteadores dos Direitos Humanos de todos, seja qual for a cor, a raça, a religião, ou o gênero.

A Brigada Militar, por sua vez, enquanto uma instituição quase bicentenária deve representar um marco no qual se preceitue o respeito às diferenças e a busca da mediação de conflito e a da paz social.

Dessa forma se fará respeitar em cada ação justa, técnica e qualificada, assim, será observada por todo o cidadão como uma instituição que verdadeiramente representa o Estado Democrático de Direito, em diversas esferas nas quais os conflitos envolvam e exijam a observância aos Direitos Humanos em toda sua pluralidade.

Destarte, aspectos relevantes sobre Direitos Humanos foram abordados pelo presente artigo. Tentou-se demonstrar que todos são, em algum momento de sua vida, protegidos pelos Direitos Humanos. A trajetória histórica destes direitos deixa claro que foram conquistados através da luta de povos antepassados para que hoje tenhamos muitas garantias legais, em destaque os Direitos de Direitos Humanos de 1ª e 2ª Gerações, sabidamente os relativos às liberdades individuais e aos direitos sociais.

Especial destaque ao direito de ir e vir, bem como a liberdade de expressão e, no mesmo sentido, o direito de reconhecimento da identidade de

gênero com um Direito Humano que deve ser respeitado e protegido pelo Estado e seus agentes.

Assim, conclui-se que travestis e transexuais não devem ser impedidos de utilizar os banheiros públicos cujo gênero este se identifique. As proibições sem a devida base legal ensejam alcance nas esferas disciplinares e cíveis, e podem configurar crime de constrangimento ilegal do artigo 146 do Código Penal. Além de serem afrontas diretas aos Direitos Humanos de primeira geração.

Destarte, logo que se identifiquem com o gênero escolhido, devem ser chamados pelo nome social, conforme sua identidade social, ou se não detiverem a carteira social, o policial deverá solicitar qual nome o abordado deseja ser chamado.

Ainda neste sentido, a abordagem, levada a efeito pela Brigada Militar, fica preceituada de acordo com o artigo 249 do Código de Processo Penal brasileiro, que será então realizada por policiais femininas preferencialmente, no caso de identidade de gênero feminina.

Enfim, o respeito à diversidade deve ser buscado em toda sua amplitude, seja pelo ente estatal, seja pelo cidadão comum, assim, sem dúvida, teremos uma sociedade mais justa e mais solidária.

REFERÊNCIAS

ATENDIMENTO a TRAVESTIS e TRANSEXUAIS: Disponível em:
<<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/Atendimento%20a%20travestis%20e%20transexuais.pdf>> acesso em 22 Fev 15 às 23h24

BALESTRERI, R. B. **Direitos humanos**: coisa de polícia. Disponível em:
<<http://dhnet.org.br/inedex.HTM>> Acesso em: 04 out. 2009.

BICUDO, H. P. **Direitos Humanos e sua Proteção**, São Paulo: FTD, 1992.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho.

BRASIL. **Código Penal 11º Edição**. Porto Alegre. Verbo Jurídico. 2010.

_____. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil(1824)** Compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices, Adriano Campanhole, Hilton Lobo Campanhole. 13. ed. São Paulo: Atlas. 1999.

_____. Constituição (1837). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1837)** Compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices, Adriano Campanhole, Hilton Lobo Campanhole. 13. ed. São Paulo: Atlas. 1999

_____. Constituição (1846). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1846)**. Compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices, Adriano Campanhole, Hilton Lobo Campanhole. 13. ed. São Paulo: Atlas. 1999

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891)** Compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices, Adriano Campanhole, Hilton Lobo Campanhole. 13. ed. São Paulo: Atlas. 1999.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)**. Compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices, Adriano Campanhole, Hilton Lobo Campanhole. 13. ed. São Paulo: Atlas. 1999.

_____. Constituição (1967). **Constituição do Brasil de 1967**. Constituições Brasileira - Império e República. 1º Edição: Sugestões Literárias S/A. 1978.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices, Adriano Campanhole, Hilton Lobo Campanhole. 13. ed. São Paulo: Atlas. 1999.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos adotada pela Assembléia Geral das Nações, 1948. Disponível em:
<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 10 mai 2014.

DECRETO 48.118/11 – Disponível em:
<<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/DEC%2048.118.pdf>>, acesso em 25 Fev 2015 às 10h25

DEFENSORIA PÚBLICA. **Utilização de banheiros por travestis e Transexuais**. São Paulo. Disponível em:
<<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/Utiliza%C3%A7%C3%A3o%20do%20banheiro%20por%20travestis%20e%20transexuais.pdf>>. Acesso em 20 Fev 15 às 00h25

DIREITOS Humanos. **Cartilha de Direitos Humanos SENASP**.

GOMES, L. F. **Primeiras Linhas do Estado Constitucional e Humanista do Direito**. Disponível em: <<http://jvsticia.wordpress.com/2010/04/22/primeiras-linhas-do-estado-constitucional-e-humanista-de-direito/>> acesso em 28 Ago 2011 às 16h15

HERKENHOFF, J. B. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo. 1994.

LAFER, C. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARIANO, B. D. Criar uma polícia democrática. **Polícia – desafio da democracia brasileira**. Porto Alegre: Corag, 2002. Coleção estado e Sociedade.

MORAIS, J. L. B. **Do Direito Social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1996.

NUNES, J. A. **Um novo cosmopolitismo? Reconfigurando os direitos humanos**. Ed Renovar. São Paulo. 2004.

PERES, F. B. M. **Banheiro feminino é só para mulheres?**. Disponível em: <http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2012/05/noticias/a_gazeta/dia_a_dia/1226518-banheiro-feminino-e-so-para-mulheres-depnde.html>, acesso em 19 Fev 15 às 10h40.

PORTO ALEGRE. Secretaria especial de Direitos Humanos. **Curso Direitos Humanos e Medição de Conflitos**. Disponível em: <<http://www.tigweb.org/images/resources/tool/docs/2357.pdf>> e <<http://www.tigweb.org/images/resources/tool/docs/2359.pdf>>

RUDNICKI, D.; **Sistema Penal e Direitos Humanos (im) possíveis interlocuções**. Coleção Experiências Acadêmicas. Editora UniRitter. 2012.

SANTOS JUNIOR, B.; JAIME, M.; BARBOSA, M. A. R.; **Direitos Humanos: Um debate necessário**, Editora brasileira. 1988

SAVARIS, M. C. **Breve histórico da Academia de Polícia Militar da Brigada Militar**. Porto Alegre. BM Edições. 1990.

SORONDO, F. **Os direitos humanos através da história**. Disponível em: <<http://dhnet.org.br/dados/livros/edh/mundo/sorondo/sorondo2.htm>> Acesso em: 04 mai 2010

TRINDADE, J. D. L. **História social dos direitos humanos**. Editora Peirópolis. São Paulo, 2011.

A IDENTIDADE DE GÊNERO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: ANÁLISE DA ALTERAÇÃO DO PRENOME E DESIGNATIVO SEXUAL DO TRANSEXUAL

Mariana Oliveira de Sá,

RESUMO: A Constituição de 1988 reconhece em seu texto que toda pessoa é detentora de direitos inerentes à sua personalidade e consagra diversos direitos fundamentais, sendo a identidade de gênero importante tutela da dignidade humana. Nesse sentido, o presente estudo propõe uma abordagem acerca da possibilidade de alteração do nome e designativo sexual do transexual no registro de nascimento, como uma forma de garantir o reconhecimento da identidade do indivíduo como parte de sua integridade e dignidade. Diante da complexidade do tema e da omissão do legislador em regulamentar a possibilidade de alteração do prenome e do designativo sexual, procedeu-se a uma análise jurisprudencial das decisões referentes ao tema, especialmente os Recurso Especial 737993/MG e Recurso Especial 1008398/SP, ambos apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo tal direito, porém, de formas e com consequências diferentes. Concluiu-se pela necessidade do reconhecimento da possibilidade de alteração do nome e do sexo dos indivíduos transexuais em sua documentação.

PALAVRAS-CHAVE: alteração do nome; alteração do sexo; transexualidade; identidade de gênero.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 reconhece em seu texto que toda pessoa é detentora de direitos inerentes à sua personalidade, e consagra direitos fundamentais para os indivíduos garantindo-lhes o mínimo ético existencial. É de suma importância que a consagração e a tutela de tais direitos estejam em consonância como o princípio basilar de nossa Carta Magna: a dignidade da pessoa humana, sendo possível assim a inserção de inúmeros outros direitos que são caracterizados como direitos de personalidade, sendo que no cenário atual o direito a identidade de gênero ganha notória importância.

Questão que merece atenção é a situação do indivíduo transexual, que possui uma espécie de transtorno de identidade sexual, cuja cirurgia de redesignação sexual surge como uma solução terapêutica. Este procedimento é

regulamentado pela Resolução nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina, estando incluído na lista de procedimentos custeados pelo Sistema Único de Saúde- SUS.

No entanto, o mero reconhecimento do direito à mudança física não é suficiente para a plena efetivação dos direitos fundamentais destes indivíduos, pois tal procedimento cirúrgico traz consigo inúmeras consequências para o transexual, seja na esfera física, psíquica, ou na órbita jurídica. A alteração do prenome e do designativo sexual são as de expressão mais significativa.

Para a concretização dos direitos fundamentais destes indivíduos se faz necessário o reconhecimento do direito de alteração do prenome e do designativo sexual em seu registro público, de modo a garantir-lhes usufruir plenamente de seus direitos em sua nova condição, uma forma de garantir a identidade de gênero como um direito fundamental.

É nesse contexto que propõe-se estudar a possibilidade de alteração do nome e designativo sexual do transexual no registro de nascimento, como uma forma de garantir o reconhecimento da identidade do indivíduo como parte de sua integridade e dignidade, consagrando a identidade de gênero como um direito fundamental que necessita da tutela do ordenamento jurídico.

2 A TRANSEXUALIDADE E A DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO

Os direitos fundamentais e os direitos de personalidade visam garantir à pessoa humana o mínimo necessário para uma sobrevivência digna, protegendo-a em sua integridade física e moral.

Desta forma, o artigo 13 do Código Civil de 2002, trata da integridade física do indivíduo, disciplinando que:

Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes (Código Civil de 2002, art. 13).

Ou seja, quando importar em diminuição de seu corpo, o indivíduo não pode dispor de partes do mesmo, ao menos que tal necessidade advenha de exigência médica, e não contrarie os bons costumes. Além disso, o parágrafo

único do citado dispositivo normativo, prevê a possibilidade da disposição do próprio corpo para fins de transplantes, na forma estabelecida em lei especial.

Dessa forma, ao consagrar o direito à integridade física o legislador procura proteger a incolumidade física da pessoa, resguardando-a de terceiros e de si própria. O direito ao próprio corpo é indisponível se conducente à diminuição permanente da integridade física, a não ser que a extração de órgãos, tecidos ou membros seja necessária, por exigência médica, para resguardar a vida ou a saúde (DINIZ, 2009, p. 125).

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, no conceito de integridade física, inscreve-se o *direito ao corpo*, no que se configura a disposição de suas partes, em vida ou para depois da morte, para finalidades científicas ou humanitárias, subordinando contudo à preservação da própria vida ou de sua deformidade. A lei não pode placitar a *autolesão*. É o que consagra o art. 13 do Código Civil, cujo caput, contudo, peca de incorreção técnica. O médico jamais impõe ou exige a disposição do corpo. O que se pretende enunciar é que pode ser necessária, por indicação médica, a extração ou retirada de uma parte do corpo (PEREIRA, 2010, p. 212).

Nesse sentido, as cirurgias de mudança de sexo em transexual, em princípio, são proibidas, pois acarretam em diminuição permanente de membros do próprio corpo, esterilidade, perda da função sexual orgânica e mutilação. No entanto, são lícitas tais intervenções cirúrgicas, visando o tratamento do transtorno de identidade sexual- o Transexualismo.

Merece destaque o Enunciado n. 276, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, que assim dispõe: “O artigo 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil”.

Desse modo, a regra do artigo 13 do Código Civil, sofre uma mitigação para permitir ao indivíduo transexual a disposição do próprio corpo importando em diminuição permanente do mesmo, porém com uma finalidade terapêutica resultante de recomendação médica.

A palavra transexual foi usada pela primeira vez em 1949, por Cauldwell, em um artigo intitulado *Psychopathia transsexualis*. Sendo que, a transexualidade é, segundo Benjamin, um anseio do indivíduo de um sexo pertencer ao sexo oposto, é o desejo intenso de mudar seu sexo, de fazer um ajuste, passando a viver como indivíduo do sexo oposto ao seu biológico, adquirindo aparência conforme ele mesmo julga ser (LEMOS, 2008, p. 22).

Mister elencar a diferença entre homossexual e transexual. O homossexual é o indivíduo que se sente atraído por pessoa do mesmo gênero sexual que o seu, mas não sente rejeição à seu próprio corpo. Encontra-se ainda o bissexual, aquele que sente atração tanto pelo sexo oposto, tanto pelo qual é pertencente. Já o transexual, é o indivíduo que sente rejeição ao seu corpo, e tem verdadeira convicção de pertencer ao gênero oposto ao seu, sendo necessária a adequação de sua identidade sexual psicológica com a física.

Nos dias atuais, o conceito de sexo deve ser apreciado de uma forma plural, ou seja, a determinação do sexo é decorrente da conjugação de diversos fatores físicos, psicológicos e sociais. Esse posicionamento é de profunda importância para a compreensão da situação do transexual, o indivíduo que apesar de nascer com cromossomos, genitais e hormônios de um sexo, possui a convicção íntima de pertencer ao gênero oposto.

Regulando tal matéria, o Conselho Federal de Medicina (CFM), em Resolução nº 1.955/2010, que revogou a Resolução de nº 1652/2002, considera que, o indivíduo transexual é portador de um desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio.

Desta forma, o CFM dita que a cirurgia de transgenitalização, configura-se como um tratamento terapêutico para a transexualidade, com propósito específico de adequar a genitália ao sexo psíquico, não constituindo crime de mutilação previsto no artigo 129 do Código Penal brasileiro, e desta forma, regulamenta tal procedimento.

A primeira cirurgia de redesignação sexual realizada no mundo, ocorreu em 1952, nos Estados Unidos, onde o soldado norte-americano George Jorgensen,

alterou fisicamente seu sexo (de masculino para feminino) passando a adotar o nome de Christine Jorgensen.

No Brasil, o primeiro paciente a ser operado foi Waldir Nogueira em 1971, pelo cirurgião Roberto Farina ainda na vigência do Código Civil de 1916, o qual após a publicidade do feito no XV Congresso Brasileiro de Urologia em 1975 foi processado e julgado por lesão corporal grave consoante o art. 129, § 2º, III do Código Penal, tendo sido absolvido em grau recursal, pela 5ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo (DIAS, 2001, p.124).

Haja vista a inegável necessidade de tal cirurgia como solução para proporcionar a plena adequação do sexo psicológico ao físico, o CFM resolveu autorizar a realização desse tipo de procedimento em hospitais universitários ou públicos adequados para pesquisa, nos termos da Resolução nº 1482 de 1997, a primeira a autorizar explicitamente a cirurgia de transgenitalização.

No entanto, a Resolução nº 1482/97 foi revogada pela Resolução nº. 1652 de 2002, ampliando as hipóteses em que o procedimento poderia ser realizado, considerando que as cirurgias para adequação do fenótipo masculino para feminino poderiam ser praticadas em hospitais públicos ou privados, independente de atividade de pesquisa⁵⁴.

Não obstante, o CFM publicou em 3 de setembro de 2010, a Resolução nº 1.955, que atualmente dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização, revogando a anterior. De acordo com a referida resolução, a definição de transexualismo deverá obedecer, no mínimo, os seguintes requisitos:

- 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
- 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- 4) Ausência de outros transtornos mentais (Resolução nº 1.955 do Conselho Federal de Medicina).

Além disso, o indivíduo que pretende realizar o procedimento de transgenitalização deverá ser submetido à avaliação por uma equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, por no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto. Deverá ainda possuir diagnóstico médico de transexualidade, ser maior

⁵⁴ É o que dispõe o artigo 6º da Resolução nº 1652/2002 do CFM.

de vinte e um anos e apresentar ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia⁵⁵.

Destaca-se também no âmbito da regulamentação da cirurgia de transgenitalização, a Portaria nº 1.707 de 18 de agosto de 2008, do Ministério da Saúde, que institui no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o procedimento para a cirurgia de transgenitalização, implantando-o nas unidades da federação.

Tal portaria considera que, a orientação sexual e a identidade de gênero são fatores determinantes e condicionantes da situação de saúde do indivíduo, pois expõe a população GLBTT (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais) a agravos decorrentes do estigma, dos processos discriminatórios e de exclusão que violam seus direitos humanos, dentre os quais estão os direitos à saúde, à dignidade, à não discriminação, à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade. Desta forma, dita que a situação do transexual deve ser abordada dentro da integralidade da atenção à saúde e institui a redesignação sexual como um dos procedimentos custeados pelo SUS.

Desse modo, o direito do transexual realizar a cirurgia de transgenitalização, surge como uma mitigação do artigo 13 do Código Civil, que determina ser defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes, exceto quando resultar de exigência médica.

A cirurgia de transgenitalização é uma forma terapêutica para consagrar ao indivíduo transexual a identidade sexual que o mesmo tem a convicção de pertencer. É um direito de ter respeitada sua integridade física e psicológica, pois apesar de ter caracteres do sexo oposto, tem verdadeira certeza que é do outro gênero. Por se tratar de uma exigência médica, se torna um procedimento lícito, um direito do indivíduo transexual de ter reconhecida sua personalidade. E negar-lhe tal direito é negar-lhe a sua dignidade, não contrariando de forma alguma os “bons costumes”, mas sim protegendo o ser humano em sua completude, englobando os aspectos físicos, psicológicos e sociais.

⁵⁵ Requisitos regulamentados pelo artigo 4º da Resolução nº 1.955/2010 do CFM.

Contudo, a cirurgia de transgenitalização, é apenas o início do processo de construção da identidade sexual do transexual, pois após passar por tal procedimento, o indivíduo se depara com as consequências da mesma: agora possui os aspectos físicos externos do sexo que tem convicção de pertencer, mas encontra o óbice de conter em seus documentos de identificação, o prenome e o designativo sexual do sexo oposto, o que não condiz com sua nova realidade, causando-lhe enorme constrangimento nos atos da vida civil.

Não basta que o Estado ofereça ao indivíduo o acesso a cirurgia de transgenitalização, é preciso que lhe assegure os meios necessários para lhe dar com as consequências da mesma, de forma a usufruir de maneira digna de todos os seus direitos fundamentais e sociais, e conceder a alteração do prenome e do designativo sexual no assento de seu nascimento, é uma forma de assegurar-lhe esses direitos.

O transexual não quer muito, quer apenas o mínimo essencial para uma sobrevivência digna, procurando o equilíbrio entre os direitos fundamentais e os sociais. O direito à busca do equilíbrio corpo-mente do transexual, ou seja, à adequação do sexo e prenome, está ancorado no direito ao próprio corpo, no direito à saúde e, principalmente, no direito à identidade sexual, a qual integra um poderoso aspecto da identidade pessoal (VIEIRA, 1996, p. 118).

No entanto, este direito ainda não foi reconhecido de forma específica em nossa legislação pátria, ficando a cargo da jurisprudência, conceder aos indivíduos que o pleiteiam, tendo como base o direito comparado e os princípios constitucionais que regem o nosso ordenamento jurídico.

Desta forma, nas raias de um Estado Democrático de Direito, que consagrou um direito civil constitucionalizado, é mister que seja reconhecido ao transexual o direito de ter alterado o seu nome e sexo em seu registro público, adequando sua situação jurídica à sua situação fática, assegurando desta forma seus direitos de personalidade, corolários da dignidade da pessoa humana. No entanto, não podemos esquecer as possíveis consequências que podem surgir na órbita jurídica ao realizar as referidas alterações dos documentos de identificação do indivíduo, necessitando realizar uma análise das mesmas à luz da segurança

das relações jurídicas, buscando uma melhor forma para a consagração deste direito.

3. O DIREITO AO NOME: A IDENTIDADE DO SUJEITO COMO PARTE DE SUA INTEGRIDADE MORAL

O Código Civil de 2002, nos artigos 16 a 19, tutela o direito ao nome, tendo em vista que ele integra a personalidade, por ser o sinal exterior pelo qual se individualiza a pessoa, identificando-a na família e na sociedade (DINIZ, 2009).

O nome integra a construção da identidade do sujeito, e de acordo com Washington de Barros Monteiro, é um dos mais importantes atributos da personalidade, justamente por ser o elemento identificador por excelência das pessoas.

O mesmo autor considera que, no capítulo dedicado aos direitos de personalidade, depois de abordar a proteção à integridade física, a dispensada à integridade moral inicia-se no art. 16 do Código Civil, que dispõe: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”.

Entre nós adota-se o nome composto, de que se destaca o prenome como designação do indivíduo, e o sobrenome, ou nome patronímico, característico de sua família, transmissível hereditariamente, ou pela continuação nos descendentes do nome paterno ou pela combinação do materno e do paterno (PEREIRA, 2010, p. 207).

Desta forma, Maria Helena Diniz dita que o nome é inalienável, imprescritível e protegido juridicamente, sendo que, o aspecto público do direito ao nome decorre do fato de estar ligado ao registro da pessoa natural, pelo qual o Estado traça princípios disciplinares do seu exercício, determinando a imutabilidade do prenome, salvo exceções expressamente admitidas, e desde que as suas modificações sejam precedidas de justificação e autorização de juiz togado. E o aspecto individual manifesta-se na autorização que tem o indivíduo de usá-lo, fazendo-se chamar por ele, e de defendê-lo de quem o usurpar, reprimindo abusos cometidos por terceiros (DINIZ, 2009, p. 209).

A disciplina legal do direito ao nome é objeto em minúcia da Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973). Segundo seus dispositivos, deve lavrar-se assento de nascimento, inscrevendo-se nele o prenome e o sobrenome do registrado⁵⁶. Além disso, disciplina em seu artigo 55, parágrafo único, que os oficiais do registro civil não registraram prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores.

O artigo 58 do diploma legal consagra a regra de imutabilidade do prenome, mas, no entanto admite a substituição do mesmo por apelidos públicos notórios. A Lei dos Registros Públicos prevê ainda, outras possibilidades de alteração do nome, em casos específicos. A primeira possibilidade encontra-se respaldo no artigo 56 do citado diploma legal, onde, no primeiro ano após completar a maioridade civil, o interessado poderá alterar seu nome, desde que não prejudique os apelidos de família. Ao passo que, as alterações posteriores só ocorrerão por exceção e motivadamente, após audiência com o Ministério Público, sendo permitido por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro⁵⁷.

Além disso, o artigo 58, em seu parágrafo único, dita que será permitida a substituição do prenome em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação de sentença de juiz competente, ouvido o Ministério Público.

Maria Helena Diniz, dissertando sobre o tema, considera que embora o princípio da inalterabilidade do nome seja de ordem pública, sofre exceções quando: expuser o seu portador ao ridículo e a situações vexatórias, desde que se prove o escárnio a que é exposto; houver erro gráfico evidente; causar embaraços no setor eleitoral e no comercial ou em atividade profissional; houver apelido público notório, que pode substituir o prenome do interessado, se isso lhe for conveniente e desde que não seja proibido em lei; for necessária a alteração para proteção de vítimas e testemunhas de crimes; houver mudança de sexo (DINIZ, 2009).

⁵⁶ É o que disciplina o art. 54 da Lei de Registros Públicos- Lei nº 6.015/1973.

⁵⁷ É o que determina o art. 57 da Lei dos Registros Públicos.

A retificação do registro civil no caso de mudança de sexo, só tem sido, em regra, admitida em caso de intersexual, não havendo lei que acate a questão da adequação do prenome de transexual no registro civil (DINIZ, 2009, p. 216).

No entendimento de VENOSA, a alteração do prenome em caso de cirurgia de transgenitalização, deve atender a razões psicológicas e sociais, sendo que a questão se desloca para o plano constitucional sob os aspectos da cidadania e a dignidade do ser humano. Comprovada a alteração do sexo, impor a manutenção do nome do outro sexo à pessoa é cruel, sujeitando-a a uma degradação que não é consentânea com os princípios de justiça social. Como corolário dos princípios que protegem a personalidade, nessas situações o prenome deve ser alterado. Desse modo, a alteração do prenome para o sexo biológico e psíquico reconhecido pela Medicina e pela Justiça harmoniza-se com o ordenamento não só com a Constituição, mas também com a Lei dos Registros Públicos, não conflitando com seu art. 58 (VENOSA, 2012, p. 205)⁵⁸.

Assim sendo, o direito ao nome consagra a formação da identidade do sujeito, devendo estar em consonância com seus aspectos físicos, psicológicos e sociais, sendo de suma importância a tutela desse direito, bem com de todos os outros direitos de personalidade, para a proteção do indivíduo, centro de toda a órbita jurídica.

4 UMA ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO

A nossa legislação pátria, ainda não regulamentou acerca das consequências da cirurgia de transgenitalização, a dizer, a alteração do prenome e do designativo sexual. Diferente situação é a encontrada no cenário internacional, sendo que vários países já disciplinaram o tema de forma específica.

É o exemplo da Suécia, pioneira na Europa a estabelecer uma lei para regular a matéria, conhecida como “*Lag on fastställande avronstillthighet i vissa*

⁵⁸ O artigo 58 da Lei dos Registros Públicos confere amparo legal para que o transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive.

fall”, de 1972, permitindo ao indivíduo insatisfeito com seu estado sexual original, recorrer à autoridade administrativa competente, para que esta reconheça seus direitos de forma plena.

A Alemanha, em 10 de setembro de 1980, promulgou a Lei dos Transexuais – *Transsexuellengesetz* – TSG, regulamentando o registro dos transexuais. Esta norma permite ao indivíduo transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual, tanto a alteração do prenome, quanto a modificação do gênero sexual em seu registro de nascimento.

A Holanda publicou em 1985 uma lei que dispõe da mudança de nome e sexo no Registro Civil dos transexuais, alterando e adaptando as disposições de seu Código Civil. Já a Espanha aprovou em 2007, a “Lei de Identidade de Gênero”, permitindo aos transexuais adequarem seu nome e sexo no registro civil, com ou sem cirurgia de transgenitalização, sendo necessário apenas que um médico constate a necessidade dessas alterações para aquele indivíduo.

No México, apenas em 2008, com uma reforma do Código Civil, houve a previsão da possibilidade de alteração de nome e sexo dos transexuais em seus documentos oficiais. Somente em 2011, foi publicada em Portugal a Lei nº 7/2011, “Lei de Identidade de Género”, que cria o procedimento de mudança de sexo e de nome no registro civil, permitindo que transexuais passem finalmente a ter direito à sua verdadeira identidade.

A Argentina, em 25 de maio de 2012, aprovou a “Lei de Identidade de Gênero”, que prevê a possibilidade de solicitação de correção do sexo e do nome nos registros públicos, se forem diferentes da maneira como se percebe em termos de gênero. Pelo texto, as pessoas no país passarão a ser tratadas como elas se sentem e não necessariamente de acordo com o sexo de seu nascimento.

Desse modo, muitos são os exemplos da consolidação do direito dos transexuais de terem seu nome e seu sexo modificados após a cirurgia de transgenitalização, levando a necessidade de o Brasil aderir à mesma postura e criar uma legislação para regular o tema, reafirmando seu compromisso de proteção dos direitos personalíssimos, bem como dos direitos humanos.

5 A POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO DESIGNATIVO SEXUAL EM VIRTUDE DA CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO NO BRASIL: OMISSÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIALIZAÇÃO DO DIREITO

Apesar da existência, no Congresso Nacional, do Projeto de Lei n.º 70, do ano de 1995, que propõe acréscimo de dois parágrafos ao art. 58 da Lei dos Registros Públicos possibilitando a mudança do prenome e do sexo do transexual em seu assento de nascimento, não há em nosso ordenamento jurídico norma específica regulando tal matéria.

Diante da complexidade do tema, e da omissão do legislador em regulamentar a possibilidade de alteração do prenome e do designativo sexual em decorrência de cirurgia de transgenitalização, fica à cargo de nossa jurisprudência solucionar as lides envolvendo tais questões.

Destaca-se a decisão da 7ª Vara de Família e Sucessões de São Paulo, em 1987, onde pela primeira vez, foi determinado ao Cartório de Registro Civil a averbação de retificação do nome de transexual submetido à cirurgia de transgenitalização, consignando no campo destinado ao sexo, a palavra “transexual”, não admitindo o registro como mulher, apesar de ter sido feita a cirurgia de alteração de sexo. De acordo a sentença, tal decisão foi necessária para que no caso de habilitação para casamento, o transexual não induzisse terceiro à erro, pois em seu organismo não estão presentes todos os caracteres do sexo feminino⁵⁹.

Um dos casos que mais repercutiram no Brasil, é a da modelo Roberta Close, transexual registrado como Roberto Gambine Moreira, que realizou cirurgia de redesignação sexual em 1989, na Inglaterra, ingressando com ação para retificação de seu nome e designativo sexual em 1992, sendo que apenas em 2005 foi julgado procedente o pedido concedendo a inscrição, à margem do registro civil, a condição de troca de prenome e de sexo.

⁵⁹ É a decisão contida no processo n. 621/87, da 7ª Vara da Família e Sucessões de São Paulo.

No entanto, os exemplos mais notórios em relação ao tema, são os Recursos Especiais analisados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), nº 737993/MG, e nº 1008398/SP, que serão trabalhados com o intuito de identificar como a alteração do prenome e designativo sexual, em virtude de cirurgia de transgenitalização, têm sido abordadas pelo judiciário brasileiro.

A Quarta Turma do STJ, apreciando o Recurso Especial nº 737993/MG, sob a relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, decidiu acerca da possibilidade de alteração do prenome bem como do designativo sexual, por consequência de cirurgia de transgenitalização, devendo ficar averbado à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de decisão judicial.

Para tanto, o “Tribunal da Cidadania” considera que, a interpretação conjugada dos artigos 55 e 58 da Lei 6.015/73, Lei de Registros Públicos, confere amparo legal para que o transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive.

Visto que o artigo 55 do citado diploma legal, disciplina que os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores, a não alteração do prenome do transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual, violaria tal regra, pois o nome que consta em seu registro não se adéqua a sua condição física e psíquica, o que além de expor-lhe ao ridículo, causa-lhe enorme constrangimento.

No mais, a própria legislação em seu artigo 58, prevê a possibilidade de relativização da regra de imutabilidade do nome civil, a dizer, a substituição do prenome por apelido notoriamente conhecido, o que confere, no entendimento do STJ, o direito do indivíduo transexual de ter o seu prenome substituído por apelido público e notório pelo qual é reconhecido no meio em que vive.

Ao passo que, em se tratando da retificação do sexo, o ministro relator considera que negar tal pedido, significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade.

No entanto, o relator ressalta a importância de averbar no livro do cartório, à margem do registro das retificações de prenome e de sexo, que tais modificações procedidas decorreram de sentença judicial em ação de retificação de registro civil, tendo como objetivo resguardar a segurança nos registros públicos.

De acordo com o relator João Otávio Noronha, tal providência decorre da necessidade de salvaguardar os atos jurídicos já praticados, além de manter a segurança das relações jurídicas, como eventuais questões que sobrevierem no âmbito do direito de família (casamento), no direito previdenciário e até mesmo no âmbito esportivo.

Todavia, assevera o ministro, que tal averbação deve constar apenas no livro de registros, sendo que, nas certidões do registro público competente, não deve constar nenhuma referência de que a aludida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de cirurgia de mudança de sexo, pois esse fato manteria a exposição do indivíduo a situações constrangedoras e discriminatórias.

Outra decisão importante do STJ é a referente ao Recurso Especial nº 1008398/SP, sob a relatoria da ministra Nancy Andrighi, que também entendeu pela possibilidade da alteração do prenome e do designativo sexual do indivíduo transexual submetido à cirurgia de transgenitalização.

No entanto, em tal decisão, o STJ entendeu que nas certidões do registro público competente não devem constar que as citadas alterações são oriundas de decisão judicial, tampouco que ocorreram por motivo de redesignação sexual de transexual.

Para isso, a Ministra Relatora Nancy Andrighi, faz uma abordagem do tema levando em consideração os direitos de personalidade na era de um direito civil constitucionalizado, prezando, sobretudo, pelo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Considerando que o Conselho Federal de Medicina reconhece o “transexualismo” como um transtorno de identidade sexual e a cirurgia de redesignação sexual como uma solução terapêutica, a ministra destacou que o procedimento de redesignação se coaduna com o art.13 do Código Civil de 2002,

segundo o qual a disposição de parte do próprio corpo apenas é possível nos casos de exigência médica.

Dita ainda, que o fato da transexualidade não pode ficar sem solução jurídica, sendo que o Estado além de promover os meios para a realização da cirurgia de transgenitalização deve prover os meios necessários para que o indivíduo tenha uma vida digna e, por conseguinte, seja identificado jurídica e civilmente tal como se apresenta perante a sociedade.

É importante destacar, o momento do voto da ministra em que ela considera que, sob a perspectiva dos princípios da Bioética de beneficência, autonomia e justiça, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.

Desta forma, a dignidade da pessoa humana deve ser preservada em toda sua plenitude, e não conceder a alteração do prenome e do sexo no registro civil de indivíduos submetidos à redesignação sexual violaria tal princípio.

Em última análise, a relatora dita que, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto. Desse modo, conservar o “sexo masculino” no assento de nascimento do indivíduo transexual submetido ao procedimento de mudança de sexo, equivaleria a mantê-lo em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.

Para concluir tal decisão, estabelece a ministra que as alterações do prenome e do designativo sexual devem ser realizadas no assento de nascimento sem constar nas certidões de registro público que tais alterações são oriundas de decisão judicial, tampouco que ocorreram por motivo de cirurgia de transgenitalização.

Desta forma, percebe-se que tais decisões demonstram a importância do direito acompanhar a realidade da sociedade, adequando o fato jurídico ao fato social. Assim, a alteração do registro do indivíduo que passa pela cirurgia de

transgenitalização é uma forma de assegurar os direitos de personalidade consagrados pelo Código Civil de 2002, tendo como base princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana. No entanto, se faz necessário, analisar qual o meio mais viável para a consagração desse direito, tendo como fio condutor, além da dignidade humana, a segurança das relações jurídicas.

Com o advento da Constituição da República de 1988, uma constituição cidadã e democrática, o ordenamento jurídico brasileiro passou a atribuir primordial importância à pessoa humana, centro de toda órbita jurídica. Desta forma, houve a necessidade do Código Civil de 2002, voltar sua atenção para um dos princípios basilares de nossa Carta Magna, a dignidade da pessoa humana, consagrando em seu texto, os direitos de personalidade.

Sendo assim, as relações privadas devem guiar-se sob a égide do respeito ao ser humano, em toda sua completude, englobando o direito da construção da identidade do sujeito, bem como a sua necessária adaptação à realidade em que está inserido.

Quando nos confrontamos com a situação do indivíduo transexual, um ser que se sente aprisionado em um corpo errado, tendo verdadeira convicção de pertencer ao gênero oposto, e que para ter uma vida digna e saudável necessita da adaptação de seu corpo físico com seu estado psicosssexual, vê-se a necessidade do reconhecimento da identidade convicta deste sujeito.

Para tanto, além de garantir-lhes o direito à cirurgia de transgenitalização, uma forma terapêutica para o tratamento do transexualismo, torna-se necessário que o Estado, conceda a estes indivíduos o direito de ter o seu nome e o designativo sexual alterados em seu assento de nascimento, conformando sua situação jurídica, com sua situação fática.

Esse direito advém do fato que a identidade do sujeito é uma construção, e não um fato imutável que pode ser-lhe outorgado no momento de seu nascimento. O ser humano se forma não apenas de seus aspectos físicos, mas também de aspectos psicológicos e sociais, que influem diretamente na sua construção. A pessoa humana é um vir a ser, é um fim em si mesmo.

Consagrar ao transexual a possibilidade de ter seu prenome e sexo alterados no registro encontra respaldo na dignidade da pessoa humana, que nos dizeres de Alexandre de Moraes,

É um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar (MORAIS, 2011, p. 48).

O mesmo autor considera que:

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido) (MORAIS, 2011, p. 49).

Desta forma, para segurar ao indivíduo transexual submetido à cirurgia de transgenitalização, seu direito inerente da dignidade humana, se faz necessário dar-lhes o que lhe é devido, ou seja, o respeito à sua integridade moral, e conseqüentemente o reconhecimento de sua verdadeira identidade.

No mais, a própria legislação, a dizer, a Lei dos Registros Públicos, prevê exceções para a regra da imutabilidade do nome civil, ao considerar possível a alteração do nome por apelido público notório, o que por analogia, leva à possibilidade do transexual ter seu nome substituído por aquele que é reconhecido em seu meio social.

No que diz respeito à definição do sexo do indivíduo, no contexto do mundo atual, não pode o mesmo ser determinado apenas com a observância de características físicas na hora do nascimento. A identidade sexual deve ser analisada em um aspecto plural, levando em consideração questões psicológicas e sociais que podem surgir no decorrer do desenvolvimento do sujeito.

E em um Estado Democrático de Direito, que tem como base a dignidade da pessoa humana, o respeito às diferenças, e a liberdade do indivíduo, seria uma afronta a tais princípios negar ao transexual o direito de ter sua identificação de acordo com sua aparência psicofísica.

É indiscutível a necessidade do reconhecimento do direito do indivíduo transexual ter seu nome e sexo alterados no registro de nascimento. No entanto torna-se imprescindível encontrar a forma mais viável para a consagração do mesmo, levando em conta além do princípio da dignidade da pessoa humana, a necessidade da segurança das relações jurídicas.

Ao conceder a alteração do registro de nascimento, tem a jurisprudência brasileira, optado por aceitar a mudança do designativo sexual de masculino para feminino, quando se trata de um homem que se “transformou” em mulher, e de feminino para masculino, quando se trata de uma mulher que se “transformou” em um homem, deixando de utilizar o discriminatório termo “transexual” no local de designação de sexo, adotado, como visto, nas primeiras alterações concedidas pela justiça brasileira. Esta nova posição se conforma com o atual estágio de nosso ordenamento jurídico, principalmente com um direito civil constitucionalizado, que passou a ter enorme preocupação com a dignidade humana.

Não obstante, estas alterações têm sido, basicamente, concedidas de duas formas: a primeira determinando que se altere o nome e o designativo sexual no assento de nascimento, sem constar de forma alguma, que as referidas modificações decorreram de decisão judicial, tampouco que foram resultantes de cirurgia de transgenitalização⁶⁰; e a segunda determinando as referidas alterações, mas com a ressalva, no livro de registro do cartório, e somente nele, que tais modificações resultaram de decisão judicial, sem contudo referir que foram advindas da realização de redesignação sexual⁶¹.

Assim, analisam-se ambos os modos de concessão da alteração do nome e sexo do transexual, adotados pelo judiciário brasileiro, com seus respectivos efeitos jurídicos.

No que diz respeito à primeira posição, o indivíduo transexual obtém o direito de ter seu nome e sexo alterados em todos os documentos, bem como no livro de registro do cartório, sem nenhuma ressalva, tendo a justificativa de

⁶⁰ Essa é a posição aderida pelo Superior Tribunal de Justiça na análise do Recurso Especial 1008398/SP.

⁶¹ Decisão constante no Recurso Especial 737993/MG, analisado pela Quarta Turma do STJ.

proteger a dignidade destes sujeitos. Não haveria qualquer menção que o prenome e o designativo sexual teriam sido alterados por determinação judicial, tampouco, que foram decorrência de cirurgia de transgenitalização, o que evitaria a exposição do indivíduo a situações vexatórias, bem como tratamentos discriminatórios, salvaguardando-o em sua integridade física, psíquica e moral, e desse modo, respeitando a dignidade da pessoa humana, base de todo nosso ordenamento jurídico.

Porém, esta forma adotada, acaba por gerar uma instabilidade nos atos e negócios jurídicos praticados pelo transexual antes da cirurgia, sem resguardar, assim, direitos de terceiros e conseqüentemente nos negócios jurídicos que ele vier a celebrar após a mesma, o que poderia levar a uma insegurança das relações jurídicas.

Algumas conseqüências de ordem privada poderiam surgir em caso de ocultação no livro de registro civil da alteração do prenome e designativo sexual, como direito de possíveis credores obrigacionais, fiadores e avalistas. Pode-se se citar a título de exemplo, um contrato de mútuo celebrado pelo transexual antes da cirurgia de alteração de gênero, em caso de inadimplemento como ficaria a situação do credor, caso não conseguisse provar que a identidade do devedor foi alterada? E mais, em caso de direito previdenciário no que tange a pensão por idade, o transexual seguiria as regras relativas ao sexo masculino ou feminino?

No que se refere às relações familiares, como o casamento, a ocultação poderia gerar uma futura nulidade, pelo fato de que um dos nubentes estaria incorrendo em erro sobre a pessoa do outro, pois, mesmo, o transexual tendo alterado o estado físico e jurídico de sua condição sexual, algumas características inerentes às pessoas nascidas com o sexo originário não estariam presentes neste indivíduo.

Já a segunda forma adotada, ao determinar a realização das modificações, sem constar que foram resultantes de cirurgia de transgenitalização, averbando somente à margem do registro no livro do cartório, que as alterações foram determinadas por decisão judicial, além de resguardar o indivíduo de possíveis discriminações, respeita o princípio da dignidade da pessoa humana, e acaba por estabelecer maior segurança às relações jurídicas.

Isso ocorre, pois no registro civil e nos demais documentos que o indivíduo porta, inexistem qualquer ressalva que houve alterações do nome e do sexo do indivíduo, e que decorreram de decisão judicial em virtude de redesignação sexual, o que respeita a integridade e dignidade do sujeito, sendo que a única menção é realizada no livro do registro do cartório, visando garantir segurança aos atos anteriores praticados pelo indivíduo, bem como os que posteriormente, vier a praticar.

O direito de terceiros deve sempre ser resguardado, respeitando assim o princípio da boa-fé e da segurança nos negócios jurídicos, não seria correto que todos os possíveis credores do indivíduo redesignado, que teve seus documentos alterados, incorressem em prejuízo, pois, a pessoa inicial que celebrou o negócio jurídico não existe mais.

A segurança das relações jurídicas deve ser garantida a todos que celebraram negócios na esfera do direito, dessa forma, a alteração do nome e do gênero de uma pessoa devem respeitar a segurança de terceiros que estão envolvidos nos negócios celebrados.

O princípio da segurança jurídica se divide em dois aspectos: um de natureza objetiva e outro de natureza subjetiva. No que se refere à natureza objetiva a segurança jurídica está diretamente relacionada com a estabilidade das relações jurídicas, por meio da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CR/88). A natureza subjetiva engloba a boa-fé e a confiança, relações essas diretamente ligadas à qualidade apresentada pela pessoa que figura em um dos polos da relação jurídica.

Assim, seria mais prudente que em casos de alterações de nome e sexo em decorrência de cirurgia de transgenitalização, as devidas modificações encontrem-se averbadas à margem do registro do livro do cartório, e, somente nela. Dessa forma, o indivíduo que passou por tal procedimento, teria resguardado seu direito a uma vida livre de preconceitos e os terceiros envolvidos em negócios jurídicos celebrados antes da mudança estariam amparados juridicamente.

Diante do exposto, em tal posicionamento, o princípio da dignidade da pessoa humana bem como o princípio da segurança nas relações jurídicas,

estariam resguardados, os direitos de personalidade seriam respeitados e o indivíduo viveria em conformidade com seu estado psíquico sem maiores embaraços na vida cotidiana. Desse modo, esta seria a forma mais viável para consagrar ao transexual a alteração de seu prenome e designativo sexual, estando em consonância com o atual estágio de nosso ordenamento jurídico, e com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cirurgia de transgenitalização e a alteração do nome e do designativo sexual tornou-se um meio necessário para garantir a inserção do transexual no meio social, diminuindo as barreiras e preconceitos por ele enfrentados. Sendo que, o procedimento de transgenitalização surge como uma forma terapêutica, a fim de permitir a disposição do corpo do indivíduo, para que assim, consiga adequar sua identidade física com a aquela que tem a convicção psíquica de pertencer.

A pessoa é um ser complexo, em constante construção e evolução. Assim, é necessário que o ordenamento jurídico consiga acompanhar as mudanças advindas deste constante vir a ser, garantindo aos indivíduos, direitos capazes de assegurar o bem estar e a segurança nas relações sociais e jurídicas.

No caso do transexual, não basta que o Estado garanta ao indivíduo o direito de realizar a cirurgia de transgenitalização, é necessário que promova mecanismos para a inserção do indivíduo no meio social, sendo imprescindível, a alteração do seu nome e gênero, de modo a adequar a situação jurídica, à situação fática que o sujeito se encontra.

Visto não haver legislação regulamentando o procedimento para a alteração do prenome e do designativo sexual do indivíduo submetido à cirurgia de transgenitalização, a jurisprudência pátria tem optado por defender os direitos de personalidade, resguardando a possibilidade de mudança na condição de nome e gênero da pessoa, o que vai ao encontro com o direito de países que já possuem legislação específica sobre o tema, bem como, em conformidade com o

estágio de nosso direito privado, que com o advento da Constituição da República de 1988, privilegia a figura da pessoa, em detrimento da figura dos bens.

Desta forma, tais alterações têm sido deferidas de dois modos, com e sem a ressalva no registro civil. A primeira posição do Superior Tribunal de Justiça apresenta a possibilidade da realização das modificações de nome e sexo, sem constar que as mesmas são advindas de decisão judicial, tampouco resultante de redesignação sexual. Já a segunda posição do Tribunal, garante ao transexual a possibilidade de obter a modificação de seus documentos de identificação, contudo, fazendo uma ressalva, no livro do registro do cartório, e somente nele, que a mesma é resultante de decisão judicial, mas sem mencionar que foram advindas de procedimento de transgenitalização.

Concluiu-se pela necessidade do reconhecimento da possibilidade de alteração do nome e do sexo dos indivíduos transexuais em sua documentação. Tais modificações devem ser realizadas nos documentos de identificação sem a menção das alterações nos mesmos, essas devem constar averbadas apenas no livro de Registros Públicos, como ocorre em todas as mudanças do prenome, sem, no entanto, explicitar que houve a alteração em virtude da mudança de sexo, pois assim, resguarda-se o transexual de constrangimentos e discriminações. Desta forma, nas raias de um Estado Democrático de Direito, é mister que seja concedido ao indivíduo o direito de reconhecimento de sua ínsita identidade, assegurando seu direito de identidade de gênero, um direito fundamental por excelência.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, L. A. D. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Código Civil. In: **Vade Mecum Saraiva**. 15. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). In: **Vade Mecum Saraiva**. 15. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. In: **Vade Mecum Saraiva**. 15. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1.955**. 3 set. 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm> Acesso 7 julho 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 737993**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. 10 nov. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500486064&dt_publicacao=18/12/2009> Acesso em: 26 julho 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1008398**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 15 out. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702733605&dt_publicacao=18/11/2009> Acesso em: 27 julho 2013.

CHAVES, A. **Castração. Esterilização. Mudança artificial de sexo**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 276, p. 13-19, 1981.

DIAS, M. B. **União Homossexual: o preconceito & a justiça**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 26. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.

DINIZ, M. H. **O Estado Atual do Biodireito**. 6ª ed. revisada, aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERNANDES, E. B. D. **O transexual e a omissão da lei: um estudo de casos paradigmáticos**. Caderno Virtual. V. 1 N. 21, p. 1-34, 2010.

GUEDES, E. M.. **Subjetividade do Corpo: Redesignação Sexual e a Identidade Civil**. Disponível em <<http://www.uva.br/sites/all/themes/uva/files/pdf/subjetividade-do-corpo-redesignacao-sexual-e-a-identidade-civil.pdf>>. Acesso em: 15 julho 2013.

JHERING, R. V. **A luta pelo Direito**. Tradução: Dominique Makins. São Paulo: Hunter Books, 2012.

KANT, I. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

LEMOS, M. D. T. **Os Conflitos entre Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas entre Transexuais e Terceiros**: a visão da jurisdição brasileira em face do princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. 2008. 379f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Programa de Pós- Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2008.

MONTEIRO, W. de B. **Curso de Direito Civil**: parte geral. Atualização: Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.1.

MORAIS, A. de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil. Atualização: Maria Celina Bodin de Moraes. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil**: Parte Geral. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v.1.

VIEIRA, T. R. **Mudança de Sexo**: Aspectos Médicos, Psicológicos e Jurídicos. 1^a ed. São Paulo: Livraria Santos Editora, 1996.

TRANSEXUALIDADE: O GRITO POR RECONHECIMENTO EM TERRITORIALIDADES DE SUBJETIVIDADES MARGINALIZADAS

Gustavo Borges Mariano

Renato Manente Corrêa

Fernanda Busanello Ferreira

RESUMO: A pesquisa centra-se na análise da viabilidade de alteração do prenome no Registro Civil de transexuais. São analisadas as implicações jurídico-sociais e discutidos os conceitos de identidade e gênero, apurando-se este como um conceito performativo e construto histórico-social (BELTRÁN). Pela alteridade (WARAT), indaga-se o reconhecimento de um direito fundamental à identidade de gênero. Adota-se a epistemologia carnalizada do direito de L.A. WARAT, aplicando-se a cartografia ao invés do método. A pesquisa é teórica, sociológica e qualitativa, com marco teórico central na obra de P. Soley-BELTRÁN, que se fundamenta em J. BUTLER. São realizadas revisão bibliográfica, coleta de dados qualitativos e análise dos discursos percebidos, baseada no marco teórico. Observa-se, como resultados, que, no campo jurídico, tem-se violado os direitos mínimos dos transexuais como o direito à identidade de gênero; há decisões judiciais favoráveis e desfavoráveis à alteração do registro; tramitam projetos de lei relevantes e discutem-se políticas públicas. No campo social, o prenome de batismo mantido perpetua violência e marginalização em espaços de vivência comum. No campo político, diversos movimentos em prol da causa trans emergem. Na arte, desenvolvem-se críticas com a temática trans. Por fim, conclui-se que reconhecimento jurídico-social da alteração do prenome no Registro Civil de transexuais revela-se medida que dinamiza e atualiza o Direito, refreia desumanidades e afirma os direitos à identidade de gênero e livre realização pessoal.

PALAVRAS-CHAVE: transexualidade; registro civil; identidade de gênero; alteridade.

1 INTRODUÇÃO

Compreender o outro através dos próprios sentidos que emana é percebê-lo para além do preconcebido. É exercitar o olhar sensível às grandezas e miudezas do singular, transgredindo o pretenso e exclusivo absoluto sentido de si, para construir o amplo e dinâmico sentido de nós, dialeticamente, como sujeitos

diferentes e iguais. Na perspectiva da alteridade, este trabalho envereda-se numa inflexão em direção ao outro, adotando, especialmente, aquele que, sendo normativa e socialmente negado, é colocado, hoje, à margem do visível: o indivíduo transexual.

Em territorialidades que marginalizam amplamente a subjetividade trans, a questão aqui centra-se em seu nome, reconhecendo-se que o estabelecimento do indivíduo é simbolizado e nomeado. O nome abre caminho para a comunicação e esta injeta sentidos recíprocos entre a identidade individual e o todo social, que se recompõem ininterruptamente. Nomear é fazer perceber, e “ser chamado a entrar numa conversação é precondição do desenvolvimento de uma identidade humana”⁶². Como essência ou mesmo força da pessoa, o nome deve ser representativo de sua identidade e motivo de sua dignificação, não sendo lícito aceitar que constitua motor discriminatório, humilhante ou vexaminoso.

Tratando-se de pessoas registradas civilmente com um nome que vai em desencontro de sua real identidade, abordar-se-á, no particular, sobre a possibilidade de alteração do prenome dos transexuais, assentado no seu Registro Civil de Nascimento, bem assim as nuances que envolvem e exigem, ou deixam de exigir, para tanto, a cirurgia de readequação sexual.

Explica-se, inicialmente, que transgênero, como conceito amplo, é aquele que, em variados graus, não se identifica com comportamentos e/ou papéis confiados ao gênero que lhe foi determinado socialmente a partir do sexo biológico. A mulher ou homem transexual é, assim, aquela ou aquele que, respectivamente, reivindica o reconhecimento social e legal como mulher ou homem e que nem sempre opta e deseja a transgenitalização (JESUS, 2012)⁶³. Destaca-se que há também uma abordagem médica em relação à transexualidade, que, pelo DSM-IV⁶⁴

⁶² Cf. TAYLOR, Charles. As fontes do self – a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997, p. 55-56.

⁶³ Cf. JESUS, J. G. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos. Núcleo de estudos e pesquisas em gênero e sexualidade. Goiás: Universidade Federal de Goiás, 2012. Disponível em: <<http://www.sertao.ufg.br/pages/42117>>. Acesso em: 24/03/2015.

⁶⁴ ASSOCIAÇÃO PSIQUIÁTRICA AMERICANA. Manual de Diagnóstico e Estatística dos Transtornos Mentais – Quarta Edição (DSM-IV). Disponível em: <http://www.psiquiatriageral.com.br/dsm4/sub_index.htm>. Acesso: 20/01/2015.

e pelo CID 10⁶⁵, por exemplo, a reputa como transtorno da identidade de gênero, ressaltando a forte e persistente preferência pela condição e papel do sexo oposto.

Numa realidade que lhe suprime direitos, sob pretextos supostamente racionais, o transexual, escoriado, ainda permanece na árdua luta de reivindicar seu reconhecimento social e legal no gênero que efetivamente se identifica. Isso o faz deparar-se, entre outros percalços cotidianos, com uma resposta jurídica estatal que, a começar, lhe dificulta a alteração do prenome no Registro Civil. Da multiplicidade de problemas que se desdobram com a manutenção do nome de batismo no Registro, destacam-se, como mais agressivas às suas subjetividades, as situações de humilhação nos ambientes de vivência comum (*v.g.*, trabalho, hospitais, escola), bem assim os entraves no estabelecimento de relações jurídicas variadas.

Esse contexto desalentador impõe a necessidade de repensar o sujeito e os direitos que lhe são reservados. Isso porque, na transmodernidade, o sujeito, mais do que imerso em um discurso de verdades alienantes e um projeto de vida preexistente a si, é também inscrito numa complexidade multidimensional, ainda negada pela ciência (como o Direito), na supressora tentativa de manter tudo em padrões de segurança e ordem. O sujeito é preciso ser revisitado pelas perspectivas da transmodernidade. Esta, como proposta por Warat, é uma construção ambivalente, pois que, de um lado, constitui crítica aos paradigmas da modernidade e da pós-modernidade, que acabaram por mortificar e pretender homogeneizar as identidades, por negligenciar o indivíduo, suprimir o social e desfazer o político; e serve, de outro, como um impulso emancipatório a controverter as verdades absolutas e ilusórias e recuperar a democracia de seu vazio afetivo. Intensifica-se o olhar crítico e aposta-se nas excelências da autonomia como produtora da subjetividade (WARAT, 2004c, p. 396). Concebe o ser autônomo como aquele inscrito em seu tempo, a quem é dada a possibilidade de existir pelo sentido da própria identidade, não pretendendo negar o outro, mas ver nele a diferença que permite delinear-se a si (*ibidem*, p. 397 e 398).

⁶⁵ CID-10. F64.0: “desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado”.

O sentido emancipatório aludido, que valoriza a autonomia do sujeito, encontra na ecocidadania (WARAT, 2004c) o seu mecanismo de realização, vez que ela representa em si uma prática que garante o direito ao amanhã, sugerindo uma transformação ética, estética, política e filosófica profunda; uma forma de reaprender o mundo tendo por objeto os ambientes, a cidadania, os saberes, os valores, a dialética do gênero e do desejo, numa revolução estrutural linguística (ibidem, p. 407-408).

O transexual, dessa forma, é o outro a quem se procura viabilizar a construção e a vivência da própria identidade (da qual o nome é integrante), o que se faz depositando-lhe a autonomia de (e para) sua subjetividade, ao tempo que lhe credita a liberdade para determinar suas necessidades existenciais básicas e próprios projetos de vida. Quer-se romper com o sujeito transmoderno afastado de sua autonomia, cuja recuperação se materializa pela práxis ecocidadã, e se torna esteio na compreensão do sujeito transexual e dos direitos que hoje (e no futuro) lhe são (e serão) destinados.

2 METODOLOGIA E OBJETIVOS

Opta-se por realizar uma cartografia dos sentidos sociais atribuídos ao transexual, para a compreensão da relação entre sujeito e sociedade. Por isso, procura-se analisar o quadro e a viabilidade jurídica na atual situação dos poderes judiciário e legislativo, estudando as consequências jurídico-sociais dessa (in)alteração e também como o Direito e a sociedade encaram a questão de gênero. Por causa da subversão do transexual à ideia estagnada de gênero, com ligação ao sexo biológico, há opressão e uma dessubjetivação apoiada no âmbito jurídico. Averigua-se, neste ponto, sobre a (in)existência de um direito fundamental à identidade de gênero.

A averiguação desse descompasso entre Direito e complexidade da realidade, na negação da subjetividade trans, é pilar para o desenvolvimento da discussão do reconhecimento social e legal de alteração do prenome no registro civil. Parte-se de uma concepção de alteridade para compreender como surgem novos caminhos na cartografia dos devires trans. Investiga-se, destarte, como o

não reconhecimento incide na identificação e aceitação individuais da pessoa transexual ante um Estado que promete fundamentar-se no respeito à dignidade humana.

A execução da pesquisa é precipuamente baseada na epistemologia carnalizada do direito (epistemologia da complexidade), apresentada por Luís Alberto Warat. Consideram-se os elementos de ordem, desordem e organização do mundo, que se aditam e criam complexidades na sociedade. Ademais, a subjetividade dos pesquisadores não são negligenciadas, compreendendo e aceitando-as sem a falsa pretensão de objetividade pura. O sujeito pesquisador não se separa de sua pesquisa. Todo o arcabouço teórico dele é incorporado na construção dela (GONZÁLEZ REY, 2005, p. 36) e sua autonomia é afirmada com sua participação ativa nas novas significações da realidade ficcionalmente objetivada (WARAT, 2004c, p. 471).

A carnalização é a descoberta das fissuras da realidade a partir da ressignificação dos sentidos estáticos e rígidos que foram impostos pelo simbólico a partir do senso comum. Esse é um processo para se afastar e "profanar as verdades consagradas" (WARAT, 2004c, p. 473). Não se trata aqui de buscar sentidos incessantemente na busca de uma verdade pronta, absoluta e acabada, os sentidos que nos encontramos pelos caminhos e meandros da construção dos percursos. Esses encontros servem para as desmistificações da realidade criada no imaginário científico, que negou as complexidades dos fenômenos⁶⁶. É necessário desaprender o que foi posto em termos de ordem e certeza, e valer-se da desordem, da criatividade e do aleatório como mecanismos de aproximação da realidade. Nesta pesquisa, não há a pretensão de alcançar a realidade em sua totalidade, pois os devires nunca acabam e a dinâmica molecular social é incessante.

⁶⁶ As ciências por muito tempo são dominadas por uma linguagem estabelecida por elas, que enclausura sentidos e cria regras ingênuas e simplistas, que são guias para novos estudos dentro de determinada ciência. Acaba que a história mostra um caos que não é levado em consideração pelos métodos científicos. Cria-se uma racionalidade da ciência que não condiz com a realidade. As questões subjetivas perpassam pelas ideias e fatos narrados através de ideologias, contudo a ciência criou o valor de verdade objetiva, em que as opiniões dos pesquisadores supostamente não influenciam e permeiam os seus estudos (FEYERABEND, 1977, p.19 e ss.).

Consideram-se novos pontos de vista (subjetividade) para caminhar à própria verdade (objetividade). A multiplicidade ocupa o lugar da realidade unívoca, numa escuta das subjetividades, sem totalizações nem unificações identitárias com previsões de padronização. Nessa perspectiva, não há separação virtual de sujeito e objeto, já que o objeto estudado só existe a partir de significado adquirido na formação psíquica do sujeito. A apreensão do que é externo é possível através do sentido que está no sujeito, a partir de sua percepção imaginária dessa realidade⁶⁷⁶⁸.

Warat propõe, outrossim, a partir de Deleuze e Guattari, que, ao invés do método, utilize-se a cartografia, que oportuniza a permeabilidade da realidade a partir de pontos de encontro e linhas de fuga que aparecem nos rizomas⁶⁹. A cartografia possibilita traçar o mapa a partir dos aspectos subjetivos e não puramente racionais e quantitativos, desvendando hierarquizações e maquinizações sociais construtoras de sentidos estanques. Ela se diferencia do decalque, que é fixo, reprodutivo e serializado⁷⁰.

Nesse espectro de atuação, registra-se que a pesquisa é sociológica, teórica e qualitativa, de maneira que sua primeira fase é teórica, donde se estabelecem os suportes para compreender o objeto estudado. Deste modo, adota-se como marco teórico central o trabalho de Patricia Soley-Beltran em “Transexualidad y la matriz heterosexual”. A obra desenvolve uma abordagem

⁶⁷ In GORI, Roland. **A prova pela fala**: sobre a causalidade em psicanálise. Goiânia: Escuta, 1998, pp. 194-195.

⁶⁸ O imaginário surge no Eu com as construções simbólicas passadas pelo sistema da linguagem e os objetos só passam a existir para uma pessoa quando esses sentidos se encontram nos seus registros (a ideia de imaginário é nem explorada em LACAN, Jacques. **O seminário, livro 1**: os escritos técnicos de Freud. Rio de Janeiro: Zahar, 2009). O objeto só existe, porque outra pessoa o nomeou e o significou; sem o outro, não há o todo, não há a simbolização do nosso mundo; é do outro que emergem os sentidos. Nesse sentido, WARAT afirma "o 'entre-nós' como sentido, o outro como condição do desejo e da significação" (2004c, p. 473).

⁶⁹ Aqui nos aparece o rizoma transexual, cujo traçado de sua cartografia segue livre dentro das novidades que surgem dentro desse fenômeno, que rompe com o rizoma da cultura machista-heteronormativa-bigenerista-cissexista; a transexualidade é por si essa fuga dos dispositivos sociais que subjetivizam a sociedade com o imaginário predominantemente centrado no cissexismo. A linha de fuga é a disjunção ou dicotomia que se desatreia do plano de imanência e que é o broto para o novo e diferente, que vai contra as convenções assimiladas como maiores na hierarquia social. As pessoas trans compõem a diferença nessa hierarquia, elas são a própria ruptura com o dispositivo social que enclausura o significado de identidade com o estereótipo do sexo natural, tornando este fonte de significado único para o gênero.

⁷⁰ Cf. DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Mil Platôs**: Capitalismo e Esquizofrenia. Vol. I. São Paulo: Editora 34, 2000.

madura acerca dos conceitos de gênero e sexo, na medida em que incorpora uma releitura do pensamento de Judith Butler, fazendo-o, entre outros modos, pela análise das questões atinentes à situação e direitos dos transexuais. A autora lança mão da compreensão da descontinuidade entre corpo e prazer sexual⁷¹, que supostamente deveriam corresponder, e trabalha a noção de performatividade de gênero como construção⁷².

Ainda nesta primeira fase, há largo uso da revisão bibliográfica do marco teórico e o levantamento de dados qualitativos. Subsequentemente, desenvolve-se exame - qualificado pelo marco teórico e os objetivos definidos - do todo levantado, cotejado e valorado, com o desiderato de encontrar subsídio para o delineamento de um percurso a se trilhar na complexidade dos casos (jurídico, político, social e artístico) que envolvem a subjetividade trans, considerando os supostos aspectos objetivos e racionais, a eficiência das normas e a interpretação do direito.

3 ARTE TRANSGRESSORA

A manifestação cultural tem devires: normativos, comportamentais, políticos, artísticos etc. A arte que projeta imagens para a discussão da realidade sensível e racional. Ela é veículo de ideologias, de críticas, de subversão, de indagações, do lúdico, do novo, do espontâneo, do revolucionário, pois sempre está além de uma objetividade cartesiana e explora outros sentidos. A arte é a

⁷¹ Eles claramente mostram a descontinuidade que vivem entre prazer sexual com o corpo e suas partes corporais, que não correspondem ao que é colocado como "correto" socialmente. Dessa forma, revelam o corpo como uma construção e não como natural (SOLEY-BELTRAN, 2009, p.22), o que aponta a construção do corpo como mito que é passado para o bebê em seus primeiros meses de vida no estágio do espelho (LACAN, 2009) e esse pacto sobre a identidade acoplada àquele corpo é posta pelas teias sociais.

⁷² A performatividade se refere principalmente à continuidade de atos normativos que são postos como naturais pela sociedade. Há sempre uma supervisão se a pessoa se comporta de acordo com o sexo/gênero que lhe foi atribuído por causa de seu corpo físico ou de sua composição genética (XX ou XY, e os casos de intersexualidade que têm definidos pelos pais, na maioria das vezes, qual será o gênero da criança). Soley-Beltran retoma a categoria de performatividade de gênero de Butler para afirmar que os transexuais são os que subvertem a "lógica" mítica do corpo dado como natural. Na realidade, o significante "corpo" é significado com os atos performativos demonstrados e vigiados pela sociedade. A noção do sexo do corpo é toda construída linguisticamente, ou seja, não é natural e anterior à cultura, a associação corpo-sexo-gênero só existe por causa dos significados atribuídos historicamente no arcabouço cultural (SOLEY-BELTRAN, 2009, p. 17 e ss.).

"transformação do pensamento em experiência sensível da comunidade" (RANCIÈRE, 2009, p. 67). Ela está ligada a todo o trabalho da comunidade. A vida que se segue no tempo da comunidade é a mesma que dá matéria para a arte emergir. Objetos de arte que refletem sobre pessoas transexuais surgem, não à toa, mas para transgredirem os muros do visual e do campo sensível cis-heteronormatizado.

O seriado de TV brasileiro *Psi* da HBO é um exemplo. Em seu décimo primeiro episódio, teve como eixo a história de uma promotora de justiça que negava a alteração do nome no registro civil a um homem trans. Sua fundamentação era jurídica, contudo descobriu-se em análise que seu verdadeiro motivo de se opor era: seu pai havia se assumido homossexual à mulher e as "deixou" por causa disso. A partir do fato, a promotora passou a associar negativamente diferentes formas de sexualidade (em relação ao padrão heterossexual) com seu trauma, o que não queria que se repetisse. Ao compreender isso em análise, ela concede a alteração do prenome.

Laerte, por sua vez, aborda a transgeneridade em diversas tiras desde 2004, principalmente com sua personagem Muriel. Nessa percebe-se a crítica ao desrespeito com o nome social e brinca com a possibilidade mágica de ser transexual, como se ocorresse instantaneamente, e não como uma descoberta e reconstrução frente a sociedade, com uma performatividade cotidiana do gênero com o qual se identifica.



Há filmes que retratam a vida de transexuais, como passam pelas mudanças corporais, como é se sentir com outra identidade de gênero desde criança, sempre representam o comportamento das comunidades que não se

conciliam facilmente com o transexual, sempre há o estranhamento e o desrespeito⁷³.

Na fotografia há poucos trabalhos como a série "Call Me Heena" da fotógrafa Shahria Sharmin, que trata de uma comunidade no sul da Ásia de transexuais⁷⁴.

Na televisão, programas de auditório e algumas reportagens geralmente colocam a transexualidade sempre muito focada: na alteração dos genitais; na vida social da pessoa e com a pergunta frequente "está namorando"; e objetificam o corpo. Ao contrário disso, a televisão, quando explica sobre a transexualidade, informa, por isso algumas pessoas compreendem melhor pelo que passam e se identificam com essa característica sexual (SOLEY-BELTRAN, 2009, p. 282).

Os trabalhos existentes sobre a transexualidade são em sua maioria estrangeiros, com grande produção estadunidense. O Brasil ainda se mostra tímido sobre o assunto, mas nem por isso não tem fortes artistas ativistas. Além de arte sobre transgeneridade, há artistas trans como Mel Gonçalves da Banda Uó e Renata Peron.

A arte em si tem se evidenciado como meio de informação e transgressão na representatividade da transexualidade. Não há uma retratação de pessoas transexuais como aberrações, mas como pessoas comuns, com a beleza de ser quem são. A luta e os desafios cotidianos são colocados em cena e os personagens sempre passam por sofrimentos e angústias, geralmente envolvendo identidade e nome. Já nos programas televisivos, continuam arrastando o corpo trans para sua objetificação, muitas vezes prestam um desserviço à causa e

⁷³ Alguns filmes que abordam o assunto com mais precisão são: *Meninos Não Choram*, *Tomboy*, *Une Nouvelle Amie*, *Transamerica*, *Má Educação*, *Minha Vida Em Cor De Rosa*. Além do cinema, há a série de televisão *Transparent*, que retrata um pai de família idoso que começa a se revelar transexual; e um vídeo musical da banda *Arcade Fire* da música *We Exist*, o qual narra a história de uma mulher trans que sai para um bar, tenta se divertir mas acaba sendo espancada e depois disso, se liberta através da dança e do orgulho de ser trans.

⁷⁴ Há também o trabalho de Warhol com Makos, *Altered Image*, foi uma referência ao trabalho de Man Ray com Marcel Duchamp, em que este foi retratado com seu alterego Rose Selavy. Nenhum dos artistas é transexual, nem por isso essas obras não têm temática trans, afinal, o binômio homem/mulher é uma problemática para o reconhecimento de identidade de gênero e da pluralidade de gêneros. Essas obras fotográficas tiram o espectador de seu lugar comum e vão além de qualquer princípio de que esses artistas são sempre homens. Outra artista brasileira é Virgínia Medeiros, que não trabalha apenas com a fotografia, mas retrata com instalações e vídeos a transexualidade (como nas obras *Studio Butterfly* e *Sérgio/Simone*).

reiteram preconceitos (mesmo que muito implícitos) sobre esses transgêneros. "O real precisa ser ficcionado para ser pensado" (RANCIÈRE, 2009, p. 58), portanto a arte em si pode remodelar a estética trans, pois ela sensibiliza e ressignifica o transexual em todas as suas facetas, aproximando-o de um público que pode ter muitas resistências à diferença. Rompe com verdades absolutas sobre gênero e sobre o transgênero. A arte dilacera noções de impermeabilidade social para os transexuais e produz novos sentidos sociais.

4 TRANSEXUALIDADE E SOCIEDADE

Se a arte, por um lado, tem refletido a visualização positiva dos transexuais e suas complexidades, interrogando as verdades absolutas inseridas nos mais variados graus da vida em sociedade, interpelando os projetos preexistentes de vida, castradores da livre realização pessoal, e inspirando a busca pela conquista cada vez maior dos direitos de pessoas transexuais; o campo social, por outro lado, tem se revelado, em sua maior parte, o algoz que subjuga, sem sentimento de culpa, o outro e faz dele alvo de suas incompreensões, violências, humilhações e marginalizações, negligenciando a subjetividade trans e negando cotidianamente sua existência.

Por mais que, ante a flagrante realidade, pareça redundante apresentar os dados sociais que demonstram a opressão, a hostilidade, a violência e o preconceito enfrentados por transexuais, nunca é demais reafirmá-los. Descortiná-los, sempre que oportuno, é forma de evidenciar sobejamente os mitos e as incongruências que permeiam os discursos sociais, políticos e jurídicos, fazendo delas o mote para a sustentação sólida de direitos fundamentais mínimos.

Dos variados espaços sociais de incompreensão e exclusão, os ambientes familiar, escolar, de trabalho, de saúde, consumo e lazer têm elevado destaque na violência e discriminação dos transexuais. O preconceito, muitos relatam⁷⁵, tem início no seio da família, quando assumir-se transexual, recompondo a própria

⁷⁵ Documentário-reportagem "Transexualidade: a busca pela identidade". Disponível em: <<http://tvbrasil.ebc.com.br/caminhosdareportagem/episodio/transexual-a-busca-pela-identidade#media-youtube-1>>. Acesso: 20/01/2015.

imagem, se convola na incorporação da vergonha, da chacota, da marginalidade e da doença. O espaço que antes seria o berço para a construção de uma identidade nas bases do afeto, da segurança e do conforto, agora é o espaço em que não se pode simplesmente ser, em que o apoio familiar é terreno movediço⁷⁶.

As experiências traumáticas não param por aqui. A vida escolar escancara situações que, desde cedo, levam muitos à sensação da vergonha de si. O uso do nome civil em descompasso com o nome que ostentam socialmente é causa de marcantes constrangimentos e desconfortos. Com efeito, acerca de sua experiência escolar, em depoimento prestado no documentário “*Sou Homem*”, de Márcia Cabral⁷⁷, Celinho, de São Paulo, declara que:

[...] eu não queria colocar calcinha, nada disso, eu queria colocar um tênis, chegar na hora do recreio e jogar futebol com a molecada. Aí eles pensavam: aquela ali é Maria-Homem! Maria-Homem por quê? Não pela minha fisionomia, mas por causa do nome. Aí a professora vinha e falava: você não vai falar “presente”? E eu falava: mas a senhora não falou meu nome! Ela falava: falei sim, falei seu nome! Eu dizia: esse não é meu nome! E ela disse: é sim! E eu falava: então eu não vou responder! Aí, eu ficava calado. Então, ela sabia que era eu e não perguntava mais, porque ela via que eu estava lá.

Os dados demonstram que o uso do nome civil, seja por parte de outros alunos, ou mesmo por parte dos educadores, causa constrangimento tal que impelem essas pessoas a se evadirem de seus estudos como forma de livrar-se das agressões rotineiras. O assédio que sofrem lhes coloca em situações delicadas que implicam na renúncia a muitas etapas que constituem a plena formação do sujeito. Há caso de pessoa transexual que, não obstante ter se evadido da escola, deixou de frequentar postos de saúde ou mesmo ir ao banco, temendo ser discriminado por ter o documento de identidade ainda com seu nome de batismo⁷⁸.

⁷⁶ A agressão e expulsão de casa são fatos comuns na vida de muitos transexuais, como é o caso Danielly Freires da Silva, de 19 anos, que, ao se assumir para família, foi jogada na rua, sem perspectivas e em total desamparo. No mesmo sentido, o depoimento de Alexander Brasil, relatando que o chamavam por nome de mulher e sua mãe o obrigava a fazer ballet. Disponível em: <<http://mulher.terra.com.br/comportamento/ae7cdef9a3a16410VgnVM3000009af154d0RCRD.html>>. Acesso: 20/01/2015.

⁷⁷ Este e mais depoimentos em “Nome social de travestis e transexuais na escola básica: política pública afirmativa ou capricho?”. Disponível em: <http://www.pucpr.br/eventos/educere/educere2009/anais/pdf/2414_1702.pdf>. Acesso: 20/01/2015.

⁷⁸ Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/transexualidade-e-discrimina%C3%A7%C3%A3o-no-mercado-de-trabalho>>. Acesso em 20 de janeiro de 2015.

Até mesmo o emprego errôneo de pronomes para designá-los é, para eles, causa de desconforto e sentimento de ultraje⁷⁹.

Do mesmo lado, o ambiente laboral não se revela dos mais acolhedores. A figura do transexual é quase que automaticamente levada ao quadro da prostituição. A vida nas ruas é a saída imediata para o indivíduo sem formação, apoio social ou familiar⁸⁰. As oportunidades de emprego são restritas e a convivência no local da prestação de serviço, quando se consegue alguma colocação, é marcada por olhares tortos, menções jocosas ao nome social do transexual, além de variadas formas de ridicularização pretensa e falsamente humoradas. A experiência trabalhista é tão agressiva quanto excludente que a transexual Jacinta Rodrigues, educadora social em ONG no Ceará, em reportagem da TV Brasil, chegou a declarar, pesarosamente, que se o sujeito travesti ou transexual “não for cabeleireiro ou costureiro e der sorte, eu não conheço trabalhando em outro canto não”⁸¹.

No contexto de acesso à saúde, relacionado à frequência em hospitais e outras unidades do SUS, por exemplo, a pessoa transexual também se depara com violência institucional e discriminação declaradas. De fato, como aponta Luiz Mello, citado no trabalho de Camila Guaranha, “Travestis e transexuais: a questão da busca pelo acesso à saúde”, é essa parcela da população LGBT que mais “sente a escassez de políticas de saúde específicas e, paralelamente, o que mais se beneficiará de tais ações quando forem efetivadas”⁸².

As situações vexaminosas e de agressão atingem as mais diversas esferas de convivência. Em ambientes de lazer, consumo e trânsito comum, a figura do

⁷⁹ Disponível em:

<<https://www.facebook.com/espectrometria.nao.binaria/posts/623148751144733:0>>. Acesso: 20/01/15.

⁸⁰ Disponível em: <<http://mulher.terra.com.br/comportamento/,ae7cdef9a3a16410VgnVCM3000009af154d0RCR.D.html>>. Acesso: 22/01/2015.

⁸¹ Documentário-reportagem “Transexual: a busca pela identidade”. Disponível em: <<http://tvbrasil.etc.com.br/caminhosdareportagem/episodio/transexual-a-busca-pela-identidade#media-youtube-1>>. Acesso: 20/01/15.

⁸² MELLO, L. et al. Políticas de saúde para lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais no Brasil: em busca de universalidade, integralidade e equidade. Sexualidad, Salud y Sociedad – Revista Latinoamericana, n. 9, pp. 7-28, 2011. In: **Travestis e transexuais: a questão da busca pelo acesso à saúde**. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/10/resources/anais/20/1384173144_ARQ_UIVO_CamilaGuaranha.pdf>. Acesso: 10/01/15.

transexual surge aos olhos de muitas pessoas como “algo” destoante e objeto de ódio. Desde discriminação pelo uso de banheiro em espaços coletivos à rejeição de amigos e parceiros amorosos⁸³. Relatam, inclusive, o preconceito que sofrem no seio de grupos igualmente minoritários, como os de gays, lésbicas e bissexuais, que, muitas das vezes, acreditam sofrer o chamado “preconceito por tabela”, culpando a população trans por entendê-la como o epicentro que origina as chacotas e discriminações gerais⁸⁴. Em relato tocante, a transexual Janaina Lima, de 37 anos, atesta que a luta diária que trava está na própria pele, no próprio corpo, afirmando que “não é preciso fazer nada para incomodar quem está à volta; **a própria existência gera desconforto, apontamento, chacota**; um gay, por exemplo, não vai ser alvo se estiver simplesmente calado, ‘disfarçando’, em um canto; **nós, sim**” (destacou-se)⁸⁵. Essas situações ainda desembocam nas elevadas taxas, no Brasil, de agressão física e assassinato a pessoas da população trans, motivados por transfobia⁸⁶. De fato, as tarefas e situações mais básicas da vida cotidiana, consistentes em ser referido por seu nome, utilizar banheiro público, frequentar o Banco, a escola, ou trabalhar, tornam-se, para essas pessoas, lutas diárias tortuosas e barreiras quase intransponíveis.

A negação social importa em formação de identidades marginalizadas, que encontram, por isso mesmo, maiores dificuldades para sustentar-se autonomamente e para localizar-se e ser localizado no mundo, pois é a formação plena da identidade que “permite que o indivíduo se localize em um sistema social e seja localizado socialmente” (CUCHE, 1999, p. 177)⁸⁷. Nessa linha de intelecção, não se pode desconhecer que o social, por compreender um sistema de recíprocas referências, é importante fator na construção identitária e no sentimento de

⁸³ Documentário-reportagem “Transexual: a busca pela identidade”. Disponível em: <<http://tvbrasil.ebc.com.br/caminhosdareportagem/episodio/transexual-a-busca-pela-identidade#media-youtube-1>>. Acesso: 20/01/15.

⁸⁴ Disponível em: <<http://www.nlucon.com/2013/04/travestis-e-transexuais-sofrem.html>>. Acesso: 9/01/15

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ TRANSGENDER EUROPE’S TRANS MURDER MONITORING. Reported deaths of 816 murdered trans persons from january 2008 until december 2011, 2012. Disponível em: <<http://www.transrespect-transphobia.org/uploads/downloads/TMM/TvT-TMM-Tables2008-2011-en.pdf>>. Acesso: 20/01/2015.

⁸⁷ Cf. CUCHE, Denys. A noção de cultura nas Ciências Sociais. Bauru: EDUSC, 1999. p. 177.

pertença. De fato, "a identidade é um fenômeno que deriva da dialética entre um indivíduo e a sociedade"⁸⁸.

Ocorre, todavia, que é essa mesma sociedade quem estabelece, sem brechas, parâmetros e expectativas que devem compor a identidade de determinado indivíduo. Grupos com maior força simbólica sedimentam uma identidade social virtual, de maneira que eventual discrepância entre o padrão virtual e a identidade social real leva à caracterização de sujeitos estigmatizados, inferiorizados e excluídos⁸⁹. Tal é o caso dos transexuais, como sujeitos que, ao chacoalharem as previsões do sistema sexo/gênero, transgredem as inflexíveis normas de gênero e sexualidade que vigoram na sociedade transmoderna (SOLEY-BELTRÁN, 2009). Eis, nesse cenário, o reinante viés negativo da transmodernidade, cuja superação, no âmbito da sociedade, postula por criticidade e não omissão, por dinamicidade e não inércia, por pluralidade e não absolutismos unívocos. Hoje, as relações de poder estabelecidas nas valorações reiteradas por opressões continuam instituídas como totalitarismo. As crenças idealizadas sobre a transexualidade persistem como patologia e o Direito continua projetando um "mítico espetáculo da liberdade", em que não prevalece a realização individual e coletiva com autonomia (WARAT, 2004a, p. 452).

5 TRANSBORDANDO AS MARGENS DO POLÍTICO

As fissuras do real no cotidiano são realçadas no cotidiano e na desigualdade que se estabelece claramente no tratamento com os transexuais. São as violências diárias que marcam os corpos com desafetos e desrespeito. Nessa relação de opressão, não são poucos os oprimidos que têm tentado se colocar à frente da luta para transbordarem as margens do político e da política. O poder claramente não está do lado trans, se opõe a ele historicamente, numa relação de desafeto e continuidade, pois "o poder precisa da ignorância para repetir-se" (WARAT, 2004b, p. 310). Para se alavancarem em direção à igualdade material

⁸⁸ Cf. BERLATTO, Odair. A construção da identidade social. Disponível em: <<http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/viewFile/242/210>>. Acesso: 20/01/15.

⁸⁹ Cf. GOFFMAN, Erving. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988.

proposta na Carta Magna, transexuais se movimentam junto a grupos LGBT e alguns segmentos da sociedade para emergirem e terem seus direitos assistidos, além de serem moralmente aceitos. São meios políticos de reconstruírem a política a partir da identidade e reformularem organicamente as relações sociais.

Um dos mais importantes movimentos é o de Despatologização das Identidades Trans. O site internacional define claramente os objetivos da campanha⁹⁰: a despatologização nos manuais internacionais de diagnóstico, o fim de tratamentos binários, acesso livre aos tratamentos hormonais e às cirurgias (o que facilitaria também para travestis que não querem a cirurgia), tratamento especializado ao trans, a luta contra a transfobia (na educação, no mercado de trabalho e com mecanismos de denúncia).

Se conseguissem alcançar todos esses pontos, não haveria discussão, por exemplo, de que o SUS não poderia mais ajudar no tratamento dos transexuais, pois exige-se, além da despatologização, a atenção à saúde trans. Estar dentro de uma categoria de transtorno cria estigma, estereotipa a imagem do transexual, pois o aproxima de uma doença. O transexualismo é um transtorno que separa os transexuais das outras pessoas e o que está fora da "normalidade" é o diferente, que fica fora do que é homogêneo e "comum".

O Ministério da Saúde já tem feito campanhas desde 29 de janeiro de 2004, começando com "Travesti e Respeito", alterando o nome até chegar em Dia da Visibilidade Trans. Suas campanhas vão além de conscientizar para o uso de camisinhas, para a contaminação da AIDS, colocam a pessoa transexual como pessoa. O Dia da Visibilidade Trans também foi além, muitos coletivos e ONG's fazem eventos para conscientização e orgulho trans. O governo do Rio de Janeiro também realizou uma campanha para o dia da visibilidade trans em 2013 que dizia no cartaz: "**Transforme // Respeite // Apoie // Não discrimine // Sou um ser humano**".

O nome social tem sido um dos grandes debates políticos, sempre sendo requerido como meio de obterem reconhecimentos de suas identidades. No Sistema Único de Saúde, o nome social já é aceito, sendo que em Niterói, neste

⁹⁰ Disponível em < <http://www.stp2012.info/old/pt/objetivos>>. Acesso: 08/04/2015.

ano, foi realizada uma ação para cadastrar os nomes sociais no SUS. Houve campanhas, como no Rio de Janeiro, para aceitarem o nome social em documentos, tendo sido aprovado que o cartão de registro dos estudantes do Ensino Médio constasse o nome social⁹¹. No Pará é realizada uma campanha para que transexuais possam ter um documento que valha em todo o Estado com o nome social. O intuito transcende um documento, como o título do cartaz indica: "TODO MUNDO VAI RECONHECER SEU NOME. E NÃO VAI SER SÓ NO DOCUMENTO". Há uma clara associação entre nome, identidade e reconhecimento.

Em São Paulo foi criada a Associação Centro de Apoio e Inclusão Social de Travestis e Transexuais (CAIS) para atendimento e serviços, além de projetos educativos e integradores de transexuais na capital. O Estado de São Paulo também inovou ao criar uma bolsa de salário mínimo e dar a oportunidade de matrícula em ensino técnico do Pronatec para travestis⁹².

O transfeminismo tem se manifestado mais em passeatas, como na Marcha das Vadias em Salvador de 2014. Os movimentos feministas têm se atentado para a transfobia e abordam a causa também, porquanto mulheres e homens trans são como mulheres e homens cis.

A internet tem sido grande palanque para a palavra de ativistas. É meio para comunicação e debate de teorias e vivência, informam e ampliam o ativismo pela causa trans. No site Transfeminismo, se manifestam a favor do devir travesti e objetivaram para um programa transfeminista os seguintes pontos de ajuda a: pessoas que não possuem emprego; que passaram por exclusão escolar; que querem uma oportunidade para poder voltar aos estudos; que não conseguem

⁹¹ Essas ações do Rio de Janeiro são realizadas pelo Programa Rio Sem Homofobia e podem ser conferidas em seu site: < <http://www.riosemhomofobia.rj.gov.br/>>. Constata-se uma crítica ao nome do programa: há uma redução do grupo LGBT à homossexualidade, pois se fala apenas em homofobia, sendo que transexuais sofrem transfobia e bissexuais sofrem bifobia. A redução de uma denominação a apenas um grupo é uma tentativa de colocá-los em uma mesma identidade, planificá-los, enquanto bem se sabe que cada segmento sofre diferentes formas de preconceito e discriminação.

⁹² Notícia sobre o programa disponível em < <http://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/prefeitura-de-sao-paulo-pagara-salario-minimo-para-travestis-estudarem-15002868>>. Acesso: 09/04/2015.

empregos; que foram expulsas de casa por suas famílias; que se sintam obrigadas por falta de opções a se prostituírem e que queiram outras oportunidades⁹³.

A militância ainda é evidente com associações⁹⁴, mas o Facebook também tem sido base para diversos trans se manifestarem e relatarem seu cotidiano, seja em situações de constrangimento por serem transexuais ou travestis, seja qualquer acontecimento que não envolva preconceito⁹⁵. Além de ter surgido nele a Campanha Nacional: "Sou Trans e Quero Dignidade e Respeito", a qual tem escopo em reunir vídeos de transexuais pedindo dignidade e respeito, para depois reunirem todos em um vídeo só e também assinaturas de apoio à aprovação do Projeto de Lei de Identidade de Gênero⁹⁶.

Todas as movimentações políticas insurgem contra o poder dominante, que se demonstra cissexista e transfóbico. Os oprimidos falam não para apenas se manifestarem contra o instituído, mas para se colocarem como identidades que existem e merecem dignidade, respeito e cidadania. Essas três palavras são colocadas nas maiorias das campanhas e estão associadas à identidade trans na medida da falta de representatividade. Se não faltasse, não seria requerida. O nome e as corretas denominações de gênero também são pontos importantes, pois eles se tornam centro da discriminação. Há urgência nos discursos políticos por medidas (algumas já sendo tomadas localmente) para a abrangência do uso do nome social e do respeito por ele e pela identidade trans que a pessoa porta. A identidade se mostra como inerente à pessoa, não como opção.

As campanhas também se revelam dialeticamente na importância da associação de respeito ao nome e respeito à imagem transexual, porquanto sempre há fotografias de transexuais para dar representatividade e identidade ao movimento. Os cartazes simbolizam materialmente suas mensagens com palavras,

⁹³ Texto completo disponível em: <<http://transfeminismo.com/devir-travesti-e-a-politica-de-estado/>>. Acesso: 09/04/2015.

⁹⁴ Tais como RENATA – Rede Nacional de Travestis; RENTRAL – Rede Nacional de Travestis e Liberados; ATRAS – Associação de Travestis de Salvador; ASTRAV – Nacional de Travestis, Transexuais e Liberados na luta contra a AIDS; ASTRA-RIO – Associação das Travestis e Transexuais do Estado do Rio de Janeiro; e o Instituto Brasileiro de Transmasculinidades.

⁹⁵ Alguns exemplos são as páginas de Daniela Andrade (<https://www.facebook.com/danielasobrevivente?fref=ts>), de Sofia (<https://www.facebook.com/TReflexiva?fref=ts>) e da Maria Clara Araújo (<https://www.facebook.com/ikeepdancinonmyown?fref=ts>).

⁹⁶ Página da campanha: <<https://www.facebook.com/pages/Campanha-Nacional-Sou-Trans-e-Quero-Dignidade-e-Respeito/1573427272915642>>. Acesso: 09/04/2015.

caracterizam e representam em imagem os sujeitos e revelam implicitamente a normalidade da existência de sujeitos fora da norma cisgênera. Tem ocorrido, portanto uma revolução estética e ética com essas mensagens, que atingem mais pontualmente a população com informação, além de demonstrar apoio tanto de organizações coletivas quanto de governos. O devir transexual tem se disseminado no rizoma cultural e rompido com linhas de fuga as barreiras culturais de poder e dominação sobre seus corpos. Transparece mais a emergência trans frente à ideologia reinante.

Um ponto, que à sociedade muito importa, cabe, ainda, analisar: a esfera jurídica.

6 TRANSJUDICIALIZAÇÃO⁹⁷

O fenômeno trans, sob a ótica do direito, e notadamente do sistema jurídico brasileiro, é tema tratado com reservas e silêncios obscuros. A complexidade própria às questões atinentes à sexualidade e gênero tem problemas para encontrar, nas esferas que compõem o jurídico, um assentamento conceitual sólido, amplo e acolhedor. A explicação para esse cenário em muito deriva dos próprios sujeitos que atuam nas estruturas legislativa e judiciária, e transmitem às instituições que criam e operam, de forma mais ou menos acentuada, as ideologias heteronormativas, machistas e segregacionistas que carregam consigo⁹⁸. Todavia, são também muitas as vozes, no Direito, que se levantam contra a lógica da opressão e pulverizam uma postura igualitária, otimista e atenta às mudanças da realidade, a fim de construir um sistema jurídico dinâmico e atual, que inevitavelmente alberga a transexualidade e suas complexidades.

⁹⁷ Termo utilizado por LITARDO (2013, p. 210).

⁹⁸ Com a palavra, Maria Berenice Dias: “[...] as questões que dizem com a sexualidade sempre são cercadas de mitos e tabus, e os chamados desvios sexuais, tidos como uma afronta à moral e aos bons costumes, são alvos da mais profunda rejeição social. **Tal conservadorismo acaba por inibir o próprio legislador de normar situações que fogem dos padrões aceitos pela sociedade.** No entanto, fechar os olhos à realidade não vai fazê-la desaparecer, e a omissão legal acaba tão-só fomentando a discriminação e o preconceito. Estar à margem da lei não significa ser desprovido de direito, nem pode impedir a busca do seu reconhecimento na Justiça” (DIAS, Maria Berenice. Transexualismo e o direito de casar. COAD/ADV, Seleções Jurídicas, 06/2000, p. 3) – gizou-se.

Hoje, o ordenamento jurídico brasileiro não possui expressa previsão legal que possibilita a alteração do prenome e sexo no Registro Civil de transexuais. A mudança ou a retificação do seu assentamento de nascimento revela-se importante fator na garantia de seu bem-estar físico, emocional e inclusão social, de maneira que a inexistência de legislação específica potencializa o uso da via judicial, que, muitas vezes, revela-se arbitrária. De qualquer modo, o processo da mudança em nada é simples e absorve uma série de particularidades e dificuldades.

Inicialmente, sobreleva esclarecer que o Registro Civil das Pessoas Naturais é uma espécie de instituição universal, que objetiva, entre outros aspectos, comprovar os fatos da vida social, relacionados, sobretudo, à naturalidade da pessoa, sua idade, filiação, relações parentais, estado civil e à circunstância de seu falecimento⁹⁹. A Lei de Registros Públicos (nº 6.015/1.973) aponta que o Registro Civil de Nascimento da pessoa natural confere formalidade e publicidade ao fato jurídico do nascimento com vida, que representa o início da personalidade civil. Diz-se que a ele cumpre provar de forma segura, certa e correta o estado da pessoa, bem assim permitir, com segurança e eficácia, o estabelecimento de relações jurídicas variadas, atribuidoras de direitos e obrigações¹⁰⁰.

No que diz respeito aos transexuais, seu nome e sexo, quando do seu nascimento, são registrados com base na observância externa de suas características físicas iniciais e seu genoma. Uma vez assentados no Registro Público, passam a ser considerados como nome e sexo civis, gozando de definitividade, nos termos do artigo 58, do aludido diploma legal. Ocorre que, no caso do indivíduo transexual, o nome e sexo assentados no seu Registro Civil não correspondem a sua realidade. Deste modo, uma vez reconhecida a relevância do registro, o transexual, com todas as transformações que são próprias ao seu caso, vislumbra a necessidade de alterá-lo, a fim de firmar uma posição jurídico-social que corresponda a sua verdadeira identidade, e evitar discriminações em razão dos

⁹⁹ Cf. CASTRO, Sylvio Brantes de. Manual dos Oficiais do Registro Civil. 2a ed. São Paulo, Brasil Editora S.A., 1948, p. 13.

¹⁰⁰ Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13203&revista_caderno=6>. Acesso: 22/01/15.

documentos que possui. Reconhecem Barboza e Schramm, citados por Carvalho¹⁰¹, que as modificações durante o tratamento "literalmente ganham corpo" e originam uma dicotomia entre o escrito nos documentos e o visual, que ocasiona "constrangimentos, a ridicularização, o estigma e a discriminação do transexual, que não raro é acusado de apresentar documentos falsos", e se mostra também um empecilho no mercado de trabalho.

Ante a falta de regulação legislativa, o poder do Judiciário amplia-se, porquanto se torna a via mais direta para os fins de alteração do registro, observando-se: (1) a existência de indivíduos transexuais que realizaram ou estão em vias de realizar a cirurgia de readequação sexual, daí, submetem seu pleito de alteração do Registro Civil ao Judiciário; e (2) aqueles que, em que pese viverem a transexualidade, ainda não readequaram seu sexo ou não têm o interesse de fazê-lo por variadas razões (que vão desde o temor pelo insucesso da cirurgia até mesmo à impossibilidade física de se submeterem ao processo interventivo¹⁰²), mas, ainda assim, querem seja modificado seu registro público, para nele fazer constar seu nome social e, dependendo do caso, o sexo que corresponda ao gênero com o qual se identificam.

Vale apontar, antes de distinguir a atuação do Judiciário em relação às situações supra, que, entre os argumentos de que têm se valido os juristas (como Maria Berenice Dias, Tereza Vieira e outros) para viabilizar, mediante decisão judicial, a modificação do registro das pessoas transexuais, destacam-se aqueles fundados no arcabouço de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, com especial ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana, e dispositivos próprios da Lei de Registros Públicos, como o artigo 55, parágrafo único, quando preconiza que os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores; o artigo 57, ao tratar que somente por exceção e motivadamente haverá que se falar em alteração do nome e sexo,

¹⁰¹ BARBOZA et al. Princípios bioéticos aplicados ao transexualismo e a sua atenção à saúde. In: "Transexualidade e Cidadania: a alteração do registro civil como fato de inclusão social", de Koichi Kameda de Figueiredo Carvalho. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/511/512>. Acesso: 22/01/15.

¹⁰² De acordo com DIAS (2014, p. 268), há transexuais que não sentem prazer pelas genitálias, mas nem por isso sentem repulsa e desejam a alteração.

entendendo-se que, em relação ao transexual, tal modificação é, de fato, excepcional; e, ainda, o artigo 58, que, muito embora apregoe que o prenome é definitivo, viabiliza sua substituição por apelidos públicos notórios, o que, em se tratando do transexual, refletiria seu nome social¹⁰³.

Para os dois casos de indivíduos que procuram o Judiciário, alhures referidos, há expressiva jurisprudência¹⁰⁴ que concede a alteração do Registro Civil, tanto em relação ao prenome quanto ao sexo. Observa-se, no entanto, que, em todos os julgados favoráveis observados, há exigência de comprovação médico-científica de *transexualismo*, desembocando em produção de laudo técnico. A opinião favorável do médico-perito tem supedâneo, entre outros critérios, naqueles previstos em Resolução do Conselho Federal de Medicina, referente à cirurgia de transgenitalização, e que, atualmente, é a de nº 1.955/2010¹⁰⁵, quando identifica os requisitos para a definição da transexualidade. Não obstante a constatação pericial, o processo judicial ainda conta com fase instrutória ampla, envolvendo a produção de provas testemunhais (acerca do uso do nome social), fotográficas e outras que se fizerem necessárias.

Para os indivíduos transexuais que se submeteram ou estão na iminência de se submeter à cirurgia de readequação sexual¹⁰⁶, quando devidamente comprovam a transexualidade, o pleito de alteração do prenome e especialmente do sexo no Registro Civil tem-se mostrado mais facilmente deferido, porquanto os juízes consideram ter havido efetiva mudança do sexo¹⁰⁷. A questão, contudo, é

¹⁰³ Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13203&revista_caderno=6>. Acesso: 22/01/15.

¹⁰⁴ Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1094.pdf>>. Acesso: 23/01/15.

¹⁰⁵ Nesse sentido: “**Art. 3º.** Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados: 1) Desconforto com o sexo anatômico natural; 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; 4) Ausência de outros transtornos mentais”. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso: 22/01/2015.

¹⁰⁶ Disciplinando o processo transexualizador no SUS e a cirurgia de readequação sexual: Portaria nº 2.803, do Ministério da Saúde, de 19 de nov. de 2.013; e Resolução CFM nº 1.955/2.010.

¹⁰⁷ REsp 1008398/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 18/11/2009; Apelação Cível nº 0006662-91.2008.8.19.0002 - Rel. Des. CARLOS EDUARDO MOREIRA SILVA - Julgamento: 07/12/2010 - 9ª CCTJ/RJ; Apelação Cível nº 0066812-72.2007.8.19.0002 (2009.001.67949) - Rel. Des. ALEXANDRE CÂMARA - Julgamento: 24/02/2010 - 2ª CCTJ/RJ; Apelação Cível nº 0012432-13.2005.8.19.0021 (2006.001.61104) - Rel. Des. FRANCISCO DE ASSIS PESSANHA - Julgamento: 15/08/2007 - 6ª CCTJ/RJ).

mais delicada no que se refere à pessoa que, tendo sido diagnosticada com o transtorno da identidade de gênero (transexualidade), não submeteu-se à cirurgia de readequação sexual e não manifesta premente interesse na intervenção cirúrgica. Nesses casos, a jurisprudência é oscilante, pendendo ora para o deferimento da alteração somente do prenome e não do sexo¹⁰⁸, ora aquiescendo à alteração de ambos¹⁰⁹, ou, ainda, vedando qualquer forma de alteração¹¹⁰.

Os sujeitos do Ministério Público envolvidos também são fonte de preconceito¹¹¹, que lançam mão de argumentos desfavoráveis, a pretexto da segurança jurídica e preservação do interesse de terceiros¹¹².

Determinada a alteração do Registro, resta saber de que forma será efetivamente modificado o documento público. A doutrina aponta ambivalentes possibilidades: (1) averbação da alteração no Registro Civil antigo ou (2) o cancelamento do antigo e produção de um novo Registro. A primeira tem, entre as duas, prevalecido, porquanto somente com a averbação no livro do Cartório de Registro Civil é que será possível resguardar não só direitos dos transexuais, como de terceiros, deixando clara a mudança do estado de pessoa, por determinação judicial. Todavia, tem-se considerado que, na nova Certidão de Nascimento expedida, não deve haver nenhuma menção à alteração, a fim de que não conste em documentos como CPF, RG, passaporte e outros. Somente com a certidão

¹⁰⁸ TJMG, Apelação Cível nº 1.0231.11.012679-5/001, Rel Des. Edilson Fernandes, 6ª Câmara Cível, pub. 23/08/2013). Disponível em: < www.tjmg.jus.br/>. Acesso: 23/01/2015.

¹⁰⁹ TJGO, Ação de retificação de registro civil. Não pretende realizar cirurgia. Alteração de prenome e sexo. (TJ/GO. Proc. nº. 201203179418.Julg. Sirlei Martins da Costa. Dj. 16/10/2013). Disponível em:
<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1352__eaa090fe4fed7c7c43c03829e7f90530.pdf>. Acesso: 24/01/2015.

¹¹⁰ TJBA, APL: 03683226420128050001 BA 0368322-64.2012.8.05.0001, Relator: José Olegário Monção Caldas, Data de Julgamento: 15/10/2013, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 17/10/2013. Disponível em: <www.tjba.jus.br>. Acesso: 24/01/2015.

¹¹¹ TJRS, Apelação Cível Nº. 585049927, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário Rocha Lopes, Julgado em 19/12/1985. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso: 23/01/2015.

¹¹² "[...] Na mesma linha e com a mesma veemência com que deve ser combatida a discriminação, não se pode obrigar ou impor às pessoas a aceitação do transexual como algo natural. Tem a pessoa em sociedade o direito de saber se aquele com que se relaciona é de um ou de outro sexo. TJ/SP. Apelação Cível nº 452 036 4/0-00/São José do Rio Preto, 2006. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1044080&cdForo=0&v1Captcha=xtawp>>. Acesso: 23/01/2015.

completa, de inteiro teor, requerida por autoridade competente, é que se poderia indicar a mudança¹¹³.

A par de todas essas questões, ainda se observa interessante aumento na edição de leis ordinárias, leis complementares, decretos, resoluções normativas, portarias e outras espécies normativas, que vêm conferindo, a par de outros direitos, a possibilidade de uso do nome social do transexual em inúmeros locais, tais como repartições públicas (Lei Complementar nº 873/2015), escolas, hospitais, bem assim a instituição de documentos próprios que contenham o nome social, como o Decreto nº 49.122/2012, que institui a Carteira de Nome Social para Travestis e Transexuais no Estado do Rio Grande do Sul, entre outros¹¹⁴. Ressalta-se, também, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275-1/600, pendente de julgamento, no Supremo Tribunal Federal, proposta pela Procuradora Geral da República Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, visando a que seja proferida decisão de interpretação conforme a Constituição do artigo 58, da Lei 6.015/1.973 (LRP), reconhecendo o direito dos transexuais, que assim o desejarem, à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização¹¹⁵.

Não se pode negar que há ainda um grande percurso para mudanças estruturais nas instituições jurídicas e para que os direitos transexuais sejam garantidos. Além das inovadoras decisões favoráveis à pessoa trans, projetos de leis importantes tramitam no Congresso Nacional. Todos¹¹⁶, contudo, são

¹¹³ Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24631/a-possibilidade-de-alteracao-do-nome-e-sexo-civil-do-transexual#ixzz3XWAPD8Eq>>. Acesso: 24/01/2015.

¹¹⁴ Exemplos: (1) Resolução CEE/CP N. 5, de 3 de abril de 2009/GOIÁS; (2) Ministério da Educação. Gabinete do Ministro. Portaria nº 1.612, de 18 de nov. de 2011; (3) Lei Ordinária nº 5.916 de 10 de nov. 2009/PIAUÍ; (4) Decreto nº 13.684, de 12 de jul. de 2013. MS; Resolução nº 11, de 18 de dezembro de 2014, que estabelece os parâmetros para a inclusão dos itens "orientação sexual", "identidade de gênero" e "nome social" nos boletins de ocorrência emitidos pelas autoridades policiais no Brasil; Resolução nº 12, de 16 de janeiro de 2015 que estabelece parâmetros para a garantia das condições de acesso e permanência de pessoas travestis e transexuais nos sistemas e instituições de ensino, formulando orientações quanto ao reconhecimento institucional da identidade de gênero e sua operacionalização.

¹¹⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400211&tipo=TP&descricao=ADI%2F4275>>. Também decisão recente do STJ, nesse sentido, disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94241>. Acesso: 24/01/2015.

¹¹⁶ PL-70/1995, PL-3727/1997, PL-5872/2005, PL-6655/2006, PL-2976/2008, PL-1281/2011, Projeto de Lei da Câmara Nº 72 de 2007, Projeto de Lei do Senado, nº 658 de 2011.

englobados por uma proposta que incorpora todas as outras. O projeto de lei 5002/2013 dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 1973. Tal projeto inova com a desburocratização para a alteração do prenome no registro civil e com a apresentação do respeito à identidade de gênero como direito¹¹⁷. Assim como foi uma das leis que a inspirou, Lei de Identidade de Gênero, n. 26.743, da Argentina. Graças à práxis do ativismo trans argentino, esta lei prevê a facilitação ao reconhecimento do direito à identidade de gênero e já "prevê o direito à retificação dos dados registrais quando estes não concordarem com o gênero autopercebido da pessoa" (LITARDO, 2013, p. 216). A inovação epistemológica: normatização da desnecessidade de um diagnóstico psiquiátrico ou psicológico, ou seja, desconstituem a "prova" médica de que a pessoa é transexual. No mesmo sentido foi a lei de Identidade de Gênero, Expressão de Gênero e Características Sexuais de Malta, que foi um pouco além em sua matéria em relação às duas já referidas: modificou dispositivos do Código Civil e definiu que há multa para aqueles que ofenderem pessoas trans.

Importante também é uma reformulação do texto constitucional, que atualizaria o termo "sexo" ampliando-o e estendendo a noção de sexualidade. A proposta de Emenda à Constituição nº 111, de 2011 altera o art. 3º da Carta Magna para incluir entre os objetivos fundamentais da república federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos relativos a identidade de gênero ou orientação sexual.

Essa movimentação jurídica mundial não ocorre desmotivadamente. Direitos são suprimidos dos sujeitos de direito de cada território e o Brasil não foge a isso. A dessubjetivação discursiva atinge os transexuais, o que implica em uma violência institucional a eles. Pergunta-se: transexuais são sujeitos de direito? Se são humanos, nosso Direito os incorpora constitucionalmente como sujeitos de direito, por isso cabem-lhe direitos fundamentais. O desrespeito aos corpos transexuais é uma incongruência material com o entendimento dos direitos humanos, pois o transexual não é tratado igualmente no conceito de sujeito de

¹¹⁷ PL 5.002/2013, Artigo 10º- Deverá ser respeitada a identidade de gênero adotada pelas pessoas que usem um prenome distinto daquele que figura na sua carteira de identidade e ainda não tenham realizado a retificação registral.

direito universal, é discriminado cotidianamente e juridicamente não tem tido reconhecimento ágil, fácil e acessível¹¹⁸.

Isso não ocorre por falta de dispositivos em nosso sistema jurídico que apoiam as mudanças necessárias aos transexuais. Os direitos da personalidade são apresentados na legislação civil e são intransmissíveis, irrenunciáveis e não podem sofrer limitação voluntária (art. 11, CC). O artigo 13 do Código Civil erige o direito à disponibilidade do próprio corpo, o qual é exercido ao ser modificado para uma expressão de seu personalidade (TEPEDINO, BARBOZA, MORAES, 2007, p. 36 e ss.)¹¹⁹. O artigo 16 também posiciona o nome como um direito fundamental: caracteriza a pessoa, afirma sua própria individualidade e identifica-a socialmente (sendo isso um dever¹²⁰). Ademais o nome está "fortemente ligado ao sentido de existência [...] de cada um" (ibidem, p. 48). Também há a inviolabilidade da vida privada (art. 21) que, como os outros direitos, cabe às pessoas trans, mesmo que haja a "falsa crença de que o sexo civil ou jurídico deve espelhar e coincidir com o sexo vivido socialmente pela pessoa e, por isso, não admite ambiguidades" (DIAS, 2014, p. 267).

Toda essa construção jurídica parece descabida para aqueles que não aprovam alteração do prenome no registro civil, mas há uma incoerência sistêmica e material. As modificações transexuais são visíveis, óbvias, fáticas. A própria convenção social de se associar gênero e nome dentro da matriz cissexista (ibidem, p. 279) se desfaz quando um juiz se depara com uma figura obviamente masculina, mas que ainda está registrado com nome feminino. O desajuste¹²¹ acaba se apresentando entre: corpo e identidade, no transexual; performatividade e documentação cível; psíquico individual trans e meio social transfóbico.

¹¹⁸ Os princípios de Yogyakarta explicam direitos humanos aplicados à sexualidade e são relevantes para uma compressão da sexualidade no âmbito jurídico, portanto há desrespeito pelo menos aos três primeiros Princípios de Yogyakarta: Direito ao Gozo Universal dos Direitos Humanos, Direito à Igualdade e a Não-Discriminação e o Direito ao Reconhecimento Perante a Lei.

¹¹⁹ Os autores aludem para a concepção dualista da pessoa, cingida em corpo e espírito, conforme a tradição ética judaico-cristã, que perpassa para o Direito a ideia de inviolabilidade sagrada do corpo.

¹²⁰ Ibidem, p. 46.

¹²¹ "A dor, o mal-estar ou a discordância nas experiências trans* não estão localizados no corpo subalterno trans*, mas sim no confronto entre a experiência desse corpo em sua atomicidade e uma estrutura cultural, social, política, econômica e jurídica que impõe obstáculos que possibilitam o exercício dessa experiência." (LITARDO, 2013, p. 209)

O sistema jurídico apresenta diversas facetas que divergem: o Judiciário, em parte, se estabelece num conservadorismo de senso comum sobre a transexualidade, bloqueando acesso a direitos constitucionais, enquanto outra parcela, juntamente a alguns legisladores e pesquisadores, se opõe a esses mitos e revelam a complexidade do fenômeno trans, respeitando-o e garantindo-lhe mais justiça social. O Direito, quando sistematicamente denega direitos, se mostra mais como ficção fantasiosa do que como mecanismo de readequação social, já que essa seria realizada com a aceitação da complexidade da realidade. Se por um lado "a construção do sexo é uma norma cultural que produz os corpos materialmente" (LITARDO, 2013, p. 207), o Direito também reforça essa construção, oprimindo, mas pode servir também para a emancipação e autonomia dos sujeitos, os reconhecendo.

7 TRANSMODERNIDADE E AUTONOMIA PARA O DIREITO

O direito deve impreterivelmente constituir um ambiente de prementes (re)construções. É instrumento de múltiplas injeções: regula, de um lado, a sociedade e, de outro, recebe desta o tempero que lhe permite adaptar-se ao seu tempo. Influenciado ainda pela cultura, sua rigidez não pode se sustentar nas pretensiosas verdades objetivas, legitimando a opressão. Assim, a afirmação da identidade de gênero, marcada pela sua performatividade, reclama sua legitimidade num espaço de alteridade, baseada na ecocidadania apresentada por Warat, que enxerga o outro e credita-lhe a plena e livre realização pessoal, limitada tão somente pelo direito do próprio outro. Trata-se de não subjugar e oprimir as subjetividades alheias, num movimento que respeita e admite a diferença em um discurso de igualdade. Reconhecer como possível e sem embaraços injustificáveis a alteração do nome e sexo no Registro Civil das pessoas transgênero é colaborar para a criação de uma realidade que, não só sobreleva a dinamicidade do direito e seu profícuo contato com as demais ciências, mas oblitera, ainda que parcialmente, a discriminação, a violência e a humilhação, abrindo caminhos de liberdades, esperanças, dignidade e ética.

O rizoma transexual cria fissuras na heteronormatividade, por isso as linhas de fuga se encontram em mecanismos de autonomia do sujeito: na arte, a revisão estética da transexualidade; na política, a ecocidadania pronta para desafios éticos cotidianos na luta pelo reconhecimento; e no Direito, normas e juristas capazes de readequar simbolicamente corpos e documentos transexuais. Essas transformações são possíveis com uma revolução ideológica sobre o transexual: não cabe mais a ele sua condição patológica; mesmo que ainda haja laudo para comprovar que o transexual não é uma pessoa portadora de esquizofrenia, *borderline* ou bipolaridade que se apresenta como trans. Uma pessoa trans não tem a transexualidade, como um estado possivelmente temporário de doença, ela é trans. Com um respeito cotidiano informado pelas campanhas, pela televisão e pela arte, o próprio Direito tende a mudar, pois seus sujeitos reformulam seus posicionamentos. "É urgente desenvolver o direito de todos a uma vida verdadeiramente humana, sem simulacros de igualdade" (WARAT, 2004a, p. 280). Em vista disso, o direito à identidade de gênero é fundamental para carnavalizar o significado de "transexual", oportunizando-lhe seu livre desenvolvimento de vida e sua retomada de autonomia social¹²².

Ao enfrentar a ideologia machista, heteronormativa e controladora, o ganho é multifacetado: na sociedade, o reconhecimento e o respeito; na política, as identidades variadas de gênero repensando o poder e o biopoder; na arte, a emancipação, a estética da alteridade e a supressão da objetificação dos corpos; no íntimo, a autonomia, e o amor por si e pelo outro; e, no país, mais humanidade.

REFERÊNCIAS

DIAS, M. B. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FEYERABEND, P. **Contra o método**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A., 1977.

¹²² DINIZ, Maíra Coraci. **Direito à não discriminação: travestilidade e transexualidade**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014, p.88.

GONZÁLEZ REY, F. **Pesquisa qualitativa e subjetividade**: os processos de construção e informação. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

LITARDO, E. Os corpos desse outro lado: a lei da identidade de gênero na Argentina. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 8, n. 2, p.193-226, jul./dez. 2013.

OLIVEIRA, R. M. R. de. **Direitos sexuais de LGBT* no Brasil**: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2013.

RANCIÈRE, J. **A partilha do sensível**: estética e política. São Paulo: Editora 34, 2009.

SOLEY-BELTRAN, P. **Tranxualidad y la matriz heterossexual**: un estudio crítico de Judith Butler. Barcelona: Bellaterra, 2009.

TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; MORAES, M. C. B. de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

WARAT, L. A. Manifestos para uma ecologia do desejo in _____. **Territórios Desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004a.

WARAT, L. A. O amor tomado pelo amor - crônica de uma paixão desmedida, in _____. **Territórios Desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004b.

WARAT, L. A. Por quem cantam as sereias, in _____. **Territórios Desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004c.

O RECONHECIMENTO DA TRANSEXUALIDADE COMO EXPRESSÃO DA IDENTIDADE SEXUAL PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rosângela Angelin

Paulo Adroir Magalhães Martins

RESUMO: Através do presente artigo busca-se analisar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça diante do processo de reconhecimento da transexualidade como expressão da identidade sexual. Nesse sentido, a pesquisa aborda questões relacionadas à identidade e sua formação, a partir de um processo de reconhecimento, em especial, quanto às características sexuais dos indivíduos transexuais, apresentando a decisão do Recurso Especial nº. 1.008.398-SP, da corte superior brasileira, que reconhece a transexualidade e possibilita a alteração de registro civil como forma de exercício do direito da identidade sexual do indivíduo. O método utilizado foi indutivo, quanto à abordagem, e analítico-descritivo, o procedimento e a técnica de pesquisa refere-se a pesquisa bibliográfica e documental. O estudo remete a observação de que a decisão do Recurso Especial nº. 1.008.398-SP auxiliou a consolidar o entendimento jurisprudencial em reconhecer a transexualidade como expressão identitária, inclusive com a devida retificação do registro público do indivíduo, ampliando as garantias jurídicas e representando um avanço na inclusão desses sujeitos, sendo, porém, ainda necessário uma ampliação do reconhecimento legislativo e social.

PALAVRAS-CHAVE: transexualidade; identidade sexual; Superior Tribunal de Justiça; Recurso Especial nº. 1.008.398-SP.

1 INTRODUÇÃO

O Direito, em razão de seu objetivo de pacificação social, é uma ciência que possibilita a análise social, a partir do meio em que se desenvolvem e aplicam-se as normas jurídicas, devendo estas acompanhar as mudanças sociopolíticas, garantindo uma boa convivência das pessoas. Com o advento da modernidade, criaram-se vários direitos e deveres individuais entre os sujeitos jurídicos, evitando abusos do Estado e de terceiros contra os menos favorecidos, os assim denominados direitos humanos. Dentre esses direitos, há uma gama de

princípios estabelecidos que pressupõe o reconhecimento e a inclusão dos diferentes, excluídos ou marginalizados em todos os espaços sociais.

Ocorre que, a sociedade contemporânea, a qual deveria estimar pela diversidade e multiculturalidade, surgem novas identidades em calcadas características que compõe a identidade pessoal dos indivíduos e que são reconhecidas equivocadamente ou não são reconhecidas em sua totalidade. Essa situação ganhou espaço nas discussões nos meios sociais, em especial aquelas que dizem respeito a características sexuais, nas mais diversas expressões dos corpos e das sexualidades existentes na sociedade pós-moderna.

Dentre as expressões de identidades sexuais, ou identidades de gênero, aquelas manifestadas pelos sujeitos transexuais tem sido objeto de grande polêmica e marginalização nos diversos espaços de debate, tanto no meio acadêmico como nas outras esferas da sociedade (CASSEMIRO, 2010). Já houve certa aceitação de várias identidades sexuais, ainda que tacitamente, por vários segmentos da sociedade. Entretanto, ainda há grande discriminação em razão das identidades transexuais de alguns indivíduos, conforme demonstram as constantes campanhas e pautas dos movimentos sociais em respeito a todas as formas de expressões sexuais, voltadas para o fim desse preconceito. Logo, questiona-se qual é, efetivamente, o tratamento jurídico da identidade, em específico da característica sexual dos transexuais no ordenamento jurídico pátrio? E qual a posição do Superior Tribunal de Justiça em razão do reconhecimento jurídico da transexualidade?

A pesquisa, então, pretende abordar inicialmente questões relacionadas à identidade e sua formação a partir de um processo de reconhecimento. Após, analisa-se a identidade em razão das características sexuais dos indivíduos transexuais. E, por fim, apresenta-se a decisão do Recurso Especial nº. 1.008.398-SP, decisão da corte superior brasileira a reconhecer a transexualidade e a possibilitar a alteração de registro civil como forma de exercício do direito da identidade sexual do indivíduo, bem como outras considerações acerca dessa situação.

2 A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE SEXUAL A PARTIR DE UM PROCESSO DE RECONHECIMENTO

Com o advento da pós-modernidade, o sujeito cuja identidade era vista como algo “uno” e determinado, sofre um processo de “crise de identidade” no qual ocorre a fragmentação daquela, em diversas identidades (HALL, 2014) e, dentro dessas identidades, pode-se encontrar diversas características que as diferencia. Nesse mesmo sentido, a percepção de Eligio Resta (2014), demonstra que a identidade de cada indivíduo é composta por diversas características: profissional, estatal, de classe, sexual, consciente, inconsciente e privada. Diante dessa diversidade de características componentes das identidades, a pesquisa em voga realizará uma reflexão voltada a uma dessas características envolvendo um segmento social cuja distinção se dá pelas características sexuais: os transexuais.

A definição científica da identidade remete a um olhar externo das definições que a comporta, e justamente nessa avaliação de um terceiro sujeito é que reside um problema da identidade (2014), pois essa análise vem carregada de uma valoração taxativa que não comporta o sentido da identidade para o indivíduo avaliado. O meio social e as relações sociais, também, são parâmetros essenciais para a definição da identidade individual, conforme ensina Zygmunt Baumann (2000, p. 142):

[...] embora sendo uma tarefa individual, a “identidade” “é também um fenômeno social”. Identidade é o que se reconhece socialmente como identidade: está fadada a continuar uma ficção da imaginação individual a não se que se comunique a outros em termos sociais legíveis, expressa em símbolos socialmente compreensíveis.

Então, a identidade representa a busca de um equilíbrio não controlado e um pouco aleatório entre as ações do indivíduo na sua esfera privada, bem como a previsibilidade e percepção dele em um contexto público (RESTA, 2014). Para a composição identitária pessoal e individual de um sujeito inserido no meio social é

necessário um processo intersubjetivo de reconhecimento o qual, na acepção de Axel Honneth (2003, p. 47), se constitui nos seguintes moldes:

[...] na medida em que se sabe reconhecido por um outro sujeito em algumas de suas capacidades e propriedades e nisso está reconciliado com ele, um sujeito sempre virá a conhecer, ao mesmo tempo, as partes de sua identidade inconfundível e, desse modo, também estará contraposto ao outro novamente como um particular.

Ademais, Elígio Resta (2014) apregoa que o processo de composição identitária deverá ser medida sobre si. Ao encontro desse pensamento, Axel Honneth (2003) afirma que o desenvolvimento identitário pessoal de um indivíduo está intimamente ligado a como este é reconhecido pelo outro. O reconhecimento pode ocorrer por diferentes maneiras, entretanto, para o livre exercício da identidade, seja ela qual for, a forma de reconhecimento é através do potencial evolutivo, no qual a estima social é a individualização e a igualização dos sujeitos na sociedade (HONNETH, 2003). Ademais, o direito, enquanto meio legítimo para assegurar o pleno convívio entre seres humanos depende do reconhecimento mútuo entre os cidadãos e de suas identidades para cumprir sua função (RESTA, 2014).

Logo, a partir do convívio humano em sociedade, demonstra-se que o reconhecimento é requisito intrínseco para a construção identitária. Ele pode ser um reconhecimento tanto inclusivo, quanto de exclusão. Honneth afirma que o reconhecimento se dá por um processo de afirmação mútua e recíproca elementar, acompanhada da autolimitação individual (HONNETH, 2003), sendo isso possível somente através de um processo que vai além da tolerância, ou seja, através do respeito. Na esfera jurídica, o reconhecimento recíproco não admite as limitações das relações sociais pessoais (HONNETH, 2003), ou seja, em tese não é possível não-reconhecer ou reconhecer equivocadamente alguém baseado nas premissas pré-constituídas individuais, pois que cada ser humano tem o direito de se manifestar em razão de seus anseios. Outrossim, na busca do reconhecimento, o indivíduo assimila e exterioriza padrões sociais impostos pelo meio social em que está inserido, uma vez que aquele não quer ser excluído ou marginalizado e, ao mesmo tempo, busca manter o reconhecimento de sua identidade (DUTRA in MADERS; ANGLEIN [Orgs.],, 2014).

A interação entre o indivíduo e a sociedade não comporta a atribuição a certas coletividades de singularidades que não possam ser estendidas a todos (HONNETH, 2003). Entretanto, é corriqueiro, nos meios sociais, ocorrer a denegação ou privação do reconhecimento e, por consequência, da identidade, através do desrespeito, que são formas de rebaixamento que afetam o autorrespeito moral dos indivíduos. Na compreensão de Axel Honneth (2013, p. 216) “[...] isso se refere aos modos de desrespeito pessoal, infligidos a um sujeito pelo fato de ele permanecer estruturalmente excluído da posse de determinados direitos no interior de uma sociedade”. Isso demonstra que os desrespeitados não tem possibilidade de participar com igualdade da ordem social, eis que, fica implícita a ideia de que estes sujeitos não possuem a mesma valoração moral e social que aquela atribuída aos indivíduos que se enquadram nos padrões culturais dominantes.

Segundo José Francisco Dias da Costa Lyra (in HOMMERDING; ANGELIN [Orgs.], 2013, p. 47) “[...] os excluídos não são investidos de direitos, sendo a população ‘integrada’ na condição de obrigada, acusada, e, não na condição de titular de direitos fundamentais, que não estão disponíveis aos grupos excluídos”. Evidencia-se, portanto, uma exclusão de natureza jurídica dos indivíduos marginalizados, manifestada por uma deslegitimação do Estado de Direito perante as categorias de sujeitos não incluídos no metacódigo de inclusão/exclusão inerente à Constituição Federal (LYRA in HOMMERDING; ANGELIN [Orgs.], 2013). E, em razão desse desrespeito aos diferentes se faz necessária a busca da coerção jurídica para garantir os direitos fundamentais de todos os indivíduos (HONNETH, 2003), em especial quanto ao exercício da característica identitária sexual, a qual não se enquadrando nos padrões heteronormativos, gera conflitos que comumente resultam em violência tanto física quanto psicológica.

O direito à identidade, nas palavras de Eligio Resta (2014, p. 58) “[...] consiste precipuamente no direito de cada um ser si mesmo e de por isso protegido das atribuições de conotações estranhas à própria personalidade, capazes de transfigurá-la e deturpá-la”. O exercício do direito de identidade ocorre no momento de síntese de todos os elementos distintivos que a compõe, bem

como a sua tutela esta relacionada à imagem do indivíduo como tal, bem como de participante e coletividade no meio social (RESTA, 2014).

Esse direito de identidade que faz parte da seara dos direitos fundamentais, é fruto de uma elaboração de indivíduos e coletividades, visando a afirmação das esferas de autonomia em que cada um deles teria seu espaço (RESTA, 2014). Mas esse direito fundamental abriga os diversos aspectos da identidade, inclusive da questão das identidades sexuais. Na sociedade contemporânea busca-se, não apenas o direito do reconhecimento das identidades, sejam elas quais forem, mas também o respeito que, na relação de reconhecimento é acompanhada de sentimentos e de participação social (HONNETH, 2003). Destaca-se que, na visão de Habermas, o reconhecimento público pleno é possível somente através do respeito com a identidade inconfundível de cada um, bem como o respeito às peculiaridades de cada grupo social da mesma maneira que esse ocorre com os indivíduos que se encontram em situação de privilégio social (HABERMAS, 2002).

Ademais, como assevera Eligio Resta (2014), quando em sociedade, a identidade está intimamente relacionada com os valores dominantes na sociedade e, quando esses valores não permitem a inclusão do diferente, vê-se a defasagem no exercício da identidade social, tal como ocorre com os transexuais, os quais são tidos como grupos marginalizados, e pior, tratados como os antigos homens sacros (AGABEN, 2002), sendo na maioria das vezes segregados dos demais grupos sociais, convivendo com grandes dificuldades de inclusão e sem grandes perspectivas de futuro. Eis, então, que se evidencia, ainda mais a biopolítica, politização das interações que do mundo fático, na qual os mecanismos e cálculo do poder estatal incluem as relações da vida natural, objetivando disciplinar o indivíduo, combatendo todas as anormalidades e patologias, e não tratando-o como alguém que transcenda a mera taxaço sem o referencial histórico de cada um (LYRA in HOMMERDING; ANGELIN [Orgs.], 2013).

Outrossim, na sociedade contemporânea já iniciou-se um processo de mudanças no tratamento dos excluídos, eis que, busca-se cada vez mais visibilidade e inclusão dos diferentes, alterando o arcaico estado da biopolítica

estatal (LYRA in HOMMERDING; ANGELIN [Orgs.], 2013). Assim, nota-se uma preocupação com a inclusão dos indivíduos marginalizados, mas o poder pós-panóptico estatal ainda objetiva a manutenção destes fora dos meios sociais devidos, em vez de buscar a sua inclusão (LYRA in HOMMERDING; ANGELIN [Orgs.], 2013).

Entretanto, diante deste contexto de inclusão e exclusão de diferentes identidades, constata-se que, ainda, são necessários outros meios de garantir o reconhecimento da identidade dos transexuais, em especial o livre exercício de sua característica sexual identitária, nos mais diversos ramos da sociedade, inclusive seu tratamento em órgãos públicos pelo nome que lhe seja devido, reconhecendo-os e respeitando-os. Ademais, tendo em vista os fins da biopolítica e sua íntima relação entre o poder e o saber, é evidente que novas formas de disciplina e controle social, por parte do Estado, devem atender aos anseios de inclusão e respeito dos diferentes.

3 A TRANSEXUALIDADE COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO ATRIBUTO SEXUAL DA IDENTIDADE

As características sexuais são parte integrante da construção identitária de qualquer ser humano e, por isso, este possui o direito de exercê-la livremente. Entretanto, vários segmentos da sociedade contemporânea não respeitam o direito à livre manifestação da expressão das identidades sexuais, que constituem um direito fundamental de qualquer Estado Democrático de Direito, uma vez que a negação de tal preceito seria uma restrição ao direito à personalidade e à vida privada de cada indivíduo. Na busca pelo reconhecimento público pleno, os indivíduos transexuais sofrem com a discriminação e o preconceito por serem pessoas cujas identidades sexuais não se adéquam aos padrões heterocentristas da sociedade contemporânea, gerando, na melhor das hipóteses, um tratamento social caracterizado pela indiferença e pela invisibilidade.

De acordo com a Sexologia Médico-legal, as características sexuais da identidade de uma pessoa são determinadas por quatro fatores: genético, endócrino, morfológico e psicológico. A despeito disso, fica evidente que a análise

das características sexuais da identidade pessoal deve ser realizada a partir de uma visão plurivetorial (ROMANO, 2009). Em outros termos, o sexo é resultante de um equilíbrio de diferentes fatores que agem de forma concorrente nos planos, físico, psicológico e social.

A transexualidade enfrenta resistência para ser considerada uma expressão identitária em razão do atributo sexual, em razão da existência de um “senso comum”, o qual fixa a ideia de que a identidade sexual é composta apenas pelas características determinadas por fatores morfológicos e não o resultado de diversos fatores que ultrapassam a forma física humana, como destaca Ana Romano (2009). O sexo jurídico, ou seja, aquele que consta no Registro Civil, exemplifica a preferência ao sexo biológico sobre o psicológico, uma vez que tal depende da declaração dos pais em relação ao sexo morfológico da criança.

Predomina em grande parte das pessoas a sincronia entre o sexo psíquico e o sexo biológico, sendo um o reflexo do outro, bem como quando aquele determina sua identidade sexual do sujeito, há a coincidência entre as suas características anatômicas e o seu comportamento conforme o gênero (padrões comportamentais modelados pela prática cultural na qual as pessoas estão inseridas em papéis estereotipados) a que pertence (VIEIRA in DIAS [Coord.], 2011). Isso não ocorre com os transexuais, pois esses indivíduos, em seu desenvolvimento, buscam o exercício de sua identidade de gênero (convicção íntima de pertença a um gênero ou outro) modificando sua estrutura física para adequar ao que seu psicológico entende como a correta forma física anatômica do sujeito.

Destaca-se que, diferentemente do que se pensa no senso comum, no tocante a orientação afetivo-sexual do transexual, esta não é apenas heterossexual. A orientação afetivo-sexual dos transexuais pode ser dirigida a alguém cuja característica identitária sexual seja diferente da sua, no caso do indivíduo heterossexual, bem como a alguém da mesma identidade sexual que a sua (homossexual), ou ainda, direcionada a ambos (bissexual) (VIEIRA in DIAS [Coord.], 2011).

Assim, é necessário fazer a distinção entre indivíduo transexual, travesti e o homossexual, uma vez que as diferenças ocorrem por diversos fatores. O

transexual apresenta grande aversão psicológica, em caráter continuado, às características anatômicas sexuais, justificando, sob o ponto de vista médico, a realização de tratamento de redesignação sexual, objetivando assegurar a sua integridade psíquica e física, principalmente, evitando atentados a sua própria vida (VENTURA in RIOS [Org.], 2007). Enquanto isso, o travesti, independente de sua expressão sexual, obtém o prazer da segurança ao alterar sua aparência para o sexo oposto com o recurso de roupas e adereços (CASSEMIRO, 2010). Já o homossexual, forma de orientação afetivo-social, que caracteriza por manter relações sexuais com pessoas do mesmo gênero, sendo o seu órgão genital sua fonte de prazer, e não motivo de constrangimento (VIEIRA in DIAS [Coord.], 2011).

O transexual busca, através do processo de redesignação sexual, realizar alterações das características sexuais aparentes, através de processo hormonal e cirúrgico, a fim de que o indivíduo que perpassa por esse tratamento se assemelhe fisicamente ao seu sexo psíquico. Assim, os procedimentos não geram efeitos genéticos, sendo as mudanças meramente anatômicas e aparentes (GARCIA, 2010), gerando o conforto para o indivíduo cuja identidade sexual corresponde a sua forma física. Ajusta-se, então a aparência física para que se adéquem às características comportamentais do sujeito, possibilitando a efetivação de uma inserção do transexual num ambiente social, entretanto, essa inserção nem sempre é caracterizada pela tolerância e pelo respeito ao próximo.

A transexualidade, então, pode ser entendida como uma disfunção de discernimento de gênero, sendo caracterizada por enorme conflito entre corpo e a característica identitária sexual, no qual é presente o desejo de adequar a forma física, mediante tratamentos, àquela do gênero (VIEIRA in DIAS [Coord.], 2011). Erroneamente há o entendimento de que a transexualidade seja uma patologia denominada “transexualismo”, inclusive catalogada no Cadastro Internacional de Doenças (CID 10), na posição F.64.0, como parte dos transtornos mentais. Inclusive, sua retirada da lista que integra tal cadastro, ou seja, a sua despatologização, é parte das lutas dos movimentos sociais em respeito a todas formas de expressão sexual.

Ocorre que, em decorrência das peculiaridades anteriormente mencionadas, os transexuais são corriqueiramente classificados como portadores de patologias psiquiátricas envolvendo os distúrbios das sexualidades. Isso faz com que sejam contextualizados com grande indiferença no âmbito do Poder Público. O ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de legislação específica voltada ao transexual. Apesar da possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário para garantir os direitos identitários sexuais, eles encontram diversos problemas para que sejam resguardados seus interesses. Há grande dificuldade em sua inserção social nas mais variadas áreas da vida pública e privada, principalmente pela discrepância de sua documentação com a forma física aparente (DINIZ, 2001).

Atualmente, por força de movimentos sociais que defendem o respeito a todas as formas de expressão sexual, a população transexual passou a ganhar visibilidade, principalmente na internet, com as redes sociais (JESUS; ALVES, 2010). As principais pautas dos movimentos em prol do reconhecimento identitário dos transexuais são acerca da possibilidade de alteração do registro público sem a necessidade do processo jurisdicional, este é entendido como “uma gambiarra” legal em decorrência, principalmente do Recurso Especial nº. 1.008.398-SP (JESUS; ALVES, 2010).

Na busca do reconhecimento identitário dos transexuais ocorrem enfrentamentos dos valores dominantes na sociedade heterocentrista. Assim, leciona Maria Berenice Dias (2011, p. 199): “[...] todo o ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade, pois é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange sua dignidade”. Entretanto, como é de saber notório, alguns indivíduos adeptos de discursos ideológicos extremistas e fundamentalistas não mantêm tal respeito e dignidade com outras expressões sexuais que não se enquadram nos limites culturais do que o senso comum acredita ser o correto.

4 A TRANSEXUALIDADE COMO EXPRESSÃO IDENTITÁRIA NA DECISÃO DO RESP. 1.008.398-SP

Diversas são as demandas que chegam ao Poder Judiciário para retificação do Registro Público dos indivíduos transexuais, a fim de que a sua documentação possa estar em consonância com a sua aparência física e a sua derradeira identidade sexual. Entretanto, tais demandas estão sujeitas à livre convicção do julgador, em razão da omissão legislativa quanto a transexualidade. Assim, o julgador pode demonstrar tanto compreensão, simpatia e respeito com os transexuais, assegurando o reconhecimento de sua identidade sexual, como também pode exaltar um conservadorismo exacerbado e arcaico das normas jurídicas brasileiras.

Em 2009, alcança os limites da corte do Superior Tribunal de Justiça o caso de “Clauderson de Paula Viana”, o qual após por passar por todo o processo de redesignação sexual ajuizou demanda objetivando o reconhecimento de sua situação e a alteração de seu assentamento público. Entretanto, o Ministério Público do Estado de São Paulo opinou pela improcedência do pedido em razão da transexualidade e do posterior tratamento de redesignação sexual não se incluírem no rol dos casos que a Lei nº. 6.015 de 1973, que autorizava a alteração do Registro Público. A sentença foi procedente, entretanto por força de apelação ao Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo sido reformada. Em razão disso, fora interposto recurso especial alegando que o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo ofenderia diversos outros dispositivos legais sendo provido tal recurso, inclusive com manifestação do Ministério Público Federal a favor do pedido do requerente.

A discussão acerca da transexualidade, da alteração de registro civil e do exercício do direito identitário culminou na seguinte ementa do Recurso Especial nº. 1.008.398-SP, a qual segue transcrita, *in verbis* (BRASIL, 2015d):

Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana.

- Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.

- A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade

de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade.

- A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.

- Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.

- Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana.

- A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo.

- Conservar o “sexo masculino” no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.

- Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.

- Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73.

- Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a

adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar.

- Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolidada, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alcançando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna.

- De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar “imperfeições” como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado.

Recurso especial provido.

A princípio, nota-se que a interpretação da lei nº. 6.015 de 1973 deve ser realizada sob a ótica da Constituição Federal brasileira de 1988, a qual pugna por uma sociedade sem discriminação, conforme artigo 3º, inciso IV (BRASIL, 2015a), sendo impossível negar a retificação do estado sexual do transexual. Ressalta-se que os julgadores expressamente se utilizam de um dos objetivos da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos sem discriminação, como um dos alicerces da decisão (BRASIL, 2015d) permitindo que o tratamento jurídico dispensado ao transexual, conforme expresso na ementa supracitada, não se restringe à questão do direito ao próprio corpo, uma vez que para o exercício de seus direitos identitários, em especial aqueles decorrentes da característica sexual da identidade, integra, também, o Registro Público do indivíduo. A decisão demonstra que para o devido exercício da identidade sexual dos indivíduos é necessária a garantia de uma série de direitos conexos entre eles: a intimidade, a privacidade, o nome, a saúde, a liberdade, e a integridade física e moral (ROMANO, 2009). Logo, como evidenciado pela decisão, o direito ao livre exercício da identidade sexual é um direito da personalidade multifacetado. Para haver o devido respeito com o indivíduo transexual é necessária que, sua documentação e o registro público se adéquem a sua identidade sexual, logo é

imperativa a alteração de duas informações para evitar o tratamento vexatório: o prenome e o sexo.

Em resumo, o dissídio se desenvolvia em torno da possibilidade de alteração do Registro Público. Essa, segundo a visão tradicionalista, estrita ou arcaica, afirma que o prenome, ressalvadas as exceções contempladas pelo artigo 57 da Lei 6.015/19737 é, em princípio, imutável, enquanto que o sexo, como um complexo de características inatas, não pode ser alcançado por meras alterações da aparência, portanto imutável. Portanto, “Entendimentos dessa natureza, soa como evidente, não se harmoniza com o necessário respeito a dignidade humana, da qual se desprendem todos os direitos que protegem e viabilizam a expansão da individualidade física e psíquica inerente a qualquer ser humano” (GARCIA, 2010, p. 62).

A impossibilidade de alteração do prenome é relativa diante da sistemática legal, pois a Lei dos Registros Públicos já prevê exceções, conforme exemplificado pelo próprio artigo 58 da Lei 6.015/19739, no qual há possibilidade de alterar o prenome por apelido público notório, ou ainda, o próprio artigo 56, segundo o qual, o interessado em mudar o nome, em até um ano após a maioridade, pode fazê-lo junto ao oficial notário, sem necessidade de um processo judicial. Ao iniciar o tratamento para mudança de sexo a pessoa inaugura uma nova fase de sua identidade, necessitando, portanto, de que seja individualizada, novamente, perante si e seus semelhantes.

Diante disso, a autorização judicial para a alteração do prenome decorreria diretamente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, no qual está inserida a proteção à personalidade individual e a identidade, comportando a identidade sexual do indivíduo. Da mesma maneira, é necessária a mudança do sexo, originalmente descrito no registro civil, o qual não se encontra harmonizado com a realidade fática do transexual.

A possibilidade de alteração do prenome é permitida com fundamento no artigo 55, § único da Lei 6.015 de 197311, pois este alude à alteração do prenome diante de “[...] prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores”, e como o transexual apresenta fenótipo do sexo almejado, é evidente que o vexame a que estará exposto com o nome que não corresponde a sua nova aparência. O

que precisa ser avaliado no caso dos transexuais é a potencialidade do ridículo, ou seja, teoricamente bastaria a possibilidade do titular do prenome, em qualquer momento de sua vida, ser ridicularizado em função de sua denominação, para que seja garantida a troca de seu prenome a fim de corresponder com a sua aparência física e sua personalidade. A esse respeito, cabe ressaltar que o Direito Privado deve ser interpretado sob a égide da Constituição Federal de 1988, que consagrou, dentre vários princípios, o da dignidade da pessoa humana. Portanto, se o nome expõe a pessoa ao ridículo, não há concordância com o princípio da dignidade humana.

Sendo o prenome um dos elementos que compõe as características da identidade, ele estaria duplamente protegido pela Constituição Federal de 1988, uma vez que esta dedicou aos princípios da liberdade e da igualdade posição de destaque do ordenamento jurídico, sendo que a palavra-chave que o texto constitucional buscou enaltecer é o “pluralismo” (ROMANO, 2009). Nesse sentido, pluralismo é a expressão máxima dos princípios constitucionais da liberdade e da igualdade.

A expressão Liberdade remete à coexistência de opiniões, direitos, manifestações, expressões, crenças e valores, sem mencionar, a livre manifestação da identidade dos indivíduos. Um Estado democrático deve proteger a multiculturalidade garantindo as diversas expressões identitárias, através da liberdade de cada cidadão exercer a sua, enquanto a igualdade garante que todas as condutas autorizadas pelo princípio da liberdade recebam o mesmo tratamento da lei (ROMANO, 2009). Em caso concreto, tal princípio impede que seja inserida a expressão “transexual” junto aos assentos civis do transexual que buscar a sua alteração.

Em relação às informações pré-existentes, a coexistência delas com as novas informações em relação ao transexual geraria um dano maior do que aquele que se tentou combater, sendo que a simples supressão daquelas apresentaria dificuldades: retrataria, uma situação que surgiu em momento posterior ao nascimento, após o tratamento de redesignação sexual, bem como, comprometeria a segurança jurídica e a legítima confiança que a sociedade deposita no registro público (GARCIA, 2010). A solução para se preservar a

função do registro e não trazer, uma vez mais a público, o abalo psíquico que sempre atormentou o transexual, é inserir naquele a observação de que houve alteração nos campos referentes ao prenome e sexo por força de decisão judicial, proferida por determinado órgão jurisdicional e, em determinado processo. Tendo em vista que, numa primeira análise, o prenome e sexo do indivíduo seja algo que diga respeito somente si, tal conclusão não resiste a uma reflexão mais profunda. Assim, “É plenamente factível que terceiros de boa-fé se relacionem com o indivíduo única e exclusivamente por acreditarem que ele pertence a um dado sexo; essas pessoas, à evidência têm o direito de saber se tal pertença é inata ou adquirida” (GARCIA, 2010, p. 66). Cada indivíduo possui uma história carregada de experiências e impressões de vida, que deve ser objeto de avaliação pelos sujeitos que ele venha a se relacionar. O silêncio do registro impossibilita o acesso, por outros relacionados ao transexual, de uma considerável parcela da vida deste.

Assim, cabe aquele que se sentir enganado pelo cônjuge de transexual que omitiu a sua condição prévia, buscar no prazo decadencial de três anos, por erro essencial quanto à pessoa do outro, a anulação do casamento conforme disposto no artigo 1.546 do Código Civil (BRASIL, 2015c). Isso, em razão da dignidade daquele cônjuge, uma vez que este também tem uma dignidade que deve ser respeitada, o que inclui o direito de conviver ao lado da pessoa que melhor compatibilizar com seus sentimentos, à sua maneira de vida e aos seus critérios referenciais de certo e errado. É óbvio que o diálogo e a sinceridade devem ser parte de qualquer interação interpessoal, e o matrimônio só deve ser contraído em circunstâncias em que a confiança e o passado de cada um dos envolvidos seja compartilhado, para evitar futuros problemas.

O não reconhecimento do direito de transexuais à retificação do registro civil, quanto ao prenome e a definição de sexo (masculino ou feminino), se fere a princípios fundamentais da Constituição, como a dignidade da pessoa humana, bem como efetivamente propicia uma possibilidade de integração só transexual à sociedade. Quanto às questões relacionadas à possibilidade e às consequências pessoais e sociais das mudanças de prenome e de sexo registral, conclui Tereza Rodrigues Vieira (2003, p. 101): “[...] no que tange ao legislativo, ainda não há

uma lei específica sobre o assunto, contudo também não existe nenhuma proibição legal”, sendo, portanto, possível recorrer ao Poder Judiciário para ver garantidos os seus direitos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A República Federativa do Brasil, enquanto um Estado Democrático de Direito, deve prestigiar, entre diversos princípios, o respeito ao pluralismo e a diversidade, princípios previstos no texto da Constituição Federal de 1988. Para que tais efetivamente ocorram, deve o Estado promover a coexistência e a convivência das diferentes manifestações da identidade pessoal dos indivíduos, calcadas nas mais diversas características, entre estas a característica sexual de cada um. Logo, as identidades sexuais devem ser analisadas sob a ótica multicultural, ou seja, não se deve determinar a característica sexual da identidade utilizando como base apenas os critérios biológicos, pois tanto o psíquico quanto psicológico que possuem grande relevância na determinação destas sexualidades identitárias.

Cabe, então, ao direito no exercício de sua função como regulador e pacificador da vida no meio social, decidir a melhor forma de reconhecer e garantir a condição da transexualidade, conferindo-lhe tratamento jurídico especial, quando necessário para assegurar a sua inserção no cotidiano social. Destarte, diante da omissão legislativa no tocante a transexualidade e seus direitos conexos, o Poder Judiciário é bombardeado com diversas ações buscando resguardar interesses e direitos fundamentais dos indivíduos transexuais. Essas ações estão sujeitas à convicção íntima do julgador, o qual pode exercer sua função com a devida alteridade, objetivando um tratamento digno a qualquer indivíduo, ou evidenciar o discurso fundamentalista discriminatório presente em diversos segmentos sociais.

A temática da transexualidade já foi objeto de ação, a qual em sede tramitou junto ao Superior Tribunal de Justiça, gerando a abordagem da situação pela corte de uma maneira vanguardista. A decisão do Recurso Especial nº. 1.008.398-SP é uma decisão ímpar em reconhecer a transexualidade como

expressão identitária no ordenamento jurídico prático, apesar de não abordar a questão acerca da necessidade ou não do processo de redesignação sexual como requisito intrínseco para mudança do assentamento público. Tanto a ementa da decisão, quanto o voto da Relatora Ministra Nancy Andrichi, demonstram uma preocupação com o bem-estar dos indivíduos transexuais, apresentando elementos de diversas áreas do conhecimento, bem como a maneira que as cortes internacionais de direitos humanos abordam a temática, condensando numa ementa que busca garantir a derradeira dignidade da pessoa humana. Essas razões acabaram por elevar a decisão a um status de *leading case*, ou seja, um paradigma na compreensão e aplicação do direito pátrio.

Evidencia-se, então, que para o devido reconhecimento do transexual deve-se assegurar a este o exercício de sua identidade sexual e seus direitos conexos, a partir de uma série de preceitos que proporcionem tanto a sua visibilidade, integração, quanto a aceitação. Isso somente é possível quando lhe é garantida a disposição sobre o próprio corpo, à sua integridade física e moral, à saúde física e emocional, à sua intimidade, à privacidade, ao nome, à igualdade e à liberdade de sua identidade sexual, os quais, conforme exposto, são protegidos no ordenamento jurídico brasileiro, como evidenciado pela decisão do Superior Tribunal de Justiça. A partir de tais garantias, pode o transexual buscar a mudança de seu gênero físico aparente, podendo, então, assumir sua nova vida, com todos os ônus e bônus inerentes de sua nova identidade sexual, sem ser rotulado ou discriminado, e eventuais prejuízos a direitos de terceiros devem ser demandados em processos próprios para tal, sem que o transexual tenha de carregar consigo a marca de seu sofrido passado.

A garantia do direito à identidade sexual do transexual e seu reconhecimento pelo Poder Judiciário, demonstra o início da jornada a partir da tolerância na busca pelo respeito e reconhecimento público pleno da transexualidade por parte do Estado e da sociedade, permitindo a integração destes sujeitos e a convivência com outras pessoas condizente à dignidade de qualquer ser humano. Todo o ser humano tem de ter garantido sua liberdade de buscar a própria felicidade, sendo da maneira como escolheu, exatamente como todos aqueles considerados normais merecendo serem felizes.

REFERÊNCIAS

AGABEN, G. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida I**. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

BAUMAN, Z. **Em busca da política**. Tradução Marcus Penche. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BRASIL, Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 05 abr. 2015a.

_____. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 05 abr. 2015b.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso 05 abr. 2015c.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.008.398-SP**. Recorrente: Clauderson de Paula Viana. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministra Nancy Adrigli. Brasília, DF, 15 de novembro de 2009. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 18 nov. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702733605&dt_publicacao=18/11/2009>. Acesso em: 05 abr. 2015d.

CASSEMIRO, L. C. **Tenho direito de ser “Amapô”**: as trajetórias de travestis e transexuais face a implementação das políticas públicas de assistência social e saúde. 2010. 135p. Dissertação (Mestrado em Serviço Social), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 8 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

DINIZ, M. H. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUTRA, A. L. Breves considerações acerca da globalização e seus reflexos na identidade. In: MADERS, A. M.; ANGELIN, R. (Org.). **Multiculturalismo e Direito em Foco**. Santo Ângelo: FuRI, 2014. v. 2. p. 40-63.

GARCIA, E. A “mudança de sexo” e suas implicações jurídicas: breves notas. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 12, n. 18, p.52-68, ago./set. 2010.

HABERMAS, J. **A inclusão do outro**: estudo de teoria política. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HALL, S. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução Tomaz Tadeu da Silva & Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: Lamparina, 2014.

HONNETH, A. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução Luiz Reppa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

JESUS, J. G. de; ALVES, H. Feminismo transgênero e movimentos de mulheres transexuais. **Revista Cronos**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da UFRN, Natal. v. 11, n. 2, p. 8-20, jul/dez. 2010.

LYRA, J. F. D. da C. O Estado na era da fluidez: homo sacer como expressão da biolítica do direito penal imperial. In: HOMMERDING, A. N.; ANGELIN, R. **Diálogo e entendimento**: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resoluções de conflito. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. v. 5. p. 24-58.

RESTA, E. **Percursos da identidade**: uma abordagem jusfilosófica. Tradução Douglas Cesar Lucas. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014.

ROMANO, A. M. Os direitos da personalidade e o tratamento jurídico do transexualismo. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 115-127, jan./jun. 2009.

VENTURA, M. Transexualidade: algumas reflexões sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual. In: RIOS, R. R. **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 141-167.

VIEIRA, T. R. **Bioética e direito**. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

_____. Transexualidade. In: DIAS, M. B (Coord.). **Diversidade Sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 412-424.

“VIDAS EM HIATO”: UMA ANÁLISE DO DIREITO À INTERSEXUALIDADE NO BRASIL, A PARTIR DA BIOGRAFIA DE CLAUDIA TAVARES

Carolina Lopes de Oliveira

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo refletir sobre o direito à intersexualidade no Brasil. Para isso, a intersexualidade será contextualizada e serão analisadas: suas nomenclaturas e diagnósticos, ocorrências, bem como o sistema binário de categorias sexuais a que cada indivíduo é submetido ao nascer. Pretende-se pensar sobre as concepções de “correção”, “anomalias” e “adequação” corporais utilizadas pelos profissionais de saúde, as consequências destas ideias sobre a sociedade e seus impactos nas crianças intersex. Avalia-se a relevância da utilização do Direito para o tema, bem como se investiga, por meio da verificação dos procedimentos e legislações adotadas no Brasil, de que maneira os direitos das crianças intersex têm sido tutelados até o presente. Alternativas serão buscadas, tanto nas pesquisas bibliográficas realizadas, quanto nas experiências adotadas em alguns países, para pensar nas melhores formas de preservar a vontade dessas crianças e permitir a construção subjetiva de sua identidade.

PALAVRAS-CHAVE: intersexualidade; sexo; gênero; direitos humanos; identidade.

1 INTRODUÇÃO

“Minha mãe me chamou, então, de ‘a criança’. Mesmo que nunca me sentisse diferente, a diferença já estava em mim.”

(Claudia Tavares, 2011)

Em seu livro “A Rejeitada”, Claudia Tavares narra sua própria história sem pudores ou máscaras.

Nascida na década de 60, na cidade de Palmeira dos Índios, município de Alagoas, ela descreve que sua mãe “deu à luz em casa, sem médicos, apenas com uma parteira e suas irmãs mais velhas”. De acordo com a autora, nenhuma

dessas mulheres conseguiu lhe “definir”, por isso, ela conclui que era uma “coisa indeterminada”.

Ainda criança, sua mãe a levou para morar em Garanhuns, no estado de Pernambuco. Lá, Claudia assiste a inúmeros episódios marcantes; uma infância que convive com histórias de assassinatos, estupros, tentativas de suicídio e que vivencia e presencia abusos, como o caso do “filho dos donos do chafariz de Garanhuns” que tinha um problema físico e vestia-se como mulher.

Segundo Claudia, quando nasceu, “Priscilia” tinha uma “anomalia”: foi declarada “mulher, mas na verdade era um homem” – realidade que não era compreendida pelo povo de Garanhuns e que submetia “Priscilia” a inúmeras humilhações, como as praticadas por crianças que a seguiam e gritavam: “ói o macho e fêmea! Tira a roupa dele pra ver!” (TAVARES, 2011, p. 45).

A autora conta que não sabia o que significava a palavra hermafrodita, mas “alguma coisa” lhe dizia que entre ela e “Priscilia” havia algo semelhante. Claudia afirma que nunca se sentiu anormal, mas que se perguntava se alguém iria lhe “chamar de macho e fêmea um dia” e que isso lhe causava uma “enorme dor no coração”.

O sonho de Claudia, que sempre se viu como mulher, era “ter uma grande cultura geral”. Desde cedo, entre oito ou nove anos, trabalhava para custear seus estudos, além de ajudar sua mãe com os serviços de casa e no cuidado dos outros irmãos.

Ainda nova, foge para São Paulo, onde passa fome e necessidades. Com 13 anos, perde a mãe, a pessoa que mais amava, e tenta o suicídio. Claudia acorda no hospital e conta que “ninguém conseguiria fazer voltar sua felicidade perdida” (TAVARES, 2011, p. 71). Assim, uma criança sozinha no mundo e sem esperanças, ela passa a se prostituir.

Com 18 anos, consegue viajar para Paris. Ao longo dos anos em que lá reside, vive inúmeras situações e experiências difíceis de descrever em poucas palavras – desde sua vida como esteticista, até um homicídio que a leva a cumprir sete anos de prisão.

Em 1987, com o sucesso proveniente da publicação de seu outro livro, “A mulher inacabada”, Claudia é entrevistada por televisões, rádios, jornais e revistas

francesas. No mesmo ano, conta que “enfim os médicos franceses colocaram fim ao seu calvário”, pois, para ela, deixar de ser de “sexo indeterminado” significava tornar-se uma “mulher respeitável” (TAVARES, 2011, p. 184).

A história de Claudia, muito mais rica do que o tamanho desse trabalho permite expor, retrata de forma detalhada – e às vezes chocante – as condições precárias e de desconhecimentos a que uma pessoa intersex é submetida.

É certo que muitas mudanças aconteceram desde a década de 60, quando Claudia nasceu. Todavia, não há como garantir que sua realidade, envolta em pobreza e violência, não esteja se repetindo até os dias de hoje em lugares ermos de um país continental como o Brasil, principalmente em questões tão complexas quanto o nascimento de uma criança intersex.

Afinal, mesmo nas capitais brasileiras ou nos países considerados desenvolvidos, a intersexualidade revela-se um tema pouco discutido, onde a voz da ciência parece ser ouvida em um constante discurso monológico.

O tema é tão controverso, porque envolve uma premissa atribuída a uma natureza inerente dos seres humanos: a lógica binária dos sexos.

Conforme explica o professor Daniel Borrillo, essa “gramática dos sexos” inscreve as crianças desde o seu nascimento em uma ou outra classe sexual e, através dessa atribuição universal, determina uma socialização diferenciada (BORRILLO, 2010, p. 292).

E isto pode ser facilmente observado, pois o sistema binário está presente em inúmeros aspectos cotidianos. Desde banheiros públicos e presídios, até brincadeiras de escola e modalidades esportivas, a separação “masculino e feminino” mostra-se sempre evidente.

Um documentário alemão sobre o tema, chamado “O terceiro sexo”¹²³, retrata parte do cotidiano de Inge, uma criança intersex cujos pais optam por não realizar qualquer procedimento cirúrgico de “definição de sexo”.

Em uma situação típica do sistema binário que a sociedade está acostumada a reproduzir, a professora de Inge, Yvonne van Haren, conta que em uma brincadeira de roda na escola pediu às crianças que escolhessem um

¹²³ DAS DRITTE GESCHLECHT. Direção: Britta Julia Dombrowe. Produção: Valentin Turn. Munique: ZDF Mona Lisa, 2009. 1 DVD (51 min), son. color.

menino e uma menina para brincar. Segundo ela, Inge levantou a mão na vez das meninas e dos meninos. Nesse momento, algumas crianças a questionaram se Inge poderia levantar a mão duas vezes, ao que Inge respondeu que podia, pois era “menino e menina”. Yvonne diz que confirmou e que as crianças não tiveram dificuldade de compreendê-la, pois para elas, “Inge é Inge, só isso”.

Porém, ao passo que algumas crianças parecem lidar com a situação de forma natural, quando se trata o tema no meio dos esportes, por exemplo, a situação é completamente diversa. Casos como os da brasileira Edinanci Silva, da sul-africana Caster Semenya e da indiana Santhi Soundarajan, são representativos de uma história esportativa que busca a “verificação de gênero” através de exames. No caso de Soundarajan, por exemplo, por não ter “passado no teste”, sua medalha de prata, adquirida nos jogos asiáticos de 2006, chegou a ser inclusive retirada¹²⁴.

Todas essas histórias constituem exemplos de pessoas que não se “adequam”, uma vez que sua existência fugiu à lógica considerada natural. Vidas que são submetidas ao questionamento de outros e, em muitos casos, antes mesmo de poderem se dar conta do que isso significa.

Paula Machado, citando um trecho do texto “As Inominadas”, retrata as muitas cirurgias a que crianças são submetidas sem nem ao menos conseguirem entender o porquê:

Muitas souberam que eram diferentes em sua primeira infância. Pressentiram que seu nascimento não foi uma boa notícia para ninguém. Muitas passaram os primeiros anos indo e voltando, de casa para o hospital. Muitas sofreram cirurgias destinadas a reduzir o tamanho de seu clitóris. Ninguém as perguntou. Ninguém as explicou o porquê. Muitas descobriram a verdade de sua história espiando seus registros médicos, às escondidas. Algumas tiveram que usar sua imaginação para reconstruí-la. Outras a descobriram vasculhando em livros de medicina. Algumas foram submetidas à vaginoplastias compulsivas e a meses e anos de dilatações vaginais. Muitas lidam todos os dias com a insensibilidade vaginal. Vivem em culturas onde seus corpos são temidos, são corrigidos, são mutilados. [...] Muitas levam na carne a experiência de uma violação sem fim. Para muitos e muitas elas nem sequer são reais. Nem sequer existem. Suas vidas parecem transcender pra lá da diferença sexual, pra lá do gênero, em um lugar nebuloso, sem tempo. (MACHADO, 2008, p. 189).

¹²⁴ BEHRENSSEN, Maren. **Intersex athletes: Do we need a gender police in professional sports?**. Disponível em: <<http://www.iwm.at/publications/5-junior-visiting-fellows-conferences/maren-behrensens-2/>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

Em pesquisa realizada no ano de 2004 com três crianças de seis anos de idade no Instituto de Psicologia da Universidade de Brasília foi observado que as duas que realizaram cirurgia (independentemente da idade que tinham no momento da intervenção), apresentaram uma imagem negativa sobre seu corpo, especificamente, a genitália¹²⁵.

Um tema controverso, mas que carece urgentemente de maior visibilidade, pois está conectado, assim como o reconhecimento de toda identidade, a um “sentido de pertencimento a um grupo social de referência” (SANTOS, 2011, p. 48).

Afinal, o que significa ser do sexo masculino ou feminino? O ser humano somente pode ser compreendido deste modo dicotômico? Existe diferença entre sexo e gênero? A intersexualidade pode ser considerada patologia?

Com o intuito de refletir sobre essas e outras indagações, o presente trabalho se propõe a estudar a intersexualidade, especificamente no Brasil. Um pequeno passo em uma caminhada destinada a transformar histórias como “A Rejeitada” e “As Inominadas”, em lembranças de um tempo que já não existe mais.

2 INTERSEXUALIDADE: A EXISTÊNCIA NAS DISCORDÂNCIAS

“[...] como sugere Freud [...] é a exceção, o estranho, que nos dá a indicação de como se constitui o mundo corriqueiro e presumido dos significados sexuais. É somente a partir de uma posição conscientemente desnaturalizada que podemos ver como a aparência de naturalidade é ela própria constituída.”

¹²⁵ SANTOS, M. M. R.; ARAUJO, T. C. C. F. **Intersexo**: o desafio da construção da identidade de gênero. *Revista da Sociedade Brasileira de Psicologia Hospitalar*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, jun. 2004. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582004000100003>. Acesso em 10 abr. 2015.

(Judith Butler, 2014)

Quando se diz a palavra “intersexualidade”, muitas pessoas parecem não compreender o tema de forma apropriada. A maioria imagina que se trate de algo relacionado à sexualidade, mas dificilmente – a menos que trabalhe, estude ou pesquise sobre essas questões – pensará no caso específico de que o tema trata.

Por outro lado, se se utiliza o termo “hermafrodita”, aqueles que pensavam ser um “sinônimo para transexualidade” ou aqueles que apenas acenavam com a cabeça (sem nem ao menos tentar compreender a situação em discussão), parecem instantaneamente entender o assunto.

Sendo assim, é de suma importância perceber de onde teria surgido o termo “hermafrodita” e porque essa não é a nomenclatura adequada.

A palavra “hermafrodita” teve sua origem na combinação dos nomes de dois deuses gregos: Hermes (deus da magia, das viagens, da fertilidade, etc.) e Afrodite (deusa da beleza e do amor). De acordo com um de seus mitos, o primeiro “hermafrodita” era o filho destes deuses e chamava-se Hermaphroditos. Dono de uma beleza estonteante, ele teria despertado a paixão de uma ninfa que, dominada por este sentimento, colou-se ao seu corpo, tornando-os um só (FAUSTO-STERLING, 2000, p. 32).

Assim, tal história e o nome de seu personagem principal (Hermaphroditos) passaram a ser utilizados como referência para identificar os casos de indivíduos que apresentassem as características físicas dos dois sexos, masculino e feminino.

Contudo, afirma SUTTER que “o Hermafrodita Verdadeiro não existe, no aspecto funcional”. Isto porque o filho de Afrodite e Hermes era capaz de se autorreproduzir, possibilidade que não existe na espécie humana¹²⁶.

¹²⁶ Segundo a biologia, os animais hermafroditas são aqueles que possuem no mesmo organismo tanto órgãos reprodutores femininos quanto masculinos e que funcionalmente produzem os dois tipos de gametas (como, por exemplo, as minhocas). Porém, ainda que capazes de fazê-lo, cumpre ressaltar que a maior parte dos animais hermafroditas não se autofecunda, evita a autofertilização trocando células germinativas com outro membro da mesma espécie, ou seja, há em sua reprodução uma dupla troca de gametas. (Disponível em: <http://reproducanimal.blogspot.com.br/2010/11/hermafroditismo.html>. Acesso em: 10 abr. 2015).

Desta forma, por não haver registro da existência do hermafroditismo completo em humanos, ou seja, a duplicidade não apenas morfológica, mas funcional de sexo (capacidade “de se reproduzir sem a intervenção de outrem da mesma espécie e de sexo oposto”), para a autora não é possível afirmar que o indivíduo possa ser, ao mesmo tempo, homem e mulher. Segundo ela, haveria um “falso hermafroditismo”, diante da ambiguidade das estruturas reprodutivas no momento do nascimento, que não permite que o sexo do indivíduo seja estipulado como masculino ou feminino, exclusivamente (SUTTER, 1993, p. 64-65).

Diante de sua impropriedade, o termo passou a ser inutilizado e outras nomenclaturas começaram a ser pensadas. Qual seria, porém, a nomenclatura mais adequada?

Em 1917, no artigo do pesquisador biomédico Richard Goldschmidt, de nome “*Intersexuality and the endocrine aspect of sex*”, o termo “hermafroditismo” foi substituído por “intersexualidade” pela primeira vez. Nos anos 90, essa nomenclatura foi novamente utilizada por ativistas políticos que objetivavam acabar com as precoces cirurgias “corretoras” dos genitais considerados “ambíguos” (MACHADO, 2008, p. 166).

Porém, anos mais tarde, mais especificamente em 2005, a nomenclatura “intersex” e as categorias de “hermafroditismo” e “pseudo-hermafroditismo” foram discutidas. Um grupo de cinquenta médicos e ativistas políticos resolveu se reunir em Chicago para debater as questões clínicas envolvendo a intersexualidade.

Desta reunião, originou-se um documento, publicado em 2006, conhecido como “Consenso de Chicago” que estabeleceu que o termo médico recomendado para referir-se aos casos seria “*Disorders of Sex Development (DSD)*” – gênero no qual se agrupariam diversas “espécies de intersexualidade”, como as síndromes de Klinefelter e Turner (MACHADO, 2008, p. 166).

Desde então, a nomenclatura internacional utilizada pelos médicos e sugerida por eles às demais ciências, continua sendo “DSD”.

O termo “*disorder*”, contudo, conforme explica Paula Machado, remete, por sua própria tradução, à ideia de desordem, o que sugere uma doença ou anomalia que precisa de “ordenação”.

No Brasil, o termo adotado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) em sua resolução que trata do tema (Resolução n.º 1.664/2003) foi um pouco diferente: “Anomalias da Diferenciação Sexual (ADS)”. Mesmo assim, a crítica de Paula Machado também pode ser aplicada a essa nomenclatura, uma vez que ela traz em si mesma o substantivo “anomalia”.

Por estas razões, e diante das perspectivas de “relativização da ideia de ‘patologização’ e crítica às classificações médicas” (MACHADO, 2008, p. 17) que são objetivos do presente trabalho, entende-se que os termos “intersex” e “intersexualidade” são os mais adequados.

Uma vez pensada a nomenclatura, é importante analisar seu significado e representação. Desta forma, o que se poderia entender por intersexualidade? Quando e com que frequência ela ocorre?

Segundo os médicos Durval Damiani e Gil Guerra-Júnior (que preferem utilizar o termo ADS)¹²⁷:

Definindo de forma bastante global, dizemos que uma **ADS é a situação em que não há acordo entre os vários sexos do indivíduo**, ou seja, o sexo genético, retratado pela sua constituição cariotípica 46,XX ou 46,XY, o sexo gonadal/hormonal, e o sexo fenotípico. (grifou-se)

Já a bióloga Anne Fausto-Sterling, explica que:

Os tipos mais comuns de intersexualidade são hiperplasia adrenal congênita (HAC), síndrome da insensibilidade aos andrógenos (SAI), disgenesia gonadal, hipospádias, e composições cromossômicas não usuais, como XXY (Síndrome de Klinefelter) ou XO (Síndrome de Turner). Os chamados hermafroditas verdadeiros apresentam uma combinação de ovários e testículos. Às vezes, um indivíduo apresenta um lado masculino e um lado feminino. Em outros casos, o ovário e os testículos crescem juntos no mesmo órgão, formando o que os biólogos chamam de ovo-testis. Não raro, pelo menos uma das gônadas funciona muito bem (o ovário mais frequentemente do que os testículos), produzindo esperma ou óvulos e níveis funcionais dos chamados hormônios sexuais – androgênios ou estrogênios. Na teoria, seria possível para um hermafrodita dar à luz a/ao seu/sua próprio/a filho/a, mas não há caso registrado de que isso tenha ocorrido. Na prática, a genitália externa e os dutos genitais que a acompanham são tão misturados que apenas depois de cirurgia exploratória é possível saber

¹²⁷ Tais autores chegam a afirmar que “[a] substituição de intersexo por anomalia da diferenciação sexual (ADS) ou, disorder of sex development (DSD), na língua inglesa, cai muito melhor e não dá a conotação de um ‘sexo intermediário’ como o nome antigo proporcionava”. (DAMIANI, Durval; GUERRA-Jr, Gil. **As novas definições e classificações dos estados intersexuais: o que o Consenso de Chicago contribui para o estado da arte?** *In*: Arquivos Brasileiros de Endocrinologia & Metabologia, São Paulo, v. 51, n. 6, ago. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0004-27302007000600018&script=sci_arttext>. Acesso em: 12 mar. 2015).

quais partes estão presentes e o quê está ligado ao quê¹²⁸. (traduzido do original)

Os médicos DAMIANI e GUERRA-JÚNIOR salientam ainda que pode haver casos com ou sem ambiguidade genital. Assim, é possível, por exemplo, que uma criança tenha síndrome de Turner – apresentando um cariótipo com perda total ou parcial de um dos cromossomos sexuais – e que seu sexo fenotípico seja feminino, sem ambiguidade.

O CFM traz no artigo 1º de sua Resolução nº 1.664/03 uma relação de nomenclaturas das situações que podem causar as – pelo Conselho denominadas – ADS:

Art.1º - São consideradas anomalias da diferenciação sexual as situações clínicas conhecidas no meio médico como genitália ambígua, ambigüidade genital, intersexo, hermafroditismo verdadeiro, pseudo-hermafroditismo (masculino ou feminino), disgenesia gonadal, sexo reverso, entre outras.

Em sua exposição de motivos, tal Resolução contém uma série de exames e procedimentos recomendáveis ao diagnóstico e tratamento, como por exemplo: “Do ponto de vista prático, um tamanho peniano menor de 2 cm está abaixo da normalidade para qualquer faixa etária”¹²⁹.

Além disso, sugere uma “investigação multidisciplinar” feita por uma equipe multiprofissional de várias especialidades (cirurgia, endocrinologia, radiologia, psiquiatra infantil, pediatria, clínica, genética, etc.), cujo maior objetivo será: “obter uma definição racional sobre o sexo de criação mais recomendável”¹³⁰.

Cumprе ressaltar que em todas as definições apresentadas até o momento para caracterizar a intersexualidade, apenas o aspecto biológico do sexo foi considerado, ou seja, desconsiderou-se sua pluridimensionalidade.

¹²⁸ “The most common types of intersexuality are congenital adrenal hyperplasia (CAH), androgen insensitivity syndrome (AIS), gonadal dysgenesis, hypospadias, and unusual chromosome compositions such as XXY (Klinefelter Syndrome) or XO (Turner Syndrome). So-called true hermaphrodites have a combination of ovaries and testes. Sometimes an individual has a male side and a female side. In other cases the ovary and testis grow together in the same organ, forming what biologists call an ovo-testis. Not infrequently, at least one of the gonads functions quite well (the ovary more often than the testis), producing either sperm or eggs and functional levels of the so-called sex hormones – androgens or estrogens. In theory, it might be possible for a hermaphrodite to give birth to h/her own child, but there is no recorded case of that occurring. In practice, the external genitalia and accompanying genital ducts are so mixed that only after exploratory surgery is it possible to know what parts are present and what is attached to what.” (FAUSTO-STERLING, 2000, p. 51)

¹²⁹ Anexo I, item 1, alínea “a”, loc. cit.

¹³⁰ “Exposição de Motivos”, loc. cit.

Isto porque, como afirma Raul Choeri, a definição do “sexo individual” é, na verdade, o resultado da combinação de três sexos parciais: o sexo biológico, o psíquico e o civil (CHOERI, 2004, p. 85). Assim, o conceito de “sexo”, apesar de considerado na maioria das vezes como um conceito dual (masculino e feminino), para ele demandaria um exame pluridimensional, na medida em que não somente os fatores biológicos devem ser considerados para sua caracterização, como também os elementos de ordem psicossocial, de criação e jurídicos.

E como se essas dificuldades para compreender a intersexualidade não bastassem, também existe discordância na literatura médica quanto à constância de sua ocorrência.

A maioria dos textos e pesquisas médicas e a própria ideia do termo “anomalia”¹³¹ presente na nomenclatura ADS, sugerem que a intersexualidade corresponde a um “fenômeno específico” de casos incomuns e pouco frequentes. DAMIANI e GUERRA-JÚNIOR, por exemplo, afirmam que “uma anomalia genital ocorre em 1 de cada 4.500 nascimentos”¹³².

Por outro lado, em seu livro “*Sexing the body: gender politics and the construction of sexuality*”, FAUSTO-STERLING sugere que a intersexualidade não é tão rara como os documentos médicos parecem sugerir. Para isso, apresenta dados de literatura médica coletados por ela em pesquisa conjunta com seus alunos de graduação da Universidade de Brown.

De acordo com a autora, a porcentagem alcançada foi de 1.7% de crianças intersex a cada 100 bebês nascidos vivos por ano, o que representaria 5.100 indivíduos em uma cidade de 300.000 habitantes, por exemplo.

FAUSTO-STERLING (2000, p. 51-53) considera que sua análise, apesar de consistir em uma média a partir de uma ampla variedade de populações (pois não há uniformidade em todo o mundo; ora a frequência de casos aumenta, ora diminui), como também pelo fato de ter sido realizada com a reunião de várias causas de “desenvolvimento sexual não-dimórfico”, ainda assim demonstra uma realidade bem diferente da propagada pela medicina. Ressalta a autora que tais

¹³¹ “Anomalia sf. 1. Irregularidade; 2. aberração.” (AMORA, Antônio Augusto Soares. Minidicionário Soares Amora da língua portuguesa. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 42).

¹³² Tais autores atribuem essa informação a Leonard Sax. (DAMIANI, Durval; GUERRA-Jr, Gil, op. cit., loc. cit. Acesso em: 12 mar. 2015).

números são maiores do que a incidência do nascimento de indivíduos albinos, por exemplo (1 em cada 20.000 bebês).

Já o médico Leonard Sax, segundo GUIMARÃES JÚNIOR (2014, p. 24-25), critica os resultados encontrados por FAUSTO-STERLING. Segundo ele, algumas síndromes consideradas por ela em suas pesquisas não seriam representantes de casos de intersexualidade. Por isso, para SAX, a incidência de indivíduos intersex seria de 0,018%, e não de 1.7% – o que equivaleria a uma redução de 5 milhões para 50 mil pessoas “intersex verdadeiras” nos Estados Unidos da América.

Ao realizar uma busca por dados específicos do nascimento de crianças intersex no Brasil, observa-se que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) fornece inúmeros dados relacionados aos registros dos nascidos vivos, óbitos (salientando os óbitos fetais), casamentos, separações e divórcios¹³³.

Além disso, em sua base de dados referente ao Ministério da Saúde, pode ser encontrado o Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos (SINASC), existente desde 1994 e que informa se utilizar da Declaração de Nascido Vivo (DN) para coletar informações do nascimento dos bebês, de suas mães, de suas gestações e partos, bem como dos dados do próprio recém-nascido. Dentre as informações coletadas do bebê estão: o peso, o sexo e as anomalias congênitas que ele possa ter (utilizando, para isso, a “CID” correspondente)¹³⁴.

Todavia, em nenhuma das tabelas do IBGE pôde ser localizado algum campo ou dado referente às informações sobre o número de nascimentos de crianças intersex. No mesmo sentido, afirma GUIMARÃES JUNIOR (2014, p. 25) que:

Salvo pela eventual existência de pesquisas realizadas em determinados hospitais, mas não disponibilizadas ainda através da literatura médico-científica, **não tive acesso a qualquer banco de dados sistematizado que, em nosso país, reúna informações a respeito do número de anomalias congênitas em bebês que sugiram a ocorrência de casos de intersexualidade com diagnóstico preciso de “genitália ambígua”**. (grifou-se)

¹³³ Em pesquisa do ano de 2009, inclusive, foram apresentados inúmeros indicadores orientados pelo sexo das pessoas, como a “Esperança de vida ao nascer, por sexo”. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv42597.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2015).

¹³⁴ IBGE. Disponível em: <<http://cod.ibge.gov.br/239GG>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

Assim, desde que nascem, as pessoas intersex são imersas em um mundo de incertezas e passam a existir em meio às discordâncias. Não há consenso quanto às nomenclaturas, quanto à frequência da ocorrência de casos, quanto ao que pode ser considerado intersexualidade. Um quadro ainda pior no Brasil, onde uma sistematização de dados que seja de fácil acesso para os indivíduos envolvidos, como mencionado, sequer existe.

3 CIRURGIAS DE “ADEQUAÇÃO”: UMA BUSCA PELA VERDADE DE QUEM?

“No que se refere ao paradoxo normatização corporal versus autonomia do indivíduo, emerge outra interrogação: como lidar com o fato de que uma decisão tomada em um contexto, por uma equipe de saúde juntamente com os pais do bebê, possa ser questionada mais tarde, quando a própria pessoa já teria autonomia para decidir?”

(Paula Sandrine Machado, 2008)

De acordo com BORRILLO (2010, p. 292), “supostamente fundamentada numa realidade biológica, a *summa divisio* sexual aparece como natural e inevitável. [...] Na ordem binária dos sexos, os indivíduos são, necessariamente, distribuídos em dois grupos: machos ou fêmeas”.

Assim, em atendimento a essa lógica, quando nasce um indivíduo que a ela não corresponde, uma “solução” a ser adotada, segundo os profissionais da saúde, são as “cirurgias de adequação”, utilizadas para adequar o aspecto morfológico da genitália ao “sexo verdadeiro”.

Ocorre que esse procedimento, na maioria das vezes, não apenas deixa de considerar o mencionado exame pluridimensional do sexo, como também o

simplifica em “ter ou não Y, de produzir ou não testosterona”, e transforma “o feminino em aquilo que não se tornou masculino” (MACHADO, 2008, p. 140).

No passado, inclusive, havia uma tendência nas técnicas de intervenção em “transformar corpos ‘fronteiriços’ em corpos ‘mais parecidos o possível’ com os de mulheres”. Isto porque era considerado mais fácil construir uma vagina, do que um pênis – da onde, inclusive, teria surgido o trocadilho: “é mais fácil cavar um buraco do que construir um poste” (MACHADO, 2008, p. 64).

Além da gravidade desta utilização pelos médicos de critérios superficiais para a “determinação do sexo”, salienta MACHADO (2008, p. 178) que em muitos casos as famílias dos intersex não participam da maioria das etapas em que atuam os profissionais responsáveis pela “descoberta do sexo verdadeiro” (cirurgiões, pediatras, endocrinologistas, geneticistas, etc.).

No entanto, da mesma maneira em que tal ausência de participação se mostra preocupante, a presença dos familiares também pode ser, pois muitas vezes o dinheiro, a cultura e a religião acabam influenciando na decisão das famílias que optam pela cirurgia precoce.

Observa-se, portanto, que a ideia da “descoberta do sexo verdadeiro da criança intersex” frequentemente esconde escolhas externas, nas quais ou são utilizados critérios puramente excludentes (se não tem “Y”, então é feminino) e de facilidade cirúrgica (como o usado no passado), ou o critério do “filho ou filha que os pais querem ter”.

Essas decisões externas e impositivas se tornam ainda mais evidentes pela leitura da Resolução do CFM. Neste documento, fala-se da importância da interação com os pacientes e seus familiares, mas não há informações de como isso deva ocorrer. Além disso, no quesito referente à “avaliação psicossocial” é dito que:

O atendimento dos portadores de anomalias da diferenciação sexual pela equipe de saúde mental visa construir uma relação positiva entre os pais e a equipe médica. **Esta intervenção precoce é fundamental** para maior fortalecimento emocional e enfrentamento à angústia que a situação provoca. Nesta circunstância, o núcleo social e familiar fica ambivalente e com sentimento de culpa nos primeiros momentos, pois **é senso comum que a identidade sexual deve ser construída pelos familiares e sociedade**, gerando, assim, forte ansiedade.¹³⁵ (grifou-se)

¹³⁵ Anexo I, item 4, loc. cit.

Se o uso dos termos “hermafrodita” e *disorder* são depreciativos aos indivíduos intersex e, portanto, inadequados ou até mesmo traumatizantes, seria possível precisar o impacto futuro na vida de uma criança intersex cujo sexo é designado por uma escolha de seus pais ou, nem mesmo deles, mas de médicos que não procuram saber o que pensa a criança ou a família, acreditando ter encontrado através de exames o seu “verdadeiro sexo”?

Deste modo, é preciso verificar se a participação do indivíduo intersex neste processo é realmente respeitada e de que maneira sua família intervém neste processo – se como “possuidora da decisão final”, ou como auxiliar durante o caminho. Afinal, a imposição de uma escolha, seja ela feita pela equipe médica ou pelos familiares, impede que haja uma verdadeira constituição da subjetividade da criança, que respeite sua autonomia e faça com que ela efetivamente construa sua identidade.

Em outras palavras, o processo de “descoberta do sexo” do intersex se for insistentemente imposto (através de cirurgias, tratamentos hormonais e exames) e estiver ocorrendo “de fora pra dentro”, não deveria acontecer de “dentro pra fora”? E não deveria o Direito garantir que isso assim ocorresse?

Outro problema existe na discordância quanto à escolha da medida a ser adotada pela família ou pelos médicos nesses casos.

Para a maior parte dos médicos atuantes na área, a intervenção cirúrgica é essencial. Por outro lado, para a maioria dos participantes dos movimentos sociais de pessoas intersex, tais cirurgias causam sofrimentos físicos e psíquicos que mais do que evitáveis, são desnecessários.

Contudo, explica GUIMARÃES JUNIOR (2014, p. 26-28) que já existem médicos que não estão realizando as cirurgias precoces de reconstrução genital, pois preferem aguardar os resultados das pesquisas e estudos dedicados a informar seus verdadeiros benefícios. E, ao mesmo tempo, há pessoas dentro do movimento social que acreditam que o constrangimento e sofrimento psíquicos oriundos da “não normalização de suas genitálias” são um ônus muito maior do que os causados pelas cirurgias – basta lembrar o que disse sentir Claudia Tavares.

Sendo assim, diante de tantos posicionamentos divergentes, como não existem dados sistematizados sobre os procedimentos sendo adotados no Brasil? Por óbvio, nos casos de alto risco de morte ou formação de tumores cancerígenos, uma intervenção médica mostra-se de extrema urgência, mas e nos demais casos?

Será que realmente há uma possibilidade de escolha, ou seja: será que os familiares podem optar por não fazer a cirurgia e esperar até que seus filhos constituam sua identidade sexual para decidirem por si mesmos? Ou será que os diagnósticos dados pela equipe médica estão seguindo um padrão e considerando a intersexualidade uma “anomalia” carente de “correção” urgente e imperativa? Estaria havendo uma imposição de um poder médico-científico sobre os indivíduos leigos no assunto?

4 “MUITO AJUDA QUEM NÃO ATRAPALHA”: A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DO DIREITO COMO GARANTIDOR E NÃO COMO OBSTACULIZADOR DA CAUSA INTERSEX

O estudo da intersexualidade mostra-se relevante ao campo do Direito, na medida em que, como elucida José Henrique Torres, a sexualidade é um atributo da pessoa humana e, como tal, já deveria ter sido submetida à proteção legal desde a promulgação da Constituição de 1988¹³⁶. Afinal, a Carta Magna brasileira prevê em seu texto que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CRFB), logo, sua legislação e políticas públicas deveriam estar adaptadas para efetivar esta proteção.

Deveriam, mas não estão.

Ainda não há legislações no Brasil que tratem da intersexualidade, protejam os indivíduos intersex ou os mencione no ordenamento jurídico. Como visto, existe somente uma norma do CFM sobre o tema: a mencionada Resolução n.º 1.664/2003.

¹³⁶ TORRES, J. H. R. **Dignidade sexual e proteção no sistema penal**. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0104-12822011000200001&script=sci_arttext&tlng=en>. Acesso em: 08 fev. 2015.

E, como se não bastasse, não existem leis, mas existe um impasse: a Lei n.º 6.015/1973, que dispõe sobre os registros públicos, determina em seu artigo 50 que os pais têm o prazo de quinze dias para registrar seus filhos recém-nascidos. E em seu artigo 54, preleciona que o assento do nascimento deverá conter o sexo do registrando.

Uma vez que não existem ressalvas para os casos de intersexualidade, os pais de uma criança intersex terão esse mesmo período para “definir o seu sexo”, ou para deixar que os médicos decidam por eles. Afinal, se optassem pela manutenção da indefinição, teriam as seguintes opções: registrar com um dos sexos e depois, se fosse o caso, realizar a troca; ou não registrar até que houvesse a “definição”. São essas realmente “opções”?

O primeiro caso (registro imediato) não parece solucionar a questão, na medida em que, caso façam uma “escolha” que tenha de ser modificada posteriormente, somente poderão fazê-la pela via judicial, através da Ação de Retificação do Registro Civil. Além disso, conforme disposto pelo art. 57 da referida Lei, para realizar esta retificação no registro será necessária a audiência do Ministério Público – pedido que, diante do volume de processos judiciais, pode levar um longo período até ser atendido, deixando a criança sem proteção judicial e com seus direitos à identidade e dignidade violados.

Já se optarem por esperar até o momento em que “o sexo seja definido” pela equipe multidisciplinar que esteja cuidando do caso, enquanto estiver sem registro, a criança não existirá no plano jurídico e não terá seus direitos tutelados.

Observa-se, portanto, que para além do problema do prazo ínfimo de quinze dias para registro, sem exceções, está a existência da impossibilidade da manutenção da indefinição do sexo.

Desta forma, se pais brasileiros quisessem optar como o casal alemão, pais de Inge, pela manutenção da intersexualidade, para permitir que o indivíduo participasse desse processo e decidisse por si (inclusive pela não-intervenção), juridicamente essa criança não poderia ser protegida. Afinal, como proteger uma criança sem registro e como registrar sem informar o sexo, uma exigência prevista em lei?

Por isso, mais uma vez pergunta-se: não deveria o Direito participar da discussão para garantir – e não para impedir – a proteção destes menores?

5 EXISTEM ALTERNATIVAS

Em todo o mundo, diversas leis têm sido criadas e os próprios indivíduos intersex têm se organizado para lutar pela visibilidade de seus direitos.

O primeiro país a reconhecer um “terceiro gênero”, concedendo uma terceira opção para a descrição do sexo nos pedidos de passaporte, foi a Austrália, em setembro de 2011. Desde então, transgêneros e intersex podem ter, no campo de sua identificação de gênero, a letra “X”, que significa “sexo indeterminado”¹³⁷.

No mês de maio de 2013, os juizes australianos decidiram que as pessoas não têm de ser registradas como “homem” ou “mulher” em certidões de nascimento, óbito ou casamento. Tal decisão foi aplicada tanto a quem havia se submetido à cirurgia de mudança de sexo, como para aqueles que possuíam características de ambos os sexos (caso dos intersex) e os que se consideravam de gênero neutro¹³⁸.

No mesmo ano, a Alemanha se tornou o primeiro país europeu a autorizar que se deixasse em branco as lacunas correspondentes a “masculino” ou “feminino” nos registros de bebês cujo sexo não pôde ser claramente identificado no nascimento¹³⁹.

Tal medida criou uma categoria indefinida nos registros civis e, pela primeira vez, reconheceu os alemães que não entram nas categorias legais tradicionais (intersex) como uma categoria diferente e mesmo assim, existente –

¹³⁷ Cf. BBC News. **New Australian passports allow third gender option**. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-asia-pacific-14926598>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

¹³⁸ Cf. BBC News. **Recognition for Australians who identify as neither sex**. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-asia-22731013>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

¹³⁹ Esta possibilidade só havia sido admitida anteriormente pela Austrália, que incluiu a categoria “intersexo” nos documentos oficiais para reconhecer os transexuais ou pessoas de sexo indeterminado. A norma australiana entrou em vigor em julho de 2013 (Cf. LUSA. **Austrália acrescenta categoria "intersexo" aos documentos de identificação**. Disponível em: <<http://expresso.sapo.pt/australia-acrescenta-categoria-inter-sexo-aos-documentos-de-identificacao=f813878#ixzz36vdWQjQr>>. Acesso em: 08 abr. 2015).

conforme explicado pela professora de Direito da Universidade alemã de Bremen, Konstanze Plett.

Ainda segundo a professora, especialista nos direitos dos intersex, a nova regra se aplica – além da certidão de nascimento – a outros documentos oficiais. Assim, nos passaportes alemães agora existe a possibilidade da utilização do “X” para preencher a lacuna do sexo do indivíduo¹⁴⁰.

Por mais que aparentasse ser um grande avanço, de acordo com as organizações de apoio aos intersexuais a concessão do registro civil trazida pela lei alemã foi apenas a “ponta do iceberg no tratamento destas pessoas”. Vincent Guillot, porta-voz da Organização Internacional Intersexual, afirmou, na época, que o mais importante teria sido incentivar o fim das mutilações – algo, inclusive, que o Conselho da Europa já havia feito com a Resolução 1952. Para GUILLOT, uma boa medida seria uma lei que proibisse os médicos de tocarem no corpo da criança e que previsse acompanhamento psicológico aos pais e às crianças intersex¹⁴¹.

No mesmo sentido do argumento de GUILLOT, a Organização das Nações Unidas (ONU) elaborou um Relatório em 2013 para tratar da “tortura e outras formas cruéis, desumanas e degradantes de punição”. Nele, reconheceu que muitas pessoas intersex são submetidas a procedimentos de designação de sexo que, além de serem poucas vezes realmente necessários, são realizados sem o seu consentimento ou o de sua família, o que pode levá-las à infertilidade permanente e irreversível, bem como causar inúmeros sofrimentos psicológicos graves¹⁴².

Recentemente, a República de Malta, arquipélago localizado no Mar Mediterrâneo, tornou-se o primeiro país do mundo a proibir que médicos ou outros profissionais conduzam qualquer intervenção cirúrgica involuntária ou coajam a

¹⁴⁰ Cf. BBC News. **Germany allows 'indeterminate' gender at birth**. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-24767225>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

¹⁴¹ Cf. MÜZELL, Lúcia. **Alemanha se torna primeiro país europeu a aceitar indefinição do sexo**. Disponível em: <<http://www.portugues.rfi.fr/geral/20131101-alemanha-se-torna-primeiro-pais-europeu-aceitar-indefinicao-do-sexo>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

¹⁴² Organização das Nações Unidas – ONU. **Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment**. 2013. Item 77. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.53_English.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2015.

realização de intervenções cirúrgicas em menores intersex. Graças à aprovação do “*The Gender Identity Gender Expression and Sex Characteristics Act*” pelo Parlamento de Malta na manhã de 02 de abril de 2015, “o direito à integridade física e autonomia física das crianças intersex foi oficialmente reconhecido e protegido de intervenções médicas não necessárias”¹⁴³.

No Brasil, “tímidas” alternativas começam a ser pensadas, mas nada ainda “saiu do papel”. Em pesquisa sobre o tema, Roberta Fraser entrevistou três magistrados que apontaram as seguintes soluções possíveis:

- 1) Aceitar um Registro provisório da criança, com o seu prenome preenchido como RECÉM NASCIDO e o seu sexo em branco, até que se tenha a definição final do sexo e do nome; 2) Criar um sistema de prioridade para as Ações de Retificação de Registro Civil oriundas de crianças com intersexo; 3) Estabelecer um terceiro gênero no Assentamento Civil de Nascimento, para os casos de indivíduos intersexuados.¹⁴⁴ (grifou-se)

Outro exemplo consiste na proposta do Promotor de Justiça Criminal de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde do Distrito Federal, Diaulas Ribeiro, que recomenda a realização da “cirurgia reconstrutora do sexo” em crianças intersex, somente após a autorização do Ministério Público. Neste caso, conforme ressalva Paula Machado, faz-se necessário observar se este posicionamento não acabaria apenas por deslocar “o poder de decisão de uma esfera hegemônica (a medicina) para outra (o Judiciário), calando mais uma vez as vozes das pessoas intersex e de seus familiares” (MACHADO, 2008, p. 36).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

*“O conhecimento do real é uma luz que
projeta sempre alguma parte de
sombras.”*

(Gaston Bachelard, 1983)

¹⁴³ DREGER, Alice. **Malta Bans Surgery on Intersex Children**. Disponível em: <<http://www.thestranger.com/blogs/slog/2015/04/03/22001053/malta-bans-surgery-on-intersex-children>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

¹⁴⁴ FRASER, Roberta Tourinho Dantas. **Intersexualidade e direito à identidade**: uma discussão sobre o assentamento civil de crianças intersexuadas. Disponível em: <<http://robertafraser.jusbrasil.com.br/artigos/112106431/intersexualidade-e-direito-a-identidade-uma-discussao-sobre-o-assentamento-civil-de-criancas-intersexuadas>>. Acesso em: 09 fev. 2015.

A tendência tanto do senso comum, quanto de diversos estudiosos é – além de confundir sexo, gênero, identidade de gênero, papel de gênero, identidade sexual, sexualidade e orientação sexual – considerar o sexo como uma dualidade entre masculino e feminino.

A consequência de tal pensamento reflete-se intimamente na questão dos intersexuais. Conforme salientado por Paula Machado, é nesse contexto que surgem as “intervenções que pretendem ‘adequar’ os corpos de crianças intersex ao padrão binário” (MACHADO, 2008, p. 62), uma forma reducionista e simplificada que impede a profunda compreensão da identidade sexual.

Por esta razão, é de suma importância desconstruir estas “noções essencializadas”, observando que o sexo possui diversas dimensões e que não é um substrato do gênero.

Como afirmado pela historiadora Joan Scott, as diferenças entre homens e mulheres são construídas não apenas pela biologia, mas também pela cultura. Por isso, as relações de gênero são, para ela, necessariamente relações de poder (SCOTT, 1995, p. 72).

SANTOS (2011, p. 55) analisa, citando BORDIEU, que “a imagem que um indivíduo tem de si é construída a partir de modelos que a sociedade oferece, nos quais se determinam suas possibilidades e limites, e o que se espera dele”. Assim, é possível perceber ser devido a esta expectativa criada pela sociedade sobre o sujeito, que sua identidade é impedida de surgir espontaneamente, sendo reprimida e censurada quando difere daquilo “que se espera dele”.

Desta forma, urge repensar o binarismo no mundo contemporâneo, bem como desconstruir as dicotomias, pois os indivíduos reclamam uma pluralidade sexual que não cabe no sistema binário, nem no estereótipo que se criou do “homem e da mulher normais”. Afinal, se são as práticas sociais que constroem tais ideias, que atribuem uma essência a cada gênero, não há que se falar em “masculino e feminino natural”.

Por este motivo, o gênero não pode ser utilizado somente como um instrumento para produzir e naturalizar as noções de masculino e feminino; deve servir também como mecanismo para desconstruir e desnaturalizar estas mesmas noções (BUTLER, 2004, p. 42). Isto porque, ao mesmo tempo em que a noção de

gênero surge para diferenciar o masculino do feminino, deve igualmente ter a funcionalidade de permitir que outras concepções surjam (como as da intersexualidade), a fim de que se alcance a verdadeira diversidade sexual.

Quando uma criança nasce, seus “feitos e gestos são envolvidos pelo padrão cultural (*ethos*) que indica as opções de gestualidade, comportamentos e sentimentos aceitáveis” (SANTOS, 2011, p. 52) pela sociedade. Assim, como ela se desenvolve através de sua “imersão neste campo simbólico” por meio do qual se posiciona no mundo, nascendo intersex como poderia ser diferente dos modelos que lhe são impostos, antes mesmo que possa se dar conta disto? Ou seja, como ela poderia recusar uma cirurgia “reparadora”, se esta é considerada uma correção de um “erro da natureza” com o qual ela teria nascido?

Da mesma forma em que a criança é impossibilitada de escolher ser diferente, de permanecer como nasceu (não se enquadrando nas categorias de feminino ou masculino), como poderia fazê-lo sem entender nem mesmo o quê ser homem ou mulher significa e quais as consequências desta escolha?

Pela maioria das sociedades e médicos especialistas, a criança intersex ainda é vista como o diferente que precisa de adequação ao que se entende por normal ou, melhor dizendo, não é vista, uma vez que só a compreendem como um “erro da natureza que precisa de correção”, um “estranho” que não precisa ser ouvido, mas “normalizado” o quanto antes.

Assim, como mencionado, essas crianças não entendem o porquê, mas sentem que são diferentes. Em meio a tantas discordâncias sobre a intersexualidade, essas vidas existem como em um “hiato”, à espera da “adequação” ou “normalização” que são levadas a crer serem necessárias, como se houvesse uma lacuna em sua identidade, um “hiato que necessitasse ser preenchido por alguém” para que elas possam viver “normalmente”.

É indiscutível a alta complexidade do trabalho da medicina e sabe-se que, muitas vezes, requer escolhas complicadas. Contudo, a proposta tradicionalmente adotada defende que a cirurgia corretiva da genitália deva ser realizada precocemente sem que existam evidências definitivas¹⁴⁵ de que esta seja a

¹⁴⁵ SANTOS; ARAUJO, *loc. cit.*

melhor forma para que o indivíduo construa sua subjetividade e exteriorize sua individualidade da forma que melhor se identifique.

Como dito por BACHELARD, conhecer algo é fornecer-lhe luz, mas também reconhecer que não é possível iluminá-lo completamente de uma só vez, ou seja, ainda há “partes na sombra” esperando que outro cientista apareça e amplie o foco.

Nesse sentido, o conhecimento produzido até agora sobre a intersexualidade não pode ser compreendido como “verdade absoluta”. Mesmo porque, existem inúmeros relatos de indivíduos intersex adultos insatisfeitos com a escolha feita pelos médicos e familiares em sua infância (GUIMARÃES JÚNIOR, 2014, p. 51).

Por esta e todas as demais razões apresentadas, acredita-se que, quando haja a possibilidade de um adiamento da cirurgia corretora, isso possa ser ao menos considerado.

O adiamento, realmente, não é uma decisão simples. Requer um comprometimento não apenas dos pais em explicar para a criança (de forma que ela possa entender sua situação); como também das instâncias jurídicas, garantindo que esta escolha possa ser feita no momento em que se entender oportuna e que a criança tenha seus direitos protegidos até lá. Além disso, é preciso que a sociedade se desprenda do paradigma da concepção dualista do sexo e permita que a pluralidade efetivamente exista.

Sem dúvida, uma longa caminhada. Todavia, é preciso que a participação do indivíduo intersex neste processo seja realmente respeitada, pois a imposição de uma escolha, feita pela equipe médica ou familiares, impede a verdadeira constituição de sua subjetividade.

Em outras palavras, ainda que seja um longo caminho, que ele possa ser cruzado com os passos do próprio indivíduo.

REFERÊNCIAS

AMORA, A. A. S.. **Minidicionário Soares Amora da língua portuguesa**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BACHELARD, G.. **Epistemologia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.

BBC News. **New Australian passports allow third gender option**. Austrália, 15 set. 2011. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-asia-pacific-14926598>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

_____. **Recognition for Australians who identify as neither sex**. Austrália, 31 maio 2013. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-asia-22731013>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

_____. **Germany allows 'indeterminate' gender at birth**. Alemanha, 01 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-24767225>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

BEHRENSSEN, M.. **Intersex athletes: Do we need a gender police in professional sports?** Disponível em: <<http://www.iwm.at/publications/5-junior-visiting-fellows-conferences/maren-behrenszen-2/>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

BORRILLO, D.. **O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei**. Belo Horizonte: Revista Meritum, v. 5, n. 2, jul./dez. 2010.

BRASIL. Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. **Lei dos Registros Públicos**. Diário Oficial União, Brasília, DF, 16 set. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm>. Acesso em: 10 abr. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Constituição de 1988. Diário Oficial União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2015.

BUTLER, J.. **Undoing gender**. New York and London: Routledge, 2004.

CASSEMIRO, L. C.. **Tenho direito de ser “Amapô”**: as trajetórias de travestis e transexuais face à implementação das políticas públicas de assistência social e saúde. 2010. 135 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Serviço Social, 2010.

CHOERI, R. C. da S.. **O conceito de identidade e a redesignação sexual**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução n.º 1.664 de 2003**. Define as normas técnicas necessárias para o tratamento de pacientes portadores de anomalias de diferenciação sexual. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/legislacao/res_par/integra/1664_03.php>. Acesso em: 08 mar. 2015.

DAMIANI, D.; GUERRA-Jr, G.. **As novas definições e classificações dos estados intersexuais**: o que o Consenso de Chicago contribui para o estado da arte? In: Arquivos Brasileiros de Endocrinologia & Metabologia, São Paulo, v. 51, n. 6, ago. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0004-27302007000600018&script=sci_arttext>. Acesso em: 12 mar. 2015.

DAS DRITTE GESCHLECHT. Direção: Britta Julia Dombrowe. Produção: Valentin Turn. Munique: ZDF Mona Lisa, 2009. 1 DVD (51 min), son. color.

DREGER, A.. **Malta Bans Surgery on Intersex Children**. Disponível em: <<http://www.thestranger.com/blogs/slog/2015/04/03/22001053/malta-bans-surgery-on-intersex-children>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

FAUSTO-STERLING, A.. **Sexing the body**: gender politics and the construction of sexuality. New York: Basic Books, 2000.

FRASER, R. T. D.. **Intersexualidade e direito à identidade**: uma discussão sobre o assentamento civil de crianças intersexuadas. Disponível em: <<http://robertafraser.jusbrasil.com.br/artigos/112106431/intersexualidade-e-direito-a-identidade-uma-discussao-sobre-o-assentamento-civil-de-criancas-intersexuadas>>. Acesso em: 09 fev. 2015.

GUIMARÃES JÚNIOR, A. R.. **Identidade cirúrgica**: o melhor interesse da criança intersexo portadora de genitália ambígua. Uma perspectiva bioética. 2014. 149 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública)—Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv42597.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

_____. Disponível em: <<http://cod.ibge.gov.br/239GG>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

LOURO, G. L.. **Gênero, sexualidade e educação**: uma perspectiva pós-estruturalista. 10ª edição, Petrópolis: Vozes, 2008.

LUSA. **Austrália acrescenta categoria "intersexo" aos documentos de identificação**. Austrália, 14 jun. 2013. Disponível em: <<http://expresso.sapo.pt/australia-acrescenta-categoria-inter-sexo-aos-documentos-de-identificacao=f813878#ixzz36vdWQjQr>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

MACHADO, P. S.. **O Sexo dos Anjos**: representações e práticas em torno do gerenciamento sociomédico e cotidiano da intersexualidade. 2008. 265 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social)—Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2008.

MÜZELL, L.. **Alemanha se torna primeiro país europeu a aceitar indefinição do sexo**. Portugal, 01 nov. 2013. Disponível em:

<<http://www.portugues.rfi.fr/geral/20131101-alemanha-se-torna-primeiro-pais-europeu-aceitar-indefinicao-do-sexo>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

OLIVEIRA, C. L.; CITTADINO, G. G. **O preenchimento de um hiato**: um ensaio sobre a intersexualidade. In: XXIII CONPEDI – A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no Século XXI, 2014, João Pessoa.

Organização das Nações Unidas – ONU. **Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment**.

2013. Item 77. Disponível em:

<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.53_English.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2015.

PENNA, I. S. de O.. **Dignidade da pessoa humana e direito à identidade na redesignação sexual**. 2010. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2010.

SANTOS, M. M. R.; ARAUJO, T. C. C. F. **Intersexo**: o desafio da construção da identidade de gênero. Revista da Sociedade Brasileira de Psicologia Hospitalar, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, jun. 2004. Disponível em:

<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582004000100003>. Acesso em 10 abr. 2015.

SANTOS, R. A. P.. **“Isso é o que não mudou ainda”**: diversidade sexual, homofobia e cotidiano escolar. 2011. 134 f. Dissertação (Mestrado em Educação)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Educação, 2011.

SCOTT, J.. **Gênero**: uma categoria útil de análise histórica. Educação & Realidade, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez. 1995.

SUTTER, M. J.. **Determinação e mudança de sexo**: aspectos médico-legais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

TAVARES, C.. **A rejeitada**: biografia de Claudia Tavares. São Paulo: Cia. dos Livros, 2011.

TORRES, J. H. R.. **Dignidade sexual e proteção no sistema penal**. Revista brasileira de crescimento e desenvolvimento humano, São Paulo, v. 21, n. 2, 2011. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0104-12822011000200001&script=sci_arttext&tlng=en>. Acesso em: 08 fev. 2015.

PRINCÍPIO DA ISONOMIA E GÊNERO: RESTRIÇÕES À VISITA ÍNTIMA PARA MULHERES EM SITUAÇÃO DE CÁRCERE

Camila Marques dos Santos

Claudia Elizabeth Pozzi

RESUMO: O seguinte trabalho científico tem como objetivo analisar o contexto jurídico-penal das mulheres em situação de cárcere e desigualdade dos gêneros no sistema prisional brasileiro. Sendo assim, o estudo pretende abordar mais especificamente as restrições à visita íntima nas penitenciárias femininas como uma questão de direitos fundamentais garantidos pela legislação internacional de direitos humanos, ressaltando o princípio constitucional da isonomia e a incompreensão dos direitos da mulher. Neste sentido, é necessário contextualizar a realidade social em que as reeducandas vêm sendo inseridas durante o processo histórico da busca pela equidade entre os gêneros, a fim de vislumbrar um sistema penal mais igualitário.

PALAVRAS-CHAVE: igualdade; violação dos direitos; visita íntima.

1 INTRODUÇÃO

As mulheres sempre foram inferiorizadas ao longo do processo histórico, e apenas mais recentemente, vêm conquistando espaço em busca pela igualdade de gêneros na política, na vida social e jurídica.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 busca equiparar os direitos e obrigações de homens e mulheres, estipulando em seu artigo 5º:

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

I - homens e mulheres são iguais em direito e obrigações, nos termos desta Constituição [...].

Há, porém, uma discrepância entre os preceitos constitucionais e a realidade social em que a mulher está inserida no Brasil. Esse breve texto propõe discutir acerca de um assunto pouco debatido no universo jurídico, relativo às restrições à visita íntima para mulheres em situação de cárcere no Brasil.

A proposta é que seja aberta uma discussão das diferentes realidades em decorrência do gênero, enfrentadas por mulheres no sistema prisional brasileiro no que tange ao instituto da visita íntima.

Desta forma, para explorar o assunto principal do texto, é necessário, sobretudo analisar a questão da Dignidade da Pessoa Humana, os Direitos Fundamentais, a realidade das mulheres encarceradas no Brasil e o histórico da visita íntima no ordenamento jurídico brasileiro.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS

A Constituição da República Federativa do Brasil institui como cláusulas pétreas a dignidade da pessoa humana instituída no artigo 1º, III, e o princípio da isonomia previsto no artigo 3º, IV, ambos como fundamentos da república.

A dignidade da pessoa humana constitui a estrutura essencial de todos os direitos fundamentais previstos na constituição, ela norteia todo o sistema jurídico brasileiro caracterizando-se como um valor moral inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito, e tal preceito constitui o princípio máximo do estado democrático de direito. Desta forma, não é possível desvinculá-la de nenhum direito fundamental, inclusive o direito da visita íntima às pessoas em situação de cárcere.

Já o princípio da isonomia, é o que assegura a igualdade entre os gêneros, e advém da garantia constitucional disposta no “caput” do artigo 5º da Constituição, desta forma, este princípio visa proteger todos os cidadãos de qualquer forma de desigualdade.

Posto isto, tanto o princípio da isonomia quanto a dignidade da pessoa humana, devem ser aplicados em todo o campo do direito, inclusive no que tange a execução penal e tratamento aos homens e às mulheres em situação de cárcere.

Após abordar a legislação constitucional no que se refere aos princípios tratados neste capítulo, faz-se necessário destacar que há também no plano internacional, diversas ferramentas de amparo aos direitos humanos que

regulamentam o tratamento aos presos, inclusive com mecanismos que abordam o tratamento de mulheres encarceradas, dentre eles pode-se citar:

- Convenção Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos (1966);
- Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966);
- Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979);
- Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (1984);
- Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas (1989);
- Regras Mínimas de Padrão para o Tratamento de Presos da ONU (1985);
- Corpo de Princípios para Proteção de Todas as Pessoas sob qualquer Forma de Detenção ou Encarceramento (1988);
- Princípios Básicos para o Tratamento de Presos (1990);
- Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade Nas Américas- OEA.

É essencial destacar em particular a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (1994, OEA) que reconheceu expressamente a condição específica de vulnerabilidade a que estão submetidas às mulheres privadas de liberdade e determinou a conseqüente especial atenção e consideração que os Estados devem dar a essa situação.

3 RELAÇÕES DE GÊNERO

A igualdade entre os gêneros nada mais é do que simetria de direitos entre os gêneros (que no caso desta pesquisa será debatido em torno do sexo biológico, não aprofundando às relações de identidade de gênero). Será tratado, portanto, mais especificamente, as desigualdades em decorrência de gênero sofridas pela mulher em situação de cárcere.

Desta forma, é necessário rememorar a busca pela igualdade vivenciada pela mulher, no Brasil. Deste modo, as décadas de 70, 80 e 90 do último século se revelaram abundante e profícua na pesquisa sobre as relações de gênero na sociedade moderna e apontam para diferentes focos de análise dentre os quais sexualidade, poder, mercado de trabalho e violência, família (SANTOS *et al.*, *online*).

Apesar disso, durante a maior parte do século XX, o Brasil conviveu com os princípios discriminatórios e patriarcais do Código Civil de 1916. Somente com a Constituição Federal de 1988 consagrou-se a igualdade entre homens e mulheres como um direito fundamental (ALVES, 2013, p.83).

4 REALIDADE DAS MULHERES ENCARCERADAS NO BRASIL

As mulheres encarceradas no Brasil sofrem uma histórica omissão dos poderes públicos, que meramente ignoraram direitos inerentes à sua condição de pessoa humana e suas especificidades em decorrência do gênero (CEJIL, *et al.*, 2007).

Cabe salientar, que segundo o Relatório sobre mulheres presas realizado (Pastoral Carcerária, *et al.*, 2010, p.2) o perfil socioeconômico das presas hoje é de:

- Jovens entre vinte e trinta e cinco anos de idade;
- Chefes de família;
- Mães solteiras;
- Possuem em média mais de dois filhos menores de dezoito anos;
- 95% (noventa e cinco por cento) das mulheres presas foram vítimas de violência em algum momento de sua vida, quando criança, ou mais tarde com um parceiro ou parceira íntima, ou ainda nas mãos da polícia no momento da prisão.

Em relação aos números de encarceradas ainda segundo o Relatório de Mulheres Presas, observa-se que a população atual é de 34.807, ou seja, 7,4% do total de presas no Brasil, já a população masculina é de 396. 543, ou 92,6%.

[...] As unidades de segurança pública, As mulheres são somente 7% da população prisional, porém são 13% das pessoas presas em unidades

da polícia, o que geralmente corresponde a um risco maior de tortura, menos acesso à assistência médica, condições ruins e insalubres de vivência e absoluta falta de recursos para limpeza e higiene pessoal. [...] (Pastoral Carcerária, *et al.*, 2010, p.1).

No Brasil, há 508 unidades prisionais com mulheres encarceradas; destas, somente 58 são exclusivamente femininas e 450 são compartilhadas entre homens e mulheres.

Conforme os dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) no ano 2000, 95,7% dos presos eram homens e 4,3% mulheres. Em 2010, a população masculina representava 92,6% e a feminina 7,4%. Em números, isto significa que no ano 2000 havia 240.000 homens presos e em 2010, 496.000, o que representa um aumento de 106%.

Já em relação à população prisional feminina, o aumento foi de 261% (mais do que o dobro dos homens), sendo que em 2000 havia 10.112 mulheres presas e em 2010 o número saltou para 36.573.

5 BREVE HISTÓRICO DA VISITA ÍNTIMA NO BRASIL

A questão da sexualidade das pessoas em situação de cárcere é desde sua instituição motivo de polêmica, pois se por um lado alguns defendem que a visita íntima é uma forma de manutenção do preso com o mundo exterior, por outro há quem defina o instituto da visita íntima como uma regalia e não como um direito fundamental.

O regime penitenciário brasileiro adota o princípio de que o detento não deve romper seus contatos com o mundo exterior, pois não há dúvidas que os laços mantidos principalmente com a família são essencialmente benéficos para o preso. Dessa forma, no momento que for posto em liberdade o processo de reinserção social ocorrerá de forma natural. (MIRABETTE, 2008. p.124.).

Assim sendo, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos nº 79 da Organização das Nações Unidas (ONU), estipulam: “Deve ser prestada atenção especial à manutenção e melhoramento das relações entre o recluso e a sua família, que se mostrem de maior vantagem para ambos.”

[...] Brasil, a visita íntima foi permitida, pela primeira vez, em 1924, no Distrito Federal, aos reclusos que tivessem bom comportamento e fossem casados civilmente. A esses, era permitido receberem a visita dos cônjuges. Em 1929, foi retirada a exigência do casamento civil e em

1933 a visita foi estendida aos presos provisórios. [...] (BITENCOURT, 2004, p. 206 *Apud* BORGES, 2011, p. 72).

Mais tarde, as visitas conjugais começaram a ocorrer de maneira informal, ainda não prevista em lei, a título ilustrativo pode-se citar um trecho do livro *Estação Carandiru*:

[...] São nebulosas as origens das visitas íntimas. Contam que começaram no início dos anos 80, insidiosamente, com alguns presos que improvisavam barracas nos pátios dos pavilhões nos dias de visita. Outros, mercenários, juntavam dois bancos compridos, cobriam-nos com cobertores e alugavam o espaço interno para a intimidade dos casais. Na época, as autoridades fizeram vista grossa, convencidas de que aqueles momentos de privacidade acalmavam a violência. [...] (VARELLA, 1999, p.59).

A partir de 1984, com o advento da Lei de Execução Penal (LEP) houve o regulamento da visita que inicialmente foi previsto apenas para os presos do sexo masculino, tal direito está estabelecido no artigo 41, inciso X da LEP: “Constituem direitos do preso: [...]; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; [...]”.

Em concordância com a lei existente, a Resolução nº 01/1999(Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), recomendou aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres que fosse assegurado o direito à visita do cônjuge ou companheiro aos presos de ambos os sexos.

Em julho de 2011 o CNPCP, emitiu uma resolução que revogou a Resolução nº 01/1999, que omitia, na recomendação sobre a visita íntima feita aos departamentos penitenciários estaduais, no que tange aos relacionamentos homoafetivos. Nele estabeleceu-se que “o direito de visita íntima é, também, assegurado às pessoas presas casadas, em união estável ou em relação homoafetiva”.

Em 2012, a Lei Federal 12.594/2012, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Sócio Educativo (Sinase) e regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescentes que pratiquem ato infracional, dispôs em seu artigo 68 o direito de visita íntima aos adolescentes em cumprimento de medida de internação.

Uma particularidade é que no Estado de São Paulo, este direito foi efetivamente regulamentado apenas em 2001 por determinação da resolução

nº96 da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, “as políticas de visitas conjugais no estado de São Paulo discriminavam abertamente as presas mulheres, permitindo visitas conjugais aos presos homens, mas não às detentas”. (HOWARD, 2006, p.75).

6 VISITA ÍNTIMA PARA MULHERES PRESAS

No que se refere à visita íntima para mulheres presas, segundo o Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil (CEJIL *et al*, 2007. p. 44):

[...] a questão da visita íntima é totalmente vedada em algumas unidades prisionais, quando existe está condicionada geralmente a requisitos como: comprovação de vínculo de parentesco, uso obrigatório de contraceptivos; ou são concedidas em condições inadequadas sem a privacidade devida.

Ainda segundo o relatório, um exemplo de discricionariedade é o da penitenciária do Butantã-SP que caracterizava as relações homoafetivas entre mulheres como falta administrativa, mesmo sem previsão legal, acarretando assim, sérias consequências para o cumprimento da pena, uma vez que não há previsão legal que justifique essas faltas, sendo que a maioria delas tem como fundamento legal os artigos 47, inciso II e 48, inciso I e inciso VII do Regimento Interno Padrão dos Estabelecimentos Prisionais.

Neste sentido, é necessário ressaltar que a legislação relativa à regulamentação do direito à visita íntima é de competência do órgão gestor do sistema penitenciário estadual, vinculado à secretaria de segurança pública de cada estado.

Por outro lado, ao confrontar o regime de visitas íntimas entre os presídios masculinos e femininos, é certo que há uma dramática desigualdade dos gêneros. Tal desigualdade é observada tanto no aspecto legal como no aspecto social.

Desta maneira, observa-se, por exemplo, que de acordo com regulamentação de visitas na maioria das unidades prisionais masculinas, o preso não precisa comprovar nenhum vínculo familiar ou afetivo com a visitante, para receber visitas.

No campo legal, é possível lembrar novamente de mais uma das inúmeras histórias do livro “Estação Carandiru” escrito pelo ilustre Doutor Dráuzio Varella

(1999, p. 61), no qual em se tratando das visitas íntimas o autor demonstra a o quão acessível era para o preso da unidade prisional do receber visitas íntimas:

[...] Se houver disponibilidade econômica e um pouco de conhecimento, é até possível tirar visita em outro pavilhão, expediente utilizado para receber a esposa no xadrez de origem, no sábado, e a namorada em outro pavilhão com visita aos domingos. O número de funcionários é insignificante para coibir a infidelidade. Por um desses mistérios da alma feminina, são muitos os que arranjam namoradas enquanto cumprem pena [...].

É certo, que o mesmo não ocorreria se fosse uma presa, principalmente pelo fator social que não admitiria que uma detenta recebesse uma visita de um homem em um dia e de outro em outro dia.

Outro exemplo da discriminação que ocorre no campo legal pode ser constatado no trecho a seguir:

[...] nos presídios de Porto Alegre, que, na prisão masculina, basta que a companheira declare por escrito sua condição para que o recluso receba visitas íntimas até oito vezes ao mês. Mas, para que a apenada tenha direito à visita do parceiro, este deve comparecer a todas as visitas familiares semanais, sem possibilidade de relação sexual, durante quatro meses seguidos e ininterruptos. Feito isso, a concessão à visita íntima ainda dependerá do aval do diretor do presídio para que aconteça, no máximo, duas vezes ao mês [...] (BUGLIONE2000, *on-line* Apud BORGES 2011).

Além disso, o parágrafo único do artigo 41 da LEP dá anuência para que o diretor da unidade prisional conceda ou não visitas quando determina “Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Por outro lado, no campo social, “[...] a polêmica em torno dos presídios femininos deve-se a questão implícita desta permissão se significa concessão a liberdade feminina, onde entram em jogo os valores de uma sociedade patriarcal e sexista como a sociedade brasileira. [...]”. (SANTOS, *et al*, *on-line*).

Sendo assim, a mulher em situação de cárcere sofre discriminação, pelas políticas penitenciárias que foram pensadas pelos homens e para os homens. Desta maneira, portanto, ela está inserida numa parcela da população carcerária situada na invisibilidade, já que suas necessidades por muitas vezes não são atendidas, sua dignidade é constantemente violada. (BORGES, 2011).

Neste contexto, embora o direito à visita íntima, garantido às presas, seja decorrente princípio constitucional da isonomia, ele não é exercido de fato, tanto pelo fator social, quanto pelo fator administrativo, que impede que as presas

tenham tratamento igualitário da pena perante a unidade prisional, que burocratiza o direito à visita em comparação com presos do sexo masculino.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As vozes das mulheres sujeitas ao cárcere no Brasil são quase inaudíveis, muitas vezes sob argumentos sexistas de proteção à mulher, tais como a ideia de que a mulher possui necessidades sexuais diferentes do homem ou temor de que as presas engravidem, interferindo, assim, na livre disposição da própria sexualidade e ferem o direito ao planejamento familiar, que pode ser observado no artigo 226, § 7º, da Constituição:

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Nesse sentido, a possibilidade que as presas possam vir a engravidar como justificativa da discriminação do gênero é indefensável, tendo em vista que a gravidez é inerente e indissociável da natureza feminina.

Por outro lado, não há a mesma preocupação em se tratando de presos do sexo masculino, tendo em vista que não há qualquer cuidado com a possibilidade dos presos virem a engravidar suas parceiras.

Para que esse direito seja exercido plenamente, é necessário que haja além de uma regulamentação específica, uma mudança de perspectiva cultural em relação à mulher em situação de cárcere no Brasil.

Portanto, para que haja um efetivo exercício dos direitos fundamentais através da realização das visitas íntimas às presas e à liberdade das mesmas disporem de sua própria sexualidade, é necessário, sobretudo, vincular as visitas ao objetivo primordial da execução da pena em nosso ordenamento jurídico, ou seja, a ressocialização.

REFERÊNCIAS

AGRA, W. de M. **Curso de Direitos Constitucional**. 8ª Edição. Rio de Janeiro. Forense. 2014.

ALVES, J. E. D. al. Indicadores de Desigualdade de Gênero no Brasil. **Dossiê – Análise Quantitativas e Indicadores Sociais I**: 10.5433/2176-6665.2013v18n1p83, 2013.

BORGES, P. C. C. **Sistema Penal e Gênero**: Tópicos para a emancipação feminina. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. VadeMecum. 12ª ed. São Paulo: Reidell, 2011.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal**. Vade Mecum. 12. ed. São Paulo: Reidell, 2011.

BRASIL. **Ministério da Justiça**, Dezembro, 2014.

COROMBAROLI, A. C. de M. Violação da dignidade da mulher no cárcere: Restrições à visita íntima nas penitenciárias femininas. 15. **Monografia**. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP, Campus de Franca-SP

CUNHA, E. L. Educação ou castigo: Um estudo sobre mulheres reeducandas. 16/11/2011. 174. **Tese**. Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – FCLar/UNESP/Campus de Araraquara-SP

Detentos homossexuais terão direito à visita íntima em presídios. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/politica/detentos-homossexuais-terao-direito-visita-intima-em-presidios-2721203#ixzz3LdV1qrx1>> Acesso em 12 dez. 2014

DIAS, M. B *at al.* **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011.

D'URSO, F. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo. Atlas. 2007.

FONTE, F. de M. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito. São Paulo. Saraiva. 2013.

HOWARD, C. **Direitos Humanos e Mulheres Encarceradas**. São Paulo. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. Pastoral Carcerária do Estado de São Paulo, 2006.

MIRABETTE, J. F. **Execução Penal**: comentários à Lei nº7.210, de 11-7-1984. 11.ed. São Paulo. Atlas. 2008.

NAVARRO, R. J. **Princípios Constitucionais de Isonomia e Dignidade da Pessoa Humana, em Relação à 11.340/06**. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1877/1782>> Acesso em 10 dez. 2014

NUCCI, G. de S. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais.

O Direito a Visita Intima no Sistema Prisional Brasileiro. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/21914/o-direito-a-visita-intima-no-sistema-prisional-brasileiro>> Acesso em 03 out. 2014

PASTORAL CARCERÁRIA, *et al*, **Relatório Sobre Mulheres Presas**, 2010. Penitenciárias São Feitas por Homens para Homens. Disponível em <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/relatorio-mulherese-presas_versaofinal1.pdf> Acesso em 05 out. 2014

PULTINAVICIUS, J. **Gênero, direito e Sistema Penal**: O Princípio da Igualdade Revisitado. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/joelma_pultinavicius.pdf> Acesso em 14 mai. 2014.

REIS, J. T. dos. **Curso de Direitos Humanos**: teoria e questões. Rio de Janeiro. Editora Ferreira. 2012.

Regras Mínimas de Tratamento dos Reclusos - 1955 Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contr-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>> Acesso em 03 out. 2014.

SANTOS, M. de A. *et al*. **A visita íntima no contexto dos direitos humanos**: a concepção das reeducandas do Estabelecimento Prisional Feminino Santa Luzia. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/7/artigos/M/Marli_Araujo_51.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2014

VARELLA, Dr. D. **Estação Carandiru**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

GT – CONSTITUCIONALISMO E GLOBALIZAÇÃO

CANOAS, 2015

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO - AMERICANO: UMA EPISTEMOLOGIA DO SUL NO DIREITO

Pablo Henrique Silva dos Santos,

RESUMO: O presente artigo aborda a nova visão constitucionalista surgida na América latina a partir das cosmovisões indígenas positivadas nas constituições do Equador e Bolívia, que inovam criando um Novo Constitucionalismo Latino Americano, construído a partir desta epistemologia oriunda do sul.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Constitucionalismo Latino-Americano; Epistemologia; Sul.

1 INTRODUÇÃO

Antes de abordar sobre o movimento do novo constitucionalismo latino – americano, é importante introduzir a noção de constitucionalismo adotada, neste sentido vou limitar o conceito me utilizando as referências teóricas de José Joaquim Gomes Canotilho. Conforme suas próprias palavras.

CANOTILHO (2007, p 51).

O movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Pode-se afirmar que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais, mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. E dizemos ser mais rigoroso falar de vários movimentos constitucionais do que de vários constitucionalismos porque isso permite recortar desde já uma noção básica de constitucionalismo. Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social e uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim um claro juízo de valor. É no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Portanto para CANOTILHO, o constitucionalismo é um movimento, histórico, com respeito às especificidades geográficas e culturais, que possui uma evolução e se desenvolve em cada nação que se aproximam entre si em alguns

momentos, gerando neste momento de aproximação *uma complexa tessitura histórico-cultural*. O autor ressalta a existência de constitucionalismos no plural, e frisa a ideia de o constitucionalismo é a teoria/ideologia de governo limitado frente aos direitos/ em face da lei. Para o autor o constitucionalismo é em suas próprias palavras *“É no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”*.

Neste sentido o constitucionalismo moderno é designado como movimento político, social e cultural que surge no a partir do século XVIII. CANOTILHO (2003, p.52).

Este constitucionalismo moderno segundo CANOTILHO (2003, p. 52) legitimou o aparecimento da constituição moderna. Entende se por constituição moderna a *“(sic) ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.”* CANOTILHO (2003, p. 52). Claro que cabe aqui o conceito de constituição consuetudinária como o autor explica em sua obra em relação ao caso inglês. Importante é colocar que esta noção de constituição limitadora de poder e garantidora de direito é tida como um “conceito ocidental e constituição” CANOTILHO (2003, p.52).¹ Portanto o constitucionalismo moderno nasce com as constituições modernas do século XVIII oriundas das revoluções burguesas, em especial para o nosso caso com a Francesa que vai estar mais conectada com a tradição romana germânica que é a tradição jurídica das novas constituições latino-americanas.

Se o constitucionalismo moderno nasce após a Constituição norte-americana de 1787 e francesa de 1789, o novo constitucionalismo nasce com o fim da II Guerra Mundial, com as Cartas constitucionais posteriores à Declaração Universal de Direitos dos Homens de 1948. CARBONELL (2003, p,9).

É neste contexto que pode se verificar emergir novas constituições com novas atribuições e ma o surgimento de um movimento chamado neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano ao qual vai se falar.

¹ CANOTILHO vai colocar como conceito ideal – que não corresponde com o nenhum modelo de constitucionalismo que o autor demonstra posteriormente.

2 O NOVO CONSTITUCIONALISMO OU NEOCONSTITUCIONALISMO

Na obra - Neoconstitucionalismo (s) organizada por Miguel Carbonell que veio a ter sua primeira publicação em 2003 há um consenso entre os atores de haver uma mudança de paradigma no novo direito constitucional. O atual paradigma constitucional segundo Carbonell nascem sobre tudo fruto das novas constituições nacionais do pós II guerra, Itália 1947, Alemanha 1949, Portugal 1976 e Espanha 1978. Segundo o autor há consenso entre os autores da obra de haver uma mudança sobre o paradigma do Estado constitucional – podendo se falar em um Estado (neo) constitucional.

Segundo (DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006, p.77 **apud MAIA, 2009, p. 152**) o termo neoconstitucionalismo foi cunhado pela jurista italiana Suzanna Pozzolo em palestra na argentina em 1993.

Segundo FRANCO (2014) o neoconstitucionalismo é uma nova teoria jurídica, que de acordo com este autor vai buscar transformar o Estado de Direito em Estado Constitucional de Direito, entretanto para FERRAJOLI (2003, p.14) estes seriam dois modelos de Estado de Direito neste sentido o autor traz a tona dois conceitos importante de modelos de Estado de Direito. O modelo **paleo-jus positivista**, surge com o nascimento do estado moderno enquanto monopólio da produção jurídica – enquanto o modelo **neo – jus positivista**, nasce com o estado constitucional de direito, segundo o autor este estado constitucional é produto das constituições rígidas e dos controles de constitucionalidade das leis ordinárias do pós II Guerra.

Portanto, Ferrajoli, vai começar a se distanciar da ideia de neoconstitucionalismo e firmar sua ideia de Constitucionalismo Garantista, que segundo Franco é outra denominação para neoconstitucionalismo FRANCO (2014).

CADEMARTORI, DEMARCHI (2010, p. 5682), também irão dizer que *a expressão “Estado constitucional” é usada por Luigi Ferrajoli [...] para representar os Estados que possuem os elementos que caracterizam o*

neoconstitucionalismo. Para estes autores o elemento chave é “constitucionalização” do ordenamento jurídico pelo movimento do neoconstitucionalismo.

Se considerarmos correta assertiva de que em textos de direito constitucional encontraremos varias denominações para se referir ao neoconstitucionalismo como afirmam FRANCO (2014).

En los textos de derecho constitucional se pueden encontrar varias denominaciones para referirse al “neoconstitucionalismo”, entre las más conocidas tenemos: Constitucionalismo Deliberativo (Santiago Nino), Constitucionalismo Garantista (Luigi Ferrajoli), Constitucionalismo de los Derechos o Constitucionalismo Argumentativo (Luis Prieto Sanchís), Constitucionalismo Contemporáneo (Miguel Carbonell).

Há sem dúvida um grande consenso no que diz respeito ao elemento histórico, estes autores citados inclusive por FRANCO (2014) *“Entre estos autores tenemos a: Miguel Carbonell, Susanna Pozzolo, Luigi Ferrajoli, Luis Carlos Villabella, Roberto Viciano y Ramiro Ávila”*. Que o movimento teve origem na Europa depois da Segunda Guerra Mundial. E nas palavras de FRANCO (2014) *“fue una consecuencia de las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos experimentadas en los regímenes fascistas de Alemania, Italia y España.”*

Salvo engano ou leituras ainda não realizadas, este artigo constrói a ideia de que o Novo Constitucionalismo Latino Americano, é parte do movimento do neoconstitucionalismo e de sua evolução histórica, com as características de uma região colonizada que necessitava passar por um processo de descolonização, redescobrimdo sua identidade e as garantindo de forma a não mais serem colonizadas novamente.

O Neoconstitucionalismo, portanto superou o constitucionalismo clássico ou constitucionalismo moderno conforme expressão usada por Canotilho, pois teve como característica constituições que possuíam eficácia não eram letra fria como a Constituição de Weimar que não impediu os horrores da Alemanha nazista. Portanto o marco do Neoconstitucionalismo segundo CADEMARTORI, DEMARCHI (2010, p. 5680) esta na constituição alemã de 1949 e na criação de um tribunal Constitucional em 1951 que dessa eficácia à constituição. Segundo FRANCO (2014) *as constituições envolvem nas relações sociais tanto públicas*

quanto privadas através de princípios e um conteúdo programático e axiológico (livre tradução).

3 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO

Antes de adentrar no novo constitucionalismo latino-americano é importante frisar e a escolha do espaço América latina enquanto um espaço de identidade e de alteridade – de identificação com os outros.

Pois conforme o título da obra de Leopoldo Zea, *El Pensamiento Latinoamericano*. Faz-se necessário construirmos nossa história.

Um local colonizado como a América Latina tem especial interesse em reescrever sua história a partir de um processo de descolonização onde seja dado voz aos povos originários e escravizados. Neste sentido que ZEA vai dizer que o que define o homem é sua história.

ZEA (1974, p. 6).

Si algo define al hombre, se ha dicho, es la historia. La historia que da sentido a lo hecho, a lo que se hace y a lo que se puede seguir haciendo. Esto es, al pasado, presente y futuro. El hombre es lo que ha sido, lo que es y lo que puede llegar a ser. Por ello es, dentro de esta triple dimensión de lo histórico, que se hace patente el ser del hombre. Pero no sólo del hombre en general, sino del hombre concreto. El hombre concreto suele vivir la historia de una determinada manera que no es, necesariamente, la de otro u otros hombres. Filósofos de la historia o de la cultura, sociólogos el saber o del conocimiento

Portanto a definição se dá pela história que construímos, e neste sentido nós Latino-americanos estamos reconstruindo nossa história e fazemos isto porque temos em comum, além das linhas geográficas que por si só não seriam suficientes dados o vasto território Latino-americano a mesma herança colonial, do surgimento da modernidade segundo QUIJANO surge como primeira identidade da modernidade.

QUIJANO (2005, p 117):

A globalização em curso é, em primeiro lugar, a culminação de um processo que começou com a constituição da América e do capitalismo colonial/moderno e eurocentrado como um novo padrão de poder mundial. Um dos eixos fundamentais desse padrão de poder é a classificação social da população mundial de acordo com a ideia de raça, uma construção mental que expressa a experiência básica da dominação colonial e que desde então permeia as dimensões mais importantes do poder mundial, incluindo sua racionalidade específica, o

eurocentrismo. Esse eixo tem, portanto, origem e caráter colonial, mas provou ser mais duradouro e estável que o colonialismo em cuja matriz foi estabelecido. Implica, conseqüentemente, num elemento de colonialidade no padrão de poder hoje hegemônico (sic).

A América constituiu-se como o primeiro espaço/tempo de um padrão de poder de vocação mundial e, desse modo e por isso, como a primeira identidade da modernidade. Dois processos históricos convergiram e se associaram na produção do referido espaço/tempo e estabeleceram-se como os dois eixos fundamentais do novo padrão de poder. Por um lado, a codificação das diferenças entre conquistadores e conquistados na idéia de raça, ou seja, uma supostamente distinta estrutura biológica que situava a uns em situação natural de inferioridade em relação a outros. Essa idéia foi assumida pelos conquistadores como o principal elemento constitutivo, fundacional, das relações de dominação que a conquista exigia. Nessas bases, conseqüentemente, foi classificada a população da América, e mais tarde do mundo, nesse novo padrão de poder. Por outro lado, a articulação de todas as formas históricas de controle do trabalho, de seus recursos e de seus produtos, em torno do capital e do mercado mundial.

Além disso ao autor BALDI (2012, p.127) em seu artigo publicado vai lembrar de que : *“Constitucionalismo que, associando modernidade e Europa, ignora as contribuições de outros movimentos emancipatórios, tais como a Revolução do Haiti”*.

Segundo BALDI (2012 p.128):

Esse modelo – eurocentrado – foi tido como exportável para todos os países colonizados, em especial os da primeira onda colonizadora (as denominadas Américas), dentro de uma teoria de transplantes em que estes últimos eram meros receptores de normas, teorias e doutrinas provenientes dos “contextos de produção”, localizados no Norte global, em geral, e dos Estados Unidos, em particular. Daí resultou uma profunda reverência às contribuições de autores setentrionais e uma invisibilidade das contribuições do próprio continente, não reconhecendo que, mesmo a recepção dos autores estrangeiros, era extremamente seletiva e variava de país a país.

Portanto, o modelo eurocêntrico, vindo do Norte, dos EUA em especial conforme o próprio autor ressalta dada a invisibilidade da produção do próprio continente, tendo como exemplo a situação do Haiti, obrigando os autores latinos – americanos primeiro a serem reconhecido em meios acadêmicos dominantes, cancelados em países vizinhos somente para depois entrarem como estrangeiros e aceitos, Segundo o autor, *“Uma inversão total, em que o original acaba retornado ao país de origem, como se fosse uma cópia ou sob a chancela dos países de “exportação”*.” BALDI (2012, p. 128).

Entrando agora na discussão do Novo Constitucionalismo Latino – Americano, o autor César Augusto Baldi traz em seu artigo a divergência em

relação ao início do NCLA, ao demonstra que Viciano Pastor e Rubén Dalmau Martínez constroem uma caracterização que tem sido aceita e difundida quase como hegemônica. BALDI (2012, p. 134). Cabe lembrar que Rubén Dalmau Martínez foi Assessor da Assembleia Constitucional da Venezuela, Equador e Bolívia², talvez este seja o fato de BALDI ter colocado em seu artigo que discussão é difundida como hegemônica. Entretanto BALDI vai trazer os trabalhos de FAJARDO que de forma sistemática e bem identificado através de seus estudos, e bem caracterizados os ciclos do constitucionalismo pluralista que a autora aborda em seus estudos. Segundo BALDI, Raquel Yrigoyen Fajardo, identificou um primeiro ciclo de “Constitucionalismo multicultural” (1982-1988). Que segundo Baldi introduziu o conceito de diversidade cultural, direitos indígenas, e um conjunto de legislação indianista que FAJARDO traz em seu estudo para comprovar sua tese. O Segundo ciclo de reformas vai de 1989 a 2005 e marca segundo FAJARDO a internalização da convenção 169 da OIT . “constitucionalismo pluricultural”. BALDI (2012, p. 130).

E conforme BALDI (2011, p.131), explica os ciclos da pesquisadora Raquel Yrigoyen Fajardo este ocorre entre 2006 -2009. E é conformado pela constituição da Bolívia e Equador – “constitucionalismo plurinacional”.

Um último ciclo – o “constitucionalismo plurinacional” (2006-2009) – está conformado pelas Constituições boliviana e equatoriana, no contexto da discussão final – e aprovação – da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas (2007) e, pois, fundado em dispositivos para “refundação do Estado”, reconhecimento de indígenas como nações/ povos originários e nacionalidades e, portanto, como “sujeitos políticos coletivos com direito, a definir seu próprio destino, governar-se em autonomias e participar nos novos pactos de Estado”.

Entretanto, para segundo BALDI (2012, p.134) para os autores Dalmau e Pastor o Novo Constitucionalismo Latino Americano ora nasce com a constituição colombiana de 1991 ora com a venezuelana de 1999, esta situação segundo BALDI, *“Com isso, acaba por colocar dentro de um mesmo processo três ciclos distintos de constitucionalismo pluralista, bem caracterizados por Raquel Yrigoyen”*.

BALDI (2012, p.134) ainda ressalta as características dadas ao NCLA pelos autores Dalmau e Pastor.

² <http://uv.academia.edu/RubenDalmau/CurriculumVitae>

Para esses autores, o novo constitucionalismo latino-americano seria caracterizado por: a) substituição da continuidade constitucional pela ruptura com o sistema anterior, com fortalecimento, no âmbito simbólico, da dimensão política da Constituição; b) capacidade inovadora dos textos, buscando a integração nacional e uma nova institucionalidade; c) fundamentação baseada em princípios, em detrimento de regras; d) grande extensão do próprio texto constitucional, em decorrência tanto do passado constitucional desigual, quanto da complexidade dos temas, mas, ao mesmo tempo, veiculada em linguagem acessível; e) proibição de que os poderes constituídos disponham da capacidade de reforma constitucional por si mesmos e, pois, um maior grau de rigidez, dependente de novo processo constituinte; f) busca de instrumentos que recomponham a relação entre soberania e governo, com a democracia participativa, como complemento do sistema representativo; g) uma extensiva carta de direitos, com incorporação de tratados internacionais e integração de setores até então marginalizados; h) a passagem de um predomínio do controle difuso de constitucionalidade pelo controle concentrado, incluindo-se fórmulas mistas; i) um novo modelo de “constituições econômicas”, simultâneo a um forte compromisso de integração latino-americana de cunho não meramente econômico.

Contudo BALDI (2012, p.135). dá razão a construção teórica de Raquel Yrigoyen Fajardo, entretanto neste artigo vou me limitar a levantar as posições existentes sobre o NCLA, pois a ideia geral é que possa analisar as dissertações e teses publicadas sobre o tema e ver a bibliografia usada e como estão sendo construída estes entendimento dentro do movimento do Novo Constitucionalismo Latino – Americano.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao identificarmos as características deste movimento vamos ressaltar alguns aspectos:

O constitucionalismo possui uma grande tradição histórica que, mas segundo Canotilho pode se observar a existência de um Constitucionalismo Moderno face às novas constituições modernas do século XVIII, este constitucionalismo moderno burguês liberal, teve de fato mudanças com o Neoconstitucionalismo que surge depois da II Guerra Mundial e cria Cortes Constitucionais que dão eficácia às cartas constitucionais que passam por sua vez trazerem princípios e esquemas axiológicos. Dando prioridade absoluta as dimensões de direitos humanos até 1948 já conquistados. Deste processo evolutivo constitucional, fruto destas conquistas, surge na America Latina um

movimento constitucional com as peculiaridades decorrentes da América Latina, e com força nas correntes epistemológicas da descolonização consideradas como insurgentes aos modelos dogmático jurídico, tido como colonizador ou reprodutor de uma lógica colonizadora.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, M. C. **O NOVO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA: o descobrimento do Outro pela via do Pluralismo Jurídico Comunitário-Participativo**; Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina 2013.

ALVES, M. V. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino – Americano: Características e distinções; **Rev. SJRJ**. Rio de Janeiro, v.19, n 34, p. 133-145, ago. 2012.

BALDI, C. A. **Do Constitucionalismo Moderno ao Novo Constitucionalismo Latino-Americano Descolonizador**; Ensaios críticos sobre direitos humanos e constitucionalismo [recurso eletrônico]/ org. Enzo Bello – Dados eletrônicos. – Caxias do Sul, RS: Educus, 2012. 291 p. Disponível em: <http://www.ucs.br/site/midia/arquivos/Ensaios_criticos_sobre_direitos_humanos.pdf> acessado em 20/12/2014.

BAGGIO, R. C. Tensionamentos sociais e justiça de transição: contribuições ao constitucionalismo latino-americano; **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 19 - n. 2 - mai-ago 2014; Disponível em:< www.univali.br/periodicos> acessado em 20/12/2014>.

CADEMARTIORI, D. M. L.; DEMARCHI, C. Da constituição ao Neoconstitucionalismo. In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. **ANAIS XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação José Boateux, 2010. p. 5668-5687.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1522.

CARBONELL, M. (org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2009. Pp 09 a 122

DUARTE, F. C.; BENÍTEZ, L. B. F.; FERRAZZO, D. **Constitucionalismo do Sul e Interculturalidade: A Experiência Boliviana**. Constitucionalismo em debate: Uma homenagem aos 30 anos de pesquisa e docência de Sérgio Cademartori. Vol. 1. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2014, p. 137-160.

FAJARDO, R. Y. **Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino.** Disponível em: <www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf>. Acessado em 20/12/2014.

FRANCO, A. V. Crítica Constitucional em 26 de fevereiro de 2014 em Blog, **Teoria constitucional.** Disponível em: <<http://www.criticaconstitucional.com/el-neoconstitucionalismo-en-latinoamerica/>> Acessado em 20/12/2014.

MAIA, M. S. F. A Recepção da Teoria Neoconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 151-163, outubro/2009. Publicado na Revista Eletrônica do Portal “E-governo, Inclusão Digital e Sociedade do Conhecimento” dos programas de direito e engenharia de gestão do conhecimento da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 03 de março de 2011. Disponível na internet: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33287-42426-1-PB.pdf> > Acesso: 20/12/2014.

MAGALHÃES, J. L. Q. **O Estado plurinacional na América Latina;** Disponível em: <<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2011/04/302-artigos-o-estado-plurinacional-na.html>> acessado em 20/12/2014.

_____; J. L. Q. O Novo Constitucionalismo Indo- Afro Latino Americano; **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.13, n. 26, jul./dez. 2010 – ISSN 1808-9429. Pág. 83-98.

_____; J. L. Q. Plurinacionalidade e Cosmopolitismo: A Diversidade Cultural das Cidades e Diversidade Comportamental nas Metrôpoles; **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 53, p. 201-216, jul./dez. 2008.

_____; J. L. Q. **Direito Constitucional Tomo II**, Editora Mandamentos, Belo Horizonte, 2006.

PASTOR, R. V.; DALMAU, R. M. **¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?** Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/13/245.pdf>> Acessado em 20/12/2014.

QUIJANO, A. **Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina.** CLACSO 2005. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf>

SANTOS, B. S. **Para descolonizar Occidente – Más allá Del pensamiento abismal;** 1a ed. - Buenos Aires : Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO; Prometeo Libros, 2010.144 p.

UFRJ – **Refundar o Estado – O Novo Constitucionalismo Latino Americano** – entrevista com Professor Rubén Martínez Dalmau.

WOLKMER, A. C. PLURALISMO E CRÍTICA DO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA, **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. 143-155.

WOLKMER, A. C. e WOLKMER, M. F. S.; REPENSANDO A NATUREZA E O MEIO AMBIENTE NA TEORIA CONSTITUCIONAL DA AMÉRICA. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 19 - n. 3 - set-dez 2014. Disponível em: www.univali.br/periodicos Acessado em 20/12/2014.

ZEA, L. **El Pensamiento Latino Americano**; 1974. 215p.

O ESTADO E PARA O ALÉM DELE: DO INTERNACIONAL AO GLOBAL NA PERDA DO MONOPÓLIO DO EFETIVO CONSTITUCIONALISMO POLICONTEXTURAL

Cristian Ricardo Wittmann,
Roger de Moraes de Castro,

RESUMO: Este ensaio tem como objetivo discutir a perda do monopólio do Estado na efetividade do que se denomina enquanto constitucionalismo policontextural no cenário de globalização não mais ligado ao monopólio estatal ou ao contexto inter"nacional". Enquanto problema trata de responder a seguinte inquietude: em que medida a perda do monopólio do Estado no cenário global colabora com a emergência de um constitucionalismo policontextural? Decidiu-se, enquanto metodologia, pela matriz epistemológica pragmático-sistêmica e pelo método construtivista do sociólogo Niklas Luhmann. Estrutura-se inicialmente na análise da sociedade e do Estado na esfera global não mais exclusivamente inter"nacional" onde, seja na esfera interna ou externa, não se percebe mais uma exclusividade na regulação e da efetividade de garantias fundamentais. Posteriormente analisa-se as características do que se entende por constitucionalismo policontextural a partir da qualificação da observação jurídica e da emergência de outros instrumentos que se caracterizam por elementos constitucionais como os códigos corporativos de empresas privadas. Embora em andamento, a pesquisa ora desempenhada identificou que no processo tido como globalizante e policontextural há um deslocamento dos instrumentos, como a constituição, da centralidade das organizações públicas às periferias dos sistemas sociais e organizações não estatais.

PALAVRAS-CHAVE: constitucionalismo global; códigos de conduta; programas de cumprimento; policontexturalidade.

1 INTRODUÇÃO

Este ensaio acadêmico busca demonstrar, a partir de uma epistemologia diferenciada baseada na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e aportes do jurista Gunther Teubner, a emergência de um constitucionalismo policontextural. Embora a pesquisa esteja em andamento já é possível vislumbrar determinadas conclusões preliminares ao questionamento da pesquisa: *em que*

medida a perda do monopólio do Estado no cenário global colabora com a emergência de um constitucionalismo policontextual?

Inicialmente, enquanto apresentação metodológica, indica-se o uso da matriz epistemológica pragmático-sistêmica (ROCHA, 1998, p.96) e o método construtivista³ com fundamentos na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Entende-se que ambos proporcionam um ponto de vista qualificado para observar não somente o tema proposto mas o Direito e a sociedade.

Enquanto estrutura propõe-se três capítulos. O primeiro capítulo trata de qualificar a observação da sociedade e em certa medida do próprio sistema jurídico a partir da epistemologia adotada de forma a observar a sociedade como global e não mais vinculada exclusivamente aos Estados-nação e a um regime inter"nacional". O segundo capítulo observa a emergência deste Direito policontextual e instrumentos característicos disponíveis hoje para não somente observação mas a interação neste contexto. No último capítulo demonstra-se que, a partir dos diferentes centros e periferias de atuação jurídica é possível já observar a emergência de instrumentos jurídicos que trazem no seu bojo a garantia de direitos fundamentais e instrumentos de efetiva regulação daquele setor como é o caso dos códigos de conduta e programas de cumprimento.

2 PARA ALÉM DOS LIMITES TERRITORIAIS DO ESTADO-NAÇÃO

Conforme a teoria de base eleita neste projeto tem-se que a sociedade é, na realidade, um sistema autopoietico e portanto, que se reproduz, ou melhor, se autorreproduz, onde nela somente participam comunicações. A concepção luhmanniana de Teoria dos Sistemas Sociais, e portanto de sociedade, possui contornos hoje que remetem a uma concepção biológica de autopoiese, teoria esta desenvolvida pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, já em 1960, explicavam o surgimento e manutenção da vida a partir desta

³ Conforme o sociólogo alemão: "observada desde la posición constructivista, la función de la metodología no consiste únicamente en asegurar una descripción correcta (no errónea) de la realidad. Más bien se trata de formas refinadas de producción y tratamiento de la información internas al sistema. Esto quiere decir: los métodos permiten a la investigación científica sorprenderse a sí misma. Para eso se vuelve imprescindible interrumpir el coninuo inmediato de realidad y conocimiento del cual proviene la sociedad" (LUHMANN, 2007, p.22)

teoria de autorreprodução⁴. Mais tarde a mesma teoria foi transposta ao conhecimento⁵ e, de forma inédita, replicada na análise sociológica por Luhmann.

Trata-se de uma teoria sistêmica de cunho autopoietico aplicada aos sistemas sociais. Contudo, na observação de Luhmann, existe uma autonomia entre o sistema biológico e social, cada um possuindo sua autopoiese específica e particular.⁶ Significa dizer, que enquanto o sistema biológico possui a vida como unidade básica de análise, constituindo também sua base reprodutiva, a sociedade, na condição de sistema social, pode ser descrita como um sistema noético, ou seja, um sistema cujo princípio ordenador é o sentido. Significa dizer que no sistema social as unidades do sistema não são os sistemas humanos ou cognitivos, mas sim as comunicações, isto é, tendo como unidade básica de análise os atos comunicativos (TEUBNER, 1989, p.63-64).

Neste sentido a sociedade passa a ser observada como um sistema autopoietico, um sistema auto-referencial (TEUBNER, 1989, p.32-ss), em que seus elementos são produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema, graças a uma sequência interna de interação circular e fechada⁷. Nestas interações, como já é de se concluir, Luhmann identifica a comunicação como o elemento central

⁴ “[...] o ser vivo não é um conjunto de moléculas, mas uma dinâmica molecular, um processo que acontece como unidade separada e singular como resultado do operar, e no operar, das diferentes classes de moléculas que a compõem, em um interjogo de interações e relações de proximidade que o especificam e realizam como uma rede fechada de câmbios e sínteses moleculares que produzem as mesmas classes de moléculas que a constituem, configurando uma dinâmica que ao mesmo tempo especifica em cada instante seus limites e extensão. É a esta rede de produções de componentes, que resulta fechada sobre si mesma, porque os componentes que produz a constituem ao gerar as próprias dinâmicas de produções que a produziu e ao determinar sua extensão como um ente circunscrito, através do qual existe um contínuo fluxo de elementos que se fazem e deixam de ser componentes segundo participam ou deixam de participar nessa rede [...]”. (MATURANA; VARELA, 1997, p. 12.)

⁵ Vale citar um dos fundamentos da teoria cognitiva autopoietica que leva a conclusão de que o que se observa depende do observador: “[...] tudo o que é dito é dito por alguém.” (MATURANA; VARELA, 2001, p. 32)

⁶ Cabe mencionar aqui que, ao contrário de Luhmann, que defende a posição de que os sistemas sociais não são sistemas vivos, Fritjof Capra considerando a organização humana, defende que os sistemas sociais podem ser vivos em diversos graus: “Quanto a mim, prefiro conceber a autopoiese como uma das características específicas da vida. Entretanto, ao discutir as organizações humanas, vou defender também a tese de que os sistemas sociais podem ser “vivos” em diversos graus”. (CAPRA, 2002, p. 94)

⁷ Convém mencionar que ao falar em interação circular e fechada, está se falando no processo de clausura operacional, uma operação interna do sistema essencial para assegurar a identidade do sistema e logo, possibilitar sua abertura. Também ao se referir à interação circular estamos nos referendo não a um círculo vicioso, mas a um círculo virtuoso, onde ocorre sempre uma perspectivação em espiral.

das redes sociais, utilizado como modo particular de reprodução pelos sistemas sociais autopoieticos. As comunicações são produzidas e reproduzidas, formando uma rede de comunicação que constituem os elementos do sistema e que não podem existir externamente – motivo esse que, resumidamente, justifica que esta concepção não compreende as pessoas como membros da sociedade, e sim exclusivamente a comunicação. Motivo esse que corrobora na superação dos limites físicos e geográficos atrelados a concepção de diferentes sociedades com base nos diferentes Estados.

De maneira simples são cinco as principais características de tal concepção: 1) *a essência do sistema é reduzir a complexidade a partir da sua distinção do ambiente a partir de um código binário que identifica aquilo que está dentro ou fora do sistema;* 2) *o sistema não é um organismo, mas a diferença entre o sistema e o ambiente a partir de suas operações e a partir delas são produzidos componentes e a estrutura do sistema - sempre a partir do mecanismo de autorreferência que mantém a circularidade e a autopreservação do sistema;* 3) *devido ao limite do sistema não existe troca direta entre ele e o ambiente, restando como conceitos de relações a observação externa, ressonância, acoplamento operacional e acoplamento estrutural;* 4) *cada sistema se diferencia em subsistemas a partir de suas funções;* 5) *sistemas funcionalmente diferenciados operam individualmente, sem ver as operações do sistema social (ambiente), sendo que o sistema social percebe as operações de cada sistema como restritos as suas funções* (KAWAMURA, 2012, p.2-3).

Sobre a não mais utilização de características territoriais-geográficas para a definição de sociedade pode-se identificar uma razão. Por se tratar de uma sociedade que se caracteriza na comunicação, não existem barreiras comunicacionais visíveis. As barreiras geográficas são substituídas por limites, pela diferença ente sistema e ambiente que não operam como barreiras clara - a exemplo do sistema jurídico que opera pelo binômio "legal/ilegal" daquela comunicação social. Especialmente hoje, a partir do invento da imprensa e mais ainda da *internet* houve não somente um aumento mas uma densificação da rede de comunicação da sociedade de modo a não existir mais uma relação dependente ou não do incremento ou da diminuição demográfica já que existe um

desenvolvimento suficiente para a manutenção da capacidade de autorreprodução do sistema social⁸.

Com tais pressupostos o sociólogo alemão optou por denominar como sociedade mundial. Pela comunicação alcançar todo o globo terrestre somente pode haver uma só sociedade de maneira a não mais existir divisões territoriais como normalmente estamos habituados a visualizar e perceber - muito da influência da concepção de Estado. Ao mesmo tempo Luhmann entende que a expressão sociedade do mundo tende a expor a construção, por parte de cada sociedade, de um mundo próprio no qual se desenvolve o paradoxo do observador do mundo:

Por una parte significa que sobre el globo terrestre - y en todo el mundo alcanzable comunicativamente - sólo puede existir una sociedad; éste es el aspecto estructural y operativo del concepto. Al mismo tiempo, sin embargo, la expresión sociedad del mundo debe indicar que cada sociedad (y si observamos en retrospectiva también las sociedades de la tradición) construye un mundo y así disuelve la paradoja del observador del mundo; la semántica correspondiente que entra entonces a consideración debe ser plausible y debe estar adaptada a las estructuras del sistema sociedad (LUGMANN, 2007, p.113).

Merece crítica da mesma forma aqueles que promovem discussões exclusivamente em torno de "sistema internacional" ou de "relações internacionais" por não conseguirem se desvincular do pressuposto do Estado-nação. Os sistemas são diferenciados funcionalmente e, portanto, baseados em um código binário comunicacional e não distinguidos por geografia de determinado ente estatal como se fosse possível pensar em uma sociedade dividida em subsociedades. A manutenção da percepção da divisão territorial, por exemplo, traz também a ilusão do controle dos riscos como será abordado no decorrer do trabalho: *a sociedade, enquanto complexa e contingente, é fruto de decisões e portanto sempre sujeita aos riscos dos mais diversos e que, como*

⁸ O sociólogo alemão ensina que "En lo que concuerdan todos los sistemas funcionales y en lo que no se distinguen es en el hecho de su operar comunicativo. Considerada en abstracto, la comunicación [...] es la diferencia que el sistema no hace ninguna diferencia. Como sistema de comunicación, la sociedad se distingue de su entorno, pero éste es un límite externo y no interno. Para todos los sistemas parciales de la sociedad los límites de la comunicación (la diferencia de la no-comunicación) son los límites externos de la sociedad. En esto y sólo en esto coinciden. Toda diferenciación interna debe y puede relacionarse con este límite externo ya que ella crea para cada uno de los sistemas parciales distintos códigos y programas. En la medida en que comunican todos los sistemas parciales participan de la sociedad; en la medida en que comunican de todo distinto, se distinguen entre sí." (LUHMANN, 2007, p. 113).

todos, ignoram as pretensas barreiras territoriais e geográficas. Dessa forma "[...] *society is not a communicative and normative unity which can be fully represented by one sovereign or parliamentary body*" (SAND, 2004, p.43). Constata-se que a sociedade do mundo nada mais é que o sobrevir do mundo na comunicação. Embora tais argumentos sejam postos com a denominação de sociedade mundial, advoga-se aqui pela por outra nomenclatura: global.

Denomina-se aqui como global a partir dos pressupostos de Gunther Teubner que, ao conceituar a ideia de ordem global busca superar a própria linguagem 'internacional' pelas suas relações entre o nacional e internacional e suas definições geográficas ainda alicerçadas no Estado-nação. Desta maneira justifica-se a eleição pelo global em detrimento das outras possibilidades, que, embora contingente esta decisão demonstra-se adequada nas palavras do jurista alemão quando se refere a uma ordem jurídica global:

o direito global (não: 'inter-nacional!'), nesse sentido, é um ordenamento jurídico *sui generis* que não pode ser avaliado segundo os critérios de aferição de sistemas jurídicos nacionais. [...] esse ordenamento jurídico, já amplamente configurado nos dias atuais, distingue-se do direito tradicional dos Estados-nações por determinadas características, que podem ser explicadas por processos de diferenciação no bojo da própria sociedade mundial. Porque, por um lado, se o direito global possui pouco respaldo político e institucional no plano mundial, por outro lado, ele está estreitamente acoplado a processos sociais e econômicos dos quais recebe os seus impulsos mais essenciais (TEUBNER, 2003, p.11).

A sociedade atual é formada por relações entre Estados, entendida como uma coletividade de sociedades diferentes no Direito, política, economia dentre outras características. Lembra-se que esta coletividade não possui uma organização central e dessa maneira permite, desde já, a pulverização de decisões em meio a diferentes organizações *internacionais* sem olvidar a relevância que assumem outras organizações privadas por exemplo.

3 DO CONTEXTURAL AO POLICONTEXTURAL NO DIREITO

Enquanto modo de operação tradicional do Direito, o mesmo é orientado a partir da *programação condicional*, ou seja, produção do passado quando a construção do sentido jurídico já está orientado anteriormente. Existe a possibilidade, hoje crescente, de orientação a partir da *programação finalística*

com a consideração do futuro na reflexão da decisão em busca da produção da diferença (FLORES, 2013, p. 67). Fundado na repetição do tempo e todos seus elementos comunicacionais, hoje o Direito se mostra preocupado com o futuro, ou seja, na limitação das consequências relevantes de uma decisão:

como las consecuencias futuras de las decisiones son interdependientes en alto grado, tanto más cuanto que las consecuencias hipotéticas de las alternativas se han de incluir en la decisión jurídica, la orientación a las consecuencias nos lleva forzosamente a desdibujar las diferenciaciones actuales, sea en el aspecto profesional, sea en el organizativo (LUHMANN, 1983, p.9).

Conceitualmente o Direito se classifica em um sistema autopoietico funcionalmente diferenciado e, portanto, carrega consigo as características já apresentadas quando do sistema social global. Seu código binário específico que permite a diferenciação do ambiente é o "legal/ilegal" e, portanto, o Direito é o único sistema que pode operar esta diferenciação. Embora o Direito possua a exclusividade de operar a partir nos limites de suas comunicações, vale mencionar a sua capacidade de ressonância. A programação do sistema jurídico está calcado em normas no sentido amplo, comunicações jurídicas que se revestem desde orientações, leis a decisões judiciais - ou seja, toda comunicação que opera na diferenciação do código binário apontado. Toda essa comunicação deste sistema parcial busca a realização da função precípua do Direito, função esta que atrai interesse particular na universalidade da comunicação social: a possibilidade de estabilização das expectativas⁹.

Quando determina comunicação passa a operar a partir da disputa entre legal e ilegal a mesma está inserida dentro da concepção jurídica de sistema, e pelo tanto, há uma transformação de tal evento em um evento jurídico - seja um evento inicialmente econômico, social, religioso e científico como bem podem envolver as nanotecnologias. Justamente a eficácia social do Direito, enquanto sistema, depende da sua capacidade de refletir internamente com base em sua própria complexidade seletiva:

a eficácia social do direito depende, entre outros fatores, da sua capacidade de reproduzir determinadas interações sociais, interna e

⁹ "El derecho es un sistema funcionalmente diferenciado de la sociedad moderna [...], cuya función es mantener estables las expectativas [...] aun en caso de que resulten vanas. Dichas expectativas son normas que permanecen estables independientemente de su eventual violación." DERECHO. (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 54).

seletivamente, como acontecimentos jurídicos, quando lhe são colocadas à disposição do seu ambiente, como condições marginais, ou da capacidade de se imunizar contra elas (TEUBNER, 2005, p.31).

A compreensão da dogmática jurídica tem levado em conta, como categoria dominante, a ideia de validade da norma jurídica - com forte apelo na teoria normativista de Hans Kelsen (2009). Nos tempos recentes de hipercomplexidade a validade é colocada em segundo plano em privilégio da efetividade do Direito¹⁰. Exemplos são os mais diversos da importância da efetividade. Organizações privadas, transnacionais já que operam globalmente por meio da internet - por exemplo o site de aluguel de imóveis "Airbnb", adotam procedimentos normativos internos que permitem identificar que, independentemente da validade de tais contratos com as ordens nacionais, buscam a efetividade da garantia do negócio para todos os participantes. Exemplos de organizações que não operam exclusivamente pela *internet* também existem, como a marca têxtil global "GAP" que identifica por meio de códigos de conduta e um programa de cumprimento que, ao ser constantemente aprimorado, busca implementar decisões privadas de forma a garantir direitos fundamentais como os relacionados com a erradicação do trabalho infantil, desenvolvimento local/regional onde suas fábricas estão inseridas dentre outras políticas¹¹. Hoje, em decorrência de acordos e o maior controle sobre as práticas de lavagem de dinheiro, é possível observar a implementação de programas similares em todas as instituições financeiras. Exemplos como esses demonstram a pulverização de comunicações jurídicas, não sendo mais possível conceber que o efetivo exercício da função do Direito esteja exclusivamente centrado na ideia de Estado e muito menos em concepções territoriais-geográficas.

Superando a organização social entre territórios, entende-se que a sociedade é policontextural. Essa policontexturalidade, como definida por Teubner e demonstrada anteriormente, apoia-se na diferenciação entre centro e periferia

¹⁰ Lembra Leonel Severo Rocha: "Como se podem pensar possibilidades de racionalidade de um outro tipo para o Direito? Uma primeira alternativa que surge, e é interessante, é a ideia de *efetividade*. Se a validade de um sistema normativo é dada por uma hierarquia, agora, a validade é trocada ou colocada em segundo plano. Então, o mais importante para o sistema do Direito - não mais normativo - passa a ser a *efetividade*" (ROCHA, 2009, p. 32)

¹¹ Este tema será abordado no decorrer deste ensaio.

de Niklas Luhmann¹² onde o que definiria esta posição é unicamente o ponto de observação, ou seja, o local de onde parte a decisão. Lembra Flores que "o 'Direito da sociedade' não pode ser reduzido à figura do juiz ou da Constituição", sendo necessário "[...] considerar tudo isso em uma perspectiva sistêmico-complexa, onde emerge a importância de repensarmos os contornos da noção de 'Organização'"(FLORES *in*: BARRETO; DUARTE, 2013, p.63). Por sua vez, a organização baseia sua autorreprodução com base na decisão¹³.

Mantendo sua concepção autopoietica, lembra-se que enquanto sistema parcial o Direito assegura sua autonomia e sua incerteza. Seu futuro somente pode ser desenvolvido a partir dos limites do sistema, e não externamente. Buscar a certeza em uma sociedade e um Direito contingente é ignorar, ou manter-se ingênuo e alheio, os avanços da comunicação e a própria característica autopoietica. Manter-se associado à noção tradicional de povo, território e governo, ou seja, à noção tradicional de Estado é não perceber a natureza de alta complexidade da sociedade atual. Os desafios são inúmeros, mas o imaginário base de que o Estado mantém o monopólio da regulação jurídica não mais se coaduna com a era de incerteza e insegurança na qual se encontra a sociedade e o Direito.

Ainda, a relação de causalidade normalmente identificada pelo Direito quando da sua decisão não se coaduna com a gestão reflexiva e policontextual dos riscos. Torna-se primordial [...] afastar-se da causalidade e aproximar-se da circularidade construtivista [...] de forma a viabilizar "uma explicação reflexiva da decisão jurídica, ou seja, uma teoria não normativista da decisão jurídica" (SILVA, *in*: SCHWARTZ, 2012, p.37-38). Reflexividade também corrobora com a indução de condutas por parte dos demais sistemas e organizações. O direcionamento com base no Direito é possível seja a partir de uma comunicação normativa geral ou por atos jurídicos específicos e a consequente perturbação sistêmica orientada. Embora lembra-se que cada sistema/organização orienta sua comunicação a partir da recursividade circular fechada de seus atos, e que é

¹² Ver LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. **Teoría de la sociedad**. Gueralajara: Universidad de Guadalajara: 1993.

¹³ Cf. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, Herder, 2010.

impossível a orientação externa desse funcionamento, o Direito pode irritar os demais sistemas provocando uma compatibilização de comportamentos:

Quando sistemas recursivos e auto-organizados pode realizar valores próprios, em razão de perturbações externas, então o direito pode tentar, por produção normativa geral ou por atos jurídicos especiais, produzir perturbações de forma orientada e, apesar de todo o caos individual, irritar os sistemas recursivos de maneira que eles consigam mudar de um estado atrator a outro, com o qual o objetivo legal seja, pelo menos, compatível (TEUBNER, 2005, p.38).

Essa compatibilização recíproca de comportamentos proporciona também um maior sincronismo no paralelismo temporal. Veja que cada sistema possui sua complexidade interna completamente diferenciada do seu ambiente e demais sistemas, característica conhecida como *paralelismo temporal* - uma defasagem temporal. Segundo Flores a "defasagem na concepção temporal do Direito gera a impressão de existirem duas concepções temporais distintas e desconectadas: um Tempo da sociedade, altamente dinâmico e, paralelamente, um Tempo específico do Direito, extremamente conservador, fruto de uma racionalidade moderna que acentua demasiadamente o passado"(FLORES, *in*: BARRETO; DUARTE, 2013, p.65).

A situação regulatória será mais efetiva quanto mais maleável for a comunicação, permitindo que organizações e sistemas ajustem mutuamente seus comportamentos de forma a produzir uma organização das expectativas de forma recíproca efetiva e duradoura. Trata-se de sincronizar, e não impor, comunicar e não mais ordenar, regular e não mais regulamentar lembra Alain Suipot (2007, p.146). Regular passa por reconhecer a autonomia da complexidade jurídica frente ao seu ambiente - seja a sociedade seja os demais sistemas parciais de comunicação. Reconhecer também que o Direito global, não mais *internacional*, somente vai possuir efetividade quanto mais se tornar reflexivo e compatível temporalmente com os demais sistemas e organizações sociais - sejam privadas ou públicas. A policontexturalidade torna-se fundamental, já que as organizações empresariais não mais operam nacionalmente e sim "[...] procuram novas formas de organização de trabalho" e tampouco "se contentam com a subordinação, já não querem trabalhadores somente obedientes"(SUPIOT, 2007, p.154) da mesma forma que os consumidores como um todo não esperam mais que seus produtos e suas experiências tenham de ficar restritas a determinado território.

A emergência de normas globais, autoproduzidas por organizações privadas são um novo exemplo da contratualização do Direito a partir de centros e periferias. Historicamente as atividades de atores privados têm sido reguladas pelos contextos jurídicos de cada Estado, todavia, cada vez mais os entes públicos possuem dificuldade de dar efetividade a regulação quando se trata de atividades transnacionais de empresas que atuam globalmente. Por tal motivo é que se torna cada vez mais importante buscar alternativas a partir da insuficiência do modelo atual de imposição de comportamento:

Global laws are regarded as self-regulations which are made by private actors. Essentially, the activities of private actors have been regulated by laws of each state. But, in certain fields, states or interstate organizations have some difficulty in regulating transnational activities caused by or involving private actors which are becoming more and more important in the global society. In such fields as economics, activities are essentially transnational(KAWAMURA, 2012, p.9).

Não se trata de uma compreensão liberal, ou *neoliberal*, de Estado e Direito, mas o reconhecimento do paralelismo temporal entre a sociedade e o sistema jurídico quando arraigado a uma observação de mínima complexidade. A emergência de tais normas não pode ser barrada no contexto atual, mas pode ser induzida de forma a dar coerência e integridade ao sistema jurídico entre sua periferia e centro e vice-versa já que se trata do ponto de observação. Miguel Reale já alertava que "[...] nenhuma estrutura social é uma unidade maciça e mononuclear, mas sim uma *unitas ordinis* ou 'unidade de sentido', ou seja, uma composição de múltiplos fatores que se correlacionam em função de um ou mais motivos" (REALE, 1994, p.87). Fundamental desta forma o reconhecimento de novos instrumentos de regulação, como são os códigos de conduta e seus programas de cumprimento, instrumentos privados de cunho voluntário oriundos do fenômeno da autorregulação.

4 DOCUMENTOS CONSTITUCIONAIS NÃO-ESTATAIS?

Historicamente os textos constitucionais possuem basicamente dois objetivos: *limitar o poder do soberano e constituir uma ordem jurídica própria*. Esta tem sido a fonte originária de todo ordenamento jurídico de algum país e serve de legitimação para todo o Direito objetivo de cada nação. Já observou

Miguel Reale que as fontes e modelos jurídicos não se esgotam no Estado embora dele emana uma centralidade no dizer o Direito. Cogitar a existência de instrumentos privados não é algo recente na doutrina jurídica. Miguel Reale, já a algum tempo, identificava nos contratos uma das fontes e modelos do Direito¹⁴. Mesmo não prevendo a dimensão da utilização específica dos instrumentos ora analisados, o jurista brasileiro já indicava o contrato enquanto fonte negocial, fonte essa hoje muito usual na estabilização das expectativas sociais - funcionando em determinados contextos como efetivos instrumentos de garantias fundamentais, limitação da autonomia privada e o nascedouro de obrigações vinculantes a terceiros. Observa-se hoje um contínuo processo de solução dos conflitos, sejam individuais ou coletivos, mediante decisões negociadas - com ou sem a participação do Estado.

Com a policontextualidade proposta por Teubner nos parece adequado compreender que a produção normativa ocorre nos mais diferentes pontos da sociedade, não estando mais delimitado pelos limites tradicionalmente arraigados na concepção de Estados nacionais. Leonel Severo Rocha, ao explicar e exemplificar esta especial concepção de sociedade proposta pelo jurista alemão comenta acerca da emergência de uma série de comunicações jurídicas, autônomas a partir de sua própria lógica, que, dependendo do ponto de observação podem estar tanto no centro quanto na periferia do sistema jurídico:

Teubner afirma que é preciso se pensarem novos tipos de direitos que surgiram na periferia, mas que também têm autonomia, como se fossem o centro: os direitos *softs*, *soft law*, *direitos híbridos*, direitos de contratos internacionais, direitos de organizações internacionais, que têm uma lógica própria. E que começam a surgir, paralelos ao Estado, na globalização. O surpreendente, exemplifica Teubner, é que grandes multinacionais, ao regularem a sua atuação, seguem os direitos, têm regras e, às vezes, códigos de ética (para seus interesses). Em poucas palavras, a grande empresa tem códigos de atuação normativas, que não são necessariamente os mesmos dos países (ROCHA, 2009, p.39-40).

A partir o surgimento associado ao enfretamento aos escândalos corporativos de cunho contábil, os programas de conformidade remetem a data

¹⁴ "Na usual afirmação de que 'o contrato tem força de lei entre as partes' já se albergava o reconhecimento de que a 'autonomia da vontade' é fonte geradora de regras de direito, mas esta asserção só adquiriu plenitude de significado quando Kelsen, ao mesmo tempo que reduzia o Direito a um sistema de normas, alargava o sentido *normativo*, libertando-nos definitivamente do *legalismo*, isto é, do incontrastado domínio das normas legais" (REALE, 1994, p. 73.)

de 1986 e a partir de 1991 permite uma punição diferenciada para organizações que possuem iniciativas para detectar e prevenir crimes.¹⁵ Um dos grandes desafios frente a capacidade reflexiva da doutrina jurídica é a possibilidade de criar programas condizentes com a conciliação interna do discurso jurídico com as implicações do ambiente (sistemas sociais)¹⁶.

No contexto contratual são identificados três níveis de conflitos no sistema contratual, o primeiro quanto à interação, o segundo sob o prisma institucional e o terceiro no âmbito da sociedade. No nível da interação o conflito se dá entre acordo contratual e moral da interação quanto ao feixe de expectativas informais que não necessariamente estão expressas nas declarações. Quanto ao nível institucional há o conflito entre contrato e instituições sociais, demonstrando que o contrato está inserido em um contexto mais amplo de prerrogativas e restrições que tais declarações devem levar em conta. No âmbito da sociedade o conflito se dá entre o contrato e o seu ambiente, ou seja, sistemas sociais funcionais como política, economia, família, cultura e religião que acabam por aumentar a complexidade de tal decisão frente ao modo clássico de análise dos contratos. Uma das grandes importâncias da existência dos códigos de conduta corporativos e dos programas de cumprimento é quanto as perspectivas de responsabilidade das organizações quando do, potencial ou efetivo, dano/crime/prática abusiva a partir das suas atividades. De outro lado tais programas podem se tornar instrumentos de grande contribuição para as boas práticas e para dar efetividade aos Direitos Humanos buscando a máxima sempre lembrada de Bobbio (2004, p.22): "[...] que o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los". Mais, sociologicamente analisando é possível perceber a emergência de limitações voluntárias à autonomia negocial, a busca da efetiva prestação de garantias fundamentais e a constituição de uma ordem jurídica autônoma com direitos e obrigações com terceiros.

Não se pode olvidar que a efetividade está intimamente relacionada com os sistemas regulatórios. Em se tratando da perspectiva da relação das organizações tidas como privadas e àquelas tidas como públicas sempre

¹⁵ Cf. (BIEGELMAN; BIEGELMAN, 2008, p. 45-71).

¹⁶ Cf. (TEUBNER, *In*: TEUBNER 1993, p. 39-42).

houveram dois objetivos. Essas sempre buscaram meios para controlar aquelas que, por sua vez, buscaram meios de desenvolver sistemas de governança próprios de forma a controlar a cadeira produtiva onde quer que estivesse localizada geograficamente (BACKER, 2008).

O Departamento de Justiça dos Estados Unidos define esses como programas de cumprimento estabelecidos pela gestão corporativa para prevenir e detectar a má-conduta e assegurar que as atividades corporativas são conduzidas de acordo com todas as regras, regulações e leis civis e criminais. O mesmo órgão norte-americano encoraja esse policiamento realizado pela própria corporação, incluindo divulgações voluntárias para o governo de quaisquer problemas que a corporação tome conhecimento por conta própria. Indica ainda a insuficiência de que a simples existência de programas de cumprimento justificaria a imunidade da empresa por condutas criminosas realizadas pelos seus empregados, diretores e agentes. Pelo contrário, orienta o referido órgão que a existência de tais condutas ilegais implica no entendimento de que o programa de conformidade não esteja sendo bem aplicado podendo gerar ações do Estado independentemente da existência de tais programas¹⁷.

Exemplos de regulações globais e autônomas são os mais diversos - motivo pelo qual advoga-se pelo reconhecimento e uma qualificada observação jurídica acerca desse assunto. Um bom exemplo disso é a "Internet Society", uma associação privada que define as regras e regulação da evolução do protocolo *internet* ao redor do mundo. Dentro desse contexto sites como o eBay fornece um espaço comercial para as pessoas usarem e ele é quem decide as regras para

¹⁷ "Compliance programs are established by corporate management to prevent and to detect misconduct and to ensure that corporate activities are conducted in accordance with all applicable criminal and civil laws, regulations, and rules. The Department encourages such corporate self-policing, including voluntary disclosures to the government of any problems that a corporation discovers on its own. However, the existence of a compliance program is not sufficient, in and of itself, to justify not charging a corporation for criminal conduct undertaken by its officers, directors, employees, or agents. Indeed, the commission of such crimes in the face of a compliance program may suggest that the corporate management is not adequately enforcing its program. In addition, the nature of some crimes, e.g., antitrust violations, may be such that national law enforcement policies mandate prosecutions of corporations notwithstanding the existence of a compliance program." US DEPARTMENT OF JUSTICE. **Memorandum**: principles of Federal Prosecution of Business Organizations. Disponível em: <http://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf> Acesso em 20 jan. 2015.

que os usuários resolvam suas disputas jurídicas. Essa mesma organização estabeleceu mecanismos de avaliação da performance dos compradores e vendedores - sistema esse que virou um modelo e foi replicado em diferentes outros sites como é o caso do "Mercado Livre" e outros sistemas de comércio. Os domínios, endereços de sites e os endereços IP (*internet protocol*) são regulados por regras editadas pela Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) que é uma organização privada sem fins lucrativos criada pela Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) que, por sua vez, é uma associação norte-americana privada:

For example, the Internet Society is a private association which makes rules and regulates the evolution of Internet protocol of all over the world. eBay supplies an online market for people to use. eBay decides detailed and formalized rules for users and has established a mechanism to resolve disputes among users. It also made a system which evaluates performance of buyers and sellers on the online market. The systems and the rules of eBay became a model of other online markets. The assignments of domain names and IP addresses are regulated by rules made by Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) which is an private non-profit organization built on the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN). ICANN is an American private association (KAWAMURA, 2012, p. 9-10).

Os programas de cumprimento, também conhecidos como programas de conformidade, são somente um dos exemplos de normas autônomas. Eles, originalmente desenvolvido em inglês sob a expressão *compliance programs*, nada mais são que um contexto de estar atuando de acordo com o que está estabelecido em normas gerais, especificações ou legislação. Na realidade os programas de cumprimento nada mais são que medidas internas que qualquer entidade pode adotar afim de assegurar que estará cumprindo com um contexto legal específico, ou seja e em termos pragmático-sistêmicos, trata-se de comunicação específica a partir do código "legal/ilegal" enquanto campo específico da comunicação jurídica de forma a organizar as expectativas internas daquela organização. Trata-se de cumprimento da lei e mais. Verifica a aderência das atividades e processos aos requisitos legais onde para cada atividade torna-se uma obrigação estar ciente de todas as implicações e consequências legais. Essa perspectiva se coaduna com a proposta de uma regulação eficaz a partir da concepção de Teubner (2005, p.43):

A regulação (direcionamento) somente é bem-sucedida em poucos casos, nos quais os programas auto-regulativos (sic) concretos do direito 'coincidentemente' se coadunam com os programas auto-regulativos (sic) concretos da economia, isto é, quando o processamento econômico de diferenças vai 'mais ou menos' ao encontro da intenção legislativa.

Não se pretende aqui desenvolver uma concepção de análise dos programas de cumprimento, oriundos dos respectivos códigos de conduta, como um benefício para a própria organização. Pelo contrário. Trata-se de demonstrar como tais contratos possuem uma dimensão não somente regulatória, mas também social. Embora não se olvide que o objetivo das corporações seja o lucro¹⁸, tem-se observado uma crescente importância do conceito de *corporate citizenship* no mundo organizacional, ou seja, cidadania empresarial pela prática de condutas fiéis ao Direito e pela participação da organização nos assuntos públicos (DIEZ, 2013, p. 26-ss). Da mesma forma não se ignora o fato de que a conduta cidadã da organização possa ser - e muitas vezes é - uma forma de alcançar mais lucros considerando uma característica contemporânea do consumidor. Mas, como observado, a efetividade da prestação da garantia torna-se cada vez mais relevante no contexto atual, e se demonstra que contratos particulares voluntários podem ser mais um instrumento deste Direito policontextual que possa se equiparar em determinadas características a textos constitucionais fragmentados no sistema jurídico.

Toma-se como exemplo o caso da "GAP Inc." que, além de possuir um código de conduta próprio¹⁹, esteve envolvida em escândalos acerca de trabalho infantil em uma de suas fornecedoras. A empresa define seu código de conduta de negócios como "a commitment we make to our shareholders, customers and each other not only out of a legal obligation, but because it's the right thing to do", complementando que

We each make important contributions to protecting our company and its reputation. Recognizing right from wrong, and understanding the ethical implications of our choices, is fundamental to doing what's right at Gap Inc. We are each responsible for applying the standards outlined in our Code of Business Conduct to our work, every day.

¹⁸ A CORPORAZÃO. Direção: Jennifer Abbott; Mark Achbar. Zeitgeist Films, 2003. 1 DVD (145 min), son., color.

¹⁹ Interessante característica é o fato de que tal código está disponível em nove idiomas. GAP INC. **History.** 2015. Disponível em <<http://www.gapinc.com/content/gapinc/html/aboutus/ourstory.html>>. Acesso em 13 abr. 2015.

Observando referido documento, existem preocupações da organização nos seguintes tópicos: *como empoderar o consumidor para expor suas preocupações; trabalhando com integridade; ter uma prática ética; afastando conflitos de interesse; proteção da marca; entendendo as linhas políticas da política empresarial, e; recursos para fazer o que é correto*²⁰. Todas essas características dão um novo molde ao negócio, também contratual, com seus fornecedores que antigamente somente envolvia um retorno financeiro pela produção de determinados produtos. Hoje existe uma preocupação, ao menos expressada, em quem está produzindo e como se está produzindo aqueles produtos e a própria instituição. Por conta desta nova política empresarial é que houve a necessidade de demandar um nível de conduta uniforme de toda sua cadeia produtiva.

Os novos padrões aumentam o valor da companhia. Inicialmente reduzem custos e aumentam a qualidade dos produtos. Secundariamente esta visão de responsabilidade social corporativa serve como resposta lucrativa pela demanda dos consumidores por produtos produzidos em determinada maneira. Por fim esta nova maneira de gerenciar a cadeia produtiva de forma socialmente responsável está relacionada também com boas práticas de governança corporativa, ou seja, atrai novos acionistas e um retorno mais sustentável do lucro a eles. Tais práticas foram iniciadas em 1992 com o estabelecimento de padrões ao redor do mundo. Em 2004 a "GAP Inc." começou a editar seu Relatório de Responsabilidade Social e em 2006 começou a ter uma atenção ao trabalho colaborativo com ONGs (BACKER, 2008, p.12-13)

Posteriormente foi estabelecido o documento *Code of Vendor Conduct*²¹ que, baseado em padrões laborais aceitos internacionalmente e em convenções internacionais, estabelece os padrões mínimos exigidos que todos os fornecedores deveriam praticar para realizar negócios com a "GAP Inc.". Verifica-

²⁰ GAP INC. **Our Cord of Business Conduct.** 12/2012. Disponível em <http://www.gapinc.com/content/dam/gapincsite/documents/COBC/COBC_english.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2015.

²¹ GAP INC. **Code of Vendor Conduct.** Disponível em: <http://www.gapinc.com/content/attachments/gapinc/COVC_070909.pdf>. Acesso em 13 abr. 2015.

se que, considerando a possibilidade desta organização trabalhar em regiões onde a legislação seja de pouca incidência ou a prática cotidiana das empresas pouco fiscalizadas pelo Estado local, acaba que tais padrões são mais fortes e protetivos que a própria realidade local/regional externa às fábricas. Inclusive o código de conduta de fornecedores estabelece a possibilidade de fiscalização inesperada e punições unilaterais em caso de descumprimento, incluindo a suspensão de encomendas, o fim do relacionamento e/ou a implementação de um plano de ação corretivo.²²

Mesmo com o estabelecimento dessas políticas, em outubro de 2007 houve a divulgação de trabalho infantil próximo a condição de escravidão em uma das fábricas na Índia. Um dia após ter tomado ciência das denúncias na mídia a organização identificou que houve uma subcontratação por parte de um de seus fornecedores e imediatamente cessou a compra deste fornecedor e preveniu que os produtos oriundos daquela fábrica fossem vendidos em suas lojas. O mais inesperado deste episódio foi que a partir das sanções aplicadas tomou-se conhecimento que aquelas crianças que naquela fábrica trabalhavam voltaram a uma situação de vulnerabilidade estando elas e suas famílias desamparadas, quando então a empresa notou que a sanção aplicada a empresa causou uma repercussão da mesma forma negativa. Prontamente identificou que uma política de um plano de ação para remediar o problema, com a obrigação do fornecedor de prover uma remuneração, educação e oportunidades dignas àquele entorno que anteriormente havia sido explorado. Hoje existe uma política de financiamento de organizações não-governamentais ao redor do mundo que advogam em causas de direitos fundamentais e o incentivo para que apoiem práticas sustentáveis em suas regiões (BACKER, 2008, p.11-ss).

Embora ainda incipiente, a temática dos códigos de conduta e programas de cumprimento parecem demonstrar que tais documentos podem sim vir a ser um instrumento auxiliar no emaranhado de possibilidades jurídicas de regulação, em especial a partir da policontexturalidade. Talvez tenhamos chegado na época onde *os contratos substituem o Direito, redes de relacionamento substituem uma*

²² Cf. GAP INC. **Code of Vendor Conduct**. Disponível em: <http://www.gapinc.com/content/attachments/gapinc/COVC_070909.pdf>. Acesso em 13 abr. 2015, p. 15

comunidade política, interesses substituem o território e o regulado passa a se tornar regulador (BACKER, 2008, p.26).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível identificar que a diferenciação da sociedade por meio de Estados geograficamente delimitados não se demonstra adequado ao contexto contemporâneo. Em homenagem a Teubner adotou-se no trabalho a perspectiva de uma sociedade e um Direito global, não mais inter"nacional" levando em conta a característica autopoietica. Associado a isso ainda existe a característica policontextural, onde a prática do código binário jurídico, ou de outro sistema social por exemplo, é praticado não mais exclusivamente por atores privilegiados.

Com a superação da verticalidade e da exclusividade por uma horizontalidade decisional baseada dentre centro e periferia do sistema há a possibilidade de que organizações privadas, dentre inúmeras outras possibilidades, comunicarem sob a lógica jurídica e criarem padrões como podem ser considerados os instrumentos analisados no terceiro capítulo. Por fim analisou-se as características dos códigos de conduta e programas de cumprimento.

Muito embora tais instrumentos sejam associados a minimização dos prejuízos em casos de condenação das empresas, esses institutos, conforme demonstrou-se, podem ser equiparados, em específicas características, a fragmentos constitucionais empresariais autônomos em relação ao Estado e a região onde possam ser aplicados. Acredita-se que se tenha cumprido, embora com resultados parciais da pesquisa, em demonstrar a característica constitucional destes *novos* instrumentos jurídicos do Direito policontextural.

REFERÊNCIAS

- A CORPORAÇÃO. Direção: Jennifer Abbott; Mark Achbar. Zeitgeist Films, 2003. 1 DVD (145 min), son., color.
- BACKER, L. C. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. **ILSA Journal of International & Comparative Law**.

- Vol 14, No 2, 2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1092167>>, Acesso em abril de 2015.
- BIEGELMAN, M. T.; BIEGELMAN, D. R. **Building a World-Class Compliance Program: best practices and strategies for success**. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2008.
- BOBBIO, N. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CAPRA, F. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Cultrix, 2002.
- DERECHO. In: CORSI, G.; ESPOSITO, E.; BARALDI, C. **Glosário sobre la teoría Social de Niklas Luhmann**. México: ITESO/Editorial Anthropos, 1996.
- DÍEZ, C. G.-J. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9605/98**. Tradução de Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- FLORES, L. G. G. Teoria das três matrizes de Leonel Severo Rocha - um ponto de partida para novas reflexões. In: BARRETO, V. P.; DUARTE, F. C. **Direito da sociedade policontextural**. Curitiba: Appris, 2013, pp. 49-73.
- GAP INC. **Code of Vendor Conduct**. Disponível em: <http://www.gapinc.com/content/attachments/gapinc/COVC_070909.pdf>. Acesso em 13 abr. 2015.
- GAP INC. **History**. 2015. Disponível em <<http://www.gapinc.com/content/gapinc/html/aboutus/ourstory.html>>. Acesso em 13 abr. 2015.
- GAP INC. **Our Cord of Business Conduct**. 12/2012. Disponível em <http://www.gapinc.com/content/dam/gapincsite/documents/COBC/COBC_english.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2015.
- KAWAMURA, S. **The formation of Global Economic Law: under aspects of the autopoietic system**. Japão, Shiga: Ryokoku University: 2012.
- KELSEN, H. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LUHMANN, N.; DE GEORGI, R. **Teoría de la sociedad**. Guajalajara: Universidad de Guajalajara: 1993.
- LUHMANN, N. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007.
- LUHMANN, N. **Organización y decisión**. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, Herder, 2010.
- LUHMANN, N. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- MATURANA, H. R.; VARELA, F. J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2001.
- MATURANA, H. R.; VARELA, F. J. **De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.
- REALE, M. **Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROCHA, L. S. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1998.
- ROCHA, L. S. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: _____;
- KING, M.; SCHWARTZ, G. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

- SAND, I.-J. Polycontextuality as an alternative to Constitutionalism. In: JOERGES, C; SAND, I.; TEUBNER, G. **Transnational Governance and Constitutionalism**. Portland: Hart Publishing, 2004.
- SILVA, A. S. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. In: SCHWARTZ, G. (Org.). **Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SUPIOT, A. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- TEUBNER, G. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Revista Impulso**. Piracicaba, 14(33): 9-31, 2003.
- TEUBNER, G. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.
- TEUBNER, G. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- US DEPARTMENT OF JUSTICE. **Memorandum**: principles of Federal Prosecution of Business Organizations. Disponível em:
<http://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf> Acesso em 20 jan. 2015.

A AUSTERIDADE COMO MECANISMO DE RETROCESSO SOCIAL DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES: UMA ANÁLISE DA CRISE DO DESEMPREGO NA EUROPA

Luiz Alberto Pereira Ribeiro

Francisco Carlos Duarte

RESUMO: A globalização econômica/financeira produz impactos no mundo, tendo por fundamento principal o respaldo no argumento da liberação dos mercados. Não se trata de um fenômeno atual, sendo que o seu apogeu se deu após os anos setenta com a crise financeira, inicialmente pelos Bancos e Multinacionais. Como origem de um movimento econômico/financeiro, a globalização gerou reflexos na sociedade e, por conseguinte, gerando forte impacto no aumento do desemprego, na desregulamentação e na flexibilização dos direitos trabalhistas. Para tentar conter o desemprego decorrente, principalmente, da globalização econômica/financeira, surge a política da austeridade imposta na Europa, mais especificamente em relação aos países que adotaram a moeda euro, como um modelo a ser seguido a fim de resolver o problema da crise de desemprego. A finalidade deste trabalho é analisar a globalização e sua relação com o desemprego, bem como a política de austeridade imposta em alguns países do Euro como mecanismo de solução para a crise do desemprego. Para tanto, o presente trabalho se baseou em pesquisas doutrinárias e em dados fornecidos pelo IBGE, EAPN e pela OIT. Por fim, apresentaremos as considerações finais a respeito da pesquisa realizada, respondendo a indagação se a política de austeridade imposta em alguns países do Euro tem contribuído para a diminuição do desemprego.

PALAVRAS-CHAVE: desenvolvimento; globalização; desemprego; política de austeridade; direitos sociais.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo foi elaborado em decorrência da linha de pesquisa “Direitos sociais, desenvolvimento e globalização”, do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, à qual estão vinculados os autores.

A globalização econômica, muito mais de natureza financeira, produz impactos no mundo, sendo que antes mesmo de haver tempo para se esmerar no entendimento do seu significado, já se faz necessário lidar com mudanças que possuem como principal respaldo o argumento da liberação dos mercados.

Não se trata de um fenômeno atual, sendo que o seu apogeu se deu após os anos de 70 com a crise financeira, inicialmente pelos Bancos e Multinacionais.

De um movimento econômico/financeiro a globalização gerou reflexos na sociedade e nos direitos trabalhistas, gerando forte impacto no aumento do desemprego e na desregulamentação e na flexibilização dos direitos trabalhistas.

Temos vivenciado, principalmente na Europa, várias políticas públicas de incentivo ao emprego, inclusive em relação aos jovens, haja vista que em muitos países, como por exemplo, Espanha, Portugal, Itália, os índices de desemprego em relação aos jovens tem atingido patamares elevadíssimos.

Além das políticas públicas de incentivo ao emprego, constata-se o surgimento da chamada política da austeridade imposta na Europa, principalmente aos países do euro, como um modelo a ser seguido a fim de resolver, ou pelo menos, tentar minimizar o problema da crise de desemprego.

No entanto, a questão, a saber, é se essa política de austeridade imposta pela Alemanha e pelo parlamento Europeu aos países da Europa que participam do Euro e que estão enfrentando altos índices de desemprego surtirá os efeitos desejados ou poderá agravar, ainda mais, a situação dos referidos países.

Assim, além de discorrermos sobre a globalização e sua relação com o desemprego, principalmente em alguns países europeus, será objeto do presente artigo debater a respeito da política de austeridade como mecanismo de solução para a crise do desemprego.

2 GLOBALIZAÇÃO

Mais do que um tema, cujo significado tomou conta do vocabulário nas mais variadas ciências, a globalização é um caminho sem volta. Constitui-se, simultaneamente, num processo de inclusão e de exclusão, de interiorização e de externalização, que permeia o desenvolvimento dos Estados, das pessoas e da

sociedade. Sua interpretação confunde-se, no mais das vezes, com o próprio desenvolvimento. É, nas lições de Bauman (1999, p.7), “[...] o destino irremediável do mundo”.

Sen e Kliksberg (2010, p.21) aduzem que a “nossa civilização global é uma herança do mundo – e não apenas uma coleção de culturas locais discrepantes”.

A globalização econômica diz respeito à criação, nas últimas décadas, de uma nova forma de acumulação e de internacionalização de capital e o seu poder de intervenção nos Estados nacionais.

Demonstrando a preocupação com o fenômeno da globalização Antonio Casimiro Ferreira (2012, p.27) destaca que “o excesso de desregulamentação, a desigualdade na distribuição de riqueza e a dissociação entre a vertente econômica da social representam alguns dos efeitos da globalização”.

Nesse aspecto, a normatividade laboral como resultado da correlação de forças sociais (sentido genérico) e a relação de interioridade e de interdependência existente entre as regulações políticas, jurídicas e sociais no mundo laboral constituem-se a partir da noção de espaço-tempo do direito, resultando na concepção de um espaço de articulação, de interpenetração e de combinação entre os vários elementos que constituem por um lado o eixo dos sistemas nacionais de relações e normas laborais, e por outro o eixo de contexto heterogêneo constituído pelas várias dimensões dos processos de globalização (FERREIRA, 2002, p.260).

A globalização se intensificou no pós-guerra com iniciativas de bancos e empresas com alto poder econômico contra a crise financeira que assolou os anos 70. A alternativa escolhida para se livrar do colapso foi ampliar a desregulamentação dos mercados e alterar os modos de produção utilizando-se de novas tecnologias para possibilitar uma forma de produção flexível capaz de atender de forma mais eficiente os anseios do mercado, o que conseqüentemente, resultou na redução da necessidade de mão de obra humana (CORSI, 2003, p.103), ocasionando o aumento da taxa de desemprego no mundo todo, principalmente na Europa.

Em 2005 a Comissão Mundial sobre a Dimensão Social da Globalização, criada pela OIT, elaborou um relatório muito significativo sobre a dimensão social da globalização, destacando, inicialmente os benefícios da globalização:

Os benefícios que se podem obter são imensos. A crescente possibilidade de interconexão entre as pessoas do mundo todo está favorecendo a constatação de que todos pertencemos a uma mesma comunidade global. Esse novo senso de interdependência, de compromisso com valores universais compartilhados e de solidariedade entre os habitantes de todo o planeta pode ser aproveitado para cimentar uma governança global aberta e democrática que beneficie a todos. A economia de mercado global deu a conhecer uma grande capacidade produtiva. Gerida com acerto, pode dar lugar a progressos substanciais e sem precedentes, criar postos de trabalho mais produtivos e melhores para todos e contribuir de forma importante para a luta contra a pobreza no mundo (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE A DIMENSÃO SOCIAL DA GLOBALIZAÇÃO, 2005, p. 10-11)

Mas ao mesmo tempo, o relatório conclui que a globalização também tem gerado desigualdades e a ausência de divisão de riquezas:

Mas, temos também consciência do muito que nos resta fazer para que essa possibilidade se torne realidade. O atual processo de globalização está produzindo resultados desiguais entre os países e dentro deles. Está se criando riqueza, mas são muitos os países e pessoas que não participam de seus benefícios e têm pouca ou nenhuma participação no desenrolar do processo. Para uma grande maioria de mulheres e de homens, a globalização não tem sido capaz de satisfazer suas aspirações simples e legítimas de conseguir trabalho decente e um futuro melhor para seus filhos. Muitos deles vivem no limbo da economia informal, sem direitos reconhecidos e em países pobres que subsistem de forma precária e à margem da economia global. Até mesmo em países com bons resultados econômicos, há trabalhadores e comunidades que foram prejudicados pela globalização. Enquanto isso, a revolução das comunicações globais acentua a consciência de que essas disparidades existem (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE A DIMENSÃO SOCIAL DA GLOBALIZAÇÃO, 2005, p. 10-11).

A crise do Estado-nação, que constitui uma das características mais intensas da denominada globalização, induz ao questionamento relacionado aos limites da intervenção estatal frente ao mundo globalizado e, conseqüentemente, sobre a necessidade ou inevitabilidade das modificações do Direito Trabalhista no mundo e no Brasil.

Esse processo abrangente se desenrola, apesar e ainda que não haja, necessariamente, a intervenção direta das pessoas subjugadas aos seus efeitos, alcança, indiscriminadamente, todo o planeta, não obstante seja facilmente identificável a força protagonizante de alguns países, enquanto outros, como sói acontecer desde tempos remotos, aguardam os resultados como espectadores.

Para compreender os efeitos desta mudança paradigmática é necessário conhecer alguns dos elementos que dela derivam, conforme a visão de Bauman (1999)

O primeiro efeito é denominado como proprietário ausente (BAUMAN, 1999, p.16). Seguindo a teoria formulada por DUNLAP²³ (*apud* BAUMAN, 1999, p.13), a globalização permitiu a aquisição pelas elites globais de uma independência em contraponto às “unidades territorialmente confinadas de poder político e cultural” gerando, em consequência, uma perda de poder dessas unidades.

Em outras palavras, as unidades territorialmente confinadas perdem o sentimento de pertencimento, que não diz respeito à mera questão proprietária, mas sim ao fato – agora incontestável – de que as decisões são tomadas a partir do interesse de investidores (que não são mais “locais”), em nada importando a agregação à comunidade. As práticas empresariais de outrora tinham o intuito também de originar no meio social uma identificação, despertando a sensação de pertencimento, o que não ocorre com a globalização.

3 MUDANÇAS DE PARADIGMAS DE PADRÃO EMPRESARIAL

O padrão empresarial atual, antes local e de agregação social, reside em escopos de que a alteração de sede das companhias deve flutuar conforme a prioridade de seus investidores e a viabilidade dos investimentos. A perda do sentimento de pertencimento, que realizava agregação social, dá lugar a uma luta interna por poder, de caráter endêmico (BAUMAN, 2013, p.56-57).

Outro padrão empresarial vencido pela globalização e que diz respeito diretamente ao seu efeito de “proprietário ausente” é a identificação e conhecimento próximo do proprietário do negócio. Empresas que levavam o nome do proprietário todos os empregados conheciam pessoalmente estes proprietários, o que não acontece com as empresas globalizadas.

²³ Albert J. Dunlap, considerado o racionalizador da empresa moderna, é citado na obra de BAUMAN, à p. 13, em que afirma : “A companhia pertence às pessoas que nela investem – não aos seus empregados, fornecedores ou à localidade em que se situa”.

Nos novos padrões globalizantes das empresas, não é incomum que nenhum empregado tenha visto o “dono do negócio” pessoalmente, isso porque, em muitos casos, a propriedade é dividida por pessoas que sequer conhecem o negócio pessoalmente, realizando, com enorme cautela, seus investimentos de locais distantes da sede, podendo estar a milhares de quilômetros de distância e, ainda assim, terem o voto decisivo nos destinos da companhia.

Bauman destaca que a “[...] liberdade do capital é reminiscência da liberdade que tinham, outrora, os proprietários ausentes, notórios por sua negligência em face das necessidades das populações que os alimentavam”(BAUMAN, 1999, p.17). Nesse modelo, os proprietários - ainda que ausentes – ficavam presos às localidades, seus limites reais eram mais severos, o que gerava ao proprietário ausente a propensão do infortúnio.

Com a globalização, estes proprietários, graças à mobilidade de seus recursos – agora mais líquidos – não enfrentam limites reais o bastante que os obriguem a sediar em uma ou outra localidade. Ao contrário, os únicos limites que conhecem são o da livre movimentação do capital e do dinheiro.

Assim, a globalização tem como conseqüência o desprendimento do senso comunitário – a sensação de pertencimento – pois os investidores podem se locomover rápida e eficientemente, ao contrário dos locais, que se tornam aprisionados ao cumprimento das penalidades do processo globalizador.

Nesse novo contexto, a mobilidade é um dos maiores objetivos, pois dela decorre a proeminente hierarquia social, onde os padrões econômicos, sociais e políticos deixaram a esfera local e passaram a agir mundialmente, sendo, portanto, indispensável esta liberdade de ajustamento, pois dela deriva a eficácia do capital e dos investidores modernos, o que ocorreu no mundo todo, inclusive no Brasil e nos países da Europa.

Não há mais, por conseguinte, atitudes de pressão ao capital, pois como a empresa perdeu seu vínculo com o local, tornou-se também, resistente à coação dos trabalhadores. Conseqüentemente, o capital quando pressionado tem a alternativa de procurar lugares mais pacíficos, ou como sugere Bauman (1999, p.17-18), “uma opção mais suave”, gerando, conseqüentemente, o desemprego.

No mesmo sentido, essa mobilidade proprietária se infere da disponibilização informacional. A era pós-moderna trouxe, ao cargo de sua evolução, a derrocada dos padrões de distância, vencendo-os facilmente, permitindo um deslocamento sem a perda informativa necessária para o gerenciamento dos investimentos.

Wilson Ramos Filho, fazendo uma análise dos quinze anos anteriores ao auge da crise de 2008 destaca que raramente as explicações do deslocamento da produção para outros países vinham acompanhadas “da confissão da real motivação: a ampliação da taxa de retorno sobre o capital investido” (RAMOS FILHO, 2012, p.290).

Este encurtamento das distâncias e término da geografia é um efeito da velocidade das informações e dos meios de comunicação, assim como um crescente desenvolvimento de novas tecnologias que ao invés de diminuir os espaços das diferenças as homogeneizando, tornou-as polarizadas. Para alguns, ele assegura uma liberdade sem precedentes para se locomover, adaptar e agir à distância, podendo assim se locomover para fora da localidade. Mas para outros, esta distância continua muito abrangente, cabendo-lhes somente o caminho da observação e da constante inépcia para a utilização das informações adquiridas.

Esse efeito, que influencia diretamente na mobilidade do proprietário, é, portanto, a veiculação e o acesso rápido às informações, de qualquer lugar do mundo, pois é possível uma conexão imediata, com transmissão de dados instantânea. A informação atualmente “viaja”, independentemente do movimento dos corpos físicos.

Com a velocidade dos novos acontecimentos, a economia ganha um impulso determinante, que acaba por romper com as últimas barreiras de proteção do Estado, ficando este condicionado ao fator econômico. As empresas perante a falta de localidade acabam impondo pressões aos Estados. Uma empresa pode demitir pessoas nas mais diversas localidades sem ter prejuízos econômicos, deixando para o Estado as futuras consequências que este fato irá gerar. Devido a isso, o Estado sofre um definhamento, existindo uma forte tendência à eliminação do Estado-nação.

Portanto, a globalização pode ser entendida como um processo de desordem da economia e das relações sociais, influenciando a sociedade de modo geral, sendo impossível um planejamento que não leve em conta esse novo arranjo mundial.

A globalização condiciona seus preceitos de forma totalitária e indissolúvel, impondo pressões que o Estado não é capaz de dirimir, motivo pelo qual o Estado se vê desnudo de seu poder e reconhecimento de outrora, somente lhe restando ferramentas básicas para manutenção do interesse das grandes organizações empresariais, baseado nas regras de livre mercado, políticas especulatórias, capital global e um Estado diminuto e fraco, que tem como única função a manutenção e criação de processos que mantenham a estabilidade financeira e econômica. Atualmente as megaempresas desfrutam de toda a liberdade para realizarem manobras econômicas que tornam o Estado um mero espectador, dominado e sem poder de reação.

Nesse contexto, Nise Jinkings enfatiza que as experiências neoliberais, as suas políticas de liberalização do comércio, a privatização da economia e desregulamentação dos direitos do trabalho, a expansão dos mercados financeiros internacionais (de forma avassaladora) e a introdução de modalidades flexíveis de produção são características do desenvolvimento capitalista mundial atual (JINKINGS, 2002, p.23).

Inegavelmente a economia globalizada acentuou as desigualdades, aumentando a pobreza, ocasionando à perda da soberania dos países, bem como a uma exploração ilimitada e não controlada de recursos naturais, restringindo a intervenção dos sindicatos nas empresas, principalmente em relação às multinacionais, ocasionando um maior desrespeito as normas sociais de trabalho reconhecidas internamente, além de impor uma forte pressão com o objetivo de recuar nas conquistas dos trabalhadores (ESTANQUE; FERREIRA; SILVA; PROENÇA, 2013, p. 168).

Esse admirável mundo novo proposto (livre comércio, o desenvolvimento econômico e a diminuição das desigualdades sociais) tem se mostrado de modo diverso à medida que aumenta o poder econômico dos afortunados, ocasionando

uma drástica diminuição na condição de vida dos mais pobres e, por conseguinte, um aumento do desemprego, principalmente na Europa.

4 A CRISE DO DESEMPREGO NA EUROPA À LUZ DA POLÍTICA DE AUSTERIDADE

Em decorrência dessa nova proposta de mundo (livre comércio, desenvolvimento econômico e a “diminuição das desigualdades sociais”), assim entendida como globalização econômica, o que observamos foi, principalmente, a redução da necessidade de mão de obra, emergindo para os governos um grande problema, o desemprego, sentido, no mundo todo.

A globalização, indiscutivelmente proporciona facilidade na vida das pessoas (por exemplo, no comércio, a partir da aquisição de produtos importados mais baratos). Entretanto, uma das grandes desvantagens da globalização é o desemprego. Muitas empresas aprenderam a produzir mais com menos gente e pagando menos, usando novas tecnologias e fazendo com que o trabalhador perdesse espaço no mundo global.

Essa nova ordem econômica internacional, principalmente em decorrência do uso das novas tecnologias, reduz os homens ao *status* de *incluídos* (cidadãos-servos) de uma economia globalizada e que se flexibiliza ou de *excluídos* (desempregados, subempregado e até os *inempregáveis*, que são o que não obtém colocação porque lhes falta conhecimento especializado) (FRANCO FILHO, 2001, p. 42).

É duvidoso pensar que a diminuição do custo de despedimento e do trabalho suplementar e o aumento dos tempos do trabalho sem acréscimos salariais tenham efeito positivo para diminuir o desemprego (FERREIRA, 2012, p.17).

Não obstante, não podemos fechar os olhos à realidade que nos é apresentada em relação à crise do emprego e sua relação com o futuro do trabalho. Ferreira destaca três fatores importantes para a ruptura estrutural para a discussão sobre a crise do emprego: “(1) milhões de pessoas estão excluídas do trabalho ou encontram-se em situação precária; (2) a sua capacidade de gerar

coesão social é questionada; (3) a intervenção estatal e as políticas de regulação laboral têm-se revelado incapazes de tornar o trabalho factor de integração e coesão social” (FERREIRA, 2002, p.268).

Indiscutivelmente, a crise do emprego não possui, apenas, um fator, mas a globalização econômica/financeira pode ser considerada como um dos principais fatores. Nesse sentido, José Nilson Reinert (2012, p.118) enfatiza que:

A velha ladainha dos baixos salários para a solução do desemprego pode ser uma questão bastante ilustrativa. Do ponto de vista privado, um salário mais baixo reduz custos, aumenta margens de lucro bem como a competitividade e pode, em última análise, gerar novos empregos. Por outro lado, se todos ganham menos, todos compram menos, todos vendem menos e todos produzem menos, diminuindo a massa de lucro da economia e, particularmente em função das deseconomias de escala, aumentam os custos, diminui a competitividade e, conseqüentemente, aumenta o desemprego.

Na mesma concepção Paul Singer destaca que, além da revolução tecnológica que foi um fator muito importante para eliminação de milhões de empregos, a globalização da economia continua a modificar a divisão internacional do trabalho de forma perversa, pois os capitais deslocam-se para áreas em que o “custo da força de trabalho é menor, onde não existem os benefícios sociais já consagrados em convênios internacionais, o que agrava a perda de empregos nos países em que os direitos trabalhistas existem e são respeitados” (SINGER, 2012, p.118).

Países que oferecerem melhores condições, como por exemplo: mão de obra barata e qualificada, baixa carga de impostos, matéria-prima barata, poucos direitos trabalhistas, etc; atraem empresas que saem de países onde o custo de produção é alto e onde existe forte intervenção estatal e normativa protetiva nas relações de trabalho.

Em decorrência dessas situações, verificamos um aumento expressivo no desemprego, fato este devidamente constatado na Europa desde o início do século XX, pois muitas empresas transferiram suas produções para países como China, Índia, Cingapura, Taiwan, Malásia, etc. (OIT, 2011)

De acordo com a Rede Europeia Anti-Pobreza-Portugal:

O mundo enfrenta em 2012 sérios desafios ao nível do emprego. Depois de 3 anos de crise continua nos mercados globais, verifica-se um acumular de desemprego global de cerca de 200 milhões – um aumento de 27 milhões desde o início da crise. Cumulativamente serão

necessários mais de 400 milhões de novos empregos durante a próxima década para evitar um aumento do desemprego. Assim, para gerar um crescimento sustentável e manter a coesão social, o mundo necessitará de cumprir um desafio urgente que é o de criar 600 milhões de empregos produtivos na próxima década, o que mesmo assim deixará cerca de 900 milhões de trabalhadores vivendo com as suas famílias com menos de 2 dólares por dia, muito também nos países desenvolvidos. As projeções demonstram nenhuma mudança na taxa global de desemprego até 2016. Isto conduzirá a um aumento adicional de 3 milhões de desempregados em todo o mundo em 2012, ou um total de 200 milhões aumentando para 206 milhões em 2016 (EAPN, 2012)

Em estudo realizado pelo Gallup em relação ao medo da perda do emprego dos trabalhadores norte-americanos registrou nos anos de 2009 para 2010 um aumento significativo, haja vista que cada 3 em 10 trabalhadores temiam ser dispensados da sua empresa. Tal fato se deve, principalmente, pela crise financeira. A globalização favorece a transferência de empresas (inclusive criando as empresas transnacionais) e empregos.

As normas da OIT (Organização Internacional do Trabalho) que estabelecem o patamar mínimo trabalhista, objetivando impedir o *dumping social*, que determina os patamares básicos de proteção dos trabalhadores para os países subdesenvolvidos, hoje têm dificuldades crescentes de cumprir seu intuito, haja vista a ausência de cumprimento pelos países cooperados.

Objetivando diminuir o impacto da globalização econômica no desemprego nos países do parlamento Europeu, este estabeleceu uma política pública denominada de FEG - Fundo de Ajustamento à Globalização, criado em 2007 com o objetivo de ajudar os trabalhadores despedidos em decorrência dos efeitos das globalizações econômica e financeira na Europa.

Desde a sua criação até agosto de 2013 o FEG registrou 110 candidaturas: 20 Estados-Membros solicitaram cerca de 471,2 milhões de euros para ajudar 100.022 trabalhadores despedidos. Portugal já recorreu ao FEG cinco vezes, tendo recebido 8,6 milhões de euros para ajudar um total de 4.367 trabalhadores.²⁴

Recentemente o Parlamento Europeu autorizou que o Fundo de Ajustamento à Globalização (FEG), a partir de 2014, possa ser utilizado no

²⁴ Fundo para globalização vai ajudar jovens desempregados. 2013. Disponível em: <<http://www.noticiasaoiminuto.com/economia/131115/fundo-para-globalizacao-vai-ajudar-jovens-desempregados#.UoyW49L6W7k>> Acesso em: 20 de jan. 2014.

combate ao desemprego juvenil, um dos maiores problemas enfrentados pela Europa, principalmente na Espanha (50,5%), Portugal (35,4%), Itália (31,9%) e Irlanda (31,6%).²⁵

Não há como negar que a globalização produziu e produz efeitos no mundo todo. A mobilidade do capital obrigou os trabalhadores a fazer concessões salariais e os governos a oferecer benefícios fiscais e a flexibilizar os direitos trabalhistas, gerando desemprego e empobrecimento, além de criar as chamadas empresas flexíveis (COLLER, 1997, p.169).

O resultado é uma corrida para baixo, pois os salários e condições de trabalho estão sob ameaça. Empresas pioneiras, como a Apple, cuja atividade baseia-se em grandes avanços científicos e tecnológicos (muitos dos quais, financiados pelos governos) também mostraram grande destreza em evitar impostos. Apropriam-se do esforço coletivo, mas não dão nada em retorno (STIGLITZ, 2013).

A desigualdade e a pobreza entre as crianças são um desastre moral mais chocante. Elas desmentem as hipóteses da direita, segundo as quais a pobreza resulta de preguiça e das escolhas erradas: as crianças não podem escolher seus pais. Nos EUA, uma em cada quatro crianças vive na pobreza; na Espanha e Grécia, uma em cada seis; na Austrália, Grã-Bretanha e Canadá, mais de uma em cada dez. Nada disso é inevitável. Alguns países optaram por criar economias menos desiguais: a Coreia do Sul, onde há meio século apenas uma em cada dez pessoas chegava à universidade, tem hoje um dos índices mais altos de acesso ao ensino superior (STIGLITZ, 2013).

István Mészáros enfatiza o surgimento de um novo padrão de desemprego que surge nos países capitalistas altamente desenvolvidos, limitando-se “em grande parte aos ‘bolsões de subdesenvolvimento’; e as milhões de pessoas afetadas por ele costumavam ser otimisticamente ignoradas, no grande estilo de autocomplacência neocapitalista, como representando os ‘custos inevitáveis da

²⁵ Mapa mundial do desemprego entre os jovens. 2011. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/especiais/mapa-mundial-do-desemprego-entre-jovens,153888.htm>> Acesso em: 20 jan. 2014.

modernização' sem que houvesse muita preocupação – se é que havia alguma” (MÉSZÁROS, 2011, p.67).

Mesmo que o Estado esteja a cada dia perdendo seu espaço e tornando-se mais fraco, ainda se utiliza de forças coibitivas para minimizar alguns setores sociais, em contra partida, este mesmo Estado, cria condições para o mercado financeiro e investidores, utilizado de metodologias que objetivem garantir à classe média as condições mínimas e que penitencia com leis severas as classes desfavorecidas.

Este Estado tem como modelo um maior controle dos gastos públicos, redução de impostos, reformulação dos sistemas de proteção social e diminuição da rigidez das leis trabalhistas. Portanto, prioriza os setores do capital financeiro e bloqueiam os poucos recursos destinados aos setores sociais em nome de maior controle dos gastos públicos, como tem ocorrido com a Itália, Portugal e Espanha, dentro outros países, que foram “obrigados” a aderirem às políticas de “austeridade”.

Ferreira, discorrendo sobre a noção de “austeridade”, afirma que se “configura como o ‘padrão que liga’ os problemas sistêmicos”(FERREIRA, 2012, p.12), diretamente vinculado aos problemas financeiros, impondo a sociedade o ônus de arcar com esses problemas, resultando em danos decorrentes do aumento das desigualdades, do empobrecimento e do mal-estar social.

Na verdade podemos entender a austeridade, atualmente, como um modelo “político-econômico punitivo em relação aos indivíduos, orientado pela crença de que os excessos do passado devem ser reparados pelo sacrifício presente e futuro, enquanto procede à implementação de um arrojado projeto de erosão dos direitos sociais e de liberalização econômica da sociedade.” (FERREIRA, 2012, p.13)

Ferreira destaca que:

De par com a variedade e singularidade das experiências nacionais de concertação social, pode estabelecer-se uma periodização marcada por três momentos: a expansão e esgotamento da macro-concertação entre os anos 1970 e 1980; o retorno do diálogo social nos anos de 1990, relacionado com os processos de integração européia e da globalização; e o atual momento, que se pode designar pela concertação social da crise, marcado pelo seu envolvimento na implementação das medidas

de austeridade e subsequentes reformas legislativas (FERREIRA, 2012, p.17).

Em muitos países da Europa, principalmente Grécia, Portugal e Espanha que tem no euro a sua moeda oficial, a austeridade está sendo implantada pela “força”, com o objetivo de estabilizar os mercados, fazendo com os Estados permitam a flexibilização dos direitos sociais e laborais com o intuito de incentivar a criação de empregos, aumentando a competitividade.

Assim, “a taxa de desemprego alimenta a ideia de que devido à dificuldade de encontrar um emprego, a qualidade do trabalho seja sacrificada, constituindo a precariedade mais uma variável de ajustamento para a saída da crise” No entanto, de acordo com a OIT, as medidas de austeridade tendem a ameaçar ainda mais os mercados de trabalhos, aumentando os custos da crise a longo prazo, tornando-se mais dispendioso reduzir o desemprego (FERREIRA, 2012, p.61).

A adesão às políticas de “austeridade” em decorrência da crise econômica e financeira, bem como da globalização, está conduzindo a desemprego alto, salários em queda e desigualdade crescente. Governantes como Angela Merkel, a Chanceler alemã reeleita, e Mario Draghi, o Presidente do Banco Central Europeu, argumentam que os problemas europeus resultam de dispêndios exagerados com o Estado de bem-estar social. Mas esta linha de raciocínio apenas mergulhou o continente em recessão (ou mesmo depressão). O fato de o processo ter atingido o fundo do poço (a recessão “oficial” pode ter terminado) oferece pouco conforto para os 27 milhões de desempregados na União Europeia. Em ambos os lados do Atlântico Norte, os fanáticos da “austeridade” afirmam: “vamos em frente; são pílulas amargas de que precisamos para alcançar a prosperidade”. Mas prosperidade para quem?(STIGLITZ, 2013).

A questão a ser apresentada é: a política de austeridade gerará a diminuição do desemprego na Europa? Ao nosso modo de ver não, pois o desemprego atual decorre principalmente da globalização econômica/financeira, na busca do capital por mão de obra mais barata em países sem qualquer tipo de proteção trabalhista.

O “barateamento” da mão de obra, a redução dos salários, a redução das remunerações dos servidores públicos, a redução com gastos sociais e a flexibilização/desregulamentação dos direitos sociais dos trabalhadores decorrentes da política de austeridade deverá gerar, ainda mais, o empobrecimento do trabalho e, por conseguinte, o aumento do desemprego ou o surgimento do chamado “precariado”(STANDING, 2013, p.15), termo criado nos anos de 1970 pela combinação do adjetivo “precário” e do substantivo “proletariado”, classe essa de trabalhadores que não se sentem protegidos pelos direitos trabalhistas, não possuem empregos “permanentes” e que sequer sabem qual posição social se enquadram.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A globalização econômica/financeira é um fenômeno mundial e, por conseguinte, inegavelmente, ocasionou e ainda ocasiona muitas transformações, tanto no aspecto econômico, mas, principalmente, no aspecto social em relação ao aumento do número de desempregados e uma forte flexibilização dos direitos dos trabalhadores.

Nesse contexto, ao contrário do que se possa parecer, a política de austeridade imposta principalmente pelo Parlamento Europeu e pela Alemanha a alguns países Europeus que possuem o euro como moeda oficial, como Grécia, Espanha e Portugal, com vistas a diminuir o desemprego, têm gerado, ainda mais, o empobrecimento dos “mais” pobres e o aumento do próprio desemprego, além da precarização do trabalho, haja vista que a globalização ocasionou uma modificação na concepção empresarial, possibilitando às multinacionais e as transnacionais a transferir os seus conglomerados, bem como os seus investimentos em mercados de trabalhos com mão de obra mais barata, possibilitando, ainda mais, uma maior lucratividade.

A mercê dessa situação, não resta outra alternativa a não ser esperar para podermos constatar que, lamentavelmente, muitos trabalhadores europeus sofrerão, ainda mais, com a política de austeridade imposta pelas nações que

detém o poder econômico, objetivando, única e exclusivamente, amenizar a crise financeira que assola o mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Z. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

_____. **Danos colaterais**: desigualdades sociais numa era global. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013,

COLLER, X. **La empresa flexible**: Estudio sociológico Del impacto de la flexibilidad em el proceso de trabajo. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1997.

CORSI, F. L. A globalização e a crise dos Estados Nacionais. In: DOWBOR, L.; IANNI, O.; RESENDE, P. E. **Desafios da globalização**, 5^a. ed. Petrópolis, Rj: Vozes, 2003.

EAPN - Rede Europeia Anti-Pobreza-Portugal. **Indicadores sobre a pobreza – Dados Europeus e Nacionais**. Disponível em: <http://www.igfse.pt/upload/docs/2012/IndicadoresPobrezaUE_PT_%20agosto2012.pdf> Acesso em: 19 jan. 2014).

ESTANQUE, E; FERREIRA, A. C.; SILVA, M. C.; PROENÇA, J. **Dossier: sindicalismo português**. 2013. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/rccs/artigos/62/RCCS62-Dossier%20Sindicalismo-149-188.pdf>> Acesso em: 19 fev. 2014.

FERREIRA, A. C. **Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Económica. 2012.

_____. Para uma concepção decente e democrática do trabalho e dos seus direitos: (Re) pensar o direito das relações laborais. In: **A globalização e as ciências sociais**. 2^a. ed. Portugal: Cortez Editora. 2002.

FRANCO FILHO, G. S. **Globalização do trabalho: rua sem saída**. São Paulo: LTr, 2001.

Fundo para globalização vai ajudar jovens desempregados. 2013. Disponível em: <<http://www.noticiasominuto.com/economia/131115/fundo-para-globalizacao-vai-ajudar-jovens-desempregados#.UoyW49L6W7k>> Acesso em: 20 de jan. 2014.

JINKINGS, N. **Trabalho e resistência na “fonte misteriosa”**: os bancários no mundo da eletrônica e do dinheiro. Campinas: Editora da Unicamp; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002.

Mapa mundial do desemprego entre os jovens. 2011. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/especiais/mapa-mundial-do-desemprego-entre-jovens,153888.htm>> Acesso em: 20 jan. 2014.

MARTINS, S. P. **A terceirização e o direito do trabalho.** 12^a. edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MÉSZÁROS, I. **A crise estrutural do capital**; Trad. Francisco Raul Cornejo [*et al.*]. 2^a. ed. Ver. e ampliada. São Paulo: Bomtempo, 2011.

RAMOS FILHO, W. **Direito capitalista do trabalho**: história, mitos e perspectivas no Brasil. São Paulo: LTr, 2012.

REINERT, J. N. **Desemprego**: Causas, Consequências e possíveis soluções. 2012, Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/adm/article/download/8065/7448>>.

STANDING, G. **O precariado**: a nova classe perigosa. Tradução Cristina Antunes. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

SEN, A; KLIKSBURG, B. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**; trad. Bernardo Ajzerberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras: 2010.

SINGER, P. **Globalização e Desemprego: Diagnóstico e alternativas.** São Paulo: Editora Contexto. 2012.

STIGLITZ, J. E. **Inequality is a choice.** 2013. Disponível em: <<http://opinionator.blogs.nytimes.com/2013/10/13/inequality-is-a-choice>>

U.S., Worries About Job Cutbacks Return to Record Highs. 2011. Disponível em: <<http://www.gallup.com/poll/149261/Worries-job-Cutbacks-Return-Record-Highs.aspx>>

Uma globalização justa: criando oportunidades para todos. Brasília: MTE, Assessoria Internacional, 2005.

WANDELLI, L. V. **O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade.** São Paulo: LTr, 2012.

World of Work Report 2011: Making Markets Work for Jobs. 2011. Disponível em: <http://www.ilo.org/global/publications/books/forthcoming-publications/WCMS_166021/lang--en/index.htm>.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

**GT – TEORIA E PESQUISA SOCIOLÓGICA DO
DIREITO**

CANOAS, 2015

DIREITO RESILIENTE: PARA PENSAR UMA INOVAÇÃO REFLEXIVA DO DIREITO

Luis Gustavo Gomes Flores

RESUMO: O presente texto busca desenvolver uma ressignificação da Resiliência no âmbito do Direito a fim de vislumbrar uma operacionalização jurídica capaz de enfrentar a complexidade social contemporânea, privilegiando aprendizado, evolução e Inovação do Direito enquanto um sistema autopoietico e de suas respectivas ressonâncias e operações. Para tanto, as investigações foram realizadas a partir de uma perspectiva epistemológica de caráter sistêmico, através da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Uma epistemologia desenvolvida no âmbito da Matriz Pragmático-Sistêmica e do método sistêmico-construtivista. Com isso se pode compreender a importância simbólica da ideia de Resiliência para aprimorar o potencial reflexivo do Direito, no sentido de desenvolver suas operações sempre voltadas ao aprendizado e evolução do sistema, o que resultou em colocar no centro dessa reflexão a ideia de Inovação do Direito. Com isso, pode-se observar que a ressignificação da Resiliência no âmbito do Direito, possibilitou uma tendência de observação e operacionalização específica que se convencionou chamar de Resiliência Jurídica. Uma proposta reflexiva que, para pensarmos o permanente aprimoramento das operações jurídicas e a importância da ideia de Inovação, lança as bases para se pensar em um Direito Resiliente.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Resiliente, Inovação, Resiliência Jurídica, Sociologia, Teoria dos Sistemas Sociais

1 INTRODUÇÃO

No contexto contemporâneo, onde a sociedade se caracteriza por grande complexidade, o conservadorismo excessivo da dogmática jurídica, contribui para colocar as fragilidades da racionalidade jurídica da Modernidade (ainda predominante nos dias atuais) em evidência, dado o contraste que se forma com um contexto social dinâmico e altamente contingente. Isso denota um problema epistemológico generalizado no universo jurídico, que acaba se estendendo sistemicamente na operacionalização dogmática do Direito.

Para enfrentar essa problemática que possui em suas raízes conexões complexas, é importante pensar em um conjunto de operações sistemicamente articulados, que possibilite ao Direito uma consistência epistemológica e operacional para enfrentar a complexidade contemporânea.

Para tanto, pretende-se desenvolver alguns aspectos de uma estratégia reflexiva para o Direito a partir de três pontos relevantes, a saber: a resignificação da resiliência no âmbito do Direito; uma epistemologia da complexidade e a reflexão sobre o tema da Inovação, em especial no sentido de pensar a ideia de Inovação do Direito.

Nesse percurso reflexivo, busca-se formas de aprimoramento da observação e da operacionalização jurídica, que por sua vez, significa alcançar melhores resultados no que diz respeito a produção de comunicação do Direito. Trata-se de pensar o Direito aproveitando esse contexto altamente complexo, como um terreno fértil para aprimorar a capacidade de atualização e aprendizado do Direito.

Nesse sentido, no ponto dois - 2 O POTENCIAL SIMBÓLICO DA RESILIÊNCIA COMO ELEMENTO REFLEXIVO PARA O DIREITO – busca-se um movimento de abertura observando o potencial simbólico da ideia de Resiliência trazendo-a para o Direito, a partir de uma resignificação, com suporte de um construtivismo sistêmico.

Já no ponto três - 3 DIREITO E PRESSUPOSTOS DE UMA EPISTEMOLOGIA DA COMPLEXIDADE SOCIAL – busca-se apresentar alguns traços fundamentais dessa perspectiva epistemológico da complexidade, como sustentação de toda a reflexão envolvendo Direito, Resiliência e Inovação.

Após apresentar a principal perspectiva da reflexão e a epistemologia de base, passa-se a trazer à observação da ideia de Inovação, no sentido de explorar ao máximo essa semântica no âmbito do Direito, a partir de um consistente arsenal reflexivo forjado através das construções que equacionam operacionalização jurídica, Resiliência e Inovação, enquanto um caminho necessário para se pensar em um Direito Resiliente.

2 O POTENCIAL SIMBÓLICO DA RESILIÊNCIA COMO ELEMENTO REFLEXIVO PARA O DIREITO

A complexidade da sociedade contemporânea tem possibilitado diversas situações, problemas e relações. Nesse sentido, o “novo”, seja ele um desafio, um obstáculo ou simultaneamente ambos, é uma questão de observação. Ao mesmo tempo em que um evento pode ser observado como incerteza e risco, também pode ser observado como fonte de novas possibilidades de observações e reflexões jurídicas.

O contraste entre um contexto dinâmico e uma operacionalização jurídica predominantemente conservadora sugere certa fragilidade epistemológica do Direito. Em parte, essa questão revela o peso da herança da Modernidade, enquanto um problema epistemológico generalizado, impedindo a observação e conseqüentemente comprometendo o processo de tomada de decisão diante da complexidade social contemporânea.

Para escapar desses obstáculos, o Direito precisa de uma estratégia operacional e epistemológica que considere pragmaticamente a produção de ressonâncias a partir da forma sistema/ambiente. Assim, surge a Resiliência como elemento reflexivo para pensar o desenvolvimento e aprimoramento do potencial de atualização do Direito (DELEUZE, 2009, p.298).

Convém mencionar que trata-se de um termo que remonta suas origens no âmbito da Física, onde o sentido de Resiliência designa a capacidade que alguns materiais apresentam ao serem submetidos a certo nível de tensão, assimilando essa energia e posteriormente retornando a uma condição equivalente ao estado originário. Além dessa significação, o respectivo tema também ganhou grande repercussão nas ciências humanas, sobretudo, no âmbito da Psicologia, onde a Resiliência passou a significar a capacidade de um ser humano de enfrentar certas adversidades na vida, superando-as, e (ao superá-las) demonstrando ser capaz de recuperar um estado que se poderia observar como “equivalente” ao estado anterior.

Nessa transposição, da Física para a Psicologia, a Resiliência deixa de estar voltada à composição de materiais para ser relacionada às condições

psíquicas dos seres humanos e isso pressupõe certas diferenças peculiares. Contudo, pode-se observar que a Resiliência foi recepcionada no âmbito da Psicologia como uma metáfora, sugerindo certa correspondência com o sentido apresentado pelo termo em sua origem (YUNES, 2011).

No cerne das duas perspectivas originárias de Resiliência, reside a ideia de um “problema” a ser enfrentado. Esse “problema”, considerado assim para fins didáticos, sugere uma “tensão” que, no âmbito da Física, era sofrida por um corpo ou material. Isso no âmbito da Psicologia, foi substituído, por exemplo, pelas noções de risco, estresse ou crise. Essas tensões ou “problemas” que são observados em relação ao estado psíquico de um indivíduo, podem ser observados como desafio a ser enfrentado por uma postura resiliente (RUHL)

Assim, a Resiliência enquanto capacidade de enfrentar crise, tensão, estresse ou simplesmente uma situação difícil, sugere uma riqueza semântica que poderia muito bem ser observada no Direito. Contudo, essa possibilidade exigiria certa mudança na forma de observação, redefinindo a capacidade de observar em relação a novos e antigos problemas, a fim de escapar das tradicionais leituras demasiadamente conservadoras. A partir de uma observação complexa, os “problemas” podem ser observados como tudo que dificulta ou obstaculiza uma operacionalização construtivista do Direito.¹ Surge assim a necessidade de pensar a Resiliência na operacionalização jurídica.

A dimensão semântica da Resiliência é recomposta no Direito, buscando certa equivalência simbólica na construção de um conhecimento jurídico. Trata-se também da reconstrução do sentido jurídico a partir de uma operacionalização dinâmica, de uma circularidade virtuosa e de uma reflexividade construtivista.

Assim, no esforço para enfrentar os desafios contemporâneos, emerge como uma nova perspectiva nas reflexões do Direito a concepção de Resiliência

¹ Muitas vezes a dogmática jurídica pode demonstrar Resistência, mas dificilmente Resiliência. Quando isso ocorre já está ocorrendo um movimento de abertura e transformação. Como uma forma de ilustrar essa diferença poderia se observar que material pode possuir elasticidade, que por sua vez, significa a capacidade de sofrer certa deformação e retornar ao estado normal. Se o material não é elástico, mas rígido, ele pode sofrer uma pressão e ser deformado ou resistir. Ser resistente não significa ser resiliente. Para que se deformem sem se romper é necessária a resiliência que implica na absorção da energia do impacto. Parece significar uma potência da elasticidade, que é contingencialmente atualizada.

Jurídica. Surge assim, uma estratégica reflexiva para desenvolver um enfrentamento sofisticado da complexidade contemporânea.

Trata-se de uma forma de Resiliência voltada à concepção e operacionalização de um “sistema”, enquanto um sistema social reflexivo. Dessa forma, a Resiliência Jurídica pode ser observada como a potencialidade de um sistema jurídico de assimilar uma contingência inesperada, promovendo rapidamente uma desestabilização e reestabilização, dinâmica e construtivista, conservando intacta a sua auto-organização reflexiva e com isso a manutenção e constância de suas operações futuras.²

A compreensão da Resiliência Jurídica depende da compreensão de uma complexidade existente a partir da observação da distinção sistema/ambiente (Luhmann, 1991, p.283). equacionada a partir dos pressupostos de um construtivismo sistêmico. Como se trata de uma ressignificação da Resiliência no âmbito do Direito, deve-se considerar todo esse conjunto de pressupostos teóricos, entre os quais uma observação complexa é o primeiro deles.

Nesse sentido, uma primeira mudança que se pode observar no entendimento da Resiliência, é que não há como indicar o que especificamente significaria um “problema”, uma “tensão”, uma “crise” ou uma “situação difícil”, pois o que define ou não algo como um “problema”, depende do observador. Não há como precisar um único tipo de problema já que este pode aparecer de forma multifacetada e ainda assim, ser observado a partir de ou diversos pontos específicos de observação.

Em que pese se deva considerar a existência de fatores internos e externos, uma dada observação de algo como um “problema”, pode não corresponder à uma outra observação. Algo pode em diferentes perspectivas ser ou não considerado um problema ou nem mesmo ser observado. Ou ainda, o que pode ser um problema para um observador, pode ser uma oportunidade ou um desafio para outro (LUHMANN, 2009, p.152). Não se pode precisar um único ponto ou uma única forma de observação quando se está lidando com “padrões” complexos como os possíveis de serem observados na sociedade

² Sobre autopoiese também Cf. LUHMANN, Niklas. *Comunicazione Ecologica: Può la società moderna adattarsi alle minacce ecologiche?* Milano: Franco Angeli, 1989, p. 245.

contemporânea. Nesse sentido, interessa recompor a contribuição de Gaston Bachelard, quando menciona a noção de obstáculo epistemológico, associado a outro pressuposto interessante, que é a concepção de ponto cego, apresentada tanto por Forester como Maturana (2001).

Assim, a partir de uma observação complexa capaz de transcender, em certa medida, as limitações dos “obstáculos epistemológicos” e ‘pontos cegos’ da observação, a Resiliência Jurídica emerge com o suporte teórico construtivista, a partir de uma epistemologia reflexiva, voltada permanentemente para desenvolver o aprimoramento da observação e operacionalização (aprendizado). Esse potencial de aprendizado, observado como diferença na transposição da concepção de Resiliência da Física para a Psicologia, foi um aspecto importante para uma observação reflexiva, que interessa ao Direito na perspectiva de uma epistemologia sistêmico construtivista. É justamente a “diferença” produzida com a passagem da física para a psicologia que se identifica na ressignificação da Resiliência Jurídica como um ponto relevante da mudança.

Trata-se de um processo voltado à produção e superação de um necessário estado de desequilíbrio.³ Pode-se observar que nessa perspectiva, a Resiliência Jurídica não corresponde a um conceito estático, mas sim a um potencial operacional que pode ser constatado e permanentemente desenvolvido. Um mínimo de definição sintática e semântica é muito importante, mas como um ponto de partida, considerando que a dimensão de sentido é complementada por uma pragmático-sistêmica, que não comporta fechamentos excessivamente conservadores (dogmáticos).

Para tanto, Resiliência Jurídica se constitui como um conjunto de operações do sistema jurídico, que equacionadas desenvolvem esse potencial operacional no sentido de produzir as condições necessárias para se alcançar certo resultado construtivista. Trata-se de uma forma de atualização dinâmica e construtiva do sistema jurídico, na assimilação do processo de variação, seleção e reestabilização (LUHMANN, 2002, p.304) Uma alternativa reflexiva importante

³ Nesse sentido, a noção de desequilíbrio é observada a partir da necessária observação e operacionalização da variação como um aspecto relevante do processo evolutivo do Direito. (LUHMANN, 2002, p. 360).

para se ter um Direito sintonizado com as necessidades e os desafios de um ambiente altamente complexo (LUHMANN, 2007, p.66-67). Nesse sentido, a estabilização de um Direito atualizado, deve paradoxalmente desenvolver a capacidade operacional de se desestabilizar diante de uma variação e se reestabilizar a partir de uma seleção, de forma a produzir ressonâncias comunicativas com alta probabilidade de eficácia.

Assim a noção de Resiliência Jurídica, se forja na linha de uma epistemologia reflexiva, enquanto uma categoria que pressupõe um espaço de articulação da concepção de Resiliência, no âmbito do Direito e a partir de um construtivismo sistêmico.⁴ Estando voltada a desenvolver e aprimorar a capacidade operacional do sistema do Direito, pode-se compreender a Resiliência Jurídica como uma potencialidade do sistema jurídico, diante de uma contingência (CLAM, 2006, p.52) inesperada, de desestabilizar-se e reestabilizar-se, de forma dinâmica e construtivista, mantendo a integridade e constância de suas operações. Isso geralmente terá correspondência com um processo de tomada de decisão, enquanto um momento contínuo e construtivista de observação e configuração dos próprios contornos da Resiliência Jurídica.

A Resiliência Jurídica pressupõe em sua configuração reflexiva a capacidade de equacionar a necessidade de uma ruptura para conservar a constância. É nesse sentido que há uma compatibilidade e identificação com um processo reflexivo de auto-organização. Por isso torna-se relevante pensa-la enquanto um potencial operacional dos sistemas sociais auto-organizativos e complexos, no caso o sistema jurídico, constituídos primordialmente por comunicações (MANSILLA; NAFARRATE, 2008, p.69). Assim, o caráter sistêmico de uma observação/operacionalização que corresponda à Resiliência Jurídica, está evidente na necessidade de promover uma articulação sistêmica de ressonâncias, observações, auto-organizações, a partir da distinção basilar sistema/ambiente.

⁴ Trata-se de uma perspectiva epistemológica que emerge da Matriz Pragmático Sistêmica de Leonel Severo Rocha, onde parte de pressupostos da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, abrindo-se para novas perspectivas que possam ser observadas como correspondentes a um construtivismo sistêmico.

Assim, a Resiliência Jurídica pode ser observada como uma estratégia reflexiva para desenvolver a capacidade para enfrentar desafios de forma construtivista e confiável (LUHMANN, 1996, p.39). Quando, através dessa estratégia reflexiva o Direito aprimora sua capacidade de observar, assimilar e produzir Inovações, tem-se um Direito Resiliente.

Trata-se de uma concepção de Direito, que através do conjunto de operações designado como Resiliência Jurídica, pode potencializar as condições necessárias para que o sistema jurídico, enquanto um Direito Resiliente seja capaz de enfrentar o “novo”, como uma operação de aprendizado recorrente do sistema, desenvolvendo simultaneamente a capacidade de gestão da mudança, de forma construtivista, visando criar uma permanente disposição para aprimoramento operacional.

3 DIREITO E PRESSUPOSTOS DE UMA EPISTEMOLOGIA DA COMPLEXIDADE SOCIAL

Pensar um Direito Resiliente, capaz de observar a complexidade a partir desenvolver suas operações comunicativa é parte de um grande desafio de aprimoramento do Direito na Sociedade Contemporânea. É preciso pensar o Direito em face da multiplicidade de sentidos diferentes que precisam se comunicar. Esse é um dos problemas a ser enfrentado, mas também, simultaneamente, um aspecto motivador para que se consiga sofisticar o Direito e suas ressonâncias na sociedade.

Isso é complexidade: saber que sociedade é comunicação, mas paradoxalmente também admitir a improbabilidade da comunicação. A partir da concepção de Direito Resiliente, já se pressupõe que essa concepção já compreende o potencial operacional que evolue desde observação até todas as possibilidades de comunicação. O que significa que para se alcançar efetivamente uma Resiliência Jurídica, é preciso pensar em aprimorar, além da capacidade de observar e algumas formas de operacionalização, também a capacidade de produzir ressonâncias comunicativas com grande potencial de produzir comunicações eficazes.

A comunicação entre sistemas sociais que possuam dimensões de sentido diferentes no ambiente social, não se dá de forma direta, natural ou certo. Ser resiliente também pressupõe que o Direito desenvolva estratégias para desenvolver a própria capacidade comunicativa.

Para que a comunicação de fato ocorra é preciso haver certa equivalência ou correspondência entre a assimilação de um sistema social e o que foi produzido por outro sistema como proposta comunicativa originária. Assim, para que ocorra a comunicação é preciso a ocorrência de três elementos, a saber: ato de informar, informação e compreensão. Só ocorre comunicação quando e porque se dá a ocorrência desses três elementos (LUHMANN, 2001, p.127) sendo que é na compreensão que reside a existência de certa correspondência.

A concepção de Direito Resiliente passa pela pretensão de desenvolver um potencial operacional que pressupõe disposição para enfrentar o desafio de um problema da improbabilidade da comunicação. Essa dificuldade que se apresenta amplamente na complexidade social ocorre que, ao elaborar a proposta de uma comunicação, se tem certo controle dos dois primeiros elementos, ou seja, informação e ato de informar. O ponto delicado dessa questão é que o mesmo não se pode dizer do terceiro elemento, a compreensão, que fica fora de qualquer controle, o qual a proposta de comunicação é direcionada. A expectativa de quem elabora uma proposta de comunicação deve coincidir com a compreensão daquele a qual é direcionada. Ocorrendo isso, pode-se mencionar que a comunicação aconteceu de forma eficaz (LUHMANN, 2009, p.293).

Nesse sentido, não basta criar uma proposta de comunicação selecionando informação e ato de informar, que ocorra a compreensão correspondente com o que se pretendeu comunicar. Esse é um grande problema que o Direito precisa assimilar e, através do qual, precisa se desenvolver de forma resiliente.

Aqui reside a complexidade de existir diversos sistemas sociais diferentes, com códigos distintos. Por tanto, em geral, o sentido que corresponde ao código do sistema é próprio e específico, incompreensível, num primeiro momento, para os demais sistemas.

Costuma-se saber ainda que cada sistema se mostra para os outros sistemas como uma caixa-preta, ou seja, jamais um sistema consegue apreender

o que de fato se passa no interior de outro sistema. O interior, ou o que ocorre no interior de um sistema é sempre inacessível para os demais sistemas (LUHMANN, 2009, p.101).

Assim, o que um sistema “conhece” dos outros sistemas não é de fato o que seja o sistema internamente observado, mas apenas uma construção (observação) do sistema observador. Então o sistema observador não conhece o outro sistema de fato, mas o que ele conhece é uma construção que ele próprio elabora, com o que ele consegue observar do sistema, ou seja, da respectiva comunicação daquele sistema, ou o que o sistema elabora como proposta de comunicação. Só é possível observar o que está na comunicação ou o que é tematizado na comunicação (LUHMANN, 2007, p.66).

O Direito Resiliente é uma perspectiva que procura observar na contingência um espaço de criatividade, transformação e aprendizado. Pois dada a possibilidade de contingência na comunicação, sempre se poderá compreender mais ou menos do que se pretendeu mencionar, ou simplesmente de forma diferente. O ambiente da sociedade constitui-se em uma dinâmica de implicações recíprocas de ressonâncias, que poderão desencadear boas irritações ou desencadear novas possibilidades de reorganizações, escapando de qualquer lógica de controle e determinação.

Pensar a relação com a sociedade, pressupõe desenvolver a capacidade de enfrentar essa complexidade e incerteza buscando produzir comunicações. Contudo, é preciso desenvolver estratégias criativas de comunicação jurídica, para se alcançar resultados positivos, já que não há uma implicação direta de um sistema sobre outro, não há determinação ou predominância sobre outro. É preciso desenvolver e dominar a capacidade de produzir e assimilar estímulos comunicacionais, pois o que ocorre é uma interdependência entre todo sistema social a partir da capacidade para produzir comunicações eficazes. É preciso produzir mudanças nas próprias estruturas internas de um sistema para pensar a capacidade do sistema e se (auto)organizar diante das demandas da sociedade (LUHMANN, 2009, p.250).

Como isso significa mencionar que o ambiente não determina o sistema e o sistema não determina o ambiente. Os sistemas sociais que são autopoieticos se

autodetermina, mas também isso não pode ser compreendido com independência absoluta. O que existe é uma interdependência, que envolve toda a conjuntura da sociedade. Por isso um aspecto no estudo dos sistemas sociais muito relevante é a diferença sistema/ambiente, uma diferença que estará presente nas observações das relações sociais que lembrando, são relações primordialmente comunicativas (LUHMANN, 1991, p.187).

Praticamente todas as relações passaram por essa diferença, que por sua vez constitui-se como um pressuposto reflexivo da organização do Direito, indicando que as relações sistêmicas na sociedade não são simplistas, absolutamente certas e possíveis. Pelo contrário, envolvem operações complexas em razão da complexidade envolvida (ou contemplada na própria forma de observação) sempre existe uma margem de contingência.

Estamos tratando aqui de desenvolver uma operacionalização resiliente do Direito, priorizando a perspectiva da autopoiese social. Contudo, convém mencionar que também se deve considerar basicamente três tipos de autopoiese específicas: biológica, psíquica e social.⁵

A partir dessa auto-organização reflexiva do Direito, se pode compreender que o sistema jurídico possui uma autonomia, que se desenvolve através de uma operacionalização de um fechamento operacional através do qual o sistema mantém sua identidade. Contudo, convém advertir que não se trata de um fechamento ingênuo ou absoluto, trata-se de um fechamento operacional, que ocorre para garantir a realização de suas operações internas. Essa auto-organização interna pressupõe também uma abertura seletiva que permite através da mudança desenvolver o aprimoramento da própria capacidade evolutiva (MANSILLA; NAFARRATE, 2008, p.353).

Nesse sentido, embora se utilize algumas denominações como por exemplo, sistema, sistema fechado e sistema aberto, isto constitui-se apenas parte do esforço de significação que possui certos limites sintáticos e podem

⁵ A, a autopoiese biológica, compreendida no âmbito da biologia, no que diz respeito ao estudo dos sistemas vivos como sistemas autopoieticos. A autopoiese psíquica, no âmbito do sistema psíquico, buscando como se desenvolve autopoieticamente ideias, pensamentos e como ocorre a relação entre o psíquico e o social, entre o que é pensamento e o que é comunicação. Cf. (MATURANA; VARELA, 2001, p. 25) (MATURANA; VARELA, 1997, p. 17) (LUHMANN, 1991, p. 56) (TEUBNER, 1989, p. 59) (ROCHA, 2003, p.100) (ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, 2005, p. 16)

forçar um mínimo de reducionismo semântico, muitas vezes insuficientes, mas inevitáveis quando minimamente se precisa de alguma estrutura.

Assim, cabe a advertência de que quando se está fazendo referência a uma reflexão que se desenvolve na perspectiva de um construtivismo sistêmico, já se deve presumir que os termos indicados não podem ser compreendidos de forma simplista ou ingênua, embora deva obedecer, ou precisem ser apresentados como um mínimo simbólico de representação.

Nesse sentido, se pode compreender que o sistema jurídico não é fechado ou aberto, mas sim fechado e aberto simultaneamente. Ele se constitui como um constante pulsar que equaciona abertura e fechamento. Ao equacionar ambas as possibilidades, ele equaciona as condições necessárias para que o sistema possa se abrir ao ambiente de forma seletiva num processo coevolutivo da sociedade, de forma a garantir a sua identidade e a sua capacidade de auto-organização interna do sistema (TEUBNER, 1989, p.4).

Assim, se configura os contornos de um dos principais paradoxos do Direito enquanto um sistema social: O Direito só é fechado porque é aberto e só aberto porque é fechado. Ele só é aberto porque o respectivo fechamento criou as condições para garantir a manutenção da sua auto-organização interna e da mesma forma, sua identidade diante de uma abertura que só é possível, em razão dessa consistência do sistema necessária para aproveitar evolutivamente os “momentos” de aberturas. Dessa forma, se poderia afirmar que o Direito é aberto e fechado simultaneamente (TEUBNER, 1989, p.4).

Contudo, nessa perspectiva epistemológica, o paradoxo não é observado como um empecilho ou obstáculo na construção do conhecimento, mas sim como algo possível e necessário. O paradoxo pode ser observado como um elemento criativo de reflexão e decisão. Considerando tudo isso se pode melhor compreender como se dá as comunicações ou as relações comunicativas na sociedade, a partir de certo acoplamento entre produções de sentidos orientadas especificamente por seu respectivo código (TEUBNER *in*: OLIVEIRA, 2010, p. 163).

Nesse sentido, as comunicações não ocorrem de forma direta ou a partir de determinações impostas, mas sim a partir de uma relação complexa

compreendida como *acoplamento estrutural* (CORSI; BARALDI; ESPÓSITO, 1996, p.24). Trata-se de uma relação comunicativa realizada entre sistemas que possibilita a ocorrência de comunicação envolvendo estruturas sistêmicas diferentes. Uma forma de comunicação que permite que cada sistema mantenha intacta sua auto-poiese com o intuito de compartilhar de um processo voltado a criar condições específicas de forma a ser favorável na produção eficaz das comunicações.

A partir desse processo complexo de comunicação e operações de interdependências sistêmicas na sociedade torna-se relevante a compreensão de como se dá a articulação de toda essa complexidade constituída por múltiplas formas de comunicações correspondentes às peculiaridades de cada sistema parcial da sociedade.

4 DIREITO RESILIENTE E INOVAÇÃO

Interessa-nos acentuar aqui o potencial evolutivo dessa perspectiva teórica a fim de compreender o processo de variação, seleção e estabilização do Direito. A evolução ocorre quando se pode observar essas condições articuladas em uma dinâmica reflexiva. Trata-se de observar um elemento diferente que pode ser selecionado, em contrapartida de uma situação já estabilizada. Busca-se assim confirmar a assimilação de uma diferença a partir de uma seleção, em busca de uma estabilização que, por sua vez, é uma operação fundamental para manter o sistema em uma “dinâmica estável” (LUHMANN, 2002, p.304).

Nesse sentido, a Resiliência Jurídica surge como uma estratégia para atualizar o potencial reflexivo do Direito, possibilitando “observar” as consequências das decisões jurídicas para o futuro, tanto do Direito como da Sociedade. É uma forma sobretudo de buscar aprimorar a capacidade de assimilar e produzir Inovação de forma sistêmico-constitutivista.

Assim a ideia de Inovação começa a ser contemplada na observação do Direito como um traço marcante de um ambiente complexo onde as possibilidades de contingências tendem a serem progressivamente elevadas (CLAM, 2006, p.27). O mundo está mudando rapidamente e a cada momento que

passa, aumenta a possibilidade de emergir em nosso horizonte de observação algo totalmente inédito e imprevisível. O Direito Resiliente seria uma forma de pensar o Direito aberta reflexivamente a essas possibilidades.

Nesse cenário, torna-se evidente o contraste entre um contexto social hipercomplexo e um Direito simplificado e conservador (KERCKHOVE, 2009, p.83). Assim, ficam cada vez mais expostas as defasagens e fragilidades do sistema jurídico.

No cerne desse problema reside certa concepção de “Inovação”.⁶ O Direito precisa estar preparado para enfrentar as contingências de um contexto dinâmico, repleto de rápidas mudanças. A Inovação surge como contingência para o Direito. Pensar Direito e Inovação, exige a reflexão sobre, observação, assimilação e auto-(re)organização. Com isso surge a exigência de um aprofundamento maior da reflexão sobre a necessidade e gestão de mudanças. É preciso lidar com o fato de que o improvável, paradoxalmente passa a ser cada vez mais provável. É preciso pensar a alta probabilidade do que aparentemente é improvável. Talvez o grande desafio do Direito seja a Inovação e a partir dela, as mais variadas mudanças rapidamente desencadeadas.

Essa tendência gera uma tensão no sentido de deslocar o Direito de sua estabilidade, geralmente, excessivamente conservador, produzido por uma forma de operacionalização conhecida como Dogmática Jurídica. Isso ocorre porque tradicionalmente, a forma de operacionalizar a contingência no Direito, está ligada a uma concepção estável e estática de mundo. Essa visão ilusória e conservadora, produzida por certa perspectiva jurídica, nem sempre é fruto de mera ingenuidade, visto que pode ser muito conveniente produzir convenções que são verdadeiras ficções, em razão da vantagem que se pode obter em termos de controle, na medida em que elas permitem a realização de previsões de futuros problemas, bem como das respectivas soluções jurídicas. São construções do

⁶ Convém mencionar que a Inovação deve ser desenvolvida pelo Direito no Direito como um sistema autopoiético que é, contudo, como se trata de uma perspectiva sistêmica, a Inovação como uma produção de diferença, tem a possibilidade de desencadear sistemicamente outras produções de diferenças em cadeia, outras mudanças e conseqüentemente outras possibilidades de inovação. Por isso se considera nessa perspectiva sistêmica de Inovação do Direito, a acentuação da importância da produção de Inovação Disruptiva no Direito, mas também um potencial de desenvolvimento e ressonâncias a partir do Direito.

passado para solucionar problemas futuros, válidas em razão da concepção de estabilidade de mundo já mencionada (CLAM, 2006, p.20).

Sabe-se que uma operacionalização jurídica orientada a partir de suas heranças da Modernidade provavelmente possuirá uma concepção de Tempo conservadora. Como bem chama a atenção Rocha, “Aqui não se defende que isso seja ruim ou bom, só se afirma que as pessoas são conservadoras porque pensam no passado” (ROCHA, 2003, p.194). Trata-se de uma postura que talvez exija certa atenção, pois esse conservadorismo praticado de forma ingênua ou excessivamente conservadora pode gerar um dogmatismo muito forte.

Em uma forma de sociedade onde as mudanças ocorressem lentamente isso não seria um grande problema. Contudo, diante de um contexto complexo, altamente dinâmico e contingente como a sociedade contemporânea, esta forma de operacionalização começa a dar sinais de que precisa ser seriamente revista (ROCHA, 2003, p.197).

Por outro lado, convém mencionar que ao se propor uma reflexão sobre as mudanças ocorridas no contexto social, que são extremamente velozes, não se pretende com isso indicar que o Direito deva tornar-se simplesmente ágil como alguns setores da sociedade. O Direito possui o seu tempo, que deve ser equacionado a partir da sua função de estabilização de expectativas. Quando se menciona a necessidade de atualização dinâmica do Direito, não se está fazendo referência à mera rapidez do processo em uma concepção cronológica do tempo. Se a operacionalização dos procedimentos jurídicos for rápida e epistemologicamente os resultados forem conservadores, o problema do tempo ainda persiste. Independente de ser uma concepção de Tempo extremamente dinâmica ou não, o importante é que o Direito apresente soluções adequadas à complexidade da sociedade, o que exige pensar em certa atualização jurídica (LUHMANN, 2007, p.790). A dinâmica conjuntura da sociedade atual exige respostas cada vez mais adequada à sua complexidade, sobretudo no âmbito do Direito.

Apesar da Inovação não ser propriamente um tema novo, estando presente em todo desenvolvimento das sociedades, esse conservadorismo mencionado, faz do Direito um dos ramos mais conservadores da sociedade. Este é um dos

principais problemas e desafios da contemporaneidade: como desafiar os limites jurídicos mais tradicionais, a fim de promover certa desdogmatização do Direito. Para tanto, a Resiliência Jurídica vem recuperar a importância da Inovação, sobretudo, através de uma forma de operacionalização que acentua a sua importância para o Direito.

Assim, a Resiliência Jurídica surge como um convite para a renovação da perspectiva de observação, bem como na desconstrução e reconstrução dos contornos do Direito. De certa forma, isso sugere uma Inovação que significa um ponto de reflexão para uma perspectiva sistêmico-construtivista. A Resiliência Jurídica insere a proposta de acentuar a importância do “novo” na epistemologia jurídica, como um percurso voltado à Inovação, sobretudo epistemológica.

Em razão de uma pesada tradição conservadora, a temática que envolve Direito e Inovação, tradicionalmente possui muito espaço no universo jurídico. O conservadorismo do Direito não pode ser confundido com uma necessária conservação, própria da função do Direito, através da qual, tem a tarefa de estabilizar expectativas normativamente de forma generalizada e congruente (LUHMANN, 1983, p.116). Quanto a isso, necessariamente, não há nenhum problema ou crítica. Pois é preciso haver expectativas normativas que tenham certa duração no tempo. Por outro lado, o problema surge quando isso é compreendido e operacionalizado a partir de uma postura excessivamente conservadora. É essa dinâmica conservadora do Direito, que não possibilita espaço para a Inovação, ou se possibilitam, mais parecem espaços restritos de controle para uma “inovação autorizada”. A conservação é algo importante ao Direito, mas passa a ser um problema quando é radicalizada, a partir de uma lógica de repetição que acentua excessivamente o passado.⁷

É preciso considerar contribuições que foram importantes para as primeiras reflexões sobre o tema. Nesse sentido, não se pode deixar de mencionar a compreensão de Joseph Schumpeter (1934), para quem Inovação era concebida como uma “destruição criadora”. Esse entendimento também está indicado no Manual de Oslo que traz diretrizes sobre a compreensão da noção de Inovação.

⁷ Convém reforçar que essa concepção corresponde com ao que, ao longo do trabalho, concebemos como “dogmática jurídica”.

Embora traga uma noção geral, o respectivo manual apresenta o entendimento de que “uma inovação é a implementação de um produto (bem ou serviço) novo ou significativamente melhorado, um processo ou um novo método de marketing ou ainda um novo método organizacional nas práticas de negócios, na organização do local de trabalho ou nas relações externas.” (OCDE, 1997, p.55).

A noção de Inovação pode ser compreendida a partir da ideia de uma diferença, que pode introduzir algo novo. Essa diferença pode ser compreendida a partir de diferentes interpretações em relação à graduação da Inovação. Significa que se pode entender algo como Inovação no Direito, que já não é assim considerado em outro âmbito da sociedade. De outra forma se pode compreender uma Inovação quando de fato algo é inédito para as mais diversas perspectivas.

Em que pese exista diversos entendimentos sobre Inovação, em razão da forte herança positivista no Direito brasileiro, normalmente quando ela ganha algum espaço no universo jurídico, geralmente está ligada à mudança legislativa. Não é estranho observar nesse contexto, quando se está diante de um problema aparentemente fora das previsões jurídicas, que a solução indicada seja a criação de uma lei ou mesmo de uma reforma legislativa. Não que isso em certa medida não seja importante, mas o Direito é mais amplo que a lei, de forma que, ao se pensar em alguma Inovação, se deve considerar uma mudança de forma sistêmica, a começar pela conjuntura epistemológica e da cultura jurídica como um todo.

De um ponto de observação dogmático, inovar pode soar como uma ameaça para uma dinâmica comodamente mantida sobre controle. Assim a Inovação propõe uma dinâmica que se coloca em posição contrária às posturas conservadoras.⁸ A necessidade de mudança diante da observação de alguma Inovação, tem grandes chances de significar certo abalo nas posturas jurídicas mais tradicionais. A Inovação empurra a operacionalização jurídica para uma necessária desestabilização. Gera uma tensão no sentido contrário ao da sua função que é justamente a de estabilização das expectativas normativas de forma congruente e generalizada na sociedade (LUHMANN, 1983). Esse abalo nas

⁸ Sobre a importância da dogmática para o Direito Cf. (SUPIOT, 2007).

estruturas estabilizadas do Direito gera certa tensão e dificuldade para a operacionalização jurídica na atualidade.⁹

A dogmática reveste-se de uma armadura que protege suas bases da Inovação. Quando parece haver algum espaço para a Inovação na dogmática jurídica, o que geralmente ocorre é a busca por adequar ou formatar eventual Inovação a partir de um velho olhar, a partir de parâmetros ou modelos, engessados, na maioria das vezes reducionista. Ocorre sim uma dogmatização das possibilidades de atualização. Assim o potencial de aprendizado, criativo e reflexivo que poderia ser explorado com o advento de uma Inovação, é desprezado, praticamente ignorado em reducionismos que castram a observação, encerrando o sentido em limites restritos e insuficientes. Isso revela outro grande problema epistemológico contemporâneo, a negação do potencial compreensivo da complexidade em prol de formas simplificadas e fáceis de operacionalizar, mesmo que não passem de simples ficções deficitárias.

Diante de uma possibilidade de Inovação o problema que pode existir, em certa medida pode ser oriundo de uma observação dogmática e excessivamente conservadora.¹⁰ Contudo, isso é colocado em destaque diante da Inovação, muitas vezes paralisando por algum tempo as operações jurídicas.¹¹ A Inovação é inevitável e também uma necessidade do Direito e de toda a Sociedade.

Essa disposição de reflexão sobre a “Inovação” também pressupõe a observação a partir da indicação de *duas dimensões de sentido da Inovação*.¹² Na primeira, Inovação refere-se à observação de algo que surge como novo. Na

⁹ Em relação a isso considerar a concepção de “negação” a partir de uma perspectiva sistêmica. (CORSI; BARALDI; ESPÓSITO, 1996, p. 158)

¹⁰ Convém mencionar que se está fazendo referência a um problema ligado à uma resistência conservadora à mudança. Obviamente nem toda mudança significa que possua um significado positivo, pelo simples fato de que o status quo é extremamente conservador. Nesse sentido, uma mudança ou Inovação não correspondem em si a algo que possa ser compreendido a partir de um valor positivo. Nas respectivas reflexões já se considera implícita essa avaliação e a postura de não considerar a Inovação como algo positivo em si. Sempre será necessária uma avaliação a respeito considerando circunstâncias, contexto e temporalidade, embora seja qual for o resultado, ele será, em certa medida, contingente.

¹¹ Essa paralisação jurídica, em que pese o Judiciário não possa se eximir de decidir uma questão de forma explícita, quando simplesmente se mantém o processo em mãos sem decidir, também pode ser uma forma, não explícita, de não decidir.

¹² Pode-se pensar em uma terceira dimensão de sentido de Inovação referente às inovações que o Direito desencadeia quando se propõe a produzir diferença, quando se propõe a produzir Inovação. Até que ponto o Direito consegue desencadear novos comportamentos.

segunda, se pretende fazer referência à capacidade de Inovação do próprio Direito, no que diz respeito à capacidade de gestão da mudança de suas próprias estruturas.

Ao contrário de uma perspectiva mais conservadora, interessa compreender a Inovação em uma perspectiva epistemológica da complexidade, correspondente à concepção de Resiliência Jurídica. É justamente em relação a este tipo de Inovação que a dogmática jurídica figura simbolicamente como um obstáculo epistemológico. É mais cômodo e mais seguro realizar tudo como sempre se realizou. A introdução de um elemento novo no sistema (desencadear) tende a produzir outras possibilidades de inovações, que exigirão domínio, controle e novas avaliações. Isso é necessário para manter um mínimo de sincronia com o ambiente. O enfrentamento e a capacidade de assimilação de Inovação, de certa forma pode desencadear uma Inovação interna do Direito ou, por sua vez, pode ser resultado de uma Inovação já resultante no seu interior. A partir daí já se pode observar uma circularidade e a própria ideia de um Direito Resiliente também sugere certa virtuosidade (construtivista).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O surgimento de novos contornos na sociedade gera novas situações que constituem um terreno favorável para melhor compreensão de uma complexidade social multifacetada, em contínua transformação, que resulta de inúmeras relações, imprevisíveis e espontâneas, em meio às quais estamos inseridos. Inevitavelmente surgem formas de contingências que nos permitem espaços interpretativos diferentes dos tradicionais. As novas configurações sejam de situações, crimes ou direitos, são revestidos de uma grande incerteza, que significam possibilidades de abertura na estrutura clássica dogmática, predominantemente fechada, ou seja, possuem um grande potencial para a produção de diferença.

Diante de um contexto repleto de possibilidades tanto de problemas como de novas soluções, o diferente, inédito e imprevisível ganha espaço enquanto Inovação. Essa expressão do novo precisa ser assimilada em suas diversas

possibilidades e por isso o Direito precisa desenvolver a capacidade de lidar com a mudança. Nesse sentido, uma estratégia é o desenvolvimento de um conjunto de operações do sistema jurídico na perspectiva de um construtivismo sistêmico. Isso permite uma observação da complexidade e por sua vez, novos problemas e novas soluções.

Assim, como estratégia reflexiva para aprimorar a capacidade de operacionalização do Direito, a noção de Resiliência é ressignificada a partir de pressupostos de uma epistemologia da complexidade, o que possibilitou desenvolver uma nova concepção que ganha a denominação de Resiliência Jurídica. Trata-se de traçar novos caminhos para desenvolver a Resiliência Jurídica como um potencial reflexivo organizacional, dando origem à noção de um Direito Resiliente, preparado organizacionalmente e epistemologicamente para enfrentar o novo, desenvolver aprendizado, observar e produzir a própria Inovação do Direito.

REFERÊNCIAS

BROWN, G. S.. **Laws of Form**. New York: Bantam Books, 1973.

CLAM, J.. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

CORSI, G.; BARALDI, C.; ESPÓSITO, E.. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Universidad Iberoamericana. Guadalajara, México: Diseño y Letras, S.A, 1996.

DELEUZE, G.. **Diferença e repetição**. Tradução de Luiz Orlandi, Roberto Machado. 2 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2009.

FOERSTER, H. V.. Visão e conhecimento: Disfunções de segunda ordem. In: **Novos Paradigmas, Cultura e Subjetividade**. Organizado por Dora Fried Schnitmann; Tradução de Jussara Haubert Rodrigues, Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

KERCKHOVE, D. de. **A Pele da Cultura: investigando a nova realidade eletrônica**. São Paulo: Annablume, 2009.

LUHMANN, N.. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Confianza**. Barcelona/España: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996.

_____. **A improbabilidade da comunicação**. Tradução de Anabela Carvalho, 3 ed. Lisboa: Vega, 2001.

_____. **Introdução à Teoria dos Sistemas**: Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. **Introdução à Teoria dos Sistemas**: Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. **La sociedad de La sociedad**. Tradução Dario Rodriguez Mansilla. Mexico, DF: Herder, 2007.

_____. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. México/DF: Universidad Iberoamericana/ Alianza Editorial, 1991, p. 187.

_____. **Comunicazione Ecologica**: Può la società moderna adattarsi alle minacce ecologiche? Milano: Franco Angeli, 1989.

_____. **El Derecho de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Colección. Teoría Social, 2002.

MANSILLA, D. R.; NAFARRATE, J. T.. **Introducción a lá teoria de la sociedad de Niklas Luhmann**. México: Herder, 2008.

MATURANA, H. R; VARELA, F. J.. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001.

_____. **De máquinas e seres vivos**: autopoiese – a organização do vivo. 3 ed. Tradução Juan Acuña Llorens, Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Manual de Oslo**: diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. 3. ed. Rio de Janeiro: Finep, 1997.

RUHL J.B. **General design principles for resilience and adaptive capacity in legal systems**: With applications to climate change adaptation. In: HeinOnline. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nclr89&div=49&id=&page=>>>. Acessado em: 25, nov. 2013.

ROCHA, L. S.. **Epistemologia jurídica e Democracia**. 2 ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003.

____; SCHWARTZ, G.; CLAM, J.. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

____. **Da Epistemologia Jurídica Normativista ao Construtivismo Sistêmico**. SCHUMPETER, Joseph. The theory of economic development. Cambridge: Harvard University, 1934. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=7p9fwYiDR20C&printsec=frontcover&dq=schumpeter.+the+theory+of+economic+development&hl=pt-BR&sa=X&ei=ZXsmU92gLZPRkQegiYCQBw&ved=0CC0Q6AEwAA#v=onepage&q=schumpeter.%20the%20theory%20of%20economic%20development&f=false>>. Acessado em: 14, mar. 2014.

SUPIOT, A.. **Homo Jurídicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TEUBNER, G.. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TEUBNER, G.. **Tratando com paradoxos do Direito**: Derrida, Luhmann, Wiethölter. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de, (Org.). *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*. Barueri: Manole, 2010.

YUNES, M. A. M.. **Psicologia Positiva e Resiliência**: o foco no indivíduo e na família. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v8nspe/v8nesa10.pdf>> Acessado em: 05 mar. 2011.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

GT – ESTADO, DEMOCRACIA E PODER

CANOAS, 2015

A (DIS)FUNÇÃO DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE USUÁRIOS DE DROGAS NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES À LUZ DAS INTERFACES ENTRE DIREITO E MEDICINA EM FOUCAULT

Taysa Schiocchet
Amanda Souza Barbosa

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo geral, a partir da identificação dos papéis exercidos pela internação compulsória de usuários de drogas para além de sua finalidade terapêutica no Brasil, problematizar o Direito à luz da obra de Foucault. Para tanto, adotou-se a metodologia dialética e foram realizadas pesquisas bibliográfica e documental. Tem-se como principal resultado a indicação de algumas das circunstâncias em que a internação compulsória termina por assumir papéis completamente alheios à sua finalidade original, a exemplo da extensão do tempo de reclusão de pessoas julgadas e condenadas pela Justiça da Infância e da Juventude. A conclusão a que se chega é que as disfunções verificadas ao se estudar este instituto revelam como a operação do Direito, sobretudo em articulação com o saber médico, pode fazê-lo atingir finalidades alheias àquelas legalmente declaradas, fenômeno que revela a atualidade das considerações de Foucault sobre o biopoder e a sociedade de normalização.

PALAVRAS-CHAVE: Internação compulsória; Drogas; Poder; Direito.

1 INTRODUÇÃO

A internação compulsória conta com previsão na Lei nº. 10.216/2001 (Lei Federal de Psiquiatria), diploma legal que redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Trata-se de modalidade de internação psiquiátrica em que uma pessoa é conduzida a um hospital psiquiátrico ou comunidade terapêutica para tratamento contra a sua vontade, por meio de decisão judicial. Será estudada, especificamente, a internação compulsória de pessoas que usam substâncias psicoativas de forma abusiva, aquelas que sofrem de dependência química, havendo transtorno mental associado ou não. Embora a internação seja uma modalidade de tratamento excepcional por força de lei, ela tem sido cada vez mais estimulada no bojo de políticas públicas. O Brasil, que caminha em direção

ao fortalecimento da rede de atenção psicossocial e maior disponibilidade de alternativas terapêuticas de base territorial, comunitária, e pautadas na voluntariedade, parece recrudescer diante da propalada “epidemia de crack”.

Tendo-se em vista este cenário, o presente artigo tem como objetivo geral, a partir da identificação dos papéis exercidos pela internação compulsória de usuários de drogas para além de sua finalidade terapêutica no Brasil, problematizar o Direito à luz da obra de Foucault. Para tanto, foi adotada a metodologia dialética e realizadas pesquisas bibliográfica e documental. No intuito de desenvolver esta análise, foram definidos os seguintes objetivos específicos: a) apresentar a disciplina jurídico-normativa sobre o instituto e as principais iniciativas governamentais no campo das políticas de tratamento aos usuários de substâncias psicoativas; b) analisar o ingresso da sociedade na era do biopoder a partir da obra de Foucault, com ênfase nas características e funções do Direito neste contexto; c) perquirir a (dis)funcionalidade da internação compulsória da forma como vem sendo aplicada pelo Poder Judiciário brasileiro. Estes serão os pontos abordados a seguir, nos itens de desenvolvimento do trabalho.

2 O ESTADO DA ARTE DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA NO BRASIL: TENSÕES ENTRE O “SER” E O “DEVER SER”

A disciplina jurídica sobre drogas no Brasil é, tradicionalmente, proibicionista. A atual Lei de Drogas (Lei nº. 11.343/2006) parece inaugurar uma nova tendência ao despenalizar a conduta de porte de drogas para consumo pessoal. De acordo com o artigo 28, § 7º, será facultado ao usuário, preferencialmente, tratamento ambulatorial especializado. Daí depreende-se que o tratamento jamais deve ser imposto à primeira vista. Maronna (2006) identifica um caráter dúplice na Lei de Drogas: ela abrandou o tratamento conferido ao porte de drogas ilícitas para consumo pessoal, mas agravou a punição ao tráfico. Isto denotaria uma clara opção pelo proibicionismo, ainda que velada. A adoção dessa postura gera reflexos diretos no tratamento dos dependentes químicos. De acordo com o MS (2004), determinar que uma conduta é proibida, além de

estigmatizar aquele que nela incorre, estimula a ocultação desses sujeitos e ações.

A despeito da ausência de previsão expressa na Lei de Drogas, as internações involuntária e compulsória de dependentes químicos têm sido realizadas com fulcro na Lei nº. 10.216/2001 (Lei Federal de Psiquiatria). De acordo com ela, as pessoas com transtorno mental têm direito ao tratamento menos invasivo e, preferencialmente, ele deve ser prestado em serviços comunitários de saúde mental (art. 2º, VIII e IX). Nessa linha, a internação somente pode ser indicada caso demonstrada a insuficiência dos recursos extra-hospitalares. É vedada a internação em locais com características asilares e ao paciente deve ser garantida a presença médica para esclarecimento da (des)necessidade da hospitalização, quando involuntária (art. 4º, caput, e § 4º).

Há três espécies de internação psiquiátrica: voluntária, involuntária e compulsória. Independentemente do tipo, a internação está condicionada a laudo médico circunstanciado (art. 6º). A internação psiquiátrica voluntária é aquela que se dá com o consentimento do paciente, mediante assinatura de uma declaração. A internação involuntária, por sua vez, é desencadeada a pedido de terceiro, sem o consentimento do paciente. Já a internação compulsória é descrita como aquela determinada pelo Poder Judiciário. Deverá sê-lo por juiz competente, que levará em consideração as condições de segurança do estabelecimento quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários (art. 6º, III, art. 9º).

A Lei Federal de Psiquiatria é uma importante conquista da Reforma Psiquiátrica, movimento que representa um *locus* de resistência às práticas hospitalocêntricas em prol de um tratamento extra-hospitalar e multiprofissional, que promova a inserção social das pessoas com transtornos mentais (MESQUITA; NOVELLINO; CAVALCANTI, 2010). Em seu projeto, chegou a ser prevista a extinção progressiva dos manicômios, disposição que foi suprimida ao longo de sua tramitação (GOULART, 2006). Dias (2007) destaca que esta lei é resultado de um processo de disputa acirrada entre as diferentes forças sociais envolvidas no processo, sobretudo o Movimento Nacional da Luta Antimanicomial (MNLA) e os proprietários dos hospitais psiquiátricos.

A “Política de Atenção Integral ao Uso de Álcool e outras Drogas” do MS está em consonância com os princípios da política de saúde mental vigente, a qual tem forte respaldo nas diretrizes da Reforma Psiquiátrica. A Lei nº. 10.216/2001 é uma grande referência, sobretudo por estar em sintonia com as orientações da Organização Mundial de Saúde (OMS). Dentre os objetivos da política nacional, está o de indicar a adoção da redução de danos nas ações de prevenção e tratamento, bem como formular políticas voltadas à desconstrução da ideia de que o usuário de drogas requer internação, prisão ou absolvição (BRASIL, 2004). Contudo, apesar dos esforços empreendidos nesse sentido, há um grave problema de comunicação entre as políticas e ministérios. Um grande exemplo é justamente a questão da internação compulsória: enquanto o MS se manifesta contra, o Ministério da Justiça (MJ) financia a abertura de novos leitos (informação verbal)¹.

Contrariamente ao que propugna a Reforma Psiquiátrica, o Poder Público tem investido na abertura de leitos para internação em instituições privadas e não tem priorizado, a contento, a consolidação da rede de assistência psicossocial. Atualmente, a principal ação do Governo Federal neste campo é o Programa “Crack, é possível vencer”, criado no bojo do Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas (Decreto nº. 7.719/2010). Os altos investimentos em leitos para internação em comunidades terapêuticas têm sido fortemente criticados, em comparação com as demais ações de cuidado (MJ[...], 2013). Além disso, os episódios de internação forçada nas “cracolândias” ocorridas, sobretudo, no Rio de Janeiro e em São Paulo denunciam que é conferida à medida de internação um papel que contraria o movimento da Reforma Psiquiátrica, invertendo-se a prioridade estabelecida nas diretrizes do MS ao se apostar em um modelo cuja insuficiência é historicamente aferível.

¹ Informação coletada durante debate no Programa EspaSUS, durante fala de Adauto Leite, Coordenador do Programa Bahia Acolhe, exibido no dia 21 de agosto de 2014 pela TVT. SAÚDE E POPULAÇÃO VULNERÁVEL. EspaSUS. São Bernardo do Campo: TVT, 21 ago. 2014. Programa de TV. 48 min. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=OCV6Rfo19os>>. Acesso em: 21 ago. 2014.

3 A ATIVIDADE JURÍDICA EM TEMPOS DE BIOPODER: O DIREITO E A MEDICINA ENQUANTO FONTES DE VERDADE SOBRE O USO DE DROGAS

Para uma melhor compreensão sobre os dissensos a respeito do papel que cabe à internação compulsória na política de tratamento de pessoas que usam substâncias psicoativas, recorreu-se a Foucault no intuito de se compreender as relações de saber-poder que perpassam este fenômeno. Foucault (1999), diante da insuficiência da teoria da soberania para traduzir uma sociedade transformada pelos processos de industrialização e explosão demográfica, vislumbrou a conformação de uma nova mecânica de poder, cuja base é constituída pelo poder disciplinar e pela biopolítica da espécie humana. A disciplina incide sobre os indivíduos para majorar, sobretudo, o efeito útil do seu trabalho. Já a biopolítica investiga fenômenos coletivos com vistas ao controle de sua probabilidade e efeitos.

Com o poder disciplinar e a biopolítica agindo em dois níveis distintos, mas inter-relacionados, inaugurou-se a era do biopoder. Enquanto o soberano tinha o poder de “fazer morrer” e “deixar viver”, a biopolítica se especializaria em “fazer viver” e “deixar morrer”. Entre seus objetos estão as endemias, sobretudo pela dificuldade em eliminá-las e por se tratar de um fator permanente que subtrai as forças, diminui o tempo de trabalho e eleva os custos econômicos em dois sentidos – pela produção não realizada e pelo custo dos tratamentos (FOUCAULT, 1999). Nessa linha, a dependência química, sobretudo a “epidemia de crack”, é um fenômeno a ser controlado pela mecânica biopolítica, pois diminui ou impede as possibilidades de labor e o tratamento, sobretudo por se tratar de uma doença crônica, é custoso e demanda acompanhamento constante.

O exercício do poder se funda e se legitima em normas, técnica positiva de intervenção e de transformação. Na sociedade de normalização se cruzam a norma da disciplina e a norma da regulamentação. A Medicina foi e é um elemento importante de articulação entre o poder disciplinar e a biopolítica, sobretudo por sua influência científica. Pode-se dizer que a Medicina é um saber-poder de efeitos disciplinares e regulamentadores. O exercício do poder pressupõe mecanismos que produzam efeitos de verdade, discursos que todos

são forçados a (re)produzir. Neste ponto, Direito e Medicina se articulam (FOUCAULT, 2013, 2010, 1999),

Foi do encontro do saber jurídico e do saber psiquiátrico que emanou a figura do anormal. O saber psiquiátrico, ao oferecer respostas aos crimes considerados inexplicáveis pelo aparato jurídico através da teoria da degeneração, se tornou o detentor da verdade a respeito dos estados de anormalidade. Foucault percebeu que a função jurisdicional passou a ser transformada ou secundada por uma questão de verificação a partir do momento em que a questão “o que você fez?” foi substituída pela questão “quem você é?”. O Poder Judiciário havia se transformado num regime de verificação ao se dedicar à constituição de certo direito da verdade a partir de uma situação de direito (FOUCAULT, 2010, 2008).

Fiore (2008, p. 142), na esteira do ponto de vista foucaultiano, descreve os saberes como regimes de verdade, tendo os saberes médicos se constituído em um “[...] terreno movediço das verdades a respeito da vida e da morte, do normal e, principalmente, do patológico.” Na era do biopoder, cujo grande objetivo é prolongar a vida e multiplicar as suas possibilidades, surge o problema de justificar o poder de matar, de expor à morte não só os seus inimigos, mas os seus próprios cidadãos. Tal justificativa só foi possível em termos de racismo, identificado como circunstância em que termos sócio-biológicos foram utilizados para fins conservadores e de dominação. Além de ser critério que divide o que deve viver e o que deve morrer, o racismo inscreveu na sociedade a percepção de que a morte dos anormais torna a vida, em geral, mais sadia e pura (FOUCAULT, 1999).

Os discursos médico, científico e criminológico legitimaram esse poder de morte que, ao longo do século XIX, perpassou a colonização, as guerras, a identificação de criminosos e o controle da reprodução dos anormais (CAPONI, 2012). Assim ocorreu com o uso de substâncias psicoativas, prática milenar. O “uso de drogas”, como concebido atualmente, surgiu somente no final do século XIX. Fiore (2002) destaca se tratar de uma invenção social, criada por duas vias principais: a medicalização e a criminalização do consumo de determinadas substâncias. Essa mudança teve como pressuposto a associação do uso de

substâncias psicoativas à degeneração, de um lado, e a criminalização de uma série de condutas relacionadas a determinadas substâncias psicoativas, de outro. Pode-se dizer que o usuário de drogas é o anormal do século XXI.

4 OS PAPEIS DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA PARA ALÉM DA FINALIDADE TERAPÊUTICA

A internação compulsória, uma vez concebida como uma das engrenagens da mecânica do biopoder no tocante ao controle do fenômeno particular e global “uso de drogas ilícitas”, demanda o estudo dos papéis que ela ocupa para além da finalidade terapêutica. Como já se viu, a Lei Federal de Psiquiatria define a internação compulsória e fixa uma série de limites e garantias. A partir de pesquisa jurisprudencial, contudo, percebeu-se o afastamento de determinados requisitos legais em nome da urgência em se colocar o usuário de drogas sob contenção, supervisão e tratamento. Em julgado do TJ do Rio de Janeiro de 2013, por exemplo, a internação compulsória foi considerada legal mesmo inexistindo exame médico atestando a sua necessidade nos autos.

Outra exigência da Lei Federal de Psiquiatria que tem sido relativizada é a necessidade de demonstração da insuficiência da rede de assistência extra-hospitalar antes de proposta a internação. Julgados recentes do STJ, a exemplo do HC 135.271/SP, apresentam o entendimento de que o artigo 4º da Lei nº. 10.216/2001 contém uma ressalva que dispensa a aplicação dos recursos extra-hospitalares se demonstrada a efetiva insuficiência de tais medidas. O juízo de adequação da internação tem sido feito exclusivamente a partir do que consta no laudo médico pericial. Portanto, tem-se que garantias da Lei Federal de Psiquiatria têm sido relativizadas por tribunais do país. Apontadas as imperfeições da aplicação da lei na área cível, passa-se às considerações sobre a Justiça Terapêutica e a Justiça da Infância e da Adolescência.

Sob a influência do apelo internacional, sobretudo do UNODC (2010), pela substituição da sanção penal por tratamento, vê-se o fortalecimento da Justiça Terapêutica no Brasil. Estados como Alagoas, Goiás, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul já adotam este programa, cada um com suas peculiaridades. O

projeto foi originariamente concebido pelo MP do Rio Grande do Sul e implantado em 1999 no estado. Destinado ao usuário de drogas ou dependente químico que tenha cometido um delito de menor potencial ofensivo, o programa visa resolver o processo e sua suposta causa, qual seja, o envolvimento com drogas. O objetivo é evitar que a prisão aconteça, substituindo-a por tratamento que faça o agente abandonar o comportamento ou curar a enfermidade que o leva a delinquir. Durante o tratamento é mantido um constante fluxo de informação entre saúde e justiça. Dessa forma, haveria maior aderência e melhores resultados (SILVA; FREITAS, 2008).

Há estudiosos, contudo, que vislumbram pontos negativos nesta iniciativa, e até mesmo fins não evidentes à primeira vista. Para Karam (2013), tratamentos médicos obrigatórios determinados através do sistema penal são penas ilegítimamente impostas. Tal viola o direito do paciente à intimidade e o dever de sigilo médico. Para Bravo (2002), a Justiça Terapêutica não respeita a autonomia do usuário, pois o consentimento é prestado por um sujeito a quem está sendo imputada a autoria de um crime e cuja outra opção seria sofrer uma sanção penal mais gravosa. Já Ribeiro e Ribeiro (2008) observam que as *Drug Courts* não passam de um estratagema processual a serviço da manutenção da política proibicionista concebido para evitar o colapso do sistema penitenciário.

Em relação à Justiça da Infância e da Juventude surgem outras preocupações. Scisleski e Maraschin (2008) alertam para o processo de patologização e judicialização de determinadas categorias sociais da juventude por meio da articulação dos saberes médico e jurídico. A internação compulsória seria retrato fiel deste fenômeno. Reis, Guareschi e Carvalho (2014) também identificam um crescente processo de judicialização do cuidado em saúde mental de jovens usuários de drogas, sobretudo por ser a internação compulsória frequentemente utilizada como ferramenta de segurança pública e prevenção da violência. A internação de adolescentes não se dá apenas no contexto de cometimento de ato infracional, mas também na forma de medida protetiva.

Reis, Guareschi e Carvalho (2014) questionam como é construída essa necessidade de proteção e a quem se quer proteger por meio da internação psiquiátrica forçada. Ao analisarem processos judiciais em que foi determinada a

internação psiquiátrica de adolescentes usuários de drogas, os autores identificaram a articulação dos saberes médico e jurídico na construção de uma biografia do adolescente que favorece um discurso de patologização e criminalização. Os fundamentos extraídos dos laudos consultados recaem sobre o psiquismo, a constituição genética, neurológica e a aspectos sociais da vida do adolescente, criando-se uma narrativa que justifique a internação. Vê-se, portanto, como o saber científico produz verdades que inscrevem no indivíduo um perfil que justifique a adoção de medidas de controle e de normalização. O biopoder nunca se fez tão atual e operante.

Refira-se, ainda, caso emblemático no qual a internação compulsória prestou-se a estender o tempo de restrição de liberdade no âmbito da Justiça da Infância e da Juventude. Champinha, ainda menor de idade, foi considerado coautor de uma série de crimes que culminou com o homicídio de um casal. Ele cumpriria a medida socioeducativa de internação até 2006, ano em que deveria ser posto em liberdade. Contudo, após solicitar uma nova avaliação psiquiátrica, a qual revelou um diagnóstico de alta periculosidade até então inédito no processo, o MP paulista pediu a substituição da medida socioeducativa de internação por uma medida protetiva de internação compulsória, em local que assegurasse tratamento e contenção (CARLOS, 2011).

Ainda em 2006, o MP ajuizou uma nova ação contra Champinha, desta vez de interdição civil cumulada com a determinação de internação compulsória, com pedido liminar de antecipação de tutela. Em novembro de 2007, Champinha foi judicialmente interditado e internado compulsoriamente. Carlos (2011) observa que o jovem transitou de uma forma de intervenção estatal justificada pela perspectiva pedagógica e ressocializadora, matizes da medida socioeducativa, para uma situação de subordinação a um tratamento de saúde fundamentado em laudos psiquiátricos. Estes desempenharam um papel crucial na determinação do destino do jovem, podendo-se dizer que houve preponderância dos aspectos técnicos e médicos em relação àqueles estritamente jurídicos. Sem alteração legal, encontrou-se um caminho institucional para alterar o limite de privação da liberdade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, torna-se nítido que as funções do Direito, no tocante à internação compulsória, são bem diferentes se considerados dois níveis de análise: o Direito enquanto disciplina jurídico-normativa e o Direito enquanto prática jurídica, sobretudo a aplicação da lei. Viu-se que a Lei Federal de Psiquiatria prevê a internação compulsória e elenca determinadas exigências, como o condicionamento a laudo médico circunstanciado e à demonstração da insuficiência dos meios extra-hospitalares de tratamento. Embora não tenham sido incorporadas ao texto legal todas as garantias constantes no projeto de lei, consta no texto legal a excepcionalidade da internação psiquiátrica e a preferência pelo tratamento ambulatorial e voluntário. Esta é a linha do movimento da Reforma Psiquiátrica e assim foram delineadas as diretrizes do MS, que propugna pela pluralidade de dispositivos de tratamento e pela adoção da redução de danos na rede de atenção psicossocial.

Ao se passar para o Direito enquanto prática, percebe-se uma pluralidade de funções que terminam por desviar o instituto da internação compulsória de sua finalidade terapêutica. Inicialmente, observe-se que nos processos de internação compulsória, no ponto de encontro entre o Direito e a Medicina, cujo *locus* principal é o laudo médico pericial, desenvolve-se uma narrativa que vai além do objeto processual em direção à construção de uma imagem – a do usuário de drogas. Os tribunais funcionam como regimes de verificação, atrelando ao usuário a pecha de anormal e deflagrando contra ele todo o racismo intra-social que justifica a exposição dessas pessoas a situações degradantes em tempos em que o “fazer viver” é a prioridade dos mecanismos de (bio)poder. O dependente químico, uma vez alçado a ameaça social, passa a despertar na sociedade o desejo por seu afastamento, por sua internação. Isto contribui, pode-se dizer, com uma legitimação tácita das políticas que têm na internação contra a vontade o seu carro-chefe.

No que se refere à determinação judicial da internação compulsória na área cível, viu-se que há julgados em que as garantias legais supramencionadas vêm sendo gravemente relativizadas. Na esfera da Justiça Terapêutica, há críticas

sobre quão autônoma é a escolha pelo tratamento, uma vez que este é oferecido como alternativa à sanção penal. Além disso, foram apontadas possíveis distorções na relação médico-paciente neste contexto e a possibilidade de que o programa tenha uma finalidade menos altruísticas, qual seja, a de evitar o colapso do sistema prisional para perpetuação das políticas de natureza proibicionista. Na Justiça da Infância e da Juventude as distorções da internação compulsória são mais evidentes. Embora tenha sido citado o exemplo de um jovem que não fazia uso de drogas, o caso abriu o precedente para que adolescentes infratores que usam substâncias psicoativas tenham o seu período de privação de liberdade estendido pela internação compulsória. Tem-se, portanto, ainda que escamoteado pela justificativa do “cuidado”, que o Direito tem servido a fins e interesses alheios àqueles consagrados no ordenamento jurídico, retrato da crescente normalização do Direito em tempos de gestão (bio)política da vida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº. 10.216, de 06 de abril de 2001 [Lei Federal de Psiquiatria]**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>. Acesso em: 24 nov. 2013.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. SVS/CN-DST/AIDS. **A política do Ministério da Saúde para a atenção integral a usuários de álcool e outras drogas**. 2. ed. rev. e ampl. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/enfrentandoocrack/publicacoes/artigos/politica-do-ministerio-da-saude-para-a-atencao-integral-a-usuarios-de-alcool-e-outras-drogas/view>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Habeas Corpus nº. 135.271-SP (2009/0082035-2)**. Impetrante: Lúcio Mota do Nascimento – Defensor Público. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: F. A. S. (internado). Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1292099&sReg=2009_00820352&sData=20140204&formato=PDF>. Acesso em: 02 dez. 2014.

BRAVO, O. A.. **Tribunales terapéuticos**: vigilar, castigar y/o curar. *Psicologia & Sociedade*, Porto Alegre, v. 14, n. 2, p. 148-162, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v14n2/v14n2a08.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2014.

CAPONI, S.. Biopolítica: entre as ciências da vida e a gestão das populações. In: PORTO, D.; GARRAFA, V.; MARTINS, G. Z.; BARBOSA, S. do Nascimento. **Bioética, poderes e injustiças**: 10 anos depois. Brasília, DF: CFM/Cátedra Unesco de Bioética/SBB, 2012. p. 87-107.

CARLOS, J. O.. **Experimento de exceção: política e direitos humanos no Brasil contemporâneo**. 2011. 145 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-12092012-103245/pt-br.php>>. Acesso em: 06 jan. 2015.

DIAS, M. T. G.. **A Reforma Psiquiátrica brasileira e os direitos dos portadores de transtorno mental**: uma análise a partir do serviço residencial terapêutico Morada São Pedro. 2007. 290 f. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/21/TDE-2007-05-08T150137Z-564/Publico/389624.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2015.

IORE, M.. **Algumas reflexões a respeito dos discursos médicos sobre uso de “drogas”**. Trabalho apresentado na XXVI Reunião da ANPOCS, Caxambu, 2002. Disponível em: <<http://www.twiki.ufba.br/twiki/bin/view/CetadObserva/Obra12>>. Acesso em: 16 dez. 2014. p. 1-28.

_____. Prazer e Risco: uma discussão a respeito dos saberes médicos sobre o uso de “drogas”. In: LABATE, Beatriz Caiuby et. al. (Orgs.) **Drogas e cultura**: novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2008. p. 141-153. Disponível em: <http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2010/03/drogas_e_cultura.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2014.

FOUCAULT, M.. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

_____. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1978-1979). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Os anormais**: curso no Collège de France (1974-1975). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GOULART, M. S. B.. A construção da mudança nas instituições sociais: a Reforma Psiquiátrica. **Pesquisas e Práticas Psicossociais**, São João Del-Rei, v. 1, n. 1, p. 1-19, 2006. Disponível em: <[http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistalapi/A_Construcao_da_Mudanca_nas_Instituicoes_Sociais\[...\]_MSB_Goulart.pdf](http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistalapi/A_Construcao_da_Mudanca_nas_Instituicoes_Sociais[...]_MSB_Goulart.pdf)>. Acesso em: 09 jan. 2015.

KARAM, M. L.. Parte II – Capítulo 1: Internações: aspectos jurídicos, políticos e sua interface com a saúde mental. In: CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Comissão de Direitos Humanos. (Org.) **Drogas, direitos humanos e laço social**. Brasília, DF: CFP, 2013. p. 148-156. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/07/Drogas-Direitos-Humanos-e-Laco-Social.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2014.

MARONNA, C. A.. **Nova lei de drogas: retrocesso travestido de avanço**. Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), São Paulo, v.14, n°. 167, p. 4, out. 2006. Disponível em: <http://www.neip.info/downloads/cristiano/cris_novalei.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2014.

MESQUITA, J. F. de; NOVELLINO, M. S. F.; CAVALCANTI, M. T.. A Reforma Psiquiátrica no Brasil: um novo olhar sobre o paradigma da saúde mental. In: **ENCONTRO NACIONAL DE ESTUDOS POPULACIONAIS**, 17., 2010, Caxambu. Anais eletrônicos[...] Caxambu,: ABEP, 2010. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2010/docs_pdf/eixo_4/abep2010_2526.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2014.

MJ oferta 4 mil vagas em comunidades terapêuticas. Portal Crack, é possível vencer, Brasília, 26 nov. 2013. Disponível em: <<http://www2.brasil.gov.br/crackepossivelvencer/noticias/mj-oferta-4-mil-vagas-em-comunidades-terapeuticas>>. Acesso em 27 dez. 2014. Texto postado no link Notícias.

REIS, C.; GUARESCHI, N. M. de F.; CARVALHO, S.. Sobre jovens drogaditos: as histórias de ninguém. **Psicologia & Sociedade**, Porto Alegre, n. 6, p. 68-78, 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/7821501/Sobre_Jovens_Drogaditos_as_historias_de_ninguem>. Acesso em: 10 jan. 2015.

RIBEIRO, M. de M.; RIBEIRO, M.. Política mundial de drogas ilícitas: uma reflexão histórica. **Boletim Eletrônico ABEAD**, São Paulo, 41 ed., 10 out. 2008. Disponível em: <http://www.abead.com.br/boletim/arquivos/boletim41/ribeiro_e_ribeiro_politica_mundial_de_drogas.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2014.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Décima Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº. 0049163-27.2012.8.19.000**. Relator: Desembargador Jose Carlos Varanda dos Santos. Rio de Janeiro, 18 de julho de 2013. Disponível em:

<<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2012.002.35002>>. Acesso em: 02 dez. 2014.

SCISLESKI, A. C. C.; MARASCHIN, C.. **Internação psiquiátrica e ordem judicial**: saberes e poderes sobre adolescentes usuários de drogas ilícitas. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 13, n. 3, p. 475-465, jul.-set. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-737220080003000006>. Acesso em: 17 dez. 2014.

SILVA, R. O.; FREITAS, C. C.. **Justiça Terapêutica**: um programa judicial de redução do dano social. Instituto Innovare, ed. V., 2008. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/justica-terapeutica-um-programa-judicial-de-reducao-do-dano-social-2127/>>. Acesso em: 02 dez. 2014.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **From coercion to cohesion**: treating drug dependence through health care, not punishment. New York: United Nations, 2010. Disponível em: <http://www.unodc.org/docs/treatment/Coercion_Ebook.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2014.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

GT – ARTE E DIREITO

CANOAS, 2015

DIREITO E ROCK: PARA RECONSTRUIR OS LIMITES SIMBÓLICOS DO CONSERVADORISMO E DA TRANSGRESSÃO¹

Luis Gustavo Gomes Flores

RESUMO: O presente texto se ocupa de desenvolver uma observação sobre Direito e Rock, este enquanto uma dimensão da Arte, a partir de uma perspectiva sociológica de caráter sistêmico. Diante da complexidade social contemporânea, ganha relevância abordagens e perspectivas transdisciplinares, entre as quais, o Direito e Rock revelam ricas possibilidades de reflexões. Uma proposta de investigação para responder de que forma se pode observar a relação entre Direito e Rock, a fim de elucidar a importância desse âmbito de estudo. Para tanto, as investigações foram realizadas a partir de uma perspectiva epistemológica de caráter sistêmico, compreendida assim através da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Uma epistemologia desenvolvida no âmbito da Matriz Pragmático-Sistêmica, a partir do método sistêmico-construtivista. Com isso se pode compreender a complexidade das relações sociais na articulação de comunicações diferentes, em operações com ressonâncias inclusive antagônicas, como é o caso da conservação jurídica e da transgressão comunicada pelo Rock. Com isso, pode-se observar a aproximação entre Direito e Rock como um espaço fértil para aprimorar o potencial reflexivo do Direito no que diz respeito, tanto à observação da transdisciplinaridade, como também para a produção de Inovação no Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito, Rock, Sociologia do Direito, Inovação, Teoria dos Sistemas Sociais.

1 INTRODUÇÃO

Se a tarefa de escrever é sempre uma atividade arriscada, escrever sobre Direito é Rock corresponde a potencializar esse risco. Esse desafio é assumido aqui, no sentido de verificar eventuais contribuições epistemológicas a partir dessa aproximação.

¹ O presente artigo constitui parte das pesquisas desenvolvidas no âmbito das atividades do Pós-Doutorado, bem como ao Projetos de Pesquisas inscritos no Programa de Pós-Graduação sob a orientação e Coordenação do Pós Dr. Leonel Severo Rocha.

Isso enfrenta um primeiro obstáculo. Um olhar jurídico mais conservador e precipitado, poderá rapidamente apresentar uma crítica leviana. Não que essa aproximação esteja livre de críticas, mas toda crítica exige um mínimo de conhecimento, sob pena de mostrar-se inconsistente.

Um segundo obstáculo, é o fato de estarmos em uma sociedade complexa, o que exige a utilização de uma epistemologia da complexidade. Surpreendentemente o Direito depois de inúmeros avanços em diversos âmbitos do saber, se mantém em uma cegueira operacional, que se considera aqui como uma forma de se operacionalizar imerso no ponto cego, “não observando que não consegue observar”. Por isso, sair da dogmática jurídica, a partir de um construtivismo sistêmico é um movimento necessário para a construção permanente de uma lucidez reflexiva, que por sua vez será fundamental para enfrentar os desafios de uma Sociedade Complexa.²

Para escapar da dogmática jurídica uma estratégia, até bem óbvia, é assumir orientações epistemológicas que permitam certa abertura para outras áreas de conhecimento. A aproximação entre Direito e Rock entraria nessa perspectiva.

Quando se observa superficialmente, de forma leviana ou precipitada, aparentemente pode-se constatar que essa aproximação é um tanto absurda, já que são temas completamente diferentes. Contudo, se observarmos a partir de uma perspectiva epistemológica, de alguma forma, se pode constatar a existência de certa racionalidade na forma como se constrói as comunicações a partir desses dois âmbitos.

Essa observação desconstrói eventual crítica que indique precipitadamente essa relação como absurda, e aproxima definitivamente a possibilidade de desenvolver uma reflexão crítica das epistemologias envolvidas, a fim de pensar quais as contribuições se pode obter para o aprimoramento das operacionalizações jurídicas.

² “[...] a complexidade deve ser entendida como a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido [...]” ROCHA, Leonel, Severo; SCHWARTZ, G.; CLAM Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 68.

Quando elevamos o nível de nossas reflexões, a partir de um construtivismo sistêmico, poderemos organizar nossas observações a partir da concepção de “sistema social”. Significa que, ao ampliarmos a observação, que num primeiro momento permitiu visualizar a existência de certa “racionalidade” peculiar a cada âmbito, pode-se em um segundo momento, observar isso como formar de operacionalização e construção próprias de comunicação, desenvolvidas por esses âmbitos que podem ser compreendidos como dois sistemas sociais autopoieticos.

Nessa perspectiva, a partir do ponto dois - 2 SISTEMA DO DIREITO - se apresenta alguns pressupostos-chave para compreender a presente reflexão na linha de um construtivismo sistêmico, utilizando-se do Direito compreendido como um sistema social autopoietico para dar as bases para qualquer reflexão que se proponha a enfrentar a complexidade social contemporânea.

Na sequência, o ponto três - 3 SISTEMA DO ROCK - nos permite observar o Rock a partir de uma perspectiva diferente, ou seja, uma perspectiva sistêmica, de caráter sociológico, para compreender o Rock como produtor de uma forma de comunicação (por exemplo, a música) e saber qual a relevância nessa comunicação na dinâmica autopoietica da sociedade e do Direito.

Dessa forma, no ponto quatro - 4 DIREITO E ROCK – se busca desenvolver uma observação reflexiva dessa aproximação, considerando para tanto aspectos e pressupostos sistêmicos, que se não explicitados estão intrínsecos a presente proposta de observar tanto Direito como Rock, na perspectiva da Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos.

Dessa forma, vai se articulando uma proposta de observação que além de tudo, busca a elucidação de uma perspectiva epistemológica adequada à complexidade da sociedade contemporânea, que por sua vez, pode ser chave para desenvolver uma disposição de permanente aprimoramento da observação e operacionalização do sistema jurídico.

2 SISTEMA DO DIREITO

A referência a uma Sociedade Complexa indica que não há como escapar da complexidade. Ou se busca compreender ao máximo aspectos de um contexto social altamente complexo, a fim de obter um mínimo de redução necessária, sem que isso seja uma operacionalização ingênua, ou se está fadado a produzir um Direito, cujas respostas cumprirão apenas um papel simbólico (formal), sendo capazes responder suficientemente às demandas atuais.

Por esse motivo, partimos de uma perspectiva pragmático-sistêmica, considerando que o Direito pode ser compreendido como um sistema social autopoietico. Nessa ótica, sendo também a sociedade um grande sistema autopoietico, o Direito não deixa de ser um sistema parcial da sociedade.³

Ao ter como um dos pressupostos basilares dessa reflexão, o Direito como um sistema social autopoietico, significa que se está lidando inclusive com uma teoria complexa. Em que pese se possa buscar elaborar uma comunicação teórica com todo o cuidado para comunicar essa complexidade, a redução do que é complexo sempre tem limite.

Desenvolver uma leitura de Teorias Complexas como por exemplo, a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, não respeitando esses limites, resultaria em um reducionismo ingênuo diferente da redução operacional existente na perspectiva luhmanniana.

Fruto desses reducionismos ingênuos, surgem críticas como o de que a Teoria dos Sistemas sociais nega ou exclui o ser humano de sua construção; de que a teoria dos sistemas é conservadora, fechada ou muito positivista. Essas são críticas extremamente levianas que demonstram a falta de leitura séria sobre a respectiva teoria e talvez revelem certa fragilidade teórica do observador. A crítica construída em cima de uma leitura ingênua ou equivocada, por sua vez também acaba se revelando ingênua e equivocada.

³ Outro autor que adota a concepção de do Direito enquanto um sistema autopoietico é Gunther Teubner Cf. TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

Qualquer leitura mais séria é capaz de revelar a inconsistência e fragilidade dessas críticas, pois são questões extremante elementares dentro da Teoria dos Sistemas Sociais. Sabe-se que Luhmann não nega o ser humano, mas apenas o desloca, ajustando o seu foco principal de observação para a sua concepção de sistema. Com isso, indica que o ser humano é o ambiente da comunicação que está no centro da operacionalização da sociedade. Sendo assim, sempre que se está fazendo referência a um sistema, considerando a lógica das formas de Spencer Brown, estará pressuposto o ambiente que está intrínseco, pois um sistema só pode existir em um ambiente. Dessa forma, o ser humano sempre está implícito quando se menciona os sistemas sociais, embora ele não esteja no centro da observação luhmanniana.

Da mesma forma, é básico saber que o fechamento da Teoria dos Sistemas Sociais não é um fechamento “ingênuo”, um pressuposto que serve para todas as demais categorias da teoria luhmanniana. É surpreendente essa crítica do conservadorismo, pois seria mais fácil que um olhar dogmático visse como um problema a ser criticado justamente o fato de ela ser aberta. Isso também acaba sendo muito bem ilustrado com a frase de Humberto Maturana de que “tudo que se observa depende do observador”.

Não há como ser conservadora uma teoria que justamente tem como proposta grandes possibilidades de aberturas e acoplamentos com outras áreas de saber. No cerne da autopoiese essa questão se coloca como um paradoxo do sistema, no sentido de que ele só é fechado porque é aberto e só é aberto porque ele é fechado. Logo, em todas as operações jurídicas autopoieticas, sempre haverá uma dimensão de “abertura” e simultaneamente um “fechamento”, que não são tipos de aberturas e fechamentos que possuam um sentido corrente, é preciso compreendê-los no âmbito da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann. Até se pode compreender uma operacionalização conservadora do Direito a partir da Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos, mas, tratando-se de uma teoria que possui abertura para a interdisciplinaridade e transdisciplinaridade como sendo conservadora, fechada ou positivista. Isso pode ser observado também pelo fato de que a teoria desenvolvida por Luhmann não é unicamente uma teoria da autopoiese social, ou seja, a teoria luhmanniana é construída com base em

outras teorias como, por exemplo, a Teoria da Evolução, Teoria da Comunicação, Teoria da diferenciação e Teoria da Autopoíese. Além de não ter sido uma simples transposição de uma única teoria da biologia para o social, também possui teorias afins a outras áreas, como cibernética, biologia, matemática, etc. Trata-se de uma teoria social que tem condições de estabelecer certos diálogo com diversas teorias de ponta desenvolvidas em outras áreas de conhecimento.

O desafio é justamente explorar o potencial que essa perspectiva epistemológica oferece alcançando certa eficácia na comunicação com outros sistemas parciais da sociedade e ao mesmo tempo abrir certas fissuras na dogmática jurídica, que possui uma espécie de armadura, protegendo a sua forma de operacionalizar o Direito de qualquer possibilidade de mudança.

O enquanto um sistema autopoietico, o Direito⁴ nunca estará apartado da mudança, já que isso depende da sua capacidade autopoietica.⁵ Contudo, a dogmática jurídica consegue estabelecer estratégias para acentuar o fechamento do sistema, o que resulta em um Direito excessivamente conservador. É importante provocar fissuras nessa dogmática desde a observação, operacionalização e organização.

Isso será importante quando trabalhamos com o outro lado da forma sistema/ambiente, observando as possibilidades de articulação das comunicações produzidas pelo sistema na dinâmica autopoietica da sociedade. A ideia de Sociedade Complexa, corresponde à um momento da diferenciação social, através da qual a Modernidade surge como resultado de certo desenvolvimento sociológico através do qual a sociedade passa a se organizar, indicando espaços específicos e particulares de comunicação. Tais espaços também demonstravam além da diferença na produção de sentido, também certa função específica. Assim pode-se observar o surgimento de certa concepção de sistema social, bem como de suas respectivas funções e comunicações. O Direito é pode ser compreendido como um espaço de comunicação especificamente jurídica, através do qual, a partir de certa coevolução social, desenvolvem-se condições

⁴ Cf. LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Colección. Teoría Social, 2002.

⁵ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Colección. Teoría Social, 2002, p. 117.

adequadas para haver uma auto-organização e autoprodução do Direito, a partir dos próprios elementos jurídicos e operações comunicativas.

Assim, uma decisão jurídica, enquanto produção comunicativa do Direito, se não for elaborada com base nos próprios elementos e operações, não poderá ser considerada uma decisão jurídica.⁶ É isso que permite ao Direito diferenciar-se no ambiente social de outros sistemas. Isso pode ser compreendido a partir da ideia de “forma” de Spencer Brown.⁷

Pode-se partir da compreensão de que tudo que se observa, leva em consideração a mencionada forma de dois lados. Ao se fazer referência a um lado da forma, o outro lado fica implícito na observação. O que se observa é o contraste da diferença.⁸ Assim, a compreensão do ambiente social a partir da perspectiva do Sistema Jurídico, tem como base a forma Direito/não-Direito. Aí está a distinção sistema/ambiente⁹ que basilar para essa reflexão, a qual todo o sistema social que constitui a sociedade está condicionado.¹⁰

A partir dessa diferenciação, o Direito possui a função de estabilizar expectativas de forma generalizada e congruente na sociedade, permitindo que isso seja compreendido a partir da noção de expectativas normativas.¹¹ Isso corresponde a uma função única na sociedade. A partir dessa estabilização de expectativas o Direito é responsável por decidir juridicamente para a sociedade. Nenhum outro sistema terá a função de decidir juridicamente, cabendo ao Direito a exclusividade de produção de sentido jurídico.

Isso indicará os limites do Direito que, por se tratar de um sistema social autopoietico de comunicação, corresponde ao sentido jurídico.¹² É através dessa

⁶ Cf. ROCHA, L. S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁷ Cf. BROWN, George Spencer. *Laws of Form*. New York: Bantam Books, 1973.

⁸ Cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de La sociedad*. Tradução Dario Rodriguez Mansilla. Mexico, DF: Herder, 2007.

⁹ Cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de La sociedad*. Tradução Dario Rodriguez Mansilla. Mexico, DF: Herder, 2007.

¹⁰ ROCHA, L. S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 76.

¹¹ Cf. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

¹² CORSI, Giancarlo; BARALDI, Cláudio; ESPÓSITO, Elena. *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Universidad Iberoamericana. Guadalajara, México: Diseño y Letras, S.A, 1996, p. 199.

observação que se pode identificar de qual sistema corresponde uma dada comunicação.

Isso só é possível por se compreender que cada sistema possui um código¹³ específico. Nesse sentido, é possível identificar o Direito a partir do código Direito/não-Direito. Observar esse código, corresponde à observação de uma complexidade compreendida na unidade de diferença existente na respectiva forma. Não há correspondência dessa binariedade com qualquer perspectiva simplista, linear ou ingênua. Trata-se de observar a complexidade envolvida na *unidade de diferença*¹⁴ entre Direito/não Direito.

Nesse sentido, o Direito se desenvolve comunicativamente através de seu código. É elementar que suas operações respeitem seu código, pois é justamente isso que permite ao Direito recriar, a partir de suas perspectivas, uma observação decodificada a partir dos respectivos contornos jurídicos. Tudo que entra no sistema jurídico, só entra porque já foi submetido à uma espécie de “tradução”. Assim, os problemas sociais são observados das mais variadas formas e traduzidas para as mais diversas perspectivas.

Tudo que chega no Direito, chega através de certa ressonância comunicativa do ambiente e pode produzir ou não alguma irritação. Assim, ocorre constantemente uma dinâmica de ressonâncias recíprocas que constituem o ambiente social, a partir de onde se pode ou não obter sucesso nas operações comunicativas.¹⁵ A recepção dessas irritações dependerá muito da estrutura interna do próprio sistema, que permitirá ao Direito desenvolver com outros sistemas parciais da sociedade comunicações.¹⁶

Convém reforçar que eventuais irritações recepcionadas pelo Direito, não são simplesmente absorvidas por ele, de forma direta e imutável, mas sim

¹³ CORSI, Giancarlo; BARALDI, Cláudio; ESPÓSITO, Elena. *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Universidad Iberoamericana. Guadalajara, México: Diseño y Letras, S.A, 1996, p. 51.

¹⁴ Cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de La sociedad*. Tradução Dario Rodriguez Mansilla. Mexico, DF: Herder, 2007.

¹⁵ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. Tradução de Anabela Carvalho, 3ª ed. Lisboa: Vega, 2001.

¹⁶ CORSI, Giancarlo; BARALDI, Cláudio; ESPÓSITO, Elena. *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Universidad Iberoamericana. Guadalajara, México: Diseño y Letras, S.A, 1996, p. 97.

decodificadas. Essa assimilação corresponde a uma elaboração autopoietica, desenvolvida no interior do sistema a partir dos seus elementos. Isso determina o que o Direito irá identificar ou não como um problema pertinente ao próprio sistema, permitindo desencadear sua própria organização interna a fim de poder oferecer uma resposta aos problemas que o sistema se propõe a enfrentar. Feito isso, o sistema jurídico produzirá sua ressonância na sociedade, podendo obter ou não sucesso na comunicação com os demais sistemas sociais.¹⁷ As ressonâncias irão produzir efeitos diferentes em cada sistema, o que torna complexa a operacionalização dos sistemas quando se busca uma reflexão sociológica.

3 SISTEMA DO ROCK

O Rock é conhecidamente um estilo musical, a “primeira arte” – música - segundo o *Manifesto das Sete Artes*.¹⁸ Dessa forma, é fácil compreender o Rock como uma forma de expressão artística. A partir dos pressupostos já apresentado de um construtivismo sistêmico de cunho autopoietico, a Arte é observada como um sistema social. Interessa em um primeiro momento compreender a Arte como um sistema social autopoietico e se pode observar sua operacionalização.¹⁹

O Rock seria uma forma de comunicação artística que pode ser observada a partir de certa identidade, no interior da Arte da Sociedade. A partir de uma estratégia de aplicar a distinção do sistema ao próximo sistema, se poderia observar o Rock enquanto um sistema parcial do sistema da Arte. Trata-se de uma comunicação, identifica-se com a arte, mas possui seus limites de sentido, o que permite diferenciar-se de outras formas de comunicação no interior do próprio sistema. Assim, a partir de certa identidade de sentido, na auto-produção artística do Rock, se pode observar e identificar o que é Rock e o que não é Rock. Em

¹⁷ Cf. LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. Tradução de Anabela Carvalho, 3ª ed. Lisboa: Vega, 2001.

¹⁸ Cf. COVALESKI, Rogério Luiz. *Artes e comunicação: a construção de imagens e imaginários híbridos*. Galaxia. n. 24, p. 89-101, dez. 2012, Acessado em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/galaxia/article/view/8218/9413>>, Disponível em: 14, abr. 2015.

¹⁹ LUHMANN, Niklas. *El arte de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005, p. 223.

qualquer das possibilidades, é muito provável que sempre irá manter sua referência no sistema da Arte.²⁰ Assim na perspectiva de uma forma de observação da Arte, se poderia pensar em uma espécie de código, Rock/não Rock. O Rock constitui-se como uma forma de comunicação social artística específica de um dos sistemas parciais do sistema da Arte.

Como uma expressão artística musical e simultaneamente uma comunicação, o Rock possui um som com características singulares, capaz de conceder certa identidade a esse tipo de arte. Essa comunicação artística do Rock possibilita um âmbito de sentido que não se restringe ao som.

Concebendo o Rock enquanto um sistema parcial do sistema social da Arte, a partir da distinção Rock/não-Rock, permite-se observar colocar a questão de saber: como se observa o ambiente social a partir de um tipo específico de Arte e como nesse sistema se desenvolvem as respectivas operações comunicativas?²¹

Embora primordialmente o Rock constitua a tônica da sua produção comunicativa na música, que desenvolve-se dentro de limites de sentido, ele também produz ressonância estética que está presente em posturas, roupas (moda) e hábitos que povoam esse universo do Rock. Não constitui-se apenas como uma forma específica de combinação de sons, reunindo uma diversidade de característica.

Significa mencionar que o universo da comunicação musical do Rock (Sistema da Arte²²) se constitui como uma forma de arte específica que não é simplesmente uma forma de combinação dos sons. Transcende os aspectos técnico-musicais na produção de operações oriundas do sistema do Rock, com estética singular, comportamentos dos artistas ou até mesmo chegando a significar, para alguns, um estilo de vida. O Rock é assim uma estratégia de articulação de signos e símbolos que revela um espaço comunicativo com certa autonomia.

²⁰ Cf. LUHMANN, Niklas. *El arte de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005.

²¹ Cf. LUHMANN, Niklas. *El arte de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005.

²² Cf. LUHMANN, Niklas. *El arte de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005.

Da mesma forma como foi mencionado em relação ao Direito, os limites do Rock é o sentido.²³ Nesse caso, o sentido é constituído por uma polissemia contida na harmonia, na melodia e na letra. A partir desses aspectos que reúnem uma complexidade estruturada internamente, é que se poderá observar a leitura que o sistema da Arte pode fazer do mundo. A música, enquanto produção comunicativa do Rock, é parte das ressonâncias do sistema do Rock, a partir de uma decodificação simbólica do contexto social, que emerge como uma, entre tantas outras formas de arte.

O Rock traz, em sua forma de comunicação, traços que remontam suas origens e que parecem acompanhar um percurso de evolução histórica da sociedade. Remonta suas origens no Blues, uma expressão artística cuja aceitação é simbolicamente negada na acentuação do racismo e discriminação em relação à cultura negra.

O sofrimento da cultura negra, excluída e marginalizada é expressada no tom melancólico do Lá menor. O Blues emerge como um lamento, um grito de liberdade da humanidade incolor de todos nós. Isso também acontece com o próprio estilo musical que passa a desenvolver um movimento de emancipação de uma condição inferiorizada, para produzir uma diferença que desencadeia surpreendentemente autêntica fissura na força do racismo.

O Blues emerge como uma produção comunicativa que alcança uma grande eficácia na comunicação nos sistemas mais evidentes na sociedade, quando se fala em desigualdade e discriminação: os sistemas político, econômico e jurídico.

A autêntica fissura provocada pela música negra encontra-se com a música Country norte americana. Como uma avalanche que começa a ganhar energia essas duas expressões artísticas são equacionadas e surge o Rock, como resultado de uma autêntica fissura de emancipação contra o conservadorismo do controle branco e do seu racismo.

Essa expressão comunicativa passa a ganhar grande repercussão, de forma que suas ressonâncias consegue produzir relevantes irritações no sistema

²³ Cf. LUHMANN, Niklas. *El arte de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005.

econômico, potencializa a ressonância do Rock. Com isso, no desenvolvimento histórico da sociedade, pode-se observar os efeitos no sistema político e posteriormente no sistema jurídico, que aos poucos foi transformando os contornos sociais, paradoxalmente, contribuindo para a inclusão a partir de certa transgressão.

Surge uma produção comunicativa que emerge de fissuras provocada em expectativas contrárias e hegemônicas na cultura em dado momento e contexto social. O Rock emerge como produção de uma diferença, que alcança grande ressonância na cultura norte americana da década de 50. Surge o sentido de certa transgressão, influenciando tanto a dança como o comportamento social da juventude. A criação de uma diferença que produz um desvio nos estilos e a criação de novas comunicações e relações sociais.²⁴

Pode-se observar que o Rock deu grande contribuição no combate ao racismo e à discriminação, produzindo ressonâncias no ambiente social que resultaram pouco a pouco em avanços tanto na organização política da sociedade como em termos de garantia de Direitos.²⁵

Nesse sentido, o Rock é mais do que música. Pode ser observado como um sistema social autopoietico que produz uma ressonância comunicativa, reunindo uma complexidade de elementos, que podem significar relevantes contribuições em termos de irritações no ambiente social.

Convém mencionar que o Rock poderá assimilar irritações como também produzi-las, e esses dois processos devem levar em consideração tanto a complexidade do ambiente social como a complexidade estruturada internamente no sistema da Arte.²⁶ Significa que tanto a produção eficaz de ressonâncias como a capacidade de assimilação de irritações dependerá das estruturas internas do próprio sistema, já que sempre há uma necessária autoreferencialidade.²⁷ Por

²⁴ Cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de La sociedad*. Tradução Dario Rodriguez Mansilla. Mexico, DF: Herder, 2007.

²⁵ Cf. SCHWARTZ, G.. *Direito & Rock: O BRock e as expectativas normativas da Constituição de 1988 e do junho de 2013*.

²⁶ LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Tradução Ciro Marcondes Filho, São Paulo: Paulus, 2005.

²⁷ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Colección. Teoría Social, 2002, p. 102; ROCHA, L. S.; SCHWARTZ,

isso, uma comunicação identificada como Rock é uma produção estruturada por uma perspectiva específica de observação advinda do sistema da Arte.

4 DIREITO E ROCK

Uma perspectiva mais conservadora do Direito, que pode ser compreendida como dogmática, tem lá suas limitações, sobretudo, em relação ao enfrentamento de questões que exigem uma epistemologia e operacionalização mais complexa. Esse conservadorismo se mantém, em razão de que a dogmática se operacionaliza a partir de um excessivo fechamento, como se cria-se uma armadura contra qualquer novidade que possa oferecer risco à manutenção de seus dogmas.

Nesse sentido, o movimento para transcender o conservadorismo dogmático corresponde a certa abertura, para a transdisciplinaridade.²⁸ Essa abertura pode fornecer possibilidades de observação ao Direito a fim de aprimorar aspectos frágeis, deficitários ou obsoletos na operacionalização jurídica.

A aproximações entre Direito e Rock, a partir de um construtivismo sistêmico, se inscreve nessa perspectiva. É preciso desenvolver certo potencial para observar diferentes possibilidades de aberturas.²⁹ Contudo, trata-se de formas de aberturas seletivas à complexidade social.³⁰

O desafio é observar as possibilidades de aproximação entre Direito e Rock, como uma aproximação absurda, mas sim como possibilidade de se abrir para uma perspectiva diferente, um exercício de observação de todas as perspectivas de ressonâncias diversas, que constitua a complexidade do

G.; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

²⁸ Cf. NICOLESCU, Basarab. Um novo tipo de conhecimento - Transdisciplinaridade. In: ____; PINEAU, Gaston; MATURANA, Humberto; RAMDOM, Michel; TAYLOR, Paul. *Educação e Transdisciplinaridade*. Tradução de Judite Vero, Maria F de Mello e Américo Sommerman, Brasília: UNESCO, 2000.

²⁹ Cf. SCHWARTZ, G.. *Direito & Rock: O BRock e as expectativas normativas da Constituição de 1988 e do junho de 2013*.

³⁰ Trata-se de uma abertura seletiva como forma de operacionalização de assimilação de variação e reestruturação da complexidade social no interior do respectivo.

ambiente social e que de alguma forma, ou em algum momento, podem produzir ressonâncias importantes para o Direito.

O Direito possui uma função de estabilização das expectativas de forma generalizada e congruente na sociedade. Isso visa produzir certa segurança na orientação dos comportamentos. Assim reciprocamente se pode orientar o próprio comportamento e também criar expectativa de que os demais farão o mesmo a partir de um nivelamento normativo das expectativas.³¹ Isso já sugere que a tônica no Direito é a acentuação de certa conservação.

De outra forma, o Rock desde suas origens, se constitui como símbolo de transgressão,³² tanto diretamente através das letras, roupas ou de comportamentos, bem como, através do próprio movimento, visto do ponto de vista gnosiológico e cultural, que contribui com fissuras na tendência discriminatória do racismo contra o negro, abrindo um espaço criativo de onde emerge um novo estilo musical e, em alguns casos, um estilo de vida. Assim, um traço marcante na comunicação do Rock é existência de certa ideia de transgressão, de escapar ao padrão de normalidade autorizado socialmente.

Assim, Direito e Rock são semelhantes e diferentes. Ambos são sistemas sociais que se operacionalizam a partir da produção de comunicação, participando da dinâmica autopoietica da sociedade, recebendo e produzindo irritações advinda das mais diversas formas de ressonâncias. Contudo, também são diferentes, na medida em que cada um possui seu próprio código e por consequência sua própria comunicação. Nessas condições, cada um possui sua própria dinâmica autopoietica. Nessa dinâmica, interessa observar uma diferença operacional, na gestão do paradoxo de abertura e fechamento. No que diz respeito à dinâmica de auto-organização, o Direito acentua o fechamento e a conservação - repetição - ao passo que o Rock acentua a abertura e mudança (“transgressão”) – diferença. Para tanto é preciso que ambos os sistemas possuam estruturas favoráveis a essas tendências no seu interior (tanto ao fechamento como à abertura).

³¹ Cf. ROCHA, L. S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

³² Cf. LUHMANN, Niklas. *El arte de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005.

O Direito busca uma produção de repetição inclusive contrafática, de forma que se alguma expectativa normativa for frustrada, verificando assim a ocorrência de um desvio e violação, a operacionalização jurídica buscará corrigir isso, recriando o imaginário anterior e reforçando a importância da sua manutenção. O Rock produz um imaginário onde acentua-se o desvio ao que é normal, padronizado e engessado. A “transgressão” surge como algo aceitável e necessário para produzir evolução. De certa forma, o Rock é um movimento contradogmático, *símbolo de uma forma de transgredir dogmas*.³³

Ao passo que, tradicionalmente o Direito tem produzido, em certa medida, uma ressonância comunicativa dogmática e contrafática, o Rock produz uma ressonância comunicativa contradogmática. Contudo, nenhuma dessas perspectivas pode servir absolutamente como regra geral, tendente à certa universalização do entendimento, mas sim são traços marcantes de ambos os sistemas que podem observados com certa facilidade.

Nesse sentido, se pode observar que, de certa forma, ao mesmo tempo em que o Direito busca estabilizar expectativas o Rock busca produzir suas comunicações no intuito de produzir alguma desestabilização nas expectativas. Essa oposição é um elemento fértil para a reflexão jurídica. A aproximação do Rock com o Direito se justifica justamente para que se possa pensar mais a “transgressão” dentro do Direito. Nesse sentido, que o sistema jurídico, altamente conservador, pode aprender com a dinâmica de transgressão do Rock.

Embora se possui ciência da diferença existente entre esses sistemas, é preciso considerar que ambos se operacionalizam primordialmente para dar constante manutenção das suas operações. Nesse processo, tanto abertura e fechamento são necessárias, por isso que a autopoiese é tão importante, pois é ela que vai permitir observar e equacionar esses aspectos num processo de atualização na sociedade.

O Rock enquanto um sistema autopoietico, deverá se operacionalizar através de sua autopoiese, através da qual poderá produzir suas comunicações

³³ Cf. LUHMANN, Niklas. *El arte de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005.

no limiar entre o normal e o diferente. No Rock e por óbvio, na Arte como um todo, existe muito mais espaço para a criatividade. Trata-se de uma liberdade estabelecida pelo próprio sistema, por estar intimamente ligada à necessidade de certa auto-referencialidade.

Por isso também o Rock possui maior instabilidade. Muitos dos resultados de operações desempenhadas pelo Rock, talvez não sejam relevantes para o Direito, mas a partir de uma leitura do próprio Direito e da adequação à sua auto-poiese própria, pode-se aprimorar algumas formas de possibilitar aberturas seletivas através das operações jurídicas.³⁴

Talvez não seja tão fácil observar o Rock enquanto um sistema, pois ele é compreendido como um sistema parcial de um sistema parcial da sociedade que é a Arte. Contudo, ele possibilita certa observação de um conjunto interligado de operações comunicativas com certa facilidade na elucidação de sua função, código e programações.

O interessante de se observar no Rock é que ele se operacionaliza em meio a certa instabilidade. Na sua dinâmica de evolução, ele vai sofrendo e produzindo mutações. Isso pode ser observado na polissemia de aspectos que emergem das roupas, comportamentos e composições.

Autopoiéticamente o Rock vai mudando e se conservando. Uma mudança que significa a própria necessidade evolutiva de todas as coisas. Uma conservação de aspectos que permitem a própria identificação como Rock. Desde sua origem, com o Blues e o Country, o Rock segue uma trajetória evolutiva, onde vem assumindo formas multifacetadas e até um certo hibridismo ou simbiose com outros estilos musicais, mas sempre preservando a tônica do seu código que permite que apesar das combinações ainda haja a identificação com a semântica do Rock. Assim, pode-se observar produções comunicativas do Rock com traços de Funk, com traços de Reggae, com traços de Samba, com traços de Jazz, com traços de música clássica, etc. Dessa forma o Rock tem a capacidade de assumir formas multifacetadas sem deixar de ser Rock.

³⁴ Cf. LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Colección. Teoría Social, 2002.

O Rock se coloca aberto e permitindo certas assimilações do seu ambiente, o que lhe dá ainda mais condições para a produção de diferença. Paradoxalmente, numa comunicação do Rock tecnicamente se busca em sua produção certa diferença, mas que tenha os antigos elementos atrativos do Rock.

O Rock se abre para assimilar elementos diferentes do seu ambiente. Essa abertura seletiva do Rock costuma resultar em múltiplas formas de músicas que com ele se identificam. Uma forma de produção comunicativa do Rock que também é multifacetada, dando origem a diversos estilos dentro do próprio Rock, mas que apesar de certa diferença com uma forma originária de Rock, se pode considerar como Rock em sentido lato. Assim, é possível observar diversos estilos musicais que podem ser identificados com o Rock, mas que não são especificamente Rock no sentido clássico e originário. Possuem os mais variados elementos (riffs pesados, guitarras distorcidas, certa identidade harmônica, estilo de roupas, ou símbolos e gestos), mas preservam algo próprio da comunicação do Rock e assim podem ser reconhecidas e identificadas.³⁵

Alguns exemplos das diversas formas de produção comunicativas que podem ser observadas como produto do Rock, enquanto um “subsistema” social, podem ser o pop Rock, o Hard Rock, o Rock Progressivo, o Power Metal, o Havy Metal, o Trash Metal, o Deth Metal, o Punk Rock etc. Dentro dessa lógica de “transgressão” inerente ao Rock, muitos desses estilos surgem como certa transgressão do próprio Rock, ou de certa “dogmática” musical. Um dos exemplos mais emblemáticos é o Punk Rock, que por sua vez, remete a toda uma polissemia do Movimento Punk. Um símbolo dessa ideia desviante levada ao extremo, a partir da ideia de fazer um Rock fora dos padrões comerciais autorizados.³⁶ Se levarmos o histórico do Rock poderíamos observar o Punk Rock como uma espécie de transgressão da transgressão.

Contudo, essa abertura do Rock é tão arriscada, que algumas vezes pode significar um risco à manutenção de sua identidade. Muitas vezes entre

³⁵ Cf. ROCHEDO, Aline. *Um olhar sobre o livro, Rock and Roll: Uma História Social*. Disponível em: <<http://seer.ufs.br/index.php/tempo/article/viewFile/2672/2305>>. Acessado em: 07, jan. 2015.

³⁶ Cf. VITECK, Cristiano Marlon. *Punk: anarquia, neotribalismo e consumismo no rock'n'rol*. Disponível em: <<http://ucbweb2.castelobranco.br/webcaf/arquivos/13147/5061/punk.PDF>>. Acessado em: 05, jan. 2015.

ressonâncias recíprocas, a tônica que prevalece acaba não sendo o código do Rock. O Rock desenvolve ressonâncias em outros subsistemas sociais da Arte, como no Reggae, no Samba, no Funk, contudo, essa ressonância produzida pelo Rock conseguirá certa eficiência comunicativa, contribuindo para se forjar uma forma mista de música, mas não o suficiente para ser caracterizada como Rock. Surge assim, outros estilos com certos traços do Rock, mas que predominantemente se identificam com outra forma musical (ou até apresentam certa dificuldade de identificação com os estilos existentes).³⁷ Como exemplo, pode-se observar o Reggae que muitas vezes assume elementos do Rock, modificando suas estruturas mas sem perder a sua organização, ou seja, preserva certa identidade comunicativa a partir de elementos próprios do Reggae e com ele podem ser identificados.³⁸

Um aspecto relevante da aproximação entre Direito e Rock é que este pode dar boas contribuições à observação jurídica, sobretudo no que diz respeito à certa capacidade de se auto-organizar voltado à certa desestabilização. Uma forma simbólica de pensarmos no Direito a operacionalização de certa abertura e criatividade.³⁹ É importante observar alguns traços da operacionalização do sistema da Arte, que podem ser relevantes para serem reelaborados a partir da perspectiva autopoietica do Direito.

Assim, se poderia destacar três elementos da operacionalização comunicativa do Rock que pode ser interessante de serem observados pelo Direito a fim de aprimorar o seu próprio processo evolutivo enquanto um processo reflexivo: transgressão, assimilação das diferenças e ressonâncias das comunicações.

Apesar do Rock apresentar diversos traços que se indica aqui como interessantes de serem observados pelo Direito, muitos desses aspectos são

³⁷ Nesse sentido, poderíamos citar a banda brasileira O Rappa, que possui um Reggae, com levadas de Funk e que por vezes se pode enquadrá-la em um pop rock.

³⁸ GUIMARÃES, Carla; BARRETO, Douglas; SOBRAL, Irene Gabriela; ALVES, Lucas; CORCINO, Maria Eduarda; BRAGA, Vitor. *ROCK HISTORY: roupas que contam um pouco da história do rock e caracterizam estilos de vida*. Disponível em: <<http://portalintercom.org.br/anais/nordeste2013/expocom/EX37-0780-1.pdf>>. Acessado em: 05, jan. 2015.

³⁹ Cf. LUHMANN, Niklas. *El arte de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005.

traços originários que se estenderam de forma muito característica no seu desenvolvimento histórico. Trata-se de traços muito evidentes no passado, que talvez precisem ser minimamente recompostos. Nesse sentido, a grande abertura do Rock também gera uma excessiva instabilidade. Por isso a importância do conservadorismo jurídico ser aproximado e observado a partir dos próprios referenciais internos do sistema da Arte.

Pode-se, a partir de certa recursividade nas referências e expectativas já estabelecidas, observar que tanto em relação ao Direito, como em relação ao Rock, existem inúmeras dificuldades colocadas pelo contexto contemporâneo. Uma dificuldade comum a ambos os sistemas é de desenvolver uma observação adequada ao nível de complexidade produzida pela sociedade atual e conseqüentemente suas respectivas operações comunicativas.⁴⁰

Tanto o excessivo fechamento do Direito como a excessiva abertura do Rock tornam-se problemáticos em uma Sociedade Complexa. Perde-se com isso a capacidade de produzir observações e ressonâncias eficazes no ambiente social. Os extremos do fechamento e abertura são obsoletos em um contexto altamente dinâmico.

Na atualidade, essa dificuldade aparece ao Rock como uma perda de certa capacidade de comunicar a ideia de transgressão como um dos traços marcantes.⁴¹ Pode-se compreender isso quando se observa o cenário do Rock brasileiro nas décadas de 80 e 90, com inúmeros momentos ricos em diversidade e assimilação de diferença. Nessa época se produziu comunicações que permanecem relevantes na atualidade, produzindo ressonâncias que atravessam o tempo e que paradoxalmente não se consegue repetir o resultado enquanto uma comunicação que seja produzida nos dias de hoje. Em certa perspectiva, se poderia até observar nas décadas subsequentes à de 80 e 90, das formas de produção comunicativas do Rock, ao menos no que diz respeito à produção de

⁴⁰ Cf. LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. Tradução de Anabela Carvalho, 3ª ed. Lisboa: Vega, 2001.

⁴¹ Cf. SAGGIORATO, Alexandre. *ROCK BRASILEIRO DOS ANOS 1970: transgressão comportamental x censura moral*. Disponível em: <http://www.congressodorock.com.br/evento/anais/2013/artigos/4/artigo_simposio_3_335_alexandresaggiolato@yahoo.com.br.pdf>. Acessado em: 05, jan. 2015.

ressonâncias que alcancem boa repercussão na sociedade.⁴² Daí a importância de recompor uma dimensão mais criativa no Direito e um fechamento operacional no Rock que possa emergir em todo o seu potencial criativo como já se pode observar em outros momentos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O peso de uma racionalidade moderna forjou conhecimentos compartimentalizados, o que evidentemente mostra-se insuficiente na atualidade. Para superar as fragilidades do Direito na sociedade complexa, muito esforços são desenvolvidos no sentido de aprimorar o Direito e uma das estratégias passa por pensar o Direito de forma mais aberta a outras perspectivas que constituem o ambiente social. Nesse sentido, a aproximação entre Direito e Rock possibilita espaços ricos de reflexão.

Pode-se observar que a aproximação entre Direito e Rock deve pressupor uma disposição de abertura para o aprendizado. De nada adianta propor essa reflexão a partir de uma perspectiva dogmática do Direito. É preciso pensar acoplamentos na linha de um construtivismo sistêmico, que permitam, tanto ao Direito como ao Rock, formas de observação voltadas ao próprio aprimoramento, que por sua vez, implica no aprimoramento de suas ressonâncias.

Trata-se de uma observação aberta ao enfrentamento da complexidade, a fim de desenvolver um exercício reflexivo que pode fornecer boas observações para a superação de pressupostos limitadores e simplificadores dos próprios sistemas parciais da sociedade.

Aqui a observação sociológica apresenta um panorama mais diversificado, onde o Rock não corresponde apenas a um tipo de música, mas um campo de produção comunicativa específica, com uma polissemia que transcende a simples “observação do som”.

Nesse sentido, tanto Direito como Rock, possuem capacidade de auto-organização e autoprodução, por isso são considerados sistemas parciais

⁴² Cf. SCHWARTZ, G.. *Direito & Rock: O BRock e as expectativas normativas da Constituição de 1988 e do junho de 2013*.

autopoiéticos. O Direito um sistema parcial da sociedade. O Rock um sistema parcial do Sistema da Arte, que por sua vez, também constitui-se como um sistema parcial da sociedade. Ambos participam da complexidade social e são equacionados pela autopoiese da sociedade, embora cada um possua também a sua própria dinâmica autopoiética.

Quando se menciona Direito e Rock como sistemas autopoiéticos, inevitavelmente haverá elementos de reflexão que podem emergir a cada momento, que embora não estejam explícitos estão presentes de forma intrínseca em alguns pressupostos. É a partir desse suporte teórico, que tornou-se interessante recompor a importância de desenvolver uma reflexão relacionando Direito e Rock. Ambos possuem traços de sua operacionalização comunicativa que pode ser muito interessante considerar na observação desenvolvida por cada sistema. Existe uma necessária abertura do Rock que sugere mais criatividade, extremamente interessante ao Direito e também necessária à sua atualização. Por sua vez, o fechamento operacional do Direito, que lhe garante identidade e um mínimo de operacionalidade, pode ser importante para que o Rock, reelabore a sua identidade e consiga produzir uma comunicação capaz de alcançar uma grande ressonância no ambiente social.

Trata-se de uma aproximação, pois tais aspectos observados, em ressonâncias e irritações são sempre reconfigurados no interior de cada sistema, de forma que a “transgressão” existente na comunicação do Rock não será utilizada diretamente pelo Direito, mas sim reelaborada a partir dos elementos e estruturas do próprio sistema, podendo assim recriar no seu interior uma comunicação que transporte a noção de uma Transgressão da própria dogmática jurídica. Encontrar a fissura para que isso ocorra é um desafio à capacidade de observação, argumentação e discricção. Trata-se de um processo de observação e aprendizagem, fazendo, aproximadamente, o que o Rock faz em termos de promover abertura, com a devida adequação às suas possibilidades autopoiéticas.

A partir de uma observação da operacionalização comunicativa de abertura do Rock, o Direito pode buscar desenvolver mais sua capacidade de abertura. Significa dizer que o Direito pode aprender com a aptidão do Rock de assimilação

de “diferença”, necessário em qualquer construção de processos evolutivos. Essa observação jurídica também visa além de desenvolver o potencial reflexivo para abertura, também a capacidade de produzir comunicações com maiores possibilidades de ressonâncias na sociedade. É só através da observação jurídica das comunicações do Rock, como parte das ressonâncias que advém do seu ambiente, e a partir de sua auto-organização que o Direito pode aproveitar para aprender, a fim de repensar o aprimoramento de suas operações.

Na dinâmica de operações comunicativas que possam ocorrer efetivamente entre sistemas sociais autopoieticos, e isso inclui Direito e Rock, a questão que se coloca como relevante é que o ambiente social constitui-se como o espaço dessas operacionalizações. É a autopoiese social que equaciona as múltiplas possibilidades de comunicações, de forma que tudo que ocorre se dá através da (auto)produção recíproca de estímulos que podem ter eficácia, produzindo comunicação, embora isso também seja altamente contingente. Nesse sentido, só é possível eventuais ajustes, não como controle, mas como estratégias de aprimoramento dos estímulos comunicativos para que se obtenha mais sucesso no desafio de alcançar as ressonâncias desejadas.

Essa reflexão sobre Direito e Rock, permite observar as dificuldades de ambos os sistemas em enfrentar os desafios contemporâneos. O Direito com seu excessivo fechamento precisa aprender com o Rock, além da capacidade de produzir ressonâncias comunicativas com certa aceitação, também a desenvolver a disposição de observar e produzir “diferença”. Por sua vez, o Rock, com suas excessivas aberturas, precisa recompor uma identidade mais consistente a fim de poder produzir novas ressonâncias, com potencial de irritação em diversos sistemas, como já se pode observar em outros momentos do desenvolvimento da sociedade.

As fragilidades do Direito emergem com respostas que não são satisfatórias para enfrentar os problemas sociais contemporâneos. Já o Rock revela suas dificuldades quando demonstra carência em relação a capacidade de comunicar certa “transgressão”, se isso for observado tendo como ponto de referência por exemplo, momentos como os anos 80 e 90 de produção comunicativa do rock brasileiro.

Em relação ao Direito, a observação do Rock pode servir de irritação com potencial para desencadear, seja a auto-organização de suas operações em geral, como também um processo reflexivo epistemológico voltado ao permanente aprimoramento da capacidade de transgredir suas próprias estruturas dogmáticas. Trata-se de um exercício reflexivo que é parte do esforço de superação da dogmática jurídica, no sentido de produzir fissuras e ressonâncias inovadoras no Direito e em seu ambiente. Assim, coloca-se a necessidade de atualização e inovação do Direito entre os mais relevantes desafios a serem concretizados na dinâmica autopoietica da sociedade, sendo ainda melhor se conjuntamente a isso se pudesse observar a recomposição da identidade do Rock através da sua simbólica e avassaladora força transgressora.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, A. J.; LOPES JUNIOR, D. (Orgs). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Luhmen Júris, 2004.

BROWN, G. S.. **Laws of Form**. New York: Bantam Books, 1973.

BURLAMAQUI, E.. **Estado, Mercado, Regulação e Inovação: Law & Economics em uma abordagem pós-Escola de Chicago**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Leonardo%20Burlamaqui.pdf>> Acessado em 05, mar. 2013.

CORSI, G.; BARALDI, C.; ESPÓSITO, E.. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Universidad Iberoamericana. Guadalajara, México: Diseño y Letras, S.A, 1996, p. 199.

GIDDENS, A.. **Modernidade e identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

GUIMARÃES, C.; BARRETO, D.; SOBRAL, I. G.; ALVES, L.; CORCINO, M. E.; BRAGA, V.. **ROCK HISTORY: roupas que contam um pouco da história do rock e caracterizam estilos de vida**. Disponível em: <<http://portalintercom.org.br/anais/nordeste2013/expocom/EX37-0780-1.pdf>>. Acessado em: 05, jan. 2015.

COVALESKI, R. L.. **Artes e comunicação: a construção de imagens e imaginários híbridos**. Galaxia. n. 24, p. 89-101, dez. 2012, Acessado em: <

<http://revistas.pucsp.br/index.php/galaxia/article/view/8218/9413>>, Disponível em: 14, abr. 2015.

FLORES, L. G. G.. **Direito e Cibercultura**: para pensar uma “resiliência jurídica”. In: Novatio Iuris. Revista do Curso de Direito da Escola de Administração, Direito e Economia. v. 1, nº 2, Porto Alegre: ESADE, 2008.

LUHMANN, N.. **La sociedad de La sociedad**. Tradução Dario Rodriguez Mansilla. Mexico, DF: Herder, 2007.

_____. **El arte de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005.

_____. **El Derecho de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Colección. Teoría Social, 2002.

_____. **Introdução à Teoria dos Sistemas**: Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. **La moral de la sociedad**. Madrid: Trotta, 2013.

_____. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **A improbabilidade da comunicação**. Tradução de Anabela Carvalho, 3ª ed. Lisboa: Vega, 2001.

_____. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução Ciro Marcondes Filho, São Paulo: Paulus, 2005.

_____. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. México/DF: Universidad Iberoamericana/ Alianza Editorial, 1991.

MATURANA, H. R; VARELA, F. J. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001.

_____; VARELA, F.. **De máquinas e seres vivos**: autopoiese – a organização do vivo. 3 ed. Tradução Juan Acuña Llorens, Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MORIN, E.. **Método I**: A natureza da natureza. Porto Alegre: Sulina, 2005.

NICOLESCU, Basarab. O Manifesto da Transdisciplinaridade. São Paulo: Triom, 2005.

_____. Um novo tipo de conhecimento - Transdisciplinaridade. In: ____; PINEAU, Gaston; MATURANA, Humberto; RAMDOM, Michel; TAYLOR, Paul. **Educação e Transdisciplinaridade**. Tradução de Judite Vero, Maria F de Mello e Américo Sommerman, Brasília: UNESCO, 2000.

ROCHA, L. S.; SCHWARTZ, G.; CLAM Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Epistemologia e democracia**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003, p. 191.

_____. **Da Epistemologia Jurídica Normativista ao Construtivismo Sistêmico**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010.

ROCHEDO, A.. **Um olhar sobre o livro, Rock and Roll: Uma História Social**. Disponível em: <<http://seer.ufs.br/index.php/tempo/article/viewFile/2672/2305>>. Acessado em: 07, jan. 2015.

SAGGIORATO, A.. **ROCK BRASILEIRO DOS ANOS 1970: transgressão comportamental x censura moral**. Disponível em:<http://www.congressodorock.com.br/evento/anais/2013/artigos/4/artigo_simposio_3_335_alexandresaggiorato@yahoo.com.br.pdf>. Acessado em: 05, jan. 2015.

SCHWARTZ, G.. **Direito & Rock: O BRock e as expectativas normativas da Constituição de 1988 e do junho de 2013**.

TEUBNER, G.. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

VITECK, C. M.. **Punk: anarquia, neotribalismo e consumismo no rock'n'rol**. Disponível em: <<http://ucbweb2.castelobranco.br/webcaf/arquivos/13147/5061/punk.PDF>>. Acessado em: 05, jan. 2015.

WARAT, L. A.. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: **Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou**. v. II, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WEBER, M.. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1991.

REPRESSÃO E CULTURA: UMA ANÁLISE SOBRE A PRODUÇÃO CULTURAL BRASILEIRA COMO MANIFESTAÇÃO POLITICO-SOCIAL NO PERÍODO DA DITADURA MILITAR.

Muriel Magalhães Machado

Camila Mabel Kuhn

RESUMO: A presente pesquisa se dispõem a analisar a relevância da produção cultural brasileira no período de repressão, entre os anos de 1964 a 1985, período da ditadura militar brasileira, como ferramenta de manifestação político-social contra o referido regime. O estudo é desenvolvido através do método dedutivo/indutivo, e um olhar crítico diante da produção cultural desenvolvida como ferramenta de protesto contra o regime que se impunha. A análise se dá a partir do período ditatorial, período este de repressão e controle, onde os mais básicos direitos fundamentais eram suprimidos, dentre eles a liberdade de expressão, vigia a censura. O presente trabalho explora a extensa produção cultural deste período, mesmo diante da repressão militar, e como a arte foi ferramenta para as grandes transformações sociais e políticas do período. A relação entre esta produção e a construção da democracia, a importância de músicos, cineastas, poetas e jornalistas como críticos do sistema autoritário que vigorava em tal período, e como estes incentivaram uma geração a seguir “caminhando” em busca de um Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Produção Cultural; Manifestações Político-Sociais; ditadura militar.

1 INTRODUÇÃO

A partir de uma análise do contexto histórico do período de 1964 a 1985, incluindo suas nuances econômicas, o presente trabalho descreve o período de violações a direitos fundamentais com o intuito de analisar a extensa produção cultural do período.

Na primeira parte é traçado o contexto histórico retratando como o golpe fora realizado, passando pelos Atos Institucionais adotados pelo governo militar

para suprir os direitos da população, tratando do contexto econômico e da adoção tanta da censura como de políticas públicas de ampliação e dominação da mídia.

Num segundo momento, o trabalho irá elencar algumas das principais produções culturais do período, tratando de cinema, teatro e música, como ferramentas contra o modelo que se impunha.

Este trabalho tem o intuito de exaltar a produção cultural do período e lembrar para não repetir.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

Entre 1964 a 1985 o país se encontrava num período político de forte repressão, onde os militares detinham total controle do governo. Esse momento foi marcado pela supressão dos direitos humanos, pela perseguição política aos que se posicionavam contra o regime militar e pela grande censura imposta a qualquer tipo de manifestação contrária.

No ano de 1964, através de um golpe civil-militar, a democracia brasileira foi usurpada, entregando o governo do país aos militares que deram início a um governo com modelo ditatorial, sob o pretexto de uma suposta restauração de legalidade.

Sobre o golpe nas palavras de Barros (2011, p. 14):

O golpe militar de 1964 significou a interrupção brusca do processo de incipiente democratização da sociedade brasileira, marcada no período imediatamente anterior pelo grande crescimento da organização e da participação política dos trabalhadores da cidade e do campo nas decisões dos rumos do país e o caminho das reformas estruturais, representadas pelas Reformas de Base.

Período onde, sob o apoio do governo norte americano, o contexto político-econômico teve grandes alterações. Através de investimentos provindos de altíssimos empréstimos estrangeiros, os militares simularam um crescimento econômico e realizaram grandes obras de infra-estrutura, tendo assumido uma dívida externa muito acima das capacidades do país no período.

Sobre o período de estruturação do regime Nascimento descreve (2013):

Neste período, observa-se que a ditadura se estruturou de forma plena com a edição dos AIs. No AI-2, o presidente prorrogou seu mandato até 1967, assim como estabeleceu a eleição indireta para presidente, extinguiu os partidos políticos e permitiu ao executivo cassar mandatos.

Ao longo de seu mandato, em 1966, como resposta às pressões pelo fim do regime, foi instituído o AI-3, tornando indiretas as eleições para governador. Em dezembro do mesmo ano foi editado o AI-4, que fechou o Congresso e determinou as regras para a aprovação da nova constituição, votada em janeiro de 1967.

No ano de 1967 foi promulgada a Constituição que transformou em lei todas as punições, exclusões e marginalizações políticas decretadas pelos Atos Institucionais anteriores, e é nesse momento que a censura aparece limitando expressões culturais importantes como o teatro, a música, o cinema, a literatura e a imprensa, afim de coibir qualquer movimento contrário ao governo instituído.

Não obstante, em 13 de dezembro de 1968, é editado o Ato Institucional número 5, o qual termina por suspender todas as garantias constitucionais, estendendo a censura a toda produção cultural e a todos os veículos de informação do país, esse Ato chega com o objetivo de garantir poder aos militares e controlar a sociedade.

Censura, das palavras de Pinto pode-se entender como (2005):

[...] censura não tem nada a ver com classificação etária. Censura não tem nada a ver com controle ou definição de programação. Censura tem a ver com proibição de liberdades individuais, com a negação da liberdade de expressão, com manipulação de informação e de vidas. E só há um caminho para evitar que se repita: conhecer seu teor, preservando seu acervo e criando condições efetivas para o acesso público.

Desta forma, percebe-se que a censura utilizada no período, surgiu como um mecanismo de controle, com amplo caráter repressivo e ideológico, privando qualquer manifestação contrária às idéias impostas pelo governo autoritário.

Das palavras de Nascimento (2013), *et al* "este governo impôs controles tanto a sociedade civil como à liberalização política. Portanto, manteve a direita radical e o aparato de repressão, que continuava a praticar a tortura e a censura nos meios de comunicação".

Outro fato histórico importante dentro deste contexto, durante toda a década de 70, o que viu foi foram os investimentos maciços na área das telecomunicações, que acabaram por consolidar grandes grupos, que sobreviveram grandemente ao período, como a Rede Globo e a Editora Abril, estas, além da formação de diversos outros conglomerados jornalísticos criando uma nova "pseudo indústria cultural", sob a proteção do governo militar, e com suporte no contexto político-econômico da ditadura militar. Através da cultura,

também, os militares propagaram sua ideologia, incutida na bandeira da “Segurança Nacional”, implementando e modernizando a política das telecomunicações (FRANÇA, s/a).

O ideário dos militares era a ilusão da população, a censura da produção cultural em contraponto da produção “própria” ou financiada pela ditadura militar. Nesse sentido Rezende (2013, p. 65) explica:

A busca de legitimidade pelo regime militar, no período de 1964 a 1973, se deu principalmente através de seu empenho para construir um suposto ideário de democracia que visava sedimentar um sistema de idéias, valores e interesses. A insistência em uma fórmula de democracia que pressupunha “liberdade mas não (excluía) responsabilidade, nem importava em licença para contrariar a própria vocação do país” era a base deste processo.

A partir deste ponto, vislumbra-se um cenário de supressão de direitos e liberdade individuais, além de violações a direitos humanos. Dentro deste quadro, a ditadura utilizou-se da censura para frear os movimentos sociais culturais por todo o território nacional, conforme segue o estudo.

3 OS MOVIMENTOS CULTURAIS

Em conseqüência ao grande momento de limitações e imposições, cresce o número de manifestações e movimentos sociais onde a expressão cultural aparece como uma maneira de levar o debate político literalmente para a boca da população de uma forma absolutamente artística.

Os movimentos culturais e artísticos no Brasil nestes anos de chumbo tiveram suma importância, pois se apresentavam como formas de resistência e luta perante a repressão imposta pela ditadura militar. Expõe Francisco Carlos Teixeira da Silva (1998, p. 11) que:

Havia uma compulsão pela arte e pela cultura, e a memória desses anos é principalmente a memória da resistência cultural. De início, a revelação do teatro enquanto forma de resistência: Arena e o Opinião; a montagem de Galileu Galilei e O rei da vela é como um soco: tudo estava ali[...].

Dois grupos de teatro que se destacaram e resistiram à asfixia provocada pela repressão ditatorial no Brasil foram o Oficina, comandado pelo diretor José Celso Martinez Corrêa e o Teatro de Arena por Augusto Boal. Ana de Oliveira

(s/a) explica, a importância e o discurso expressivo que ambos os grupos tiveram nesta fase:

O Grupo Oficina era um coletivo de atores cujo objetivo era explorar os limites criativos do teatro brasileiro em sua época. Surgiu em São Paulo, no início dos anos 60, sob a direção polêmica de José Celso Martinez Corrêa. O Teatro Oficina vai constituir um novo caminho para a arte teatral brasileira, até então representada pelo “teatrão” do TBC (o Teatro Brasileiro de Comédias, tradicional companhia voltada para a montagem de espetáculos com qualidade internacional, dirigidos ao consumo cultural da burguesia paulistana) e pelo trabalho do recém-criado Teatro de Arena (que, com Augusto Boal, Oduvaldo Vianna Filho e Gianfrancesco Guarnieri, realizava montagens politicamente engajadas).

Galileu Galilei e o Rei da Vela, produzidas pelas supracitadas oficinas paulistanas, merecem destaque não só por seu discurso político, mas por manifestar as críticas, as dores e as lutas frutos da opressão. Sobre o cenário que envolve a peça o Rei da Vela e sua relação com o período, Seleste Michels da Rosa (2005, 1 e 2) explica que:

A ditadura militar de 64 era baseada no triângulo: Deus, pátria e família. Essa peça ataca justamente esse triângulo, assim conseguiu unir todos os elementos que mais afrontaram nossa ditadura. Suas críticas mais fortes se dão ao pilar mais cultuado dessa, a família. Contudo não se detém nesse ponto, também critica a pátria, o capitalismo e o nosso patriotismo fajuto. A família é atacada em todas as suas bases. O homossexualismo dentro de famílias tradicionais é exposto na história de Totó. O texto também ataca o casamento e revela que por trás da união sagrada se escondem interesses financeiros. O casamento de Heloísa e Abelardo é sem dúvida um casamento regido por interesses. Essa relação se torna particularmente irônica pelo nome dado aos personagens, nomes advindos de uma história de amor medieval, onde o casal se amava tanto que correu grande risco para tentar casar. A fidelidade conjugal também é questionada, ela não é importante frente a outros interesses. Abelardo não impede que Heloísa o traia com o americano a fim de obter com isso algum lucro. [...] Além disso, existe também a crítica à pátria. Abelardo se queixa de viver nesse país de miseráveis com leis monstruosas que não protegem seu capital, mas protegem devedores e trabalhadores. Em uma outra passagem ao demitir um funcionário Abelardo afirma que ele ainda voltará e ficará montando guarda a sua porta com uma camisa amarela, azul ou verde e lutará contra a maré vermelha que ameaçará tomar conta do mundo.

É perceptível o discurso crítico da peça, já que aborda de forma pontual os três pilares que fundamentaram o discurso da intervenção militar, ressaltando as máscaras e os interesses que desconstruíam o ideal da família tradicional tanto aclamado pelos militares. Destaca ainda a autora que a peça golpeia diretamente a ditadura de 1964, pois apesar de não ter sido considerada uma ditadura religiosa, os valores da igreja católica aparecem atrelados ao seu discurso, tendo seus dogmas defendidos pelo regime, como por exemplo a formação de famílias.

Já a peça Galileu Galilei baseada na obra Vida de Galileu, de Bertolt Brecht⁴³, encenada pelo grupo de teatro Oficina, de acordo com Nádia Cristina Ribeiro trazia através das descobertas científicas de Galileu um tom de ameaça à ordem imposta pelo poder, já que a possibilidade de dar ao povo o conhecimento sobre suas teorias, abalava e ameaçava os princípios da vida religiosa e da política vigentes, surgindo em cena a Santa Inquisição que conseguiu calar o conhecimento de Galileu. Explica a autora (RIBEIRO, 2008, p. 7) que:

Essa necessidade de aguçar os sentidos da plateia não foi deixada de lado, e as cenas concomitantes estavam presentes para “despertar esse público adormecido, estático”. O encenador procurou, com a produção de Joel de Carvalho, que o cenário refletisse todo o clima exigido pela peça. Assim, expressava o cerceamento da liberdade, simbolizado por uma grade de madeira que cobria toda a boca de cena. Prisão, grade, referências visuais inequívocas sobre a situação do país. Sua disposição conseguia direcionar a atenção do público para as ações que ocorriam em seus limites. Uma grande metáfora do presente.

Sobre a produção cinematográfica, vale ressaltar as palavras de Inimá Simões (1998, p. 40) ao frisar que “os filmes eram recebidos com extrema desconfiança, pois o cinema era considerado o instrumento mais poderoso para inocular o vírus da contestação junto ao público”. A autora exemplifica ao citar a fala do Chefe da turma de censura cinematográfica sobre a obra Terra em transe, de Glauber Rocha⁴⁴.

A película em apreço tem um enredo totalmente confuso, talvez um subterfúgio de que tenha lançado mão Glauber Rocha para poder realizar uma obra de fundo nitidamente subversivo sem ser molestado pelas autoridades do país. [...] Percebo no seu contexto frases, cenas e situações com propaganda subliminar. As mensagens consideradas negativas e contrárias aos interesses da segurança nacional. Faz apologia à luta entre ricos e pobres.

Ao que se refere ao contexto cinematográfico, pode-se citar ainda os filmes Jardim da Guerra, de Neville de Almeida, Fome de Amor de Nelson Pereira dos Santos, que aborda a luta armada e o clamor do povo e Macunaíma de Joaquim

⁴³ O alemão Bertolt Brecht, pode ser considerado o homem que inaugurou uma nova forma de fazer e ver um espetáculo teatral. Nascido em Augsburg, Alemanha, transformou-se em referencial obrigatório para a arte dramática contemporânea.

⁴⁴ Terra em Transe é um filme brasileiro de 1967, do gênero Drama, roteirizado e dirigido por Glauber Rocha, cineasta brasileiro e também ator e diretor.

Pedro de Andrade, baseado na novela de Mario de Andrade, que de acordo com o Imaculada Kangussu (p. 154):

O filme realizado no período em que o Brasil estava submetido à ditadura militar é bastante explícito, apesar de alegórico, na articulação necessária entre cultura, estética e política. E nesse caso a figura de Macunaíma não pode ser tomada como tipo ou amostra representativa, nem como símbolo ou personificação alegórica do brasileiro, e sim de uma condição sócio-político-cultural, de um histórico estado de coisas no Brasil. A alegoria foi apontada por Glauber Rocha como trilha para libertar o discurso mágico e produzir um cinema capaz de expressar “a recusa da análise racional de uma realidade deformada pela cultura européia e sufocada pelo imperialismo americano. Um cinema que se opõe às classificações antropológicas coloniais.

Percebe-se assim, que as produções de diversos filmes sofreram grande censura, onde os argumentos fundamentados na ordem, na moral e na política sufocaram e controlaram a exibição de diversas obras significativas da história do cinema nacional. Sobre os frutos dessa passagem histórica Leonor Souza Pinto (2005) ressalta que:

No entanto, certas formas de resistência, necessárias e imprescindíveis em certos momentos, tiveram como efeitos colaterais o afastamento do grande público de nosso melhor cinema, tornado muitas vezes incompreensível, ora pelos cortes impostos, ora pela opção da linguagem possível. Este fato ajudou a cultivar a idéia, que ainda hoje persiste, de que “cinema brasileiro é ruim”.

Sobre o campo musical que nutria esse cenário, importante mencionar a vigilância que rondava não só os artistas, mas os eventos ligados à Música Popular Brasileira, que conforme explica Marcos Napolitano (2001) era conhecida como música crítica do movimento de esquerda. Complementa o autor ao destacar que:

[...] a esfera da cultura era vista com suspeição a priori, meio onde os “comunistas” e “subversivos” estariam particularmente infiltrados, procurando confundir o cidadão “inocente útil”. Dentro dessa esfera, o campo musical destacava-se como alvo da vigilância, sobretudo os artistas e eventos ligados à MPB (Música Popular Brasileira), sigla que desde meados dos anos 60 congregava a música de matriz nacional-popular (ampliada a partir de 1968, na direção de outras matrizes culturais, como o pop), declaradamente crítica ao regime militar. A capacidade de aglutinação de pessoas em torno dos eventos musicais era uma das preocupações constantes dos agentes da repressão.

O cenário que envolveu a população e os eventos musicais, conforme Da Silva (1998, p. 11) era vista com grande preocupação pelos militares, pois conforme informações adquiridas junto às coleções do Departamento de Ordem e

Política Social⁴⁵ foi possível constatar o imaginário e as representações simbólicas que direcionavam o olhar e a produção escrita pelos agentes da repressão, segundo o autor “dentro da estratégia da produção da suspeita. Grosso modo, eles eram norteados por uma mistura de valores ultra-moralistas, anti-democráticos e anti-comunistas.”

As músicas e composições de artistas como Geraldo Vandré, Chico Buarque, Caetano Veloso, Gilberto Gil e tantos outros não só levantavam os gritos e eram aclamados nos festivais, mas também se tornavam hinos de luta. Neste sentido, Francisco Carlos Teixeira (1998, p. 13):

Era tempo em que se fazia música como se vai para a guerra: venciam-se batalhas nos auditórios de TV. E isso não era cômico. O cômico em tudo era que o poder se considerava derrotado por uma canção que falava das pessoas que acreditavam nas flores vencendo o canhão! Num espaço repleto de símbolos, palavras cantadas e rimas escondidas valiam tanto quanto fuzis.

Conclui-se assim que a produção cultural nacional tem e teve grande importância social e política em diversos momentos da nossa história, estando presente de forma eminente nos protestos e manifestações contra o sistema autoritário ditatorial. Nesse período destacam-se grandes nomes do cenário artístico como Chico Buarque, Belchior, Paulo Fonteles, Geraldo Azevedo, Nelson Pereira dos Santos, Rita Lee, Geraldo Vandré, Thiago de Mello, Caetano Veloso, Joaquim Pedro de Andrade entre outros, que tiveram suas músicas, poemas e filmes censurados já que o Departamento de Censura agia contra qualquer idéia tendenciosa sobre o contexto político da época e visava proteger os valores conservadores.

Apesar de todo efeito repressor da censura, tivemos uma intensa produção cultural e o contexto político favoreceu o desenvolvimento de uma juventude com senso crítico apurado, engajada politicamente e comprometida com as manifestações sociais. Músicos, cineastas, poetas e jornalistas utilizaram

⁴⁵ Departamento de Ordem Política e Social (DOPS), criado em 30 de dezembro de 1924, foi o órgão do governo brasileiro, utilizado principalmente durante o Estado Novo e mais tarde no Regime Militar de 1964, cujo objetivo era controlar e reprimir movimentos políticos e sociais contrários ao regime no poder. O órgão, que tinha a função de assegurar e disciplinar a ordem no país, foi instituído em 17 de abril de 1928 pela lei nº 2304 que tratava de reorganizar a polícia do Estado.

sua arte para criticar e protestar contra o autoritarismo e incentivaram uma geração a seguir “caminhando” em busca de um Estado Democrático de Direito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contexto histórico do período ditatorial do Brasil é repleto de peculiaridades e rico em violações a direitos humanos. Em decorrência deste contexto, ou, para lutar contra esse contexto, o que se vislumbrou no período foi uma crescente e admirável produção cultural, em diversas artes.

Mesmo diante da censura, ferramenta militar de controle e supressão de direitos fundamentais, os artistas tomaram frente das lutas contra o regime instaurado no período, mesmo diante dos riscos que tal conduta possuía.

Com uma produção cultural riquíssima o período foi de destaque para as artes, cinema, literatura, teatro, dentre outras, não só pela qualidade mas pelo engajamento nas questões sociais que envolviam o país no período.

O que nos traz aos dias atuais onde vivemos em uma jovem democracia, que no entanto não passou como deveria por justiça de transição, uma vez que não resgatou as memórias do período, dentre elas a das artes e tampouco aprendeu a lidar com questões políticas.

O contexto atual de desapontamento político combinado a um discurso conservador nos remonta a tal período, de tal forma que vozes suscitam retrocesso. Diante disso, o continuo contato com a produção do período, e a estimulação de novas produções artísticas com cunho político-social. O que nos resta é valorizarmos tal produção cultural no intuito de lembrar para não repetir.

REFERÊNCIAS

BARROS, C. M.. **A ditadura Militar no Brasil: processo, sentido e desdobramentos**. 2011. Disponível em <<https://cesarmangolin.files.wordpress.com/2010/02/cesar-mangolin-de-barros-a-ditadura-militar-no-brasil-2011.pdf>>. Acesso em 16/04/2015.

DA ROSA, S. M.. O rei da vela e a ditadura militar. **Dossiê: a literatura em tempos de repressão**. Revista Eletrônica de Crítica e teoria de Literaturas. PPG-

LET-UFRGS.: Porto Alegre, vol. 01, n. 1, jul/dez 2005. Disponível em:
<http://www.seer.ufrgs.br/NauLiteraria/article/viewFile/4836/2756>. Acesso em
 16/06/15

DA SILVA, F. C. T.. **1968: Memórias, esquinas e canções**. Acervo: Rio de
 Janeiro, v. 11, n. 1-2, p. 7-24, jan/dez 1998. Disponível em:
<http://www.revistaacervo.an.gov.br/seer/index.php/info/article/view/278>. Acesso
 em 28/03/2015.

DE OLIVEIRA, A.. **Ruídos Pulsativos**. Disponível em:
<http://tropicalia.com.br/ruidos-pulsativos/geleia-geral/teatro-oficina>. Acesso em
 16/06/14.

FRANÇA, J. S. de. **Industria Cultural e Ditadura Militar no Brasil dos anos 70**.
 s/a. Disponível em
http://www.sumare.edu.br/Arquivos/1/raes/02/raesed02_artigo08.pdf. Acesso em
 16/04/2015.

KANGUSSU, I.; FONSECA, J. T. da. **Macunaíma, Literatura, cinema e filosofia**.
 Disponível em: http://www.raf.ifac.ufop.br/pdf/artefilosofia_11/Macunaima.pdf.
 Acesso em 28/03/2015.

NAPOLITANO, M.. **Seguindo a canção: engajamento político e indústria
 cultural na MPB (1959/69)**. Anna Blume/FAPESP: São Paulo, 2001.

NASCIMENTO, A. C. A.. **A ditadura militar e a censura no jornal impresso**.
 2013. Disponível em [http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/9o-encontro-
 2013/artigos/gt-historia-da-midia-impressa/a-ditadura-militar-e-a-censura-no-
 jornal-impresso-o-estado-de-sao-paulo](http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/9o-encontro-2013/artigos/gt-historia-da-midia-impressa/a-ditadura-militar-e-a-censura-no-jornal-impresso-o-estado-de-sao-paulo). Acesso em 16/04/2015.

PINTO, L. S.. **(Des) caminhos da censura no cinema brasileiro: Os anos de
 ditadura**. 2005. Disponível em
http://www.memoriacinebr.com.br/Textos/Des_caminhos_da_censura.pdf. Acesso
 em 16/04/15.

_____. **Cinema brasileiro e censura durante a ditadura militar**.

Disponível em: <
http://www.memoriacinebr.com.br/Textos/cinema_brasileiro_e_censura.pdf />.
 Acesso em: 28/03/2015.

REZENDE, M. J. de. **A ditadura Militar no Brasil: repressão e pretensão de
 legitimidade 1964-1984**. Editora UEL: Londrina, 2013. Disponível em
<http://www.uel.br/editora/portal/pages/arquivos/ditadura%20militar.pdf>. Acesso em
 16/04/2015.

RIBEIRO, N. C.. **Galileu Galilei de Bertolt Brecht no palco do Oficina:**
 representação do Brasil de 1968. 2008. Disponível em:

<http://www.anpuhsp.org.br/sp/downloads/CD%20XVII/ST%20VIII/Nadia%20Cristina%20Ribeiro.pdf>. Acesso em 28/03/2015.

SIMÕES, I.. **Sessenta e Oito Começou Bem Antes**. Acervo: Rio de Janeiro, v. 11, n. 1-2, p. 39-56, jan/dez 1998. Disponível em: <http://www.revistaacervo.an.gov.br/seer/index.php/info/article/view/280/242>. Acesso em 23/03/2015.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

GT – CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS

CANOAS, 2015

TEORIA DO DIREITO AMBIENTAL: APROPRIAÇÃO ECONÔMICA, NORMA E DOMINAÇÃO

Alana Ramos Araujo

Laryssa Mayara Alves de Almeida

Vinícius Leão de Castro

RESUMO: A relação homem/natureza faz surgir uma gama variada de comunicações conflitivas de ordem jurídica, política, econômica, cultural, ecológica e social, em cujo cenário o Direito Ambiental revela-se como um instrumento que pode ser utilizado para beneficiar a todos ou para beneficiar alguns. Neste contexto, o trabalho objetiva analisar o Direito Ambiental de modo descritivo, no tocante ao uso que faz a elite político-econômica brasileira deste campo jurídico na defesa dos seus interesses. O caminho metodológico segue por meio de uma reflexão teórico-descritiva do fenômeno pesquisado, utilizando-se do método indutivo através da análise de um bem ambiental específico, qual seja, a água e o valor econômico que ela possui na norma geral nº 9.433/97. A Política Nacional de Recursos Hídricos, instituída pela Lei nº 9.433 de 8 de janeiro de 1997 tem como fundamento que a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico (ART. 1º, II), não incluindo nos seus fundamentos os valores cultural, moral, social, ético e humano que a água possui, estabelecendo uma valoração eminentemente econômica da água. Verifica-se que a apropriação econômica dos bens ambientais alçada à categoria de norma, tal como é a Lei nº 9.433/97, revela o Direito Ambiental como um instrumento de dominação do segmento social detentor do poderio político-econômico.

PALAVRAS-CHAVE: Água; Apropriação econômica; Dominação; Norma e decisão; Direito ambiental.

1 INTRODUÇÃO

A ciência jurídica é permeada por inquietações, questionamentos e problematizações que levam a um constante esforço teórico para explicar o seu objeto, que é o Direito, tornando a literatura jurídica um arcabouço de cunho teórico-metodológico deveras enriquecido, cuja postura, em não priorizando o estabelecimento de respostas, levanta diuturnamente mais e mais

questionamentos que conduzem a mais pesquisas e assim alimenta-se constantemente o debate jurídico.

Nisto, como o Direito foi estruturado de forma escalonada, justamente por tais teorizadores e metodologistas, ele se ramifica em vários temas relacionados à sua árvore comum, dentro do qual está inserido o Direito Ambiental. O Direito Ambiental, como parte integrante da dogmática jurídica, tem sido objeto de estudo de juristas e pesquisadores acadêmicos que se debruçam, num esforço reconhecido, para delimitar o seu objeto de estudo, os seus institutos, a sua base principiológica, o seu arcabouço normativo e a jurisprudência em matéria ambiental.

Quanto ao seu objeto de estudo, inobstante ser anterior ao próprio homem – vez que o meio ambiente, pelo menos na sua acepção natural, antecede a existência humana – foi somente na modernidade mais recente, meados do século XX para precisar, que veio a se solidificar um processo evolutivo de preocupação política, econômica, acadêmica e social em matéria ambiental. Neste processo, como um sub-ramo autônomo do Direito, cientificamente e didaticamente, o Direito Ambiental ainda necessita de um olhar científico que se proponha a investigar e a descrever o seu papel sociopolítico e a forma que tem sido utilizado na modernidade no que tangencia as relações de poder.

Não se pode olvidar, portanto, que neste esteio, a partir de Conferências Internacionais, de uma tendência mundial à mercantilização dos espaços da vida social e da internalização desta tendência na agenda política e econômica dos Estados, o Direito, particularmente o Direito Ambiental, revela-se de cardeal importância para o projeto jurídico burguês¹ que se revela centrado na dominação e na relação de poder dada a apropriação econômica dos bens ambientais erigida em lei. Tal se evidencia tanto ao se analisar o Direito Ambiental na sua

¹ Expressão utilizada por Raffaele De Giorgi que significa um “sistema de la mediación que regula coercitivamente ‘las formas de la intervención subjetiva con base material’, como ‘síntesis de las formas del dominio y de la explotación’; em otros términos, *como sistema de represión de la instancia material* [grifos do original] (1998, p. 24).

globalidade, como macrobem², quanto ao se analisar um microbem ambiental, tal como a água.

Isto posto, indaga-se: qual a função do Direito Ambiental face o projeto jurídico da sociedade moderna que se baseia na valoração econômica normatizada dos bens ambientais? Em busca de pretender uma solução a este problema, o trabalho ora em delineamento tem como objetivo geral analisar o Direito Ambiental por meio de uma postura descritiva³. Ainda objetiva-se expor uma visão geral sobre o que é o Direito, de modo a contextualizar qual perspectiva do Direito será adotada no trabalho; situar o Direito Ambiental na ordem jurídica brasileira; analisar o Direito Ambiental numa perspectiva teórica do ponto de vista do seu papel e do seu uso pela sociedade moderna.

Para tanto, o caminho metodológico a ser seguido percorrer-se-á por meio de uma reflexão teórico-descritiva do fenômeno pesquisado, utilizando-se do método indutivo para proporcionar a base lógica do argumento pretendido. Através deste esforço metodológico, o trabalho parte do pressuposto de que o Direito é composto por norma e por decisão judicial e que, nesta perspectiva, o Direito Ambiental é utilizado como uma estratégia de dominação⁴ da elite⁵ econômica que é autora e operadora do projeto jurídico burguês engendrado na modernidade.

Além deste pressuposto, admite-se também que a valoração econômica do meio ambiente por intermédio da imposição normativa e da decisão judicial – expressões da força estatal – é o cerne do papel do Direito Ambiental como um sistema de dominação da elite. Assim, a tese central do trabalho é de que o Direito Ambiental é utilizado pela elite burguesa como forma de dominação da sociedade através da valoração do meio ambiente, levando-se em consideração

² Os termos microbem e macrobem foram desenvolvidos por José Rubens Morato Leite e Patrick Araújo Ayala (2010) para designar que: macrobem significa o meio ambiente globalmente e imaterialmente, na condição de bem de uso comum do povo, do qual nem o indivíduo nem a sociedade podem se apropriar; já o microbem é o elemento setorial do meio ambiente materialmente considerado, tal como a água, a fauna, a flora, o ar.

³ A pesquisa “será descritiva na medida em que sua pretensão cingir-se a observar e tentar explicar (descrever) como o direito funciona” (FEITOSA, 2013).

⁴ Perspectiva de Tercio Sampaio Ferraz Jr (2003) que será esboçada na fundamentação teórica do trabalho.

⁵ Considere-se elite, neste trabalho, como “uma categoria de pessoas que se destacam em determinado setor ou atividade social” (DIAS, 2010, p. 47).

que somente a elite política e econômica possui os meios necessários para operacionalizar os bens ambientais no seu valor econômico, uma vez que é quem detém os meios de produção e o capital necessários para apropriação dos recursos naturais.

Parte-se também – e aqui vem a indução do trabalho – da premissa de que a água, como um microbem ambiental, que explicitamente tem valor econômico na normativa jurídica brasileira, entrou na ordem pátria, como um inegável meio de a elite ultraliberal⁶ da década de 90 estabelecer a sua vontade por meio da norma geral nº 9.433/97.

Neste sentido, a premissa geral é que a água, como um bem de valor econômico conforme descrito na norma geral, revela o Direito como um sistema de dominação da elite que operacionaliza este valor; se a água é um microbem que pertence ao macrobem que é o meio ambiente, logo o direito ambiental, cujo objeto de estudo é o meio ambiente, é utilizado pela modernidade como um sistema de dominação da elite.

Do exposto, obtemperese-se que o trabalho tem por escopo desempenhar o papel de pretender uma Teoria do Direito Ambiental⁷, orientada para refletir, interpretar e descrever de forma crítica este ramo do Direito do ponto de vista da função que exerce ante o sistema social e da finalidade a que se presta frente a complexidade jurídica-sócio-econômica-ambiental.

Desta maneira, perquire-se lançar um outro olhar, revelar novos dados e uma outra perspectiva do Direito Ambiental. Neste ponto, é digno mencionar que já no início da década de 90, Silva (1992) apontava que ainda não se fez uma teoria do Direito Ambiental. Esta afirmação não caiu na vagueza na atualidade. De fato, o estudo jurídico do Direito Ambiental revela-se mais frequentemente de cunho dogmático, sendo que ainda não se perfez no sentido de construir uma

⁶ Christian Guy Caubet (2006) referencia a sociedade atual como ultraliberal, no sentido de um estágio elevado do liberalismo econômico.

⁷ Entenda-se aqui por Teoria do Direito Ambiental no sentido de que uma teoria do direito é aquela que “pretenda construir um conjunto de conceitos unitários e sistemáticos e que busque responder sobre o que é, isto é, natureza, características, pressupostos e constrangimentos para o funcionamento da atividade e seus fundamentos (ou finalidade e função) e que se proponha a formulação de uma imagem conceitual” (FEITOSA, 2013, p. 11). O trabalho, assim, limita-se a construir uma imagem conceitual sobre o fundamento do Direito Ambiental com vistas em ressaltar a sua finalidade e função.

Teoria Geral do Direito Ambiental consolidada⁸. Aqui não se pretende ainda fazê-lo. A pretensão do trabalho é propor uma teoria do direito ambiental que ainda não promete ser geral, mas que aponta uma reflexão teórica do direito ambiental.

Do exposto, insta destacar que o trabalho, no âmbito das Ciências Jurídicas, situa-se no campo da Teoria do Direito, do Direito Ambiental e Direito de Águas, além de socorrer-se da Sociologia. Para tanto, o marco teórico abrange a perspectiva de Direito como Dominação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2003) e o significado de valor em Karl Marx (1996), cujas contribuições serão mencionadas no texto e referenciadas ao final do trabalho.

Numa visão global, a estruturação do trabalho inicia-se na seção 2 com uma descrição sobre o que é o Direito, apontando-se qual teoria será admitida na pesquisa; a seção 3 trata de uma descrição do Direito Ambiental como uma ciência dogmática do Direito e revela as prospecções para se estabelecer as bases de uma Teoria do Direito Ambiental e na seção 4 são expostas as considerações finais e a conclusão a que chega o pesquisador com o trabalho.

2 TEORIA DO DIREITO: DELIMITANDO OS PRESSUPOSTOS

Inicialmente, impede destacar que esta sessão destina-se a expor, com uma certa brevidade – tendo em vista que a tese central do trabalho não se destina a discutir as teorias do Direito – uma visão geral sobre a Teoria do Direito com o intuito de delimitar qual corrente teórica está-se admitindo, pois a depender da forma de conhecer o Direito que utiliza o pesquisador dar-se-á a análise e a interpretação. Sendo assim, esta sessão viabiliza que desde logo fique sabendo o leitor qual a visão do Direito está sendo adotada como pressuposto para se atingir o objetivo pretendido e para desenvolver uma possível resposta ao problema levantado.

Ipsa facto, utilizar-se-á aqui da teoria normativista, trazendo como representantes Hans Kelsen, Norberto Bobbio e Herbert Lionel Adolphus Hart; a

⁸ Existem trabalhos nesta perspectiva como o de Ricardo Lorenzetti (2010); Paulo de Bessa Antunes (2005); Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2014) que buscam consolidar o estudo da Teoria do Geral do Direito Ambiental.

teoria realista de Benjamin Cardozo e, por último, a tese de dominação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Estes autores foram escolhidos tendo em vista a notoriedade que possuem no campo da Teoria Geral do Direito.

O debate sobre o Direito no final do século XIX e início do século XX, até a atualidade, revela um período de profunda efervescência no modo de pensar este objeto do conhecimento, seja no plano filosófico seja no campo científico. Neste contexto, foram construídas – e ainda são – teorias as mais diversas sobre o que é o Direito, quais os valores do Direito e como conhecer o Direito.

No âmbito da filosofia, identificam-se três vieses fundamentais: a filosofia clássica, que se debruça sobre a ontologia, a qual busca a essência das coisas, perquirindo responder ao problema “o que é?”; a axiologia, que se ocupa do valor em sentido moral, com a ética, buscando respostas ao problema “quais os valores?”; e a gnosiologia, que trata da *gnosis*, ou seja, do conhecimento, procurando responder ao problema “quais as formas de conhecer?”.

Trazendo o tema para o plano gnosiológico-jurídico, tem-se que este se ocupa das formas de conhecer o Direito, relegando para a ciência do Direito a tarefa da busca de conhecer o Direito e de traçar o percurso metodológico para se conhecer esta ciência. Nesta ciência jurídica – ou ciência do Direito – destaca-se a Teoria Geral do Direito que impende ao jurista o dever de pesquisar e buscar compreender o Direito.

A Teoria Geral do Direito vem se caracterizando por dividir-se em três vertentes: a Teoria da Norma, que implica uma teoria das fontes do Direito; a Teoria da Interpretação, que implica uma teoria da argumentação jurídica; e a Teoria da Decisão, que implica uma teoria da adjudicação ou teoria do comportamento decisional.

Considerando a Teoria da Norma, tem-se a Teoria Pura do Direito do filósofo austríaco Hans Kelsen (1881-1973), na qual a ciência do Direito perfez um novo projeto jurídico-epistemológico, com a interpretação do Direito como norma posta – em oposição ao viés naturalista do Direito – em cuja perspectiva construiu-se um esforço metodológico no sentido de estabelecer as bases de uma teoria do Direito purificada dos *inputs* de outros ramos do conhecimento científico, purificada dos valores e da moral.

Desta feita, na visão kelseniana, o Direito consiste numa ordem e num sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade, que é uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Esta ordem coativa, aduz:

Uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral [...] Tal pretensão não significa que o Direito nada tenha a ver com a Moral e com a Justiça, que o conceito de Direito não caiba no conceito de bom [...] Se definimos Direito como norma, isto implica que o que é conforme ao-Direito (*das Rechtmässige*) é um bem [...] Isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral (KELSEN, 1998, p. 47).

Portanto, desta leitura, resta claro que o Direito, na teoria normativista em alusão, compreende-se como norma posta e que a discussão do Direito deve dar-se no âmbito da validade, que é um aspecto formal, no sentido de que será Direito aquilo que for emanção do ato de vontade geral e condicional do legislador ou do ato de vontade particular e incondicional do intérprete do Direito.

Não obstante as variadas e, diga-se, apressadas críticas feitas a esta visão kelseniana do Direito, notadamente a dos jusnaturalistas e a dos sociólogos, às quais foram combatidas pelo Kelsen mesmo, Bobbio (2008, p. 53), numa atitude de examinar as críticas mais ferrenhas à Teoria Pura do Direito e de apontar as fragilidades de cada uma delas, conclui que esta resiste a tais críticas e advoga uma perspectiva também normativista do Direito.

Norberto Bobbio (1909-2004), filósofo italiano, tendo contribuições nas áreas de Ciência política, Filosofia, Direito e Literatura Jurídica, define o Direito não como norma, mas como “um tipo de sistema normativo” (BOBBIO, 2011, p. 45), levando-se em conta que a norma jurídica só existe porque há um ordenamento jurídico ao qual ela corresponde e nele encontra a sua validade e a sua eficácia. Neste ponto, logo se percebe a sutil diferença entra o positivismo jurídico em Kelsen e em Bobbio: naquele o Direito é norma, neste o Direito é um sistema de normas; contudo, ambos definem o Direito a partir da norma, seja ela individuada seja ela tida em conjunto, daí serem autores da teoria normativista do Direito, à qual se reconhece a inegável e inafastável contribuição, ao tempo que se reconhece também a insuficiência da definição de Direito como norma ou

como sistema de normas para dar respostas ao que o Direito se destina a servir: ordenação da sociedade.

Ainda no viés do positivismo jurídico normativista, pode-se mencionar Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-2004), filósofo do Direito, nascido na Inglaterra, que teve sua atividade intelectual desenvolvida no campo do Direito e da Filosofia, para quem o Direito é uma “instituição social e política complexa, com uma vertente regida por regras (e, nesse sentido, <<normativa>>)” (HART, 2005, p. 301), cujas regras jurídicas possuem “conformidade com princípios morais ou com valores substantivos” (HART, 2005, p. 312), denotando um inclusivismo no Direito de valores e princípios morais que estão positivados, caracterizando-se, como ele mesmo se autodenomina, um positivista moderado.

A este viés normativista acrescenta-se uma outra visão do Direito, uma visão realista, aqui representada por Benjamin N. Cardozo (1870-1939), segundo a qual o Direito nasce das relações de fato que existem entre as coisas; a fonte dele está na utilidade social, na necessidade de que certas coisas resultem de determinadas hipóteses e a probabilidade mais forte de se encontrar o sentido deste objeto da ciência jurídica está nas exigências da vida social, cujo papel cabe primordialmente aos juízes, seja através da atribuição de sentido às normas, nas brechas e lacunas das fontes jurídicas, seja na criação de direito dirigido à utilidade social por meio do processo judicial (CARDOZO, 2004).

Este é o ponto em que começa a surgir uma perspectiva do Direito como dominação, uma vez que se ele deriva das exigências da vida social e se a vontade do legislador e do juiz devem ser dirigidas pelas necessidades da sociedade, tem-se que levar em consideração que as exigências sociais podem dirigir o processo de criação do Direito de forma manipulada, de forma induzida, conforme os interesses predominantes, tendo em vista que:

Lógica, costume, história, utilidade e os padrões aceitos de conduta correta são as forças que, isoladamente ou combinadas, configuram o progresso do Direito. Qual destas forças vai dominar em cada caso vai depender, em grande parte, da importância ou do valor comparativo dos interesses sociais que assim serão promovidos ou prejudicados. Um dos interesses sociais mais fundamentais é que a lei deve ser uniforme e imparcial. Não deve haver nada em sua ação que cheire a preconceito, favor ou mesmo capricho ou extravagância arbitrários. A uniformidade deixa de ser um bem quando se torna uma uniformidade de opressão (CARDOZO, 2004, p. 82).

Nesta perspectiva, observa-se que o Direito começa a aparecer com instrumento de dominação na sociedade, no sentido de que se o Direito é utilizado para favorecer um grupo por razões de lógica, de costume, histórica, de utilidade e de padrões de conduta, ocasiona uma ruptura com a uniformidade e imparcialidade esperadas e requeridas da norma e da decisão e esta ruptura pode dar-se no espectro da opressão e da dominação, seja em tempos de paz ou de guerra, em Estado Democrático ou Estado Ditatorial.

Nesta vertente, há que se colacionar a tese de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, jurista brasileiro nascido em 1941 que tem larga contribuição intelectual na Filosofia e nas Ciências Jurídicas e Sociais, de acordo com o quem o Direito, além de proteger a sociedade do poder arbitrário e de preservá-la da tirania ditatorial, “é também um instrumento manipulável que frustra as aspirações dos menos privilegiados e permite o uso de técnicas de controle e dominação que, por sua complexidade, é acessível apenas a uns poucos especialistas” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 32).

O autor antecitado toma como base para a sua teorização de direito como dominação o sentido de dominação cunhado por Max Weber em sua obra célebre *Economia e Sociedade* de 1921 na qual são descritos os três tipos de dominação.

Em Weber (1994, p. 33) “*dominação* é a probabilidade de encontrar obediência a uma ordem de determinado conteúdo, entre determinadas pessoas indicáveis” [grifo do autor], ou seja, obediência a ordens específicas dentro de determinado grupo de pessoas. Esta dominação tem que ter pretensão de legitimidade que seja “válida em grau relevante, consolide sua existência e determine, entre outros fatores, a natureza dos meios de dominação escolhidos” (WEBER, 1994, p. 140).

Os três tipos de dominação legítima retromencionados são: dominação legal de caráter racional, que se baseia na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que são nomeados para exercer essa dominação; dominação tradicional, que tem como base a crença nas tradições vigentes no decorrer da história e na legitimidade daqueles que representam a autoridade; dominação carismática, que fundamenta-se na veneração

extracotidiana da santidade, do poder heroico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas (WEBER, 1994, p. 141).

A tese de Ferraz Júnior (2003) de que o Direito é um instrumento manipulável por meio de técnicas e de dominação assenta-se na concepção da dominação legal, conforme a qual o todo direito pode ser estatuído por meio racional com o intuito de ser respeitado pelos dominados; o direito é um conjunto de regras abstratas normalmente estatuídas com determinadas intenções; quem obedece está obedecendo ao direito e não à pessoa do senhor que tem o poder de mando (WEBER, 1994, p. 142).

À via do que foi dito, no tocante à constituição de regras que revelam – ou ocultam – determinadas intenções, o direito como instrumento de dominação fundamenta-se no interesse de manutenção do *status quo* dos “segmentos hegemônicos da sociedade: ricos, brancos, homens, heterossexuais e outros. Em benefício da ordem social, são mantidas as desigualdades materiais que legitimam o exercício do poder opressor de alguns membros da sociedade sobre outros” (VIANNA, 2008, p. 120).

Ainda considere-se que, neste sentido, o Direito reflete as relações econômicas por intermédio das normas abstratas e também do processo criativo judicial que, por vezes, regulamentam estas relações consolidando o processo de dominação operacionalizado pelo projeto jurídico burguês.

Partindo deste pressuposto de Direito como instrumento de dominação social, política e econômica, institucionalizado por meio da autoridade e do poder do Estado através das instâncias jurídicas: norma e decisão judicial, para se ter uma tese de direito ambiental como subsistema de dominação urge demonstrar o viés fortemente econômico do direito ambiental, através da mercantilização dos recursos naturais e da positivação de interesses econômicos na exploração ambiental. Para tanto, utilizar-se-á como exemplo, por excelência ilustrativo, o microbem ambiental água, que foi erigido à categoria de mercadoria por meio da positivação do valor econômico previsto na Lei nº 9.433/97.

3 PARA ALÉM DO DIREITO AMBIENTAL COMO DISCIPLINA DOGMÁTICA: PROPOSTA DE UMA TEORIA DO DIREITO AMBIENTAL

O que é o direito ambiental? Qual o seu objeto de estudo? Quais os seus princípios? Quais os instrumentos de materialização? Quais os órgãos gestores? Quais as políticas ambientais? Qual a base legal do direito ambiental? Estes são questionamentos frequentemente levantados por estudiosos, pesquisadores e juristas do Direito, particularmente do Direito Ambiental. Esta literatura, em parte referenciada no trabalho, vem construindo na área jurídica um arrazoado em busca de solidificação do Direito Ambiental como uma disciplina dogmática acabada dentro da árvore do Direito Positivo.

Dogmática acabada no sentido de considerar certas premissas, em si e por si arbitrárias; no sentido de que trata de questões finitas, como aquelas descritas no início desta sessão; ainda no sentido de que ela constitui uma espécie de limitação, dentro da qual os juristas “podem explorar as diferentes combinações para a determinação operacional de comportamentos juridicamente possíveis” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 48).

Todavia, a investigação do Direito Ambiental carece ainda de um olhar crítico que se preste a assumir uma postura descritiva a partir da observação e interpretação. Carece de um olhar investigativo que pretenda uma teoria do direito ambiental, no sentido de buscar saber e de propor uma perspectiva teórica sobre qual finalidade e função e como tem sido utilizado o direito ambiental pela modernidade, para além de descrever os seus institutos dogmáticos.

Os institutos dogmáticos comuns aos manuais e cursos de Direito Ambiental costumam ser: conceito, princípios, objeto, base constitucional, bens ambientais, políticas ambientais e gestão, regime jurídico, responsabilidades em matéria ambiental, tutela processual, justiça ambiental, tutela internacional ambiental. Cabe, assim, à academia, no esteio da pesquisa científica, proceder ao estudo crítico de tais institutos, como vem sendo feito nas dissertações e teses desenvolvidas nos vários programas de pós-graduação das universidades brasileiras, bem como através dos periódicos especializados na área em alusão.

Para além do estudo destes institutos, é relevante realizar um estudo do direito ambiental numa visão macro e crítica no sentido de questionar e propor solução para o problema: qual o papel do direito ambiental na sociedade

moderna? Como a sociedade tem se apropriado do direito ambiental na modernidade? É em busca de solução a estes problemas interligados que o trabalho vem propor uma teoria do direito ambiental, esta orientada para descrever o fenômeno do direito ambiental na realidade jurídica brasileira.

Uma teoria do direito, quer seja geral ou específica, começa seu plano investigativo delimitando o seu objeto científico de estudo. Neste trabalho, este objeto é o direito ambiental, havendo a necessidade de defini-lo à luz da literatura pertinente para se passar a analisá-lo de forma crítica.

O Direito Ambiental, como objeto de conhecimento do Direito define-se como “o complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações” (MILARÉ, 2009, p. 815).

Ainda pode-se defini-lo como “conjunto de regras jurídicas de direito público que norteiam as atividades humanas, ora impondo limites, ora induzindo comportamentos por meio de instrumentos econômicos, com o objetivo de garantir que essas atividades não causem danos ao meio ambiente, impondo-se a responsabilização e as conseqüentes sanções aos transgressores dessas normas” (GRANZIERA, 2011, p. 6).

Acostando-se a esta noção de Direito Ambiental como indutor de comportamentos por meio de instrumentos econômicos, neste trabalho, admite-se como Direito Ambiental:

Um direito que tem por finalidade regular a apropriação econômica dos bens ambientais, de forma que ela se faça levando em consideração a sustentabilidade dos recursos, o desenvolvimento econômico e social, assegurando aos interessados a participação nas diretrizes a serem adotadas, bem como padrões adequados de saúde e renda (ANTUNES, 2005, p. 9).

Analisando os elementos comuns destas definições, pode-se extrair deles expressões como: normas-regras-direito; regulação de atividade humana; instrumentos econômicos; sustentabilidade. Ao que estas expressões indicam, parece o direito ambiental ter como finalidade a ordenação social no que tange a atividades de impacto econômico por meio da ordem jurídica com vistas à sustentabilidade.

Levando-se em consideração que esta seja uma visão um tanto quanto otimista, talvez até idealista – no sentido platônico de pertencer ao mundo das ideias –, aproveita-se a frase significativa da terceira definição quando aduz que o direito ambiental *tem por finalidade regular a apropriação econômica dos bens ambientais* [grifos nossos]. Esta é a base, o ponto de partida para se analisar criticamente o direito ambiental e propor uma teoria do direito ambiental como instrumento de dominação e poder.

De fato, reconhece-se como inegável que o direito ambiental tem como finalidade regular a apropriação econômica de bens ambientais, porém, não se considera aqui que isto se dê de forma orientada para a sustentabilidade, para o desenvolvimento social ou para serem adotados padrões adequados de saúde e renda. Considera-se, outrossim, que o direito ambiental regula a apropriação econômica de bens ambientais em decorrência do poder e da dominação legal que exerce a elite econômica que o utiliza como instrumento de manipulação para operacionalizar o crescimento econômico, o lucro e o acúmulo de riqueza através da exploração dos bens ambientais que se tornam recursos por meio do trabalho, da produção, da mercantilização e da circulação de mercadoria.

A isto, cognomina-se de direito do ambiente negociado, que significa que os meios econômicos e os poderes públicos, em regime de contratos, esperando cada um tirar o maior benefício possível, apelam a modos alternativos de regulação do ambiente, cujo cruzamento propicia um direito ambiental negociado de formas múltiplas em que “tratar-se-á de negociar o próprio conteúdo da regra, muito antes da sua publicação formal em édito [...] É a um feixe de necessidades diferentes e, por vezes opostas, que ele responde” (OST, 1995, p. 133).

Isto se vivifica ao se analisar a valoração econômica do objeto tutelado juridicamente pelo direito ambiental: o meio ambiente ou os bens ambientais. Neste esteio, em primeiro lugar, diga-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 170, determina que a defesa do meio ambiente é um dos princípios da atividade econômica. Interessante notar que os princípios da Ordem Econômica constitucional brasileira assentam-se na valorização social do trabalho humano, valorização social da livre iniciativa e valorização social da livre concorrência, mas não se perfaz na valorização social

do meio ambiente, ao contrário, pauta-se na defesa do meio ambiente como um mosaico de elementos com finalidade de exploração econômica, conforme se verá a seguir.

Além desta previsão constitucional, no que tange à legislação infra, tem-se que a Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981 que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, em dispositivos diversos, consagrou o “perfil econômico” (D’ISEP, 2009, p. 147) desta política ambiental e, conseqüentemente, da proteção jurídica do meio ambiente com tal perfil.

Como exemplo, mencione-se que o artigo 3º desta lei define “a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora” como recursos ambientais, denotando que interpreta os “elementos setoriais do meio ambiente” (SILVA, 1992, p. 54) como recursos, como objetos de exploração econômica. Os bens ambientais considerados *de per se* não possuem destinação econômica; no entanto, quando são alçados à categoria de recursos é que ostentam esta finalidade (GRANZIERA, 2001; POMPEU, 2006). É destes – recursos ambientais – que se ocupa a tutela jurídica ambiental brasileira, já revelando a valoração econômica do meio ambiente e a utilização do direito ambiental como um instrumento de dominação da elite econômica.

Conformando-se a previsão normativa acima com a literatura pertinente, admite-se que a legislação protetora do macrobem ambiental “toma como objeto de proteção, não tanto o ambiente globalmente considerado, mas *dimensões setoriais*”, tais como solo, patrimônio florestal, fauna, ar atmosférico, água, sossego auditivo, paisagem visual (SILVA, 1992, p. 54).

Torna-se, assim, oportuno consignar que o direito ambiental setoriza-se por meio das políticas a ele relacionadas: política da biodiversidade, dos recursos hídricos, da poluição sonora, visual e atmosférica, de resíduos sólidos, de agrotóxicos, de atividades nucleares, do patrimônio genético (FIORILLO, 2012), além de política da educação ambiental, urbana, de saneamento básico, do desenvolvimento sustentável dos povos e comunidades tradicionais.

Dentro deste mosaico de políticas setoriais da macropolítica ambiental, uma que se pode colacionar neste trabalho, vez que se relaciona intimamente

com a do meio ambiente, é a Política Nacional de Recursos Hídricos, instituída pela Lei nº 9.433 de 8 de janeiro de 1997. Esta, numa visão global, ancora-se na seguinte estrutura: Título I que estabelece os fundamentos, os objetivos, as diretrizes gerais de ação e os instrumentos da gestão hídrica; Título II, que contempla os objetivos e a composição do sistema de gerenciamento, bem como dos órgãos incumbidos de executar a política hídrica; ao final, nos Títulos III e IV a lei em comento prevê infrações e penalidades e disposições gerais e transitórias, respectivamente.

Esta lei cuida de estabelecer a política pública da gestão dos recursos hídricos no Brasil, da qual destaca-se, para os fins a que se destina o trabalho, o fundamento segundo o qual “a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico” (ART. 1º, II). Esta valoração da água tem merecido ampla atenção científica desde a sua implementação. Produções acadêmicas de vários campos do conhecimento tem se debruçado sobre o tema, exemplificativamente a Economia, a Sociologia, a Engenharia Civil, a Administração, o Direito. Nestas tem se percebido uma tendência a aceitação e conformação com a valoração econômica da água e, inclusive, tem-se defendido que esta valoração constitui um mecanismo econômico de forte influência na democratização do direito de acesso à água (D’ISEP, 2010).

Obstante a esta visão, interpreta-se aqui que a valoração econômica da água estabelecida na política pública de gestão hídrica mostra-se como um fator central no processo de dominação da elite econômica brasileira por meio da apropriação econômica dos recursos naturais, neste caso, da água.

A política hídrica foi implementada no Brasil na década de 90, num cenário político, econômico, social e ambiental de grande complexidade, revelando profundas desigualdades sociais e estagnação econômica (SACHS, 2003), depleção do meio ambiente natural, internalização da tendência mundial à mercantilização dos espaços da vida social, em especial através do discurso ambientalista, e dos recursos naturais, destacando-se, neste íterim, a água (QUERMES, 2006).

Neste sentido, o modelo de tutela jurídica da água, implementado numa década de influência ultraliberal (CAUBET, 2006), revela-se marcado pelos

“mecanismos de mercado” (SILVA, 2010, p. 145), com “elementos claros de regulação econômica voltados para a formação de um mercado de águas” (NETO, 2009, p. 57) dentre os quais o valor econômico da água, a cobrança pelo uso dos recursos hídricos e a outorga pelos direitos de uso dos recursos hídricos. Para compreensão desta perspectiva, basta considerar o significado da palavra valor quando utilizado no contexto econômico.

Um bem, um item qualquer, uma mercadoria, no que atine ao seu valor possui valor de uso e valor de troca (ARISTÓTELES, 1985). Trabalhando este duplo aspecto Marx (1996, p. 57-58) afirmou que:

O valor de uso só tem valor para uso, e se efetiva apenas no processo de consumo [...] O mesmo valor de uso pode ser utilizado de modos diversos [...] Ainda que seja objeto de necessidades sociais, e estar, por isso, em contexto social, o valor de uso, contudo, não expressa nenhuma relação social de produção [...] Os valores de uso são imediatamente meios de subsistência.

Com base nesta elucidação sobre o primeiro aspecto de um bem, de um item ou de uma mercadoria e trazendo para a realidade dos bens ambientais, particularmente da água, observa-se que ela possui uma gama variada, talvez até infinita, de usos, de significados, de utilidade: dessedentação, hidratação, higienização, relaxamento; fins medicinais, recreação, embelezamento, simbolismo religioso, manifestação cultural. Veja-se que a água pode ter valor de uso nas celebrações religiosas como batismo na profissão de fé cristã; pode ter valor de uso recreativo como nos banhos de rios, açudes, mar, piscinas; pode ter valor de uso medicinal no intuito de evitar uma desidratação; pode ter valor de uso de sobrevivência no caso da dessedentação; pode ter valor de uso cultural como no caso das comunidades indígenas para quem a água tem sentido divinizado; e por aí vão aspectos qualitativos e quantitativos do valor de uso da água.

Além deste, um bem ou mercadoria também possui valor de troca, ainda conforme Marx (1996, p. 57) que preleciona:

O valor de uso é diretamente a base material onde se apresenta uma relação econômica determinada – *o valor de troca*. O valor de troca aparece primeiramente como *relação quantitativa*, em que valores de uso são trocáveis entre si. Totalmente indiferente, portanto, ao seu modo natural de existência, e sem consideração à natureza específica da necessidade para a qual são valores de uso, as mercadorias cobrem-se umas às outras em quantidades determinadas, substituem-se entre si na troca.

Nesta perspectiva apontada por Marx, o bem ambiental, *in casu*, a água, ao possuir valor de troca transforma-se em recurso hídrico e passa a ter valor econômico, no sentido de que passa a ser um objeto negociável através da troca com outro valor de troca, no caso, a moeda, na quantidade correspondente de acordo com as regras de política econômica.

Ostentando valor de troca, a água torna-se uma mercadoria como outra qualquer, apropriável pelo sujeito que detiver a correlata quantidade de moeda que possibilita e viabiliza o mercado e a circulação da mercadoria e da riqueza que em torno dela se acumula. Em virtude disso, o valor da água implicado na norma protetiva não inclui o custo da saúde, o custo da recreação, os impactos sobre terceiros e os valores ecológicos (CECH, 2013).

Este é o aspecto exaltado pela política pública da água, em melhores termos, pela política de gestão dos recursos hídricos, ao imbricar à água o valor econômico, assumindo a posição “economicoideológica”(NETO, 2009, p. 57) do Estado brasileiro de valoração econômica do microbem ambiental água através da força impositiva da norma na qual fica tutelável juridicamente o valor de troca da água.

É neste ponto que se coloca a questão crítica: quem ou quais sujeitos podem operacionalizar o valor econômico do bem ambiental, da água, por exemplo? Não resta dúvidas de que quem pode suportar o aspecto do valor de troca da água, como de qualquer outro bem ambiental, é a elite econômica e que a previsão normativa deste valor confere poder e dominação a este segmento social, dado o caráter impositivo do direito.

Assim, como se vê, o projeto jurídico burguês ocultado nas tacanhas normas econômicas do direito ambiental configura-se na valoração econômica do meio ambiente, como de todos os seus elementos setoriais, através de um sistema de abstrações que se qualifica como forma de dominação, tendo em vista que tais abstrações possuem coesão no direito positivo, o qual, para De Giorgi “*es un sistema construído por uma estrutura en la que, a través de procesos*

*regulados, se aíslan determinadas formas del actuar y se fijan como válidas*⁹” (1998, p. 18). Ante esta noção do direito positivo:

Confirma-se o facto de que o direito do ambiente é um instrumento nas mãos dos decisores, mais do que um utensílio de salvaguarda da natureza [...] Finalmente, longe de impor um estatuto de conjunto das espécies e dos espaços naturais, que seria o garante da sua salvaguarda quantitativa e qualitativa, o direito do ambiente parece esforçar-se por retalhar os espaços em inúmeras zonas distintas e segmentar os recursos em múltiplos regimes particulares, às quais é oferecido um quadro jurídico complacente, que não censura em definitivo senão os abusos manifestos (OST, 1995, p. 129).

O Direito Ambiental, portanto, é um processo de decisão, de seleção e de escolhas, ligadas ao possível e ao tempo, definida por um processo formal que lhe confere validade e conseqüentemente existência e que coaduna um jogo de interesses econômicos no qual, em matéria de valor de troca, vence quem detém os meios para instrumentalizar este aspecto do valor da mercadoria.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, no debate empreendido sobre a função do Direito Ambiental e da sua utilização pela sociedade moderna verificou-se que a discussão sobre a apropriação econômica dos bens ambientais alçada à categoria de norma, seja ela geral ou individual, revela o Direito Ambiental como um instrumento de dominação do segmento social detentor do poderio econômico bastante e suficiente para tornar possível e operável, do ponto de vista de produção e circulação, a valoração econômica dos bens ambientais no que tange ao seu valor de troca.

A reflexão sobre esta característica do Direito Ambiental denota-se de relevo científico-social no sentido de que desnuda interesses sociais, seja político ou econômico, por vezes explícitos e por vezes ocultados pela cortina da finalidade teleológica do Direito e, primordialmente, pela interpretação que costumeiramente se dá ao espírito da tecnologia jurídica ambiental.

A análise realizada através da afirmação individual do valor econômico da água contida na Lei nº 9.443/97 permitiu chegar-se a constatar que o Direito

⁹ Tradução livre: “É um sistema constituído por uma estrutura na qual, através de processos regulados, são isoladas e fixadas como válidas determinadas formas de ação”.

Ambiental é utilizado pela sociedade moderna como um instrumento de dominação, pois como política geral de regulamentação e gestão do meio ambiente no qual está inserida a água, embora ela seja tutelada por um sub-ramo que busca autonomia, chamado Direito de Águas, ao Direito Ambiental é correlata e, portanto, serviu aos fins a que se destinou esta investigação.

Verificou-se, ante os resultados da pesquisa, que sendo o Direito Ambiental um instrumento de dominação de uma elite econômica, este ramo jurídico reclama uma interpretação que favoreça os interesses dos menos privilegiados; carece de um olhar do aplicador do Direito que realize um processo de criação por meio da interpretação do Direito Ambiental e das suas normas de regulação da apropriação econômica dos bens ambientais no sentido de considerar a finalidade social e possa ser transformadora no que tange ao impacto social que advém do processo judicial e do trabalho das mãos dos juízes.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, P. de B. **Direito ambiental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: UnB, 1985.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 jul. 2014.

_____. **Lei Federal nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L9433.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

BOBBIO, N. **Direito e poder**. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: EDIPRO, 2011.

CARDOZO, B. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na universidade de Yale. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CAUBET, C. G. **A água, a lei, a política e o meio ambiente?** 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

CECH, T. V. **Recursos hídricos**: história, desenvolvimento, política e gestão. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

DE GIORGI, R. **Ciência del derecho y legitimación**. Colección Teoría Social. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1998.

DIAS, R. **Ciência política**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

D'ISEP, C. F. M. **Água juridicamente sustentável**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FEITOSA, E. De como o marxismo lida com a relação entre prescrição e descrição do mundo e as demandas por sua transformação: a filosofia da práxis e os interesses em conflito na atividade do jurista diante da tensão entre interpretar e /ou transformar o mundo. In: **Encontro Internacional do GT da ANPOF “Ética e Cidadania”**. dez. 2013. Faculdade de Direito da UFPEL.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação / Tercio Sampaio Ferraz Junior. 4. ed. São Paulo : Atlas, 2003.

FIORILLO, C. A. P. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRANZIERA, M. L. M. **Direito de águas**: disciplina jurídica das águas doces. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Direito ambiental**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LORENZETTI, R. L. **Teoria geral do direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARX, K. Do capital. In: **Série Os Pensadores**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

MILARÉ, É. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MORATO LEITE, J. R.; AYALA, P. de A. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial – teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NETO, D. D. de M. **A natureza jurídica da cobrança do uso dos recursos hídricos: taxa ou preço público?** Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador-BA. 2009. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufba.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2144>. Acesso em: 18 jul. 2014.

OST, F. **A natureza à margem da lei.** Lisboa, Instituto Piaget, 1995.

POMPEU, C. T. **Direito de águas no Brasil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

QUERMES, P. A. de A. **Contradições nos processos de participação cidadã na política nacional de recursos hídricos no Brasil: análise da experiência dos comitês de bacia.** Tese (Programa de Pós-Graduação em Política Social) – Universidade de Brasília, Brasília-DF. 2006.

SACHS, I. **Inclusão Social pelo Trabalho: desenvolvimento humano, trabalho decente e futuro dos empreendedores de pequeno porte.** Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

SARLET, I. W; FENSTERSEIFER, T. **Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral.** São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, J. A. da. **Direito Ambiental Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, J. B. **As tramas da questão hídrica: uma análise da transformação da água num bem público dotado de valor econômico e dos comitês de bacia hidrográfica no Brasil.** Tese (Programa de Pós-Graduação em Sociologia) – Universidade Federal da Paraíba. Paraíba, 2010.

VIANNA, T. L. Teoria quântica do direito: o direito como instrumento de dominação e resistência. In: **Prisma Jurídico - Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal** Sistema de Información Científica V. 7. N. 1. Enero-junio. 2008. pp. 109-129. Universidade Nove de Julho, Brasil. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/934/93412617008.pdf>>. Acesso: 25 jul. 2014.

WEBER, M. **Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva.** v. 1. 3. ed. Brasília: UnB, 1994.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

**GT – MEDIAÇÃO, JUSTIÇA RESTAURATIVA E
DIFERENTES FORMAS DE ADMINISTRAÇÃO DE
CONFLITOS**

CANOAS, 2015

PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO: GESTÃO TECNOLÓGICA DE CONFLITOS

José Antonio Callegari

Marcelo Pereira de Mello

RESUMO: Apresentamos algumas reflexões sobre o uso da tecnologia digital na Justiça brasileira. As mudanças estruturais estão alinhadas com o modelo de administração gerencial desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça nos últimos anos. Neste contexto, o Processo Judicial Eletrônico representa um novo tipo de divisão do trabalho judiciário com tensões que podem surgir entre os interesses da administração controladora, juízes e servidores controlados, advogados e cidadãos como os usuários do sistema. Temos a intenção de discutir a forma de acesso a um serviço judiciário produtivo, comprometido e socialmente inclusivo. Como observador participante, atuamos diretamente em um tribunal, acompanhando todas as etapas da implantação do processo digital. A tecnologia está sendo desenvolvida com algumas dificuldades operacionais, que marcam uma ruptura de paradigmas com fortes repercussões no Sistema de Justiça. Dadas as externalidades do processo judicial eletrônico, consideramos importante dialogar com os nossos colegas sobre as perspectivas desta nova forma de acesso à Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Processo judicial eletrônico, gestão, acesso à Justiça, inclusão social.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos últimos anos, vem crescendo exponencialmente a litigiosidade em sociedades marcadas por alta complexidade sistêmica. Não há consenso nos discursos econômico, político, administrativo e judicial. As situações contingentes, associadas aos riscos criados em sociedades desiguais, geram situações conflitivas que são levadas ao Poder Judiciário onde a burocracia tradicional compromete uma prestação jurisdicional de qualidade. Modelos teóricos e práticas empíricas sucedem-se sem alterar significativamente o estado de coisas. A perplexidade diante da ineficiência operacional do sistema judiciário, a sensação de impotência e de impunidade amplificam a frustração do

cidadão, duplamente oprimido: a uma, pela lesão jurídica sofrida; a duas, pela perpetuação do sofrimento no tortuoso caminho da burocracia processual. No Brasil, assistimos uma nova iniciativa de aperfeiçoamento do sistema judiciário, através de implantação do Processo Judicial Eletrônico. Com base em observações do cotidiano desta experiência digital e com apoio em algumas matrizes da sociologia jurídica, convidamos o leitor a refletir sobre as possibilidades desta nova ferramenta de trabalho judiciário. Elegemos a Justiça do Trabalho brasileira como nosso campo de observação, particularmente o Tribunal Regional do Trabalho, localizado no Rio de Janeiro. Ao final, propomos algumas reflexões pertinentes a este novo modelo de divisão do trabalho na Justiça brasileira.

2 A NOVA ESFERA PÚBLICA

A nova competência da Justiça do Trabalho ultrapassou os limites da relação de emprego normatizada na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e em legislação extravagante vigente no Brasil. Neste sentido, o estudo amplo das relações de produção sugere incursões também no trabalho organizado no setor público. Diante da mudança estrutural da esfera pública judiciária (HABERMAS, 2003), constatamos que o trabalho nela executado vem sofrendo progressivas transformações, tais como: implementação do Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho (PJe-JT), supressão e otimização de rotinas nos órgãos judiciários, formação e aperfeiçoamento continuado de seus quadros, aumento da intensidade do trabalho, etc. As estratégias, adotadas verticalmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), materializam-se em trabalhos prescritos que nem sempre são executados segundo o planejamento estratégico imposto verticalmente. Isto porque entre o prescrito e o real existe um hiato correspondente à história de vida de cada ator, cultura organizacional e ambiente no qual as normas nacionalmente padronizadas devem ser executadas. Sem contar que processos de mudanças demandam tempo e, por vezes, resistências legítimas, como se dá quando os juízes defendem seu poder de direção processual. Cada vez mais, atos administrativos de Corregedorias e do CNJ

afetam os poderes de direção processual da magistratura, ferindo competências fixadas constitucionalmente e, por via reflexa, o princípio do juiz natural.

Emerge daí uma grave tensão. Como conciliar a legítima atuação do CNJ e demais órgãos de controle com as prerrogativas da magistratura concebidas como garantias dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito? No contexto da globalização, cujos efeitos práticos se tornam mais evidentes nas décadas de 80 e 90, os Estados nacionais tiveram que promover adaptações e transformações em sua estrutura administrativa. Dentre as urgentes demandas de ajuste da governabilidade, impunha-se tratar da questão referente ao tamanho do Estado. Assim, as reformas que se seguiram no Brasil não significavam tão somente o desmantelamento da máquina administrativa. Representavam, em tese, o abandono de posições refratárias da racionalidade burocrática consolidada. Percebe-se de imediato que o termo reforma do Estado, proposto no Governo Cardoso, é mais amplo do que a simples reforma de Governo, praticada rotineiramente a cada ciclo eleitoral. A pretensão reformista tinha como propósito modificar as estruturas fundamentais do Estado, como síntese da sociedade politicamente organizada, irradiando efeitos para todos os subsistemas sociais.

A nova configuração administrativa, assim implantada, procurava efetivar os seguintes princípios constitucionais: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O texto das Emendas 19 e 45 indicam que o Governo Cardoso implementou um novo paradigma na gestão pública brasileira: modelo gerencial e gestão participativa. A respeito deste paradigma, ofertaram-se ao usuário os seguintes mecanismos de atuação: reclamação, assegurada a manutenção de serviços de atendimento e avaliação periódica da qualidade dos serviços; acesso a registros administrativos e a informações sobre atos de governo e representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função pública.

Resta saber como ordenar o trabalho judiciário neste contexto de mudanças de paradigmas de gestão. Equilibrar a equação entre celeridade X segurança jurídica, produtividade X dignidade dos trabalhadores, controle externo X garantias constitucionais tem se mostrado o grande desafio da “Nova Administração Pública Judiciária”.

3 NOVAS TECNOLOGIAS DE GESTÃO E TRABALHO JUDICIÁRIO

As mudanças implementadas por Emendas Constitucionais não provocaram somente uma alteração no texto constitucional brasileiro. Elas dinamizaram mudanças concretas nas instituições judiciárias. No plano constitucional, criou-se o Conselho Nacional de Justiça como órgão central do Sistema, com atribuições administrativas e correccionais. Houve significativa alteração da competência da Justiça do Trabalho. Além disto, foram instalados Conselhos Superiores de Justiça. O modelo de gestão gerencial ingressou definitivamente neste subsistema social.

Não podemos esquecer o princípio da razoável duração do processo, e a possibilidade de delegação de atos judiciais não decisórios como indicativos da nova gestão judiciária em curso. Estes vetores de gestão, dentre outros, passaram a influenciar diretamente a organização e divisão do trabalho, implicando aumento de sua intensidade para juízes e servidores.

Importante fator para a aceleração de tais mudanças, sem dúvida alguma, é a consolidação de uma sociedade complexa (GIDDENS, 1991) que dialoga e trabalha em rede (CASTELLS, 2011). Nem mesmo os mais refratários setores da Administração Pública quedaram-se imunes aos efeitos da informatização. Até mesmo o processo ganhou ares digitais. No início, somente os atos de tramitação processual eram registrados no computador. Conviviam na mesma ambiência uma realidade virtual e outra realidade de processos “manufaturados”. Mas, isto aos poucos vai se tornando coisa do passado. O processo judicial eletrônico (PJe-JT) já é uma realidade em fase de progressiva implantação. Gradualmente, a racionalidade burocrática (WEBER, 2004) cede espaço para uma racionalidade virtual, comprometida, em tese, com a eficiência e a razoável duração do processo. No entanto, ainda hoje, não se dispõe de um sistema que interligue todos os tribunais do país. Isto porque a construção de um sistema desta magnitude é complexa e custosa. Ainda sofremos com alguns entraves para a consecução de um projeto de comunicação virtual como proposto no PJe-JT: ausência de um corpo técnico; terceirização de mão-de-obra; custo elevado de implantação do sistema; alto custo operacional e de manutenção; investimento

elevado para capacitação e atualização permanente de juízes e servidores; falta de um padrão na linguagem jurídica, administrativa e informacional; etc. Mesmo assim, o processo judicial eletrônico vai se tornando uma realidade concreta, implicando uma nova maneira de se instaurar, instruir e julgar os processos judiciais.

Inegavelmente, o processo judicial eletrônico representa um profundo impacto de gestão no Poder Judiciário. No plano ambiental, ocorrerá a supressão dos documentos materializados em toneladas de papéis. Haverá redução de gastos com a logística de arquivamento e incineração dos autos finalizados. Quanto à gestão técnica, o processo digital representará o fim de várias tarefas que ocupam os juízes e servidores, tais como: furar e carimbar folhas de papel; assinar folha a folha para identificar quem praticou o ato processual; transportar pilhas de autos de processo para os gabinetes dos juízes; abri-los, marcando as folhas onde os magistrados devem assinar atos de sua incumbência; retirar centenas de autos dos gabinetes, depois de assinados os atos judiciais; lançar no sistema a localização de cada processo; depositar cada um deles em arquivos de aço onde deverão aguardar que outro servidor venha pegá-los para executar outra tarefa e dar início a todo o ritual já descrito, numa sequência de atos que se repete com o tédio das tarefas mecanizadas. A isto a voz comum dos fóruns chama “enxugar gelo”.

Mas, seria o processo judicial eletrônico o fim da racionalidade burocrática weberiana? Seria a redenção do homem diante da técnica libertadora? Ou se apresenta agora uma nova forma de controle e dominação do trabalhador judiciário em virtude da “onipresença, onipotência e onisciência” do grande irmão e observador sistêmico?

Se por um lado o trabalho informatizado representará a supressão de rotinas burocráticas mecanizadas, otimizando a realização de tarefas, há que se dar ênfase a um efeito perverso da informatização no meio ambiente laboral: supressão do tempo livre, intensificação do trabalho, assédio institucional, isolamento; lesão por esforço repetitivo; doenças emocionais, e tantas outras moléstias ocupacionais.

Note-se que a invasão de privacidade tem sido uma característica da sociedade em rede. Não é porque o trabalhador se encontra em determinado espaço público, institucional ou não, que a sua esfera íntima pode ser violada. Pelo contrário, é na esfera pública que mais se devem oferecer garantias de respeito a este direito fundamental da pessoa humana.

Muito se discute os limites éticos e morais do poder de direção do empregador, diante das crescentes violações dos direitos fundamentais dos empregados. O mesmo se aplica à relação dos servidores públicos com o Estado. Não é a natureza do vínculo de trabalho que amplia ou restringe as proteções da pessoa humana. Normas de proteção de direitos fundamentais são aplicadas em favor da pessoa por força de sua dignidade existencial, como um fim em si mesma. O acoplamento do trabalhador ao sistema informatizado não implica, por conta disto, redução de sua dignidade existencial. O risco de violação da esfera íntima do trabalhador se dramatiza quando ele se encontra sozinho diante do computador, sob o olhar do Leviatã informatizado. As questões que podem surgir neste contexto são de ordem administrativa, jurídica, social, ética, moral e de saúde pública.

Note-se, por exemplo, o que ocorre com a supressão das horas livres do trabalhador do Judiciário. É inquestionável que o tempo destinado ao trabalho vem se deslocando progressivamente para a esfera privada domiciliar. O pior é que esse deslocamento para o âmbito privado domiciliar não se dá mediante compensação de jornada de trabalho. Em casa, o tempo dedicado ao trabalho tende a ser mais intenso porque o sistema de monitoramento eletrônico cobra dele maior produtividade. O fato é que isso pode também ser percebido na atividade dos juízes que rotineiramente levam centenas de processos para despachar e julgar em casa. Casos existem de relações conjugais atribuladas e desfeitas por causa da supressão do tempo destes profissionais em sua esfera privada domiciliar.

Comum também são os servidores, que trabalham como assistentes de juízes ou votantes em Turmas, executarem tarefas na esfera pública profissional e na esfera privada domiciliar, sentindo-se constantemente em ambiente de

trabalho. Poderíamos sugerir que se trata de um tipo de serviço conglobante que envolve até mesmo a família do trabalhador.

Mas, outro efeito nocivo deve ser considerado. A supressão de tarefas diante da crescente informatização do trabalho judiciário não implica aumento do tempo livre dos trabalhadores. Pelo contrário, para cada supressão de tarefa mecânica, vão se criando várias rotinas virtuais com alto grau de complexidade. Isso porque o sistema de informática ainda é muito primário e não consegue oferecer ao usuário trabalho com menos tarefas e rotinas descomplicadas. Não é raro haver incompatibilidade entre a linguagem dos profissionais de informática e dos juristas. Os técnicos informatizados, desconhecendo a linguagem jurídica, geram tarefas incompatíveis com regras processuais fixadas por lei. Piorando o cenário comunicativo, dois sistemas de linguagens técnicas conflitam em um mesmo ambiente: o “juridiquês” e o “informatiquês”, quando não agravado pela ingerência do “administrativês”.

Na prática, observa-se que juízes e servidores, ao chegarem aos seus postos de trabalho, gastam alguns segundos logando-se no sistema, quer dizer, conectando-se ao computador em rede. Dessa forma, seu tempo de trabalho já está sendo monitorado, bem como todas as tarefas desempenhadas. Estas, diga-se, são rastreadas, sendo permitidos somente acessos a sites e páginas autorizadas. Muitas das vezes, ouvimos depoimentos de servidores que desejam acessar páginas do Governo Federal e não conseguem porque são bloqueados pelo moderador. Neste caso, o próprio sistema prejudica a celeridade e a eficiência do serviço prestado.

Outro relato que temos ouvido em observação de campo é quanto ao tempo gasto na execução de tarefas no computador. Tudo porque a velocidade na sua execução não depende somente da destreza do servidor, e sim da velocidade com que se dá o processamento de dados na central de informática. Quando o sistema está muito lento, a velocidade na execução das tarefas diminui e conseqüentemente o rendimento do operador. No entanto, essa falha sistêmica não é computada na ocasião em que são elaborados os relatórios de produtividade. Aqui se nota um grave erro sistêmico que compromete a fidelidade dos mapas estatísticos do tipo Justiça em Números. Se uma variável não é

considerada, a variação percebida não representa a realidade observada, comprometendo o esforço de gestão que também ocorre nas unidades menores do Poder Judiciário.

Outra disfunção a ser considerada diante da intensificação do trabalho diz respeito ao aumento da delegação de atos judiciais; diminuição da qualidade dos despachos e decisões proferidas nos processos; aumento da produtividade acrítica; esgotamento físico e mental; cinismo e hipocrisia; desilusão; racionalidade instrumental reversa; doenças ocupacionais e profissionais; etc. É certo e legítimo que os juízes podem delegar atos não decisórios, com fundamento em permissivo constitucional e no seu amplo poder de direção processual. No entanto, não é qualquer ato que pode ou deve ser delegado. Não por causa da sua qualidade do ato a ser praticado pelo servidor, mas porque o cidadão espera que as questões relativas ao seu destino no processo sejam apreciadas por quem está legitimado para tanto: o juiz natural.

Visto que as causas judiciais são consideradas segundo a sua repercussão geral, aspectos como relevância econômica e social dos bens em questão devem orientar o juiz quanto aos limites da delegação dos atos a serem praticados no processo. Em determinadas situações, um ato formalmente delegável mostra-se substancialmente indelegável. Cremos que se trata de uma questão de poder discricionário do juiz, a merecer acurado senso de oportunidade e conveniência no momento de sua delegação. O que pretendemos sugerir é que, na prática, a intensificação do trabalho judiciário, com a proliferação de tarefas, tende a provocar uma racionalidade instrumental reversa. Se o empregado possui o direito de resistência em face de condutas abusivas do seu empregador, pode-se intuir que trabalhadores do Poder Judiciário, premidos pelo aumento da carga e intensidade do trabalho, desenvolvam uma racionalidade instrumental como forma de resistência legítima.

Note-se, por exemplo, que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o Código de Processo Civil e a Constituição Federal delimitam objetivamente as competências e atribuições de juízes e servidores. O artigo 765 da CLT, por exemplo, concede ao juiz amplos poderes de direção do processo. No entanto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e as Corregedorias estão editando atos

administrativos, sugerindo com isso interesse em monitorar e controlar a produção do trabalho judiciário. O gigantismo dos números de atos administrativos dessa natureza vem provocando colisões constantes com normas legais e constitucionais. Não se trata somente de violação da hierarquia normativa, mas, sobretudo, de afronta a garantias constitucionais da pessoa humana.

Na prática, as atribuições dos juízes e servidores são fixadas pela Constituição, leis e atos administrativos. Nesse particular, as presidências dos tribunais, Corregedorias e CNJ editam atos administrativos com o propósito de definir atribuições, tais como: a ativação de Bacen-Jud , pesquisa de contrato social na Junta Comercial, pesquisas no sistema de dados da Receita Federal e do Departamento Nacional de Trânsito (Detran); restrição ao arquivamento dos autos do processo; normatização a respeito dos atos de execução, muitas vezes em confronto com normas processuais, etc. A atenção do juiz e dos servidores vai se deslocando gradualmente do eixo jurídico (material, processual e constitucional) para o eixo da gestão administrativa. Em face do estado de subordinação, presente no sistema de hierarquia piramidal, resta-lhes cumprir as determinações impostas verticalmente, com sérios prejuízos para a ordem democrática, jurisdicionados e do próprio Poder Judiciário.

No desdobramento desse quadro, é que pode surgir uma forma de assédio moral institucional. Sim, muitas das vezes o estabelecimento de metas e resultados funciona como poderosa ferramenta de gestão cujo efeito simbólico é expor o trabalhador a situações vexatórias. Para termos uma ideia, o CNJ instaurou um sistema de monitoramento em tempo real do trabalho judiciário. Trata-se do processômetro. Funciona como um relógio digital que marca a cada segundo o desempenho de juízes em todo o Brasil. Nele, são lançadas informações referentes à produção de juízes das mais variadas competências, lotados em comarcas com realidades distintas. Em um cenário heterogêneo, como fazer análise correta do trabalho, monitorado por meio de dados estatísticos homogeneizadores? Imagine-se a situação de um juiz trabalhista lotado em uma vara da capital do Rio de Janeiro e outro lotado em uma vara do interior do mesmo Estado. Como não considerar diferenças substanciais que impactam a

produção de cada um deles, tais como: complexidade da causa, densidade demográfica e grau de litigiosidade na comarca?

O que se espera de um sistema moderno de produção judiciária é que as tensões decorrentes da transição de um modelo de produção manufaturado para outro informacional sejam superadas em benefício de todos. Espera-se que o controle do trabalho sirva para monitorar reais disfunções sistêmicas, sendo aceitos com naturalidade.

O que se deseja é a construção de um ambiente laboral solidário e sem ressentimentos, onde juízes, servidores e órgãos de gestão e controle atuem em benefício das instituições judiciárias e dos jurisdicionados.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da implantação do Processo Judicial Eletrônico (PJe-JT), vislumbramos ocasião para transcrever algumas reflexões decorrentes de trabalho de pesquisa que desenvolvemos no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito na Universidade Federal Fluminense. Na UFF, trabalhamos com a mudança estrutural na esfera pública e novas tecnologias de controle do trabalho judiciário.

Nesse sentido, abordamos mudanças estruturais decorrentes do processo de reforma da Administração Pública a partir da década de 1990. O modelo de gestão gerencial adotado foi se difundindo até chegar ao Poder Judiciário por meio de ações estratégicas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e tribunais brasileiros.

O trabalho executado nessa nova esfera pública judiciária vem sofrendo profundos impactos provocados pelas metas de desempenho e avaliação quantitativa do trabalho de juízes e servidores. Em tal contexto, o Processo Judicial Eletrônico apresenta-se como nova ferramenta de gestão administrativa e processual que irá provocar intensas repercussões no trabalho judiciário.

Certamente, a tecnologia informacional atingiu um estágio de sofisticação crescente que parece irreversível. Emerge daí uma tensão importante: conciliar a moderna gestão processual com as garantias da pessoa humana. Não se

pretende, ingenuamente, supor algum tipo de resistência contra a implementação do processo eletrônico. Pelo contrário, a utilidade desse sistema processual requer também um olhar crítico para as suas possíveis externalidades negativas. Um olhar desta natureza pretende contribuir para a superação de tensões, naturais em processos de transformação social, sem olvidar que o tratamento digno da pessoa humana é a razão última do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, J. L. R. **O paradigma procedural do direito**. São Paulo: LTr., 2006.
- BRESSER PEREIRA, L. C.; SPINK P. K. **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer. Atualização da 6. ed. atual. por Jussara Simões. São Paulo: Paz e Terra., 2011.
- GIDDENS, A. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Ficker. São Paulo: Unesp, 1991.
- HABERMAS, J. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro., 2003.
- HABERMAS, J. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro., 2003.
- KANT, I. **Crítica da Razão Prática**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70., 2001.
- LUHMANN, N. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis, RJ: Vozes., 2009.
- SUPIOT, A. **Homo Juridicus**. Ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução de Almeida Prado Galvão. São Paulo., 2007.
- WEBER, M. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. Organização de Antonio Flávio Pierucci. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

**GT – NOVAS CONFIGURAÇÕES DO TRABALHO,
SINDICATO, RELAÇÕES DE TRABALHO E
DIREITOS TRABALHISTAS**

CANOAS, 2015

GREVES E DIREITO: OS SINDICATOS AINDA SÃO REPRESENTATIVOS (E COMO O DIREITO LIDA COM ISSO)?

Michele Savicki

Alexandre Fleck Soares Brandão

RESUMO: O presente artigo, a partir das perspectivas trazidas pela recente crise de representatividade e a teoria dos novos movimentos sociais, busca analisar a greve dos rodoviários em Porto Alegre em 2014, e a resposta política e jurídica dada ao movimento. De forma a cumprir tal objetivo, foram analisados as atas de reuniões de negociação na Justiça do Trabalho, comunicações diretas das lideranças grevistas e notícias em mídias eletrônicas. Ainda que as negociações intermediadas pela justiça trabalhista tenham feito avançar as concessões empresariais, a greve não foi interrompida, a despeito das lideranças sindicais do movimento terem concordado com os termos propostos. A resposta imediata do direito foi a decretação de ilegalidade do movimento paredista. Analisando os resultados obtidos, parece bastante clara a incapacidade do sistema jurídico, bem como do sistema político, de lidar com os movimentos sociais atuais, especialmente quando se trata de movimentos que não possuem uma estrutura ou liderança tradicional. Não foram obtidos dados suficientes de modo a explicar todas as causas da crise de representatividade enfrentada pelos sindicatos na atualidade. A pesquisa, contudo, aponta para certa similitude entre as respostas dadas a crise de representatividade pelo movimento paredista e por aqueles classificados como novos movimentos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Movimentos Sociais; Crise de Representatividade; Greves; Greve dos Rodoviários.

1 INTRODUÇÃO

"Estou tentando, mas está difícil. Quase apanhei nas garagens. Eles cruzaram os braços mesmo. Ninguém quer ceder. [...] A juíza determinou 70% e o sindicato está tentando reverter a situação agora. A gente conhece a lei. Mas o que vamos fazer se eles não querem? É uma situação bem difícil[...]" (G1, 2014). A declaração é de Júlio Pires, presidente do sindicato dos rodoviários de Porto Alegre. O comentário do líder sindical se refere à negativa dos trabalhadores de

cumprir a decisão judicial já aceita pelos representantes do sindicato, que indicava a manutenção de 70% da frota durante a greve dos rodoviários de Porto Alegre em 29 de janeiro de 2014.

Tal situação, contudo, não foi um fato isolado. No dia 31 de janeiro, um acordo coletivo celebrado pelos representantes do sindicato patronal com o sindicato grevista não foi aceito em assembleia pela categoria (BRANDÃO, 2014). O mesmo ocorreu no dia 04 de fevereiro; novamente as condições negociadas e acordadas pela direção foram amplamente rejeitadas pela categoria (AZEVEDO, 2014). Situação correlata ocorreu durante a greve e revolta dos trabalhadores de construção civil em obras do PAC em 2011. Conforme relata (VERÁS, 2014), o sindicato dos trabalhadores foi surpreendido com a movimentação, chegando a denunciar publicamente que não possuía qualquer exigência para negociação e que não estava envolvido na paralisação. O consórcio responsável pelas obras se mostrou igualmente surpreso diante da ausência de pauta concreta e de lideranças organizadas do movimento. Da mesma forma foi a recente greve dos caminhoneiros: mesmo após as centrais sindicais assinarem acordo com o governo para por fim à greve, os bloqueios de estradas ainda perduraram (G1, 2015).

Os casos em comento apontam para dois conceitos significativos e que merecem diferenciação: o de representação e o de representatividade. Conforme observa (FARIAS e PRAZERES, 2014) o primeiro situa-se no plano normativo, tratando-se de critério objetivo necessário para fins jurídicos (legitimidade processual). A representatividade, por outro lado, diz respeito ao aspecto material dos sindicatos, isto é, o compromisso a aproximação destes e de sua direção com os interesses da categoria (FARIAS e PRAZERES, 2014).

A partir desses conceitos, é possível identificar, de forma preliminar, que os fatos levantados apontam para uma crise de representatividade, e é a partir desse ponto que pretendemos discorrer. Inúmeros são os artigos sobre a crise do sindicalismo (ou novo sindicalismo) [(VIEIRA, 2013) (COUTO, 2011) (BOITO, MARCELINO, 2010), para citar alguns. Parece-nos, contudo, relevante a possibilidade de analisar as causas de tal crise a partir do contexto de manifestações políticas recentes, tanto no Brasil quanto no mundo. Seria possível

combinar com a análise de falta de legitimidade dos sindicatos os cartazes de "político não me representa" de Junho de 2013 e suas causas? Poderia a efervescência política dos chamados novos movimentos sociais ter alguma relação com os fatos relatados? Seria possível identificar semelhanças entre a crise de legitimidade política e a sindical?

A partir destes questionamentos, o objetivo do presente texto é analisar a crise de representatividade dos sindicatos e sua inserção dentro de um contexto de crise de representatividade exposta pelos recentes movimentos sociais. Para isso, a atual situação sindical é analisada a partir das hipóteses levantadas por Manuel Castells acerca da crise de legitimidade e confiança que enfrenta o sistema político. Tendo como base tal teoria, os problemas de representatividade e os impactos gerados por tal crise são avaliados a partir do exame de notícias, atas e outros documentos relacionados a greve do Rodoviários da cidade de Porto Alegre em 2014.

2 A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE EM MANUEL CASTELLS

Castells (2009) trabalha a ideia de crise de representatividade a partir do que chama de crise de legitimidade política. O autor defende que o ponto central de tal crise reside na falta de confiança: A maioria da população mundial não confia em seus governantes ou em seu parlamento, e uma parcela ainda maior não tem apreço por políticos e partidos (CASTELLS, 2009, p. 286). Dessa forma, a crise de legitimidade se constitui "in a widespread lack of belief in the right of political leaders to make decisions on behalf of citizens for the wellbeing of society at large".

O cenário brasileiro reproduz a tendência mundial. O governo é a instituição menos confiável no país com somente 37% (Edelman Trust Barometer, 2015). No mesmo sentido são os resultados da pesquisa da Transparency International (2014): 66% dos entrevistados entendem que o governo é gerido e controlado por algumas grandes entidades em benefício próprio.

Ainda que existam muitos outros fatores causadores da descrença popular, a pesquisa de Castells aponta para a percepção de corrupção como principal

índice de correlação (CASTELLS, 2009). É importante ressaltar que o conceito utilizado é o de **percepção**. Muito embora a corrupção não tenha necessariamente aumentado nos últimos anos, o que de fato cresceu foi a publicitação da corrupção, a percepção dela e o impacto desta sobre a confiança na política. Questiona-se, contudo, a razão pela qual tal percepção afeta tanto a crença na política e nos políticos. Afinal, o fenômeno e a prática da corrupção são tão antigos quanto a própria organização civilizatória. Nesse ponto, o autor argumenta que, em virtude da democracia possuir caráter eminentemente procedimental, se o processo de poder e o gerenciamento das instituições estatais podem ser modificados ou manipulados por ações extra-procedimentais, não há razão para os cidadãos respeitarem o procedimento de delegação de poderes aos seus representantes (CASTELLS, 2009, p. 287).

Ainda segundo o autor, fator decisivo para tal percepção - e, portanto, para a crise de legitimidade - é a proliferação de plataformas de comunicação, especialmente a televisão e a internet. Essas plataformas possibilitam uma crescente exposição de ações políticas duvidosas ou corruptas. Dessa forma, o crescimento na cobertura e divulgação de escândalos políticos teria impacto direto na opinião dos cidadãos acerca de seus governantes. Por outro lado, ao repercutir tais escândalos, os próprios meios de comunicação tradicionais se vêem paradoxalmente confrontados com o risco de perderem sua própria credibilidade (CASTELLS, 2009, p. 290).

Se tal crise de legitimidade é causada pela descrença nos partidos políticos e instituições, ela não necessariamente resulta em uma retirada ou esvaziamento do sistema político. Castells elenca seis possíveis respostas da população ao cenário (CASTELLS, 2009):

- I. Mobilização contra uma opção política específica (negative politics);
- II. Organização e participação em um partido político de forma a defender posições ideológicas ou interesses específicos de forma organizada e em bloco, tornando-se indispensáveis à sigla ou grupo;
- III. Voto de protesto;
- IV. Mobilização em torno de uma alternativa política que desafia o *establishment* por dentro do próprio sistema;
- V. Abstenção voluntária ou não participação deliberada;
- VI. Mobilização social fora da institucionalidade;

A primeira hipótese pode ser ilustrada por recentes momentos da história política brasileira. Tal resposta não necessariamente aponta para uma alternativa ou proposição, mas se pauta por uma agenda negativa, como o "fora Collor" e as recentes manifestações contra o Partido dos Trabalhadores e o governo Dilma Rousseff.

Para a segunda resposta possível, pode-se utilizar o exemplo das chamadas "bancada evangélica", "bancada ruralista" e "bancada da bala" no Congresso Nacional. Ainda que compostas por diferentes partidos, a numerosa quantidade de eleitores de tais bancadas torna-os muito importantes para algumas siglas, senão indispensáveis.

A eleição do comediante Tiririca como Deputado Federal pelo Estado de São Paulo em 2010 talvez seja um dos melhores exemplos de voto de protesto contra o sistema político brasileiro. Para evidenciar ainda mais o caráter simbólico de sua eleição, cumpre referir que o deputado é um palhaço e elegeu-se com o slogan "pior que tá não fica". O deputado foi o mais votado em todo o Brasil (IG, 2014). Não se trata aqui de uma opção por afinidade ideológica com o candidato, mas a utilização do sufrágio como forma de contraposição ao sistema político e aos candidatos.

A quarta resposta da população definida é a de mobilização política em torno de uma candidatura cuja proposta, ao menos inicialmente, vai de encontro ao sistema político. A alternativa, no momento do voto, apresenta-se enquanto opção de modificação do *status quo*, contrária ao *establishment*. No cenário brasileiro, é possível identificar tal fenômeno na candidatura e eleição de Luís Inácio Lula da Silva (Lula), pelo Partido dos Trabalhadores, em 2002.

Muito embora haja vedação legal no Brasil ao abstencionismo voluntário – o voto é obrigatório na forma do artigo 14, § 1º, inciso I, da Constituição Federal¹ - a ausência de participação efetiva no processo através da escolha de um candidato por parte dos brasileiros é evidente se analisarmos os números das últimas eleições para presidente em 2014. Segundo dados do TSE, dos mais de

¹ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: § 1º - O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

142 milhões de cidadãos aptos a votar (com título de eleitor regularizado), 27 milhões não compareceram às urnas no 1º turno. Se adicionarmos a esse número aqueles que compareceram às sessões de votação, mas anularam o voto ou votaram em branco, o número chega a quase 39 milhões de pessoas, isto é, cerca de 27% dos eleitores no Brasil não votaram em candidato algum no 1º turno das eleições presidenciais brasileiras de 2014 (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2014). Muito embora a existência de abstenções não necessariamente indique uma opção política voluntária (certamente estão incluídos nesse número cidadãos que ausentaram-se de seu domínio eleitoral no dia da votação ou não puderam comparecer por motivos de força maior), o elevado número de abstenções aliado a um percentual significativo de votos brancos e nulos aponta para a existência de uma “não-escolha” voluntária e deliberada.

A última possibilidade, por sua vez, é a de aumento da mobilização social fora da institucionalidade do sistema político. Tal fenômeno é identificado no Brasil, sobretudo após os meses de Junho de 2013, mas não de forma exclusiva, a partir dos crescentes movimentos sociais. Contudo, conforme defende Mason (2012), está acontecendo por todos os lados².

É importante, entretanto, analisar as possíveis respostas do cidadão frente à crise representativa de forma cuidadosa. Primeiramente, cumpre referir que tais possibilidades não são, necessariamente, excludentes entre si, e a combinação destas é bastante comum. É evidente que a abstenção voluntária não se mostraria congruente com a organização partidária ou possível de ser combinada com o voto de protesto, mas há casos em que a combinação de formas de abordagem contra o sistema político está presente. As manifestações pelo transporte público gratuito e de qualidade na cidade de Porto Alegre em Junho de 2013 foi organizada pelo chamado Bloco de Lutas pelo Transporte Público, composto por inúmeros jovens membros de partidos políticos de esquerda, assim como jovens da Federação Anarquista Gaúcha - que defende o voto nulo nas eleições (BRANDÃO, SCHWARTZ e COSTA, 2014). Dessa forma, é importante

² “It’s kicking off everywhere” no original. Tradução livre.

entender tais manifestações não de forma alternativa e excludente, mas sim como possibilidades que estão presentes a todo o momento, sendo possível que em determinados momentos histórico uma ou outra das possibilidades se sobreponha perante as demais. O que Mason (2012) observa é justamente isso: a predominância da última resposta, a de manifestações sociais, no cenário político mundial nos últimos anos.

O trabalho de Castells tem como foco o sistema político representativo estatal, o que fica evidente a partir da leitura de suas causas para a crise representativa e das possíveis respostas dos representados. Estaria, contudo, tal análise restrita a este cenário? Seria possível utilizar tais conceitos e respostas apresentadas por sua teoria para outra esfera de representação, isto é, para a relação trabalhador-direção sindical?

A falta de confiança e o distanciamento entre representado-representante, levantada pelo autor como ponto central da crise de representatividade no sistema político, não é exatamente estranha a análise dos sindicatos e sua atividade no Brasil. Campos (2014) analisa tal distanciamento a partir do aspecto político, creditando tal descolamento à aproximação das direções dos sindicatos, sobretudo aqueles associados à Central Única dos Trabalhadores, ao Estado a partir da eleição do Presidente Lula. Tal fato restaria evidenciado inclusive pela participação de representantes sindicais na administração de empresas estatais, bem como nos fundos destas estatais.

Nesse sentido, Dias e Sanson (2014) problematizam a questão da aproximação dos sindicatos com o governo e relaciona esta aproximação com o arrefecimento da luta sindical, com o conseqüente distanciamento e crise de confiança:

Desde a chegada do Partido dos Trabalhadores ao poder, a porção majoritária do movimento sindical brasileiro tem estado ao lado do governo. Com exceção da CSP-Conlutas e da Intersindical – oriundas de cisões na Central Única dos Trabalhadores (CUT) -, as demais centrais, por afinidade ideológica com o modelo – CUT -, ou por conveniência e pragmatismo, perfilam-se no apoio ao governo. Não é objeto dessa análise uma interpretação do significado dessa inflexão. Tem-se, porém, aqui, um aspecto que não deve ser desconsiderado. A proximidade da parcela majoritária do movimento sindical com o Estado pode ter contribuído para o arrefecimento da luta sindical no que tange a pauta de caráter mais político.

Além disso, vem sendo cada vez mais abordada como causa para tal crise de representatividade a crescente pulverização dos sindicatos, com a proliferação dos chamados sindicatos fantasmas, sem eleições ou assembleias - ou com processos no mínimo duvidosos - aqueles que detêm representação, mas não representatividade. A esse respeito, aponta Marcus Kauffman:

Milhares de sindicatos, detentores de mera representação legal e formal, lançam-se à representação privada de categorias sem que, obviamente, tenham condições de representá-las com um mínimo de decência e satisfação, afastados que estão das bases, escondidos que estão em saletas de prédios obscuros, ou não, no centros urbanos, muitas vezes dividindo o espaço com outros tantos sindicatos de cartório, de gaveta, que, em condomínio, sustentam um (a) pobre profissional do secretariado.

A evolução das plataformas de comunicação e da tecnologia da informação, da mesma forma que afeta a política majoritária - como defende Castells -, aliada aos fatores supracitados agrava ainda mais a crise de representatividade, isto é, a percepção de que os interesses da categoria não estão sendo defendidos. A proliferação de tais notícias tem sido crescente nos últimos anos, sobretudo na televisão. Conforme observa (FARIAS), os jornais televisivos tem se valido de forma muito frequente de expressões como "cabide de emprego", "meio de vida", entre outras formas nominais pejorativas ao abordar os sindicatos e suas direções. Além disso, a candidatura de ex-dirigentes de sindicatos e centrais sindicais a cargos políticos estatais, têm feito com que atores sociais definam as representações laborais como "trampolins políticos" (FARIAS). Novamente, não importa se há, de fato, uma maior utilização dos sindicatos como forma de auto-promoção individual para que a crise de representatividade se agrave, mas sim a percepção de que isso está ocorrendo. Isso ocorre porque, da mesma forma que a corrupção viola o caráter procedimental da política partidária estatal, os sindicatos fantasmas e o arrefecimento da luta sindical por proximidade com o governo configuram-se em mudanças extra-procedimentais do mecanismo de representação do sindicato.

Quanto à aplicação das respostas possíveis ao cenário de crise de confiança, é necessária uma problematização prévia: afinal, trata-se o sindicato de meio institucional ou não-institucional? Tal questionamento mostra-se necessário para que seja possível entender e diferenciar as posturas do

trabalhador frente ao seu sindicato; a atuação do sindicato é de movimento social ou é institucional?

Em um primeiro momento a resposta parece bastante óbvia: os sindicatos são frutos da organização e ação coletiva dos trabalhadores, portanto sim, tratam-se de movimentos sociais. Como bem pontua GOSS (2004), o próprio conceito de movimentos sociais até o século XX se confundia com o de sindicato, uma vez que este somente abarcava as ações e organizações de trabalhadores e nada mais. Ainda que se utilize os conceitos elaborados por Touraine (2003) - muito mais restritos - os sindicatos encontrariam-se dentro desta exata categoria, pois abarcam um conflito social e um projeto cultural, defendendo um modo diferente de uso dos valores morais, baseando-se na consciência de um conflito com um adversário social. Dessa forma, seriam os sindicatos movimentos sociais clássicos, tradicionais, o exemplo por excelência do conceito.

Porém, com o advento dos chamados Novos Movimentos Sociais, a adequação do conceito de movimentação social aos sindicatos tem sido colocada em xeque. Sua atuação e forma de organização tem sido avaliada como institucionalizada e integrada à lógica capitalista, sendo desprovida de caráter verdadeiramente transformador e rotulada como capaz somente de provocar inflexões social-democratas ao Estado (CARROL, 1997). Por outro lado, Carrol observa que há mais semelhanças na forma de atuação dos sindicatos com os Novos Movimentos Sociais do que diferenças, principalmente em virtude dos últimos estarem voltados também para a positivação de direitos (CARROL, 1997).

Entendemos necessário visualizar o movimento sindicalista no Brasil dentro da seguinte dualidade: trata-se de movimento social não-institucionalizado e institucionalizado. Tal fenômeno é provocado justamente pela realidade jurídica brasileira. Enquanto o sindicato pratica diversas ações coletivas fora da esfera institucional, quando convoca manifestações nas ruas, greves e paralisações, é ele também o responsável exclusivo pela negociação coletiva no Brasil. O reconhecimento da legislação brasileira de Acordos e Convenções Coletivas produtos da autonomia coletiva dos trabalhadores enquanto fontes autônomas de Direito do Trabalho deixa claro que, no caso específico das negociações, a atuação do Sindicato é institucional; sua atividade promove a criação de direito e

constituir-se-á em fonte formal deste (SAVICKI, 2014). É necessário, portanto, observar se no momento em que se está avaliando a crise de representatividade, o sindicato atua por meio institucional ou não-institucional.

A partir dessa diferenciação, as hipóteses apresentadas por Castells parecem adequadas ao caso dos sindicatos sem maiores problemas. Seja a oposição pura e simples à direção sindical, a participação ou apoio a uma chapa de oposição na eleição ou o voto de protesto parecem alternativas bastante comuns e plausíveis. No campo das alternativas contra o *establishment*, é possível identificar movimentos recentes que parecem inserir-se nesse contexto: o de chapas que propõe a desfiliação do sindicato de uma determinada central sindical. Foi o que aconteceu, recentemente, com o Sindicato dos Professores do Estado do Rio Grande do Sul – CPERS e com o Sindicato dos Trabalhadores da Justiça Federal do Rio Grande do Sul – SINTRAJUFE (CSP CONLUTAS, 2014) (SILVEIRA, 2015).

Já a abstenção voluntária parece, no contexto brasileiro, ser bastante marcante. Note-se aqui que o fenômeno deve ser compreendido não só a partir de uma pura e simples ausência de trabalhadores sindicalizados nas eleições e assembleias, mas também na própria ausência de sindicalização dos trabalhadores daquele setor. Conforme demonstram os dados apresentados por Campos (2014), a taxa de sindicalização dos empregados caiu de 24,9% no ano de 2001 para 20% no ano de 2011.

Quanto ao aumento da mobilização social como resposta à crise de representatividade dos sindicatos, é necessário cuidado ao avaliar e identificar tal fenômeno no caso concreto. É que, conforme supracitado, a própria atividade sindical por vezes atua como movimento social, de modo que uma mobilização de greve proposta pela direção sindical não pode ser confundida como tendo por fundamento uma crise de representatividade. Pelo contrário, a adesão maciça ao movimento paredista, nesse caso, seria evidência a favor do argumento de que aquele sindicato está defendendo o interesse de seus representados e que estes concordam e confiam naquele. Há, contudo, momentos em que a mobilização de trabalhadores vai de encontro com a posição da direção. Tal caso é possível

somente quando o sindicato está atuando de maneira institucional, como em uma negociação coletiva, ou quando este deixa de atuar, isto é, peca pela inércia.

3 A GREVE DOS RODOVIÁRIOS DE PORTO ALEGRE EM 2014 ENQUANTO EXEMPLO MARCANTE

Tendo em vista a teoria apontada quanto à crise de representatividade e sua possível relação com os movimentos sindicais, realizaremos agora uma breve análise do caso da greve dos rodoviários de Porto Alegre no ano de 2014. [...].³

No dia 27 de janeiro, a pouco menos de dez dias da data-base da categoria, e transcorridas diversas tentativas de negociação sem resultados satisfatórios, os Rodoviários de Porto Alegre entraram em greve. A decisão fora tomada em Assembleia da categoria ocorrida no dia 23 de janeiro, e o percentual de 30% dos ônibus colocados em circulação no primeiro dia de paralisação havia sido acordado com o Ministério Público do Trabalho.

Já no segundo dia de greve, a Prefeitura Municipal ingressou com Dissídio Coletivo de Greve, requerendo fosse declarada a abusividade do movimento, bem como que os rodoviários fossem condenados à retomada imediata das atividades; subsidiariamente, a Prefeitura requeria a determinação de percentuais superiores de atividade. Em decisão liminar, a Vice-Presidente do TRT-4 determinou a obrigatoriedade de 70% do serviço nos horários de pico (das 5h30min às 8h30min e das 17h às 20h nos dias úteis), mantendo os 30% já garantidos nos demais horários. A tentativa de devolver ao transporte a maior normalidade possível, no entanto, se reverteu em sentido contrário: revoltados, os Rodoviários declararam, em Assembleia Geral realizada no final da tarde, que paralisariam 100% das atividades a partir do dia seguinte (28/01).

Nesse momento, meios de comunicação já começaram a divulgar possível 'ruído' entre a direção do Sindicato e os trabalhadores (supostamente) representados. Conforme matéria veiculada na Zero Hora:

³ Os fatos relatados tem como fonte notícias do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia>), bem como meios de comunicação tradicionais da região, como o Jornal Zero Hora e Jornal Sul21. (citar facebook?)

“Reunida com empresários, Ministério Público, Empresa Pública de Transporte e Circulação (EPTC) e Justiça no Tribunal Regional do Trabalho (TRT), a categoria havia dito que ia cumprir a determinação judicial de colocar 70% da frota nas ruas durante o horário de pico (das 5h30min às 8h30min e das 17h30min às 20h30min). Pressionada pelos sindicalistas, porém, voltou atrás:

– Sinto muito, quem decide são os trabalhadores e nós acatamos. Não é uma afronta à coitada da juíza. O trabalhador decidiu e temos de atacar – afirmou o presidente do sindicato, Júlio Gamaliel.” (TONETTO, 2014).

A partir daí, o desenrolar da greve esteve marcado, em diversas situações, pelo distanciamento entre o posicionamento do Sindicato obreiro e as decisões tomadas pelos trabalhadores em Assembleias.

Descumprida a ordem judicial, o TRT da 4ª Região, mediante pedido da SEOPA (Sindicato das Empresas de Ônibus de Porto Alegre), declarou a abusividade da greve e aplicou multa de R\$ 100mil ao Sindicato dos Rodoviários, referente aos dias 28 e 29 de janeiro. Chegado o dia 30, e ainda sem qualquer indício de alteração da paralisação total, realizou-se reunião de mediação no TRT-4, quando enfim foi visualizada a possibilidade de retorno dos ônibus. Conforme registrado em ata:

“O sindicato da categoria profissional se compromete a manter a partir da zero hora do dia de amanhã, 50% de funcionamento da frota e realizará assembleia da categoria às 17h da data de amanhã. A partir da zero hora do dia primeiro de fevereiro, restabelecerá 100% de funcionamento das atividades, pelo prazo de doze dias corridos, enquanto as partes estiverem estabelecendo o novo clausulamento coletivo. As partes restabelecerão as reuniões para negociação coletiva a partir do dia 03.02.2014.” (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO, 2014)

Ainda, o TRT-4 noticiou: *“Nesta sexta-feira, 50% da frota de ônibus volta a circular na Capital, garantiu o presidente da categoria, Júlio Gamaliel.”* (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO, 2014) Apesar das declarações do Presidente do Sindicato, a decisão da categoria tomou rumo distinto. Do lado de fora do TRT-4, após o fim da reunião de mediação, cerca de 300 trabalhadores se demonstraram revoltados com o acordo feito, enquanto gritavam pela continuidade da greve geral. Enquanto isso, o Presidente do Sindicato declarava aos meios de comunicação: *“Vamos conversar para que a gente não volte atrás. Tentamos fazer o melhor para ambos os lados. Estamos sensibilizados com o prejuízo causado à população e tenho certeza de que a categoria também está. Precisamos convencer o sindicalista de que ele precisa continuar trabalhando e ajudando.”* (TONETTO, 2014)

Talvez tenha sido esse o momento em que se mostrou com a maior clareza a dissociação entre a postura adotada pela instituição de representação e a vontade da categoria grevista. Apesar das informações divulgadas, em que meios de comunicação davam como certo o retorno dos ônibus no dia seguinte, 31 de janeiro amanheceu novamente sem ônibus em Porto Alegre. A contrariedade da categoria ao que fora negociado teve sua ratificação na Assembleia da tarde, quando os rodoviários decidiram prosseguir a paralisação total.

A paralisação total prosseguiu por mais dez dias, em meio a novas reuniões de negociação, com propostas não acatadas pela categoria. Enquanto isso, em Coletiva de Imprensa convocada pelo Sindicato dos Rodoviários no dia 07 de janeiro, o presidente Julio Gamaliel informou ser favorável à última proposta apresentada pela SEOPA, e criticou fortemente a Comissão de Negociação dos rodoviários. Importa frisar o papel destacado que teve, ao longo da greve, a Comissão de Negociação, formada por rodoviários que não integravam a direção do sindicato. Tal comissão denunciou, durante o processo de dissídio, por meio da página de Facebook "Rodoviários em Luta":

“ATENÇÃO RODOVIÁRIOS!!!!!! NÃO ESQUEÇAM PESSOAL, O SIMPLES FATO DE TERMOS APROVADO O AJUIZAMENTO DO DISSÍDIO NÃO SIGNIFICA QUE A COMISSÃO DE NEGOCIAÇÃO PARTICIPARÁ DO MESMO. O Alceu Weber ESTÁ ENTRANDO HOJE COM UM PEDIDO JUNTO AO TRT PARA QUE A COMISSÃO POSSA TAMBÉM PARTICIPAR DESSE MOMENTO, VISTO QUE LEGALMENTE É A DIRETORIA DO SINDICATO QUE NOS REPRESENTA. OREMOS PARA QUE O TRT APROVE ESSE PEDIDO, VISTO QUE, SE SOMENTE O SINDICATO PARTICIPAR, SE PREPAREM PARA GRANDES PERDAS, ELES FARÃO DE TUDO PARA DESCLASSIFICAR A COMISSÃO, DESMOBILIZAR O MOVIMENTO E SE FORTALECER, NADA MELHOR BEM PRÓXIMO AS FUTURAS ELEIÇÕES DA ENTIDADE. A COMISSÃO DE NEGOCIAÇÃO ME REPRESENTA, SE REPRESENTA VOCÊ TAMBÉM, COMPARTILHA, PRECISAMOS TER DO TRT ESSA RESPOSTA POSITIVA QUANTO A PARTICIPAÇÃO DA COMISSÃO NESSE PROCESSO.”

Após esse período de disputa interna, os ônibus voltaram a circular novamente no dia 10 de janeiro, mesmo sem acordo. A categoria decidiu, em assembleia, aguardar o julgamento do dissídio coletivo pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região. Ao sindicato, restou uma multa acumulada no valor de 1,25 milhão de reais (TRT4, 2014).

Muito embora o movimento grevista tenha sido deflagrado com apoio e condução inicial por parte da direção sindical, é necessário ressaltar que as atitudes posteriores foram contrárias àquelas defendidas pela direção. Conforme hipótese aventada anteriormente, a falta de sintonia entre direção do sindicato e trabalhadores, bem como a rejeição das propostas acertadas pela primeira por parte dos rodoviários ocorreu justamente enquanto a direção sindical atuava de forma institucional, isto é, quando esta representava os trabalhadores em reuniões de negociação. Tal fato torna-se importante para evidenciar que o aumento da mobilização da greve e a atividade do comando de greve para garantir que nenhum ônibus saísse das garagens foi não só um desafio à decisão judicial, mas também ao próprio sindicato da categoria.

Ao analisarmos a sequência de eventos que desencadearam tais fatos, é possível perceber uma ruptura na relação de representação. Um dos fatores que teriam motivado tal crise seria a desconfiança gerada pelas informações divergentes divulgadas por meio das redes sociais por Alceu Weber, integrante da comissão de negociação dos grevistas, membro externo à direção sindical. Não há dados específicos, contudo, para indicar as causas para as insurgências anteriores a essa comunicação. Os primeiros conflitos e discordâncias ocorreram antes desse fato, de forma que mostra-se necessária a análise de mais dados para que se possa chegar a quaisquer conclusões a respeito das causas para eles.

Por outro lado, a análise do caso ilustra uma limitação do Direito do Trabalho no que se refere à capacidade de garantir a eficácia de suas decisões frente a essa crise de representatividade. A multa estabelecida em desfavor do sindicato em caso de descumprimento decisão de manutenção de 70% do efetivo durante os horários de pico, de caráter coercitivo, mostrou-se completamente ineficaz. Tal deficiência foi provocada pelo descolamento entre representantes e representados e na absoluta falta de controle e condução da greve por parte da direção sindical. O que se seguiu foi o crescimento nos valores devidos pela entidade sem impacto de coerção algum; a punição à estrutura sindical em nada intimidou os trabalhadores, uma vez que eles mesmos rejeitavam tal estrutura. A impossibilidade do direito, portanto, em distinguir um sindicato que exerce

legalmente representação e um sindicato representativo, impediu a própria efetividade de suas determinações.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora não haja dados suficientes na presente pesquisa para traçar as exatas causas dos acontecimentos na greve dos rodoviários de Porto Alegre, é possível identificar algumas questões importantes para a análise da conjuntura da crise de representatividade dos sindicatos no contexto atual.

Primeiramente no que se refere à necessária diferenciação entre os conceitos de representação e representatividade e o importante impacto que tais conceitos tem na relação travada entre movimentos sociais e direito institucionalizado.

Ademais, o entendimento de que os sindicatos encontram-se inseridos na dualidade institucional e não-institucional torna necessário uma avaliação cuidadosa diante do aumento da mobilização dos trabalhadores, já que o fato pode indicar tanto um trabalho bem sucedido realizado pelos representantes sindicais como também o descolamento entre tais representantes e sua base.

O presente artigo, mais do que respostas, acumula perguntas a serem respondidas. Quais as possibilidades de atuação do direito frente a movimentos sem lideranças claras? Quais as alternativas à crise sindical atual? Quais as respostas possíveis à crise de representatividade política? Esperamos que as pequenas contribuições dadas por esse artigo auxiliem na busca por essas respostas.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, L. Após assembleia, rodoviários de Porto Alegre mantêm greve geral. **Uol Notícias**, 2014. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/02/04/rodoviaros-de-porto-alegre-decidem-manter-greve-geral.htm>>. Acesso em: 25 Março 2014.

BAQUERO, M.; VASCONCELOS, C. D. **Crise de Representação Política, o Surgimento da Antipolítica e os Movimentos Apartidarismo no Brasil**. 5^o

Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação Política. Curitiba: [s.n.]. 2013.

BRANDÃO, A. F. S.; SCHWARTZ, G. A. D.; COSTA, R. A. D. Political and Legal Response to Brazil's June Days: an Analysis of Judicialization and Criminalization in the City of Porto Alegre. **The Journal of Social Policy Studies**, v. 12, 2014. 287-198.

BRANDÃO, M. Rodoviários não aceitam acordo e greve continua em Porto Alegre. **EBC - Agência Brasil**, 2014. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-01/rodoviaros-nao-aceitam-acordo-e-greve-continua-em-porto-alegre>>. Acesso em: 25 Março 2015.

CAMPOS, A. G. Sindicatos no Brasil Hoje: Dilemas Apresentados pela Sindicalização. **Mercado de Trabalho - IPEA**, Fevereiro 2014. 29-37.

CARDOSO, A. Os Sindicatos no Brasil. **Mercado de Trabalho - IPEA**, Fevereiro 2014. 21-27.

CARROLL, W.; RATNER, R. S. **Old Unions and New Social Movements**. Labour/Le Travail, Vancouver, 1995.

CASTELLS, M. **Communication Power**. New York: Oxford University Press, 2009.

CSP CONLUTAS. Sintrajufe/RS decide pela desfiliação da CUT com ampla maioria dos votos. **CSP Conlutas**, 2014. Disponível em: <<http://cspconlutas.org.br/2014/12/servidores-do-judiciario-federal-do-rs-decidem-pela-desfiliao-da-cut-com-ampla-maioria-dos-votos/>>. Acesso em: 27 Março 2015.

DIAS, A. P.; SANSUN, C. A Atual Estrutura Ocupacional e o Papel dos Sindicatos no Brasil: análise do século XXI. **Política & Trabalho: Revista de Ciências Sociais**, nº 41, Outubro 2014. 175-188.

FARIAS, R. S. C.; PRAZERES, J. C. A. D. **A Pulverização de Sindicatos no Brasil e o Impacto na Representatividade Sindical: Uma Ameaça à Tutela dos Direitos Trabalhistas?**, 2014.

G1. Greve geral dos rodoviários de Porto Alegre surpreende passageiros. **G1**, 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2014/01/greve-geral-dos-rodoviaros-de-porto-alegre-surpreende-passageiros.html>>. Acesso em: 25 Março 2015.

G1. Greve geral dos rodoviários de Porto Alegre surpreende passageiros. **G1**, 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2014/01/greve-geral-dos-rodoviaros-de-porto-alegre-surpreende-passageiros.html>>. Acesso em: 25 Março 2014.

G1. 'Ninguém quer ceder', diz sindicato sobre rodoviários em greve no RS. **G1**, 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2014/01/ninguem-quer-ceder-diz-sindicato-sobre-rodoviaros-em-greve-no-rs.html>>. Acesso em: 25 Março 2015.

G1. Rodoviários de Porto Alegre celebram 'vitória' e encerram estado de greve. **G1**, 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2014/02/rodoviaros-de-porto-alegre-celebram-vitoria-e-encerram-estado-de-greve.html>>. Acesso em: 25 Março 2015.

G1. Sem prazo para encerrar protestos, trânsito permanece lento nas estradas. **G1**, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/02/sem-prazo-para-encerrar-protestos-estradas-continuam-lentas-no-parana.html>>. Acesso em: 25 Março 2015.

GOSS, K. P. O conceito de movimentos sociais revisitado. **Revista Eletrônica dos Pós-Graduandos em Sociologia Política da UFSC**, Florianópolis, Janeiro-Julho 2004.

KERSTENETZKY, C. L. Sobre Associativismo, Desigualdades e Democracia. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, Outubro 2003. 131-142.

LATTMAN-WELTMAN, F. Mídia e democracia: indeterminação e representatividade da representação. **Revista Compólitica**, Dezembro 2014. 27-57.

MASON, P. **Why It's Kicking Off Everywhere**: The New Global Revolutions. London: Verso, 2012.

MUÇOUÇA, R. D. A. O. De empregados a colaboradores: a introjeção de valores individualistas como fator desarticulador dos sindicatos. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**. v. 17, n. 26, 2013.

OLIVEIRA, S.; FURQUIM, R. A greve dos rodoviários de Porto Alegre. **Sul21**, 2014. Disponível em: <<http://www.sul21.com.br/jornal/greve-geral-dos-rodoviaros/>>. Acesso em: 25 Março 2014.

PICHONELLI, M. Para onde foram os sindicatos. **Carta Capital**, 2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/para-onde-foram-os-sindicatos-9243.html>>. Acesso em: 25 Março 2015.

SAVICKI, M. **Limitação ao Direito de Greve em Serviços Essenciais**. Porto Alegre: UFRGS, 2014.

SILVEIRA, J. Em assembleia tumultuada, Cpers aprova desfiliação da CUT. **Sul 21**, 2015. Disponível em: <<http://www.sul21.com.br/jornal/em-assembleia-tumultuada-cpers-aprova-desfiliacao-da-cut/>>. Acesso em: 27 Março 2015.

TONETTO, M. Zero Hora. **Zero Hora**, 2014. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/transito/noticia/2014/01/rodoviaros-decretam-greve-geral-apos-reuniao-sem-acordo-em-porto-alegre-4402667.html>>. Acesso em: 16 abril 2015.

TONETTO, M. Zero Hora. **Zero Hora**, 2014. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/transito/noticia/2014/01/greve-dos-rodoviaros-e-suspensa-temporariamente-apos-acordo-na-justica-4404821.html>>. Acesso em: 16 abril 2015.

TOURAINÉ, A. **Crítica da Modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1998.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. **Ata da Reunião de Mediação do dia 30 de janeiro**. Porto Alegre: [s.n.]. 2014.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2014**. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow?cod=845806&action=2&destaque=false&filtros=>>>. Acesso em: 12 abril 2015.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Estatísticas Eleitorais de 2014. **Tribunal Superior Eleitoral**, 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2014-resultado>>. Acesso em: 26 mar. 2015.

VERÁS, R. Brasil em obras, peões em luta, sindicatos surpreendidos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, São Paulo, Maio 2014. 11-136.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

**GT – CONSTITUCIONALISMO GLOAL E SISTEMAS
SUPRANACIONAIS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS
HUMANOS**

CANOAS, 2015

AS CONTRIBUIÇÕES DAS ORGANIZAÇÕES (NÃO ESTATAIS) AO CONSTITUCIONALISMO GLOBAL: O CASO DOS CÓDIGOS CORPORATIVOS E DOS PROGRAMAS DE CUMPRIMENTO

Cristian Ricardo Wittmann

Roger de Moraes de Castro

RESUMO: Aborda-se neste ensaio o grau de influência jurídica que os instrumentos jurídicos privados trazem ao constitucionalismo global e à efetividade dos Direitos Humanos, em especial os casos dos códigos corporativos e dos programas de cumprimento. Busca-se responder em que medida os códigos corporativos e os programas de cumprimento não estatais podem ser considerados como instrumentos jurídicos de uma sociedade global. Parte-se da compreensão de que um constitucionalismo global não está representado na exclusividade das constituições estatais e de um sistema inter"nacional". Considerando que a eficácia da proteção dos direitos humanos não é encontrada na exclusividade do aparato estatal, analisa-se de forma conceitual e abstrata tais documentos privados, voluntários, com o intuito de verificar, ao fim, a compatibilidade dos mesmos com este cenário global, complexo e não mais inter"nacional" - em especial a partir dos aportes de Gunther Terubner acerca da policontextualidade. Para este desenvolvimento utiliza-se a matriz epistemológica pragmático-sistêmica e o método construtivista a partir da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann.

PALAVRAS-CHAVE: constitucionalismo global; códigos de conduta; programas de cumprimento; policontextualidade.

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio científico busca demonstrar, a partir de uma epistemologia diferenciada baseada na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e aportes do jurista Gunther Teubner, a possibilidade de contribuição das organizações não estatais ao que então é denominado como constitucionalismo global. Embora a pesquisa esteja em andamento já é possível vislumbrar determinadas conclusões preliminares ao questionamento da pesquisa: *em que medida é possível que os códigos corporativos e os programas*

de cumprimento não estatais podem ser considerados como instrumentos jurídicos de uma sociedade global?

Inicialmente, enquanto apresentação metodológica, indica-se o uso da matriz epistemológica pragmático-sistêmica¹ e o método construtivista² com fundamentos na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Entende-se que ambos proporcionam um ponto de vista qualificado para observar não somente o tema proposto mas o Direito e a sociedade.

Enquanto estrutura propõe-se três capítulos. O primeiro capítulo trata de qualificar a observação da sociedade e em certa medida do próprio sistema jurídico a partir da epistemologia adotada de forma a observar a sociedade como global e não mais vinculada exclusivamente aos Estados-nação e a um regime inter"nacional". O segundo capítulo observa a emergência deste Direito policontextual e instrumentos característicos disponíveis hoje para não somente observação mas a interação neste contexto. Por fim analisa-se a relação da eficácia da utilização de tais instrumentos, em especial os códigos corporativos e os programas de cumprimento, na proteção dos Direitos Humanos.

2 POR UMA SOCIEDADE OBSERVADA PARA ALÉM DO INTER"NACIONAL".

Conforme a teoria de base eleita neste projeto tem-se que a sociedade é, na realidade, um sistema autopoietico e portanto, que se reproduz, ou melhor, se autorreproduz, onde nela somente participam comunicações. A concepção luhmanniana de Teoria dos Sistemas Sociais, e portanto de sociedade, possui contornos hoje que remetem a uma concepção biológica de autopoiese, teoria esta desenvolvida pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, já em 1960, explicavam o surgimento e manutenção da vida a partir desta

¹ ROCHA, L. S.. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1998, p. 96.

² Conforme o sociólogo alemão: "observada desde la posición constructivista, la función de la metodología no consiste únicamente en asegurar una descripción correcta (no errónea) de la realidad. Más bien se trata de formas refinadas de producción y tratamiento de la información internas al sistema. Esto quiere decir: los métodos permiten a la investigación científica sorprenderse a sí misma. Para eso se vuelve imprescindible interrumpir el coninuo inmediato de realidad y conocimiento del cual proviene la sociedad". LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007, p. 22.

teoria de autorreprodução³. Mais tarde a mesma teoria foi transposta ao conhecimento⁴ e, de forma inédita, replicada na análise sociológica por Luhmann.

Trata-se de uma teoria sistêmica de cunho autopoietico aplicada aos sistemas sociais. Contudo, na observação de Luhmann, existe uma autonomia entre o sistema biológico e social, cada um possuindo sua autopoiese específica e particular.⁵ Significa dizer, que enquanto o sistema biológico possui a vida como unidade básica de análise, constituindo também sua base reprodutiva, a sociedade, na condição de sistema social, pode ser descrita como um sistema noético, ou seja, um sistema cujo princípio ordenador é o sentido. Significa dizer que no sistema social as unidades do sistema não são os sistemas humanos ou cognitivos, mas sim as comunicações, isto é, tendo como unidade básica de análise os atos comunicativos.⁶

Neste sentido a sociedade passa a ser observada como um sistema autopoietico, um sistema auto-referencial⁷, em que seus elementos são produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema, graças a uma sequência interna

³ “[...] o ser vivo não é um conjunto de moléculas, mas uma dinâmica molecular, um processo que acontece como unidade separada e singular como resultado do operar, e no operar, das diferentes classes de moléculas que a compõem, em um interjogo de interações e relações de proximidade que o especificam e realizam como uma rede fechada de câmbios e sínteses moleculares que produzem as mesmas classes de moléculas que a constituem, configurando uma dinâmica que ao mesmo tempo especifica em cada instante seus limites e extensão. É a esta rede de produções de componentes, que resulta fechada sobre si mesma, porque os componentes que produz a constituem ao gerar as próprias dinâmicas de produções que a produziu e ao determinar sua extensão como um ente circunscrito, através do qual existe um contínuo fluxo de elementos que se fazem e deixam de ser componentes segundo participam ou deixam de participar nessa rede [...]”. Maturana, Humberto R.; Varela, Francisco J. **De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 12.

⁴ Vale citar um dos fundamentos da teoria cognitiva autopoietica que leva a conclusão de que o que se observa depende do observador: “[...] tudo o que é dito é dito por alguém.” Maturana, Humberto R.; Varela, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 32.

⁵ Cabe mencionar aqui que, ao contrário de Luhmann, que defende a posição de que os sistemas sociais não são sistemas vivos, Fritjof Capra considerando a organização humana, defende que os sistemas sociais podem ser vivos em diversos graus: “Quanto a mim, prefiro conceber a autopoiese como uma das características específicas da vida. Entretanto, ao discutir as organizações humanas, vou defender também a tese de que os sistemas sociais podem ser “vivos” em diversos graus”. Capra, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Cultrix, 2002, p. 94.

⁶ Teubner, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 63-64.

⁷ Teubner, Gunther. **O Direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 32 e seguintes.

de interação circular e fechada⁸. Nestas interações, como já é de se concluir, Luhmann identifica a comunicação como o elemento central das redes sociais, utilizado como modo particular de reprodução pelos sistemas sociais autopoieticos. As comunicações são produzidas e reproduzidas, formando uma rede de comunicação que constituem os elementos do sistema e que não podem existir externamente – motivo esse que, resumidamente, justifica que esta concepção não compreende as pessoas como membros da sociedade, e sim exclusivamente a comunicação. Motivo esse que corrobora na superação dos limites físicos e geográficos atrelados a concepção de diferentes sociedades com base nos diferentes Estados.

De maneira simples são cinco as principais características de tal concepção: 1) *a essência do sistema é reduzir a complexidade a partir da sua distinção do ambiente a partir de um código binário que identifica aquilo que está dentro ou fora do sistema;* 2) *o sistema não é um organismo, mas a diferença entre o sistema e o ambiente a partir de suas operações e a partir delas são produzidos componentes e a estrutura do sistema - sempre a partir do mecanismo de autorreferência que mantém a circularidade e a autopreservação do sistema;* 3) *devido ao limite do sistema não existe troca direta entre ele e o ambiente, restando como conceitos de relações a observação externa, ressonância, acoplamento operacional e acoplamento estrutural;* 4) *cada sistema se diferencia em subsistemas a partir de suas funções;* 5) *sistemas funcionalmente diferenciados operam individualmente, sem ver as operações do sistema social (ambiente), sendo que o sistema social percebe as operações de cada sistema como restritos as suas funções*⁹.

Sobre a não mais utilização de características territoriais-geográficas para a definição de sociedade pode-se identificar uma razão. Por se tratar de uma sociedade que se caracteriza na comunicação, não existem barreiras

⁸ Convém mencionar que ao falar em interação circular e fechada, está se falando no processo de clausura operacional, uma operação interna do sistema essencial para assegurar a identidade do sistema e logo, possibilitar sua abertura. Também ao se referir à interação circular estamos nos referendo não a um círculo vicioso, mas a um círculo virtuoso, onde ocorre sempre uma perspectivação em espiral.

⁹ Cf. KAWAMURA, Satoko. **The formation of Global Economic Law:** under aspects of the autopoietic system. Japão, Shiga: Ryokoku University: 2012, pp. 2-3.

comunicacionais visíveis. As barreiras geográficas são substituídas por limites, pela diferença ente sistema e ambiente que não operam como barreiras clara - a exemplo do sistema jurídico que opera pelo binômio "legal/ilegal" daquela comunicação social. Especialmente hoje, a partir do invento da imprensa e mais ainda da *internet* houve não somente um aumento mas uma densificação da rede de comunicação da sociedade de modo a não existir mais uma relação dependente ou não do incremento ou da diminuição demográfica já que existe um desenvolvimento suficiente para a manutenção da capacidade de autorreprodução do sistema social¹⁰.

Com tais pressupostos o sociólogo alemão optou por denominar como sociedade mundial. Pela comunicação alcançar todo o globo terrestre somente pode haver uma só sociedade de maneira a não mais existir divisões territoriais como normalmente estamos habituados a visualizar e perceber - muito da influência da concepção de Estado. Ao mesmo tempo Luhmann entende que a expressão sociedade do mundo tende a expor a construção, por parte de cada sociedade, de um mundo próprio no qual se desenvolve o paradoxo do observador do mundo:

Por una parte significa que sobre el globo terrestre - y en todo el mundo alcanzable comunicativamente - sólo puede existir una sociedad; éste es el aspecto estructural y operativo del concepto. Al mismo tiempo, sin embargo, la expresión sociedad del mundo debe indicar que cada sociedad (y si observamos en retrospectiva también las sociedades de la tradición) construye un mundo y así disuelve la paradoja del observador del mundo; la semántica correspondiente que entra entonces a consideración debe ser plausible y debe estar adaptada a las estructuras del sistema sociedad¹¹

Merece crítica da mesma forma aqueles que promovem discussões exclusivamente em torno de "sistema internacional" ou de "relações

¹⁰ O sociólogo alemão ensina que "En lo que concuerdan todos los sistemas funcionales y en lo que no se distinguen es en el hecho de su operar comunicativo. Considerada en abstracto, la comunicación [...] es la diferencia que el sistema no hace ninguna diferencia. Como sistema de comunicación, la sociedad se distingue de su entorno, pero éste es un límite externo y no interno. Para todos los sistemas parciales de la sociedad los límites de la comunicación (la diferencia de la no-comunicación) son los límites externos de la sociedad. En esto y sólo en esto coinciden. Toda diferenciación interna debe y puede relacionarse con este límite externo ya que ella crea para cada uno de los sistemas parciales distintos códigos y programas. En la medida en que comunican todos los sistemas parciales participan de la sociedad; en la medida en que comunican de todo distinto, se distinguen entre sí." LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Cidade do México: Herder, 2007, p. 113.

¹¹ LUMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Cidade do México: Herder, 2007, p. 113.

internacionais" por não conseguirem se desvincular do pressuposto do Estado-nação. Os sistemas são diferenciados funcionalmente e, portanto, baseados em um código binário comunicacional e não distinguidos por geografia de determinado ente estatal como se fosse possível pensar em uma sociedade dividida em subsociedades. A manutenção da percepção da divisão territorial, por exemplo, traz também a ilusão do controle dos riscos como será abordado no decorrer do trabalho: *a sociedade, enquanto complexa e contingente, é fruto de decisões e portanto sempre sujeita aos riscos dos mais diversos e que, como todos, ignoram as pretensas barreiras territoriais e geográficas.* Dessa forma "[...] *society is not a communicative and normative unity which can be fully represented by one sovereign or parliamentary body*"¹². Constata-se que a sociedade do mundo nada mais é que o sobrevir do mundo na comunicação. Embora tais argumentos sejam postos com a denominação de sociedade mundial, advoga-se aqui pela por outra nomenclatura: global.

Denomina-se aqui como global a partir dos pressupostos de Gunther Teubner que, ao conceituar a ideia de ordem global busca superar a própria linguagem 'internacional' pelas suas relações entre o nacional e internacional e suas definições geográficas ainda alicerçadas no Estado-nação. Desta maneira justifica-se a eleição pelo global em detrimento das outras possibilidades, que, embora contingente esta decisão demonstra-se adequada nas palavras do jurista alemão quando se refere a uma ordem jurídica global:

o direito global (não: 'inter-nacional!'), nesse sentido, é um ordenamento jurídico *sui generis* que não pode ser avaliado segundo os critérios de aferição de sistemas jurídicos nacionais. [...] esse ordenamento jurídico, já amplamente configurado nos dias atuais, distingue-se do direito tradicional dos Estados-nações por determinadas características, que podem ser explicadas por processos de diferenciação no bojo da própria sociedade mundial. Porque, por um lado, se o direito global possui pouco respaldo político e institucional no plano mundial, por outro lado, ele está estreitamente acoplado a processos sociais e econômicos dos quais recebe os seus impulsos mais essenciais.¹³

A sociedade atual é formada por relações entre Estados, entendida como uma coletividade de sociedades diferentes no Direito, política, economia dentre

¹² SAND, Inger-Johanne. Polycontextuality as an alternative to Constitutionalism. In: JOERGES, C; SAND, I.; TEUBNER, G. **Transnational Governance and Constitutionalism**. Portland: Hart Publishing, 2004, p. 43.

¹³ TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Revista Impulso**. Piracicaba, 14(33): 9-31, 2003, p. 11.

outras características. Lembra-se que esta coletividade não possui uma organização central e dessa maneira permite, desde já, a pulverização de decisões em meio a diferentes organizações *internacionais* sem olvidar a relevância que assumem outras organizações privadas por exemplo.

3 POR UM DIREITO GLOBAL E POLICONTEXTURAL

Enquanto modo de operação tradicional do Direito, o mesmo é orientado a partir da *programação condicional*, ou seja, produção do passado quando a construção do sentido jurídico já está orientado anteriormente. Existe a possibilidade, hoje crescente, de orientação a partir da *programação finalística* com a consideração do futuro na reflexão da decisão em busca da produção da diferença¹⁴. Fundado na repetição do tempo e todos seus elementos comunicacionais, hoje o Direito se mostra preocupado com o futuro, ou seja, na limitação das consequências relevantes de uma decisão:

como las consecuencias futuras de las decisiones son interdependientes en alto grado, tanto más cuanto que las consecuencias hipotéticas de las alternativas se han de incluir en la decisión jurídica, la orientación a las consecuencias nos lleva forzosamente a desdibujar las diferenciaciones actuales, sea en el aspecto profesional, sea en el organizativo.¹⁵

Conceitualmente o Direito se classifica em um sistema autopoietico funcionalmente diferenciado e, portanto, carrega consigo as características já apresentadas quando do sistema social global. Seu código binário específico que permite a diferenciação do ambiente é o "legal/ilegal" e, portanto, o Direito é o único sistema que pode operar esta diferenciação. Embora o Direito possua a exclusividade de operar a partir nos limites de suas comunicações, vale mencionar a sua capacidade de ressonância. A programação do sistema jurídico está calcado em normas no sentido amplo, comunicações jurídicas que se revestem desde orientações, leis a decisões judiciais - ou seja, toda comunicação que opera na diferenciação do código binário apontado. Toda essa comunicação

¹⁴ FLORES, Luis Gustavo Gomes. Teoria das três matrizes de Leonel Severo Rocha - um ponto de partida para novas reflexões. In: BARRETO, Vicente de P.; DUARTE, Francisco C. **Direito da sociedade policontextural**. Curitiba: Appris, 2013, pp. 49-73, p. 67.

¹⁵ LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 9.

deste sistema parcial busca a realização da função precípua do Direito, função esta que atrai interesse particular na universalidade da comunicação social: a possibilidade de estabilização das expectativas¹⁶.

Quando determina comunicação passa a operar a partir da disputa entre legal e ilegal a mesma está inserida dentro da concepção jurídica de sistema, e pelo tanto, há uma transformação de tal evento em um evento jurídico - seja um evento inicialmente econômico, social, religioso e científico como bem podem envolver as nanotecnologias. Justamente a eficácia social do Direito, enquanto sistema, depende da sua capacidade de refletir internamente com base em sua própria complexidade seletiva:

a eficácia social do direito depende, entre outros fatores, da sua capacidade de reproduzir determinadas interações sociais, interna e seletivamente, como acontecimentos jurídicos, quando lhe são colocadas à disposição do seu ambiente, como condições marginais, ou da capacidade de se imunizar contra elas.¹⁷

A compreensão da dogmática jurídica tem levado em conta, como categoria dominante, a ideia de validade da norma jurídica - com forte apelo na teoria normativista de Hans Kelsen¹⁸. Nos tempos recentes de hipercomplexidade a validade é colocada em segundo plano em privilégio da efetividade do Direito¹⁹. Exemplos são os mais diversos da importância da efetividade. Organizações privadas, transnacionais já que operam globalmente por meio da internet - por exemplo o site de aluguel de imóveis "Airbnb", adotam procedimentos normativos internos que permitem identificar que, independentemente da validade de tais contratos com as ordens nacionais, buscam a efetividade da garantia do negócio para todos os participantes. Exemplos de organizações que não operam

¹⁶ "El derecho es un sistema funcionalmente diferenciado de la sociedad moderna [...], cuya función es mantener estables las expectativas [...] aun en caso de que resulten vanas. Dichas expectativas son normas que permanecen estables independientemente de su eventual violación." DERECHO. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosário sobre la teoría Social de Niklas Luhmann**. México: ITESO/Editorial Anthropos, 1996, p. 54.

¹⁷ TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 31

¹⁸ Ver KELSEN, HANS. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

¹⁹ Lembra Leonel Severo Rocha: "Como se podem pensar possibilidades de racionalidade de um outro tipo para o Direito? Uma primeira alternativa que surge, e é interessante, é a ideia de *efetividade*. Se a validade de um sistema normativo é dada por uma hierarquia, agora, a validade é trocada ou colocada em segundo plano. Então, o mais importante para o sistema do Direito - não mais normativo - passa a ser a *efetividade*" ROCHA, L. S.. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ____, Leonel S.; KING, Michael; SCHWARTZ, G.. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32.

exclusivamente pela *internet* também existem, como a marca têxtil global "GAP" que identifica por meio de códigos de conduta e um programa de cumprimento que, ao ser constantemente aprimorado, busca implementar decisões privadas de forma a garantir direitos fundamentais como os relacionados com a erradicação do trabalho infantil, desenvolvimento local/regional onde suas fábricas estão inseridas dentre outras políticas²⁰. Hoje, em decorrência de acordos e o maior controle sobre as práticas de lavagem de dinheiro, é possível observar a implementação de programas similares em todas as instituições financeiras. Exemplos como esses demonstram a pulverização de comunicações jurídicas, não sendo mais possível conceber que o efetivo exercício da função do Direito esteja exclusivamente centrado na ideia de Estado e muito menos em concepções territoriais-geográficas.

Superando a organização social entre territórios, entende-se que a sociedade é policontextural. Essa policontexturalidade, como definida por Teubner e demonstrada anteriormente, apoia-se na diferenciação entre centro e periferia de Niklas Luhmann²¹ onde o que definiria esta posição é unicamente o ponto de observação, ou seja, o local de onde parte a decisão. Lembra Flores que "o 'Direito da sociedade' não pode ser reduzido à figura do juiz ou da Constituição", sendo necessário "[...] considerar tudo isso em uma perspectiva sistêmico-complexa, onde emerge a importância de repensarmos os contornos da noção de 'Organização'"²². Por sua vez, a organização baseia sua autorreprodução com base na decisão²³.

Mantendo sua concepção autopoietica, lembra-se que enquanto sistema parcial o Direito assegura sua autonomia e sua incerteza. Seu futuro somente pode ser desenvolvido a partir dos limites do sistema, e não externamente. Buscar a certeza em uma sociedade e um Direito contingente é ignorar, ou manter-se ingênuo e alheio, os avanços da comunicação e a própria característica

²⁰ Este tema será abordado no decorrer deste ensaio.

²¹ Ver LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. **Teoría de la sociedad**. Guajalajara: Universidad de Guajalajara: 1993.

²² FLORES, Luis Gustavo Gomes. Teoria das três matrizes de Leonel Severo Rocha - um ponto de partida para novas reflexões. In: BARRETO, Vicente de P.; DUARTE, Francisco C. **Direito da sociedade policontextural**. Curitiba: Appris, 2013, pp. 49-73, p. 63.

²³ Cf. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, Herder, 2010.

autopoiética. Manter-se associado à noção tradicional de povo, território e governo, ou seja, à noção tradicional de Estado é não perceber a natureza de alta complexidade da sociedade atual. Os desafios são inúmeros, mas o imaginário base de que o Estado mantém o monopólio da regulação jurídica não mais se coaduna com a era de incerteza e insegurança na qual se encontra a sociedade e o Direito.

Ainda, a relação de causalidade normalmente identificada pelo Direito quando da sua decisão não se coaduna com a gestão reflexiva e policontextual dos riscos. Torna-se primordial [...] afastar-se da causalidade e aproximar-se da circularidade construtivista [...] de forma a viabilizar "uma explicação reflexiva da decisão jurídica, ou seja, uma teoria não normativista da decisão jurídica"²⁴. Reflexividade também corrobora com a indução de condutas por parte dos demais sistemas e organizações. O direcionamento com base no Direito é possível seja a partir de uma comunicação normativa geral ou por atos jurídicos específicos e a consequente perturbação sistêmica orientada. Embora lembre-se que cada sistema/organização orienta sua comunicação a partir da recursividade circular fechada de seus atos, e que é impossível a orientação externa desse funcionamento, o Direito pode irritar os demais sistemas provocando uma compatibilização de comportamentos:

Quando sistemas recursivos e auto-organizados pode realizar valores próprios, em razão de perturbações externas, então o direito pode tentar, por produção normativa geral ou por atos jurídicos especiais, produzir perturbações de forma orientada e, apesar de todo o caos individual, irritar os sistemas recursivos de maneira que eles consigam mudar de um estado atrator a outro, com o qual o objetivo legal seja, pelo menos, compatível.²⁵

Essa compatibilização recíproca de comportamentos proporciona também um maior sincronismo no paralelismo temporal. Veja que cada sistema possui sua complexidade interna completamente diferenciada do seu ambiente e demais sistemas, característica conhecida como *paralelismo temporal* - uma defasagem temporal. Segundo Flores a "defasagem na concepção temporal do Direito gera a

²⁴ SILVA, Artur Stamford de. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. In: SCHWARTZ, G. (Org.). **Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 37-8.

²⁵ TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 38.

impressão de existirem duas concepções temporais distintas e desconectadas: um Tempo da sociedade, altamente dinâmico e, paralelamente, um Tempo específico do Direito, extremamente conservador, fruto de uma racionalidade moderna que acentua demasiadamente o passado²⁶.

A situação regulatória será mais efetiva quanto mais maleável for a comunicação, permitindo que organizações e sistemas ajustem mutuamente seus comportamentos de forma a produzir uma organização das expectativas de forma recíproca efetiva e duradoura. Trata-se de sincronizar, e não impor, comunicar e não mais ordenar, regular e não mais regulamentar lembra Alain Suipot²⁷. Regular passa por reconhecer a autonomia da complexidade jurídica frente ao seu ambiente - seja a sociedade seja os demais sistemas parciais de comunicação. Reconhecer também que o Direito global, não mais *internacional*, somente vai possuir efetividade quanto mais se tornar reflexivo e compatível temporalmente com os demais sistemas e organizações sociais - sejam privadas ou públicas. A policontextualidade torna-se fundamental, já que as organizações empresariais não mais operam nacionalmente e sim "[...] procuram novas formas de organização de trabalho" e tampouco "se contentam com a subordinação, já não querem trabalhadores somente obedientes"²⁸ da mesma forma que os consumidores como um todo não esperam mais que seus produtos e suas experiências tenham de ficar restritas a determinado território.

A emergência de normas globais, autoproduzidas por organizações privadas são um novo exemplo da contratualização do Direito a partir de centros e periferias. Historicamente as atividades de atores privados têm sido reguladas pelos contextos jurídicos de cada Estado, todavia, cada vez mais os entes públicos possuem dificuldade de dar efetividade a regulação quando se trata de atividades transnacionais de empresas que atuam globalmente. Por tal motivo é

²⁶ FLORES, Luis Gustavo Gomes. Teoria das três matrizes de Leonel Severo Rocha - um ponto de partida para novas reflexões. In: BARRETO, Vicente de P.; DUARTE, Francisco C. **Direito da sociedade policontextural**. Curitiba: Appris, 2013, pp. 49-73, p. 65.

²⁷ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 146.

²⁸ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 154.

que se torna cada vez mais importante buscar alternativas a partir da insuficiência do modelo atual de imposição de comportamento:

Global laws are regarded as self-regulations which are made by private actors. Essentially, the activities of private actors have been regulated by laws of each state. But, in certain fields, states or interstate organizations have some difficulty in regulating transnational activities caused by or involving private actors which are becoming more and more important in the global society. In such fields as economics, activities are essentially transnational²⁹.

Não se trata de uma compreensão liberal, ou *neoliberal*, de Estado e Direito, mas o reconhecimento do paralelismo temporal entre a sociedade e o sistema jurídico quando arraigado a uma observação de mínima complexidade. A emergência de tais normas não pode ser barrada no contexto atual, mas pode ser induzida de forma a dar coerência e integridade ao sistema jurídico entre sua periferia e centro e vice-versa já que se trata do ponto de observação. Miguel Reale já alertava que "[...] nenhuma estrutura social é uma unidade maciça e mononuclear, mas sim uma *unitas ordinis* ou 'unidade de sentido', ou seja, uma composição de múltiplos fatores que se correlacionam em função de um ou mais motivos"³⁰. Fundamental desta forma o reconhecimento de novos instrumentos de regulação, como são os códigos de conduta e seus programas de cumprimento, instrumentos privados de cunho voluntário oriundos do fenômeno da autorregulação.

4 INSTRUMENTOS PRIVADOS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Cogitar a utilização de instrumentos privados não é algo recente na doutrina jurídica. Miguel Reale, já a algum tempo, identificava nos contratos uma das fontes e modelos do Direito. Mesmo não prevendo a dimensão da utilização específica dos instrumentos ora analisados o jurista brasileiro já indicava o contrato enquanto fonte negocial, fonte essa hoje muito usual na estabilização das expectativas sociais. Observa-se hoje um contínuo processo de solução dos

²⁹ KAWAMURA, Satoko. **The formation of Global Economic Law**: under aspects of the autopoietic system. Japão, Shiga: Ryokoku University: 2012, p. 9.

³⁰ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do Direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 87.

conflitos, sejam individuais ou coletivos, mediante decisões negociadas - com ou sem a participação do Estado.

Na usual afirmação de que 'o contrato tem força de lei entre as partes' já se albergava o reconhecimento de que a 'autonomia da vontade' é fonte geradora de regras de direito, mas esta asserção só adquiriu plenitude de significado quando Kelsen, ao mesmo tempo que reduzia o Direito a um sistema de normas, alargava o sentido *normativo*, libertando-nos definitivamente do *legalismo*, isto é, do incontrastado domínio das normas legais.³¹

A partir da policontexturalidade proposta por Teubner nos parece adequado compreender que a produção normativa ocorre nos mais diferentes pontos da sociedade, não estando mais delimitado pelos limites tradicionalmente arraigados na concepção de Estados nacionais. Leonel Severo Rocha, ao explicar e exemplificar esta especial concepção de sociedade proposta pelo jurista alemão comenta acerca da emergência de uma série de comunicações jurídicas, autônomas a partir de sua própria lógica, que, dependendo do ponto de observação podem estar tanto no centro quanto na periferia do sistema jurídico:

Teubner afirma que é preciso se pensarem novos tipos de direitos que surgiram na periferia, mas que também têm autonomia, como se fossem o centro: os direitos *softs*, *soft law*, *direitos híbridos*, direitos de contratos internacionais, direitos de organizações internacionais, que têm uma lógica própria. E que começam a surgir, paralelos ao Estado, na globalização. O surpreendente, exemplifica Teubner, é que grandes multinacionais, ao regularem a sua atuação, seguem os direitos, têm regras e, às vezes, códigos de ética (para seus interesses). Em poucas palavras, a grande empresa tem códigos de atuação normativas, que não são necessariamente os mesmos dos países.³²

Com um surgimento associado com enfretamento aos escândalos corporativos de cunho contábil, os programas de conformidade remetem a data de 1986 e a partir de 1991 permite uma punição diferenciada para organizações que possuem iniciativas para detectar e prevenir crimes.³³ Um dos grandes desafios frente a capacidade reflexiva da doutrina jurídica é a possibilidade de

³¹ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 73.

³² ROCHA, L. S.. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ____, Leonel S.; KING, Michael; SCHWARTZ, G.. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 39-40.

³³ Cf. BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. **Building a World-Class Compliance Program: best practices and strategies for success**. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2008, pp. 45-71.

criar programas condizentes com a conciliação interna do discurso jurídico com as implicações do ambiente (sistemas sociais)³⁴.

No contexto contratual são identificados três níveis de conflitos no sistema contratual, o primeiro quanto à interação, o segundo sob o prisma institucional e o terceiro no âmbito da sociedade. No nível da interação o conflito se dá entre acordo contratual e moral da interação quanto ao feixe de expectativas informais que não necessariamente estão expressas nas declarações. Quanto ao nível institucional há o conflito entre contrato e instituições sociais, demonstrando que o contrato está inserido em um contexto mais amplo de prerrogativas e restrições que tais declarações devem levar em conta. No âmbito da sociedade o conflito se dá entre o contrato e o seu ambiente, ou seja, sistemas sociais funcionais como política, economia, família, cultura e religião que acabam por aumentar a complexidade de tal decisão frente ao modo clássico de análise dos contratos. Uma das grandes importâncias da existência dos códigos de conduta corporativos e dos programas de cumprimento é quanto as perspectivas de responsabilidade das organizações quando do, potencial ou efetivo, dano/crime/prática abusiva a partir das suas atividades. De outro lado tais programas podem se tornar instrumentos de grande contribuição para as boas práticas e para dar efetividade aos Direitos Humanos já que historicamente a confiança depositada de forma exclusiva e histórica no Estado não trouxe a exclusivamente no Estado não conseguiu realizar a máxima sempre lembrada de Bobbio: "[...] que o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los"³⁵. Retomando o já argumentado, hoje a efetividade do Direito assume uma importância diferenciada em detrimento da validade.

Não se pode olvidar que a efetividade está intimamente relacionada com os sistemas regulatórios. Em se tratando da perspectiva da relação das organizações tidas como privadas e àquelas tidas como públicas sempre houveram dois objetivos. Essas sempre buscaram meios para controlar aquelas que, por sua vez, buscaram meios de desenvolver sistemas de governança

³⁴ Cf. TEUBNER, Günther. Níveis de conflito no "sistema contratual". In: _____, Günther. **O Direito como Sistema Autopiético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 239-42.

³⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 22.

próprios de forma a controlar a cadeia produtiva onde quer que estivesse localizada geograficamente:

From the perspective of public law, the objective has been to develop a network of regulatory systems through which state actors can control such entities. From the perspective of the multinational corporation, the objective has been to develop governance systems of its own to regulate the factors of production of wealth wherever located.³⁶

Também não se pode esquecer que operar em diferentes localidades pode ser observado como uma oportunidade frente a sistemas regulatórios mais robustos e dispendiosos. Ou seja, quando determinada organização transnacional não possui em determinada região um contexto regulatório que lhe agrade ela poderá se submeter a outro regime. Esse contexto se agrava quando se percebe um ambiente global de competição entre Estados por investimento de capitais para buscar o suposto desenvolvimento econômico. Resguardadas as devidas proporções e observando-se específicos contextos, há um crescente movimento negocial entre Estados e corporações transnacionais que praticamente permitem a equiparação das organizações privadas a outros Estados como se estivessem celebrando tratados.

O Departamento de Justiça dos Estados Unidos define esses como programas de cumprimento estabelecidos pela gestão corporativa para prevenir e detectar a má-conduta e assegurar que as atividades corporativas são conduzidas de acordo com todas as regras, regulações e leis civis e criminais. O mesmo órgão norte-americano encoraja esse policiamento realizado pela própria corporação, incluindo divulgações voluntárias para o governo de quaisquer problemas que a corporação tome conhecimento por conta própria. Indica ainda a insuficiência de que a simples existência de programas de cumprimento justificaria a imunidade da empresa por condutas criminosas realizadas pelos seus empregados, diretores e agentes. Pelo contrário, orienta o referido órgão que a existência de tais condutas ilegais implica no entendimento de que o

³⁶ BACKER, Larry Catá. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. *ILSA Journal of International & Comparative Law*. Vol 14, No 2, 2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1092167>>, Acesso em abril de 2015, p. 2.

programa de conformidade não esteja sendo bem aplicado podendo gerar ações do Estado independentemente da existência de tais programas³⁷.

Exemplos de regulações globais e autônomas são os mais diversos - motivo pelo qual advoga-se pelo reconhecimento e uma qualificada observação jurídica acerca desse assunto. Um bom exemplo disso é a "Internet Society", uma associação privada que define as regras e regulação da evolução do protocolo *internet* ao redor do mundo. Dentro desse contexto sites como o eBay fornece um espaço comercial para as pessoas usarem e ele é quem decide as regras para que os usuários resolvam suas disputas jurídicas. Essa mesma organização estabeleceu mecanismos de avaliação da performance dos compradores e vendedores - sistema esse que virou um modelo e foi replicado em diferentes outros sites como é o caso do "Mercado Livre" e outros sistemas de comércio. Os domínios, endereços de sites e os endereços IP (*internet protocol*) são regulados por regras editadas pela Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) que é uma organização privada sem fins lucrativos criada pela Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) que, por sua vez, é uma associação norte-americana privada:

For example, the Internet Society is a private association which makes rules and regulates the evolution of Internet protocol of all over the world. eBay supplies an online market for people to use. eBay decides detailed and formalized rules for users and has established a mechanism to resolve disputes among users. It also made a system which evaluates performance of buyers and sellers on the online market. The systems and the rules of eBay became a model of other online markets. The assignments of domain names and IP addresses are regulated by rules made by Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) which is an private non-profit organization built on the Internet Corporation for

³⁷ "Compliance programs are established by corporate management to prevent and to detect misconduct and to ensure that corporate activities are conducted in accordance with all applicable criminal and civil laws, regulations, and rules. The Department encourages such corporate self-policing, including voluntary disclosures to the government of any problems that a corporation discovers on its own. However, the existence of a compliance program is not sufficient, in and of itself, to justify not charging a corporation for criminal conduct undertaken by its officers, directors, employees, or agents. Indeed, the commission of such crimes in the face of a compliance program may suggest that the corporate management is not adequately enforcing its program. In addition, the nature of some crimes, e.g., antitrust violations, may be such that national law enforcement policies mandate prosecutions of corporations notwithstanding the existence of a compliance program." US DEPARTMENT OF JUSTICE. **Memorandum:** principles of Federal Prosecution of Business Organizations. Disponível em: <http://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf> Acesso em 20 jan. 2015.

Assigned Names and Numbers (ICANN). ICANN is an American private association³⁸

Os programas de cumprimento são somente um dos exemplos de normas autônomas. Eles, originalmente desenvolvido em inglês sob a expressão *compliance programs*, nada mais são que um contexto de estar atuando de acordo com o que está estabelecido em normas gerais, especificações ou legislação. Na realidade os programas de cumprimento nada mais são que medidas internas que qualquer entidade pode adotar afim de assegurar que estará cumprindo com um contexto legal específico, ou seja e em termos pragmático-sistêmicos, trata-se de comunicação específica a partir do código "legal/ilegal" enquanto campo específico da comunicação jurídica de forma a organizar as expectativas internas daquela organização. Trata-se de cumprimento da lei e mais. Verifica a aderência das atividades e processos aos requisitos legais onde para cada atividade torna-se uma obrigação estar ciente de todas as implicações e consequências legais. Essa perspectiva se coaduna com a proposta de uma regulação eficaz a partir da concepção de Teubner:

A regulação (direcionamento) somente é bem-sucedida em poucos casos, nos quais os programas auto-regulativos (sic) concretos do direito 'coincidentemente' se coadunam com os programas auto-regulativos (sic) concretos da economia, isto é, quando o processamento econômico de diferenças vai 'mais ou menos' ao encontro da intenção legislativa.³⁹

Não se pretende aqui desenvolver uma concepção de análise dos programas de cumprimento, oriundos dos respectivos códigos de conduta, como um benefício para a própria organização. Pelo contrário. Trata-se de demonstrar como tais contratos possuem uma dimensão não somente regulatória, mas também social. Embora não se olvide que o objetivo das corporações seja o lucro⁴⁰, tem-se observado uma crescente importância do conceito de *corporate citizenship* no mundo organizacional, ou seja, cidadania empresarial pela prática de condutas fiéis ao Direito e pela participação da organização nos assuntos

³⁸ KAWAMURA, Satoko. **The formation of Global Economic Law**: under aspects of the autopoietic system. Japão, Shiga: Ryokoku University: 2012, pp. 9-10.

³⁹ TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 43.

⁴⁰ A CORPORAÇÃO. Direção: Jennifer Abbott; Mark Achbar. Zeitgeist Films, 2003. 1 DVD (145 min), son., color.

públicos⁴¹. Da mesma forma não se ignora o fato de que a conduta cidadã da organização possa ser - e muitas vezes é - uma forma de alcançar mais lucros considerando uma característica contemporânea do consumidor. Mas, como observado, a efetividade da prestação da garantia torna-se cada vez mais relevante no contexto atual, e se demonstra que contratos particulares voluntários podem ser mais um instrumento deste Direito policontextual que proporcione a garantia de direitos fundamentais.

Toma-se como exemplo o caso da "GAP Inc." que, além de possuir um código de conduta próprio⁴², esteve envolvida em escândalos acerca de trabalho infantil em uma de suas fornecedoras. A empresa define seu código de conduta de negócios como "a commitment we make to our shareholders, customers and each other not only out of a legal obligation, but because it's the right thing to do", complementando que

We each make important contributions to protecting our company and its reputation. Recognizing right from wrong, and understanding the ethical implications of our choices, is fundamental to doing what's right at Gap Inc. We are each responsible for applying the standards outlined in our Code of Business Conduct to our work, every day.

Observando referido documento, existem preocupações da organização nos seguintes tópicos: *como empoderar o consumidor para expor suas preocupações; trabalhando com integridade; ter uma prática ética; afastando conflitos de interesse; proteção da marca; entendendo as linhas políticas da política empresarial, e; recursos para fazer o que é correto*⁴³. Todas essas características dão um novo molde ao negócio, também contratual, com seus fornecedores que antigamente somente envolvia um retorno financeiro pela produção de determinados produtos. Hoje existe uma preocupação, ao menos expressada, em quem está produzindo e como se está produzindo aqueles produtos e a própria instituição. Por conta desta nova política empresarial é que

⁴¹ DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental**: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9605/98. Tradução de Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 26 e seguintes.

⁴² Interessante característica é o fato de que tal código está disponível em nove idiomas. GAP INC. **History**. 2015. Disponível em <<http://www.gapinc.com/content/gapinc/html/aboutus/ourstory.html>>. Acesso em 13 abr. 2015.

⁴³ GAP INC. **Our Cord of Business Conduct**. 12/2012. Disponível em <http://www.gapinc.com/content/dam/gapincsite/documents/COBC/COBC_english.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2015.

houve a necessidade de demandar um nível de conduta uniforme de toda sua cadeia produtiva.

Os novos padrões aumentam o valor da companhia. Inicialmente reduzem custos e aumentam a qualidade dos produtos. Secundariamente esta visão de responsabilidade social corporativa serve como resposta lucrativa pela demanda dos consumidores por produtos produzidos em determinada maneira. Por fim esta nova maneira de gerenciar a cadeia produtiva de forma socialmente responsável está relacionada também com boas práticas de governança corporativa, ou seja, atrai novos acionistas e um retorno mais sustentável do lucro a eles. Tais práticas foram iniciadas em 1992 com o estabelecimento de padrões ao redor do mundo. Em 2004 a "GAP Inc." começou a editar seu Relatório de Responsabilidade Social e em 2006 começou a ter uma atenção ao trabalho colaborativo com ONGs.⁴⁴

Posteriormente foi estabelecido o documento *Code of Vendor Conduct*⁴⁵ que, baseado em padrões laborais aceitos internacionalmente e em convenções internacionais, estabelece os padrões mínimos exigidos que todos os fornecedores deveriam praticar para realizar negócios com a "GAP Inc.". Verifica-se que, considerando a possibilidade desta organização trabalhar em regiões onde a legislação seja de pouca incidência ou a prática cotidiana das empresas pouco fiscalizadas pelo Estado local, acaba que tais padrões são mais fortes e protetivos que a própria realidade local/regional externa às fábricas. Inclusive o código de conduta de fornecedores estabelece a possibilidade de fiscalização inesperada e punições unilaterais em caso de descumprimento, incluindo a suspensão de encomendas, o fim do relacionamento e/ou a implementação de um plano de ação corretivo.⁴⁶

Mesmo com o estabelecimento dessas políticas, em outubro de 2007 houve a divulgação de trabalho infantil próximo a condição de escravidão em uma das fábricas na Índia. Um dia após ter tomado ciência das denúncias na mídia a

⁴⁴ Cf. BACKER, Larry Catá. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. *ILSA Journal of International & Comparative Law*. Vol 14, No 2, 2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1092167>>, Acesso em abril de 2015, pp. 12-13.

⁴⁵ GAP INC. **Code of Vendor Conduct**. Disponível em: <http://www.gapinc.com/content/attachments/gapinc/COVC_070909.pdf>. Acesso em 13 abr. 2015.

⁴⁶ Cf. GAP INC. **Code of Vendor Conduct**. Disponível em: <http://www.gapinc.com/content/attachments/gapinc/COVC_070909.pdf>. Acesso em 13 abr. 2015, p. 15

organização identificou que houve uma subcontratação por parte de um de seus fornecedores e imediatamente cessou a compra deste fornecedor e preveniu que os produtos oriundos daquela fábrica fossem vendidos em suas lojas. O mais inesperado deste episódio foi que a partir das sanções aplicadas tomou-se conhecimento que aquelas crianças que naquela fábrica trabalhavam voltaram a uma situação de vulnerabilidade estando elas e suas famílias desamparadas, quando então a empresa notou que a sanção aplicada a empresa causou uma repercussão da mesma forma negativa. Prontamente identificou que uma política de um plano de ação para remediar o problema, com a obrigação do fornecedor de prover uma remuneração, educação e oportunidades dignas àquele entorno que anteriormente havia sido explorado. Hoje existe uma política de financiamento de organizações não-governamentais ao redor do mundo que advogam em causas de direitos fundamentais e o incentivo para que apoiem práticas sustentáveis em suas regiões.⁴⁷

Embora ainda incipiente, a temática dos códigos de conduta e programas de cumprimento parecem demonstrar que tais documentos podem sim vir a ser um instrumento auxiliar no emaranhado de possibilidades jurídicas de regulação, em especial a partir da policontextualidade. Talvez tenhamos chegado na época onde *os contratos substituem o Direito, redes de relacionamento substituem uma comunidade política, interesses substituem o território e o regulado passa a se tornar regulador*⁴⁸.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do desenvolvido nos é possível identificar que a diferenciação da sociedade por meio de Estados geograficamente delimitados não se demonstra adequado ao contexto contemporâneo. Em homenagem a Teubner adotou-se no

⁴⁷ Cf. BACKER, Larry Catá. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. *ILSA Journal of International & Comparative Law*. Vol 14, No 2, 2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1092167>>, Acesso em abril de 2015, pp. 11 e seguintes.

⁴⁸ Cf. BACKER, Larry Catá. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. *ILSA Journal of International & Comparative Law*. Vol 14, No 2, 2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1092167>>, Acesso em abril de 2015, p. 26.

trabalho a perspectiva de uma sociedade e um Direito global, não mais inter"nacional" levando em conta a característica autopoietica.

Associado a isso ainda existe a característica policontextural, onde a prática do código binário jurídico, ou de outro sistema social por exemplo, é praticado não mais exclusivamente por atores privilegiados. Com a superação da verticalidade e da exclusividade por uma horizontalidade decisional baseada dentre centro e periferia do sistema há a possibilidade de que organizações privadas, dentre inúmeras outras possibilidades, comunicarem sob a lógica jurídica e criarem padrões como podem ser considerados os instrumentos analisados no terceiro capítulo.

Por fim analisou-se as características dos códigos de conduta e programas de cumprimento. Embora são rotineiramente associados a minimização dos prejuízos em casos de condenação das empresas, esses institutos, conforme demonstrou-se, podem ser utilizados para a prática de padrões de cumprimento elevados e de forma autônoma em relação ao Estado e a região onde possam ser aplicados. Dessa forma há um potencial aumento da efetividade da proteção dos Direitos fundamentais. Por tal motivo acredita-se que se tenha cumprido, embora com resultados parciais da pesquisa, em demonstrar a viabilidade de observação diferenciada, e portanto qualificada, destes *novos* instrumentos jurídicos do Direito policontextural.

REFERÊNCIAS

A CORPORAÇÃO. Direção: Jennifer Abbott; Mark Achbar. Zeitgeist Films, 2003. 1 DVD (145 min), son., color.

BACKER, L. C. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. **ILSA Journal of International & Comparative Law**. Vol 14, No 2, 2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1092167>>, Acesso em abril de 2015.

BIEGELMAN, M. T.; BIEGELMAN, D. R. **Building a World-Class Compliance Program: best practices and strategies for success**. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2008.

BOBBIO, N. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAPRA, F. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Cultrix, 2002.

DERECHO. In: CORSI, G.; ESPOSITO, E.; BARALDI, C. **Glosário sobre la teoría Social de Niklas Luhmann**. México: ITESO/Editorial Anthropos, 1996.

DÍEZ, C. G.-J. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental**: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9605/98. Tradução de Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

FLORES, L. G. G. Teoria das três matrizes de Leonel Severo Rocha - um ponto de partida para novas reflexões. In: BARRETO, V. P.; DUARTE, F. C. **Direito da sociedade policontextural**. Curitiba: Appris, 2013, pp. 49-73.

GAP INC. **Code of Vendor Conduct**. Disponível em: <http://www.gapinc.com/content/attachments/gapinc/COVC_070909.pdf>. Acesso em 13 abr. 2015.

GAP INC. **History**. 2015. Disponível em <<http://www.gapinc.com/content/gapinc/html/aboutus/ourstory.html>>. Acesso em 13 abr. 2015.

GAP INC. **Our Cord of Business Conduct**. 12/2012. Disponível em <http://www.gapinc.com/content/dam/gapincsite/documents/COBC/COBC_english.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2015.

KAWAMURA, S. **The formation of Global Economic Law**: under aspects of the autopoietic system. Japão, Shiga: Ryokoku University: 2012.

KELSEN, H. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LUHMANN, N.; DE GEORGI, R. **Teoría de la sociedad**. Guajalajara: Universidad de Guajalajara: 1993.

LUHMANN, N. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007.

LUHMANN, N. **Organización y decisión**. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, Herder, 2010.

LUHMANN, N. **Sistema juridico y dogmatica juridica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MATURANA, H. R.; VARELA, F. J. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MATURANA, H. R.; VARELA, F. J. **De máquinas e seres vivos**: autopoiese – a organização do vivo. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

REALE, M. **Fontes e modelos do Direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, L. S. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1998.

ROCHA, L. S. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: _____; KING, M.; SCHWARTZ, G. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SAND, I.-J. Polycontextuality as an alternative to Constitutionalism. In: JOERGES, C; SAND, I.; TEUBNER, G. **Transnational Governance and Constitutionalism**. Portland: Hart Publishing, 2004.

SILVA, A. S. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. In: SCHWARTZ, G. (Org.). **Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SUPIOT, A. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TEUBNER, G. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Revista Impulso**. Piracicaba, 14(33): 9-31, 2003.

TEUBNER, G. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

TEUBNER, G. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

US DEPARTMENT OF JUSTICE. **Memorandum**: principles of Federal Prosecution of Business Organizations. Disponível em: <http://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf> Acesso em 20 jan. 2015.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

**GT – MEDIAÇÃO E JUSTIÇA RESTAURATIVA:
PERSPECTIVAS TEÓRICAS E EXPERIÊNCIAS
PRÁTICAS**

CANOAS, 2015

JUSTIÇA RESTAURATIVA E A PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA

Janaína Barcelos Corrêa¹

RESUMO: Este artigo tem como objetivo fazer um questionamento ao encarceramento como solução em termos de política criminal e apresentar a justiça restaurativa como alternativa, visando à participação comunitária.

PALAVRAS CHAVES: Direito, justiça restaurativa, participação comunitária.

1 INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é um direito constitucional fundamental previsto no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988. A intenção do legislador de 1988 foi no sentido de garantir o acesso ao Poder Judiciário e aos órgãos a ele ligados como defensorias públicas. A concepção atual desse acesso à justiça, atualmente, envolve formas judiciais e extrajudiciais de resolução de conflitos. A palavra justiça deve ser entendida numa acepção mais ampla. A busca da justiça não significa, necessariamente, o ajuizamento de uma demanda judicial. Novas formas de resolução de conflitos surgem como medida de melhorar o acesso da população a solução de suas demandas.

O crescimento da população mundial marca o crescimento da demanda judiciária. O aumento da criminalidade reflete no número de processos criminais, muitos envolvendo pequenos delitos, brigas de vizinho, contravenções. No Brasil em dezembro de 2012, conforme estatística do Ministério da Justiça², a população carcerária era de 548.003(quinientos e quarenta e oito mil e três) apenados. A estatística inclui os presos do regime aberto, semi- aberto e os que cumprem prisão provisória e preventiva.

O número de processo criminais que tramitam em fase de conhecimento é de 4,730,291(quatro milhões setecentos e trinta mil e duzentos e noventa e um),

¹ Advogada, Mestranda em Direito e Sociedade pelo Unilassale, e mail :drajanainacorrea@gmail.com

² www.portal.mj.gov.br

segundo o relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça³. Já na fase de execução, o número de processos é de 687.137(seiscentos e oitenta e sete mil e cento e trinta e sete) referentes a execuções criminais envolvendo penas privativas de liberdade e 274.850(duzentos e setenta e quatro mil e oitocentos e cinquenta reais) não envolvem penas privativas de liberdade.

2 SOCIEDADE E MEDO

A questão da necessidade de buscar mais repressão ao crime surge do medo generalizado que enfrenta a sociedade na pós-modernidade. A sociedade vive com medo de catástrofes, atentados terroristas, de sofrer violência. Porém, na realidade, não é comum que a toda hora haja catástrofes e assaltos, por exemplo. Mas, a mídia ressalta o perigo de tudo, sendo que o medo é a única coisa que a sociedade pode contar como certa.

Segundo Bauman⁴: “As oportunidades de ter medo estão entre as poucas coisas que não se encontram em falta nesta nossa época, altamente carente em matéria de certeza, segurança e proteção. Os medos são muitos e variados. Pessoas de diferentes categorias sociais, etárias e de gênero são atormentadas por seus próprios medos; há também aqueles que todos nós compartilhamos - seja qual for a parte do planeta em que possamos ter nascido ou que tenhamos escolhido (ou sido forçados a escolher) para viver. O problema, porém, é que esses medos não fazem sentido facilmente. Como surgem um a um numa sucessão contínua, embora aleatória, eles desafiam nossos esforços (se é que os fazemos) para estabelecer ligações entre eles mesmos e encontrar suas raízes comuns. Esses medos são ainda mais aterradores por serem tão difíceis de compreender; porém mais aterradores ainda pelo sentimento de impotência que provocam. Não tendo conseguido entender suas origens e sua lógica (se é que seguem uma lógica), também estamos no escuro e na incerteza quando se trata

³ Relatório Justiça em Números em [FTP://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf](ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf)

⁴ Bauman, Zigmunt, Medo Líquido, Editora Zahar, 2006, Página 31.

de tomar precauções - para não falar em evitar ou enfrentar os perigos que eles sinalizam”.

O grande desafio em termos de segurança pública é encontrar um equilíbrio entre a necessidade de segurança e a privação da liberdade individual. A segurança sem liberdade ou a liberdade sem segurança. A justiça retributiva tem falhado em garantir a liberdade com segurança. O que acontece é o aumento do encarceramento, o incremento da rigidez das penas sem que haja uma diminuição efetiva da criminalidade. Ao mesmo tempo a sociedade tem sido tolhida em sua liberdade, pois é, constantemente, vigiada por câmeras, escutas telefônicas e protegida por grandes com a justificativa de segurança. Como é comum falar a sociedade acredita estar presa enquanto acredita que o “bandido” está solto. Esse pensamento só faz aumentar a necessidade de punição a qualquer custo, criando um verdadeiro abismo entre vítimas e ofensores.

Para Baumann⁵, a questão da segurança e da liberdade é um tema de difícil enfrentamento, mesmo para os filósofos: “A promoção da segurança sempre requer o sacrifício da liberdade, enquanto esta só pode ser ampliada à custa da segurança. Mas segurança sem liberdade equivale a escravidão (e, além disso, sem uma injeção de liberdade, acaba por ser afinal um tipo muito inseguro de segurança); e a liberdade sem segurança equivale a estar perdido e abandonado (e, no limite, sem uma injeção de segurança, acaba por ser uma liberdade muito pouco livre). Essa circunstância provoca nos filósofos uma dor de cabeça sem cura conhecida. Ela também torna a vida em comum um conflito sem fim, pois a segurança sacrificada em nome da liberdade tende a ser a segurança dos outros; e a liberdade sacrificada em nome da segurança tende a ser a liberdade dos outros.”

A solução para o crime há vários séculos tem sido a judicialização dos conflitos de natureza criminal e a aplicação de penas privativas de liberdade. Ocorre que o encarceramento, por si só, se mostrou uma medida ineficaz de combate à criminalidade. Os países desenvolvidos, como os Estados Unidos, não

⁵ Bauman, Zigmunt, *Comunidade a Busca por Segurança no Mundo Atual*, Zahar Editora, 2003, *Página 24*,.

obtiveram diminuição da criminalidade com o aumento da crueldade das penas e com o encarceramento dos que cometem delitos. Começaram a surgir doutrinadores discutindo a questão da eficácia da justiça retributiva, alguns tendo como base ideias abolicionistas por volta do ano 1970. Dentre os autores podemos citar Louk Hulsman, Nils Christie e Thomas Mathiesen. O abolicionismo criminal defende que a prisão não é a melhor forma para resolver a questão do crime. Segundo Hulsman⁶, “Estou convencido de que a abolição do sistema penal num país determinado não aumentaria ali os riscos reais de graves enfrentamentos ou violências. De um lado, porque as situações em questão passariam a ser examinadas a partir de uma aproximação humana. Por outro lado, porque a perspectiva abolicionista reconhece a necessidade de manutenção de mecanismos de urgência a que se deve recorrer em tempos, ou intervalos, de crise. Uma coisa é suprimir a mecânica criminal. Outra coisa é excluir toda coerção. É preciso dar à polícia, no âmbito da manutenção da paz pública, a possibilidade de prender um indivíduo que está atacando outro, ou que se recusa a deixar determinadas situações- como ela faz em outras circunstâncias, numa atuação de emergência”.

O abolicionismo contribuiu para discussão da questão da pena e, também, para participação da vítima na resolução dos conflitos criminais. O que pode possibilitar o surgimento da justiça restaurativa como alternativa à justiça retributiva. O artigo não se propõe a tecer maiores comentários sobre o abolicionismo criminal, pois o foco do trabalho é a justiça restaurativa e a discussão se a justiça restaurativa pode contribuir para um modelo de justiça mais democrático, baseado na participação popular.

3 O ENCARCERAMENTO

O surgimento da pena está relacionado com a vida em comunidade, pois não haveria necessidade de qualquer pena se os indivíduos vivessem isolados.

⁶ HULSMAN, Louk Hulsman e JB de Celis em *Penas Perdidas*, página 113, 1ª Edição, 199, Luam Editora Ltda

Junto com o surgimento das primeiras civilizações começa o difícil processo de viver em sociedade.

Num primeiro momento a pena surge como a vingança individual, posteriormente, a vingança passa a ser a dos deuses com o nascimento de sociedades primitivas baseadas na crença religiosa. A vingança passou a ser coletiva e as tribos passaram a responder pela agressão sofrida por um dos seus membros de forma coletiva, o que gerou a dizimação de muitas tribos.

Com a evolução social e para evitar a dizimação das tribos, começaram a surgir leis e códigos para prevenir que houvesse essas dizimações. A lei de Talião, por exemplo, que limita que haja um mal idêntico ao feito, estava expressa no Código de Hamurabi e na Lei das XII Tábuas, assim evitando que a pena fosse muito mais abrangente que o mal cometido.

Segundo Tatiana Chiaverini⁷, “As civilizações que viveram entre os rios Tigres e Eufrates, entre 3000 e 400 anos antes de Cristo, produziram códigos muito cedo. O mais conhecido deles é o Código de Hamurabi (1792-1750). Esses antigos códigos da Babilônia apresentavam uma série de punições, como variadas formas de pena de morte e mutilação. As leis falam pouco sobre as prisões, mas através da literatura é possível afirmar que a prisão era utilizada nos casos de dívida, rapina, corrupção, rebelião de escravos e para estrangeiros cativos”.

Os castigos eram físicos representados por mutilações, esquartejamentos, penas de morte. Michael Foucault⁸ em *Vigiar e Punir*, no Capítulo 1 *Corpo dos Condenados*, relata uma pena de castigo corporal e, posteriormente, morte a um condenado por um parricídio:

“Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757, a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre

⁷ Origem da prisão, dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, em <http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Origem%20da%20pena%20de%20pris%C3%A3o.pdf>

⁸ Foucault, Michael, *Vigiar e Punir*, 27ª Edição, Editora Vozes

um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas Lançadas ao vento”.

Michael Foucault dá uma descrição horripilante do que acontecia na época, a vista do público, que era espectador. A pena de prisão existia no Egito Antigo, o Faraó, representando o Poder Divino, evitava penas cruéis e arbitrárias, mas fazia o preso prestar trabalhos forçados em verdadeiras masmorras. A Grécia antiga traz relatos de penas de prisão, porém muitas vezes para o aguardo da execução da pena de morte.

Segundo Tatiana Chiaverini⁹, “A prisão como pena da Idade Moderna, portanto, é fruto de uma evolução e da somatória de várias influências históricas. Desde a antiguidade as prisões de custódia, em sua maioria, com trabalhos forçados, já estava presente no inconsciente coletivo do homem. Mas foi a Igreja que revelou a possibilidade de prisão penitência. Já o surgimento da prisão na Idade Moderna coincide com decisivas transformações sociais. Veremos que as prisões modernas foram uma alternativa para coibir a vagabundagem e disciplinar o trabalhador no mundo industrial. O discurso humanista que imperou após o absolutismo e que combatia suas crueldades foi o principal responsável pela universalização da sanção penal e sua redução à pena de prisão, que até hoje é a base do sistema punitivo”.

Conforme Michael Foucault¹⁰, “No fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo. Nessa transformação, misturaram-se dois processos. Não tiveram nem a mesma cronologia nem as mesmas razões de ser. De um lado, a

⁹ Chiaverini, Tatiana, Origem da prisão, dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, em <http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Origem%20da%20pena%20de%20pris%C3%A3o.pdf>

¹⁰ Foucault, Michael, Vigir e Punir, 27ª Edição, Editora Vozes

supressão do espetáculo punitivo. O cerimonial da pena vai sendo obliterado e passa a ser apenas um novo ato de procedimento ou de administração. A confissão pública dos crimes tinha sido abolida na França pela primeira vez em 1791, depois novamente em 1830 após ter sido restabelecida por breve tempo; o pelourinho foi supresso em 1789; a Inglaterra aboliu-o em 1837”.

Michael Foucault trabalha a idéia que a partir do século XIX o castigo corporal, os grandes espetáculos são substituídos pela sobriedade punitiva. Começa a se desenvolver a justiça criminal, o julgamento através do júri, uma justiça burocratizada que não precisa colocar as mãos no corpo do acusado para lhe inflingir o castigo corporal. Surge a punição através da prisão e pravação da liberdade do autor do delito. Porém, o que Michael Foucault salienta, é que não existe prisão e nem pena de trabalhos forçados que funcione sem medidas adicionais como redução de comida, pravação sexual e expiação física. Essas supostas “medidas” ainda que possa se considerar não, intencionalmente, desejadas representam castigos físicos.

Embora Michael Foucault não tenha escrito num contexto de prisão, como nos dias de hoje, suas ideias podem ser analisadas a luz das nossas prisões atuais. Os presos tem horário para comer, horário para banho de sol, visitas íntimas pré-determinadas. Há todo um controle sobre a vida íntima da pessoa encarcerada, que representa muito do castigo físico e moral, do que uma mera pravação de liberdade. O criminoso reincidente e o criminoso primário convivem com a mesma forma de supressão de direitos, embora seus crimes possam ter um impacto bem diverso para comunidade.

O sistema de prisão, como ele se apresenta, atualmente, o que já foi relatado em números no início do artigo só faz aumentar a violência. O que se propõe ao adotar a justiça restaurativa é repensar, também, todo esse sistema que priva a intimidade, a liberdade e impõe um castigo físico e moral sem distinguir entre o “estuprador” e quem comete o primeiro furto. A comunidade tem um papel relevante e deve ser ouvida, pois é no seu seio que os crimes são produzidos. A comunidade poderá dizer sobre a possibilidade de aplicação de práticas restaurativas, recuperando o prejuízo das vítimas e evitando prisões que não possam cumprir nenhuma função reintegradora do criminoso.

4 JUSTIÇA RESTAURATIVA

Segundo as pesquisas sobre o tema, as práticas restaurativas surgiram na Nova Zelândia e teriam como inspiração os mecanismos de solução de litígio dos aborígens maoris. Em 1970, surge nos Estados Unidos o Instituto para Mediação e Resolução de Conflito(IMCR).Em 1982, é criado o primeiro serviço de mediação comunitária no Reino Unido. No ano de 2002, a Resolução 2012 do Conselho Econômico e Social da ONU define conceitos relativos à justiça restaurativa, seu balizamento e uso de programas no mundo. Segundo a Resolução esses são os conceitos de programa de justiça restaurativa, processo restaurativo e resultado restaurativo:

I-Terminologia:

1)Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos.

2)Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles).

3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor”.

A referida Resolução estabelece garantias processuais fundamentais que devem ser aplicadas a programas de justiça restaurativa. A preocupação da Resolução da ONU parece ser a de não se criar um tribunal de exceção, que não preserve as garantias processuais das partes ou obrigue ao réu a participar da prática restaurativa sem a mínima prova do cometimento do delito. Nesse diapasão, a referida Resolução preceitua que a participação do ofensor não será

prova de culpa em processo criminal posterior nem agravará sua pena. A intenção das práticas restaurativas é de facilitar a composição do conflito entre as partes, buscando reparar o prejuízo sofrido pela vítima. Segundo, ainda, tal Resolução os Estados tem autonomia para resolver sobre a melhor forma de aplicar programas de justiça restaurativa, desde que obedeçam as diretrizes da Resolução.

O que podemos constatar é que a justiça restaurativa pode ser aplicada na fase pré-processual ou na fase processual, dependendo da legislação nacional que regulamente o assunto. No mundo, há várias formas de aplicação das práticas restaurativas. Há países que incentivam que a prática seja aplicada antes do processo judicial propriamente dito. No Brasil, as iniciativas existentes surgiram em 2005 em Porto Alegre, São Caetano do Sul e Brasília. Nesse ano iniciou o Projeto Justiça Século 21¹¹ em Porto Alegre, na Vara da Infância e da Juventude. As práticas restaurativas foram aplicadas em processos judiciais por ato infracional, crimes e contravenções praticados por menores de 18(dezoito anos). Entre 2005 a 2008, 2583(duas mil quinhentos e oitenta e três pessoas) foram atendidas pela Central de Práticas Restaurativas do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre. Em relatório¹², documento OFÍCIO 014/212-CPR JIJ, obtido junto ao programa justiça 21 entre janeiro 1 de janeiro de 2012 e agosto de 2012 a equipe da Central de Práticas Restaurativas atendeu 261 casos para verificar a possibilidade de aplicação de práticas restaurativas. Nesse período a CPR JIJ promoveu um total de 79(30.27%) de encontros restaurativos envolvendo vítimas, ofensores e comunidades. Destes encontros restaurativos que envolveram a participação de ofensores, vítimas, famílias e comunidades, foram construídos e cumpridos os acordos em 100% dos casos. Em 37,54% dos casos não houve a participação dos envolvidos no círculo restaurativo, pelos seguintes motivos: participantes que optam não participar do encontro, adolescentes que evadiram da unidade de privação de liberdade, ofensores e vítimas não localizados, vítima desistiu de participar. Os atos infracionais com maior incidência de encaminhamento, ano 2011, foram lesões corporais, roubo/roubo qualificado, tentativa de homicídio. Também, se observou um aumento expressivo de

¹¹ <http://justica21.org.br/arquivos/RELATRIO+CPR+JIJ+AGO+2012+FINAL.pdf>

¹² <http://justica21.org.br/arquivos/RELATRIO+CPR+JIJ+AGO+2012+FINAL.pdf>

produção e tráfico de drogas. Nesse caso, são realizados círculos restaurativos envolvendo adolescentes, ofensores e familiares, que são encarados como vítimas secundárias do fato ocorrido. O que foi observado nos encontros é que as famílias possuem muita dificuldade de dialogar e traçar metas para o futuro.

O exemplo de Porto Alegre demonstrou a dificuldade que se tem de aproximar as vítimas e os ofensores, pois um grande número não quis participar dos círculos restaurativos. O ofensor pode apresentar o sentimento de vergonha e preferir um processo criminal a ter um diálogo direto com uma vítima. A vítima por sua vez poderá ter vários obstáculos para que possa aceitar participar de um processo restaurativo, um deles seria o medo de uma represália. Também, a dificuldade de reviver a situação traumática, de falar dos seus problemas, de seus danos e de ser co-responsável na decisão do que melhor poderia ser aplicado ao ofensor. A justiça restaurativa como alternativa à retributiva terá que enfrentar a questão das ideias pré-concebidas que tanto as vítimas como os ofensores têm sobre o crime. A vítima terá que refletir sobre o efetivo dano e não sobre seu desejo de vingança. O ofensor terá que encarar a vítima e não apenas seu descumprimento legal, tendo uma maior probabilidade de refletir sobre sua ação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente já traz dentro de seu texto de lei uma prática restaurativa, que é a reparação do dano. O artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente assim dispõe:

Artigo 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescentes as seguintes medidas:

II-obrigação de reparar o dano;

No processo criminal tradicional, a vítima tem pouca ou nenhuma participação, muitas vezes limitando-se a prestar um depoimento em juízo. Há uma proteção do Estado que assume a titularidade do processo. A sociedade tem que enfrentar seus próprios medos quando assume uma postura participativa, o que demandaria uma política criminal mais educativa. O momento atual, ainda, é de uma sociedade com grande medo e que vê na repressão a única forma de solução para o crime. Diariamente, somos bombardeados por notícias criminais que mostram cenas terríveis. O crime é apresentado como um espetáculo. A sociedade como espectadora passa a receber toda carga de informação sem

muitas vezes questioná-la. A falta de questionamento acaba por aumentar o medo e o desejo de vingança da sociedade. A mudança de uma justiça repressiva para uma justiça restaurativa passa pela discussão sobre o crime, do debate aberto de alternativas para redução da criminalidade. Infelizmente, o que ocorre é que a notícia sensacionalista dá audiência, vende jornal, revista e não é dado o mesmo espaço na mídia para programas educativos que possam, realmente, contribuir para reflexão sobre a criminalidade. Segundo Guy Debord¹³ em *Sociedade do Espetáculo*: “A alienação do espectador em proveito do objeto contemplado (que é o resultado da própria atividade inconsciente) exprime-se assim: quanto mais ele contempla, menos vive; quanto mais aceita reconhecer-se nas imagens dominantes da necessidade, menos ele compreende a sua própria existência e o seu próprio desejo. A exterioridade do espetáculo em relação ao homem que age aparece nisto, os seus próprios gestos já não são seus, mas de um outro que lhes apresenta”.

O uso das práticas restaurativas pode contribuir para a diminuição do número de processos criminais, evitando um longo trajeto até a execução penal. Assim, delitos de menor potencial ofensivo podem ter uma solução mais rápida e os de maior potencial ofensivo podem ser priorizados. Mesmo nos crimes de maior potencial ofensivo, os princípios da justiça restaurativa podem ser aplicados, possibilitando decisões mais representativas da comunidade.

A justiça restaurativa é uma forma de participação da comunidade na questão da violência. O Crime passa ser entendido não como uma violação contra o Estado e, sim, quanto a vítima. A vítima que tem no processo criminal tradicional, papel secundário, pois é representada pelo Estado e não tem participação e nem poder decisório sobre a sanção a ser aplicada, passa a ter na justiça restaurativa maior participação. Quem melhor que a vítima para demonstrar o dano que sofreu, dizer a reparação a que pretende para o ofensor. Segundo Daniel Achutti¹⁴ sobre a justiça restaurativa: “ uma possibilidade efetiva de democratização no gerenciamento de conflitos, enquanto no sistema pena a

¹³ DEBORD, GUY. *Sociedade do Espetáculo*. Pág. 25 e 26, em EBOOKSBRASIL.COM , ano 2003

¹⁴ Achutti, Daniel. *Anuário do Centro Universitário Unilassalle*, ano 2014

resposta vem de cima é imposta pela norma e aplicada pelo juiz na justiça restaurativa a resposta emerge dos próprios envolvidos, dado que na uma solução prévia para todos os casos e as mesmas deverão ser construídas conforme as peculiaridades de cada situação”.

No caso Brasileiro, vimos que foi adotado uma prática restaurativa já na fase processual. Após o fato ser encaminhado ao Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre era iniciada prática restaurativa, visando compor o dano e evitar a aplicação de sanção infracional ao menor. Futuramente, fica o questionamento se haverá a possibilidade de adoção no Brasil da justiça restaurativa antes mesmo da formação do processo criminal, evitando o aumento de processos, a demora do processo e o rótulo que ganham as partes como autor e réu. A mediação aproximaria as partes, possibilitando uma composição do dano, enquanto a judicialização do conflito por si só afasta as partes, muitas vezes impedindo qualquer forma de transação penal.

Segundo Antônio Konzen¹⁵, “o proceder segundo o ritual circularidade da Justiça Restaurativa tem como característica fundamental em relação ao proceder pela retributividade o desejo da instalação do ambiente em que os sujeitos em conflito são merecedores de um direito, o de exercer a palavra. Não a palavra na estrutura legal do interrogatório, *nem na ordem do responde-o-que-perguntado* dos depoimentos, formas de submissão típicas das relações de poder. Mas uma palavra posta na circularidade dos falantes. Antes do resultado, importa a forma de proceder”.

5 A PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA NA POLÍTICA CRIMINAL ATRAVÉS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A participação da comunidade na justiça restaurativa ou nas práticas restaurativas decorre da visão que não só a vítima, mas pessoas próximas da vítima, também, são afetadas pelo delito. Alguns autores defendem a ideia de

¹⁵ Konzen, Afonso Antônio. Justiça Restaurativa Limites e Frestas para os porquês da Justiça Juvenil, pagina 20 em http://escoladeconselhosdf.ceag.unb.br/wp-content/uploads/2013/02/08-justi%C3A7aRestaurativa-e-Alteridade_konzen.pdf

vitimização secundária, onde a comunidade seria a vítima secundária do crime. Para Mylene Jacoud: “os autores que aceitam a ideia de que a comunidade será lesada pelo crime, ressaltam que se trata de uma orientação que desloca a aproximação clássica punitiva na qual o estado é constituído como a entidade prejudicada pelo crime direcionado a uma aproximação adaptada à realidade: as pessoas concretas(as vítimas) mas também as comunidades às quais pertencem, sofrem os contragolpes da criminalidade. Por exemplo Van Hess, sustenta que o crime afeta a comunidade em sua ordem, seus valores e na confiança que os membros pode lhe consagrar”.

O conceito de comunidade para fins de aplicação na justiça restaurativa é objeto de discussão entre os doutrinadores. Qual a comunidade a que deve ser considerada, pois vítimas e ofensores participam de várias comunidades. Alguns autores defendem a inexistência de comunidade pela questão do individualismo e pela desagregação dos laços comunitários. Se formos pensar num ponto de vista de globalização, nos tempos de Internet, a definição de comunidade passa a ser mais difícil. Os crimes cometidos através da Internet podem envolver vítima e ofendido de países diferentes, repercutir em diversos países, ficando difícil de estabelecer um conceito preciso de comunidade nesses casos. No modelo americano, que adota os comitês de cidadãos na justiça restaurativa, é importante ter uma definição e uma localização da comunidade envolvida no crime para que haja a participação da comunidade. O corpo de cidadãos deve representar a comunidade próxima ao crime, o que não ocorre caso não seja possível a determinação. Porém a autora Mylene Jacoud¹⁶ pontua que “a inclusão da comunidade como parceira na administração dos programas restaurativos também inclui o perigo de torná-la uma condição necessária para definir a justiça restaurativa, e de recair nos argumentos previamente levantados. Mais adiante ainda ressalta a autora: “Estes fatores levam os defensores da justiça restaurativa através do envolvimento do cidadão, e, por isso a definir a justiça restaurativa de acordo com os procedimentos, perdendo de vista as finalidades restaurativas(modelo centrado sobre os processos)”. No Brasil, como ainda não

¹⁶ JACOUD, MYLENE, Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa

temos a experiência de utilização dos comitês de cidadãos, não foi encontrado um maior debate sobre o tema.

Com base no artigo “The future of community justice”, do doutrinador Adrian Lann, publicada na revista Harvard Civil Rights-Civil Law temos um panorama da justiça restaurativa americana. Em um primeiro momento, cumpre esclarecer que há nos Estados Unidos a mediação na esfera cível e criminal. A expressão justiça comunitária trazida pelo autor no texto é a que tem enfoque criminal, como o sinônimo brasileiro de justiça restaurativa. Há núcleos de mediação comunitária cível que não serão abordados no presente artigo.

Segundo o referido autor, após anos de abandono da reabilitação e da sentença discricionária, é reintroduzido o uso da reabilitação e da discricionariedade nos crimes de menor potencial ofensivo. Não se trata de um retorno a reabilitação, mas de uma aproximação de crime e punição que é radicalmente diferente a do processo judicial tradicional. As iniciativas comunitárias judiciais como *community courts*(cortes comunitárias), *community prosecution*(promotoria comunitária), *sentence circles*(círculos de sentença), e *citizen reparative boards*(corpo reparativo de cidadãos), descentralizam o controle da política criminal. O aumento da utilização dessas iniciativas se deve a uma crise de legitimidade do sistema tradicional, que após anos de encarceramento, quer fazer mais que simplesmente ser um armazém de infratores. A introdução, nos EUA, de um sistema mais duro de penas fez explodir a população carcerária.

A participação comunitária é evidenciada no trabalho das “community courts”. As cortes comunitárias(*community courts*) servem as comunidades, algumas atuam numa área mais ampla. Como as cortes de drogas, as cortes comunitárias tendem a ser menos adversárias que as cortes comuns, como o juiz, o promotor, o defensor público e os serviços sociais personalizam o trabalho como um time para arrumar tratamento e serviços sociais para o ofensor. Em soma a participação em tratamentos e outros programas as cortes comunitárias podem sentenciar o ofensor a pequenas penas de prisão e, usualmente, impõe a sentença uma prestação de serviços à comunidade. Por exemplo, limpar as pisações que fizeram e embelezar um parque público. A comunidade pode participar nos “impact panel”, painéis de impacto. Os membros da comunidade

descreverão o impacto negativo dessas ações na comunidade. As cortes encorajam a comunidade a participar, oferecendo treinamento para emprego, programas para jovem e aconselhamento não só para ofensores como para a comunidade em geral.

No Brasil, atualmente, passamos por uma crise de legitimidade do Estado em matéria penal semelhante à americana. O aumento da repressão policial, o aumento de penas e de número de presos não tem contribuído para diminuição da violência.

Nos Estados Unidos, as sentenças duras tem um grande impacto racial. Essa política somada às sentenças díspares para usuários de crack e cocaína têm gerado mais crise de legitimidade do Estado e encorajado o crime em comunidades com alta criminalidade. O movimento de justiça comunitária é em parte a tentativa de combater a crise de legitimidade do sistema de justiça criminal. A justiça restaurativa traz duas inovações: 1)O envolvimento dos cidadãos na formulação de políticas criminais para atender as necessidades das comunidades locais. 2)responder o crime procurando reabilitar o ofensor e reparar o prejuízo sofrido pela vítima e a comunidade é melhor do que punir o ofensor de acordo com os princípios da justiça retributiva. A participação da comunidade nas decisões de política criminal é o reconhecimento de que é necessário no combate a criminalidade uma postura mais descentralizada, reconhecendo as diferenças entre as comunidades e até mesmo o impacto que certos tipos de crime tem em cada comunidade. No Brasil, que é um país de grande extensão territorial, não é levado em consideração nas políticas criminais as diferenças entre as comunidades. O mesmo tratamento de política criminal que é dado a uma comunidade de uma cidade no interior do Rio Grande do Sul é, também, aplicado às comunidades dos Morros do Rio de Janeiro. Para algumas comunidades do Rio de Janeiro, talvez desinteresse a prisão de alguns cidadãos que praticam pequenos delitos, pois a preocupação é o combate ao tráfico de drogas e aos homicídios. Uma política de reabilitação e inserção desses ofensores no mercado de trabalho seria bem mais salutar que o encarceramento, o que só viria a contribuir para que os mesmos, sem nenhuma perspectiva, se associassem a

traficantes. Nesse ponto de vista, consideramos ser possível aplicar essas inovações da justiça restaurativa americana no Brasil.

Segundo Mark Umbreit¹⁷, “A proposta da justiça restaurativa conferência e diálogo é prover um lugar seguro para as pessoas mais afetadas pelo ato criminal específico(vítima, ofendido, membros familiares de ambos, e outras pessoas de apoio) ter a oportunidade de entrar num diálogo direto com cada um na ordem de falar sobre o total impacto do crime sobre suas vidas, endereçando algumas dúvidas persistentes e desenvolvendo um plano para responder ao prejuízo causado com a maior extensão possível”. O mesmo autor, ainda, relata que 38(trinta e oito) estudos ao longo de vinte anos foram feitos em milhares de casos em 1200(mil e duzentas) comunidades na América do Norte e na Europa. Os estudos demonstraram um alto nível de satisfação das vítimas e dos ofendidos, comparados ao processo criminal tradicional.

Embora seja satisfatória a experiência da justiça restaurativa estadunidense, há problemas como, por exemplo, no processo de escolha dos participantes da comunidade, que muitas vezes não representa grande parte da comunidade, mas grupos minoritários. Outro problema é ainda ser utilizada apenas para delitos menores, como pixação e vadiagem. Já há uma discussão sobre a possibilidade de utilização da justiça restaurativa nos demais delitos. Em que pese os pontos a serem melhorados, são os princípios como a decisão popular localizada, a preferência da restauração pela punição, que orientam a justiça restaurativa, que podem contribuir para a melhora do sistema criminal, inclusive no que se refere ao sistema principal(crimes de maior potencial ofensivo).

No Brasil, ainda, não temos uma experiência como a americana. A justiça restaurativa foi aplicada a casos específicos, como o dos crimes envolvendo adolescentes. A participação da comunidade é de pouca expressão, envolvendo apenas vítimas, ofensores e seus parentes próximos. Devemos pensar em um sistema que possa incluir mais a comunidade, ações locais de discussão e prevenção da criminalidade e nas decisões de política criminal. A

¹⁷ Umbreit Mark, “Restorative Justice Conference Guidelines For Victim Sensitive Practice”, ano 2000, School of Social Work College of Human Ecology, www.rjp.umn.edu

descentralização da política criminal, fazendo que a comunidade participe pode contribuir para diminuição da criminalidade. Ao exemplo do modelo americano, são as próprias comunidades que podem dizer quais os crimes que são mais recorrentes, qual a melhor solução para prevenção deles e qual a melhor forma de solucionar o crime quando já praticado. No Brasil temos uma experiência fora da área criminal, como o orçamento participativo, onde a comunidade opina na gestão de recursos públicos, ajudando a decidir sua destinação. Uma proposta como essa poderia ser aplicada, também, em termos de política criminal, onde as comunidades poderiam se reunir para discutir soluções para criminalidade, relatando suas experiências e sugerindo mudanças tanto em termos legislativos, quanto na atuação das polícias e do judiciário.

Segundo Leonardo Sica¹⁸ “ Em que pesem os enormes esforços empreendidos nas últimas décadas por grande parte da doutrina e por um pequeno número de operadores, não há como avançar na direção de uma justiça penal mais humana, mais legítima e mais democrática enquanto o atual paradigma permanecer intocado nos seus contornos mais marcantes: o processo penal como manifestação de autoridade, o direito penal como exercício de poder. Tudo isso garantido sob pretextos “nobres”, tais como a prevenção geral, a reinserção social ou, agora e com mais força, a segurança pública e a tranqüilidade dos “cidadãos de bem”. Essa equação entre os discursos repressivos de segurança pública e as práticas autoritárias dos operadores é o mecanismo que a justiça restaurativa propõe-se a desativar. Se isso é possível, não há como assegurar, mas é certo que há alguns indicativos positivos nesse sentido”.

O que Leonardo Sica pontua é a dificuldade do rompimento com a visão autoritária no processo penal, a visão repressiva do sistema penal com base no encarceramento. A justiça restaurativa, para o referido autor, poderia ser uma forma de desativar esse contexto autoritário. Essa proposição de “desativar” o autoritarismo do sistema penal pode encontrar uma grande dificuldade, pois é

¹⁸ Sica, Leonardo, *Justiça Restaurativa: Críticas e Contra Críticas*. Artigo originalmente publicado na Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal, Porto Alegre, vol. 8, n. 47, dez. 2007/jan. 2008, pp. 158-189.

uma forma de pensar o direito penal que vem sendo aplicada há anos. O que houve na evolução do direito penal foi uma substituição dos castigos corporais, na maioria dos países, para penas de restrição de liberdade. Porém, o elemento autoridade permanece, muitas vezes representado pela própria prisão.

Segundo Michael Foucault, sobre a pena de prisão¹⁹: “punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias conseqüências: deixa o campo da percepção quase diária e entra da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade não à sua visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício. O fato de ela matar ou ferir já não é mais a de sua força, mas um elemento intrínseco a ela que ela é obrigada a tolerar e muito lhe custa ter que impor. As caracterizações da infâmia são redistribuídas: no castigo-espetáculo um horror confuso nascia do patíbulo: ele envolvia ao mesmo tempo o carrasco e o condenado: e se por um lado sempre estava a ponto de transformar em piedade ou em glória a vergonha infligida ao supliciado, por outro lado, ele fazia redundar geralmente em infâmia a violência legal do executor. Desde então, o escândalo e a luz serão partilhados de outra forma; é a própria condenação que marcará o delinqüente com sinal negativo e unívoco: publicidade, portanto, dos debates e da sentença; quanto à execução, ela é como uma vergonha suplementar que a justiça tem vergonha de impor ao condenado; ela guarda distância, tendendo sempre a confiá-la a outros e sob a marca do sigilo. É indecoroso ser passível de punição, mas pouco glorioso punir. Daí esse duplo sistema de proteção que a justiça estabeleceu entre ela e o castigo que ela impõe. A execução da pena vai-se tornando um setor autônomo, em que um mecanismo administrativo desonera a justiça, que se livra desse secreto mal-estar por um enterramento burocrático da pena”.

¹⁹ FOUCAULT MICHAEL, *Vigiar e Punir*, 27ª Edição, Editora Vozes

6 CONCLUSÃO

Não se pretendeu exaurir o tema justiça restaurativa, mas podemos concluir que a justiça restaurativa pode ser uma forma de participação da comunidade nas decisões no campo criminal. No lugar do Estado ser a vítima do crime, estaremos analisando o crime da sua perspectiva real, onde a vítima e a sua comunidade, vítima secundária, passam a ter um papel mais ativo, buscando a compor o dano. A substituição da vítima pelo Estado, no processo tradicional, não cumpriu a missão de diminuir a criminalidade. A supressão do poder de decisão da vítima faz com que o dano gerado pelo crime não seja reparado. O processo criminal tradicional pune o ofensor, mas não considera os danos da vítima. O aumento das punições, como já explanado no artigo, não diminuiu a criminalidade como demonstrado nas estatísticas.

A sociedade pós-moderna vive, constantemente, sob a égide do medo. O medo que acaba sendo incentivado pelos meios de comunicação de massa, fazendo que com a sociedade acredite que deve exigir mais repressão por parte do Estado, da Polícia e do Judiciário. Apesar da dificuldade inicial de romper as ideias pré-concebidas sobre o crime, a justiça restaurativa tem sido uma iniciativa bem sucedida de aproximação da vítima e do ofensor e da comunidade e o crime. O crime que é produzido pela sociedade está dentro dela e não fora. A responsabilidade não é só do Estado é de todos. Assim o caminho para solução do problema da criminalidade passará por um diálogo de todas as partes envolvidas, sociedade, Estado, vítima, ofensor em busca de soluções mais efetivas e mais localizadas.

Embora existam problemas a serem superados como: a dificuldade de determinação da comunidade envolvida, a não aplicação a crimes de maior potencial ofensivo, a falta de representatividade da maioria da comunidade nos comitês de cidadãos, o modelo americano tem sido bem sucedido. O Brasil, ainda, tem poucas experiências, logo poderá criar um modelo próprio de justiça restaurativa. Não se defende a importação, mas a análise e o questionamento da iniciativa americana para que sigamos nosso próprio caminho.

Para finalizar, fica a seguinte reflexão sobre a participação da comunidade: “Sempre que há a participação da comunidade há um ganho, pois vamos ter decisões mais democráticas e mais representativas da comunidade”.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, D. **Anuário do Centro Universitário Unilassalle**, ano 2014.

BAUMAN, Z., Página 31. **Medo Líquido**, Editora Zahar, 2006.

CHIAVERINI, TATIANA. **Origem da prisão**, dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, em <http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Origem%20da%20pena%20de%20pris%C3%A3o.pdf>

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em www.planalto.gov.br

DEBORD, G. **Sociedade do Espetáculo**, Ebooksbrasil.com, ano 2003

Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em www.planalto.gov.br

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**, 27ª Edição, Editora Vozes

HULSMAN, L. H. e JB de Celis em **Penas Perdidas**, página 113, 1ª Edição, 199, Luam Editora Ltda

JACOUD, M. **Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa**. Disponível em: <http://justica21.org.br>

KONZEN, A. A. **Justiça Restaurativa Limites e Frestas para os porquês da Justiça Juvenil**, pagina 20 em http://escoladeconselhosdf.ceag.unb.br/wpcontents/uploads/2013/02/08-justi%C3%A7aRestaurativa-e-Alteridade_konzen.pdf

LANN, A. **The Future of Community Justice**, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review www.mj.jus.br

SICA, L., **Justiça Restaurativa: Críticas e Contra Críticas**. Artigo originalmente publicado na Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal, Porto Alegre, vol. 8, n. 47, dez. 2007/jan. 2008,

UMBREIT M., “**Restorative Justice Conference Guidelines For Victim Sensitive Practice**”, ano 2000, School of Social Work College of Human Ecology, www.rjp.umn.edu.

MEDIAÇÃO PENAL NO BRASIL: AVANÇOS E ENTRAVES

Raffaella da Porciuncula Pallamolla

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar a introdução das práticas alternativas de resolução de conflitos no sistema de justiça criminal brasileiro, especificamente aquelas relacionadas ao modelo da justiça restaurativa, a exemplo da mediação penal. Pretende-se, ainda, observar o impacto destas novas práticas no campo de administração de conflitos criminais e como se relacionam com a cultura jurídica dominante. Partindo-se da análise das diferentes possibilidades de articulação da justiça restaurativa com o sistema de justiça criminal, buscar-se-á identificar as implicações do protagonismo do Poder Judiciário na elaboração e na implementação de programas de práticas alternativas de resolução de conflitos criminais, sobretudo a partir das disposições da recente Emenda n. 1 à Resolução n. 125 do CNJ, que estabeleceu que os Tribunais de Justiça, através de seus “Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos”, poderão implementar e estimular a implementação de programas de mediação penal ou outra prática restaurativa, visando sua utilização nos conflitos que sejam da competência dos juizados especiais criminais e dos juizados da infância e da juventude.

PALAVRAS-CHAVE: mediação penal; justiça restaurativa; sistema de justiça criminal brasileiro; práticas alternativas de resolução de conflitos.

1 INTRODUÇÃO: CONTEXTUALIZAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

A ‘crise’ do sistema de justiça criminal remonta à época da consolidação da prisão como ‘pena por excelência’ (sec. XIX). Desde então, diversas tentativas buscaram reformá-lo. No caso brasileiro, pode-se citar a reforma da Parte Geral do Código Penal, realizada em 1984, responsável pela introdução das penas restritivas de direitos (conhecidas como penas alternativas), que objetivavam reduzir o emprego da prisão.

A ineficácia e inconsistência das reformas penais propostas nos inúmeros países em que o modelo adotado para responder aos conflitos sociais taxados de delitos é similar ao brasileiro, somadas à crise da ideia de ressocialização e de tratamento através da pena privativa de liberdade vivida nas décadas de 1960 e

1970, sobretudo nos Estados Unidos, fomentaram o surgimento de ‘novas’ ideias em relação à forma de lidar com os delitos (CARRASCO ANDRINO, 1999, p. 69).

Além disso, na década seguinte (1980), assistiu-se ao crescimento dos movimentos abolicionista e vitimológico – o primeiro com maior ênfase no contexto europeu, sobretudo nos países escandinavos, e o segundo no contexto estadunidense – que denunciavam as consequências deletérias do modelo de justiça criminal vigente e chamavam a atenção para o afastamento da vítima da resolução dos conflitos e a consequente despreocupação do sistema de justiça criminal com suas necessidades e direitos (CID e LARRAURI, 2001, pp. 222, 247-8).

Esse contexto, então, fez (res)surgir práticas como a mediação penal e, posteriormente, os círculos e as conferências restaurativas, as quais paulatinamente se articularam de modo que, hoje, é possível falar em um modelo de justiça restaurativa (JACCOUD, 2005, p. 166; JOHNSTONE & VAN NESS, 2007, p. 8).

2 O MODELO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA E A MEDIAÇÃO PENAL

A justiça restaurativa se destaca no cenário internacional contemporâneo como uma forma de resolução de conflitos distinta da imposta pelo modelo de justiça criminal tradicional (aqui entendido como aquele que responde ao delito por meio da imposição de uma pena, sobretudo a de prisão).

O modelo de justiça restaurativa possui princípios diferentes daqueles sustentados pelo modelo de justiça criminal tradicional (baseado no processo penal e na imposição de penas), pois propõe, dentre outras coisas, a participação da vítima e do ofensor (investigado/réu/apenado) na resolução do conflito, a reparação do dano decorrente do delito e a responsabilização do ofensor de maneira não estigmatizante e excludente. Através da utilização de práticas de resolução de conflitos baseadas no diálogo entre aqueles direta e/ou indiretamente implicados no delito, busca-se alcançar um acordo sobre o que deve ser feito em relação à ofensa e ao dano causado à vítima. Pode-se ainda dizer que este modelo visa à constrição do sistema de justiça criminal tradicional,

sobretudo no que diz respeito à redução da aplicação de penas (principalmente da pena privativa de liberdade)²⁰.

Dentre as inúmeras práticas restaurativas existentes, a mediação é, sem dúvida, a prática mais utilizadas é também a que possui mais tempo de aplicação. Iniciou como uma prática marginal de pequeno destaque, passando a ser um importante recurso, presente na maioria dos sistemas de justiça dos países ocidentais. A maioria dos casos que passam por um processo de mediação envolve delitos contra a propriedade e delitos de pouca gravidade cometidos por jovens infratores. Todavia, existem casos (mais recentes) de utilização da mediação para delitos mais sérios e violentos tanto na justiça de adultos quanto na juvenil (SCHIFF, 2003, pp. 317-318 e RAYE e ROBERTS, 2007, p. 213).

Também é importante esclarecer a relação existente entre o conceito de mediação e a justiça restaurativa. Conforme Miers (2003, p. 51), cada um dos conceitos é mais amplo e mais restrito do que o outro, simultaneamente. Assim, por um lado, a justiça restaurativa é mais restrita do que a mediação porque se aplica somente à esfera criminal, enquanto a mediação é utilizada em conflitos criminais e de outras esferas (conflitos de família, conflitos que envolvem questões cíveis, como a discussão de um contrato de compra e venda, aluguel, etc.). Por outro lado, a justiça restaurativa é mais ampla em relação às possíveis respostas que o ofensor pode dar, alcançadas por outros meios que não a mediação (trabalhos prestados com a finalidade de reparar a vítima, indenizações determinadas pelo tribunal, etc.), ao passo que a mediação, na esfera criminal, refere-se apenas às relações entre vítima e ofensor que são estabelecidas na mediação.

No entanto, esta diferenciação feita por Miers atualmente encontra algumas limitações, pois já existem programas de justiça restaurativa direcionados a conflitos que extrapolam os limites do sistema de justiça criminal, a exemplo de programas desenvolvidos em escolas, ambientes institucionais, etc.

É importante mencionar que a mediação não se confunde com a *plea bargaining*, típico instituto do Direito Norte-Americano. Neste, a negociação não

²⁰ Para uma diferenciação aprofundada dos modelos, conferir: PALLAMOLLA, 2009; ZEHR, 2008; ROCHE, 2007; WALGRAVE, 1993, apud JACCOUD, 2005.

se dá entre as partes diretamente envolvidas (vítima e ofensor), mas entre o promotor público e o advogado de defesa. A diferenciação é importante “puesto que la reducción de cargos en el plea bargaining genera en ocasiones algunas tensiones con la víctima, en cuanto que ésta sólo tendrá derecho a la restitución de los daños de los que sea declarado culpable el acusado” (CARRASCO ANDRINO, 1999, p. 74).

A mediação “consiste en el encuentro víctima-ofensor ayudadas por un mediador con el objetivo de llegar a un acuerdo reparador” (Larrauri, 2004, p. 442). Mais recentemente, entretanto, tem-se observado algumas alterações na clássica formação da mediação (vítima-ofensor), sendo cada vez mais comum a inclusão dos familiares e amigos da vítima e do ofensor, a fim de proporcionarem maior apoio aos implicados. Observa-se, igualmente, outra variação do processo chamada de *shuttle diplomacy*. Nesta variante, o mediador encontra-se com a vítima e o ofensor separadamente, sem que estes venham posteriormente a encontrar-se. Esta prática, portanto, consiste numa mediação indireta, já que a comunicação entre vítima e ofensor é feita somente por intermédio do mediador. Esta mediação indireta é utilizada em diversos programas VOM na Europa, nos quais a discussão versa sobre o valor e a forma do pagamento da restituição. De outra parte, esta forma indireta também pode ser utilizada nos casos em que existe um sério desequilíbrio de poder entre as partes (RAYE e ROBERTS, 2007, p. 219).

Também há que se mencionar a aparição recente de comediadores e de múltiplas vítimas e ofensores que participam do mesmo processo de mediação. Este último caso ocorre nas hipóteses quando ofensor ou vítima não podem ou não querem encontrar a outra parte, podendo-se formar grupos de vítimas que se encontrarão com um grupo de ofensores (que não são os mesmos que cometeram delitos contra aquelas vítimas), num processo substitutivo. Tal processo busca viabilizar o diálogo entre vítimas, ofensores e, eventualmente, representantes da comunidade, para falarem sobre as causas e consequências do delito (RAYE e ROBERTS, 2007, pp. 212, 216-7).

O processo de mediação entre vítima-ofensor visa possibilitar que estes implicados encontrem-se num ambiente seguro, estruturado e capaz de facilitar o

diálogo. Antes de encontrarem-se, vítima e ofensor passam por conferências separadas com um mediador treinado que explica e avalia se ambos encontram-se preparados para o processo. Segue-se o encontro entre ambos, no qual o mediador comunica ao ofensor os impactos (físicos, emocionais e financeiros) sofridos pela vítima em razão do delito e o ofensor tem, então, a possibilidade de assumir sua responsabilidade no evento, enquanto a vítima recebe diretamente dele respostas sobre porquê e como o delito ocorreu. Depois desta troca de experiências, ambos acordam uma forma de reparar a vítima (material ou simbolicamente) (SCHIFF, 2003, p. 318).

Com o uso da mediação, a justiça restaurativa pretende superar a dicotomia vítima-ofensor e desfazer os mitos (estereótipos) relacionados a ambos:

ao defrontarem-se cara a cara, vítima e infrator podem superar os mitos e estereótipos mútuos, desde que esse encontro ocorra com a orientação de um *facilitateur*. O objetivo prioritário é o restabelecimento do diálogo, o secundário é a dissuasão (AZEVEDO, 2005, p. 124).

Para Peters e Aertsen, autores de um projeto de investigação sobre mediação na Bélgica, um dos efeitos mais importantes do processo de mediação é a destruição dos mitos com relação à vítima e ao infrator que decorre da participação ativa de ambos no processo restaurador:

Ambas partes involucradas en la experiencia de mediación ven un tipo de “justicia” en vez de, pasivamente, recibir “justicia”. Desde este enfoque, ambas partes se sienten más responsables y abandonan los estereotipos tradicionales de su forma de pensar: “el delincuente intratable” y la “víctima que se aprovecha” se convierten en “mitos” impracticables. (PETERS e AERTSEN, 1995, p. 140).

Assim, ao contrário do procedimento da justiça penal tradicional, que respalda e reproduz os mitos sobre o delinquente suspeito através da seleção de informações dirigidas à acusação e à sentença, na mediação o enfoque está nas informações que possam aproximar as partes em conflito a fim de chegarem a um acordo (PETERS e AERTSEN, 1995, p. 141).

A mediação sem dúvida representa uma forma holística de encarar o delito. Ela traz os implicados para o cerne da discussão a fim de que participem do processo de justiça e troquem experiências, e com isto auxilia as partes a compreenderem a dimensão social do delito. Todavia, por inserir esta complexidade na justiça criminal, a mediação não se apresenta como uma prática simples, mas sim como algo que demanda muito dos que dela participam, pois

[...] exige que os indivíduos (quer isoladamente ou como membros da sociedade) encarem e reconheçam os interesses dos outros como condicionantes das suas próprias acções ou omissões. Pensar activamente e respeitar os interesses dos outros e ajustar o comportamento em conformidade não é somente um meio para atingir um fim, mas o objectivo em si mesmo. (MIERS, 2003, p. 51).

Existem inúmeras avaliações de processos de mediação, devido ao tempo de aplicação deste procedimento. Segundo Schiff (2003, pp. 318-319), pesquisas americanas, canadenses e europeias mostraram que tanto vítimas quanto ofensores que passaram por processos de mediação mostraram-se mais satisfeitos com o processo e com o resultado do que outros que passaram pelo processo tradicional da justiça criminal. Também se constatou que as vítimas que estiveram frente a frente com seu ofensor, mesmo que algumas tenham relutado fazê-lo em princípio, costumaram temer menos a revitimização e o recebimento da reparação. Com relação aos ofensores, os que completaram o processo restaurativo costumaram cumprir as obrigações de restituição, possuindo, igualmente, um menor índice de reincidência quando comparados aos infratores que passaram pelo processo penal tradicional. E quando houve reincidência, foram delitos menos graves, diferentemente da reincidência daqueles que tinham passado por um julgamento tradicional²¹.

Em resumo, as pesquisas, de forma geral, apontaram que a mediação alcançou:

resultados mais positivos em termos dimensionais, quando comparados a ofensores processados pelos mecanismos tradicionais; quando não foram encontrados resultados positivos, a pesquisa normalmente não mostrou resultados piores do que aqueles experimentados no processamento de ofensores pelos tribunais (Schiff, 2003, p. 319).

²¹ Dados semelhantes coletados de diversas pesquisas feitas com programas de mediação são apontados por Kurki e demonstram o sucesso (pelo menos a curto prazo) da prática restaurativa: a) a maioria das vítimas e ofensores dizem-se satisfeitos com o processo e seus resultados, havendo acordo cumprido na maioria dos casos. As cifras de satisfação, acordo e cumprimento variam entre 75 e 100 por cento; b) a mediação tem se mostrado capaz de reduzir a raiva, a ansiedade, o medo de revitimização pelo mesmo ofensor e o medo de crimes em geral por parte das vítimas; c) com relação à reincidência, alguns pesquisadores acreditam ser muito cedo para tirar conclusões a respeito, enquanto outros acreditam que houve redução da reincidência. Se os programas forem analisados individualmente, o declínio não parece significativo. Todavia, se analisados combinadamente e por meio de meta-análises, os resultados de redução de reincidência assumem maior relevância (KURKI, 2003, p. 295).

3 AS POSSÍVEIS RELAÇÕES ENTRE A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

A partir da análise de inúmeros programas de justiça restaurativa implementados e consolidados em diversos países do continente europeu, nos Estados Unidos da América, na Nova Zelândia e em outros países, constata-se que existem diversas possibilidades de articulação entre o modelo da justiça restaurativa e o sistema de justiça criminal, eis que aquele pode figurar tanto como uma alternativa ao modelo de justiça tradicional quanto complementá-lo.

As questões que envolvem o lugar que deve ocupar a justiça restaurativa no sistema de justiça criminal são objeto de acirrado debate mantido entre inúmeros autores especializados no tema, em diversos países (VON HIRSCH, ROBERTS, BOTTOMS, *et al*, 2003; VANFRAECHEM, AERTSEN E WILLEMSSENS, 2010). Um dos objetivos de colocar em tensão os modelos propostos pela justiça restaurativa e pelo sistema de justiça criminal é identificar configurações de programas de práticas restaurativas que permitam o desenvolvimento do programa com relativa autonomia em relação à lógica do sistema de justiça criminal tradicional. Para tanto, são levados em consideração fatores como: **(a)** quem é(são) o(s) atore(s) responsável(eis) pela implementação do programa de justiça restaurativa; **(b)** quem estabelece as regras de envio de casos ao programa e quão rígidas ou flexíveis são estas regras; **(c)** a quem compete a decisão de encaminhar o caso ao programa; **(d)** em que lugar (espaço físico) o programa foi implementado (por exemplo, junto à comunidade, no Foro, no Tribunal de Justiça, ou em outros espaços públicos ou particulares); **(e)** quem são os mediadores/facilitadores (servidores públicos, profissionais liberais remunerados para atuar exclusivamente nesta função ou, ainda, voluntários); dentre outros.

Recentemente, alguns teóricos têm dito que as duas formas de justiça (tradicional e restaurativa) não são totalmente opostas, pois ambas convivem em todos os países onde a justiça restaurativa é aplicada. Declan Roche (2007, pp. 75, 78-81), por exemplo, destaca que a dualização entre justiça restaurativa e justiça retributiva pode ocasionar uma série de problemas: **(1)** desconsideração

da complexidade dos processos de punição fora do sistema de justiça; **(2)** simplificação do modelo retributivo – que não é uniforme –, e que fica reduzido à vingança, mas, na verdade, está adstrito a limites, ademais de atuar, em muitos países, com a justiça restaurativa inserida no sistema de justiça criminal; **(3)** incentivo à conclusão de que tudo que não for justiça restaurativa é ruim; e **(4)** crença na possibilidade de se extinguir qualquer retribuição e punição do sistema de justiça.

Então, uma das coisas que se pode concluir é que ainda que se diga, com razão, que a justiça restaurativa não responsabiliza por meio da punição, já que a reparação do dano resulta de um acordo realizado entre as partes, sendo que estas participam do processo de maneira voluntária²², na prática, os processos restaurativos podem sofrer a influência da cultura retributiva.

Em outras palavras, a sociedade moderna está baseada em parâmetros retributivos (sentimento de vingança, ideia de que culpado deve sofrer, que pena deve ser exemplarmente rígida, etc.) e as pessoas que dela fazem parte não deixam simplesmente de ser “retributivas” para se tornarem “restaurativas”, apenas porque ingressaram como atores numa prática restaurativa (seja ela uma mediação, um círculo restaurativo, etc.). Por isso, há a necessidade de que a justiça restaurativa seja acompanhada pelo Estado, ainda que minimamente, para que se evite a violação de direitos fundamentais. Contudo, isso não quer dizer que a justiça restaurativa deva ficar subordinada ao sistema de justiça criminal, fadada a tornar-se apenas mais uma forma alternativa de resolução de conflitos de menor importância e sem proporcionar aos envolvidos no conflito uma forma de resolução de conflitos que realmente modifique as bases retributivas da justiça criminal.

Nesse sentido, Christa Pelikan (2003, p. 76.) destaca que o adequado seria que a justiça restaurativa mantivesse uma “autonomia condicional” em relação ao sistema de justiça criminal, ou seja, atuasse em conjunto com ele, porém com

²² Um dos princípios mais importantes na justiça restaurativa é o da voluntariedade. Porém, na medida em que a justiça restaurativa atua em conjunto com o sistema de justiça criminal e não em substituição a ele, é inegável que a voluntariedade das partes (vítima e ofensor) é mitigada, pois a escolha em participar de um processo restaurativo não é feita sem levar em consideração os desdobramentos deste processo no processo penal.

estrutura separada e certa independência. A proposta de Pelikan vai ao encontro do chamado modelo de bitola dupla (*dual track model*) que prevê a justiça restaurativa atuando lado-a-lado com a justiça criminal, de maneira que reste mantida a independência normativa de ambas (VAN NESS, 2000).

Neste modelo, há cooperação eventual entre os sistemas, o que possibilita que vítima e ofensor possam migrar de um para o outro, de acordo com certas regulamentações estabelecidas pelos programas de justiça restaurativa e pelo sistema de justiça criminal. O caso, então, vai para a justiça restaurativa e retorna ao sistema de justiça criminal para ser arquivado (dependendo do delito) ou o acordo impactará na sentença (VAN NESS, 2000).

4 O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO E SEU CONTEXTO: A FALTA DE LEGITIMIDADE DO SISTEMA, A CONFLITUALIDADE SOCIAL E A BUSCA POR ALTERNATIVAS

No cenário brasileiro, a crise de legitimidade do sistema de justiça criminal é um dos principais fatores que impulsionam a justiça restaurativa. Tal crise conecta-se à crise das modalidades de regulação social da qual fazem parte, por exemplo, “a falta de credibilidade e eficiência do sistema judiciário” o “fracasso das políticas públicas de contenção da violência” o “esgotamento do modelo repressivo de gestão do crime” e os “déficits de comunicação e de participação agravados pelas práticas autoritárias das agências judiciais” (SICA, 2007, p. 1).

Pode-se dizer também que a crise de legitimidade do sistema de justiça criminal não é um fenômeno isolado. O sociólogo brasileiro Rodrigo Azevedo analisa a questão desde uma perspectiva mais ampla, a do sistema de justiça. Para ele, os fatores que desencadearam a crise da administração da justiça e de legitimidade do sistema e levaram à busca de formas alternativas de resolução de conflitos podem ser assim explicados:

Com a explosão de litigiosidade, a judicialização dos novos direitos sociais, e o aumento da demanda de intervenção do judiciário em áreas antes obscurecidas por relações tradicionais de hierarquia e autoridade [...], o sistema de justiça mostra-se cada vez mais incapaz de dar conta de forma satisfatória desse conjunto de demandas, tanto pelo aumento da morosidade e dos custos quanto pela inadequação do tratamento

dispensado a essa conflitualidade social emergente. (AZEVEDO, 2005, p. 111).

Particularmente no âmbito penal, a 'paralisação' do sistema de justiça e a inadequação do tratamento dispensado ao conflito fazem com que o sistema perca legitimidade. A atuação seletiva e estigmatizante expõe a incapacidade do sistema para desempenhar sua função (declarada) de prevenção e contenção da criminalidade e, por outro lado, demonstra seu êxito em cumprir sua função (real) de excluir e marginalizar parcela da população social e economicamente mais vulnerável.

O que também compõe o cenário nacional e contribui para a própria crise (ou falta) de legitimidade do sistema penal, é a crescente violência social que aparece como sintoma da desintegração social. De acordo com Patrice Schuch:

A violência social é tomada como um sintoma e expressão de relações não harmônicas e, sobretudo, desintegradas. O perigo da anomia, da não existência de valores que fundamentem uma existência social comum, é chave para instaurar a procura de novas práticas que substituam o modelo conflitivo. [...] Do risco, ou seja, do diagnóstico de uma violência constante e difusa, viria a necessidade de uma restauração de laços, de relacionamentos (SCHUCH, 2006).

Frente a este quadro de crescimento da violência e incapacidade do sistema de justiça criminal para administrar a conflitualidade social, impõe-se o desafio de reestruturar este sistema e buscar alternativas capazes de reduzir a violência e os danos causados pelo sistema criminal. Nesse passo, pode-se afirmar que o projeto da justiça restaurativa vincula-se ao processo de reformulação judicial que vem sendo desenvolvido no Brasil com o objetivo de adequar tanto a legislação quanto as estruturas judiciais ao contexto democrático (SCHUCH, 2006).

5 JUSTIÇA RESTAURATIVA E A MEDIAÇÃO PENAL NO BRASIL: AVANÇOS

Apesar do modelo de justiça restaurativa ser aplicado há praticamente trinta anos em inúmeros países, somente a partir de 2005 é que foram implementados no Brasil os primeiros projetos-piloto, com recursos do Ministério da Justiça (Secretaria da Reforma do Judiciário) e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), por meio do Programa "Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro". Tais projetos

objetivavam aplicar o modelo da justiça restaurativa no âmbito dos Juizados da Infância e da Juventude nas cidades de Porto Alegre/RS e São Caetano do Sul/SP e ainda junto ao Juizado Especial Criminal de Brasília/DF, tendo todos eles estado sob a coordenação de atores do poder judiciário²³.

Em 2005, foi encaminhada pelo Instituto de Direito Comparado a sugestão nº 99/2005 à Comissão de Legislação Participativa. No ano seguinte, tal proposição foi aprovada e transformada no Projeto de Lei nº 7006/2006²⁴, que propõe sejam acrescentados dispositivos nos Códigos Penal e Processual Penal e na Lei dos Juizados Especiais que visam regulamentar a implementação e o uso da justiça restaurativa no sistema de justiça criminal pátrio. O referido projeto tramita desde maio de 2006 na Câmara dos Deputados e já foi arquivado em três ocasiões (em 31/01/2007, 31/01/2011 e 31/01/2015) em razão do encerramento das legislaturas anteriores²⁵. Em 19/03/2015 o projeto foi novamente desarquivado a pedido da Comissão de Legislação Participativa, o que significa que retomará seu trâmite na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, com a designação de relator para proferir parecer quanto à constitucionalidade, juridicidade, adequada técnica legislativa e mérito do projeto de lei. O projeto de lei possui inúmeros problemas, já assinalados em outros momentos²⁶.

Em janeiro de 2013 as práticas restaurativas receberam novo impulso com a Emenda n. 1 à Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O ato normativo do CNJ estabelece que os Tribunais de Justiça, deverão criar “Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos”, e estes poderão

²³ Para uma análise dos projetos-piloto conferir: RAUPP e BENEDETTI, 2007.

²⁴ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>

²⁵ O art. 105 do Regimento Interno da Câmara de Deputados prevê o arquivamento de todas as proposições que se encontravam em trâmite na legislatura anterior:

Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as:

- I - com pareceres favoráveis de todas as Comissões;
- II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno;
- III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias;
- IV - de iniciativa popular;
- V - de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República.

Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.

²⁶ Sobre as fragilidades do Projeto de Lei 7006/2006, conferir Pallamolla, 2009 e Achutti, 2014.

implementar e estimular a implementação de programas de mediação penal ou outra prática restaurativa, visando sua utilização nos conflitos que sejam da competência dos Juizados Especiais Criminais e dos Juizados da Infância e da Juventude.

Neste novo contexto, mais uma vez, o poder judiciário figura como protagonista na implementação de práticas alternativas de resolução de conflitos. A diferença é que, desta vez, com a Emenda n.1 à Resolução 125 do CNJ, o incentivo às práticas restaurativas é mais forte e amplo, na medida em que integra uma política pública nacional proposta pelo poder judiciário. O mencionado protagonismo do poder judiciário é verificado tanto na elaboração, na implementação e no controle dos programas, quanto no lugar (espaço físico) onde estes programas serão implementados: no interior dos Tribunais de Justiça e dos Foros.

Diante deste quadro, pode-se afirmar que após 10 anos da implementação do primeiro projeto-piloto de justiça restaurativa houve avanços. Novos projetos foram implementados e, mais recentemente, cresceu o interesse do Poder Judiciário pelo tema.

6 JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO: ENTRAVES À INTRODUÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DAS FORMAS ALTERNATIVA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO

Segundo Philip Oxhorn e Catherine Slakmon, a justiça restaurativa é uma alternativa para qualificar a administração da justiça, contribui para o incremento da democracia e, por conseguinte, torna a justiça mais democrática, pois funciona por meio da sociedade civil, mas nunca é independente do Estado:

ao ceder ativamente a jurisdição sobre alguns aspectos do sistema de justiça para organizações sociais, um Estado com baixos níveis de legitimidade social e eficácia pode fortalecer a sociedade civil de modos que ajudarão a melhorar não apenas a sua capacidade de assegurar os direitos de cidadania fundamentais, mas também, de um modo mais geral, a qualidade da democracia. (OXHORN e SLAKMON, 2005, p. 188).

Os mesmos autores lembram acertadamente que “em democracias altamente desiguais como o Brasil, o sistema de justiça tende a refletir e

perpetuar as desigualdade sócio-econômicas existentes” (OXHORN e SLAKMON, 2005, p. 196). Reduzir as desigualdades perpetuadas e reproduzidas pelo sistema de justiça criminal e torná-lo mais democrático e acessível aos menos favorecidos social e economicamente passa a ser, portanto, o projeto no qual a justiça restaurativa se insere.

Assim, para Oxhorn e Slakmon, os mecanismos alternativos de justiça, como a justiça restaurativa, não só

oferecem a possibilidade de fortalecer a base dos direitos de cidadania e democracia – direitos civis – eles o fazem de modo que podem começar a empoderar a sociedade civil e proporcionar a grupos em desvantagem as habilidades e senso de eficácia requeridos para que eles empurrem suas próprias agências mais adiante em direção a avançar em seus direitos de cidadania e na qualidade da democracia brasileira. (OXHORN e SLAKMON, 2005, p. 206).

É sabido que o Estado não é o único a receber as demandas dos cidadãos que buscam resolver um conflito. Tanto a criminologia de viés crítico quanto a sociologia já expuseram tal realidade: a primeira, ao revelar a cifra oculta de delitos (primeiramente com Sutherland e depois com a Criminologia da Reação Social e Crítica), e a segunda, ao constatar a existência de meios alternativos e informais de resolução de conflitos nas sociedades contemporâneas (pluralismo jurídico). A esse respeito, leciona Boaventura de Sousa Santos:

De um ponto de vista sociológico, o Estado contemporâneo não tem o monopólio da produção e distribuição do direito. Sendo embora o direito estatal o modo de juridicidade dominante, ele coexiste na sociedade com outros modos de juridicidade, outros direitos que com ele se articulam de modos diversos. (SANTOS, 1995, pp. 175-176).

Tendo em vista esta pluralidade, quando não são dirimidos pelas vias formais (no caso de conflitos penais, através do sistema de justiça criminal), os conflitos tendem a ser administrados “de forma privada, onde o recurso à violência ilegal, a supressão do oponente, podem ter lugar” (SINHORETTO, 2006, p. 87).

Desta forma, a utilização da justiça restaurativa pode não só contribuir a evitar que respostas violentas ganhem cada vez mais espaço – sejam elas provenientes de formas privadas de administrar conflitos ou do próprio sistema penal que responde de maneira violenta ao conflito –, como também aumentar o acesso à justiça.

Porém, para que a justiça restaurativa firme-se como proposta alternativa de resolução de conflitos criminais, ou seja, uma proposta diferente em termos de procedimentos (mediação, conferência, círculo, etc.) e resultados (acordo) daquela imposta pelo modelo do sistema penal tradicional (processo-pena), é importante analisar experiências brasileiras anteriores com meios alternativos de resolução de conflitos.

Nesse sentido, o exemplo dos Juizados Especiais Criminais é fundamental. Conforme pesquisa realizada por Azevedo nos dois primeiros anos da implementação dos Juizados Especiais Criminais em Porto Alegre (1996 e 1997), os juizados pretendiam desobrigar as Varas Criminais das ações de menor potencial ofensivo²⁷, para que estas pudessem conferir maior atenção aos casos de maior gravidade, todavia, este objetivo não foi alcançado. Os juizados, de fato, não foram capazes de reduzir o número de processos nas Varas Criminais Comuns. No entanto, o que aconteceu foi que eles “passaram a dar conta de um tipo de delituosidade que não chegava às Varas Judiciais, sendo resolvido através de processos informais de ‘mediação’ nas Delegacias de Polícia ou pelo puro e simples ‘engavetamento’” (AZEVEDO, 2001, p. 103).

Concluiu o sociólogo, por meio de extensa pesquisa de campo, que apesar de o pretendido deslocamento de casos não ter se concretizado, houve a inclusão no judiciário de casos que antes não chegavam até ele. Todavia, tal aumento no número de casos, não deve ser entendido como incremento do controle formal, uma vez que antes estes eram ‘resolvidos’ nas delegacias. Os juizados especiais, ainda que de forma precária, foram capazes de reduzir a discricionariedade dos delegados – que acabavam atuando como mediadores informais e descriminalizando delitos na prática – e aumentar o acesso à justiça de uma parcela da população que antes não tinha seus conflitos apreciados pelo judiciário. Assim,

enquanto a mediação policial, informal e arbitrária era freqüentemente combinada com mecanismos de intimidação da vítima (sobrevitimização) e do acusado, a mediação judicial tende a ampliar o espaço para a explicitação do conflito e a adoção de uma solução de consenso entre as partes, reduzindo a impunidade. (AZEVEDO, 2001, p. 107).

²⁷ As infrações de menor potencial ofensivo são os crimes e contravenções penais cuja pena em abstrato não ultrapassa 2 anos.

Nesse sentido, pode-se relacionar a justiça restaurativa aos juizados criminais ao menos na intenção manifestada na Lei 9.099/95 de introduzir mecanismos informais de resolução de conflitos no sistema de justiça criminal, já que os juizados estavam orientados por “uma lógica de informalização, entendida não como a renúncia do Estado ao controle de condutas e no alargamento das margens de tolerância, mas como a procura de alternativas de controle mais eficazes e menos onerosas” (AZEVEDO, 2002, p. 68). No entanto, as semelhanças entre juizados especiais criminais e justiça restaurativa parecem parar por aqui.

Segundo a Lei 9.099/95, os juizados especiais criminais orientam-se pelos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade e objetivam, sempre que possível, a reparação do dano sofrido pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 62).

O objetivo de reparar a vítima, apesar de estar contido na Lei, não é buscado. Além da reparação ser concebida apenas em termos materiais de composição civil dos danos, sendo esquecido seu aspecto imaterial, esta não é atingida em razão da conciliação ser pouco utilizada. Observa Azevedo que existe um índice grande de insatisfação das vítimas com relação ao procedimento dos juizados (AZEVEDO, 2005, p. 129), pois a vítima, apesar de presente fisicamente, permanece afastada do processo, pois não existe incentivo para que as partes estabeleçam diálogo e busquem a conciliação.

A busca pela produtividade extrema aliada ao princípio da celeridade assumido pelos juizados especiais, aparecem, portanto, como obstáculos à reparação da vítima e à opção por processos que realmente visem o diálogo entre as partes. Os processos restaurativos, dentre eles a mediação penal, não têm como característica a celeridade, e por isso, não poderiam ser transformados de forma utilitarista em instrumentos que procurem reduzir a carga de processos dos tribunais (SICA, 2007, p. 127).

Não há dúvidas que os juizados especiais criminais, apesar das boas intenções iniciais e de terem sido concebidos como uma forma de reformar o sistema de justiça e a administração de conflitos, não foram capazes de se

descolar da lógica do sistema de justiça tradicional. Jacqueline Sinhoretto, ao tratar das tentativas de reforma do sistema de justiça e seus obstáculos, salienta:

Do ponto de vista dessa antropologia política da administração de conflitos, os obstáculos às reformas das instituições judiciais tornam-se nítidos quando elas acabam por se parecer com um inventário de propostas parcialmente fracassadas por estarem aprisionadas a lógicas hegemônicas de administração de conflitos e a hierarquias estruturantes do campo, fazendo com que essas reformas atinjam apenas setores restritos, ou animem somente uma parte minoritária dos agentes ou se amoldem a estruturas de pensamento e a práticas preexistentes, perdendo sua força transformadora. (SINHORETTO, 2009, p. 117).

Por isso, é de suma importância analisar o quanto a forma de articulação entre a justiça restaurativa (e a mediação penal) e o sistema de justiça criminal brasileiro impacta na implementação de práticas verdadeiramente alternativas de resolução de conflitos no Brasil.

A exemplo do que se verificou com outras práticas alternativas de resolução de conflitos anteriormente implementadas no país, há o risco de que as práticas restaurativas absorvam certas particularidades do contexto brasileiro e, mais especificamente, da cultura jurídica brasileira que transformam o 'novo' modelo numa reprodução do modelo existente de maneira a perpetuar sua lógica (SINHORETTO, 2010). E é isso que se quer evitar.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, R. G. de. O paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais. In: WUNDERLICH, A. e CARVALHO, S. de (orgs.). **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, pp. 109-139.

_____. Conciliar ou Punir? – Dilemas do Controle Penal na Época Contemporânea. In CARVALHO, S. e WUNDERLICH, A. **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2002.

_____. Juizados Especiais Criminais. Uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, 2001, vol.16, n. 47, p. 103. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n47/7722.pdf>> Acessado em: 10/11/2007.

CARRASCO ANDRINO, M. del M. La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su

funcionamiento en Estados Unidos). **Revista Jueces para la Democracia**. Información y Debate, Madrid, marzo de 1999, nº 34.

CID, J. e LARRAURI, E. **Teorías Criminológicas**: explicación y prevención de la delincuencia. Barcelona: Bosch, 2001.

JACCOUD, M. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C.; R. DE VITTO; R. GOMES PINTO (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, pp. 163-188.

JOHNSTONE, G. and VAN NESS, D. W. The meaning of restorative justice. In: G. and VAN NESS; D. W (ed.). **Handbook of Restorative Justice**. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, pp. 5-23.

KURKI, L. Evaluating Restorative Justice Practices. In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (eds.). **Restorative Justice & Criminal Justice**: Competing or Reconcilable Paradigms? Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, pp. 293-314.

LARRAURI, E. Tendencias actuales en la justicia restauradora. In: ÁLVARES, F. P. (ed.). SERTA In: **memoriam Alexandri Baratta**. Salamanca: Universidad de Salamanca – Aquilafuente, 2004, pp. 439-464.

MIERS, D. Um estudo comparado de sistemas. In: **Relatório DIKÊ – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no âmbito da Decisão** – Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal. Lisboa, set. de 2003, pp. 45-60.

OXHORN, P. e SLAKMON, C. Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática. A construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil. In: SLAKMON, C.; R. DE VITTO e R. GOMES PINTO (orgs.). **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

PALLAMOLLA, R. da P. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009. (Monografias, 52).

PELIKAN, C. Diferentes sistemas, diferentes fundamentações lógicas: justiça restaurativa e justiça criminal. In: **Relatório DIKÊ – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no âmbito da Decisão** – Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal. Lisboa, set. de 2003, edição da APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima.

PETERS, T. e AERTSEN, I. Mediación para la reparación: presentación y discusión de un proyecto de investigación-acción. **Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián**, nº 8, Extraordinario, diciembre, 1995, pp. 129-146.

RAUPP, M. e BENEDETTI, J. C. A implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: Uma Avaliação dos Programas de Justiça Restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre. **Revista Ultima Ratio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, ano 1, nº 1.

RAYE, B. E. and ROBERTS, A. W. Restorative processes. In: **Handbook of Restorative Justice**. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, pp. 211-227.

ROCHE, D. Retribution and restorative justice. In: G. and VAN NESS; Daniel W. (ed.). **Handbook of Restorative Justice**. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007.

SANTOS, B. de S. **Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1995.

SICA, L. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SINHORETTO, J. Campo estatal de administração de conflitos: múltiplas intensidades da justiça. **Anuário Antropológico**, 2009-2, 2010, pp. 109-123.

_____. Ir aonde o povo está: etnografia de uma reforma da justiça. **Tese de doutorado**. São Paulo: USP, 2006.

SCHIFF, M. Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies. In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (eds.). **Restorative Justice & Criminal Justice**: Competing or Reconcilable Paradigms? Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, pp. 315-338.

SCHUCH, P. Direitos e Afetos: Análise Etnográfica da “Justiça Restaurativa” no Brasil. **30º Encontro Anual da ANPOCS**, 2006.

VAN NESS, D. W. **The Shape of Things to Come**: A Framework for Thinking about A Restorative Justice System, pp. 13-15, 2000. Disponível em: <<http://www.restorativejustice.org/resources/docs/vanness9>>.

VANFRAECHEM, I., AERTSEN, I. e WILLEMSSENS, J. (Eds). **Restorative Justice Realities**. Netherlands: Eleven International Publishing, The Hague, 2010.

VON HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., et all (eds.). **Restorative Justice & Criminal Justice**: Competing or Reconcilable Paradigms? Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, pp. 21-41.

ZEHR, H. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

MEDIAÇÃO JUDICIAL – UMA OPÇÃO DO JURISDICIONADO?

Klever Paulo Leal Filho.

RESUMO: Este *paper* é fruto de pesquisa empírica de natureza exploratória, conduzida por pesquisadores, alunos de iniciação científica e bolsistas “Jovens Talentos”, no âmbito do Grupo Interdisciplinar de Pesquisa Empírica sobre Administração de Conflitos, ligado ao Mestrado em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Parte da percepção de que a mediação de conflitos que vem sendo introduzida no Brasil, inclusive como etapa processual obrigatória no Novo Código de Processo Civil, diz respeito a uma decisão dos juristas acerca daquilo que entendem como a maneira mais eficaz, ou adequada, para lidar com determinados conflitos de interesses, decisão esta que não reflete, necessariamente, o ponto de vista dos jurisdicionados. A partir dessa percepção, transformada em hipótese de trabalho, os pesquisadores realizaram entrevistas com diferentes atores do campo (partes, advogados e estudantes de direito), a fim de aferir se a mediação vem contando, ou não, com a sua adesão. Esse levantamento empírico foi realizado na cidade de Petrópolis, Rio de Janeiro, no primeiro trimestre de 2015. Em última análise, pretendeu-se responder à pergunta: “a mediação é uma opção dos jurisdicionados ou simplesmente uma imposição institucional?”. O *paper* apresenta dados preliminares obtidos no campo e esboça algumas reflexões sobre o debate atual em relação ao uso pré-processual ou incidental, judicial ou extrajudicial da mediação, confrontado com as representações dos entrevistados acerca dessa temática.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação; Brasil; Pesquisa empírica; Iniciação Científica.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa que ensejou a elaboração deste *paper* está sendo desenvolvida no âmbito do “Grupo Interdisciplinar de Pesquisa Empírica sobre Administração de Conflitos”, vinculado ao Mestrado em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. O grupo²⁸ se propõe a investigar as diferentes formas como os

²⁸ O grupo tem particular interesse na observação e descrição das práticas judiciárias e dos órgãos correlatos (juizados, PROCON, delegacias etc) com o objetivo de explicitar as dificuldades encontradas pelos cidadãos na efetivação de seus direitos bem como as perplexidades decorrentes do contraste entre teorias e práticas. Está aberto a contribuições de pesquisadores de outras áreas (psicologia, antropologia, sociologia etc). Os trabalhos

conflitos de interesse são administrados, não apenas a jurisdição estatal mas também os mecanismos extrajudiciais acionados para esse fim (mediação e conciliação extrajudiciais, dentre outras). Privilegia a pesquisa empírica de natureza qualitativa (etnografia) envolvendo o trabalho de campo, observações, entrevistas, descrição e estudo de casos.

No caso deste *paper*, pretendemos problematizar uma questão que vem perpassando nossas reflexões relativamente à adoção, no Brasil, da mediação como uma forma de administração de conflitos. Esse enxerto, inclusive no âmbito do processo judicial cível, foi decidido a partir dos reclamos advindos do meio jurídico, especialmente da magistratura, sob o argumento de que ajudaria a resolver o problema do congestionamento de processos que assola todas as instâncias do Poder Judiciário. Contudo, se trata de uma decisão que vai afetar diretamente o jurisdicionado, no tocante à forma como o conflito será administrado, mesmo depois de ajuizada uma ação judicial.

A questão que se coloca, nesse contexto, é a seguinte: o caminho da mediação de conflitos conta com a adesão dos jurisdicionados, ou não passa de uma imposição institucional?

Para responder a essa indagação, foi realizada uma pesquisa de natureza exploratória²⁹, por meio de questionários e entrevistas aplicados a advogados, partes e estudantes de direito na cidade de Petrópolis, Rio de Janeiro, relativamente ao emprego da mediação de conflitos pré-processual e incidental, na área de família. Sendo importante destacar que a coleta de dados foi atribuição dos alunos bolsistas de iniciação científica³⁰ e jovens talentos³¹,

produzidos, assim se pretende, podem contribuir para a compreensão das dificuldades de operação do sistema de justiça e o aperfeiçoamento de tecnologias sociais de administração de conflitos.

²⁹ Segundo PIOVESAN *et al* (2014), a pesquisa exploratória é muito utilizada para realizar um estudo preliminar do principal objeto da pesquisa que será realizada. A intenção é familiarizar-se com o fenômeno que está sendo investigado, de modo que a pesquisa subsequente possa ser concebida com uma maior precisão, decorrente de uma melhor compreensão do objeto. A pesquisa exploratória lida geralmente com uma pequena amostra. Permite ao pesquisador: definir o seu problema de pesquisa; formular sua hipótese; escolher as técnicas mais adequadas para a pesquisa; decidir sobre as questões que mais necessitam de atenção e investigação detalhada; pode alertar sobre potenciais dificuldades e resistências a serem contornadas, dentre outros.

³⁰ Os programas de iniciação científica têm o propósito de permitir que os estudantes bolsistas sejam postos em contato com a cultura científica, ou seja, com a maneira científica de produzir

representando, para a maioria, uma primeira experiência de levantamento de dados de campo.

Este *paper* procura, portanto, realizar um exercício de problematização e investigação científica. Coloca sob discussão a opção de introduzir a mediação como uma forma de administração de conflitos cujo sucesso não depende somente da vontade dos juristas, ou das justificativas de natureza dogmática que levaram a essa opção, mas também da adesão dos jurisdicionados (advogados e partes), expressa em sua vontade³² de lançar mão desse mecanismo, por reconhecerem nele uma via mais adequada de resolução das disputas em que estão envolvidas.

2 A REGULAMENTAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL EM TRÊS ATOS

A mediação não é algo que surge inicialmente, no Brasil, como uma criação legislativa. Há anos vêm sendo implementadas muitas iniciativas extrajudiciais e informais bem sucedidas, por universidades (vide MIRANDA NETTO e SOARES, 2015) e institutos especializados³³, que pretendem oferecer à população uma via, alternativa ao Judiciário, para a administração de conflitos de família. Essa via, segundo os especialistas, seria mais rápida, barata e eficaz do que a via tradicional, judiciária-estatal, em que os conflitos sociais se transformam em processos para serem julgados, ou decididos, pelos magistrados.

conhecimento e com as principais atividades humanas que têm moldado o meio ambiente e a vida humana ao longo da história. Maiores informações em <www.cnpq.br>. O grupo em questão inclui bolsistas de iniciação científica do CNPq e da Fundação Dom Manoel Pedro da Cunha Cintra (UCP).

³¹ O programa jovens talentos da FAPERJ Destina-se à concessão de bolsas de pré-iniciação científica para estudantes do ensino médio público que tenham interesse e potencial para atuar em atividades de pesquisa em ciência e tecnologia. Visa estimular a formação científica e identificar vocações, contribuindo para a difusão do conhecimento, desmistificando a ciência e articulando pesquisa e ensino. As atividades são desenvolvidas nos laboratórios das instituições científicas conveniadas, sob a orientação de pesquisadores. Vide <<http://www.faperj.br/?id=30.4.0>>. Três “jovens talentos” participaram, na UCP, dos levantamentos e debates que deram origem a este *paper*.

³² Segundo MARQUES e MEIRELLES (2015), a livre adesão das partes é essencial para o êxito da mediação. Quando não ocorre, todo o procedimento pode ficar comprometido.

³³ Conferir, por exemplo, os trabalhos e pesquisas do instituto ‘Mediare Diálogos e Processos Decisórios’, em <http://www.mediare.com.br>, acesso em 12 mar. 2015.

É justamente por ser um movimento extrajudicial que a mediação costuma ser arrolada entre os mecanismos “alternativos” de administração de conflitos. Nesse caso, seria informal, conduzida em ambientes externos ao Poder Judiciário, e sequer dependeria de uma regulamentação específica, porque sua condução partiria do pressuposto de que pessoas adultas e capazes podem livremente dispor sobre o que é melhor para si, e sobre a forma de resolverem as suas disputas, sem que seja necessária a intervenção do Estado-juiz. A desnecessidade de uma regulamentação decorreria, inclusive, das características da atuação do mediador: um auxiliar, um facilitador da comunicação entre as partes, que, a rigor, não opina nem sugere alternativas, não carecendo, portanto, a princípio, de conhecimento jurídico específico para atuar.

Contudo, neste artigo, interessa-nos tratar do que podemos chamar de mediação institucionalizada, isto é, a mediação que vem sendo incorporada pelo Judiciário no cardápio dos serviços que pretende oferecer à população, ou a mediação que se tornou objeto de regulamentação por parte do Poder Legislativo e mais um instrumento a ser, de certa forma, “operado” pelos profissionais com competência jurídica. É nessas situações que, segundo a hipótese de que partimos nesta investigação, ela parece revestir-se muito mais de uma decisão dos juristas do que uma opção dos jurisdicionados.

Nessa perspectiva, e de forma sintética, pode-se dizer que a regulamentação dos procedimentos de mediação no Brasil vem se desenvolvendo em três momentos, expressos em três textos normativos, a saber: 1º) a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ); 2º) o Novo Código de Processo Civil, de 2015; e 3º) o projeto de lei 7.169/2014, ainda em tramitação.

A resolução 125/2010 do CNJ foi o “primeiro ato” de regulamentação nacional sobre os meios autocompositivos de solução de conflitos. Pretendeu estimular o emprego da mediação através do deslocamento dos processos judiciais para centros de mediação administrados pelos próprios Tribunais, a fim de permitir que os conflitos judicializados (que já haviam se transformado em ações judiciais) pudessem ser tratados a partir de uma perspectiva consensual. O artigo 1º dessa resolução instituiu a

[...] Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

A marca mais característica dessa regulamentação foi a judicialização da mediação. Na perspectiva dessa resolução ela haveria de ser implementada “pelos” e “nos” Tribunais. O artigo 8º da Resolução n. 125/2010 do CNJ se refere aos “Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania”, informando que eles estariam destinados a “atender aos juízos, juizados ou varas”, sendo preferencialmente responsáveis pelas sessões de mediação, conciliação e orientação ao cidadão relativamente aos meios alternativos de solução de conflitos.

A resolução também pretendeu assegurar para os órgãos judiciários, com exclusividade, a gestão desse meio de administração de conflitos. Nessa perspectiva, o Poder Judiciário, além de detentor exclusivo da jurisdição, também trouxe para si a responsabilidade pela organização e formatação dos procedimentos autocompositivos de solução de conflitos. Por exemplo, a formação dos mediadores seria provida, essencialmente, pelas próprias Cortes. Daí decorreu que esses procedimentos, por natureza, “alternativos” ao Poder Judiciário, foram por ele “apropriados”³⁴. Isso é relevante na medida em que se está tratando de uma “política pública” de estímulo às soluções consensuais.

Mesmo considerando que a resolução 125/2010 contemplava as modalidades pré-processual e incidental para a mediação (isto é, antes do ajuizamento da ação, ou como incidente de um processo em andamento, vide MELLO e LUPETTI BAPTISTA, 2011), ainda assim pretendia implementá-las dentro dos espaços dos Tribunais, sempre supervisionadas por juízes. A judicialização do procedimento, nessa perspectiva, parecia evidente e inevitável.

O “segundo ato” de regulamentação da mediação foi a Lei nº 13.105, instituindo o novo Código de Processo Civil (CPC), que atualmente está em

³⁴ MARQUES E MEIRELLES (2014, p. 108) concluíram que essa apropriação acabou prejudicando o resgate da cidadania e o procedimento democrático que mediação extrajudicial estaria apta a propiciar.

período de vacância. Restou proceduralizado o rito da “audiência” de mediação como ato processual obrigatório, previsto no artigo 334 do novo CPC. Conforme se depreende dos novos dispositivos legais, o legislador (até o momento) preferiu dar maior ênfase ao procedimento de mediação incidental, deixando clara a preferência por essa modalidade. Tal postura parece reafirmar a supremacia do Poder Judiciário na implementação desse método.

Alguns dispositivos do novo CPC indicam essa preferência para a mediação dentro do Poder Judiciário, que ocorre no curso de uma ação já proposta. É o caso do artigo 3º, que está incluído no Capítulo I – Das Normas Fundamentais do Processo Civil, cujo parágrafo 3º concita os profissionais de competência jurídica que atuam em um processo a estimularem o uso da mediação – o que somente faz sentido quando já há uma ação ajuizada.

Na mesma linha, o artigo 149 dispõe que os mediadores e conciliadores judiciais serão auxiliares da Justiça; o artigo 165, *caput* e §1º determinam a criação dos Centros de solução consensual de conflitos, cujo funcionamento será definido pelo respectivo tribunal; e o artigo 167, *caput* e § 1º tratam do cadastro de mediadores e conciliadores, também de responsabilidade das respectivas Cortes de Justiça.

A disposição referente à possibilidade da mediação e da conciliação serem realizadas em espaços extrajudiciais é ventilada de forma muito tímida e a essa alternativa parece ter sido dada reduzidíssima importância. Isso se depreende até mesmo da situação “topográfica” do artigo 175 que, tratando desse aspecto, foi deixado para o final da Seção. Mais ainda: a lei estimula, explicitamente, a mediação judicial, ao mesmo tempo em que, no tocante à mediação extrajudicial, se limita a não vedar sua utilização.

O que se pode concluir é que, tanto a opção institucional do CNJ na edição da resolução 125, quanto a opção legislativa estampada no “Novo” CPC caminharam no sentido de privilegiar a adoção da mediação como um método judiciário de administração dos conflitos de interesse, a ser levado a efeito no ambiente do fórum. O procedimento da mediação, dentro desse contexto normativo, tornou-se intrinsecamente ligado ao funcionamento do Poder

Judiciário, porque pouca ou nenhuma importância foi conferida à possibilidade de estimular o seu uso em outros espaços adequados.

Já o “terceiro ato” de regulamentação sobre a matéria, ainda em tramitação nas casas legislativas, é o Projeto de Lei 7.169/2014, o qual, essencialmente, se propõe a dispor sobre a mediação entre particulares como o meio alternativo de solução de controvérsias (Capítulo I da Lei) e sobre a composição de conflitos no âmbito da administração Pública (Capítulo II). Tal projeto já foi aprovado nas Comissões de Trabalho, de Administração e Serviço Público, bem como de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, com complementação de voto.

O referido projeto de lei, acaso aprovado com a redação atual, deverá regular a utilização da mediação e a atuação dos mediadores em sede judicial e extrajudicial, apresentando-se, nesse sentido, mais abrangente do que os dois “atos” anteriores, que tinham os olhos postos predominantemente na mediação judicial.

Independente disso, o que chama a atenção nesses três momentos de regulação da mediação, ao menos na perspectiva assumida neste *paper*, é que esse método se apresenta como uma decisão tomada, respectivamente, pelas autoridades judiciárias e legislativas no tocante àquilo que, no seu parecer, se apresenta como a melhor forma de administrar ou solucionar determinados conflitos. Não se trata de um reclamo da sociedade, nem de uma prática naturalizada para os brasileiros, que tenha demandado uma melhor regulamentação. Trata-se mesmo, à primeira vista, de uma medida impositiva (não obstante tenha sido observado o “devido processo” legislativo, no tocante às leis aqui consideradas), destinada a atender determinados interesses institucionais e utilidades práticas, como será demonstrado no item seguinte.

3 ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTARAM A OPÇÃO PELA MEDIAÇÃO, COMO ALTERNATIVA AO PROCESSO JUDICIAL CONVENCIONAL

No meio jurídico, vários são os argumentos utilizados para justificar o uso da mediação. Pode-se sintetizá-los dessa forma: a idéia de que a mediação seria

uma forma de dar solução rápida aos conflitos de interesses; a percepção de que o Judiciário está abarrotado de processos, sendo necessário e urgente encontrar solução para esse problema; o pensamento de que o acordo obtido por meio da mediação será uma solução de melhor qualidade para os conflitos de interesse do que aquela imposta pela sentença, pois, se o conflito é das partes, são elas as mais qualificadas para chegarem a uma solução adequada, e não o juiz; e o sentimento de que o exercício da mediação educa e “empodera” as pessoas, conferindo-lhes maior autonomia.

Um dos principais objetivos da mediação – já bem explorado pela literatura especializada (v. g., AZEVEDO, 2012; DE PINHO, 2008) e agora reafirmado pela lei adjetiva civil – é o restabelecimento do diálogo entre as partes litigantes, as quais possuem um vínculo de natureza continuada e que, ao que se pretende, poderia ser mantido por meio do tratamento amigável da questão. Para DE PINHO (*op. cit.*, p. 241), “o papel do interventor é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opiniões e negociação de acordos”.

Através da mediação também se espera que as partes possam prevenir novos conflitos, pois tornar-se-iam aptas a solucionar controvérsias por elas próprias, atingindo o acordo sem o auxílio/intervenção de um terceiro. Conforme afirma BRAGA NETO (2012, p. 106):

“Convém enfatizar uma característica muito comum como resultado da utilização da mediação. Em muitos casos, as pessoas que dela fazem uso acabam aprendendo a administrar de maneira mais positiva seus conflitos e, com isso, se capacitam para futuros conflitos entre elas. Por isso, vários autores identificam seu caráter didático na gestão dos conflitos, pois muitas vezes as pessoas passam a prevenir de maneira mais frequente futuros conflitos entre elas.”

A mediação, sem dúvida, tem qualidades. Contudo, acreditamos que todas essas assertivas carecem de melhor investigação e demonstração empírica. Não se trata de certezas e não há uniformidades (nem toda mediação é igual, nem toda mediação termina em acordo etc). Por exemplo, a percepção de que a mediação confere celeridade ao tratamento do conflito é muito relativa, porque os casos, o seu nível de complexidade, o grau de beligerância das partes, o tempo pelo qual o conflito vinha se alongando, dentre outros, são fatores que podem

repercutir na quantidade de sessões de mediação a serem realizadas (VEZULLA, 2013). Assim, nem toda mediação é necessariamente rápida (FILPO, 2014).

Outro exemplo: no tocante o descongestionamento do Judiciário, não há nenhuma certeza de que a disponibilização dos serviços de mediação vai diminuir o número de ações judiciais em curso no Brasil. Na Argentina, onde a mediação obrigatória, prévia ao ajuizamento de ações cíveis, já é a regra há mais de vinte anos, esse argumento tem sido colocado a prova. Um dos motivos seria de que os acordos de mediação nem sempre resolvem o problema e são levados à uma (re)discussão perante o Poder Judiciário daquele país (GIANNINI, 2015).

Ora, se a decisão institucional aqui abordada não decorreu de uma conclusão empírica sobre a eficácia da mediação nesses aspectos considerados, ela na realidade decorreu de uma apreciação dogmática, acerca do que os juristas entenderam ser mais adequado a fazer, no tocante aos meios de administração de conflitos. Aqui nos referimos à dogmática no sentido que lhe foi atribuído por FERRAZ JUNIOR (2003, p. 43), expresso no seguinte trecho de seu curso de Introdução ao Estudo do Direito:

“Propomos, pois, que uma premissa é *evidente* quando está relacionada a uma verdade; é *dogmática*, quando relacionada a uma dúvida que, não podendo ser substituída por uma evidência, exige uma decisão. A primeira não se questiona, porque admitimos sua verdade, ainda que precariamente, embora sempre sujeita a verificações. A segunda porque, diante de uma dúvida, seríamos levados à paralisia da ação: de um dogma não se questiona não porque ele veicula uma verdade, mas porque ele impõe uma certeza sobre algo que continua duvidoso.”

Vale dizer, apenas para ilustrar, que os trabalhos que resultaram no anteprojeto do Código de Processo Civil, incluindo as atividades de mediação em juízo, a despeito da menção ao atendimento dos reclamos da sociedade, foram presididos por um ministro do Superior Tribunal de Justiça. Na apresentação do anteprojeto pelo então Presidente do Senado Federal, destaca-se o seguinte trecho:

“O Senado Federal, sempre atuando junto com o Judiciário, achou que chegara o momento de reformas mais profundas no processo judiciário, há muito reclamadas pela sociedade e especialmente pelos agentes do Direito, magistrados e advogados. Assim, avançamos na reforma do Código do Processo Penal, que está em processo de votação, e iniciamos a preparação de um anteprojeto de reforma do Código do Processo Civil. São passos fundamentais para a celeridade do Poder Judiciário, que atingem o cerne dos problemas processuais, e que possibilitarão uma Justiça mais rápida e, naturalmente, mais efetiva.

A Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto de novo Código do Processo Civil, nomeada no final do mês de setembro de 2009 e presidida com brilho pelo Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, trabalhou arduamente para atender aos anseios dos cidadãos no sentido de garantir um novo Código de Processo Civil que privilegie a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal. [...] José Sarney, Presidente do Senado Federal³⁵”

Parece natural, portanto, que o “olhar” que direcionou a introdução da mediação no novo Código tenha vindo ao encontro das necessidades e demandas do Poder Judiciário. A “tomada de posição” foi nesse sentido. Em uma perspectiva instrumental, vem a mediação representar uma nova “ferramenta” que pode ser utilizada para “operar” o sistema de justiça, em que são milhões os processos a serem debelados, com a maior celeridade possível. Daí a necessidade de dividir essa tarefa com outros profissionais, como os mediadores.

MIRANDA NETTO e SOARES (2015), em interessante texto comparativo sobre a formação e atuação de mediadores judiciais e extrajudiciais, explicam logo de início que a principal motivação para a busca de soluções “alternativas” é a chamada “crise do Judiciário”. Enfatizam, além disso, o discurso das autoridades sobre os benefícios da mediação, levando a um “trabalho desenfreado de incentivo ao uso desse instituto”:

“A chamada crise do Judiciário tem movido os estudiosos e a sociedade civil na busca de alternativas para a resolução de conflitos. Entre tais alternativas, chama atenção o discurso quase unânime das autoridades sobre os benefícios da mediação de conflitos e o trabalho desenfreado de incentivo ao uso deste instituto e a qualificação de mediadores judiciais e extrajudiciais no Brasil.”

Sobre o projeto de lei de mediação, o deputado federal Sérgio Zveiter³⁶ também enfatizou a sua percepção, de que essa inovação legislativa poderá operar uma mudança cultural, mais voltada para a autocomposição, e que isso tende a economizar tempo e dinheiro:

“Existe uma cultura no nosso país muito voltada ao litígio, mas nós sabemos que as ações da Justiça, por mais que as partes, os magistrados, os envolvidos possam desempenhar sua função da melhor forma possível, demora muito, e muitas vezes a Justiça é cara, e portanto, apesar de ninguém ser obrigado a participar da mediação ou nela permanecer, tenho certeza que vai haver uma mudança de cultura e

³⁵ Texto integral disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>.

³⁶ Informação disponível em < Rádio Camara, disponível em <http://www2.camara.leg.br/>>, acesso em 14 abr. 2015.

que as pessoas vão acreditar que essa forma de solução e autocomposição dos conflitos é muito mais rápida, mais barata e mais eficiente."

Durante evento realizado no Instituto dos Advogados Brasileiros no ano de 2014³⁷, tratando sobre arbitragem e outros MESC³⁸, a Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie teria afirmado que "a pacificação da sociedade tem que passar pela capacidade de se encontrarem soluções sem se depender de uma sentença estatal" e ainda que no Brasil "precisamos evoluir para um sistema menos litigioso".

Essa fala da Ministra pode ser problematizada. De um lado, ela reforça os argumentos produzidos até este momento, no sentido de que a mediação vem atender a um reclamo, predominantemente, das autoridades a quem compete dizer o direito. De outro lado, porém, essa postura parece contraditória. Isso porque, embora o discurso seja de "desjudicialização", ou seja, de busca de soluções externas ao judiciário, a tônica da regulamentação existente até o momento (Resolução 125/CNJ e Novo CPC) aponta para uma maior judicialização e procedimentalização - inclusive de um método que, por natureza, seria extrajudicial.

Por fim, uma perspectiva interessante que pode contribuir com o debate está presente no Manual de Mediação Judicial (AZEVEDO, 2012) Esse manual é direcionado à formação de quadros para operarem a mediação na sua modalidade judicial. O autor é um magistrado e a edição do Manual é uma iniciativa conjunta do Ministério da Justiça e do Conselho Nacional de Justiça.

No trecho que nos interessa (AZEVEDO, 2012, pp. 62-67) o manual fornece ao leitor sugestões sobre como contornar as possíveis resistências que poderiam vir a ser oferecidas por advogados e partes, em juízo, quando o caso fosse encaminhado para a mediação. Eis um exemplo:

"Frequentemente advogados que não conhecem bem a mediação tendem a acreditar que sua utilização seria um desperdício de recursos e tempo (e.g. advogado: *'Nesse caso a mediação seria uma perda de tempo porque não há como chegarmos a um acordo'*). Nessas hipóteses, poderia o magistrado informar que:

³⁷ Informação disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-06/evento-iab-ellen-gracie-defende-ampliacao-arbitragem>>. Acesso em 10 abr. 2015.

³⁸ Expressão muito utilizada na literatura especializada para significar os Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos.

‘Agradeço a franqueza quanto à sua apreciação do presente caso. Neste Tribunal estamos fortemente engajados em respeitar o direito de ação da parte bem como o dever ético do advogado de orientar da melhor maneira possível seu cliente. Por esse motivo, indicamos que com muita frequência ouve-se de partes que determinado caso não chegará, em hipótese alguma, a acordo e constata-se que, passado algum tempo, a parte eventualmente transaciona. Considerando que ao se buscar a mediação como forma de resolução de disputas praticamente não há quaisquer prejuízos ao cliente e as partes que inicialmente indicam que não existe possibilidade de acordo posteriormente seguem para a mediação, ficam com grande índice de satisfação quanto a esse processo – independente do resultado da mediação.’

Todo esse conjunto de manifestações parece apontar no sentido de que a opção pela mediação foi tomada pelas autoridades a quem compete dizer o direito, e que não se cansam de enaltecer as vantagens desse método, sem que, contudo, estas tenham sido empiricamente demonstradas. Ao mesmo tempo em que qualquer oposição ou resistência é imediatamente interpretada como um desconhecimento, uma falta de familiaridade com o método mediativo. Ou ainda como uma falta de interesse das partes e de seus advogados, que acreditam ser mais vantajosa a sentença judicial, por razões pecuniárias ou quaisquer outras.

Assim, essas manifestações em sentido contrário à política de mediação são prontamente desqualificadas e interpretadas como um sinal de que o opositor não sabe do que está falando. A idéia que predomina é que, se o assunto é a administração de conflitos, ele precisa ser resolvido pelos juristas, pelos homens e mulheres da lei.

Paira no ar o entendimento de que as partes precisam ser tuteladas (AMORIM e LUPETTI BAPTISTA, 2014) e convencidas de que, se não desejam a mediação, e se não desejam transigir, é porque agem mal, agem levemente, ou não sabem o que é melhor para elas próprias e, portanto, precisam ser convencidas de que o melhor caminho, em qualquer conflito envolvendo relações de proximidade, é a mediação. Essa é uma interpretação possível para esses discursos e, ao nosso ver, parece contraditória em vista da intenção de conferir autonomia aos jurisdicionados.

Foi a partir dessa constatação que se pretendeu pesquisar as opiniões dos destinatários dos serviços judiciários sobre essas questões. Em última análise, percebeu-se que era preciso dar voz a quem, nesse debate, não foi exatamente ouvido. Seguem os resultados dessa pesquisa de campo.

4 A PESQUISA DE CAMPO

Como já informado ao início, optou-se por realizar pesquisa de campo através de entrevistas com partes, advogados e estudantes de direito, com o objetivo de responder à pergunta, “a mediação é uma opção dos jurisdicionados ou simplesmente uma imposição institucional?”

De acordo com SEVERINO (2007, p. 124), a entrevista é uma técnica que tem por intuito coletar informações, por meio de sujeitos entrevistados, sobre um determinado assunto, havendo, portanto, a interação entre pesquisador e entrevistado. Neste sentido, “O pesquisador visa apreender o que os sujeitos pensam, sabem, representam, fazem, argumentam” (SEVERINO, 2007, p. 124).

Esse mesmo autor divide a técnica de entrevista em dois tipos: entrevistas não-diretivas e entrevistas estruturadas. As primeiras conferem liberdade ao entrevistado para falar o que deseja, a partir de uma pergunta ou provocação inicial. Nesse caso, “o entrevistador mantém-se em escuta atenta, registrando todas as informações e só intervindo discretamente para, eventualmente, estimular o depoente” (*op. cit.*, p. 125). Este tipo de entrevista ocorre como se fosse uma conversa informal. Na segunda opção, estruturada, as questões são pré-determinadas e direcionadas. Um ponto positivo seria a maior objetividade na entrevista, e um ponto desfavorável seria o fato de dar margem a uma maior influência do pesquisador sobre o entrevistado, pois se corre o risco de que as perguntas, a depender do modo como são formuladas, possam implicar na resposta a ser dada³⁹.

³⁹ Roberto Cardoso de Oliveira (2000), escrevendo na perspectiva do trabalho do antropólogo, explica que o pesquisador de campo deve esforçar-se para interferir o mínimo possível no ambiente e no entrevistado. Alguma influência de parte a parte é, contudo, inevitável. No caso de entrevistas fechadas a interferência é maior porque as perguntas são previamente elaboradas pelo pesquisador. Geralmente as investigações antropológicas preferem entrevistas abertas em que, a partir de uma provocação inicial, deixa-se o entrevistado falar à vontade sobre o assunto. Sinteticamente funciona assim: esses depoimentos são anotados ou gravados e depois deglavados. Confrontando diversos depoimentos chega-se às recorrências. Em geral, é a partir dessas recorrências, percebidas e interpretadas pelo pesquisador de campo, em uma abordagem qualitativa, que ele constrói a sua explicação para o fenômeno estudado.

Este tipo de entrevista obedece a um planejamento, elaborado com uma série de questões previamente escolhidas. Para SEVERINO (*op. cit.*, p. 125), “as questões permitem obter do universo de sujeitos, respostas também mais facilmente categorizáveis, sendo assim, muito útil para o desenvolvimento de levantamentos sociais”. Neste caso, a entrevista se parece com um questionário.

Optamos, na pesquisa considerada, por utilizar entrevistas estruturadas, na medida em que o trabalho de campo seria realizado por pesquisadores iniciantes, alguns deles muito jovens e apresentando, também, pequeno domínio da terminologia forense, por exemplo. Por isso acreditamos que a existência de perguntas pré-concebidas poderia auxiliá-los nessa primeira experiência de iniciação científica. Optamos ainda por restringir a investigação a causas de família, especialmente porque é nessa área, ao menos na cidade de Petrópolis, que a mediação vem sendo utilizada mais frequentemente.

Foram elaborados dois questionários: o primeiro destinado às entrevistas com as partes, isto é, pessoas que estivessem aguardando atendimento nos escritórios modelo e núcleos de primeiro atendimento da Defensoria Pública na cidade de Petrópolis, e o segundo destinado a advogados e estudantes de direito. A diferença principal é que o segundo questionário pressupunha certo conhecimento do entrevistado acerca da mediação de conflitos e propiciava respostas mais abertas do que o primeiro, mais objetivo e simples, inclusive no tocante à terminologia utilizada (por exemplo, no primeiro questionário preferiu-se usar a expressão “reuniões”, ao invés de “audiências” de mediação).

Ainda no tocante à metodologia, parece importante esclarecer que a análise dos dados obtidos a partir dessas entrevistas não se ateve à distinção rígida que alguns costumam estabelecer entre os métodos quantitativos e qualitativos de pesquisa social. Neste artigo, as duas abordagens são combinadas, como veremos a seguir.

Tal “liberdade” metodológica, por assim dizer, não se deveu apenas ao fato de se tratar de pesquisa exploratória, ou por envolver jovens pesquisadores. Mas também pela convicção que é partilhada por alguns autores, no sentido de que um método escolhido em uma pesquisa é dado pelas necessidades do objeto pesquisado (AMORIM, 2009) e será válido na proporção de sua capacidade

explicativa. Ou, no dizer de PERRONE (1977, *apud* SERAPIONI, 2000), essa escolha deve levar em consideração “se ele é útil para arar o terreno empírico que temos pela frente”.

Trabalhando com um exemplo extraído da pesquisa social aplicada à saúde pública, SERAPIONI (2000) explica que:

“As experiências das pesquisas de campo, baseadas em uma perspectiva mais pragmática e menos orientada para um *sectarismo* epistemológico, sugerem que da combinação das duas abordagens (cada uma no seu uso apropriado) é possível obter ótimos resultados. Por exemplo: queremos saber *quantas* pessoas de uma comunidade conhecem as Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST), ou *o que* a população desta comunidade sabe sobre as DST? Para responder às preocupações formuladas neste exemplo, precisa-se utilizar métodos qualitativos e quantitativos.”

Assim, devidamente explicadas e justificadas nossas opções metodológicas, passemos à análise dos resultados obtidos.

4.1 As entrevistas realizadas com os demandantes

No questionário destinado às partes, depois de explicações sobre quem entrevistar e como realizar a entrevista (direcionadas aos jovens pesquisadores), passava-se às questões que deveriam norteá-la. As primeiras perguntas eram voltadas para a identificação do entrevistado a respeito do sexo, idade, profissão e grau de instrução. Após isso, solicitavam-se informações sobre: experiências anteriores com processos judiciais e a natureza da ação (separação, divórcio, alimentos, guarda de filho, partilha de bens e outros).

Concluída essa etapa, passava-se às perguntas sobre a mediação propriamente dita, mas efetuadas de forma indireta. Perguntava-se se o entrevistado: estaria disposto a participar de encontros ou reuniões com a parte contrária para tratar da sua disputa; de quantas reuniões estaria disposto a participar; se essas reuniões deveriam ser conduzidas por um juiz, um advogado, um estudante de direito, ou se isso era indiferente; se o lugar preferencial para realizar essas reuniões era o fórum, um escritório de advocacia, ou se isso era indiferente; e, finalmente, de que tempo o entrevistado poderia dispor para cada uma dessas reuniões.

Foram realizadas dez entrevistas nesse formato acima descrito, em Petrópolis, no primeiro trimestre de 2015. As recorrências mais interessantes obtidas a partir desses questionários foram as seguintes: os entrevistados informaram, em geral, estarem dispostos a encontrar-se com a parte adversa para entrarem em entendimento sobre a causa controvertida. Contudo, ao mesmo tempo, informaram que possivelmente será difícil obter um acordo, considerando que “não há diálogo com a parte adversa”. Alguns acrescentaram que tentariam o acordo “para não prejudicar o(s) filho(s)”.

Foi percebido, no discurso dessas pessoas, a tendência de sugerir que a dificuldade em conciliar residiria na resistência da parte adversária, e não em si próprias. Nesse caso, a maioria dos entrevistados eram mulheres e a demanda era relacionada a pedidos de alimentos para os seus filhos.

Também houve outras recorrências relevantes: as partes estão dispostas a participar de reuniões, mas isso depende da duração e do horário, porque geralmente trabalham ou têm outras ocupações. Informaram que qualquer lugar pode ser usado para essas reuniões, desde que seja “neutro”. E, por fim, não fazem questão de que essas reuniões sejam presididas por juízes, podendo ser qualquer pessoa.

Entretanto, uma discreta minoria informou que essas reuniões somente poderiam ser conduzidas por profissionais com competência jurídica. Interpretamos que essa expectativa é natural para quem procura advogados ou os serviços judiciários em busca de solução para uma pendenga jurídica, decorrente da violação, ou aparente violação, de um direito.

4.2 As entrevistas realizadas com advogados e estudantes de direito

O segundo questionário foi direcionado aos advogados e estudantes de direito. Da mesma forma como no item anterior, continha explicações sobre quem entrevistar e como realizar a entrevista (direcionadas aos pesquisadores iniciantes), seguidas das indagações que se destinavam à identificação do entrevistado a respeito do sexo, idade, profissão e grau de instrução.

Pressupondo um grau mínimo de informação desses entrevistados sobre o tema da mediação, o questionário partia diretamente para perguntas abertas, a respeito dos seguintes tópicos: se já teve alguma experiência com a mediação de conflitos no Judiciário; como avalia essa experiência; se a mediação deveria acontecer antes ou durante o desenrolar do processo judicial, ou se isso era indiferente; se tinha conhecimento da existência de um serviço de mediação no Tribunal de Justiça do Estado do Rio e em Petrópolis; como avalia o uso da mediação nas ações de família em vista do novo CPC; e como avalia a utilidade da conciliação nas causas de família.

Foram realizadas vinte entrevistas nesse formato acima descrito, em Petrópolis, no primeiro trimestre de 2015, sendo dez respondidas por estudantes de direito e outras dez por advogados em atuação na Comarca de Petrópolis, abordados em seus escritórios ou no fórum. Algumas respostas foram enviadas por *e-mail*. As recorrências mais interessantes obtidas a partir desses questionários foram as seguintes: de maneira geral, quase uma unanimidade, esses entrevistados avaliaram suas experiências com a mediação e a introdução da mediação no tratamento de causas de família como algo positivo.

Nesse sentido, houve depoimentos indicando que: “é uma oportunidade das partes fazerem acordo de forma amigável”; “facilitaria a solução dos conflitos”; “as audiências de mediação têm surtido efeito positivo”; “evita o desgaste emocional de um processo longo”. Alguns depoimentos também registraram a preocupação com as crianças envolvidas na disputa, alegando que, quando estão envolvidas na disputa, a mediação é aconselhável por minimizar a interferência sobre as suas vidas e formação.

Uma recorrência interessante disse respeito ao momento em que a mediação deveria acontecer (se antes, ou depois do processo). A esmagadora maioria dos entrevistados informou que a mediação deveria acontecer antes do ajuizamento da ação, caso em que “contribuiria para desafogar o Judiciário” e “evitaria o desgaste de uma demanda judicial”.

Alguns advogados consideraram que a experiência da mediação pode ser válida, mas apenas se os mediadores estiverem bem preparados para o desempenho dessa atividade. Houve queixas agudas de alguns advogados no

sentido de que os mediadores nem sempre têm preparo para opinar em questões jurídicas e que não devem fazer isso. Alguns advogados manifestaram essa opinião em tom irritado.

Um dos advogados esclareceu que às vezes o mediador pode ser alguém que não tem formação jurídica e, na sua visão, isso pode acabar dando margem, durante o tratamento do caso, a ilegalidades ou abusos. Um exemplo seria um acordo de alimentos, obtido na mediação, que assegurasse o pagamento de soma muito elevada, maior do que o juiz, em geral, daria em uma sentença dessa natureza⁴⁰. Esse exemplo evidencia o tipo de tensão que pode surgir entre os advogados e os mediadores durante as sessões de mediação

Por conta desse tipo de preocupação, alguns entrevistados disseram preferir que tanto a mediação quanto a conciliação sejam conduzidas pelo juiz. Não ficou claro, contudo, se isso decorreu de uma percepção de que a mediação serviria para celebrar acordos com validade jurídica, do que dependeria uma homologação judicial do acordo, ou se da impressão de que a presença do magistrado, indicando certos caminhos a seguir, acaba contribuindo com a transação. Não obstante, a literatura especializada sobre mediação não recomenda que o juiz exerça o papel de mediador, enquanto o novo CPC destina essa atividade a certo quadro de profissionais, e não ao juiz.

Também parecem significativas algumas ressalvas registradas, no sentido de que, quando as partes não querem conciliar, não adianta insistir perdendo tempo com esses esforços. Há casos em que apenas a decisão judicial pode resolver. Os advogados mostraram alguma irritação com a insistência que às vezes existe para celebrarem acordos quando as partes preferem receber a sentença. “Se o litígio é muito intenso, não adianta tentar compor. Não adianta nada. O que resolve é a sentença”.

⁴⁰ O valor dos alimentos, segundo a doutrina, deve levar em consideração o binômio necessidade-possibilidade, isto é, deve ser proporcional à capacidade financeira de quem paga e a necessidade de subsistência de quem os recebe. A lei não estabelece percentuais ou regras objetivas. Apesar disso, em geral, no estado do Rio de Janeiro, os juízes costumam fixar os alimentos em cerca de 30% dos ganhos líquidos do alimentante.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pretendeu, neste *paper*, inaugurar ou estimular um movimento contrário à utilização da mediação como um meio viável de administração de conflitos. Pretendeu-se apenas problematizar o processo de introdução desse método em nosso sistema normativo e as opções tomadas nesse sentido pelas autoridades a quem competiu decidir a esse respeito. Nessa perspectiva, ficou claro que a mediação está sendo enxergada a partir de sua pretensa aptidão para tornar os processos de resolução de disputas mais céleres e para desafogar um Judiciário em crise. Pretendeu-se colocar em discussão, contudo, se tal projeto jurídico conta com a adesão dos destinatários dos serviços judiciários.

Na realidade, não é novidade no Brasil que as decisões das autoridades, muitas vezes revestidas sob a roupagem de leis, pretendam impor uma determinada realidade que pode não encontrar eco no seio da sociedade. Raymundo FAORO (2001), por exemplo, tratando do período da colonização do Brasil até o Governo Geral, explica que a colônia era um empreendimento do Rei de Portugal. Na época das capitanias hereditárias, a recomendação e o poder de criar vilas, por exemplo, era atribuído ao Governador, visando o interesse fiscal, em benefício da Coroa. Além desse interesse, ainda segundo o mesmo autor, havia a necessidade de agrupar a população contra os ataques indígenas e dos corsários.

Nesse contexto, relata uma situação interessante: tamanho era o empenho de obedecer às ordens vindas de Portugal, que as vilas eram criadas por decreto, antes mesmo de chegarem ao local os seus povoadores. A organização administrativa precedia a fixação das populações nessas vilas. Elas passavam a existir formalmente antes mesmo de possuírem um habitante sequer. Isso contrariava a tendência aparentemente natural, observada ao longo da história da humanidade, de que uma população vai se fixar onde haja mais condições para garantir a sua sobrevivência. Segundo FAORO (2001, p. 58), “começava-se, com isso, uma prática que iria marcar a história da colônia: a criação da realidade pelas leis e ordens régias”.

Na mesma linha de pensamento, há quem afirme que há leis no Brasil que não “colam” – ou seja, estão em vigor, mas não têm efetividade – justamente porque podem não estar afinadas com a realidade que pretendem regular, não foram sensíveis às demandas legítimas da população acerca do seu objeto. Como o jurisdicionado não se enxerga naquela lei, ou não compreende que ela existe para beneficiá-lo, para atender aos seus interesses, a legislação corre o risco de virar letra morta.

Por outro lado, segundo CARDOSO DE OLIVEIRA (2010, p. 464), “os dilemas da justiça, da cidadania e dos direitos são de muito difícil apreensão quando o intérprete não enfoca adequadamente a maneira como as respectivas questões são vividas pelos atores, ou como elas ganham sentido em suas práticas, e motivam determinados padrões de orientação para a ação”. Isso significa que qualquer decisão, ainda que referente a aspectos relacionados aos problemas jurídicos e de operação do sistema de justiça, tende a ser mais bem sucedida se forem ouvidos os usuários desse sistema e percebidas as suas dificuldades e vicissitudes.

Essas reflexões, queremos crer, contribuem para a compreensão das circunstâncias descritas neste trabalho. Na medida em que a mediação de conflitos está sendo introduzida como uma decisão das autoridades a quem compete dizer o direito, e não em virtude de um reclamo da sociedade, ou uma prática corrente e naturalizada, a base que sustenta tal opção não passa de um discurso, repetitivo, sobre as vantagens da mediação, como a querer convencer que ela realmente funciona.

Nessa perspectiva, a lei vem novamente antes dos fatos, e não seria de surpreender se essa forma de administração dos conflitos não viesse a receber a adesão dos destinatários dos serviços judiciários. Contudo, optou-se por fazer essa tentativa, na esperança de que as disposições legais aqui comentadas poderão inaugurar uma nova cultura: a tão almejada cultura de paz (se é que ela é possível...).

A pesquisa realizada, embora incipiente, pretendeu enveredar por essa discussão, mas aproximando-se da realidade, ouvindo os jurisdicionados acerca de sua adesão a esse método. E as respostas obtidas foram interessantes.

No tocante aos dados empíricos coletados, a título de conclusão, pode-se inferir que os entrevistados possuem, de maneira geral, uma percepção positiva acerca do instituto da mediação, notadamente nas causas de família. Reconhecem, por exemplo, o seu potencial para evitar desgastes desnecessários e a tendência de que, havendo acordo, o conflito pode ser solucionado mais rapidamente.

Contudo, também manifestaram algumas impressões contrárias ao uso da mediação. Opuseram-se, em especial, ao caráter obrigatório de que se revestiu no texto do novo CPC, e à insistência nas tentativas de composição quando as partes já disseram que preferem a via judicial. Reivindicaram uma boa preparação dos mediadores. E também manifestaram uma clara opção pela mediação pré-processual, ou seja, aquela que se realiza antes do ajuizamento da ação, opondo-se à modalidade incidental, que tem lugar no contexto de processos judiciais em andamento.

Nessa perspectiva, as representações do campo parecem reafirmar a característica extrajudicial, informal e voluntária desse meio de administração de conflitos.

REFERÊNCIAS

AMORIM, M. S. **Indicações para elaboração de projetos de pesquisa**. Mimeo. Material de Aula do Curso de Doutorado em Direito. Universidade Gama Filho, 2009.

_____. ; LUPETTI BAPTISTA, B. G. Quando direitos alternativos viram obrigatórios. Burocracia e tutela na administração de conflitos. *Antropolítica* (UFF), v. 37, p. 287-318, 2014.

AZEVEDO, A. G. de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasil. 2012.

BRAGA NETO, A. Mediação de Conflitos: Conceito e Técnicas. In: LORENCINI, M. A. G. L.; SALLES, C. A.; SILVA, P. E. A. (Coord.). **Negociação, Mediação e Arbitragem**: Curso básico para programas de graduação em Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2012. pp. 103-125.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125/2010**. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-mediacao/legislacao>>. Acesso em 02.03.2015.

_____. **Lei nº 13.105/2015** – Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 18.03.2015.

CARDOSO DE OLIVEIRA, L. R. **A Dimensão Simbólica dos Direitos e a Análise de Conflitos**. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/ra/issue/view/3089/showToc>>. Acesso em 12 fev. 2010.

DE PINHO, H. D. B. Capítulo VI - Disposições Finais. In: **Teoria Geral da Mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado**. _____. (Coord.) Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, pp. 241-286.

FAORO, R. **Os Donos do Poder – Formação do Patronato Político Brasileiro**. Globo, 2001. Disponível em <<http://copyfight.me/Acervo/livros/FAORO,%20Raymundo%20-%20Os%20Donos%20do%20Poder..pdf>>. Acesso em 12 mar. 2015.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.

FILPO, K. P. L. **Dilemas da Mediação de Conflitos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. 2014. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito - Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.

GIANNINI, L. J. **Mediación, Paternalismo e Incentivos. (La experiencia de la mediación obligatoria en Argentina)**. 2014. Disponível em: <http://www.academia.edu/6001736/Experiencia_de_la_mediacion_obligatoria_en_Argentina_LL_5-2-2014_>. Acesso em: 07 abr. 2015.

MARQUES, G. P. Y.; MEIRELLES, D. R. S. A Mediação no Novo Código de Processo Civil: Um desafio em construção. In: SPENGLER; F. M.; SPENGLER NETO, T. (Org.). **Acesso à Justiça, Jurisdição e Mediação**. Curitiba: Multideia, 2014. pp. 95-125. Disponível em <http://www.unisc.br/portal/images/stories/curso-24/acesso_justica_jurisdiacao_mediacao.pdf>. Acesso em 06 abr. 2015.

MELLO, K. S. S.; LUPETTI BAPTISTA, B. G. Mediação e conciliação no judiciário: dilemas e significados. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, 2011, v. 4, pp. 97-122.

MIRANDA NETTO, F. G.; SOARES, I. C. O. **Mediador judicial e mediador comunitário na cidade do rio de janeiro**. Artigo científico disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=89ea5cb67579289c>>. Acesso em 10 mar. 2015.

OLIVEIRA, R. C. O trabalho do antropólogo: olhar, ouvir e escrever. In: _____. **O Trabalho do Antropólogo**. São Paulo: UNESP, 2000.

PIOVESAN, A.; TEMPORINI, E. R. Pesquisa exploratória: procedimento metodológico para o estudo de fatores humanos no campo da saúde pública. **Revista Saúde Pública**, vol.29, n.4, São Paulo, ago. 1995. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0034-89101995000400010&script=sci_arttext&tng=>>. Acesso em 17 abr. 2014.

SERAPIONE, M. Métodos qualitativos e quantitativos na pesquisa social em saúde: algumas estratégias para a integração. Artigo científico publicado na **revista Ciência e Saúde Coletiva**, vol.5, n.1, Rio de Janeiro, 2000, disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232000000100016>, acesso em 10 abr. 2015.

SEVERINO, A. J. **Metodologia do trabalho científico**. 23^a ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

VEZULLA, J. C. A mediação para uma análise da abordagem dos conflitos à luz dos direitos humanos, o acesso à justiça e o respeito à dignidade humana. In: SILVA, L. A. M. G. (Org.). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 63-93.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

GT – EDUCAÇÃO JURÍDICA

CANOAS, 2015

**O ENSINO JURÍDICO NAS ESCOLAS DE ENSINO FUNDAMENTAL E MÉDIO:
UMA ANÁLISE DO CONHECIMENTO JURÍDICO PARA A FORMAÇÃO
SOCIAL, EDUCACIONAL, MORAL E ÉTICO.¹**

Renata Caroline Pereira de Macedo²

Heitor Romero Marques³

RESUMO: A pesquisa aqui relatada valeu-se de revisão bibliográfica e aplicação de questionários e tem como objeto analisar o grau de conhecimento jurídico de crianças e adolescentes do ensino público da cidade de Campo Grande, Mato Grosso do Sul, a fim de que possam ser identificados métodos para a implantação do ensino jurídico na grade curricular dos mesmos. A implantação de noções de direito, ética e cidadania visa fazer com que esses jovens se tornem mais críticos e participantes nas ações da sociedade. A pesquisa procurou entender a realidade sócio-jurídica das escolas e por extensão o que precisa ser realizado a fim de que o ensino possa ser melhorado, bem como procurou indicar soluções para o progresso da educação e formação de jovens que busquem seus direitos e lutem por um ambiente mais justo e harmonioso.

PALAVRAS-CHAVE: Ensino, Conhecimento, Direito.

ABSTRATC: The research reported here drew on literature review and questionnaires and aims at analyzing the degree of legal knowledge of children and adolescents in the public schools of the city of Campo Grande, Mato Grosso do Sul, so that methods can be identified for the implementation of legal education in the curriculum of the same. The implementation of notions of law, ethics and citizenship aims to ensure that these young people to become more critical and participating in the company's shares. The research sought to understand the socio-legal schools and by extension reality that needs to be done so that teaching can be improved, as well as attempted to indicate solutions for the advancement of education and training of young people seeking their rights and fight for a more just and harmonious environment.

KEY WORDS: Education, Knowledge, Law.

¹ Trabalho realizado no contexto do PIBIC/UCDB/CNPq no ciclo 2013_2014.

² Acadêmica do curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco. Pesquisadora do PIBIC/UCDB/CNPq no ciclo 2013_2014 Contato: renata_de_macedo@hotmail.com

³ Licenciado em Ciências e Pedagogia, Especialista em Filosofia e História da Educação, Mestre em Educação e Doutor em Desarrollo Local y Planteamiento Territorial. Contato: heiroma@ucdb.br e heiroma@ig.com.br

1 INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência que visa contribuir com a evolução e desenvolvimento da sociedade, analisando o comportamento humano e o convívio social.

A educação é uma forma de colaborar com a formação de cidadãos mais éticos e morais para que possam conviver em sociedade de maneira mais harmônica e justa.

O acesso à educação como direito fundamental previsto na Constituição Federal, promove debates polêmicos quanto à quantidade de vagas e qualidade de ensino nas escolas. A Conferência Nacional de Educação (Conae – 2011), traz em seu documento final que: A democratização da educação não se limita ao acesso e à instituição educativa. O acesso é a porta inicial para a democratização, mas torna-se necessário também garantir que todos que ingressam na escola tenham condições de nela permanecer, com sucesso.

A escola deve proporcionar discussões críticas acerca da realidade vivida, a fim de que o jovem tenha condições para transformar a sociedade em que vive. Um cidadão somente é crítico se conhece seus direitos e luta por eles. Uma sociedade não é rica pela quantidade de pessoas alfabetizadas, mas sim pela qualidade de alfabetização das mesmas. O conhecimento do direito serve para que a prática social seja fundamentada em constantes reflexões, a fim de que possa haver uma evolução econômica, cultural, social e moral.

2 A EVOLUÇÃO DA EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS

A primeira escola do Brasil foi fundada em 1549 por um grupo de padres jesuítas que ensinavam a ler, escrever, efetuar cálculos matemáticos além da doutrina católica. Porém, esses ensinamentos eram limitados apenas a uma pequena parte da sociedade.

Durante o período Monárquico foi promulgada em 1824 a primeira Constituição do país, marcada desde o início com o direito à educação. No título 8º, Art. 179, o inciso XXXII decretava que: "A Instrução Primária é gratuita a todos

os cidadãos"; e o inciso XXXIII estabelecia que: "A Constituição garante Colégios e Universidades, onde serão ensinados os elementos das Ciências, Belas Letras e Artes". Com isso, começou a ser escrita a história da educação brasileira. De acordo com Platão, "o objetivo da educação é o de praticar o bem, sendo que este está intimamente ligado à sabedoria, ou seja, a busca pela verdade". Nessa esteira Kosik (1976, p. 15) entende que "o pensamento crítico que se propõe a compreender 'a coisa em si' e sistematicamente se pergunta como é possível chegar à compreensão da realidade".

Segundo Vieira (2007) a passagem do Império para a República fez emergir no Brasil, anseios de um novo projeto para a educação. Nesse contexto foi proposta a Reforma Benjamin Constant, que aprovou os Regulamentos da Instrução Primária e Secundária do Distrito Federal, do Ginásio Nacional (Decretos nº 981/90 e nº 1.075/90, respectivamente) e do Conselho de Instrução Superior (Decreto nº 1.232-G/91).

A educação apesar de presente na Carta Magna de 1891 foi mencionada apenas na Secção II, da Declaração de Direitos, no Art. 72, § 6º: "Será Leigo o ensino ministrado nos Estabelecimentos Públicos". Por sua vez o § 7º estabelecia que: "Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados. Não era sem razão que esses dois parágrafos apareciam na sequência: é que havia a necessidade de enfatizar que a educação deveria sair das mãos da Igreja, assumindo seu caráter laico (leigo). Recorda-se aqui que durante o I e II Reinados Brasileiros a religião católica era a religião oficial do Estado Brasileiro.

Por sua vez a Constituição de 1934 reservou um capítulo inteiro para destacar a seriedade sobre o assunto. No seu Art. 149 a Carta traz que:

A educação é direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos, cumprindo a estes a proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no país, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva um espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.

Essa questão para Gramsci (2004) implica afirmar que a função do intelectual (e da escola) é mediar uma tomada de consciência (do aluno, por exemplo) que passa pelo autoconhecimento individual e resulta reconhecer, nas palavras do pensador, "o próprio valor histórico". Nesse sentido a educação deve

ser o centro das atenções, pois para o crescimento ocorrer é preciso educar os cidadãos. Para tanto a principal estratégia é estender a área de formação escolar para que ocorra uma elevação intelectual:

A escola é o instrumento para elaborar os intelectuais de diversos níveis. A complexidade da função intelectual nos vários Estados pode ser objetivamente medida pela quantidade das escolas especializadas e pela hierarquização: quanto mais extensa for a área escolar e quanto mais numerosos forem os graus verticais da escola, tão mais complexo será o mundo cultural, a civilização, de um determinado Estado (GRAMSCI, 2004. p. 19).

Salienta-se que a Constituição de 1937 baseada no modelo fascista, retroage no desenvolvimento educacional, passando a fazer a separação de classes sociais, prejudicando os cidadãos menos favorecidos. O Estado deixa de financiar o estudo da população e passa a controlar o país de forma autoritária, censurando ideias e inovações educacionais, prejudicando sobremaneira a formação intelectual do povo.

Para Bastos (1999), na Constituição de 1937, embora constassem a explicitação do Executivo, Legislativo e Judiciário, não havia de modo efetivo a divisão de poderes, mas sim um extremo desequilíbrio sócio institucional. Já a Carta Magna de 1946 garantia aos Estados o direito de organizarem seus próprios sistemas de ensino, objetivando proporcionar educação a todos. Porém, a finalidade da aristocracia não era focar os recursos oferecidos pela União para a formação das classes sociais mais baixas, mas sim em interesses próprios que os levassem a cada vez obter mais riquezas e poder.

Marx (2000) acreditava que todo direito é tradução de posições e interesses das classes dominantes. A educação, quando passada à classe dos trabalhadores, criava uma falsa consciência, impedindo assim esses de perceberem e reivindicarem seus interesses.

Na concepção gramsciana o Estado tem por intuito educar as massas para que haja uma legitimação hegemônica da classe dominante, podendo assim controlar a sociedade.

A compreensão crítica de si mesmo é obtida através de uma luta de "hegemonias" políticas, de direções contrastantes, primeiro no campo da ética, depois no da política, atingindo finalmente, uma elaboração superior da própria concepção do real. A consciência de fazer parte de uma determinada força hegemônica (isto é consciência política) é a primeira fase de uma ulterior e progressiva autoconsciência na qual a

teoria e a prática, finalmente se unificam. Portanto, também, a unidade de teoria e prática não é um fato mecânico, mas um devenir histórico, que tem a sua fase elementar e primitiva no senso da “distinção”, de “superação”, de interdependência apenas instintiva e progride até a posse real do mundo coerente e unitária (GRAMSCI, 1978, p. 20-21).

Com o Golpe Militar de 1964 a Constituição perdeu valor e somente em 1967 foi promulgada a Constituição Militar dispondo que a educação deveria ser intitulada nos lares e nas escolas a fim de cumprir com suas funções sociais, pois a prioridade era formar cidadãos para uma sociedade coletiva e não individual.

Passadas então 6 Cartas, a sétima e atual Carta Magna de 1988, trata a educação como direito social e é marcada pela intensa preocupação com a formação social e educacional dos cidadãos. Traz que a cidadania está intimamente ligada aos direitos fundamentais e que seu exercício é fundamental para o desenvolvimento e melhoramento do país.

3 A ESCOLA COMO ESPAÇO DE CONSTRUÇÃO DE CIDADANIA

A Democracia surgiu na Grécia com o principal objetivo de ser o governo do povo, transformando-se em uma prática social na qual todas as pessoas de um país são capazes de participar dos interesses de seu desenvolvimento. Dessa forma, surgiram as eleições, plebiscitos e referendos, prezando acima de tudo pela liberdade de expressão e pelos direitos individuais e coletivos.

Com esse novo sistema foi possível garantir diversos direitos como já vistos na sucessão das Cartas Magnas. Nesse sentido, a educação se torna um dos temas mais importantes na democracia brasileira. Para Puig (2000), as escolas devem estimular a ação dos sujeitos e desenvolver suas capacidades, acreditando que a participação de todos os cidadãos deve ocorrer de forma igualitária. Assim, a construção de uma sociedade justa se baseia fundamentalmente no princípio da equidade, como forma de garantir a liberdade individual e coletiva.

A escola por sua vez deve ajudar a entender como a democracia e a justiça podem contribuir com as noções de igualdade e equidade. De uma forma simples, pode-se compreender que há uma diferenciação entre docentes e discentes a

partir do princípio da equidade. Vale destacar que a diferença primordial é que enquanto o educador deve mediar o processo de aprendizagem em vista da produção de conhecimento, o discente deve buscar sua autonomia nesse mesmo processo para enriquecer-se dele.

Ademais, a escola não pode se abster de propiciar lições de cidadania aos seus educando. A autonomia deve estar presente, criando espaços para realizar debates sobre os assuntos relevantes, em termos sociais, econômicos, políticos, dentre outros. Além disso, o ambiente escolar deve ser propício para criar um clima de conscientização e construção de métodos que contribuam para uma melhor convivência, não só na escola, mas em toda a sociedade. A escola não pode, simplesmente impor lições aos seus alunos, mas contribuir para a formação integral dos mesmos.

Nessa esteira, Verza (2000, p. 180-1) afirma que para formar cidadãos, que participem do espaço público, é necessário que haja uma política de ensino diferenciada, a fim de que se conquiste os alunos e os incentivem a continuar aprendendo, como se vê:

À escola, como instituição, incumbe à socialização do saber, da ciência, da técnica e das formas culturais e artísticas produzidas socialmente. Importa seja politicamente comprometida e capaz de interpretar as carências e anseios e perspectivas reveladas pela sociedade, desenvolvendo atividades educativas eficazes para o atendimento às demandas sociais. [...] De nada vale manter os alunos em sala de aula por anos a fio, se a escola lhe nega a capacidade de conseguir aprender e seguir aprendendo a vida a fora. A democratização e gestão democrática da escola servem enquanto mediações que asseguram os processos pedagógicos eficazes à construção dos saberes indispensáveis para a vida numa sociedade complexa, dinâmica e atravessada por mudanças incessantes.

Decorre do exposto, a necessidade de se criar um processo de aprendizagem que permita às crianças e aos adolescentes o cumprimento de suas funções sociais, pois o conhecimento não é para ser guardado, mas sim transmitido e aplicado no cotidiano da vida social.

4 O NÍVEL DE CONHECIMENTO JURÍDICO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O esclarecimento e sensibilização a respeito de direitos e deveres do

exercício da cidadania de forma individual e coletiva devem servir como nível de consciência do educando na sua responsabilidade na construção do bem individual e social.

O nível de conhecimento jurídico deve ser analisado a fim de que se possa fazer uma análise crítica sobre a formação cidadã de crianças e adolescentes da cidade de Campo Grande, Mato Grosso do Sul. Em fevereiro de 2014 foi realizada uma pesquisa na Escola Estadual Elia França Cardoso, localizada no Bairro São Conrado, em Campo Grande - MS. O questionário foi aplicado em uma sala do 9º ano do ensino fundamental e uma sala do 1º ano do ensino médio. No total, 51 alunos responderam ao questionário que visava analisar o conhecimento a respeito dos direitos e deveres e a informação sobre a Constituição Federal.

Cerca de 39 alunos responderam que não sabem o que é a Constituição Federal, e os demais responderam que a Constituição é o conjunto de leis que devem ser seguidas pelo país, outros têm convicção que são todas as leis do país.

Quanto à pergunta sobre o que é o Direito e qual o seu objetivo, 23 alunos não souberam responder, e os que responderam acreditam que o Direito é a maneira de ajudar e proteger as pessoas. “Direito são regras do governo federal”, “é estudar advocacia”, “direito é algo que todos devem cumprir e que eu temo”.

Também, foi perguntado quais são os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, e 11 alunos responderam não saber. Os demais responderam, expressando que são os principais direitos à educação, saúde, moradia, direito de brincar. Alguns foram além e colocaram sobre a oportunidade de emprego aos jovens de 14 a 21 anos, que “esses direitos fundamentais servem para não haver o abuso contra crianças e adolescentes”. O que mais chamou a atenção foi que somente um aluno mencionou o Estatuto da Criança e do Adolescente em sua resposta, e outros dois alunos mencionaram que é direito dos jovens somente ser preso após quando é maior de idade e poder roubar e sair impune.

Na ocasião houve oportunidade de dialogar com os jovens sobre como deve ser o Direito? Se as pessoas devem seguir rigidamente as normas? Ou se a norma deve ser legítima a fim de que se baseie conforme a razão e a natureza

para levar os cidadãos à virtude? Nessa esteira corrobora-se o pensamento de Sócrates (sec. IV a.C) tomado a ideia de que a questão da virtude é referência primordial na filosofia grega, pois acreditava-se que o conhecimento reside no interior do homem. Disso se infere que conhecendo-se a si mesmo pode-se conhecer melhor o mundo.

Se as crianças e adolescentes acreditam que praticar crimes e sair impunes é algo bom, na verdade está faltando ética e conhecimento moral. Viu-se no contato com a crianças e adolescentes que algumas delas cultivam já a ideia de que praticar o mal não resulta em nenhuma consequência que possa trazer maiores preocupações, cuja linha de pensamento está relacionada à impunidade. Todavia, as noções de Direito que bem poderiam ser tratadas na escola, em forma de conteúdos diluídos nas mais distintas matérias, contribuiriam para que os estudantes desenvolvem a noção de verdade, virtude e justiça, enquanto um bem com vista a um fim maior. Dessa forma, o Direito por ser visto como um instrumento humano de coesão social, que visa à realização do bem comum, que consiste em integrar todos os humanos, alcançando todas as virtudes.

5 O ENSINO JURIDICO DO PONTO DE VISTA DOS EDUCADORES

A Constituição Federal de 1988, no capítulo próprio da educação, traçou os objetivos a serem cumpridos para que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394/96, com o real objetivo de um sistema único de educação, cujo Art. 22 estabelece que: “A educação básica tem por finalidade desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores”.

Nesse intuito de compreender a formação da cidadania, foi realizada, também, aplicação de questionário a cinco professores da Escola Elia França Cardoso, no município de Campo Grande – MS, acerca da importância do ensino jurídico para as crianças e jovens e de como pode ser introduzido na grade curricular. As respostas praticamente seguiram uma mesma linha de raciocínio, indicando que seriam necessários diversos ajustes na grade curricular, assim

como professores qualificados para ministrarem esse conhecimento. Foi levantada a questão financeira, de que o governo precisaria estar disposto a contratar professores qualificados ou investirem em seus profissionais.

Em relação à importância para a formação social, essa implementação proporcionaria o desenvolvimento de cidadãos responsáveis e conscientes dos seus direitos e deveres.

É importante destacar que seria inserido na grade curricular valores de direito e de justiça, pois se aplicados apenas teoricamente, a formação não seria completa, uma vez que o objetivo dos valores do direito são as normas jurídicas, definindo o que é lícito e ilícito, enquanto que os valores de justiça definem o que é justo e injusto. Além do mais, essas questões deveriam ser vivenciadas pelos educandos e professores no interior da escola.

Todos esses aspectos levantados pelos educadores, nos leva à reflexão de que há um grande passo a ser dado para que realmente crianças e adolescentes possam ter acesso ao básico do conhecimento jurídico. Ao mesmo tempo, em que a lei de Diretrizes da Educação, garante a formação social dos jovens, cria empecilhos para essa formação, pelo menos no que se refere ao quantitativo das verbas destinadas à formação e qualificação de seus profissionais, tão pouco para montar bibliotecas, que além do básico necessário às matérias tradicionais do currículo escolar, pudesse conter obras da área jurídica. Registra-se que ao mesmo tempo em que os professores se sentem frustrados por quererem proporcionar mais aos seus alunos, não obstante a limitação de seus recursos, eles persistem em sonhar com melhores condições de ensino e emprego. Sonham com bibliotecas, visitas técnicas, aulas dinâmicas. Daí inferir-se que, os professores não só da Escola Elia França Cardoso, mas de todo o Brasil, são lutadores que a cada dia estão enfrentando inúmeras dificuldades a fim de alcançarem um único objetivo, a formação educacional, moral e ética de crianças e adolescentes.

6 A IMPLEMENTAÇÃO DO ENSINO JURÍDICO NAS GRADES CURRICULARES

Entre os direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988 e o eficaz exercício dos mesmos há uma disparidade significativa, pois os cidadãos não têm acesso digno à educação. A legislação brasileira garante que ninguém pode negar o desconhecimento às normas, porém é inexistente a metodologia adequada para a informação dos cidadãos no que diz respeito às leis. A implementação do ensino jurídico para crianças e adolescentes deve servir como inspiração para formação de cidadãos mais éticos, morais e conscientes. Para tanto o artigo 2º da lei nº 9.394 estabelece que: “A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

É importante, pois, consignar que para que as noções básicas de direito possam ser inseridos na grade curricular dos alunos é necessário que seja elaborado um projeto de lei, a fim de que possa ser votado pela Câmara dos Deputados e conseqüentemente pelo Senado Federal. Assim, a Lei de Diretrizes e Bases de Educação Nacional, serve como ponto inicial para a reforma do processo educacional, uma vez que cada escola deve se adequar a realidade a qual se encontra.

A proposta do ensino jurídico nas escolas está fundamentada no bem coletivo e na evolução do saber, na perspectiva de que crianças e adolescentes possam transmitir o conhecimento aprendido dentro de sala de aula, bem como aplicá-lo.

Neste intuito, um deputado do Estado do Piauí, redigiu um projeto de lei visando a aplicação de noções jurídicas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso e Lei Maria da Penha, para alunos da rede pública do Estado.

Nesse mesmo sentido o projeto “Aprender Direito”, realizado por acadêmicos da Universidade Católica Dom Bosco, nas escolas de Ensino Fundamental e Médio da cidade de Campo Grande - MS tem como objetivo

conscientizar alunos dos seus direitos e deveres por meio de noções básicas da ordem jurídica e, de forma preventiva, formar cidadãos críticos e participativos da promoção do bem comum. Com base nesse Projeto, pode-se com o auxílio dos legisladores, elaborar um projeto de lei tomando como base a metodologia aplicada no desenvolvimento do projeto “Aprender Direito”, a fim de implementar o ensino jurídico nas escolas. A metodologia aplicada seria a elaboração de cartilhas, seleção de vídeos, slides e dinâmicas de grupo a fim de discutirem lições básicas do ensino jurídico.

Dessa forma, seria de suma importância à participação de todos os profissionais ligados a educação e ao ramo jurídico. Acadêmicos, advogados, juízes, promotores, professores universitários, enfim, todos podem auxiliar na elaboração de tais materiais a fim de que se possa ser repassado aos professores do ensino básico. A participação da comunidade é imprescindível para que tal projeto possa ser elaborado e levado a votação.

Por fim, espera-se que se elaborado e aprovado tal projeto de lei, possa haver um melhor desempenho e participação no âmbito social e desenvolvimento do senso crítico pelos alunos beneficiados pelas aulas. Sendo assim, iria-se cumprir com a função social e estimular os jovens a participarem da ação política junto à sociedade, reforçar o conceito de Democracia e Cidadania, assim como fomentar a população em busca de soluções práticas para os problemas sociais.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após meses de leituras e pesquisas, pode-se perceber quão falho é o sistema educacional brasileiro.

A Lei n. 9.394/96 é simplesmente maravilhosa no papel, no entanto não possui a efetividade esperada. Espera-se com tal trabalho, que desperte nos legisladores a vontade de mudança do atual cenário de disparidade entre os direitos garantidos na Constituição Federal e os direitos exercidos no cotidiano.

A construção de uma sociedade sólida, bem estruturada, com civis conscientes de seus direitos, deveres e de seu papel social, é o que se espera com a implementação do ensino jurídico para crianças e adolescentes.

Educação é sinônimo de riqueza, de menos conflitos, civilização. O Brasil é um país riquíssimo, em que se houver um maior investimento em educação, poderá gerar ainda mais riquezas para a sociedade, pois cidadãos bem instruídos são cidadãos cautelosos e que prezam por uma melhor qualidade de vida.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

BITTAR, E. C. B; ALMEIDA, G. A. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2011

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2014.

_____. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm> Acesso em: 01 jan. 2011.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Senado Federal, 2009.

DIMENSTEIN, G. **O cidadão de papel** – a infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil – São Paulo: Editora Ática, 1996.

GODOY, B. **Direito no Ensino Fundamental: Fundamentos e Princípios da Formação do Cidadão**. 55 f. Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2008.

GÓES, G. S. F. **Princípio da proporcionalidade no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

IHERING, R. V. **A luta pelo Direito** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado** – 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARX, K. e ENGELS, F. **Manifesto do Partido Comunista**. Coleção a obra-prima de cada autor. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

PLATÃO. **A República** – São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

PUIG, J. **A construção da personalidade moral**. São Paulo: Ática, 1998a.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. - São Paulo:Malheiros, 2012

VIEIRA, S. L. A educação nas constituições brasileiras: texto e contexto. **Revista brasileira Est. pedag.**, Brasília, v. 88, n. 219, p. 291-309, maio/ago. 2007.

NOVAS OBSERVAÇÕES SOBRE AS OPERAÇÕES DO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO

Suelen da Silva Webber,
Raquel von Hohendorff,
Paulo Junior Trindade dos Santos,

RESUMO: Este trabalho observa as condições do ensino jurídico brasileiro na contemporaneidade. Ele representa uma sequência de trabalhos anteriores que desenvolvemos, nos quais observou-se um crescente número de aprovações de universidades para ministrarem os cursos de Direito, além do contexto dos casos de descredenciamento das Universidades Gama Filho e UniverCidade. Assim, o objetivo nesta fase foi aperfeiçoar a ideia anteriormente introduzida, qual seja, da necessidade de se observar a estrutura curricular de outros cursos, como a medicina e a veterinária, a fim de introduzir nos cursos de direito uma figura que transite entre a especialização e a residência, mas de forma obrigatória para a obtenção do título de bacharel em direito, que teria uma amplitude focada. Como resultados, observou-se que a introdução destes mecanismos na grade curricular do curso de direito não é suficiente, necessitando reforçar a ideia de transdisciplinaridade, que não é contraditória à especialização. Para isso, foi utilizada a metodologia sistêmica, com a observação de como tem se desenvolvido o ensino jurídico em alguns centros de ensino. Como conclusão, até o momento, temos que esta nova formatação nos cursos de direito poderia vir a corresponder ao novo contexto social que se apresenta, com alta complexidade, além de possibilitar que se possa voltar a falar em aprendizagem e ensino nos termos propostos por Luis Alberto Warat.

PALAVRAS-CHAVE: ensino jurídico; especialização; transdisciplinaridade.

1 INTRODUÇÃO

Apresentar a proposta de conciliação de duas abordagens curriculares de diferentes áreas do conhecimento, a especialização/residência e a transdisciplinaridade, é o objetivo primordial deste trabalho. Tal proposta se torna pertinente na medida em que a cada ano, cresce exponencialmente o número de cursos de Direito no Brasil, mas a sua excelência tem ficado mais escassa. Isso

levou ao descredenciamento de instituições, como ocorreu no início de 2014 com a UniverCidade e a Gama Filho ou, anteriormente, a decisão de impedir, temporariamente, a abertura de novos cursos de Direito no Brasil.

Nesse cenário, tem-se professores fazendo greve por melhores salários ou para receberem seus salários; alunos preocupados apenas com seu diploma e o valor da mensalidade, mesmo as instituições sendo recorrentemente avaliadas como produtoras de um ensino de péssima qualidade, e as instituições buscando apenas lucro e status. Como melhor ensinar e como aprender Direito, são questões que tem sido esquecidas. A aprendizagem perde espaço a cada dia para o mercado do “pagou aprovou”.

Para tecer considerações sobre estas observações sociais do ensino jurídico, bem como uma forma de qualificar a educação jurídica, o presente artigo foi dividido em duas grandes partes. Na primeira, inicia-se a análise pelo atual caso de descredenciamento pelo Ministério da Educação das Universidades Gama Filho e UniverCidade, as quais possuíam o curso de Direito, e que tiveram como um dos motivos da sanção a recorrente baixa qualidade em seu ensino. Aqui são apresentados alguns dados estatísticos, bem como introduzida a proposta de remodelação: a obrigatoriedade de uma especialização/residência ao final da graduação em Direito, mas não uma especialização focada em unidade, e sim uma especialização transdisciplinar.

Já no segundo ponto, o foco foi desvendar no que consiste a transdisciplinaridade, para justificar o motivo pelo qual a proposição de modificação curricular tem base nesta construção. Aqui discutimos as peculiaridades deste método em comparação à interdisciplinaridade ou a pluridisciplinaridade, além de retomar o papel da aprendizagem waratiana na formação do profissional e do cidadão que vive em uma Sociedade de complexidade, e tem que estar preparado para enfrentar os novos paradigmas originados pelas comunicações ocorridas nela. É assim que o trabalho será desenvolvido.

2 O ENSINO DO DIREITO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Mesmo após anos e anos de discussões sobre a melhor forma de elaborar um currículo para o ensino jurídico brasileiro, continua-se preso a mesma forma de dar aulas, visando seduzir os alunos para ficarem na instituição e avaliarem bem o professor na avaliação institucional. A pedagogia da sedução de que falava Warat (ROCHA, 2012) foi totalmente corrompida e distorcida. Isso porque, “a busca desenfreada do lucro pelos empresários da educação, no campo do ensino jurídico, acaba por negar a própria ideia de direito enquanto expressão ética do justo, do equitativo, do certo e do bom.” (MACHADO, 2009, p. 103).

Em se tratando do curso de Direito, não bastasse a lei da “oferta e procura” comandar as salas de aula, ainda existe a ambição e ilusão de uma formação completa em todas as suas áreas. O aluno de direito é o único que sai conhecendo absolutamente tudo, de todas as áreas que formam o conhecimento em direito.

Observa-se que os discentes reagem de modo reacionário frente a propostas alternativas, pois estão socializados no modelo da classe magistral, que beneficia aqueles que encaram a profissão como algo secundário, o que é comum no Direito. Nossos professores não são “apenas” professores, mas advogados, juízes, promotores, desembargadores, assessores, entre outros. Se isso já não fosse suficiente, na própria instituição ocorre muita pressão para que se continue a “ensinar” desse modo tradicional, com a utilização de argumentos de poder voltados para a sua profissão principal. Todos estão familiarizados com esta forma, e também porque, ao afastar-se do programa-padrão, o professor poderá ser considerado rebelde ou descontente, e sofrer as consequências, desde pequenos aborrecimentos até demissão (FREIRE; SHOR, 2006. p. 17).

Quando um professor apresenta algo novo e os alunos gostam, logo começam as cobranças sobre os demais profissionais, e certamente, nem todos gostam disso. Se os alunos acham que é uma dificuldade extra na proposta apresentada, como redigir uma peça de forma manual, justamente como ocorre no exame da Ordem dos Advogados do Brasil, os alunos criam uma verdadeira

revolta nas redes sociais, e o professor acaba repreendido pela empresa da qual é um funcionário.

O que importa finalmente são os índices de produtividade e estruturação por estratégias e programas de eficácia organizacional, o número de estrelas no “guia” de ensino mais badalado ou a notícia sobre sua boa colocação em avaliações, que estampa a capa do jornal da região.

Basicamente, a formação acadêmica jurídica brasileira, na maioria dos casos, consiste em repetir lições de manuais, discutir em sala de aula apenas as ementas das jurisprudências - sem analisar o caso originário - (LUIZ, 2012) ou criticar a construção feita, e apresentar aos alunos decisões judiciais que melhor convém ao professor – juiz, advogado, promotor ou desembargador – naquele momento. O educador que deveria estar ali para ensinar, limita-se a transmitir o que leu nos códigos comentados (quando não se permite apenas ler o artigo da lei) ou reproduziu o que estudou para trabalhar em seu caso de escritório. Desta forma, este mesmo professor acredita realmente ser possível em cinco ou seis anos concluir-se uma graduação com a pretensão de dominar todos os vastos campos do Direito.

A transdisciplinaridade tão comentada e “introduzida” no ensino jurídico brasileiro nos últimos anos, não é efetivamente aplicada, nem em sala de aula, nem na estrutura curricular e muito menos na estrutura docente das universidades. Dificilmente há espaço para um professor com formação em outra área ser professor do curso de Direito, mesmo que seja uma área complementar (COSTA; ROCHA, 2014). Da mesma forma, as publicações em revistas de outras áreas, mesmo que mais qualificadas, não são incentivadas, pelas mesmas organizações que dizem que o caminho é a transdisciplinaridade. Ao publicar um artigo em uma revista da área da filosofia, por exemplo, mesmo que o tema seja filosofia do direito, o professor não receberá a mesma pontuação em sua avaliação, que o colega que pode ter escrito algo inferior, mas publicou em uma revista do qualis direito.

Faticamente, há um caso que deve ser recordado, por refletir estas características. Nos primeiros dias de 2014 uma notícia referente ao ensino superior brasileiro tomou conta dos noticiários nacionais. Tratava-se do

fechamento do Centro Universitário da Cidade-UniverCidade e da Universidade Gama Filho, situação esta que foi determinada pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC). Como não poderia deixar de ser, nestas instituições, havia o curso de Direito, com um grande número de alunos.

A expressão “como não poderia deixar de ser” não é usada sem justificativa. Isso porque, no Brasil, existem mais de mil cursos de Direito, para uma população de 190 milhões de habitantes (Ministério da Educação e Cultura, 2012). Ou seja, atualmente, de todos os cursos de graduação, o Direito é o que mais se prolifera, fazendo com que o Brasil concentre mais cursos de Direito que o restante do mundo. São mais de 1.240 cursos para a formação dos bacharéis em território nacional, enquanto que, no resto do planeta, a soma é de 1.100 universidades (ASSIS, 2012).

Contudo, merece uma observação mais detida, as reações de grande parte dos alunos, alguns alunos que ali estudavam. Era possível observar em suas declarações (e na mobilização para dirigir-se a Brasília e pleitear uma “solução” junto a Presidente) que eles não demonstravam nenhuma preocupação com a constatada baixa qualidade de ensino de todos os cursos da instituição. Seu único interesse era como obter o seu diploma e como fazer para concluir o curso em outra instituição (não importa qual). O objetivo era pagar os mesmos baixos valores que pagavam na faculdade fechada (postulando inclusive a federalização das instituições) e aproveitar todos os créditos cursados. Ou seja, sem nenhuma intenção de tentar recuperar o conteúdo precariamente estudado (por culpa de alunos, professores e administradores).

Segundo nota oficial do MEC (2014), estes foram os motivos do descredenciamento: “a baixa qualidade acadêmica, o grave comprometimento da situação econômico-financeira da mantenedora e a falta de um plano viável para superar o problema, além da crescente precarização da oferta da educação superior”. Salienta-se que há algum tempo ambas as universidades realizavam acordos com o MEC para solucionar a baixa qualidade do ensino e em razão do descumprimento destes acordos, tiveram seus vestibulares suspensos por algumas vezes. Logo, o fato da ausência de aprendizagem qualificada tornava-se notório para toda a comunidade acadêmica.

Mesmo assim, muitos dos alunos que frequentavam o local, não pareciam esboçar nenhuma inquietação com o fato de estarem com um comprovado deficit de aprendizagem, com uma falha gravíssima no “produto” que estavam comprando (ficou nítido este interesse consumerista na relação dos e com os alunos). Mesmo acompanhando que a instituição em que estudavam estava com vestibulares suspensos, e então já era de longa data perceptível o problema, seu interesse era unicamente obter o título. Não importa a qualidade do aprendizado. Popularmente, nas redes sociais, a instituição era conhecida como “pagou passou!”

Esta postura vem sendo identificada em grande parte dos alunos dos cursos de Direito no Brasil. Entre os concurseiros que são alunos que só se preocupam em decorar informações para obterem aprovação em concurso e os novos gestores das instituições, que visam a captação de um mercado de alunos com baixo interesse em um real aprendizado e foco apenas no título, pagando pouco (WEBBER; HOHENDORFF, 2013), quase não há espaço para que seja fomentado um ensino com base em aprendizagem. Aprendizagem a que nos referimos, alunos e discentes compreendendo, criticando e construindo de forma conjunta o conhecimento. Em outros termos, aprender, “significa buscar outras possibilidades” (DE GIORGI, 207. p. 256). Para isso, é preciso senso crítico, pesquisa, estudos alternativos e dedicação de todos os envolvidos. O lucro não pode gerir esta relação.

Este era o ideal waratiano: ensinar com paixão e criatividade, colocando as pessoas no centro do processo didático (ROCHA, 2012). Possivelmente, falta aos professores um pouco desta visão (WARAT, 1985, p. 152-3) de educador.

[...] um mágico, um ilusionista, um vendedor de sonhos, de ilusões e fantasias. Quando eu entro numa sala proponho, imediatamente, a substituição do giz por uma cartola. Dela sairão mil verdades transformadas em borboletas[...], com meu comportamento docente, procuro a utopia, falsifico a possibilidade de produção de um mundo, de/e pelo desejo. Ministro sempre uma lição de amor, provooco e teatralizo um território de carências. Quando invado uma sala de aula se amalgamam ludicamente todas as ausências afetivas. O aprendizado é sempre um jogo de carências. De diferentes maneiras, sempre me preocupo em expor a crítica à vontade de verdade, partir da vontade do desejo, como bom alquimista que sou, transformo o espaço de uma sala de aula em um circo mágico. Assim é que executo a função pedagógica da loucura.

Esta forma de ensinar com paixão e comprometimento também era compartilhada por Paulo Freire (2000, p. 10): “o papel do educador culmina no sentimento de esperança de que professor e o aluno, juntos, podem aprender, ensinar, inquietar-se, reproduzir e juntos igualmente resistir aos obstáculos com alegria.”

Evidentemente que não se está esquecendo aqui que este resultado alarmante é fruto de um ciclo de falhas educacionais que se inicia na educação básica, tanto em escolas públicas (principalmente) como privadas. No entanto, nosso enfoque neste momento é reforçar a ideia de que no ensino superior, em que o aluno já tem (ou deveria ter) certa maturidade para começar a realmente pensar em seu futuro profissional, a selecionar boas e más aulas, esta situação tem que ser rechaçada não em razão da falta de diploma, mas os próprios estudantes deveriam cobrar de suas instituições um ensino de qualidade. Os pontos cegos (MATURANA; VARELLA, 2005) e sedutores de uma aprovação facilitada e barata, não podem dominar e deixar os estudantes no comodismo.

Destaca-se que não é apenas o ensino jurídico que tem produzido – e reproduzido – profissionais deficientes e deficitários: recentemente foram divulgados os resultados da prova do Cremesp (Conselho Regional de Medicina de São Paulo) aplicada no ano de 2013, na qual 59,2% dos médicos recém-formados foram reprovados (YARAK, 2014). Este número não é isolado, pois no ano anterior, 60% dos profissionais foi reprovado (YARAK, 2014) e antes, 54,5% não haviam obtido a nota mínima (Cremesp). No caso da medicina, o exame ora em questão não é eliminatório ou impeditivo de exercer a carreira (o que depende de lei federal), mas neste contexto, serve para mostrar o baixo desempenho acadêmico e/ou a desconexão entre sala de aula, exigências do Conselho e atividade prática.

Esses números provavelmente resultam do fato de que estes dois cursos, trabalham com perspectivas que visam cisão: ou se dizem transdisciplinares ou, são formadores de especialistas em determinada área. Assim, ou você tem um profissional que só entende do dedo médio da mão direita ou um profissional que diz dominar Direito Penal, Civil, Internacional e Previdenciário, sem distinções.

Estas cisões e incompetência acadêmicas começam com os responsáveis por elaborar o programa curricular, uma vez que, na maior parte dos casos, são incapazes de conjugar disciplinas de caráter formativo com disciplinas informativas, teoria e prática, que são essenciais para se compreender o Direito.

E é justamente esta cisão que os alunos buscam. Quando entrevistados (COSTA, 2013) a queixa mais frequente dos estudantes é que o curso de Direito é excessivamente teórico e que não prepara para a vida prática (aqui vem a primeira separação). Em razão disso, desprezam os conhecimentos recebidos nas disciplinas propedêuticas (também chamadas de “perfumarias” ou “caça-níquel”), e assim desvalorizam a importância de área de cunho mais crítico e reflexivo na compreensão do sistema jurídico. Não compreendem que saber as bases do Direito é que o permitirá que eles possam dominar a construção de seus casos jurídicos na vida profissional.

Mas como seria possível modificar isso? Como foi sugerido nas pesquisas que sucederam este artigo, a especialização ou a residência é o início de um caminho a ser observado para o direito.

Por que o profissional do Direito tem que ser aquele apto a trabalhar com toda e qualquer situação? Qual é a grande (in)capacidade que os juristas têm de dominar Direito Civil, Direito Penal, Direito Administrativo, entre outros, em apenas cinco anos? Será que a tão temida prova da Ordem dos Advogados do Brasil lhe dá esta capacidade, em tese, já adquirida na faculdade? Ora, talvez uma das reformas mais urgentes seja essa, que fere o orgulho dos bacharéis em Direito: eles não são capazes de dominar todas as áreas com perfeição. Que tal, após a formação geral, ser introduzida uma “residência” em determinada área específica, aos moldes do que ocorre no curso de medicina? (WEBBER; HOHENDORFF, 2013. p 179).

No entanto, os modelos prontos de especialização e residência que se tem hoje, não dão conta da proposta que se apresenta aqui. Isso porque, ao falar em especialização, tem-se a ideia de que, após a formação de graduação, optativamente, o estudante pode escolher ou não uma área para se aperfeiçoar, em um curso simples, em que ele vai apenas estudar, por exemplo, Direito Previdenciário. No entanto, ao ser aprovado, por exemplo, no exame da OAB ou em um concurso público, passa a ter legitimidade para trabalhar em todas as áreas. Normalmente, em se tratando da área do Direito, as pessoas apenas optam por uma especialização muitos anos depois de se formarem na graduação.

Este problema também não se resolve com a residência, ao estilo dos cursos de medicina. Embora ela seja obrigatória, também é um processo que ocorre após a formação de graduação do estudante em veterinária ou em medicina, em que aluno decide se especializar, mas não é obrigado a fazer isso, podendo atuar como um clínico geral. Além disso, para poder fazer a residência, é preciso que primeiramente, o médico seja aprovado na prova do Conselho de Medicina, que seria um equivalente ao exame de ordem. Conforme Decreto nº 80.281, de 5 de setembro de 1977,

a residência médica é uma modalidade de ensino de pós-graduação destinada a médicos, sob a forma de curso de especialização. Funciona em instituições de saúde, sob a orientação de profissionais médicos de elevada qualificação ética e profissional, sendo considerada o “padrão ouro” da especialização médica.

Isto é, a residência não se encaixa nas necessidades de nossa Sociedade em relação ao Direito, e muito menos enquadra-se em nossa proposta. Veja-se este exemplo: se um médico fizer residência em cirurgia, primeiro ele fará residência em cirurgia geral, depois em cirurgia de abdome, sendo dois anos cada uma. No entanto, os conhecimentos deste profissional, serão limitados a esta área exclusiva, na medida em que, se por exemplo, for feita alguma pergunta para ele sobre anestesia ou sobre algum vírus, ele não terá dominado o conhecimento necessário para responder isso, nem mesmo de forma preliminar e básica.

É justamente o que se quer evitar. É preciso que os bacharéis em direito tenham uma noção básica de todas as áreas, e sejam expertos em uma área na qual detiveram maior tempo de estudo. Ademais, a residência cria uma forma de ensinar que, ao menos no Direito, deve ser evitada. Ela gera uma cisão entre teoria e prática. A residência é basicamente o acompanhamento de um tutor em atendimentos reais, os quais depois devem ser relatados e detalhados pelos alunos. Ainda, o Programa de Residência Médica, cumprido integralmente dentro de uma determinada especialidade, confere ao médico residente o título de especialista. Isso não atende as nossas necessidades, como já foi visto nos resultados de avaliação dos próprios cursos e profissionais da medicina.

3 ENFASE E TRANSDISCIPLINARIDADE: UMA PROPOSTA VIÁVEL

Nesta fase da pesquisa, já tem-se consolidado que a especialização ou a residência não contribuirão com impacto na reestruturação do curso de direito.

Para que se evite permanecer no caminho da mercantilização do ensino jurídico, com carência de aprendizagem e sem construção do conhecimento, a transdisciplinaridade aliada a um novo recurso para o currículo do direito, parece ser uma forma de reestruturar o ensino do direito e criar formas para que os profissionais possam enfrentar a complexidade social.

Muitas vezes um curso de Direito é vendido como transdisciplinar, sem que os profissionais que o organizaram sequer saibam o que isso significa. Pois bem, a palavra transdisciplinaridade foi usada pela primeira vez em 1970, por Piaget, em um colóquio sobre a Interdisciplinaridade. Para ele, “a transdisciplinaridade engloba e transcende o que passa por todas as disciplinas, reconhecendo o desconhecido e o inesgotável que estão presentes em todas elas, buscando encontrar seus pontos de interseção e um vetor comum” (Educação e transdisciplinaridade, II, 2002. Anexo 5. p. 207). Em outros termos,

A transdisciplinaridade, em uma rápida explanação, é um modo de conhecimento, é uma compreensão de processos, é uma ampliação da visão do mundo e uma aventura do espírito. Transdisciplinar é uma nova atitude, uma maneira de ser diante do saber. Etimologicamente, o sufixo trans significa aquilo que está ao mesmo tempo entre as disciplinas, através das diferentes disciplinas e além de toda disciplina, remetendo à ideia de transcendência. Transdisciplinaridade é a assimilação de uma cultura, é uma Arte no sentido da capacidade de articular. (Educação e transdisciplinaridade, II, 2002. Anexo 5. p. 208).

Basarab Nicolescu (2005, p. 53) vai complementar essas definições transcritas acima, dizendo que o objetivo da transdisciplinaridade “é a compreensão do mundo presente, para o qual um dos imperativos é a unidade do conhecimento”. Logo, o próprio Nicolescu já introduziu a ideia por nós resgatada: é possível falar em especializar (unidade) e em ampliação do campo de visão do conhecimento em um mesmo curso, aperfeiçoando as formas de aprendizado.

E a necessidade desse diálogo entre as disciplinas se faz notória na questão do ensino jurídico no Brasil. Isso porque o que se tem hoje é a ausência deste diálogo qualificado entre os campos do conhecimento, em razão da necessidade mercadológica de vender um curso fácil e sem maiores esforços. Também é importante lembrar que para uma aula transdisciplinar não basta o

professor dar um caso e questionar quais as implicações nas diversas áreas do Direito. Isso não é ser transdisciplinar.

Parece que nesse ponto é importante trazer algumas definições do que seja disciplinar, pluridisciplinar e interdisciplinar, para possibilitar uma melhor compreensão do que vem sendo exposto, pois os conceitos destes termos muitas vezes são confundidos no momento em que as aulas são ministradas. De maneira simples e direta, pode-se afirmar, com o apoio de Nicolescu, que disciplinar é uma área, uma disciplina isolada. Já a pluridisciplinaridade “diz respeito ao estudo de um objeto de uma mesma e única disciplina por várias disciplinas ao mesmo tempo” (2005, p. 50). Por exemplo, podemos dizer que uma obra de arte pode ser estudado sobre a ótica de várias disciplinas, o que nos levará ao enriquecimento dessa observação.

A pesquisa pluridisciplinar traz um *algo mais* à disciplina em questão, porém este 'algo mais' está a serviço apenas desta mesma disciplina. Em outras palavras, a abordagem pluridisciplinar ultrapassa as disciplinas, mas sua finalidade continua inscrita na estrutura da pesquisa disciplinar. (NICOLESCU, 2005. p 52).

Portanto, na maior parte das vezes quando os currículos vendem a transdisciplinaridade de seu curso, na verdade estão apenas sendo pluridisciplinares. Por fim, tem-se a interdisciplinaridade, que estará mais vinculada aos métodos aplicados no ensino. A interdisciplinaridade,

tem uma ambição diferente daquela da pluridisciplinaridade. Ela diz respeito à transferência de métodos de uma disciplina para outra. Podemos distinguir três graus de interdisciplinaridade: a) um grau de aplicação. Por exemplo, os métodos da física nuclear transferidos para a medicina levam ao aparecimento de novos tratamentos para o câncer; b) um grau epistemológico. Por exemplo, a transferência de métodos da lógica formal para o campo do direito produz análises interessantes na epistemologia do direito; c) um grau de geração de novas disciplinas. Por exemplo, a transferência dos métodos da matemática para o campo da física gerou a física-matemática; os da física de partículas para a astrofísica, a cosmologia quântica; os da matemática para os fenômenos meteorológicos ou para os da bolsa, a teoria do caos; os da informática para a arte, a arte informática. Como a pluridisciplinaridade, a interdisciplinaridade ultrapassa as disciplinas, mas sua finalidade também permanece inscrita na pesquisa disciplinar. Pelo seu terceiro grau, a interdisciplinaridade chega a contribuir para o big-bang disciplinar. (NICOLESCU, 2005. p 53) .

Nesse norte, transdisciplinar significa muito mais do que a maior parte dos cursos vem propondo. Com a transdisciplinaridade, você consegue partir de uma determinada disciplina, passar pelas demais conhecendo o que elas tem de

melhor para aquela perspectiva e após, realizar um retorno ao ponto de partida. É uma passagem circular que exige uma volta ao ponto de partida com o esgotamento das questões. Isso permite que se enfrente a complexidade da Sociedade contemporânea. E por complexidade, em uma linha luhmanniana, entendemos “es el hecho de que existen siempre más posibilidades de cuantas pueden actualizar-se como comunicación en los sistemas sociales y como pensamiento en los sistemas psíquicos.” (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996. p.56).

Mais do que resolver um problema do Direito, está-se resolvendo um problema que diz respeito à estrutura do conhecimento que será empregado no desenvolvimento da Sociedade e no enfrentamento de suas dificuldades. Por isso, uma visão interdisciplinar ou pluridisciplinar não são suficientes. É necessário uma transformação do nosso olhar (RANDOM, 2002), para que se possibilite uma contribuição original e integradora dos setores (alunos, professores, gestores, administradores, governo) para a solução do problema.

Com uma pequena observação dos casos que enfrentamos na atualidade, pode-se ver como a transdisciplinaridade, partindo de uma área específica e especializada do Direito, após a formação básica do aluno, na qual podem ser usados sim manuais, resumos e recursos similares para iniciar a construção do conhecimento, é determinante. Uma das situações em que é mais transparente a sua necessidade são nas inúmeras ações de saúde que tomam conta do Brasil hoje. Atualmente, são mais de 240 mil ações pleiteando alguma tutela sanitária no Brasil (BRASIL). Seja como paciente, advogado, promotor de justiça, juiz, perito ou administrador, é preciso saber mais do que simplesmente a legislação e o conteúdo da prescrição médica, justamente para evitar que se maximizem os danos que a saúde pública brasileira enfrenta hoje (WEBBER, 2013).

Resta, assim, às faculdades de Direito, para romperem com as bases da cultura jurídica tradicional e formarem profissionais preparados para atuar em um mundo complexo, utilizar práticas de ensino diferenciadas. É essa a nossa proposta. Em artigos anteriores, trabalhamos ela a partir da noção de especialização, comparando-a aos méritos da residência médica. No entanto, percebeu-se após algumas discussões em grupos que tratam da crise do ensino

jurídico, que talvez essa não seja a melhor nomenclatura. Por isso, trazemos agora o termo ênfase, que parece que, até o momento, é o que melhor se encaixa em nossa proposta curricular. Ela exige que antes de o aluno se tornar um bacharel, ele já escolha uma área específica para se aprofundar, mas detendo todos os conhecimentos básicos necessários.

No caso em questão, a proposta seria um curso com diferentes ênfases, ou seja, o aluno poderia optar, ao longo do curso, por uma maior dedicação a determinada subárea, mas obrigatoriamente deveria ter a formação mínima em todas as subáreas tratadas tradicionalmente no curso de Direito. Por exemplo, ao optar pela ênfase em Direito Penal, o aluno cursaria todas as disciplinas básicas das outras subáreas e de Direito Penal, mas teria que cumprir um número X de créditos a mais, em disciplinas especificamente voltadas à atuação de profissionais do Direito em Direito Penal, como por exemplo Direito Penal Avançado, Direito Penal Internacional, Psicologia em Direito Penal, entre outras.

A proposta, de maneira singela e objetiva é que os cursos de Direito passem a ter uma ênfase ao final da graduação, em que o aluno opta por uma área, como Civil e talvez suas subáreas, Penal, Internacional, entre outros, e esta fase seja ministrada com a utilização da transdisciplinaridade. Apenas após o aluno estaria apto a ser um bacharel, podendo a partir disto realizar provas da Ordem dos Advogados do Brasil (que tem uma primeira fase geral e uma segunda específica) ou outros exames e concursos, mais específicos e não tão gerais.

No futuro, querendo, este mesmo aluno/profissional, poderá migrar de uma área para outra ou complementar a sua formação, retomando os estudos, como deve ser. Basta ele retomar o curso a partir do enfoque da ênfase agora escolhida. Ele leva a bagagem da parte geral já estudada e aperfeiçoada no exercício de sua profissão, e passa a estudar um ponto específico (de forma transdisciplinar) para poder trabalhar com estas novas questões com qualidade.

Talvez, introduzindo a nossa proposta de inclusão de uma ênfase obrigatória ao final da graduação, em que o aluno opta por uma área do conhecimento jurídico, a e partir daí, especializa-se nela com a visão de uma formação transdisciplinar. Para isso, não bastará estrutura curricular e vontade do aluno, mas como ensinou Luis Alberto Warat, será necessária a existência de um

professor que seja capaz de produzir em seus alunos a sensação de que eles são protagonistas, que não pretende exercer uma postura dominadora e centralizadora do processo pedagógico, mas uma atitude capaz de proporcionar um “tapete mágico” onde os alunos pudessem efetivamente desempenhar um papel ativo, e não apenas passivo, nessa viagem (ROCHA, 2012).

A expectativa é que estes alunos, futuros agentes atuantes do Direito, possam auxiliar na construção de uma sociedade mais justa, democrática e solidária. Para isso, deve o ensino do Direito, através de seus mestres, formar profissionais críticos, competentes e comprometidos com as mudanças emergentes, o que só pode ser feito através de alta qualificação, tanto de alunos como professores.

Para isso, faz-se necessário que desde o início da graduação, exista: um ensino voltado para a interação aluno-professor; um estudo voltado à crítica e a uma formação educacional mais ampla, que prepare para a cidadania; projetos pedagógicos com propostas de intensificação da formação humanística do operador do Direito; propostas lúcidas interativas, dinâmicas e alternativas de ensino/aprendizagem do Direito; incorporação de novas disciplinas capazes de despertar habilidades diversas no estudante de Direito - criatividade, informática jurídica, psicologia da negociação, estudos da realidade brasileira (BITTAR, 2005. p. 372). Após, com a introdução obrigatória desta ênfase transdisciplinar – que não poderá e nem se compara aos atuais estágios curriculares – começar-se-á a formar novos profissionais preparados, seguros e capazes de eles próprios criarem novos paradigmas sociais.

Um olhar transdisciplinar permitirá ao ensino jurídico um aporte de diversas áreas do conhecimento, viabilizando-se assim uma educação jurídica que prepare o aluno para continuar aprendendo permanentemente e em condições de interagir com a realidade.

A ênfase é um meio que pode permitir a concretização desse projeto.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de uma visão transdisciplinar como modo de auxílio na busca pelo aprendizado, aliada ao necessário estudo aprofundado de uma unidade do conhecimento, permite a introdução da ênfase nos cursos de direito.

É claro que a ideia de uma especialização obrigatória, que é o papel que a ênfase exerce, no curso de Direito não é novidade. Ela já foi trazida diversas vezes, por vários autores, ao longo dos anos. Contudo, nossa proposição é diferenciada justamente por unir duas coisas que parecem contraditórias: especializar transdisciplinarmente. Isso pode incomodar alguns professores, alunos e administradores, pois mexe com o orgulho dos bacharéis em Direito, que tem a ilusão de que são capazes de dominar todas as áreas, desde Civil a Penal, sem restrições, apenas cursando cinco ou seis anos de graduação. Isso não passa de uma auto-enganação, que tem custado caro a toda a Sociedade, e a própria efetivação da democracia.

Nesse cenário que se mostra desanimador, com cada vez menos interesse em aprendizado, mais foco na obtenção de um título a baixo custo (intelectual e monetário) e uma complexidade avassaladora na Sociedade, nossa aposta é na transdisciplinaridade, porque ela parece ser a única capaz de dar conta deste excesso de possibilidade que se apresentam ao Direito. Essa circularidade, é que exigirá dos alunos mais do que estar presente em sala de aula, e dos professores mais do que reproduzir o conteúdo dos códigos. Ela exigirá dedicação e paixão no e pelo ensino, retomando o que Warat pregava. Por isso, uma visão interdisciplinar ou pluridisciplinar não são suficientes, em alguns casos, elas até já são empregadas, mas sem grandes sucessos para o que encontramos hoje na vida cotidiana. Da mesma forma, a meta do “parar de estudar” após a formatura não pode se concretizar em uma Sociedade como a nossa.

Por isso é preciso recuperar uma tradição de aprendizagem e de profissionais que criavam paradigmas de evolução e melhorias sociais a toda a população. De pessoas apaixonadas por deter um conhecimento diferenciado e não apenas por ostentar um pedaço de papel com um título, seja de bacharel em Direito, ou de professor universitário. E este desafio agora está lançado: poder ter

expectativas de que formar-se-ão profissionais do Direito capazes de enfrentar a complexidade social contemporânea. Isso é pensar em uma formação transdisciplinar. Isso porque, falar em transdisciplinaridade é pensar em enfrentamento da complexidade na busca de uma Sociedade melhor.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, J. M. A OAB e a massificação do ensino jurídico. In: SILVEIRA, V. O.; SANCHES, S. H. D. F. N.; COUTO, M. B. (org). **Educação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ASSIS, M. G. **Advocacia em risco**. Perigos da expansão desenfreada de cursos de direito. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-03/brasil-cursos-direito-soma-todos-paises>> em 3 jun. 2011 . Acesso em 10 jan. 2015.

Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096:brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

BUARQUE, C. **A aventura da universidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

CHAUÍ, M. S. **Escritos sobre a Universidade**. São Paulo: Unesp, 2001.

CORSI, G.; ESPOSITO, E.; BARALDI, **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

COSTA, B. S. **Saberes Propedêuticos e Formação do Bacharel em Direito no Brasil: (re)pensando a educação jurídica a partir das percepções discentes e docentes**. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000007/00000725.pdf>> . Disponibilizado no ano de 2013. Acesso em: 12 fev. 2015.

_____; ROCHA, L. S. Da Tecnicização do Saber Jurídico ao Desafio de uma Educação Transdisciplinar. **Encontro Nacional do Conpedi Florianópolis**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=137>> Acesso em 09 abril de 2015.

DE GIORGI, R. **Ciencia del derecho y legitimacion**. México: Universidad Iberoamericana, 2007.

Educação e transdisciplinaridade, II. **Coordenação executiva do CETRANS**. São Paulo: TRIOM, 2002. Anexo 5.

ENGELMANN, W. O ensino jurídico e os reflexos provocados pela globalização: a transdisciplinaridade como uma alternativa possível. **Estudos Jurídicos**, v. 36, nº96, 2003. São Leopoldo: Unisinos.

_____ ; HOHENDORFF, R. V. D. E. D. a Erik Jayme - as respostas que o Direito (ainda não) tem para a questão das nanotecnologias. In: ROVER, A. J.; FILHO, A. S.; PINHEIRO, R. F. (Org.). **Direito e Novas Tecnologias** [Recurso Eletrônico on-line]. 1ªed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p. 362-391.

FARIA, A. A.. A Formação de Novas competências: articulação da grade curricular e de metodologias participativas no curso da Direito GV. In: SILVEIRA, V. O.; SANCHES, S. H. D. F. N.; COUTO, M. B. (org). **Educação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIA, J. E. Mudar cenários e substituir paradigmas teóricos. In: Conselho Federal da OAB. **OAB Ensino Jurídico**: parâmetros para elevação de qualidade e avaliação. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1993.

FREIRE, P. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 36. ed. São Paulo: Paz e terra, 2007.

_____ ; SCHOR, I. **Medo e Ousadia**. Tradução de Adriana Lopez. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

HUPFFER, H. M. **Ensino Jurídico**: Um novo caminho a partir da hermenêutica filosófica. Viamão: Entremeios, 2008.

YARAK. A. **Quase 60% dos médicos formados são reprovados no exame do Cremesp**. Disponível em:
<<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1401225-quase-60-dos-medicos-formados-em-sp-reprovaram-no-exame-do-cremesp.shtml>> Acesso em 11 fev. 2014.

LUIZ, F. V. **Teoria da Decisão Judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MACEDO, E. H.; MACEDO, F. S. O Ensino Jurídico no sistema globalizado: repensando a educação e a pesquisa. **XXI Encontro Nacional do CONPEDI, 2012, Uberlândia**. Disponível
<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=feab05aa91085b7a>> Acesso em:10 jan. 2014.

MACHADO, A. A. **Ensino jurídico e mudança social**. 2.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MATURANA, H. R., VARELA, F. J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. Tradução de Humberto Marioti e Lia Disckin. 5. ed. São Paulo: Palas Atenas, 2005.

Ministério da Educação e cultura. Disponível em:
<<http://portal.mec.gov.br/index.php>> Acesso em 10 jan. 2015.

NÉRI, F. **MEC fecha Universidade Gama Filho e UniveCidade, no Rio**. Disponível em: <<http://m.g1.globo.com/educacao/noticia/2014/01/mec-descredencia-universidade-gama-filho-e-univercidade-no-rio.html>> Acesso em 10 fev. de 2015.

NICOLESCU, B. **O manifesto da Transdisciplinaridade**. Trad: SOUZA, Lucia Pereira. São Paulo: TRION, 2005.

RANDOM, M. O território do Olhar. In: Educação e Transdisciplinaridade II. **Coordenação executiva do CETRANS**. São Paulo: TRIOM, 2002.

RIBEIRO, A. I. M. Formação educacional: instrumento de acesso à cidadania? In: SANTOS, G. A. (org.) **Universidade Formação Cidadania**. São Paulo: Cortez, 2001.

ROCHA, L. S. A aula mágica de Luis Alberto Warat: Genealogia de Uma Pedagogia da Sedução para o Ensino do Direito. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos - Mestrado e Doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; COSTA, B. S. Ensino do Direito e Percepções Discentes. In: SILVEIRA, V. O.; SANCHES, S. H. D. F. N.; COUTO, M. B. (org). **Educação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, B. S. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2. ed. Col. Questões da nossa época; v. 134. São Paulo: Cortez, 2008.

SILVA, A. B.; RUIZ, I. A. O ensino jurídico de qualidade como forma de contribuir à realização plena do acesso à justiça. **XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza**. Disponível
<<http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3845.pdf>> Acesso em: 08 fev. 2014. 2012.

VARGAS, G. J.U.ONLINE. Unisinos. **A sala de aula do futuro**. Pesquisa desenvolvida na área de Design repensa o formato atual dos espaços de aprendizagem nas escolas. 16/01/2013. Disponível em
<<http://www.juonline.com.br>> em 16 jan. 2013. Acesso em 16 jan. 2014.

WARAT, L. A. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1985.

_____. **Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. **Introdução geral ao Direito I.** Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

_____. **O direito e sua linguagem.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

_____. Notas sobre Hermenêutica, estética, senso comum teórico e pedagogia jurídica: Um título à moda antiga, sem nenhuma poesia. In: **A digna voz da Majestade:** Linguística e a argumentação jurídica, textos didáticos. WARAT, L. A. Florianópolis: Fundação Boitex, 2009.

_____. O senso comum teórico dos juristas. In: **Introdução Crítica ao Direito.** Série o Direito achado na rua. José Geraldo de Souza Júnior (Org). 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

WEBBER, S. S. **Decisão, Risco e Saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedido de medicamentos experimentais.** Curitiba: Juruá, 2013.

_____; HOHENDORFF, R. V. Ensino Jurídico em *Terrae Brasilis:* reflexões a partir das lições waratianas do Senso Comum Teórico dos Juristas. **Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos.** [Recurso eletrônico on-line] organização :CONPEDI/ UNICURITIBA; coordenadores: RODRIGUES, H. W.; MEZZARROBA, O.; MOTTA, I. D. – Florianópolis : FUNJAB, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6a1a681b16826ba2>> p. 163-184. Acesso em 08 fev. 2015.

_____; _____. R(e)pensando o Ensino Jurídico: a Especialização Transdisciplinar. **Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos.** [Recurso eletrônico on-line] organização :CONPEDI/ UNICURITIBA; coordenadores: RODRIGUES, H. W.; MEZZARROBA, O.; MOTTA, I. D. – Florianópolis : FUNJAB, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=137>>. Acesso em 09 abril de 2015.

54,5% dos recém-formados em Medicina foram reprovados no Exame do Cremesp. Disponível em: <<https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=1675>> Acesso em: 15 fev. 2015.

**O CURSO DE DIREITO E A QUESTÃO RACIAL BRASILEIRA:
REFLEXÕES ACERCA DE RACISMO E RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS NO
ENSINO SUPERIOR**

Carlos Alberto Lima de Almeida

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo elucidar as percepções expressas no campo jurídico brasileiro relacionadas à temática do racismo e investigar, especificamente: a percepção dos alunos do Curso de Direito em relação às vivências de discriminação racial e o desenvolvimento de ações educacionais previstas na Lei 10.639/2003; a percepção dos alunos sobre o conteúdo do curso de Direito acerca da questão racial no Brasil. A pesquisa foi desenvolvida utilizando o método quantitativo e consistiu numa representação do alunado do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, no Rio de Janeiro, cuja amostra tivesse por base a representação do aluno ingressante, com recorte específico nos alunos matriculados no 1º e 10º período em 2014.2. A pesquisa apresenta resultados que indicam a existência de grande dificuldade de se estabelecer um recorte bi-racial para fins de classificação da realidade social existente no Brasil; indicadores que após 11 anos da edição da Lei 10.639/2003 ainda são significativos os registros de racismo no ambiente escolar; indicadores da necessidade de proporcionar aos alunos do Curso de Direito a ampliação de seus conhecimentos envolvendo o Direito e a questão racial brasileira. Como conclusão, é clara a percepção de que a temática étnicorracial ainda não é claramente abordada no campo jurídico, havendo ainda muitas possibilidades e estratégias de enfrentamento da questão racial a serem desenvolvidas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito, Racismo, Antirracismo.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho discute, a partir de reflexões relacionadas à alteração instituída nas diretrizes e bases da educação nacional por intermédio da Lei 10.639/2003 (que alterou a Lei 9394/1996 para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira"), a problemática das relações étnico-raciais no ambiente escolar, revelando a

importância do tema no campo da política social brasileira e sua inserção na pesquisa envolvendo o curso de direito, numa perspectiva interdisciplinar.

A emergência de políticas sociais afirmativas orientadas para a raça, especialmente no campo da educação, é provavelmente a causa principal da crescente importância dada aos estudos que unem os temas raça e educação nas Ciências Sociais brasileiras nas últimas décadas, tanto no ponto de vista político quanto social (BARBOSA, 2005). Na concepção de alguns autores, tais políticas, originárias de terras estrangeiras, teriam o efeito de ferir a singularidade das relações raciais no Brasil. Para outros, tais medidas sinalizam para a possibilidade de reversão do quadro histórico de desigualdades entre os grupos raciais no país. (SILVA, A.P. et al, 2009, p.23)

Por intermédio da citada lei procura-se a promoção de uma mudança nos discursos, raciocínios, lógicas, gestos, posturas, modo de tratar as pessoas negras, a partir da disseminação da história e cultura africanas. A lei 9.394/1996 estabelece as diretrizes e bases da educação nacional e já em seu artigo 1º define que “a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.”

Em relação à educação escolar é preciso entender que esta abrange os processos formativos que se desenvolvem nas instituições de ensino e, na perspectiva do direito, é correto observar os critérios fixados nas leis tanto para o funcionamento de tais estabelecimentos educacionais quanto para os objetivos que serão perseguidos com a atividade por eles desenvolvida. Observar a legislação aplicável à educação, portanto, é um dever para as instituições de ensino e para os profissionais da educação.

Pensar na atualidade sobre o processo histórico de construção do mito da democracia racial, noutra perspectiva, nos leva também a refletir sobre a escola e o seu papel na reprodução das desigualdades sociais, noção estruturada por Nogueira (2002) acerca dos limites e contribuições da Sociologia da Educação, por intermédio da qual, a partir da obra de Bourdieu, contextualiza a escola e seu papel na reprodução das desigualdades sociais.

2 DEFININDO O ESTUDO: METODOLOGIA E ENQUADRAMENTO TEÓRICO

O enquadramento teórico do presente estudo parte da problemática das relações raciais no ambiente escolar, especialmente na investigação quantitativa (a) da percepção dos alunos em relação às vivências relacionadas à discriminação racial; (b) da percepção dos alunos sobre o desenvolvimento de ações, por parte das instituições de ensino da educação básica, com foco específico no ensino fundamental e ensino médio, que revelem a efetivação da política de afirmação e valorização do negro em nossa sociedade, em decorrência dos objetivos previstos na Lei 10.639/2003; e (c) da percepção dos alunos sobre o conteúdo estudado ou a ser estudado no curso de Direito que guardem relação com a questão racial no Brasil e/ou com políticas educacionais e de estratégias pedagógicas de valorização da diversidade, a fim de superar posturas preconceituosas de cunho étnico-racial.

A emergência de políticas sociais afirmativas orientadas para a raça, especialmente no campo da educação, é provavelmente a causa principal da crescente importância dada aos estudos que unem os temas raça e educação nas Ciências Sociais brasileiras nas últimas décadas, tanto no ponto de vista político quanto social (BARBOSA, 2005). Na concepção de alguns autores, tais políticas, originárias de terras estrangeiras, teriam o efeito de ferir a singularidade das relações raciais no Brasil. Para outros, tais medidas sinalizam para a possibilidade de reversão do quadro histórico de desigualdades entre os grupos raciais no país (SILVA, A.P. et al, 2009, p.23).

Admitindo que as leis, quando examinadas exclusivamente sob o enfoque jurídico, perdem em precisão quanto ao contexto social em que se situam, na conclusão busquei apresentar de maneira lógica, clara e concisa, as considerações sobre as relações étnico-raciais e o ensino fundamental, projetando naquilo que entendi pertinente, sua importância para os que cursam o ensino superior e optaram pelo Bacharelado em Direito, tanto para o enfrentamento da temática da discriminação racial no ambiente escolar quanto na prática dos profissionais do Direito e o que se pode concluir desde a edição da Lei 10.639/2003.

A metodologia adotada consistiu em pesquisa de campo efetivada com alunos do curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, que no semestre letivo 2014.2 foi oferecido em 14 unidades no município do Rio de Janeiro, a saber: Unidade Barra World – Recreio, Unidade Dorival Caymmi, Unidade Freguesia, Unidade Ilha do Governador, Unidade João Uchoa, Unidade Madureira, Unidade Menezes Cortes (Centro III), Unidade Nova América, Unidade Santa Cruz, Unidade R9, Unidade Sulacap, Unidade Via Brasil, Unidade Tom Jobim e Unidade West Shopping.

A pesquisa foi desenvolvida utilizando o método quantitativo e consistiu numa representação do alunado do Curso de Direito, cuja amostra tivesse por base a representação do aluno ingressante, com recorte específico nos alunos matriculados no 1º período em 2014.2, e a representação do aluno concluinte, com recorte específico nos alunos matriculados no 10º período em 2014.2.

Noutra perspectiva, é fundamental esclarecer e justificar a necessidade da realização do estudo a partir de uma amostra intencional. Isto se deve a conjugação de vários fatores relacionados à própria possibilidade de realizar uma pesquisa com a pretensão de viabilizar uma possível contribuição para a produção de conhecimentos relativos à operação do racismo na sociedade brasileira, em especial no campo da educação e no cotidiano das escolas, de acordo com os marcos de reflexão antes mencionados.

A opção por obter uma representação do aluno ingressante e do aluno concluinte viabiliza o exame de possíveis indicadores relacionados aos valores agregados sobre a temática em exame, tanto a partir da perspectiva do conjunto de informações extraído a partir da percepção dos alunos em relação à educação básica, notadamente em relação aos objetivos pretendidos com a edição da Lei 10.639/2003, quanto a partir dos conteúdos abordados no decorrer da formação no Bacharelado em Direito.

Tomando por base os dados existentes no Relatório de Conferência de Horários e Salas gerado em 31/07/2014 e disponibilizado para a Coordenação

Geral do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, o universo de alunos matriculados⁴ naquele momento apresentava a seguinte representação:

| Unidade | 1º período | 10º período | Total participantes |
|-----------------------------------|------------|-------------|---------------------|
| 1. Barra World -Recreio | 51 | 19 | 70 |
| 2. Dorival Caymmi | 32 | 29 | 61 |
| 3. Freguesia | 19 | 29 | 48 |
| 4. Ilha do Governador | 53 | 24 | 77 |
| 5. João Uchôa | 29 | 27 | 56 |
| 6. Madureira | 171 | 54 | 225 |
| 7. Menezes Cortes (Centro III) | 107 | 170 | 277 |
| 8. Nova América | 146 | 96 | 242 |
| 9. Santa Cruz | 6 | 0 | 6 |
| 10. R9 | 73 | - | 73 |
| 11. Sulacap | 91 | 21 | 112 |
| 12. Via Brasil | 43 | - | 43 |
| 13. Tom Jobim | 59 | 51 | 110 |
| 14. West Shopping | 110 | 42 | 152 |
| TOTAL | 990 | 562 | 1552 |

Com o universo da pesquisa delineado, a coleta de dados⁵ foi realizada no decorrer do segundo semestre letivo de 2014 e contou com a hospitalidade dos coordenadores e professores do Curso de Direito das referidas unidades, assim como o apoio da Coordenação Geral do Curso de Direito, cujo apoio dos diversos colaboradores da Universidade Estácio de Sá na aplicação dos questionários foi determinante para a realização da pesquisa.

⁴ Para fins ilustrativos do universo foram coletados os dados dos alunos matriculados nas disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito (1º período) e Ética (10º período).

⁵ A coleta de dados foi realizada preferencialmente nas turmas das disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito (1º período) e Ética (10º período).

Os alunos, portanto, não foram escolhidos de forma aleatória e todos os que estiveram na sala de aula no momento da realização da pesquisa foram conclamados a colaborarem, somente participando aqueles que manifestaram sua anuência por intermédio do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido

Participaram da pesquisa 1012 discentes, sendo validados os questionários referentes ao total de 995 alunos, sendo descartados 17 questionários por ausência ou não preenchimento correto do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Os alunos responderam as questões apresentadas por intermédio do questionário. As perguntas foram respondidas, uma a uma, precedidas da orientação em cada questão formulada pelo professor presente no momento da realização.

Para efeito do desenvolvimento da pesquisa as questões apresentadas por intermédio do questionário foram agrupadas em blocos temáticos, ressaltando que tal distinção não será feita nem no texto do questionário nem tão pouco no momento da pesquisa. Do que se busca extrair dos dados coletados em relação à percepção dos alunos em relação às vivências relacionadas à discriminação racial, impõe-se esclarecer que o questionário aplicado busca mapear as categorias de classificação utilizadas pelos indivíduos. Para este ponto, trabalhou-se apenas com perguntas fechadas, inicialmente relacionadas à sua percepção de cor/raça, de acordo com os critérios adotados na coleta de dados em pesquisas realizadas no Brasil, tanto pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística quanto por outros pesquisadores, bem como no contexto de uma alternativa bi-racializada (pretos/brancos).

Nos itens relacionados à apuração da percepção quanto à descendência, critério para definição de cor/raça de si e do outro, foram utilizadas perguntas fechadas, com hipótese aberta para indicação de outros critérios não indicados na pesquisa. Nos pontos relacionados à identificação da percepção do aluno em relação à existência de racismo no Brasil e a sua autodeclaração quanto ao tema, também foram apresentadas perguntas fechadas.

Do que se busca extrair quanto à percepção dos alunos sobre o desenvolvimento de ações, por parte da instituição de ensino, que revelem providências em relação às situações de discriminação racial, foram apresentadas

perguntas inicialmente fechadas, com hipóteses exclusivas para sim ou não, e abertas quando a primeira resposta era positiva, deixando o aluno livre para contextualizar a situação de discriminação racial de acordo com sua percepção espontânea. O mesmo critério foi utilizado para identificar a adoção de atividade educacional para evitar situações de racismo na escola.

Do que se busca extrair quanto aos estudos previstos na Lei 10.639/2003 foram adotadas perguntas fechadas, com hipóteses exclusivas para sim ou não, no que se refere tanto ao conteúdo quanto a percepção do aluno quanto à relevância de tais estudos, e perguntas abertas visando à espontânea identificação das disciplinas quando a resposta do aluno era positiva no sentido de ter estudado tal temática. O mesmo critério foi utilizado para apuração do valor agregado a partir das vivências no curso de Direito.

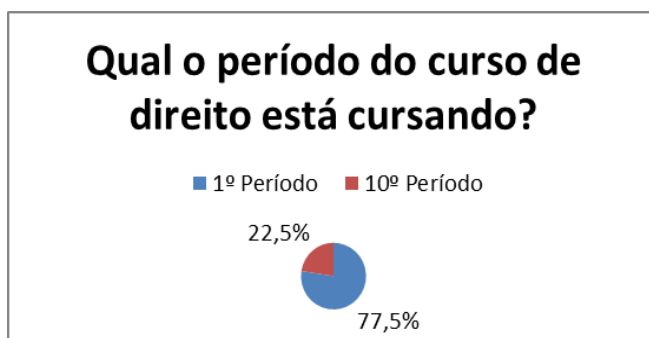
3 RESULTADOS DA PESQUISA

Este trabalho não tem como intuito de estabelecer em cada item um recorte comparativo com outras pesquisas realizadas, no entanto, destaco a convergência de conclusões apontadas por Brandão e Marins (2007), em pesquisa⁶ realizada em cinco escolas públicas de São Gonçalo e por Almeida (2014), em pesquisa realizada em cinco escolas particulares de Niterói.

Antes de passarmos para o exame da apontada tríplice perspectiva da pesquisa, vejamos as respostas apresentadas e que auxiliam na identificação do perfil dos entrevistados. Inicialmente, foram levantados os dados referentes ao desenvolvimento dentro do Curso de Direito, isto é, em que momento do curso os alunos se encontravam. Assim, 995 questionários foram validados e perfazem 100% da amostra. Destes, 771 dos discentes encontravam-se no 1º período do curso, perfazendo 77,5%, enquanto 224, isto é, 22,5% da amostra, se encontravam no último período do Curso de Graduação, o 10º período, conforme pode ser observado no Gráfico 01.

⁶ Para conhecer os dados da pesquisa realizada nas escolas públicas de São Gonçalo, sugiro a seguinte leitura: BRANDÃO, André Augusto Pereira; MARINS, Mani Tebet. Educação e Pesquisa, São Paulo, v.33, n.1, p. 27-45, jan./abr. 2007.

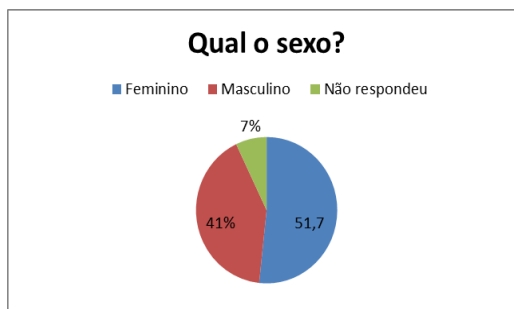
Gráfico 1: Qual o período do Curso de Direito está cursando?



Fonte: Pesquisa realizada pelo autor, 2014.

No que se refere ao sexo dos discentes, do total de 995 questionários, a participação foi de 514 pessoas do sexo feminino, representando 51,7%, e 410 pessoas do sexo masculino, representando 41,2% da amostra, enquanto 71 questionários não tiveram este item respondido, perfazendo a porcentagem de 7,1%.

Gráfico 2: Sexo dos discentes que responderam ao questionário



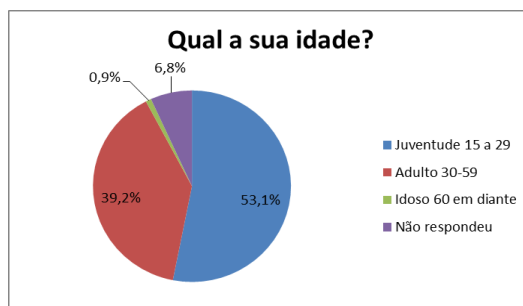
Fonte: Pesquisa realizada pelo autor, 2014.

Em relação à idade dos discentes, do total de 995 questionários aplicados, a participação foi de 528 pessoas com idade entre 15 e 29 anos, estas agrupadas no perfil da juventude⁷, representando 53,1% dos pesquisados, 390 pessoas com idade entre 30 e 59 anos, perfazendo 39,2% da amostra classificados como adultos, enquanto apenas 9 pessoas apontaram idade igual ou superior a 60

⁷ Segundo a Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013 (Estatuto da Juventude) são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade, sendo este o critério utilizado para o agrupamento da juventude.

anos, perfazendo o percentual de 0,9% de idosos⁸. 68 alunos não responderam, representando 6,8% da amostra. A representação da idade encontra-se no gráfico 03.

Gráfico 3: Idade dos discentes que responderam ao questionário



Fonte: Pesquisa realizada pelo autor, 2014.

O exame dos dados quantitativos relacionados à auto-identificação da cor ou raça do entrevistado, considerou pergunta fechada em que foram oferecidas as opções segundo a classificação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - “branco”, “preto”, “pardo”, “amarelo”, “indígena” e “sem declaração” – revela a predominância de 41% de alunos autodeclarados como brancos, 17% de pretos, 34% de pardos, 4% de amarelos, 0% de indígenas, 3% sem declaração e 1% dos entrevistados não marcou nenhuma opção.

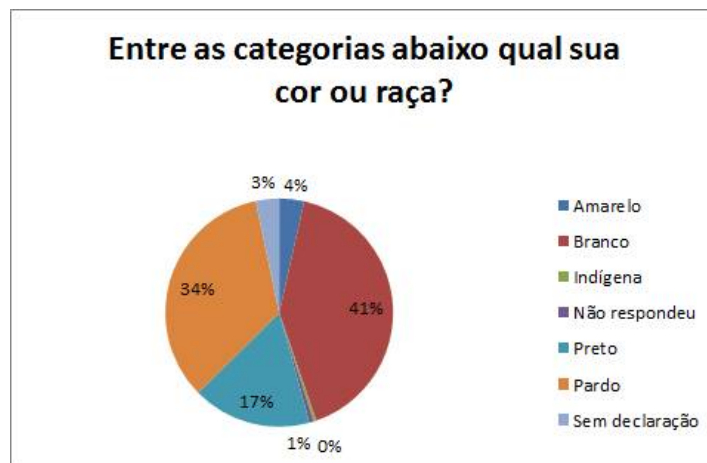
Se somados os percentuais dos grupos autodeclarados pretos (17%) e pardos (34%), teremos o total de 41% da amostra, o que se iguala, percentualmente, ao número de brancos. Sobre tal recorte conjunto, importa esclarecer que:

No estudo das assimetrias de cor ou raça no Brasil, quando se usam indicadores sociais já veio se tornando usual a junção dos grupos preto e pardo em um único agrupamento para finalidade de comparação estatística com os demais contingentes de cor ou raça, especialmente o branco. (PAIXÃO et al, 2010, p. 26)⁹

⁸ Conforme a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso) são assegurados os direitos contemplados no referido diploma legal às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, sendo este o critério utilizado para o agrupamento dos idosos.

⁹ Na introdução acerca da metodologia, o relatório esclarece que a cor ou raça parda em 2006 correspondia a 42,6% da população brasileira, sendo esta uma categoria mais oficial do que culturalmente definida, apresentando diferentes possibilidades e explicações das razões que levam a uma pessoa se identificar como parda. De igual forma aponta para certa imprecisão de classificação aos indígenas, já que não se poderia falar em cor/raça, remetendo à reflexão de uma

Gráfico 4: Cor ou raça do entrevistado segundo a classificação do IBGE



Fonte: pesquisa realizada pelo autor (2014)

Na tentativa de analisar outra possibilidade de classificação de cor/raça entre os 995 alunos, foi utilizado um modelo bi-racial de classificação, apresentando apenas as opções “branco”, “negro” e “sem declaração” para a marcação em resposta à pergunta fechada apresentada, conforme pode ser observado no gráfico 5.

possível contextualização do debate no campo da etnia. Também indica que no grupo dos brancos também poderão existir pessoas de pele mais escura que se autodeclararam brancas, possivelmente pelo alcance de melhor poder aquisitivo, critério “branqueador” em determinada perspectiva de interpretação da questão racial brasileira. Para conhecer a evolução de critérios utilizados nos estudos relacionados às assimetrias de cor ou raça no Brasil e os motivos sociológicos e políticos da classificação habitualmente utilizada, assim como as razões determinantes para a unificação de pretos & pardos para efeito de análise e estudos comparativos, indico a leitura das páginas 13, 14 e 16 da primeira edição do Relatório Anual das Desigualdades no Brasil (PAIXÃO et al, 2010).

Gráfico 5: Cor ou raça declarada do entrevistado segundo classificação bi-racial



Fonte: Pesquisa realizada pelo autor, 2014.

Chama atenção o fato de que num universo de 995 pesquisados, 103 alunos não tenham declarado sua cor/raça a partir de um modelo bi-racial, representando 10,4% da amostra. Quando é observado o critério do IBGE de classificação, considerando as opções “branco”, “preto”, “pardo”, “amarelo”, “indígena” o percentual de “sem declaração” foi de apenas 3%, como foi apresentado no gráfico 04.

No mesmo sentido foram as conclusões apontadas por Brandão e Marins (2007), na pesquisa realizada em cinco escolas públicas de São Gonçalo.

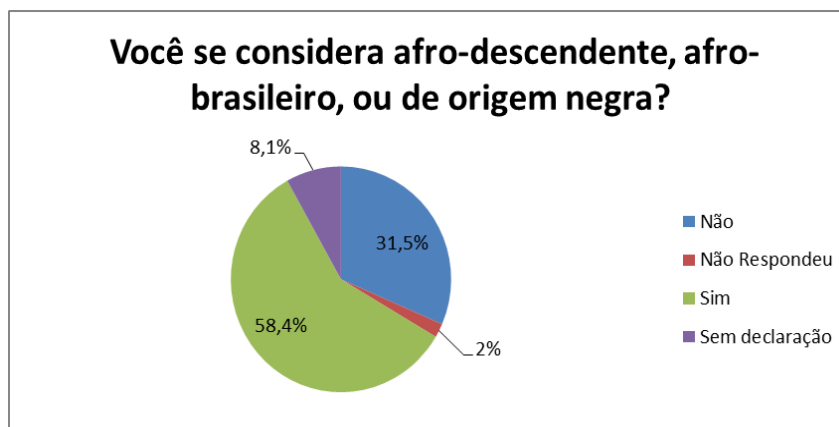
O que chama a atenção de imediato é o grande percentual de não-declarantes. Enquanto estes ficavam na casa dos 6% na pergunta fechada com as categorias do IBGE e dos 2% na pergunta aberta de cor ou raça, passam a ser 20,68% na classificação bi-racial. Parece haver, portanto, uma significativa rejeição ao próprio formato dessa classificação. (BRANDÃO e MARINS, 2007, p. 32).

Outro ponto que merece atenção guarda relação com a elevação dos brancos, quando se comparam as respostas dos gráficos 3 e 4. Enquanto as opções eram “branco”, “preto”, “pardo”, “amarelo”, “indígena” e “sem declaração” os brancos representaram 41% e os pretos & pardos representavam 41% da amostra. No recorte bi-racial os brancos representam 53,7% da amostra, ou seja, ocorreu uma elevação da representação branca.

Por outro lado, se os pretos & pardos representavam 41% na classificação do IBGE, na classificação bi-racial encontramos somente 32,6% de “negros”. Este resultado expressa a dificuldade de se estabelecer um recorte bi-racial para fins de classificação de cor ou raça na realidade social existente no Brasil.

É interessante observar que no Brasil a categoria “pardo” agrega pessoas com diferentes características fenotípicas, fruto tanto do processo de miscigenação do povo brasileiro, quanto do fato de que esta categoria representa um amplo guarda-chuva de perspectivas de autoclassificação. Trata-se de “[...] um contínuo de denominações raciais [que] buscará representar as posições intermediárias entre os dois polos, “branco” e “preto”, encaixando a diversidade de situações e das combinações possíveis entre critérios raciais e sociais”. (GUIMARÃES, 1999, p. 128)

Gráfico 6: O entrevistado se considera afrodescendente, afro-brasileiro ou de origem negra?



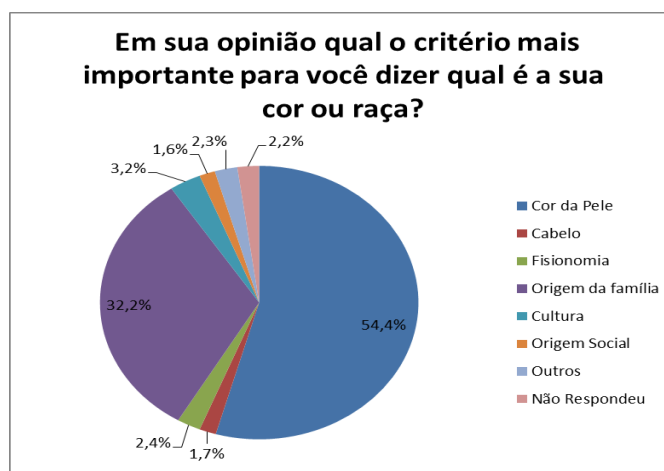
Fonte: Pesquisa realizada pelo autor, 2014.

A categoria afrodescendente é complexa para fins de determinação da efetiva ascendência de cada entrevistado e para sua determinação em relação à sua opção quando instado a se autoclassificar. Temos 58,4% de declarados afrodescendentes, porém apenas 41% de pretos e pardos quando observada a classificação do IBGE e, ainda mais discrepante, a identificação de apenas 32,6% de negros na classificação bi-racial. A origem negra não está diretamente relacionada com a autoclassificação de cor/raça.

[...] ter origem negra não é o mesmo que ser negro, ou seja, apesar de a origem ser reconhecida, esta não se traduz a priori em princípio classificatório (o que nesse nível de análise parece confirmar as indicações de Nogueira [1985], acerca da importância da ‘marca’ fenotípica como elemento fundamental para a atribuição de cor ou raça no Brasil). (BRANDÃO; MARINS, 2007, p. 32)

O exame dos dados quantitativos relacionados ao critério que cada aluno utiliza para definir a sua cor ou raça revela que para 54,4% dos pesquisados a cor da pele é o fator determinante. Já para 32,2% a origem da família é o critério mais importante. A cultura foi a terceira opção mais citada, representando 3,2% da amostra e sendo mais expressiva do que outros critérios fenotípicos, tais como a fisionomia (2,4%) e o cabelo (1,7%). A origem social é o fator determinante para 1,6% dos entrevistados. As demais opções não apresentaram resultados expressivos para fins e análises, conforme nos apresenta o gráfico 7.

Gráfico 7: Critério mais importante para definir a sua cor ou raça



Fonte: Pesquisa realizada pelo autor, 2014.

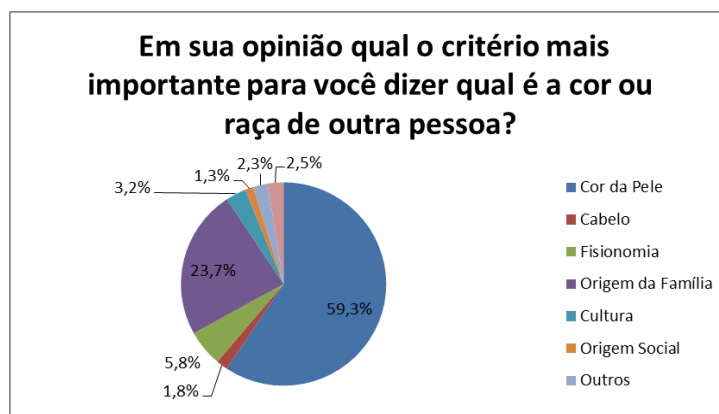
Neste contexto, torna-se relevante destacar que o conjunto relacionado às características fenotípicas, nestas compreendidas as opções cor da pele (54,4%), fisionomia (2,4%) e cabelo (1,7%), expressa a preferência de mais da metade dos entrevistados (58,9%). Os percentuais encontrados, assim, convergem com o já citado estudo realizado por Brandão e Marins (2007) no exame dos dados coletados entre os alunos das cinco escolas públicas de São Gonçalo.

[...] apesar do peso atribuído ao fenótipo (e não exclusivamente à cor), os entrevistados não deixam de se remeter em medida significativa à origem familiar. Essa descoberta é importante, pois a estrutura do racismo brasileiro fora definida por Nogueira (1985; 1998) como 'de marca'. Assim, segundo esse autor, os critérios que operam a discriminação não seriam voltados para a origem do indivíduo, mas sim para os traços fenotípicos. A maior aproximação fenotípica com o grupo negro levaria a maiores possibilidades de classificação como não-branco e, portanto, de discriminação.

No entanto, como vimos, embora os traços físicos e a cor da pele somados apareçam como elemento principal para a auto e a para a alter classificação, os entrevistados não perdem de vista a origem familiar. Isso nos diz que em grande medida o senso comum também toma a origem como marcador racial em nossa sociedade. (BRANDÃO; MARINS, 2007, p. 34).

O exame dos dados quantitativos relacionados ao critério que cada aluno utiliza para definir a cor ou raça de outra pessoa revela que para 59,3% dos pesquisados a cor da pele é o elemento determinante. O segundo critério mais expressivo continua a ser a origem da família (23,7%), antes utilizado para a autoclassificação, enquanto o terceiro deixa de ser a cultura (3,2%) e passa a ser a fisionomia (5,8). A origem social e o cabelo foram critérios representativos para, respectivamente, apenas 1,3% e 1,8% dos pesquisados, conforme apresentado no gráfico 8.

Gráfico 8: Critério mais importante para definir a cor ou raça de outra pessoa



Fonte: Pesquisa realizada pelo autor, 2014.

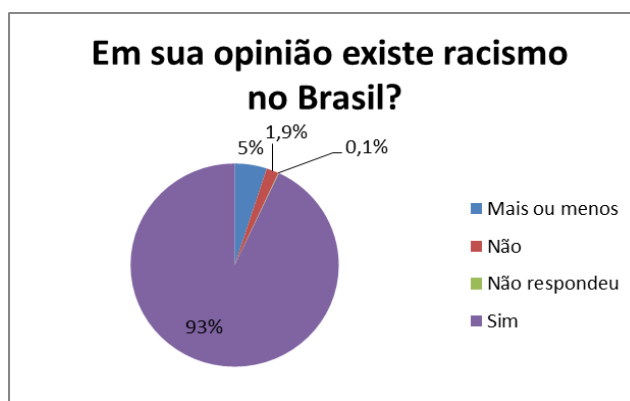
O conjunto relacionado às características fenotípicas, nestas compreendidas as opções cor da pele (59,3%), fisionomia (5,8%) e cabelo (1,8%), expressa a preferência de mais da metade dos entrevistados, alcançando a representativa marca de 66,9% dos alunos.

Ou seja, quando é para indicar que o outro é negro as características fenotípicas se revelam com maior nitidez nas respostas do que quando é para o sujeito se autoidentificar como negro (ALMEIDA, 2014, p. 131).

Pela expressiva resposta dos 995 discentes pesquisados é possível afirmar que existe racismo no Brasil, afinal 925 responderam sim, representando 93% da

amostra. Apenas 19 discentes responderam que não, representando 1,9% da amostra, enquanto que para 50 alunos a resposta foi mais ou menos, representando 5% da amostra, dados apresentados no gráfico 8. O conjunto formado pelos que responderam sim e mais ou menos representa 98% dos pesquisados, o que é muito expressivo no contexto universitário.

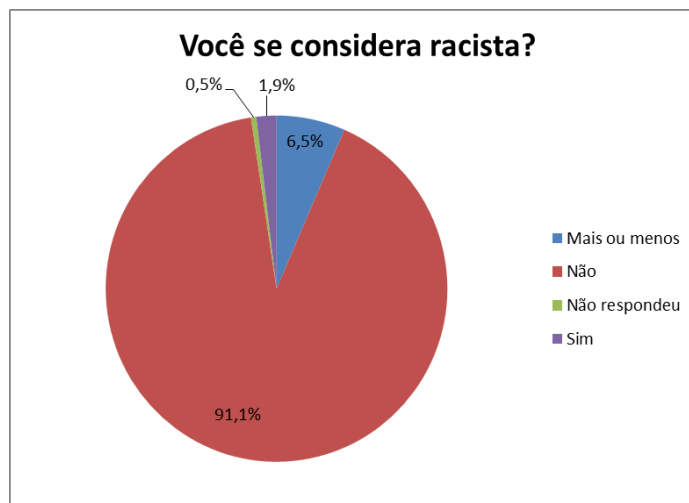
Gráfico 9: Em sua opinião existe racismo no Brasil?



Fonte: Pesquisa realizada pelo autor, 2014.

Ao responderem a pergunta sobre o próprio racismo, as respostas foram as seguintes: 906 alunos responderam que não são racistas, representando 91,1% da amostra, 65 alunos admitiram que são “mais ou menos” racistas, representando 6,5% da amostra. Finalmente, 18 alunos responderam que eram racistas e 5 alunos assinalaram a opção “sem declaração”, representando cada subconjunto, respectivamente, 1,9% e 0,5 da amostra, dados que podem ser conferidos no gráfico 9.

Gráfico 10: Você se considera racista?



Fonte: Pesquisa realizada pelo autor, 2014.

O primeiro aspecto curioso a ser destacado é que no confronto das duas indagações representadas nos gráficos 9 e 10, respectivamente, “Em sua opinião existe racismo no Brasil?” e “Você se considera racista?”, existe uma proximidade percentual entre os dois conjuntos majoritários de resposta. Enquanto o percentual representado pelos que responderam com um categórico “sim” para a pergunta “Em sua opinião existe racismo no Brasil?” foi de expressivos 93% dos pesquisados, a resposta para a segunda pergunta “Você se considera racista?” revelou um categórico “não” para 91,1% da amostra. Tal constatação converge para o discurso de que o problema do racismo não está em cada um de nós, mas no outro.

Novamente, observando as constatações alcançadas por Brandão e Marins (2007, p. 33) em cinco escolas públicas de São Gonçalo, os pesquisadores perceberam, na amostra deles, que os mesmos entrevistados reconheciam que há racismo no Brasil (82,07%) ou que há “mais ou menos” racismo (13,92%) e somente 2,95% destes afirmam que não existe racismo em nossa sociedade. Ao examinarem a questão observaram:

Essa contradição acontece, muito provavelmente, porque haveria a perspectiva de que o racismo sempre está no outro ou na ideia abstrata de ‘sociedade’ e não no próprio indivíduo. Assim, a prática do racismo é transferida do cidadão para a sociedade, ou seja, do nível microssocial para o nível macrossocial. É como se fosse possível haver um divórcio entre a sociedade como entidade coletiva e os indivíduos que compõem

esta e que produzem, por meio de gestos, representações e ações cotidianas de práticas racistas.

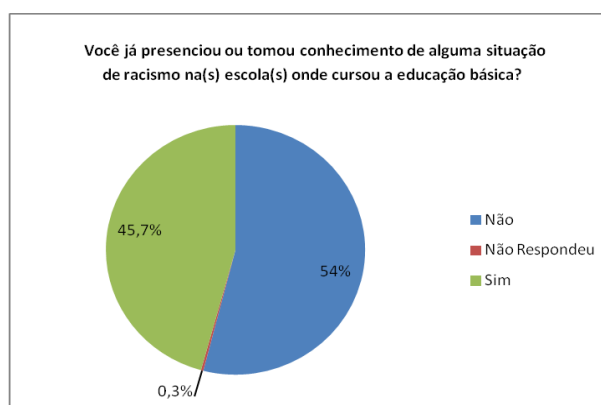
Nesse sentido, podemos estar diante de uma situação na qual os entrevistados optam pela afirmação 'politicamente correta' de que não são racistas, como se atendessem a uma 'ética' específica sobre o assunto, sem desconhecer, porém, o racismo presente nas relações entre brancos e negros. (BRANDÃO e MARINS, 2007, p. 33).

A hipótese de respostas politicamente corretas, apresentada por Brandão e Marins, converge com meu pensamento. Neste contexto, não se pode deixar de registrar que tal possibilidade, em se tratando de alunos em fase de formação, acabar formando adultos que reproduzem a lógica da inexistência de racismo quando sua identificação pode ser vinculada diretamente ao sujeito em exame. Racista é o outro, em regra não é o sujeito questionado.

4 ANÁLISE DOS DADOS RELACIONADOS À PERCEPÇÃO DOS ALUNOS EM RELAÇÃO ÀS VIVÊNCIAS RELACIONADAS À DISCRIMINAÇÃO RACIAL

O exame das respostas apresentadas para a questão “Você já presenciou ou tomou conhecimento de alguma situação de racismo na(s) escola(s) onde cursou a educação básica?” também desafia a atenção e a responsabilidade das instituições de ensino e dos profissionais que nelas trabalham, uma vez que 45,7% da amostra responderam afirmativamente, ou seja, quase a metade dos pesquisados, compondo assim 455 de um universo de 995, acredito que o gráfico 10 ilustre mais didaticamente estas informações.

Gráfico 11: Você já presenciou ou tomou conhecimento de alguma situação de racismo na(s) escola(s) onde cursou a educação básica?



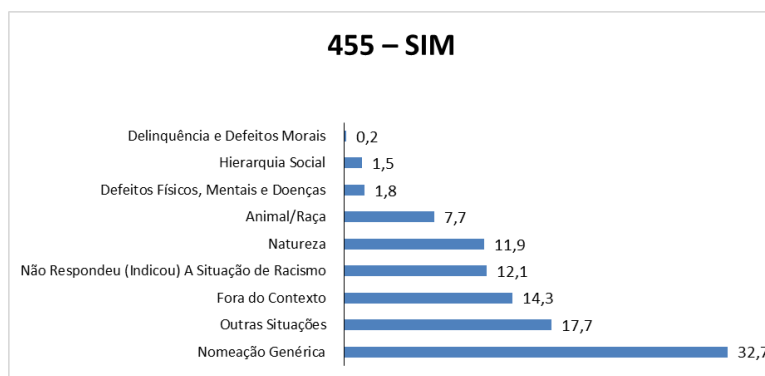
Fonte: Pesquisa realizada pelo autor, 2014.

Neste ponto, devo esclarecer que a diversidade das respostas apresentadas pelos alunos desafia o leitor a tentar uma reflexão sobre possíveis agrupamentos para fins de análise. Não é uma tarefa simples, podemos lembrar que afixar um determinado rótulo de “valor humano inferior” a um determinado grupo é uma das possíveis armas de que se valem os grupos superiores nas disputas de poder. O recorte de análise fixado no confronto entre os estabelecidos e os *outsiders* era no sentido de manutenção da superioridade social de um grupo ao outro. “Nessa situação, o estigma social imposto pelo grupo mais poderoso ao menos poderoso costuma *penetrar na autoimagem* deste último e, com isso, enfraquecê-lo e desarmá-lo.” (ELIAS; SCOTSON, 2000, p. 24).

Assim, o exame dos 455 questionários em que os alunos responderam que haviam presenciado situação de racismo na escola revelou 148 indicações de nomeação genérica (quando a situação de racismo envolver as expressões negra (o), negra (o), negrinho (a), pretinho (a), preto (a) e/ou assemelhadas), 80 indicações fora da classificação proposta (interpretadas em relação ao local da ocorrência), 65 indicações fora do contexto da pergunta, 55 questionários em que não houve indicação da situação de racismo, 54 indicações relacionadas à natureza (quando a situação de racismo envolver as expressões desgraça, maldita, raça e/ou assemelhadas e/ou fenotípicas), 35 indicações relacionando animal/raça (quando a situação de racismo envolver as expressões macaco (a),

urubu e/ou assemelhadas), 08 indicações envolvendo defeitos físicos, mentais e doenças (quando a situação de racismo envolver as expressões cancerosa, queimada, idiota, imbecil e/ou assemelhadas); 07 indicações relacionadas à hierarquia social (quando a situação de racismo envolver as expressões analfabeto, desclassificado, favelada, maloqueira, metida, senzala e/ou assemelhadas) e 01 ocorrência indicando delinquência e defeitos morais (quando a situação de racismo envolver as expressões aproveitador, folgado, incompetente, ladrão, maconheiro, pilantra, safado, sem-vergonha, traficante e/ou assemelhadas), conforme pode ser observado no apêndice 01. O gráfico 12, resume claramente a distribuição das respostas a partir das classificações trabalhadas.

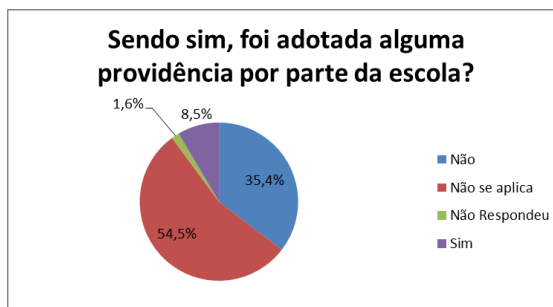
Gráfico 12: Agrupamento das respostas referentes às situações de racismo descritas pelos entrevistados.



Fonte: Pesquisa realizada pelo autor, 2014.

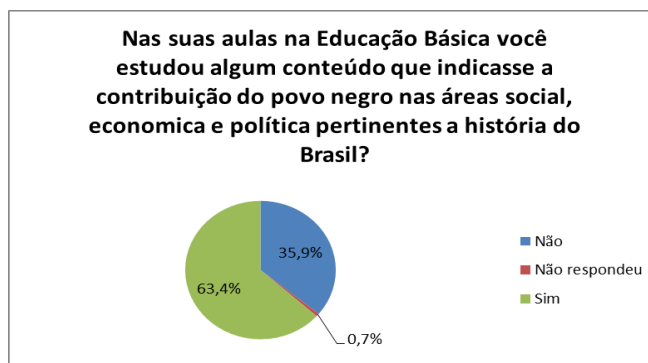
O exame das respostas apresentadas para a questão “Sendo sim, foi adotada alguma providência por parte da escola?” me leva a propor uma reflexão por parte das instituições de ensino e dos profissionais que nela trabalham, uma vez que apenas 8,5% da amostra responderam afirmativamente, ou seja, um percentual muito baixo, conforme pode ser analisado no gráfico 13. Isto demonstra que ainda falta um longo caminho a percorrer no campo da prevenção.

Gráfico 13: Sendo sim, foi adotada alguma providência por parte da escola?



Fonte: Pesquisa realizada pelo autor, 2014.

Gráfico 14: Nas suas aulas na Educação Básica você estudou algum conteúdo que indicasse a contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e política pertinentes a história do Brasil?



Fonte: Pesquisa realizada pelo autor, 2014.

No que tange à análise de dados quanto à percepção dos alunos em relação aos estudos previstos na Lei 10.639/2003, a primeira questão formulada foi a seguinte: “Nas suas aulas na Educação Básica você estudou algum conteúdo que indicasse a contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e política pertinentes a história do Brasil?”.

Com tal indagação buscava-se perceber a percepção dos alunos especificamente da temática como conteúdo de disciplinas, particularmente, Educação Artística, Literatura e História do Brasil, sem prejuízo das demais, em atividades curriculares ou não, trabalhos em salas de aula, nos laboratórios de ciências e de informática, na utilização de sala de leitura, biblioteca,

brinquedoteca, áreas de recreação, quadra de esportes e outros ambientes escolares.

Observado o Parecer CNE/CP 003/2004, aos estabelecimentos de ensino, a partir da edição da Lei 10.639/2003 e do próprio encaminhamento dado no referido parecer, está sendo atribuída responsabilidade de acabar com o modo falso e reduzido de tratar a contribuição dos africanos escravizados e de seus descendentes para a construção da nação brasileira.

Mas a questão não se cinge a tal recorte, não devendo ser interpretada apenas com foco em conteúdos programáticos a serem desenvolvidos na sala de aula. A contribuição também se revela por intermédio da fiscalização que as escolas devem fazer, com a ação efetiva de todos os profissionais envolvidos com a atividade da educação escolar, para que no seu interior e sob sua responsabilidade, os alunos negros deixem de sofrer os primeiros e continuados atos de racismo de que são vítimas.

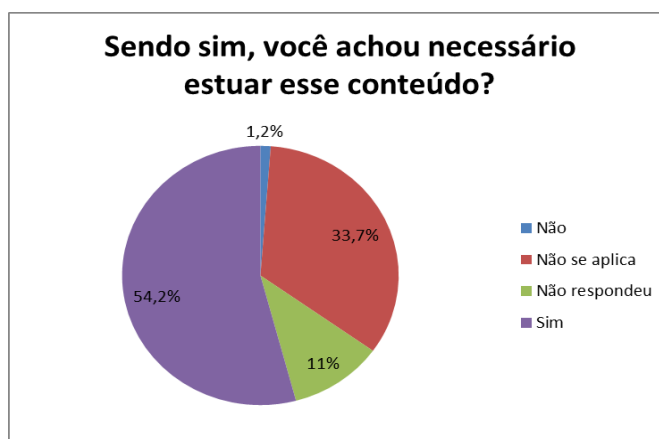
Neste contexto, como explicitado no parecer:

[...] assumir estas responsabilidades implica compromisso com o entorno sociocultural da escola, da comunidade onde esta se encontra e a que serve, compromisso com a formação de cidadãos atuantes e democráticos, capazes de compreender as relações sociais e étnico-raciais de que participam e ajudam a manter e/ou a reelaborar, capazes de decodificar palavras, fatos e situações a partir de diferentes perspectivas, de desempenhar-se em áreas de competências que lhes permitam continuar e aprofundar estudos em diferentes níveis de formação. (Parecer CNE/CP 003/2004).

E o desafio de vencer tal desafio de contribuição implica na adoção de pedagogias de combate ao racismo e a discriminações, elaboradas com o objetivo de educação das relações étnico-raciais positivas visando fortalecer entre os negros e despertar entre os brancos a consciência negra. Deseja-se, neste contexto, que as ações educacionais levem os negros a obterem conhecimentos e segurança, por intermédio da vida escolar, que lhes desenvolvam a percepção da própria história e cultura, de relacionamentos interpessoais, com expresso reconhecimento por parte do Estado, da sociedade e da escola, da dívida social que têm em relação ao segmento negro da população, possibilitando uma tomada de posição explícita contra o racismo e a discriminação racial e a construção de ações afirmativas nos diferentes níveis de ensino da educação brasileira.

O exame do Gráfico 14 nos mostra que 63,4% dos alunos pesquisados percebem que estudaram em sala de aula conteúdos relacionados à contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e política, pertinentes à História do Brasil. O número de alunos, em termos absolutos, chega a 631, um número muito expressivo, levando-se em consideração uma amostra de 995 entrevistados.

Gráfico 15: Sendo sim, você achou necessário estudar esse conteúdo?



Fonte: Pesquisa realizada pelo autor, 2014.

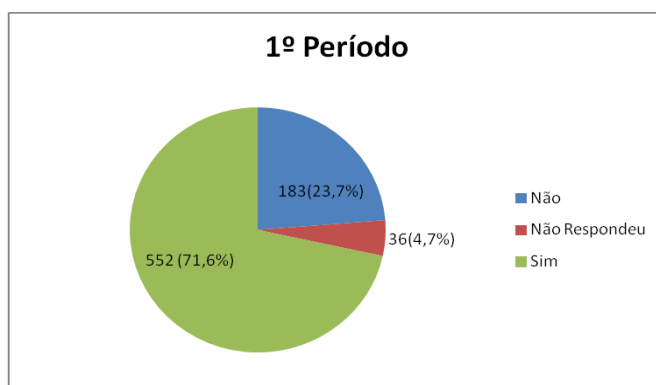
A última parte desta pesquisa teve por foco investigar a percepção do aluno ingressante e a do aluno concluinte do Curso de Direito em relação aos conteúdos que guardassem relação com a questão racial no Brasil e/ou com políticas sociais e de estratégias de valorização da diversidade, a fim de superar posturas preconceituosas de cunho étnico-racial.

Para tanto, dos 995 questionários que foram validados e perfazem 100% da amostra, nesta etapa da pesquisa impõe-se o exame separado das respostas apresentadas pelos ingressantes e pelos concluintes.

Dos 771 discentes que estavam cursando o 1º período letivo, a pergunta formulada foi no sentido investigar se o aluno ingressante achava que iria estudar conteúdo que guardasse relação com a questão racial no Brasil e/ou com políticas sociais e de estratégias de valorização da diversidade, a fim de superar posturas preconceituosas de cunho étnico-racial, pergunta fechada com alternativas “sim” e “não”. Destes, 552 responderam "sim", representando 71,60%, 183 responderam “não”, representando 23,7%, e 36 deixaram a pergunta “sem resposta”,

representando 4,7%. A representação das respostas dos alunos ingressantes está representada no Gráfico 16.

Gráfico 16: Nas suas aulas no CURSO DE DIREITO você estudou (concluente) / acha que vai estudar (ingressante) conteúdo que guarde relação com a questão racial no Brasil e/ou com políticas sociais e de estratégias de valorização da diversidade, a fim de superar posturas preconceituosas de cunho étnico-racial?



Fonte: Pesquisa realizada pelo autor, 2014.

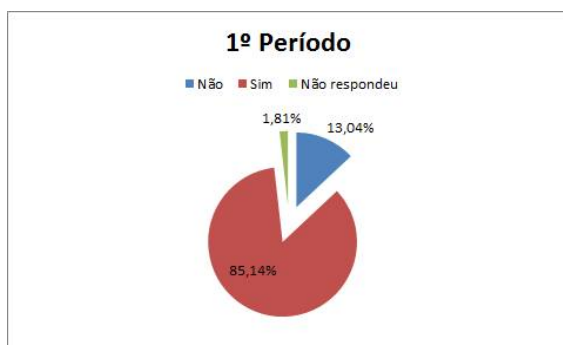
Tais dados autorizam uma reflexão no sentido de que uma vez somados os que responderam “não” aos que deixaram a pergunta “sem resposta”, o resultado indica que 28,40% dos alunos não conseguem associar, no momento em que iniciam o Curso de Direito, temas relacionados à questão racial com os conteúdos que serão estudados no decorrer dos cinco anos subsequentes.

Noutra dimensão, aqueles 552 alunos que responderam “sim”, quando provocados a apontarem os “conteúdos” e associando as respectivas “disciplinas”, apresentaram respostas tão diversificadas que não permitiram um agrupamento ordenado na dimensão pretendida, ou seja, em que o aluno conseguisse apontar o conteúdo relacionando com a disciplina a ser estudada.

Entre os temas citados pelos alunos ingressantes em pergunta aberta, os mais frequentes foram os seguintes: Escravidão e Cotas (30), Racismo/Cota (14), Escravidão dos negros / continuação da exploração dos negros (10), Abolicionismo (9), Escravidão (9) e Discriminação (5). Entretanto, mesmo em tais temas não havia indicação precisa das disciplinas em que, em tese, tais conteúdos seriam trabalhos.

Esses mesmos 552 alunos que responderam “sim”, quando provocados a se manifestarem se achavam necessário estudar esse conteúdo envolvendo temas relacionados à questão racial, responderam da seguinte forma: “sim”: 470 alunos, representando 85,14%, “não”: 10 alunos, representando 1,81%, e 72 alunos “não responderam”, representando 13,04%, o que é ilustrado pelo Gráfico 17.

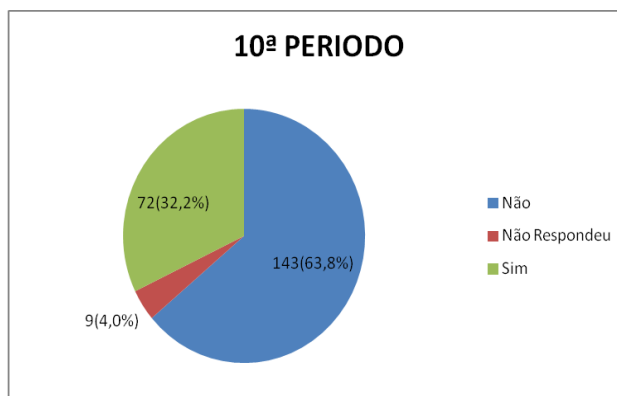
Gráfico 17: Sendo sim, você achou necessário estudar esse conteúdo?



Fonte: Pesquisa realizada pelo autor, 2014.

Dos 224 discentes que estavam cursando o 10º período letivo, a pergunta formulada foi no sentido investigar se o aluno concluinte identificava ao final do curso ter estudado conteúdo que guardesse relação com a questão racial no Brasil e/ou com políticas sociais e de estratégias de valorização da diversidade, a fim de superar posturas preconceituosas de cunho étnico-racial, pergunta fechada com alternativas “sim” e “não”. O Gráfico 18 ilustra que destes 224, apenas 72 responderam "sim", representando 32,2%, 143 responderam “não”, representando 63,8%, e 9 deixaram a pergunta “sem resposta”, representando 4%.

Gráfico 18: Nas suas aulas no CURSO DE DIREITO você estudou (concluinte) / acha que vai estudar (interessante) conteúdo que guarde relação com a questão racial no Brasil e/ou com políticas sociais e de estratégias de valorização da diversidade, a fim de superar posturas preconceituosas de cunho étnico-racial?



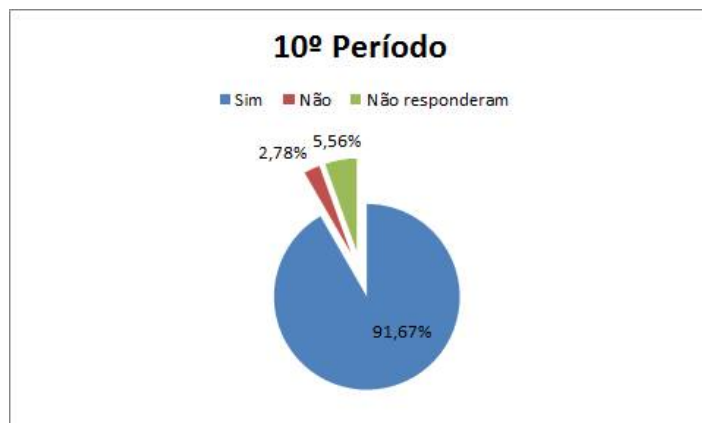
Fonte: Pesquisa realizada pelo autor, 2014.

Tais dados autorizam uma reflexão no sentido de que uma vez somados os que responderam “não” aos que deixaram a pergunta “sem resposta”, o resultado indica que 67,8% dos alunos não conseguem associar, no momento em que terminam o Curso de Direito, temas relacionados à questão racial com os conteúdos que foram estudados nas diversas disciplinas estudadas no decorrer dos cinco anos da graduação.

Noutra dimensão, aqueles 72 alunos que responderam “sim”, quando provocados a apontarem os “conteúdos” e as respectivas “disciplinas”, também apresentaram respostas tão diversificadas que não permitiram um agrupamento ordenado na dimensão pretendida, tal a fragmentação das respostas.

Esses mesmos 72 alunos que responderam “sim”, quando provocados a se manifestarem se achavam necessário estudar esse conteúdo envolvendo temas relacionados à questão racial, responderam da seguinte forma: “sim”: 66 alunos, representando 91,67%, “não”: 2 alunos, representando 2,78%, e 4 alunos “não responderam”, representando 5,56%, o que é ilustrado pelo Gráfico 19.

Gráfico 19: Sendo sim, você achou necessário estudar esse conteúdo?



Fonte: Pesquisa realizada pelo autor, 2014.

5 CONCLUSÕES

A análise dos dados coletados e apresentados nesta pesquisa revelou a percepção de 995 alunos em relação às vivências relacionadas à discriminação racial. Destes, 771 alunos eram do 1º período e 224 do 10º período do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, que no semestre letivo 2014.2 foi oferecido em 14 unidades no município do Rio de Janeiro, a saber: Unidade Barra World – Recreio, Unidade Dorival Caymmi, Unidade Freguesia, Unidade Ilha do Governador, Unidade João Uchoa, Unidade Madureira, Unidade Menezes Cortes (Centro III), Unidade Nova América, Unidade Santa Cruz, Unidade R9, Unidade Sulacap, Unidade Via Brasil, Unidade Tom Jobim e Unidade West Shopping.

O perfil dos entrevistados era majoritariamente formado por pessoas do sexo feminino (51,7%) e por pessoas com idade entre 15 e 29 anos (51,7%).

No que se refere à auto-identificação da cor ou raça do entrevistado, segundo a classificação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - “branco”, “preto”, “pardo”, “amarelo”, “indígena” e “sem declaração” – constatou-se a predominância de 41% de alunos autodeclarados como brancos. Porém, quando somados os percentuais dos grupos autodeclarados pretos (17%) e pardos (34%), se constatou o total de 41% da amostra, o que se iguala, percentualmente, ao número de brancos.

Imprecisão da categoria afro-descendente para fins de análise: a categoria afro-descendente também se revelou complexa para fins de determinação da efetiva ascendência de cada aluno e para sua determinação em relação à sua opção quando o aluno foi instado a se autoclassificar. Temos 58,4% de declarados afro-descendentes, porém apenas 41% de pretos e pardos quando observada a classificação do IBGE e o mais discrepante foi a identificação de apenas 32,6% de negros na classificação bi-racial.

As características fenotípicas são preponderantes para definição do padrão brasileiro de relações raciais: O exame dos dados quantitativos relacionados ao critério que cada aluno se utiliza para definir a autoindicação de sua cor ou raça revela que para 54,4% dos pesquisados a cor da pele é o fator determinante. Neste contexto, torna-se relevante destacar que o conjunto relacionado às características fenotípicas, nestas compreendidas as opções cor da pele (54,4%), fisionomia (2,4%) e cabelo (1,7%), expressa a preferência de mais da metade dos entrevistados (58,5%).

O exame de gráficos, tabelas e dados desafia um olhar para o futuro, tanto por parte de quem escreve quanto de quem lê. E por ser um profissional oriundo da área do Direito, talvez eu necessite, como costume dizer e mais uma vez reitero em meus escritos, de uma licença poética para transitar no meio acadêmico e assegurar o entendimento que “o tempo é minha matéria, o tempo presente, os homens presentes, a vida presente” (ANDRADE, 2005, p. 158).

Independente da existência ou não de uma lei que crie a obrigatoriedade de uma disciplina “Direito e Relações Étnicas” nos cursos de graduação em Direito, tenho a percepção que o resultado da pesquisa em relação aos dados obtidos por intermédio das respostas oferecidas pelos ingressantes e concluintes nos aponta, enquanto profissionais envolvidos com o ensino superior na formação dos futuros profissionais do Direito, um caminho desafiador a seguir, com muitas possibilidades e estratégias de enfrentamento da questão.

Noutras palavras, entendo que pouco importa se para percorrer o caminho apontado nos valeremos de disciplinas obrigatórias, disciplinas eletivas, cursos de extensão, atividades acadêmicas complementares, atividades de pesquisa, atividade de extensão, palestras, seminários, entre outras tantas possibilidades.

Mas, certamente, o caminho a ser seguido passa por proporcionar aos alunos do Curso de Direito a ampliação de seus conhecimentos envolvendo o Direito e a questão racial brasileira.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, C. A. L. de. **Educação Escolar e Racismo**: entre práticas e representações. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2014, 271P. (Coleção Étnico-racial)
- BRANDÃO, A. A. P. Afirmação da diversidade e criação de uma nova imaginação nacional In: **Educação, Arte e Cultura Africana de Língua Portuguesa**. GONÇALVES, M. A. R. (Org.) Rio de Janeiro: UERJ, 2007.
- BRANDÃO, A. A. P.; MARINS, M. T. **Educação e Pesquisa**, São Paulo, v.33, n.1, p. 27-45, jan./abr. 2007.
- GUIMARÃES, A. S. A. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 1999.
- _____. **Classes, raças e democracia**. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 2002.
- _____. **Preconceito Racial**: Modos, Temas e Tempos. Cortez editora: São Paulo, 2008
- _____. Discriminação e preconceito raciais. In: **Notícias e reflexões sobre discriminação racial**. PAIVA, A. R. (Orgs.) Rio de Janeiro: Ed. PUC-RIO: PALLAS, 2008b, p.97-102.
- ELIAS, N.; SCOTSON, J. L. **Os Estabelecidos e os Outsiders**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- GRIN, M. **Raça – debate público no Brasil**. Rio de Janeiro: Mauad X: FAPERJ, 2010.
- MEDEIROS, C. A. **Na Lei e na Raça**: Legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.
- MORAES, G. K. de. História da cultura afro-brasileira e africana nas escolas da educação básica: igualdade ou reparação. **Dissertação de Mestrado**. Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade de Sorocaba. Sorocaba, 2009. Disponível em

<http://educacao.uniso.br/prod_cientifica/alunos/2009/Gisele_Karin_de_Moraes.pdf>. Acesso em 27 de outubro de 2012.

NOGUEIRA, C. M. M.; NOGUEIRA, M. A. **A sociologia da educação de Pierre Bourdieu**: limites e contribuições. Educ. Soc., Campinas, v. 23, n. 78, abr. 2002 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302002000200003&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 19 nov. 2012. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-73302002000200003>>.

PAIXÃO, M. **Manifesto Anti-racista**: ideias em prol de uma utopia chamada Brasil. Rio de Janeiro: DP&A; LPP/UERJ, 2006.

PAIXÃO, M.; ROSSETTO, I.; MONTOVANELE, F.; CARVANO, L. M. (Orgs.) **Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil**; 2009-2010: Constituição Cidadã, seguridade social e seus efeitos sobre as assimetrias de cor ou raça. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

RIBEIRO, D. **O Povo Brasileiro**: Evolução e Sentido do Brasil. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.

SILVA, A. P.; BRANDÃO, A.; MARINS, M. T. A. de. **Educação Superior e Relações Raciais**. Niterói: UFF, 2009.

A MEDIAÇÃO: UMA JANELA COM VISTAS A UMA NOVA FORMAÇÃO DO JURISTA BRASILEIRO

Fernanda Sartor Meinerio

RESUMO: A presente pesquisa discute a atual crise do ensino jurídico, destacando a cultura positivista tradicional ainda presente nas faculdades de direito, bem como a alienação provocada pelo atual processo de ensino-aprendizagem. O resultado dessa crise resulta em aprofundamento da cultura do litígio. O objetivo do estudo é promover a necessidade adequação do ensino jurídico às mudanças da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei Federal n. 9.394/1996) e a Resolução CES-CNE nº 09/2004 a fim de realmente atender os princípios por elas instituídos. Como hipótese para uma transformação dos atores jurídicos sugere-se a utilização da mediação como inspiração pedagógica, na medida em que nos aproxima do Outro, promovendo uma autonomia e uma nova visão acerca dos conflitos. Como metodologia utilizou-se a metodologia utilizada na pesquisa consiste em interpretar a matéria por meio de análise bibliográfica, utilizando-se das referências citadas.

PALAVRAS-CHAVE: Crise; Cultura do Litígio; Ensino Jurídico; Mediação.

1 INTRODUÇÃO

O atual momento é de intensificar as discussões acerca dos currículos dos atores jurídicos e do processo de aprendizagem, a fim de se obter melhores respostas frente aos problemas contemporâneos. Algumas propostas surgiram e provocaram mudanças legislativas, a exemplo da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei Federal n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996) e a Resolução CES-CNE, nº 09 de setembro 2004. A Lei Federal no. 9.394/96 procurou promover a autonomia das Universidades quanto à formação curricular, bem como estabeleceu princípios educativos norteadores. Já a Resolução CNE/CES nº 9/2004 instituiu as diretrizes curriculares para os cursos de graduação em direito.

Apesar dos avanços normativos, o ensino jurídico possui muitos ranços que desconsidera outras formas de direito que não as positivadas, o que acaba

por criar no jurista o apego exacerbado pela norma e a ilusão de que a resposta à problemática está sempre contida nela. As Faculdades de direito através da escola positivista, supervalorizaram a razão, a resposta correta, e isso se reflete até hoje nos currículos. O fruto da resistência dogmática resulta em bacharéis técnico-burocratas que observam o Direito como “instrumento técnico a serviço da conservação das estruturas sociais” (HERKENHOFF, 2001, p. 47).

O presente estudo pretende demonstrar a crise de formação dos atores jurídicos brasileiros e verificar se a mediação, elevada a uma concepção pedagógica, pode ser uma possibilidade de transformação da gênese dos juristas. A metodologia utilizada consiste em interpretar a matéria por meio de análise bibliográfica, utilizando-se das referências citadas. Ressalta-se que a pesquisa não tem o escopo de encontrar respostas a toda problemática da formação curricular dos bacharéis em direito, mas sim apontar sugestões à luz dos ensinamentos da mediação.

Na primeira parte trabalhar-se-á com os aspectos da crise de formação dos atores jurídicos, a influência do paradigma dogmático nos currículos de direito, na segunda parte a alienação do processo de ensino e aprendizagem jurídico, a terceira parte a cultura do litígio. Na última etapa se apresentará a perspectiva da mediação como possibilidade de transformação na formação do jurista brasileiro.

2 CRISE DA FORMAÇÃO DOS JURISTAS E CURRÍCULO DOS ATORES

A educação jurídica brasileira evoluiu lentamente, principalmente no que se refere às mudanças das bases curriculares. O engessamento do currículo de direito não pode ser mais justificado, visto as alterações introduzidas pela Lei n. 9.394/1996 e pela Resolução do CNE/CES n.09/2004 que possibilitam e incentivam a flexibilização do currículo dos atores jurídicos.

Quando da Lei de 11 de agosto de 1827, da criação dos dois cursos de Ciências Jurídicas e Sociais (Faculdades de direito de Olinda e de São Paulo) por D. Pedro I, foi adotado um currículo único para os cursos de graduação. Mas foi apenas com o advento da Lei no. 4024, de 20 de dezembro de 1961, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional é que se institui o sistema de

competências e definiu as autoridades que devem viabilizá-las (BASTOS, 1998, p. 227). Apenas através da Lei no. 5.40 de 1968 é que se adotou o currículo mínimo e a duração mínima para os cursos superiores, abandonando-se o currículo único para todos os cursos de direito.

Somente em 1996, por meio da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/1996), em seu artigo 53, é que se consagrou a autonomia das universidades em relação à formação curricular¹⁰. As mudanças atuais foram avalizadas com as indicações fornecidas pelo Parecer n. 776/97 da Câmara de Educação Superior (CES) do Conselho Nacional de Educação (CNE), que concluíram que a existência dos mínimos curriculares representava excessiva rigidez, não respeitando a autonomia universitária.

O Plano Nacional de Educação (PNE) foi introduzido pela Lei 10.172/2001. Restaram estabelecidos como objetivos e metas diretrizes curriculares que visam atender a necessidade das diferentes clientelas, respeitando as peculiaridades das regiões onde estão inseridas as instituições de educação superior, permitindo às mesmas a tornar flexíveis os programas de estudos.

Nesse marco, a Resolução CNE/CES 09/2004, representa a uma recente alteração legislativa no campo do ensino jurídico, e institui as diretrizes curriculares nacionais para os cursos jurídicos. Em seu artigo 4º estabelece as habilidades e competências mínimas a serem desenvolvidas nos alunos do curso de direito, dentre elas: a interpretação, pesquisa, utilização correta da terminologia jurídica, utilização de raciocínio jurídico de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica, julgamento e tomada de decisões, domínio de tecnologias e métodos e atuação adequada técnico-jurídica¹¹.

¹⁰ Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

- I - criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino;
- II - fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes (Lei n. 9.394/1996).

¹¹ Art. 4º. O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as seguintes habilidades e competências:

- I - leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico-jurídicas;

Ainda, a Resolução CNE/CES 09/2004, dividiu as habilidades e competências em três eixos: o Eixo de Formação Fundamental, que estabelece as relações do Direito com outras áreas do saber, como por exemplo, a Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia; o Eixo de Formação Profissional, abrangendo, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, incluindo-se necessariamente, conteúdos essenciais sobre Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional e Direito Processual e o Eixo de Formação Prática, objetiva a integração entre a prática e os conteúdos teóricos.

Apesar da possibilidade de construção de um currículo especialmente desenvolvido para estudantes de uma localidade específica, respeitando as características regionais e a problematização social local, as faculdades de direito resistem em montar um programa diversificado. Ainda, algumas matérias ocupam parte significativa da carga horária dos cursos, pois na maioria das instituições de ensino o eixo de formação profissional tem maior densidade de carga horária em relação às disciplinas dos demais eixos.

Segundo, Sampaio (2000), as disciplinas de carácter mais abstrato deveriam ser consideradas as disciplinas por excelência, visto que as mesmas seriam responsáveis pela formação de pensamento e de compreensão que os alunos deveriam alcançar. Entretanto, há uma inversão na maioria dos cursos de direito, as disciplinas que são consideradas importantes pelas universidades são as que têm como objeto de estudo um código específico, exemplo: Direito Comercial, Direito Penal, Direito Civil. (SAMPAIO, 2000, p. 61/62).

II - interpretação e aplicação do Direito;

III - pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito;

IV - adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;

V - correta utilização da terminologia jurídica ou da Ciência do Direito;

VI - utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica;

VII - julgamento e tomada de decisões; e,

VIII - domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito (CNE/CES 09/2004).

No mesmo sentido, Azevedo (1989) verifica a divisão entre as matérias propedêuticas e as de direito material ou processual e destaca a responsabilidade do positivismo jurídico para essa separação, pois para assegurar foros de cientificidade ao direito, transmutando-se em dissensão ou oposição as demais matérias (AZEVEDO, 1989, p. 19).

Parte do que ocorre com a hierarquização de algumas matérias em detrimento de outras pode ser explicada a partir de Bourdieu. A proposta de refletir o ensino jurídico a partir da noção de campo jurídico, com base na teoria desenvolvida por Bourdieu (2000), nos permite compreender as relações estabelecidas entre as disciplinas em alguns cursos de direito e sua posição hierárquica dentro dos currículos. O conceito de campo, neste caso, pode ser utilizado para definir o espaço de atividade social estruturado, hierarquizado e principalmente estruturado em seu interior. Assim, é possível verificar nas faculdades, dentro dos cursos de direito, a existência de um campo que consagra o esforço de grupos dominantes ou em ascensão para lograr uma representação oficial dentro do mesmo, impondo a sua visão do mundo e favorável aos seus interesses.

Para Bourdieu (2005) os indivíduos são dotados de *habitus* que, resumidamente, é algo adquirido, uma disposição, fruto das práticas sociais, que condicionam ou tendem a condicionar ou reproduzir comportamentos. Neste sentido cada indivíduo dentro do campo, luta pelo monopólio do capital simbólico, quanto maior capital tem o agente, melhor será sua posição dentro do campo. Os professores e as disciplinas que ministram disputam posições dentro das universidades, resultando num “jogo”, uma “luta” estabelecida pelo monopólio do saber. A rivalidade determina o próprio trabalho de legitimação e manutenção do campo:

Observamos que al interior del propio campo jurídico existe una división del trabajo que se determina mediante la rivalidad estructuralmente reglada entre los agentes y las instituciones comprometidas en ese campo [...] (BOUDIEU, 2005, p. 161).

Dentro das faculdades os profissionais lutam pelo monopólio do Direito, ou seja, pelo poder de dizer o que é Direito, de interpretar e de ocuparem posições hierárquicas superiores dentro do campo. Isto poderia explicar o fato de que

disciplinas como Direito Civil, Direito Penal, Direito do Trabalho, Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho destacam-se nos currículos de formação do curso de Direito em detrimento as demais matérias. A consequência do descaso para as disciplinas como Hermenêutica Jurídica, Sociologia, Antropologia e Filosofia conduzem à formação de atores jurídicos técnicos-burocratas:

[...] essa situação denota mais que uma lacuna importante no aprendizado jurídico. Ela é indicativa de que o ensino jurídico funciona como um sistema fechado em que gravitam os conceitos jurídicos, cultivados com elevado grau de abstração que os afasta dos dados sociais reais, a tal ponto que os juristas tornam-se prisioneiros do tecnicismo que engendra (AZEVEDO, 1989, p. 13).

Reproduzindo outro conceito da teoria de Bourdieu (2000), o da violência simbólica como forma de coação ou imposição determinada, fundada no discurso de legitimação, pode-se afirmar que os cursos de direito a reproduzem na medida em que não discutem seus currículos, nem a qualidade de ensino, apenas reproduzem a antiga escola dogmática. O trabalho jurídico está inscrito numa lógica de conservação, manutenção da ordem simbólica, através da sistematização e racionalização que impõem as decisões e as regras invocadas para justificar, outorgando o selo de universalidade (BOURDIEU, 2000, p. 212/213).

Além da problemática acima exposta, ainda há que se referir que a prova da Ordem dos Advogados do Brasil (obrigatória desde 1994, instituída através da Lei 8.906, parágrafo 4º, do Estatuto da Advocacia), exerce enorme pressão sobre os cursos de direito. Essa pressão é realizada na medida em que o resultado da aprovação dos alunos consiste em um termômetro para o mercado sobre a qualidade do curso oferecido. Há uma visibilidade relevante às faculdades de direito que mais aprovam no Exame da Ordem, e assim as instituições de ensino acabam por moldarem seus currículos com base na ordem de importância dada as matérias no referido exame.

Além disso, as habilidades exigidas pela prova da OAB diferem das competências exigidas pela LDB, mas as faculdades, em virtude da lei de mercado, adaptam-se as exigências do órgão de classe dos advogados. Não se discute a reestruturação dos currículos, apenas se reproduz o ponto de vista dos dominadores sobre o mundo social dentro do campo universitário. Apenas para

exemplificar, a prova da OAB difere e muito da prova do ENADE como se observa no quadro a seguir:

| Questão do ENADE Direito 2012 ¹² | Questão do XII Exame da OAB (Prova Branca) ¹³ |
|---|--|
| <p>Questão 16</p> <p>Poeminha sobre o trabalho Chego sempre à hora certa, contam comigo, não falho, pois adoro o meu emprego: o que detesto é o trabalho. Millôr Fernandes</p> <p>Três apitos Nos meus olhos você lê Que eu sofro cruelmente Com ciúmes do gerente Impertinente Que dá ordens a você. Noel Rosa</p> <p>Fábrica Quero trabalhar em paz Não é muito o que lhe peço Eu quero um trabalho honesto</p> | <p>Questão 74.</p> <p>Uma grande empreiteira vence a licitação para construção de uma hidrelétrica, mas, tendo dificuldade em arrematar trabalhadores em razão da distância até o canteiro de obras, resolve contratar estrangeiros em situação irregular no país, inclusive porque eles concordaram em não ter a carteira profissional assinada e receber valor inferior ao piso da categoria. A contratação, na hipótese apresentada, contempla um caso de:</p> <p>(A) trabalho proibido. (B) trabalho ilícito. (C) trabalho escravo. (D) trabalho válido.</p> |

³ Extraída da prova do Enade 2012 (ENADE, 2012)., http://download.inep.gov.br/educacao_superior/enade/provas/2012/07_DIREITO.pdf

⁴Extraída do XII exame da OAB (OAB, 2013).

Em vez de escravidão.

Renato Russo

A partir dos textos acima, avalie as afirmações que se seguem.

I. No trecho “gerente / Impertinente / Que dá ordens a você” do texto de Noel Rosa, há referência indireta a um dos elementos caracterizadores da figura do empregado, que, conforme os termos da legislação trabalhista vigente, é o pressuposto da subordinação.

II. No texto de Noel Rosa e no de Renato Russo, há referências a temas de ordem trabalhista e constitucional, especialmente ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito a um ambiente de trabalho equilibrado.

III. Todos os textos fazem referência a algum tema do Direito do Trabalho, como jornada e horário de trabalho, subordinação do empregado às ordens de quem representa a empresa e ambiente de trabalho equilibrado.

IV. O texto de Renato Russo apresenta viés histórico, porque erradicação do trabalho escravo e degradante já foi alcançada no Brasil.

É correto apenas o que se afirma em

A I.

-
- | | |
|-------------|--|
| B II. | |
| C I e III. | |
| D II e IV. | |
| E III e IV. | |

Conforme se verifica o da XII exame da OAB difere e muito da abordagem da prova do ENADE, apesar de ambas as provas estarem questionando acerca do Direito do Trabalho. A prova da OAB é objetivo, pergunta especificamente o conceito, já a prova do ENADE apresenta interdisciplinaridade, contexto literário e pensamento crítico.

Streck (2013) há muito aponta para a “standardização” do ensino jurídico, em que a prova da OAB reflete apenas a crise no ensino jurídico, decorrente de uma crise muito maior, a crise de paradigmas:

[...] ao passo que temos uma teoria do direito atrelada às metafísicas clássicas e modernas, que produz o entulhamento do sentido do direito, e ao mesmo tempo uma dogmática jurídica que cria obstáculos à realização das conquistas do Estado Democrático de Direito, reproduzindo conceitos atemporais e descontextualizados (STRECK, 2013, p. 24/25).

As provas da OAB, que habilitam o futuro advogado, estão reproduzindo profissionais sem capacidade crítica, pois estão fundadas em modelos pretéritos de ensino, continuando a reproduzir a supremacia do positivismo jurídico. O apelo cientificista do positivismo se identificava com os interesses da “burguesia urbana liberal” do país à época da criação da Escola do Recife e a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (São Paulo), (WOLKMER, 210, p. 170) e ao que parece até os dias de hoje o ensino jurídico no Brasil continuam a repetir a tradição normativista-formalista da dogmática jurídica.

Segundo Boaventura (2011) a cultura normativista está centrada em três ideias: de que o Direito é um fenômeno diferente dos fatos ocorridos em sociedade; uma concepção restrita do que é Direito; e uma concepção burocrática dos processos. (SANTOS, 2011, p. 83). Assim, a mudança dos currículos dos atores jurídicos começa com o repensar o processo de ensino, pois não se pode

continuar privilegiando a apenas a dogmática reproduzindo conhecimentos sem o devido processo crítico:

O desprezo ao método como forma de pensar, de ensinar e de aprender é uma das causas fundamentais do *anquilosamento*, não só do ensino jurídico, como também do processo interpretativo e do conhecimento da pragmática do Direito (BASTOS, 1989, p. 294).

O desafio principal do ensino jurídico, que passa pela ousadia na reformulação de seus currículos, é fomentar e preparar os atores jurídicos para que sejam críticos e não moldados nos saberes codificados e manualescos. As instituições de ensino devem abraçar o compromisso da formação profissional humanística, com propostas pedagógicas de ensino bem definidas, comprometida com as peculiaridades regionais. Assim, possibilitando a formação de juristas capazes de desenvolver posicionamentos críticos que os permitam desempenharem um papel transformador na sociedade.

3 A ALIENAÇÃO DO PROCESSO ENSINO APRENDIZAGEM

O ensino jurídico no Brasil continua a reproduzir o paradigma dogmático, e a concepção de ciência de verdade à luz do positivismo. Em geral os professores reproduzem planos de ensino feitos com base em manuais. Afastou-se do processo ensino-aprendizagem a emoção, a criatividade, como se não fizessem parte do universo do Direito, nas palavras de Herkenhoff (2001, p.51), corre-se o risco de transformar o Direito em uma ilha da completa alienação.

O corpo docente, da maioria das faculdades de Direito, formou-se nos dogmas do positivismo, na certeza jurídica, assim preocupam-se em reproduzir o que aprenderam acerca da autonomia do ordenamento jurídico e sua lógica. O ensino criativo, estimulante e desafiador não tem lugar na inflexibilidade dos programas pedagógicos, os docentes continuam reféns da estrutura dogmática.

Warat (1990) propôs uma reformulação do ensino jurídico a partir do surrealismo e da carnavalização. Em seus aportes demonstrou a importância da afetividade no processo ensino. Ainda, o surrealismo, na proposta de Warat seria uma “estratégia discursiva que desperta, através do apelo ao fantástico, o estado latente de nossos desejos singulares” (WARAT, 1990, p. 40). A proposta

pedagógica ou a sua instigação está no retorno do sentir, da criatividade ao processo de ensino e o despertar para o pensamento crítico que subvertia a legitimação dos discursos acadêmicos:

Particularmente adiro aos pensadores que não aceitam a distinção entre cultura erudita e popular. Prefiro falar, por um lado, de uma cultura oficial, conformista e repressiva e, por outro lado, de um campo cultural de resistência, altamente subversivo e fortemente direcionado à formação dos sujeitos singulares, autônomos. (WARAT, 2002, p. 64).

A cultura normativista do ensino jurídico trabalha os futuros juristas para acreditarem no oficial dos cientistas e seus discursos legitimados que, podem ser competentes para compreender o que é Direito, mas acabam por serem incompetentes para compreenderem e interpretar a realidade, constituindo-se em peças de ideias dominantes (SANTOS, 2011, p. 85). Os juristas não capazes de compreenderem a sociedade saem das faculdades de direito alienados, com a ilusão de que as respostas para os problemas do mundo encontram-se nos códigos. A obrigatoriedade da resposta correta do modelo da modernidade persegue os atores jurídicos que diante da transmodernidade (termo adotado por Warat), se sentem perdidos quando o desempenho de seus papéis no mundo.

O ensino jurídico ainda está formado na receita da modernidade, uma estética fundamentalmente racional, ordenada, com a presença de um padrão desigual de probabilidades que possibilita a manipulação das mesmas. O trabalho do intelectual moderno, que Bauman nomeia como “legislador”, consiste em reproduzir afirmações autorizadas e autoritárias. Já o intelectual pós-moderno, denominado “intérprete”, está inserido numa ordem que não precede às práticas, não podendo servir como medida externa da sua validade. Há um abandono das pretensões universalistas e de não certezas (BAUMAN, 2010, p. 18/19).

Portanto, o curso de direito deve formar profissionais conscientes, enquanto cidadãos, de suas e capazes de interpretar e criticar a realidade, não moldados no modelo do mero aplicador da lei, que acredita o que não está nos autos não está no mundo. As instituições de ensino devem comprometer-se com os desafios complexos da contemporaneidade, buscando formar profissionais com consciência da desigualdade social do país, capaz de estabelecer relação dialógica com a cidadania e o reconhecimento de direitos (SANTOS, 2011, p. 85).

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e a Resolução CES-CNE nº 09/2004, instituíram as habilidades a serem desenvolvidas dentro do eixo de formação prática, bem como criaram a obrigatoriedade dos estágios supervisionados através dos Núcleos de Prática Jurídica. Os estágios supervisionados, quando efetivamente implantados pelas faculdades, aproximam a realidade social dos alunos e promovem a cidadania.

A complexidade das relações humanas dificilmente encontra-se narradas em manuais, o aluno dispõe no Núcleo de Prática a oportunidade de expandir seus conhecimentos para além do d

Direito positivado. A criação de Núcleos de Prática Jurídica pode ser um salto qualitativo no ensino jurídico direcionado por um novo conjunto de conhecimentos, possibilitando a formação crítica humanísticas dos atores jurídicos preparando-os para os desafios da contemporaneidade.

4 A CULTURA DO LITÍGIO

As instituições de ensino jurídico, além de formarem um jurista apegado à norma, alienado em relação ao seu papel na sociedade, e não ousarem em seus programas pedagógicos cultuam o litígio, deturbando o conflito. Baseiam a formação acadêmica na cultura do litígio, na adversidade, os problemas devem ser resolvidos pelo Judiciário. Um terceiro (juiz e/ou árbitro) é quem tem a responsabilidade de decidir pelas partes.

Essas intenções de judicializar todos os conflitos e acreditar que o Estado, através do Judiciário, pode fornecer a melhor resposta são muito comuns nos atores jurídicos. Os profissionais do direito estão habituados a pensar segundo uma lógica dialética aristotélica. Trata-se da lógica do silogismo, por exemplo, vencedor/vencido ou culpado/inocente. Sendo assim, trata-se do culto à adversariedade que permeia nosso sistema jurídico, visto que tudo tem que acabar em judicialização, bem como da crença por parte da sociedade que espera uma solução de pacificação social advinda do Estado.

Salienta Keppen (2009, p. 40) que, “depois de formados, os profissionais saem com a mente formatada para o litígio, como se saíssem de uma academia

vale-tudo”. Os atores jurídicos não estão acostumados a tentar buscar outras soluções para os problemas, eis que toda a sua formação jurídica os prepara para o embate, para a luta de vencer tecnicamente o oponente, exatamente em razão da lógica dialética.

Na modernidade, os intelectuais, dotados de certezas, podiam facilmente convencer a sociedade que o conhecimento se multiplicava, assim como as respostas. Na contemporaneidade, entretanto, multiplicam-se as perguntas e, quando a ciência nos revela algo, essa certeza é provisória¹⁴. Assim, a modernidade criou a ilusão de que para todos os problemas existe uma solução fornecida, externa. Por consequência, trata-se de uma desobrigação do indivíduo em enfrentar, por si mesmo, os conflitos da vida.

O conceito jurídico do conflito como litígio apresenta uma visão negativa, pois os juristas são ensinados a litigar, resistir, encontrar respostas dentro de um processo, onde não há espaço para alternativas. Há resistências por parte dos alunos e das instituições de ensino em vislumbrar o Direito além da cultura do litígio, bem como admitir que as respostas do judiciário nem sempre fossem satisfatórias. No Judiciário, quando o juiz sentencia ele decide, sob uma linguagem binária, decretando vencedores e vencidos. Parte-se do pressuposto de que as partes necessitam de um terceiro com poder de resolver seus problemas já que as mesmas, supostamente, não têm condição de fazê-lo.

Ocorre que o universo de problemas e sentimentos das partes nem sempre são passíveis de serem matéria da tutela jurisdicional ou a melhor solução está em constituir uma relação litigiosa. Santos (2011, p. 84) denuncia essa cultura generalista das instituições de ensino, que priorizam a formação fundada na ideia

¹⁴ Como ressalta Bauman (2010), a Pós-modernidade que depois foi chamada de “Modernidade Líquida” carece da autoconsciência característica da modernidade. “A partir da perspectiva pós-moderna, o episódio da modernidade parece ter sido, mais que qualquer outra coisa, a era da certeza. Isso acontece porque a mais pungente das experiências pós-modernas é a falta de autoconfiança. Talvez seja discutível se os filósofos da Era Moderna alguma vez enunciaram, para a satisfação de todos, os fundamentos da superioridade objetiva da racionalidade, da lógica, da moralidade, da estética, dos preceitos culturais, das regras de vida civilizada etc. ocidentais. Contudo, o fato é que eles nunca deixaram de procurar esse enunciado e quase nunca pararam de acreditar que a busca teria – devia ter – sucesso” (BAUMAN, 2010, p. 167). O que nos difere da Modernidade é não ter a ilusão de se alcançar um Estado perfeito ou uma sociedade justa (BAUMAN, 2001, p. 37).

de que somente o magistrado tem competência para resolver litígios, e de que, pelo mesmo motivo, tem competência para decidir todos os tipos litígios.

Portanto, os atores jurídicos tem uma visão restrita e limitada acerca do Direito, desconhecem os meios alternativos de resolução de conflitos. O processo de ensino tradicional privilegia, ainda, a solução de conflitos adversarial jurisdicionada, vendo o conflito de forma negativa e destrutiva. Para uma nova formação acadêmica, adequada principalmente frente a crise do judiciário, necessita-se abandonar essa cultura, estabelecendo um novo olhar para os conflitos¹⁵.

Cultuar o litígio é reproduzir a crença de que a representação própria do Direito está dentro do espaço judicial, separado e delimitado. O conflito das partes deve ser traduzido em diálogo de expertos, fazendo-se crer que os atos jurídicos são aplicações livres e racionais de uma norma universal e cientificamente fundada (BOURDIEU, 2000, p. 183/185).

Ao contrário do formalismo e do culto ao litígio, a mediação se concretiza através da pluralidade de formar, em que não há o mesmo rigorismo e os fatos da vida podem ser objetos de apreciação, pois quem delimita o conteúdo do diálogo são os envolvidos e não o mediador. Fabiana Marion Spengler e Theoblado Spengler afirmam que os atores jurídicos resistem em utilizar a mediação elencando como uma das causas dessa resistência a problemática da verdade consensual que se opõe a verdade processual, ou seja, de uma responsabilidade que não desemboca em uma sanção, mas de livre escolha das partes. (SPENGLER, 2009, p. 157).

Ainda, se as habilidades e competências a serem atingidas pelos alunos ao final do curso, conforme as alterações introduzidas pela Lei n. 9.394/1996 e pela

¹⁵ Como ressalta Bauman (2010), a Pós-modernidade que depois foi chamada de “Modernidade Líquida” carece da autoconsciência característica da modernidade. “A partir da perspectiva pós-moderna, o episódio da modernidade parece ter sido, mais que qualquer outra coisa, a era da certeza. Isso acontece porque a mais pungente das experiências pós-modernas é a falta de autoconfiança. Talvez seja discutível se os filósofos da Era Moderna alguma vez enunciaram, para a satisfação de todos, os fundamentos da superioridade objetiva da racionalidade, da lógica, da moralidade, da estética, dos preceitos culturais, das regras de vida civilizada etc. ocidentais. Contudo, o fato é que eles nunca deixaram de procurar esse enunciado e quase nunca pararam de acreditar que a busca teria – devia ter – sucesso” (BAUMAN, 2010, p. 167). O que nos difere da Modernidade é não ter a ilusão de se alcançar um Estado perfeito ou uma sociedade justa (BAUMAN, 2001, p. 37).

Resolução do CNE/CES n.09/2004, passam por uma formação humanística e crítica o surgimento de um novo paradigma jurídico-cultural, voltado para os direitos humanos e cidadania, pode fazer da mediação uma das respostas possíveis para a humanização das relações com o outro (WARAT, 2001, P. 163).

5 A MEDIAÇÃO COMO POSSIBILIDADE DE TRANSFORMAÇÃO

Diante do atual panorama de crise de formação dos atores jurídicos é fundamental que se repense o ensino jurídico, fazendo-se imperativo um novo olhar acerca do Direito. Warat (1998, p 11), propôs a Ecologia do Direito, que realizaria a mudança na qualidade de vida das partes envolvidas. O autor permite que a mediação seja elevada a outra categoria, que não a simples prática de resolução de conflitos e cumpra um papel fundamental na ecologia do Direito: “a mediação deve ser encarada como atitude geral diante da vida, como uma visão de mundo, um paradigma ecológico e um critério epistêmico de sentido”. (WARAT, 1998, pg. 05).

A mediação pode constituir uma possibilidade de transformação para o jurista brasileiro, a começar pela mudança em relação à aproximação dos afetos, dos sentimentos para o processo de ensino. O mediador conhece o sentir dos envolvidos, não havendo a necessidade da tradução de discursos, pois tudo o que é dito e não dito é importante para o processo de transformação do conflito.

Na sala de aula o aluno não tem espaço para colocar seus sentimentos e a linguagem correta é a linguagem jurídica, e o professor em geral despreza a afetividade dentro do processo de ensino-aprendizagem. Nele, o professor desempenha um papel de dominação perante os alunos, há uma hierarquia, ao contrário do que ocorre na mediação. O mediador não desempenha um papel de dominação, ele está para auxiliar as partes a transformarem seus conflitos, o que significa em termos de desafio pedagógico uma quebra de paradigmas:

A mediação enquanto novo e grande paradigma, como pedagogia que ajuda a aprender a viver, é um novo paradigma, específico da produção de Direito (agora entendido como pedagogia que ajuda a aprender a viver e não mais como lei que pune o que considera conflitivo) (WARAT, 2001, p. 68).

Assim, o mediador desenvolve uma função importante de diálogo entre seus membros, a fim de construir alternativas satisfatórias a todos. Inspirado na mediação, esse seria o papel do professor em sala de aula, o de promover, oportunizar a autonomia dos alunos tornando-os também conscientes e responsáveis pela construção do saber:

Se ampara en una visión notoriamente constructiva de las oportunidades concurrentes en cualquier situación conflictiva y, a la vez, esperanzada con respecto a las capacidades de los seres humanos para liderar responsablemente su existencia (BOQUÉ TORREMORELL, 2003, p. 29).

Na mediação há uma distribuição de poder, se busca a ampliação da consciência de que não há uma resposta fechada e fornecida por um terceiro, a transformação dos conflitos emerge do empoderamento dos mediados, tornam-se conscientes da responsabilidade que lhes cabe quanto essa transformação.

Portanto, por não ter a exigência da resposta correta, a mediação valoriza a formação interdisciplinar, ou seja, não se tem a preocupação de afastar a ciência do Direito das demais ciências. Neste sentido, a interdisciplinaridade nos currículos dos atores jurídicos é fundamental para a formação plena, a fim de que possibilite ao aluno estar preparado para desempenhar um papel de transformação na sociedade, com posicionamento crítico e humanístico, refutando a cultura do litígio, considerando as formas alternativas de resolução de conflitos. Assim, nas palavras de Warat:

A partir da ecologia política temos que coincidir no sentido de que a mediação não é só uma nova profissão, uma técnica jurídica de resolução não adversarial de disputas. Suas incidências são ecologicamente exitosas como estratégia educativa, como realização política da cidadania, dos direitos humanos e da democracia, assim um dever de subjetividades que indicam uma possibilidade de fuga da alienação. (WARAT, 1998, pg. 06/07).

Desse modo todos os envolvidos no processo pedagógico devem estar conscientes da importância da interdisciplinaridade curricular, a fim de formar profissionais, com visão ampla, habilitados, portanto para intervirem nos conflitos de forma comprometida, atentos às transformações sociais.

Uma das principais mudanças de postura que a mediação nos coloca em relação ao processo judicial é a valorização do Outro. Na mediação eu vejo o Outro não como adversário, não há vencidos e vencedores, há uma promoção de diálogos, troca e construção. No processo judicial é exatamente o contrário,

busca-se diminuir o outro, desvalorizar os discursos, os argumentos, o diálogo é dirigido a um terceiro.

As histórias dos indivíduos envolvidos no processo de mediação faz pensar sobre a atual crise civilizatória e a tentativa de encontrar algum tipo de resposta. Para Warat, a resposta filosófica seria a autonomia centrada na alteridade, para que os indivíduos possam ser “solidários e diferentes” (2004, p. 251). De fato, pensar que, ao mesmo tempo em que o ser humano é o mecanismo gerador de conflitos, pode ser também a resposta que traz a esperança.

A mediação é a janela de transformação na formação dos atores jurídicos, é um olhar para alteridade, para a construção conjunta para solução dos conflitos, a percepção de justiça é a promoção de qualidade de vida para todos envolvidos. O ensino-aprendizagem dos cursos de direito devem transformar e não apenas formar juristas, a valorização dos sentimentos durante o processo humanizam a aprendizagem e por consequência o indivíduo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O jurista brasileiro não está preparado para responder os desafios da pós-modernidade (ou contemporaneidade) e para desempenhar um papel transformador na sociedade. Os currículos dos cursos de Direito seguem engessados, apesar das mudanças inseridas pelas da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei Federal n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996) e a Resolução CES-CNE, nº 09 de setembro 2004.

O ensino jurídico tornou-se estandardizado, reproduzindo um conhecimento isolado, na tentativa de concretizar os ideais do positivismo. Afastou-se a interdisciplinaridade do Direito com das ciências não jurídicas. Ocorre que a complexidade do mundo contemporâneo não encontra resposta em totalidade no Direito positivado e muito menos em manuais.

Por outro lado, instituições de ensino jurídico persistem na cultura do litígio que contamina o processo de ensino-aprendizagem, não possibilitando que os futuros bacharéis vejam soluções além do judiciário. As decisões judiciais

impostas, fundadas na ideia de que somente o magistrado tem competência para resolver litígios.

Para formarem profissionais conscientes, enquanto cidadãos, autônomos, responsáveis, não alienados da realidade social, as instituições de ensino devem comprometer-se com os novos desafios da contemporaneidade. O perfil dos atores jurídicos deve abarcar uma formação humanística e axiológica, com uma postura reflexiva e de visão crítica, como idealiza a Resolução CES-CNE nº 09/2004.

O ensino do Direito exige conceitos de outras esferas do conhecimento, o processo de ensino-aprendizagem devem valorar os sentimentos, e as salas de aula devem ser um espaço em que docentes e discentes se conheçam. O valorar o outro, o reconhecer as diferenças aprofundam o processo pedagógico e transformam os indivíduos. A mediação e seus ensinamentos proveem esse salto qualitativo, constroem-se pontes entre as pessoas e propõe uma pedagogia pautada na interação social capaz de promover a autonomia dos envolvidos no processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, P. F. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989.

BASTOS, A. W. **O ensino jurídico no Brasil**. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 1998.

BAUMAN. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2001.

_____. **Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BOQUÉ TORREMORELL, M. C. **Cultura de Mediación y Cambio Social**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2003.

BOURDIEU, P. Elementos para una sociología del campo jurídico, en Bourdieu, P. y Teubner, G., **La fuerza del derecho**. Bogotá: Uniandes, 2000.

_____. **O poder simbólico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BRASIL. **Lei 10.172/2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm>. Acesso em: 23 jul 2014.

_____. **Resolução CNE/CES n. 9/ 2004**. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf>. Acesso em: 23 jul 2014.

BRASIL. **ENADE**. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/enade>>. Acesso em: 28 jul 2014.

_____. **Prova 2012**. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_superior/enade/provas/2012/07_DIREITO.pdf>. Acesso em: 28 jul 2014.

HERKENHOFF, J. B. **Para onde vai o Direito? Reflexões sobre o papel do Direito e do Jurista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

KEPPEN, L. F. T.; MARTINS, N. B. **Introdução à resolução alternativa de conflitos**. Curitiba: J.M Jurídica, 2009.

MORAIS, J. L. B. de; SPENGLER, F. M. **Mediação e Arbitragem. Alternativas à Jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

OAB. **Exame da Ordem**. Disponível em: <http://download.uol.com.br/educacao/oab/provas/OAB_XII_Exame_Prova_branca.pdf>. Acesso em: 28 jul 2014.

SAMPAIO, R. G. **Crise ética e a Advocacia**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000.

SANTOS, B. S. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed., São Paulo: Cortez, 2011.

SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, T. A mediação como alternativa no tratamento de conflitos: por uma cidadania autônoma e responsável. In: LEAL, M. C. H. **Trabalho, constituição e cidadania: reflexões acerca do papel do constitucionalismo na ordem democrática**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2009. pp. 149-185.

STRECK, L. L. **Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

WARAT, L. A. **Em nome do acordo. A mediação no Direito**. Florianópolis: Almed: 1998.

_____. **Manifestos para uma ecologia do desejo.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1990.

_____. **Introdução Geral ao Direito II. A epistemologia jurídica da modernidade.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 2002.

_____. **Introdução Geral ao Direito III. O Direito não estudado pela teoria jurídica moderna.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 1997.

_____. **O ofício do Mediador.** Florianópolis: Habitus, 2001.

_____. **A Rua Grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia.** Tradução e Organização: ASSIS, V. A.; MARCELLINO JR., J. C.; ROSA, A. M. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

**VALORIZAÇÃO SELETIVA DE DISCIPLINAS NO CAMPO ACADÊMICO
JURÍDICO: MECANISMO E RESULTADO DA REPRODUÇÃO DO *HABITUS*
HEGEMÔNICO**

Airon Caleu Santiago Silva,

RESUMO: Estudo sobre a valorização seletiva de algumas disciplinas no campo acadêmico jurídico como mecanismo e resultado da reprodução do *habitus* hegemônico em um curso de direito na cidade de São Luís (MA). Apresentam-se os conceitos de campo social, *habitus* hegemônico, capitais, dominação e violência simbólicas dentre outros, que serviram de base epistemológica à pesquisa de campo. Discute-se, com base nos dados obtidos na pesquisa, de que forma o *habitus* hegemônico do curso de Direito estudado se manifesta e se reproduz, tomando-se como base o fenômeno da valorização seletiva de determinadas disciplinas pelos estudantes, como efeito da violência simbólica levada a cabo pelos agentes dominantes do campo estudado.

PALAVRAS-CHAVE: Campo acadêmico jurídico; Dominação e violência simbólicas; *Habitus* hegemônico.

1 INTRODUÇÃO

Realizei esta pesquisa no âmbito de um curso de Direito de uma instituição de ensino superior localizada em São Luís (MA) que, doravante, será chamada apenas de Curso.

Certos acontecimentos costumam ser recorrentes nas turmas do referido Curso jurídico e, de fato, uns acabam incitando mais a curiosidade de um observador atento do que outros. A saber, um professor entrar em uma sala de aula e dar sua aula, sem grande participação dos alunos pode parecer comum, apesar de ter valor a análise sociológica deste evento; por outro lado, casos em que o professor utiliza frases como “vocês precisam estudar”, “se vocês não assistirem às aulas não serão aprovados na cadeira” e afins acabaram me chamando muito mais atenção, haja vista tal comportamento estar geralmente associado a uma maior valorização da disciplina em detrimento de outras.

No dia-a-dia do Curso de uma determinada faculdade de direito observou-se um maior grau de importância (no sentido de que os alunos vão às aulas, estudam mais e com mais antecedência, preocupam-se mais e afins) dado por parte dos alunos a determinadas disciplinas. Dessa forma considere interessante saber por qual motivo algumas disciplinas são mais valorizadas que outras.

Dessa forma, pretendo verificar o motivo determinante dessa maior valorização bem como o porquê de a valorização se dar sobre algumas disciplinas e sobre outras não. Para este fim, pretendo abordar o funcionamento dos campos sociais, bem como a função dos capitais, *habitus* etc. nestes segundo a teoria de Pierre Bourdieu, bem como objetivo identificar pelo menos em parte em que consiste o *habitus* hegemônico no campo acadêmico jurídico da instituição de ensino superior objeto do estudo aqui realizado, perpassando também a questão da dominação e violência simbólicas utilizadas para o fim de reprodução do *habitus* hegemônico.

Tal discussão tem base em entrevistas feitas aos alunos e professores, questionários aplicados, observações de campo das atividades acadêmicas em geral e análise da estrutura curricular, bem como na teoria bourdiana.

2 ESPAÇO SOCIAL: CAMPO, CAPITAIS, *HABITUS*.

De fato, a teoria a respeito do espaço social desenvolvida por Pierre Bourdieu opera uma série de rupturas com a até então predominante teoria marxista. Sem dúvidas, a principal é a “ruptura com o economicismo que leva a reduzir o campo social, espaço multidimensional, unicamente ao campo económico, às relações de produção económica constituídas assim em coordenadas da posição social” (BOURDIEU, 2010, p. 133). Bem como rompeu com visões (objetivismo, por exemplo) que levavam o pesquisador a ignorar a existência das lutas simbólicas no seio dos diferentes campos “nas quais está em jogo **a própria representação do mundo social** e, sobretudo, a **hierarquia no seio de cada um dos campos e entre os diferentes campos**”. (BOURDIEU, 2010, p. 133, grifo nosso).

Para Bourdieu, o espaço social pode ser entendido como um espaço composto por várias dimensões (em outras palavras, por campos), construída “na base de princípios de diferenciação ou de distinção ou de distribuição constituídos pelo conjunto de propriedades que actuam no universo social considerado, quer dizer, apropriadas a conferir, ao detentor delas, força ou poder neste universo” (BOURDIEU, 2010, p. 134). Ou seja, o espaço social e as posições¹⁶ ocupadas por aqueles que atuam nos distintos campos deste espaço são situadas conforme a relação que possuem com os demais agentes do campo, afinal é para isso que servem os “princípios de diferenciação ou de distinção”, só se pode ser diferente em relação a outrem. Tais princípios situam os agentes no campo e, de certa forma, instrumentalizam o que se pode chamar de capital hegemônico do campo, afinal o que forma estes princípios é o “conjunto de propriedades”, ou melhor, os capitais que, caso sejam hegemônicos, acabam por dar poder e força ao agente no campo social situando-o em uma posição hierárquica superior à dos agentes diferentes dele.

Em Bourdieu os Campos sociais são “mercados para capitales específicos en los cuales los agentes piensan y actúan em función de, por y para sus recursos propios en las diferentes variedades de capital” (CHAUVIRÉ; FONTAINE, 2008, p. 15). O *habitus*, por sua vez, construído no seio de cada campo e orientador das ações dos agentes nestes campos,

produz as práticas, individuais e coletivas, portanto, da história, conforme os esquemas engendrados pela história; ele garante a presença ativa das experiências passadas que, depositadas em cada organismo sob a forma de esquemas de percepção de pensamento e de ação, tendem, de forma mais segura que todas as regras formais e que todas as normas explícitas, a garantir a conformidade das práticas e sua constância ao longo do tempo. (BOURDIEU, 2013_a, p. 90).

De certa forma, o *habitus*, então é a internalização da objetividade do mundo real. O agente acaba por internalizar as práticas reiteradas dos seus semelhantes (de sua mesma classe – no sentido de classificação, posição hierárquica em determinado campo social. Não no sentido marxista de classe

¹⁶ “O conhecimento da posição ocupada neste espaço comporta uma informação sobre as propriedades intrínsecas (condição) e relacionais (posição) dos agentes. Isso vê-se particularmente bem no caso dos ocupantes das posições intermédias ou médias que, além dos valores médios ou medianos das suas propriedades, devem um certo número das suas características mais típicas ao facto de estarem situadas *entre* os dois pólos do campo, no ponto *neutro* do espaço, e de oscilarem entre as duas posições extremas”. (BOURDIEU, 2010, p. 136).

enquanto grupo organizado e consciente direcionado para determinado fim), sendo que tais práticas internalizadas acabam por orientar as suas tomadas de posição¹⁷ perante diversas situações, ou seja, o *habitus* é composto por princípios de visão, de compreensão da realidade.

Importante ainda considerar que, para Bourdieu, o espaço social é construído por forças atuantes, ou seja, é um campo de forças, um campo de relações de forças objetivas. Dessa forma, quem ingressa no campo estaria de um jeito ou de outro sujeito a estas forças não podendo simplesmente ignorá-las, pois sempre estará recebendo influências do espaço mesmo quando pretender ir contra o *habitus* hegemônico (BOURDIEU, 2010). Segundo o referido autor, essas “propriedades actuantes, tidas em consideração como princípios de construção do espaço social, são as diferentes espécies de poder ou de capital”. (BOURDIEU, 2010, p. 134).

O capital, por sua vez, possui quatro principais tipos, os quais são destacados na teoria bourdiana: econômico, cultural, social e simbólico. O primeiro diz respeito às riquezas materiais do agente; o segundo pode ser apreendido na forma de conhecimentos incorporados, na forma de capital objetivado, a saber, esculturas, quadros e afins ou na forma de capital institucionalizado, por exemplo, diplomas, certificados etc.; o terceiro se refere ao capital obtido através das relações interpessoais, em outros termos, é capital advindo dos contatos, amizades, relações etc.; o último diz respeito ao prestígio que se dá a determinado capital dentro de determinado campo, ou seja, quem detiver o capital hegemônico de certa forma possuirá o capital simbólico, é relação de prestígio dado a um detentor de determinados capitais, é fruto de reconhecimento por parte de terceiros. (CHAUVIRÉ; FONTAINE, 2008). Tal conceito é importante, pois

As espécies de capital, à maneira dos trunfos do jogo, são poderes que definem as probabilidades de ganho num campo determinado (de facto, a cada campo ou subcampo corresponde uma espécie de capital particular, que ocorre, como poder e como coisa em jogo neste campo). Por exemplo, o volume do capital cultural [...] determina as probabilidades agregadas de ganho em todos os jogos em que o capital

¹⁷ Tomadas de posição são orientadas pelas disposições (*habitus*). Estas, por sua vez, “fornecem um acervo de recursos latentes, na forma do que Bourdieu chama de ‘esquemas gerativos’, aos quais se pode recorrer quando as circunstâncias o exigirem”. (STONES, 2010, p. 99).

cultural é eficiente, contribuindo deste modo para determinar a posição no espaço social [...]. Pode-se assim construir um modelo simplificado do campo social no seu conjunto que permite pensar a posição de cada agente em todos os espaços de jogo possíveis (dando-se por entendido que, se cada campo tem a sua lógica própria e a sua hierarquia própria, a hierarquia que se estabelece entre as espécies do capital e a ligação estatística existente entre os diferentes haveres fazem com que o campo econômico tenda a impor a sua estrutura aos outros campos. (BOURDIEU, 2010, p.134-5).

Fora isso, dentro desses campos há sempre lutas para se alcançar a posição hegemônica, sendo que quem possuir em maior quantidade o capital (cultural, social ou econômico) mais valorizado dentro deste campo ocupará a posição de maior hierarquia no mesmo, podendo até mesmo, de certa forma, alterar os capitais valorizados no campo, bem como o *habitus* hegemônico deste (através de um processo de diferenciação progressiva o agente poderá ascender na hierarquia do campo), mesmo estes últimos tendendo a se reproduzir de forma tão veemente, como já visto.

Essa predominância de quem ocupa a posição hegemônica sobre aqueles hierarquicamente inferiores a ele, pode ser chamada de dominação simbólica. Conceito estruturalmente ligado à ideia de capital simbólico já abordada, consiste no reconhecimento da dominação por parte de um agente sobre outros, tal reconhecimento se dá por conta da quantidade e qualidade de capital que o agente hierarquicamente superior possui em relação aos demais. Tal noção será abordada de forma mais profunda adiante.

Em suma, entende Bourdieu que, enquanto o campo social é a história feita coisa, o *habitus* é a história feita corpo, ou seja, enquanto um é estrutura estruturada, o outro é estrutura estruturante, isto é, que não é apenas construída (posta), mas que também constrói a ação e a reação do agente frente à diversas situações, o orienta para agir de determinada forma, como um princípio gerador da conduta do agente. Dessa forma, “o *habitus*, como conjunto de esquemas interiorizados, é esse espaço intermediário [...] que permite passar, nos dois sentidos, das estruturas determinadas ao longo do trabalho de organização do *corpus* às ações de um ator singular e à experiência que ele adquire”. (BOLTANSKI, 2005, p. 160).

3 O *HABITUS* HEGEMÔNICO DE UM CURSO JURÍDICO E SUA REPRODUÇÃO

Através das observações de aulas e entrevistas com professores e alunos, percebi um padrão do que poderia ser considerado um “bom aluno”. Tal padrão geralmente se aplica mais àquelas disciplinas tidas como “mais difíceis”, isto porque é nelas em que o ônus por não reproduzir tais condutas parece ser maior ou, pelo menos, mais evidente.

Costuma-se exigir do “bom aluno” que ele preste muita atenção nas aulas, ou seja, que *a priori* esteja presente e que, estando presente, preste atenção, copie, pergunte, enfim, que tenha uma série de condutas que, pelo menos, demonstrem que ele está ali para aprender.

Requer-se também que o aluno estude muito para estas disciplinas, de preferência desde o começo do período (sendo que o mesmo, por razões óbvias – como falta de tempo dedicado, cansaço – não acontecerá em relação às outras disciplinas menos valorizadas).

Quando arguidos a respeito de algo, espera-se que os alunos respondam e que respondam corretamente e de forma completa, a fim de demonstrarem que sabem e que estão estudando desde já e não apenas nas vésperas das provas. Sendo que o mesmo ocorre nas provas, ou seja, as respostas dos alunos às questões, serão melhores quanto mais exaurientes forem (embora excesso de rodeios possam ser entendidos como “enrolação”). Ou seja, essa característica do *habitus* hegemônico retrata uma exigência por um nível de capital cultural (principalmente o incorporado) elevado e, diga-se de passagem, um capital cultural correspondente ao que o detentor da posição hegemônica (o professor da disciplina valorizada) considera válido.

Por outro lado, existem aqueles que, além de todas essas exigências voltadas ao capital cultural, exigem do aluno coisas como, vestimenta adequada, postura adequada (por exemplo, forma de sentar na cadeira), dentre outras exigências.

Tendo introduzido tal ideia, convém agora identificar algumas características, mais especificamente quanto às preferências e visões dos alunos

a respeito da faculdade de direito, obtidas através da aplicação de questionário para alunos do curso jurídico estudado, bem como a perspectiva de alguns professores em relação aos alunos.

3.1 Identificação das posições no campo acadêmico jurídico

Para o fim de identificação da estrutura (mais especificamente a posição social dos agentes) do campo aqui estudado, convém considerar as visões e princípios de classificação dos agentes do campo e o que é considerando importante no mesmo para o fim de situar os agentes. Para tal fim, *a priori*, parece medular considerar os capitais mais relevantes, bem como identificar pormenorizadamente em que consiste o capital simbólico neste espaço social.

De fato, o capital cultural é importante no campo acadêmico jurídico, bem como demonstrado por Bourdieu (2013_b), porém, parece que o capital simbólico possui especial relevo nesse campo, talvez até maior do que o cultural, afinal a posição ocupada pelo agente no campo, como já dito, é relacional.

Para esse fim, é importante conhecer as visões e o que recebe maior valor no campo por parte daqueles que estão bem abaixo na hierarquia social do campo em questão (assim pode-se identificar como se dá o capital simbólico que os professores detêm e porque uns têm mais do que outros), a saber, os alunos.

Quando questionados sobre a área dos estudos jurídicos com que mais se identificam, 26 alunos preferiram as disciplinas Fundamentais (Antropologia, História do Direito, Sociologia, Filosofia, Ciência Política etc.); 55 preferiram as disciplinas Profissionalizantes (Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Penal, Direito Processual etc.); e apenas 6 alunos preferiram as disciplinas Práticas (estágio). Ou seja, aproximadamente, 29,88% dos alunos preferem disciplinas fundamentais, 63,21% preferem disciplinas profissionalizantes e 6,89% dos alunos preferem as disciplinas práticas. Com isso, embora seja evidente a preponderância daqueles que preferem disciplinas profissionalizantes, nota-se um bom número de alunos que preferem disciplinas fundamentais. Talvez isto seja devido ao fato de que os questionários foram aplicados preponderantemente em alunos que estavam cursando até o 6º período ou talvez pelo fato de que

geralmente as disciplinas fundamentais serem tratadas costumeiramente como mais fáceis por alguns alunos ou por outro motivo qualquer.

Os alunos do curso jurídico foram questionados também sobre que matérias preferem, uma primeira preferida e uma segunda. Dessa forma, considerando a primeira matéria preferida, 9 escolheram Sociologia, 12 preferiram Introdução ao Estudo do Direito, 5 optaram por Ciências políticas, 5 preferiram Economia Política, 4 escolheram Filosofia, 1 preferiu Antropologia, 1 optou por História do Direito, 7 preferiram Direito Civil, 11 preferiram Processo Civil, 14 preferiram Direito Penal, 7 escolheram Direito Constitucional, 2 preferiram Direito do Trabalho, 3 optaram por Direito Ambiental, 1 preferiu Direito Eleitoral, 1 preferiu Direito de Família. Além disso, 3 não têm nenhuma disciplina favorita e 1 não respondeu. Com isso tem-se uma preponderância de aproximadamente 52,87% da preferência por disciplinas de cunho profissionalizante (46 alunos preferiram disciplinas com esta característica) sobre as de cunho fundamental (37 alunos preferiram disciplinas com esta característica, ou seja, aproximadamente 42,52% dos alunos).

Quanto à segunda matéria preferida, 2 preferem Ciências Políticas, 4 preferem Sociologia, 8 preferem introdução ao Estudo do Direito, 2 preferem Economia Política, 1 prefere Filosofia, 14 preferem Antropologia, 1 prefere História do Direito, 1 prefere Português Jurídico, 1 prefere Hermenêutica, 8 preferem Direito Civil, 13 preferem Processo Civil, 9 preferem Direito Penal, 5 preferem Direito Constitucional, 3 preferem Direito Ambiental, 1 prefere Direito Eleitoral, 1 prefere Direito de Família, 1 prefere Direito Previdenciário, 2 preferem Direito Empresarial, 2 preferem Direito Administrativo, 1 prefere Processo Penal, 3 preferem Direito do Consumidor. Ademais, 3 alunos não têm nenhuma disciplina favorita, bem como 1 aluno não respondeu à esta questão. Com isso tem-se ainda uma preponderância de aproximadamente 56,32% da preferência por disciplinas de cunho profissionalizante (49 alunos preferiram disciplinas com esta característica) sobre as de cunho fundamental (34 alunos preferiram disciplinas com esta característica, ou seja, aproximadamente 39,08% dos alunos).

Quanto ao comportamento em sala é importante denotar que nenhum aluno se declarou “Desatento, não comportado e não participativo” (o que poderia

ser caracterizado como as características de um “mau aluno”), ou seja, já demonstram ter internalizado, pelo menos em parte, o *habitus* acadêmico jurídico hegemônico, pois já identificam que tal comportamento não é desejável no campo e, por consequência, o evitam. Outros 35 alunos (ou seja, aproximadamente 40,22%) se declararam como “Atento, comportado e participativo”; 48 se declararam Atento, comportado, mas raramente participativo (ou seja, cerca de 55,17%); e apenas 4 alunos se declararam “Desatento, comportado e não participativo” (aproximadamente 4,59%). Com isso tem-se uma preponderância daqueles que apesar de se dedicarem aos estudos em sala de aula e se comportarem, não se esforçam muito em demonstrar isso a terceiros (como colegas e professores), seja porque têm vergonha, por acharem desnecessário ou qualquer outro motivo. Porém um bom número de alunos (35 – cerca de 40,22%) busca, além da dedicação aos estudos e bom comportamento, demonstrar a sua “qualidade” enquanto “bom aluno” para aqueles à sua volta. Por outro lado, apenas 4 alunos, apesar de não prestarem atenção às aulas e não participarem, buscam não atrapalhar a mesma. Tais comportamentos mostram que, mesmo os alunos de 1º período (que também responderam ao questionário) já internalizaram a visão dominante no campo, afinal, mesmo que não atendam às exigências do mesmo (por consequência, não estariam em posição muito privilegiada), de certa forma reconhecem a estrutura vigente¹⁸ e isso se demonstra através da sua própria autoclassificação, pois se consideraram de modo geral alunos “comportados” em classe¹⁹.

De modo geral, observa-se uma relevante preponderância do reconhecimento das disciplinas profissionalizantes em detrimento das fundamentais. Logo, podemos afirmar que, no campo estudado, os agentes que lecionam e que dominam as disciplinas profissionalizantes estão localizados acima daqueles que lecionam e dominam as fundamentais, isto é, partindo do

¹⁸ Não tentam superá-la “nadando contra a maré”. As aulas são preponderantemente expositivas, onde, basicamente os professores falam e os alunos ouvem e participam apenas quando é pertinente e os alunos, em sua maioria, não demonstram muito interesse em superar este esquema. Tal modelo foi observado em diversas aulas.

¹⁹ De fato, a visão do que seria um “bom aluno” deita raízes na “visão de mundo” dos alunos durante cada etapa da vida escolar, fazendo com que esta visão não seja algo exclusivamente resultante da adaptação do agente ao campo aqui estudado.

pressuposto que o capital simbólico (juntamente com o cultural) possui maior peso aqui do que os demais, estando estritamente vinculado mais à posse de um específico capital cultural incorporado.

Isto parece ser mais evidente à medida que se considera o fato de que a posição do agente no campo é, acima de tudo relacional, com isso tem-se que o reconhecimento dos demais agentes, coloca o agente reconhecido em posição hierarquicamente superior²⁰ (afinal, em meio à luta para progredir na estrutura social, determinado agente é aclamado, reconhecido, é consagrado), em posição de dominação tanto pelo fato de possuir maior volume de capital, quanto pelo fato de ser reconhecido (e isto parece ser o que melhor determina a posição do agente no campo). O capital relevante (o cultural) coloca o agente em posição superior pelo fato de tal capital ser reconhecido como mais importante no campo, logo esse reconhecimento (capital simbólico) gera o que se chama de poder simbólico sobre os demais agentes do campo.

No que diz respeito à visão dos professores em relação aos alunos e, principalmente, o que eles cobram destes, basicamente, nos testes e nas aulas, os professores costumam cobrar dos alunos o que foi trabalhado em sala de aula. Pois bem, por mais que isso pareça o mais lógico a se fazer, demonstra algo: o que é dado em sala é o mínimo que o aluno deve saber, pois aquilo que é ensinado é o conhecimento (é o capital cultural) tido como certo²¹, é o capital cultural reconhecido no campo como válido. Isso é demonstrável, pois caso o que

²⁰ Inclusive, ao entrevistar um aluno do 5º período do curso jurídico em questão, o mesmo referiu que, para ser um bom estudante de Direito, além de ter eloquência, conhecimento, esforço etc., o aluno deveria ser o que ele chamou de “fodão”. Ou seja, o aluno deveria ser, acima de tudo, reconhecido pelos seus colegas como tal, afinal a eloquência, o alto nível de conhecimento, a qualidade de argumentação (características do bom estudante de Direito) devem ser observadas por aqueles à sua volta e, se estas forem reconhecidas pelos mesmos, isso significará que aquele estudante é um bom aluno e, dessa forma, haja vista que o capital de maior importância no campo é o cultural, ele ocupará uma boa posição na hierarquia social do campo.

²¹ Não se quer aqui aprofundar a questão de a quem cabe dizer o direito, pois, caso contrário, correr-se-ia o risco de desviar do foco da pesquisa aqui realizada, a saber, o campo acadêmico jurídico, para focar o campo jurídico propriamente dito. De fato, estes dois estão ligados e a visão do direito ensinada nos cursos jurídicos costuma estar ligada ao que se pratica no campo jurídico (p. ex.: leva-se em consideração julgados dos tribunais superiores, súmulas interpretativas e vinculantes e até mesmo o costume das práticas jurídicas, através dos exemplos). Embora isso pareça ser exato, há possivelmente um antagonismo entre teóricos (professores, doutrinadores etc.) e práticos (juizes, advogados e afins) e isso é o que aponta Bourdieu (2010). Para o referido autor, há uma luta entre teóricos e práticos a respeito de a quem cabe dizer o direito, sendo que parece certo afirmar que tem prevalecido a dominação por parte dos práticos.

é cobrado não seja atendido, além de os alunos tirarem notas baixas, serem reprovados, segundo os professores entrevistados, há um certo sentimento de frustração por parte deles mesmos, afinal o aluno não aprendeu de forma satisfatória o que foi ensinado, em outras palavras, o aluno não internalizou o que deveria ter internalizado²². Quando isso acontece, os professores buscam meios de identificar o que houve de errado, por qual motivo não ocorreu o aprendizado desejado, tentando encontrar o problema e remediá-lo da forma mais breve possível.

Outros professores costumam cobrar dos alunos mais o estudo técnico do direito, mais a área processual, saber associar aquilo que é estudado com a vida real e, claro, muito estudo. Como incentivo, alguns usam exemplos e outras atividades ligadas à prática, outros cobram seriedade do aluno nos estudos até mesmo “forçando-os” de certa forma a estudar, compelindo-os a aprender e não apenas “decorar”. Tais posturas são de fato interessantes e, embora em parte semelhantes, em meio às observações cotidianas, notei que algumas disciplinas ainda são mais valorizadas pelos alunos do que outras.

Diante disso, parece claro afirmar que, no campo acadêmico jurídico, os professores ocupam posição mais elevada na hierarquia do campo em relação aos alunos, isto é constatável até mesmo pela simples observação das aulas que são preponderantemente expositivas, onde os alunos praticamente apenas recebem o que é ensinado e fazem o que o professor ordena, isso se dá, principalmente porque, em regra, os professores possuem maior quantidade de capital cultural do que os seus alunos²³, melhor dizendo, maior quantidade do capital cultural especificamente valorizado no campo em questão, a saber, o conhecimento voltado ao campo jurídico. Além disso, no campo acadêmico jurídico, as disciplinas mais técnicas, voltadas mais à prática no campo jurídico do

²² Um dos professores entrevistados, inclusive, referiu que “o fracasso do aluno, sempre será o fracasso do professor”.

²³ Afinal, da amostra coletada, apenas 7 alunos possuem ensino superior concluído (cursando outra graduação), 6 com especialização concluída (cursando outra graduação) e 1 com mestrado concluído (cursando outra graduação) [83.91% com apenas o ensino médio concluído / 8.05% com ensino superior concluído (cursando outra graduação) / 6.9% com especialização concluída (cursando outra graduação) e 1.15% com mestrado concluído (cursando outra graduação)] – Dados coletados através da aplicação de questionário elaborado pelo grupo de pesquisa *habitus* da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB.

que as meramente teóricas, sociais e afins parecem ocupar posição mais elevada na hierarquia do campo (isto por conta da dedicação e valor que os alunos parecem atribuir a elas, o que foi observado, também, através dos dados dos questionários aplicados já referidos acima). Dessa forma, parece correto afirmar que os professores das áreas sociais e demais disciplinas não tão valorizadas pelos alunos, ocupam posição intermediária no campo em questão.

3.2 Valorização seletiva de disciplinas como forma de reprodução do *habitus* hegemônico

Compreender e tentar estabelecer um modelo da hierarquia de determinado campo é classificar os agentes do mesmo, separá-los em classes. Importante para este fim, lembrar que essas classes não existem de fato, não são um grupo mobilizado e consciente, “o que existe é um espaço social, um espaço de diferentes, no qual as classes existem de algum modo em estado virtual, pontilhadas, não como um dado, mas como *algo que se trata de fazer*” (BOURDIEU, 2011, p. 27).

De toda forma, refere Bourdieu (2011) que a posição ocupada pelo agente no campo social é que direciona as representações deste, bem como as decisões ou tomadas de posição que o agente toma nas lutas que são travadas constantemente no campo para o fim de conservá-lo ou transformá-lo. Em outras palavras, a posição do agente (e o *habitus* internalizado por conta dessa posição que ocupa) direciona o agente a transformar ou reproduzir o espaço social em que atua, porém, convém lembrar que este direcionamento não é algo totalmente irresistível, a teoria bourdiana não defende a existência de um determinismo.

Com tudo isto, embora o agente não esteja preso a um determinismo sem remédio, “o espaço social é a realidade primeira e última já que comanda até as representações que os agentes sociais podem ter dele” (BOURDIEU, 2011, p. 27). O mundo é apreendido conforme um ponto de vista e este é internalizado pelo agente, em regra, de acordo com a posição que ocupa em determinado espaço social. Logo o que é subjetivo (as tomadas de posição) parece ser

condicionado pelo objetivo, ou seja, da posição do agente no campo (BOURDIEU, 2011).

Desta forma, é compreensível que as disciplinas referentes à matéria técnica estejam em posição hierarquicamente superior em relação às demais, haja vista que a maioria dos alunos as preferem e, provavelmente, acreditam que estas serão mais “úteis” para eles, afinal pretendem atuar o campo jurídico²⁴.

Porém, há que se lembrar que algumas disciplinas (até mesmo dentre as aqui chamadas de técnicas) recebem maior valorização²⁵ por parte dos alunos, valorização esta expressa através de maior dedicação, temor pela “futura iminente” reprovação etc. *A priori*, se dá pois os professores que lecionam estas, em tese, como já referido, ocupam posição de maior hierarquia no campo em questão, por dominarem muito bem a técnica, por terem sucesso no campo jurídico, por serem a figura do bom profissional que os alunos almejam ser, enfim, por estes motivos ou semelhantes a estes, os alunos os reconhecem, conferem a eles maior quantidade de capital simbólico e isto faz com que eles (os referidos professores) fiquem e continuem ocupando as posições mais elevadas no campo.

Assim é que se dá uma verdadeira consagração dessas matérias e daqueles que as lecionam. A consagração se dá através do reconhecimento que os agentes conferem para outro, e este passa a dominá-los. Aqueles consagrados acabam sendo considerados participantes de um “conjunto nitidamente delimitado [...] de pessoas separadas dos comuns mortais por uma diferença de essência e, assim, legitimados para dominar. [...] é também uma ordenação no sentido de *consagração*, de entronização em uma categoria sagrada, em uma nobreza” (BOURDIEU, 2011, p. 38).

Com isso, almejando galgar melhores posições no campo em questão ou pelo menos se manter na disputa, é que, principalmente os alunos (sujeitos

²⁴ Quando arguidos no questionário a respeito de que profissão pretendem exercer, 7 alunos (aproximadamente 8,04%) afirmaram que pretendem exercer outra profissão que não as opções elencadas no questionário (provavelmente pretendem ser professores, doutrinadores ou algo semelhante, haja vista que tais opções não estavam presentes no questionário); 15 (aproximadamente 17,24%) ainda não sabem; e 65 (aproximadamente 74,71%) pretendem seguir carreiras técnicas (como advogado(a), magistrado(a), assessor(a) jurídico, delegado(a) etc.).

²⁵ Interessante lembrar que tal escolha (valorizar mais do que outras) não se dá de forma simplesmente subjetiva, mas também objetiva. Isso resta claro quando se recorda que o *habitus*, como guia de tomadas de posição, é resultante da posição ocupada pelo agente no campo.

ocupantes de posições de menor hierarquia na disputa aqui descrita), acabam se dedicando mais a essas referidas disciplinas. Tentam se classificar como “bons alunos”, afinal, de fato, aqueles que conseguem ser aprovados “com folga” nas disciplinas afamadas de “mais difíceis” recebem sua própria consagração por parte dos colegas. Tais classificações são “continuamente produzidas pelos próprios agentes na existência corrente e por meio das quais tentam modificar a sua posição nas classificações objectivas ou os próprios princípios segundo os quais essas classificações são produzidas” (BOURDIEU, 2010, p. 139).

Essa corrida para se diferenciar dos demais e assim ascender na hierarquia social é guiada por princípios de diferenciação (no campo acadêmico jurídico, estes parecem ser, principalmente, o capital cultural incorporado, seguido das demais espécies de capital cultural – obviamente o capital simbólico tem grande relevância conforme discussão já efetivada acima – logo após, vêm as outras formas de capitais, econômico e social, que sempre colaboram para definir a posição do agente no campo), quanto mais artifícios o agente possuir para se diferenciar daqueles que estão abaixo e se igualar àqueles que estão acima, mais forte será na luta²⁶.

Utilizando como exemplo, observou-se que aqueles alunos que utilizavam corretamente termos técnicos próprios do mundo jurídico não recebiam uma “chamada à realidade” por parte dos professores, já aqueles que não dominavam, às vezes eram corrigidos em aula, às vezes perdiam pontos em testes e afins. Tal princípio de diferenciação (capital cultural incorporado – domínio da linguagem técnica própria, por exemplo) demonstra, de certa forma, quais características o agente deve ter para dominar no campo em questão, afinal, trata-se de característica de quem domina no campo. Aqui estaria um dos recursos necessários para dominar os demais agentes no campo. Fora isso, observa-se uma dominação associada a uma diferenciação, haja vista que a diferenciação é um meio de se alcançar posições mais elevadas e, por consequência, “dominar” os ocupantes de posições mais baixas. Os alunos que sabem usar os termos

²⁶ “[...] o capital simbólico ou os títulos que o garantem não pode ser defendido, principalmente em caso de inflação, senão por uma luta permanente para se igualar e se identificar [...] ao grupo imediatamente superior e se distinguir do grupo imediatamente inferior” (BOURDIEU, 2013, p. 229).

técnicos seriam diferentes do que os que não sabem e, por conta desse conhecimento específico, ocupariam posição hierarquicamente superior no campo.

De fato os agentes ainda têm a possibilidade de tentar modificar os princípios de diferenciação e classificação do campo, porém, segundo tudo que aqui já se viu de Bourdieu, só se pode mudar algo, quando já se está dentro do campo (e se ocupa uma posição elevada, que possui bom reconhecimento pelos demais agentes do campo), porém, quando se está dentro, já se tem muitos princípios de visão e divisão incorporados, logo fica mais difícil que se dê qualquer alteração na estrutura do campo, pois tais princípios incorporados passam a guiar as próprias tomadas de decisão do agente.

Como já referido, a valorização de algumas disciplinas em detrimento de outras se dá também por conta do maior grau de imposição do *habitus* hegemônico, expressa através de alguns acontecimentos como cobranças do professor para que os alunos estudem mais, arguição sobre determinados conteúdos de cadeiras passadas, elevação da dificuldade dos testes para que os alunos estudem mais, dentre outros. Tal insistência de tais professores indica também a tendência de reprodução da estrutura do campo.

Dessa forma, a valorização seletiva de determinadas disciplinas em detrimento de outras se mostra como mecanismo para que o *habitus* hegemônico seja reproduzido, bem como é resultado da reprodução do mesmo. Os alunos se dedicam mais àquelas disciplinas, perpetuam a fama delas como “mais difíceis”, atribuem capital simbólico aos que a dominam e, dessa forma, internalizam e reproduzem o *habitus* necessário para ocupar posição de hierarquia mais elevada no campo acadêmico jurídico.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com tudo o que aqui já foi abordado, de fato pude alcançar algumas ideias sobre o funcionamento do campo acadêmico jurídico estudado. Primeiramente, é um espaço onde se dá maior valorização para o capital cultural, especificamente o incorporado; o capital simbólico possui especial valor para que o agente ocupe

uma posição elevada no campo em questão; e, basicamente, as posições mais elevadas no referido campo são ocupadas por aqueles professores que dominam a matéria das disciplinas afamadas de “mais difíceis” que são geralmente as preponderantemente técnicas.

A valorização das referidas disciplinas se dá por uma via de mão dupla: os professores destas impõe/exigem de seus alunos um maior grau de incorporação do *habitus* hegemônico, esses, por sua vez, acabam internalizando-o por diversos motivos (já exemplificados acima) e, por consequência, acabam reproduzindo tal estrutura do campo acadêmico jurídico estudado.

Assim, o *habitus* demonstra-se o princípio gerador dessa valorização e da reprodução desta. Acaba tornando essa estrutura, aos olhos dos agentes, algo natural e até mesmo óbvio, como se possuísse uma razão de ser intrínseca. Como se não houvesse motivo para ser diferente.

REFERÊNCIAS

BOLTANSKI, L. Usos fracos e intensos do *habitus*. In: ENCREVÉ, P.; LAGRAVE, R.-M. (orgs.). **Trabalhar com Bourdieu**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 155-163.

BOURDIEU, P. **O poder simbólico**. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

_____. **Razões práticas: Sobre a teoria da ação**. 11. ed. Campinas, SP: Papyrus, 2011.

_____. **O senso prático**. 3. ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2013_a.

_____. O conflito das faculdades. In: **Homo academicus**. 2. ed. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2013_b.

CHAUVIRÉ, C.; FONTAINE, O. **El vocabulário de Bourdieu**. Buenos Aires: Atuel, 2008.

STONES, R. Habitus. In: SCOTT, J (org.). **Sociologia: conceitos-chave**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 98-102.

DIREITO PENAL EM JOGO: UM OLHAR DE LUDICIDADE PARA A EDUCAÇÃO JURÍDICA

Pamela Cristan

RESUMO: O presente trabalho apresenta o protótipo *Direito Penal em jogo* – tabuleiro que envolve as partes Geral e Especial do Código Penal e a Legislação Penal Extravagante, conjugadas a elementos de dificuldade, emoção, azar e sorte próprios deste tipo de jogo. Trata a perquirição, de fundo, acerca da necessidade e viabilidade de inserção da esfera lúdica na educação jurídica, tendo em vista o modelo atualmente praticado nas instituições de ensino superior, expondo-se uma proposta empírica. Toma-se como referencial teórico a obra de Johan Huizinga, *Homo Ludens*: o jogo como elemento da cultura. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo. A pesquisa é empírica e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Educação jurídica; Ludicidade; Direito Penal.

1 INTRODUÇÃO

O tabuleiro *Direito Penal em jogo* foi desenvolvido em meados do ano de 2011, entre o sétimo e oitavo semestres da graduação em Direito.

A preocupação de então era exclusivamente discente: a proximidade do fim do curso com a consequente e inexorável iminência do exame da OAB sinalizava para a necessidade de formulação de um método de estudo que viabilizasse uma aprendizagem significativa, porém alternativa, dos tipos penais – isto é, que não privilegiasse apenas a capacidade mnemônica, mas sim que fosse apto a conferir compreensão global tanto às normas penais incriminadoras (aquelas que contêm a previsão de um crime seguida de sua correspondente sanção penal) quanto aos axiomas interpretativos referentes à Parte Geral do Código Penal (em especial aos princípios da taxatividade e da legalidade).

Dada à sistemática típica das questões de Direito Penal no exame de ordem – exposição de um caso concreto e a correspondente tipificação como resposta correta – meramente decorar o texto da lei se mostra inservível, sendo

necessário que se saiba o significado das condutas que o preceito primário pretende abarcar.

No mesmo sentido, em razão da aspiração àquela época por concursos públicos de carreiras jurídicas, o tabuleiro se mostrava promissor.

Visou-se uma forma tal de disposição gráfica que pudesse abrigar não apenas os crimes contidos na Parte Especial do Código Penal, mas também a Legislação Penal Extravagante. Do mesmo modo, levou-se em consideração que o jogo devesse ter alguns elementos de desafio e outros de emoção, a fim de conferir dinamismo ao projeto.

Outro aspecto considerado foi a necessidade de ter presentes os elementos sorte e azar – o que é comum e até mesmo intrínseco a jogos deste tipo. Pensou-se, inclusive, na inserção de elementos de maior dificuldade, novamente com o fito de manter a ideia de dinamismo, de movimento no jogo (nesse passo, alcançou-se inclusive certo grau de interdisciplinaridade).

O tabuleiro e as fichas originais foram confeccionados em cartolina e pintados com canetas hidrográficas, com as mesmas cores e padronagens que se revelam na transposição feita posteriormente em computador.

A fascinação causada pela ideia de um jogo jurídico que pudesse ser jogado com todos os amigos, aliando estudo e diversão, foi tamanha que o tabuleiro foi pensado e feito em menos de vinte e quatro horas – e testado no final de semana seguinte, com grande sucesso entre os colegas de turma, que, à primeira vista, ficaram estupefatos com a criação.

Passado aquele momento, o jogo foi jogado diversas vezes com amigos, colegas de trabalho (da Polícia Civil do Estado de São Paulo), da graduação e, mais recentemente, do mestrado em Direito (muitos destes, professores) – sempre se revelando, primeiramente, como uma surpresa curiosa e, em seguida, como uma distração instrutiva e construtiva.

Durante o curso de Pós Graduação em Docência para o Ensino Profissionalizante (o chamado Programa de Formação do Futuro Professor da UNINOVE) em muitas ocasiões o ***Direito Penal em jogo*** foi lembrado, posto que a introdução de novos conhecimentos ao decorrer dos módulos tenham trazido significados completamente novos com relação aos objetivos originais que o

tabuleiro vinha cumprindo – houve uma verdadeira (re)significação do brinquedo, que foi mirado sob novas lentes e apresentado como Trabalho de Conclusão na Especialização.

Ou seja: uma ferramenta que nasceu da intuição e do empirismo impelidos por autênticas necessidades discentes foi recolocada (e mostrou-se plenamente justificável) pelo paradigma docente da inclusão, da solidariedade, da ludicidade, do acolhimento e da alteridade.

O que era apenas ferramenta de estudo e, ao mesmo tempo, instrumento de diversão, mostrou-se com outro viés pelo olhar da docência que visa aprendizagem significativa, na qual o estudante é partícipe direto, pessoa autônoma e criativa, instada a colaborar como um construtor do seu próprio conhecimento.

Para atingir o desiderato buscado por esta pesquisa, far-se-á necessário num primeiro momento expor o que se entenda tanto por Educação nas Instituições de Ensino Superior, quanto o embasamento teórico relativo à ludicidade na prática docente.

Depois, será importante revisitar o panorama atual da Educação jurídica, indagando-se ainda sobre as raízes a ela subjacentes. Vai-se discutir nessa toada a necessária alteração paradigmática na docência em Direito, tendo em mira questões abrangidas pela própria nova velocidade do mundo e das informações.

No mesmo tópico serão abordadas algumas observações básicas quanto ao próprio Direito Penal, sua aplicação, interpretação e seus princípios. Não se pode descurar do fato de que, eventualmente, o presente artigo seja acessado por leitores não juristas, que necessitarão de algum aporte teórico para melhor compreensão da proposta.

Por fim, apresentar-se-á propriamente o ***Direito Penal em jogo***, explanando-se suas regras, a dinâmica das interações que poderão por ele serem proporcionadas e os pontos relativos à aprendizagem significativa que com ele se busca.

Será empregado o método hipotético-dedutivo como abordagem. A pesquisa levar-se-á a cabo pelo uso da metodologia empírica, documental e bibliográfica.

2 LUDICIDADE E EDUCAÇÃO: O *HOMO LUDENS*

Cabe justificar, antes de tudo, uma escolha terminológica: Educação. Por que não “ensino”? Afinal, os locais em que se cursa o bacharelado em Direito são tecnicamente tratados como Instituições de Ensino Superior.

A Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (chamada Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB) possibilita interessantes inferências acerca da sutil distinção entre educação e ensino – aqui interpretado como um dos meios de viabilizar aquela – os quais não parecem de nenhum modo excluírem-se mutuamente, mas sim conjugarem-se.

A Educação nos termos da Lei sinaliza para um aspecto muitíssimo abrangente da formação, pois o Art. 1º do referido diploma afirma desenvolver-se esta em processos no âmbito familiar, na convivência humana, no trabalho, nos movimentos sociais, nas organizações da sociedade civil, nas manifestações culturais e também nas instituições de ensino e pesquisa.

Parece, então, que o legislador acertadamente alberga a compreensão de que a educação enquanto fenômeno é gênero, do qual derivam diversas espécies. Falam-se assim em educação escolar, educação básica, educação superior, educação à distância, etc.

Elencam-se a partir do Art. 2º da Lei os princípios e fins da Educação Nacional. Apesar de o texto da LDB e também da Constituição Federal (Art. 205) explicitamente impingirem o dever de educar à família e ao Estado, não se mostra razoável uma capciosa interpretação que pretenda desincumbir as instituições de ensino – e, principalmente, os docentes – deste ônus, conforme é corriqueiro ouvir que “pai educa, professor ensina”.

A hermenêutica das determinações constitucionais e legais neste passo certamente não pode ser levada a efeito no sentido de que a função das instituições de ensino superior e dos professores que nelas atuem seja meramente relacionada à pura transmissão de conhecimentos, posto que os próprios princípios que devem nortear o ensino (um dos meios de construção da Educação dos indivíduos), expostos no Art. 3º da LDB e no Art. 206 da CF, não se revistam da simplória e curta missão de passar conteúdos.

Deste modo, adota-se a terminologia Educação para albergar a ideia de transmissão de valores, pois a letra do Art. 3º da LDB alça à qualidade de princípios o que, em verdade, expressam valores²⁷ tais como a igualdade de condições para acesso e permanência, a ampla liberdade (de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber), o pluralismo de ideias, o apreço à tolerância, a valorização da experiência extraescolar, a consideração com a diversidade étnico-racial, entre outros.

Considerando-se a relevância social que envolve as carreiras jurídicas (a qual não se pode ignorar pela própria locução constitucional em seu Art. 133, de que seja o advogado “indispensável à administração da justiça” e mesmo pela previsão constitucional de outras carreiras da mesma área, como a função judicante, o Ministério Público, a atribuição dos delegados de Polícia, as defensorias, etc.) mostra-se fundamental que a Educação destes profissionais seja acuradamente observada e discutida, pois eles lidarão depois de graduados com os maiores problemas que seus concidadãos enfrentam – inegável tratar-se, assim, de imensa responsabilidade, que não pode passar ao largo das instituições e dos docentes envolvidos em seu processo formativo.

Aclaradas estas premissas, é possível então falar no ato de jogar como prática desejável, posto que ela enseje uma realização cooperativa do saber, voltada às atitudes grupais e solidárias desde que, obviamente, num saudável ambiente controlado quanto às tensões inerentes à competição – por este aspecto sobrepõem, portanto, as competências e habilidades docentes no âmbito da resolução de conflitos.

Para os fins deste trabalho, a função do jogo e da ludicidade na aprendizagem toma como marco a obra “*Homo Ludens: o jogo como elemento da cultura*”, do professor e historiador holandês Johan Huizinga, produzida no ano de 1938.

²⁷ O entendimento da distinção entre princípios e valores aqui empregado é aquele determinado pela teoria jusfundamental de Robert Alexy, que os diferencia no plano ontológico/deontológico; é dizer: aquilo que da perspectiva dos valores é ‘o que é bom’, significaria na perspectiva dos princípios ‘o que é devido’. A LDB, neste sentido, parece ter optado por tornar ‘devido’ o que se entendeu ‘bom’. ALEXY, Robert. ***Teoria de los derechos fundamentales***. – Madrid: *Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, pp. 138-147.

Entende-se, no esteio do pensamento daquele autor, que o jogar seja inato ao homem – e até mesmo aos animais – preexistindo, portanto, à própria cultura, já que esta pressupõe a sociedade, algo não verificado entre outras espécies que não a humana. Assim, temos pelo autor uma definição:

[...] o jogo é uma atividade ou ocupação voluntária, exercida dentro de certos e determinados limites de tempo e de espaço, segundo regras livremente consentidas, mas absolutamente obrigatórias, dotado de um fim em si mesmo, acompanhado de um sentimento de tensão e de alegria e de uma consciência de ser diferente da vida cotidiana²⁸.

Eniel do Espírito Santo demonstra a relevância do jogo na vida de crianças e adultos desde há muito, relatando haver um acervo de brinquedos de crianças egípcias do Museu Britânico, que remonta a cinco mil anos e cavernas no nordeste brasileiro que possuem inscrições pictóricas que datam mais de 10 mil anos e representam brinquedos e brincadeiras de crianças e adultos²⁹.

Tendo em vista que o adulto se mostre muito mais predisposto a aprender quando a ocasião exija algum tipo de atitude discente que esteja relacionada a situações reais de seu cotidiano, parece relevante para uma aprendizagem significativa no nível superior que se consiga abarcar tanto a ideia de reprodução do real quanto à noção contida no binômio tensão/alegria que pode ser vivido em um jogo.

A reunião de características humanas como o jogo, o riso, a loucura, a piada, o gracejo e o cômico não necessariamente parecem estar dissociadas do processo de aprendizagem – pelo contrário.

A gravidade dos temas³⁰ que são objeto do aprendizado/estudo proposto pelo jogo que será apresentado certamente resta atenuada pela introdução destes elementos, que podem conferir aos participantes a possibilidade de vivenciar simuladamente, numa perspectiva desafiadora e de competição, fatos relacionados à ciência jurídica que dificilmente (espera-se) serão experimentadas na prática.

²⁸ HUIZINGA, Johan. *Homo Ludens*: o jogo como elemento da cultura. Tradução João Paulo Monteiro; Revisão Mary Amazonas Leite de Barros. – 4.ed. – Perspectiva: São Paulo, 2000. p.24.

²⁹ SANTO, Eniel do Espírito. **Educação lúdica da paideia à contemporaneidade**: elementos para uma práxis educativa no ensino de jovens e adultos. – Revista Intersaberes. Vol.7 n.13, p. 159-177. Jan. – Jun. 2012. p.160.

³⁰ Afinal, o Direito Penal não trata das melhores situações da vida humana.

A jocosidade do “brincar com coisa séria” é perfeitamente discernível para jovens adultos, que podem experimentar uma realidade ao mesmo tempo em que estejam dela dissociados, posto que tal experiência seja reproduzida nos limites circunscritos pelas regras do jogo e disso possa resultar uma aprendizagem única.

Ocorre que esse “brincar com coisa séria” é tomado por inexpressivo, já que “a lógica da produtividade na sociedade contemporânea associou o lúdico a algo não sério, ou que não é útil, numa verdadeira cultura antilúdica, como consequência do furto do lúdico³¹”.

Parece talvez que o homem que se ponha a brincar com seu semelhante, adulto, esteja desdenhando da seriedade que a vida demanda. Vida esta que estaria sempre a exigir um aprendizado que se funde na sisudez e sobriedade – quase castidade – estimulada por um modo cartesiano (ou fordista?) de educar.

Como entender que o jogo e o lúdico passem completamente ao largo da andragogia se, na infância, esses estudantes (que, sim, foram crianças um dia!) aprendiam brincando? Essa expulsão da ludicidade em nome de tornar-se cidadão, adulto e sério não parece convergente à realidade, posto que a apreensão do conhecimento no ambiente controlado de um jogo seja viável, como se pretende exemplificar adiante.

Neste ambiente controlado o estudante jovem ou adulto pode errar e, mais que isso, errar sem ser humilhado, vexado ou ridicularizado – afinal, é tudo de brincadeira.

Nele o erro se revela como virtude, pois, como enfatiza José Eustáquio Romão, o erro pode ser registrado como é feito pelo pesquisador em campo, encarando “o resultado como um novo conhecimento não vislumbrado nas hipóteses e continua sua busca do produto (de conhecimento) inicialmente projetado³²”.

³¹ Ibidem, p.165.

³² ROMÃO, José Eustáquio. **Avaliação dialógica**: desafios e perspectivas. – São Paulo: IPF/Cortez, 1998. p.61.

Uma das características fundamentais do jogo, segundo Huizinga, é “o fato de ser livre, de ser ele próprio liberdade³³”.

A aprendizagem que liberta, portanto, não pode prescindir de tal instrumento. Se for visada a autonomia como um dos fins da educação, a ludicidade contida no jogo (posto nestes termos libertários, como faz Huizinga) se mostra um caminho possível.

3 A EDUCAÇÃO JURÍDICA: REALIDADES E PERSPECTIVAS

Pensando especificamente na educação superior em Direito, que hoje é praticada do mesmo modo quase com unanimidade nas instituições brasileiras, é possível identificar a força e o prestígio da metodologia puramente expositiva.

Não se propõe aqui uma revolução. Prescindir absolutamente das aulas expositivas parece exagerado. Todavia, faz-se necessária a inserção de novos métodos na relação ensino-aprendizagem, pois é inviável aos docentes na atualidade tentarem concorrer com todo um mundo de possibilidades brilhantes, multicoloridas, chamativas e interativas que se introduziram na vida dos estudantes recentemente – em especial em virtude do progresso das tecnologias da informação e das mídias sociais.

A educação jurídica é ainda fundada naquele sistema importado da Universidade de Coimbra durante os tempos imperiais de nosso país – voltado a atender as necessidades burocráticas daquele momento histórico e à formação política dos futuros representantes da classe dominante.

Um modelo vetusto, às raias da petulância, ainda prevalece e se espalha incrivelmente na mentalidade dos estudantes de Direito contemporâneos. Tal paradigma não parece servir à educação jurídica voltada ao humanismo, ao pluralismo e à solidariedade – ideais estes que, entende-se aqui, deveriam ser os pilares da educação em Direito.

Além disso, o *status quo* da própria atividade dos profissionais de Direito em muito privilegia um sistema judiciário adversarial que compele os alunos, desde o início, a se tornarem bons “cães de briga”. Treinamo-los a serem muito

³³ Huizinga, Johan. *Op. cit.*, p.10.

mais advogados combativos do que serem juristas empenhados na pacificação social (que parece ser uma função precípua do Direito).

Posta essa configuração, cabe indagar se a inserção de elementos criativos não poderia ser benéfica para aliviar tamanha pressão feita sobre esses discentes – nesta proposta metodológica de estudo do Direito Penal, acredita-se que sim, pois a ludicidade serve como abertura, desinibição, enfim, como liberdade e autonomia.

Rememore-se, portanto, a capacidade do jogo em colocar as pessoas reunidas – ainda que sob algum parâmetro de competitividade (que será inerente à vida de todos num paradigma econômico como este em que vivemos hoje), o jogo nos põe a aprender juntos, seja com os nossos próprios erros, seja com os dos outros.

Deste modo, a educação jurídica só pode ter a ganhar com a introdução de elementos diversos daquele tradicional modelo no qual o professor fala e anota no quadro, os alunos escutam e escrevem, e o diálogo é quase nulo.

Assim, sendo, passa-se à apresentação de uma tentativa ou de uma possibilidade de trazer para a educação jurídica um quê de lúdico – um quê de alegria e liberdade.

Primeiramente, cabe ressaltar alguns aspectos do Direito Penal que são relevantes para a compreensão das razões pelas quais se afirma a possível efetividade do instrumento aqui apresentado.

Para quem tem proximidade com as ciências jurídicas, as considerações a seguir são imediatamente apreensíveis pela simples visão do tabuleiro em si; todavia, a quem não seja ligado ao Direito (ou mesmo a quem se tenha afastado das Ciências Penais ao longo de uma carreira jurídica), faz-se necessário aclarar alguns aspectos importantes, o que se fará doravante em linguagem apartada daquela comumente utilizada na doutrina jurídica, a fim de facilitar o entendimento de eventual leitor não jurista.

O Direito Penal é, como todos os ramos do Direito, regido por alguns princípios específicos que delimitam e condicionam a interpretação das normas penais incriminadoras e alguns interessam diretamente à proposta do ***Direito Penal em jogo***, a saber:

a. Princípio da legalidade: só é crime aquilo que é previsto em lei e só pode ser aplicada a pena dentro dos limites por ela previstos. A legalidade penal representa o vértice da formulação moderna do direito sancionador, pois nela se encontra a raiz liberal das próprias teorias contratualistas contemporâneas ao Iluminismo, cujo escopo envolveu necessariamente a contenção do poder estatal arbitrário que se verificou no período das monarquias absolutistas europeias – o cerne do Direito Penal é a estrita legalidade, pois é ela que realiza o objetivo de limitação do poder punitivo do Estado.

b. Princípio da taxatividade (ou da tipicidade): o crime, considerado segundo um aspecto formal, é aquela conduta que está descrita na lei, e somente ela. Isto significa que a interpretação de cada uma das palavras é muito relevante, nenhuma delas pode ser esquecida ou distorcida (menos ainda em desfavor ao acusado). Fora o verbo, que indica a ação ou omissão que constituirá o núcleo da moldura típica, há os chamados elementos normativos³⁴ do tipo – termos que descrevem as condições e circunstâncias em que tal conduta será considerada crime. Por exemplo: é comum que alguém deixe seu carro em algum lugar e, ao voltar, não mais o encontrando diga: “roubaram meu carro!”. Ocorre que o artigo 157 do Código Penal incrimina a subtração de coisa alheia móvel **praticada mediante violência ou grave ameaça**, ou seja, por falta do conhecimento dos elementos normativos do tipo, a pessoa toma por roubo um crime de furto.

A desconsideração deste segundo princípio por parte do estudante de Direito acarreta, necessariamente, numa compreensão incompleta do caso concreto que lhe seja exposto a fim de que ele realize a adequada subsunção do fato à norma – isto é, o enquadramento do ocorrido nos exatos limites da moldura penal.

Ademais, cada crime pode ser praticado de várias formas, sob esta ou aquela circunstância, dada uma ou outra condição, pode ter formas agravadas, atenuadas, qualificadas ou privilegiadas. Isto perfaz um enorme leque de possibilidades, que demanda compreensão por parte do aluno, aprendizagem significativa e não memorização.

³⁴ Alguns doutrinadores de Direito Penal afirmam possuir os tipos penais, além de elementos normativos (palavras que exigem alguma interpretação), elementos objetivo-descritivos (que seriam termos de fácil e imediata apreensão por qualquer pessoa, sem nenhuma dificuldade e que, portanto, prescindiriam de qualquer de qualquer atividade exegética mais elaborada). Todavia, discorda-se aqui desta distinção. Senão, vejamos: a palavra “alguém” no crime do art.121 é bem claro que trata de pessoa humana; então é um elemento objetivo-descritivo. Mas, e nos crimes contra a honra? Não poderia haver controvérsia a respeito de ser também pessoa jurídica? Concebe-se, assim, que todas as palavras dependem de interpretação e são elementos valorativos. Para melhor entendimento do que compreende acerca da valoração das palavras, confira-se o que diz Inocêncio Mártires Coelho no trecho ‘Compreensão e pré-compreensão. Memórias constitucionais.’ in MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. – Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp.15-22.

Quanto à legalidade, o discente deve conhecer o que a lei incrimina – do contrário poderá apontar como crime algo que simplesmente lhe pareça injusto ou mesmo imoral numa eventual questão capciosamente formulada. Neste mister o tabuleiro é também de grande valia, pois por ele é possível vivenciar, de modo lúdico e descontraído, o que a lei incrimina.

Estes princípios se depreendem da Constituição Federal e do Código Penal, fazendo parte, neste último caso, do que consta na chamada Parte Geral do estatuto repressor, diversamente dos crimes, que constam em sua Parte Especial.

Sobre isso há algo de muito importante que o tabuleiro alberga: a questão topográfica. O Código Penal é organizado sistematicamente de modo que a primeira parte contenha as regras necessárias à aplicação, à interpretação e à adequada tipificação dos crimes, que vêm expostos em agrupamentos relativos ao chamado Bem Jurídico Penal³⁵ numa segunda parte.

À Legislação Penal Especial (dita também Extravagante ou Esparsa, em razão de encontrarem-se tipos penais em normas que não integram o Código) igualmente se aplicam as normas da Parte Geral.

Os crimes em espécie são, portanto, dispostos também sistematicamente e, para o estudante, conhecer e estar familiarizado com tal formulação (em verdade, típica do texto legislativo de um modo geral) é primordial para o bom manuseio de um de seus principais instrumentos de estudo e, futuramente, de trabalho: o código.

Parece que a simples ideia de que manusear o que seja basicamente um livro não poderia causar grandes transtornos. Entretanto, não é bem isto que se verifica. Grande parte dos problemas enfrentados pelos estudantes em Direito (especialmente na segunda fase do Exame de Ordem) poderia ser resolvida pelo competente manuseio da lei – saber o quê procurar e onde encontrar, ou seja, pesquisar.

³⁵ Que é um bem não no sentido de “preço”, mas sim de “valor”, consubstanciando-se o Bem Jurídico Penal naquele âmbito da vida e da sociedade que o preceito primário da norma penal incriminadora visa tutelar mediante a exortação (contida no preceito secundário da mesma norma) acerca da possibilidade de aplicação da pena descrita em caso de vulneração do bem protegido.

Para jogar no tabuleiro é fundamental que os participantes estejam, portanto, munidos do chamado *Vademecum* – obra editada na qual se encontram amplamente as normas vigentes no ordenamento jurídico. Conforme foi dito, foram postos ainda no jogo alguns elementos de desafio. Desse modo, há no tabuleiro casas correspondentes a institutos jurídicos previstos na parte geral do código penal e, para o “quase desespero” dos alunos que tem especial apreço pelo Direito Penal, casas que se referem a institutos (bastante básicos, em verdade) de Direito Civil.

Estas posições específicas são as que introduzem os elementos desafio, sorte e azar para o jogo, conferindo emoção e dinamismo. Fora elas, há a tradicional “passa a vez”, comum a qualquer jogo de tabuleiro com casas em trilha. Além dela, há outras que variam no tipo de “punição” a ser sofrida por quem joga (que serão explicadas detalhadamente mais adiante), cujos nomes estão diretamente relacionados a regimes de cumprimento de pena previstos pela normativa penal (detenção, reclusão e regime disciplinar diferenciado – RDD).

Os desenhos e escritos contidos no tabuleiro, que entremeiam o caminho tomado pelo jogo, tem também um propósito: eles servem para lembrar o aluno sobre princípios e institutos de Direito Penal, por ilustrações relacionadas à aplicação da lei penal e por locuções em latim³⁶, ainda muito corriqueiramente utilizadas como parte do jargão jurídico.

Questão importante a ser respondida se refere a quem pode jogar este jogo. Como foi dito, aqueles princípios do Direito Penal são fundamentais e, portanto, pressupostos que podem influir no avanço ou não dos estudantes pelas casas do tabuleiro à medida que se girem os dados e progridam as rodadas.

Assim, indica-se o jogo para alunos que já tenham cursado o equivalente à totalidade da Parte Geral do Código Penal – cada universidade posiciona isto em sua grade curricular conforme o projeto político-pedagógico do curso.

³⁶ Mesmo que se entenda aconselhável hodiernamente afastar a tradição do uso de termos em latim por parte dos alunos, o que se depreende da prática docente é que eles próprios sentem-se mais “parte do Direito” quando os aprendem. Inobstante se possa enxergar este hábito (e mesmo sua inserção no tabuleiro) como manutenção de um bacharelismo que, de propósito, se pretende manter intraduzível ao conhecimento popular, a intenção aqui é chamar a atenção e atrair o olhar, fazendo com que os discentes precisem ainda que momentaneamente refletir acerca do significado dos institutos grafados na língua latina; não há, portanto, que se falar em contradição com as próprias premissas da proposta.

Na grade da Universidade Nove de Julho (UNINOVE), por exemplo, o aluno está apto a jogar a partir do quarto semestre, quando já teve contato com toda a Parte Geral e está começando a aprender os crimes em espécie. Os estudantes tem Direito Penal do segundo ao sexto semestres do curso e prosseguem por mais algum tempo com a disciplina de Processo Penal (até o oitavo) e, depois, com a Prática Jurídica Penal (nono e décimo semestres) – deste modo, o jogo pode acompanhar os discentes até o final da Graduação em Direito (sem mencionar o proveito na preparação para o exame da OAB e para concursos públicos – que se mostram como demandas consideráveis entre os formandos).

Feitos estes apontamentos, parece possível prosseguir agora na explanação da prática – como brincamos/estudamos com o ***Direito Penal em jogo?***

4 DIREITO PENAL EM JOGO E SUAS REGRAS

ENTRADA

ABERRATIO ICTUS

PASSA

JUS PUNIENDI

PENAL GERAL

CIVIL

ACTIO LIBERA IN CAUSA

MÍMICA

NON BIS IN IDEM

NULLA POENA SINE LEGE

CIVIL

DESENHO

ITER CRIMINIS

PENAL GERAL

NULLUM CRIMEN SINE PRAEVIÁ LEGE

LEX MITIOR

PASSA

SANCTIO JURIS

ANIMUS NECANDI

CIVIL

LOCUS DELICTI COMISSI

IMPUTATIO FACTI

PENAL GERAL

ANIMUS LAEDENDI

VIS CORPORALIS

LEX GRAVIOR

PASSA

ABOLITIO CRIMINIS

CIVIL

CULPA IN OMITTENDO

PENAL GERAL

SAÍDA

| | | | | | |
|--|-------------------------------------|--|--|--|---|
| | PASSA A VEZ | | DETEÇÃO: JOGA, MAS OS DEMAIS É QUE PODEM ADVINHAR | | CRIMES CONTRA A PESSOA: VIDA, LIBERDADE, HONRA, DOMICÍLIO |
| | INSTITUTOS - CP: PARTE GERAL | | RECLUSÃO: PASSA E FICA UMA RODADA SEM JOGAR | | CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO, A DIGNIDADE SEXUAL E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA |
| | INSTITUTOS - CÓDIGO CIVIL | | REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD): VOLTA QUATRO CASAS | | CRIMES CONTRA A FAMÍLIA, A FÉ PÚBLICA, A INCOLUMIDADE PÚBLICA E LEIS PENAS EXTRAVAGANTES (DROGAS, TORTURA E PRECONCEITO) |

Em jogos de tabuleiro que tenham uma “entrada” e uma “saída” o objetivo das duplas ou equipes participantes sempre é um só: chegar primeiro ao final. No ***Direito Penal em jogo***, a progressão pelo trilhado das casas é feita por duplas – podendo, aqui, participar até seis pessoas, ou seja, três duplas em cada partida.

O mecanismo é simples: as casas têm cores e significados específicos. Joga-se um dado e a primeira dupla move o objeto que lhe represente no trilhado

de casas do tabuleiro pelo número de casas correspondente ao que foi sorteado no dado.

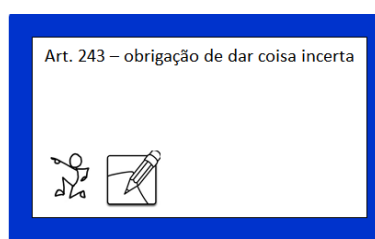
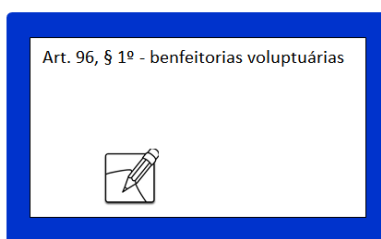
Atingindo casas nas cores azul, verde, marrom, preta ou vermelha, um integrante da dupla retira uma carta aleatoriamente do monte correspondente àquela cor, sem que o seu parceiro possa ver seu conteúdo (os demais podem e devem ver, pois empiricamente já foi verificado que o jogo ficará muito mais divertido dessa forma).

Nesta carta haverá a indicação do que ele deve fazer para que seu parceiro o adivinhe – e mais, como ele deve fazer: se por mímica, desenho ou se pode escolher entre estes modos.

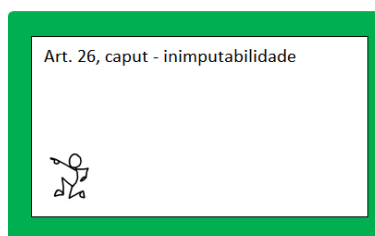
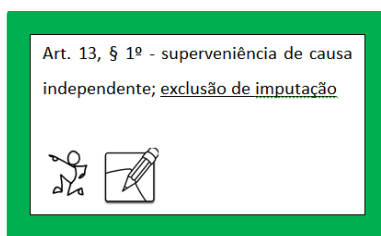
Adivinhando o parceiro do que se trata em até dois minutos, a dupla joga o dado novamente e avança no jogo – caso contrário, a próxima dupla rodará o dado e assim por diante.

As cores têm significados específicos, que estão explicados na parte informativa das regras no tabuleiro, e remetem tanto os participantes quanto aos que assistem (as outras duplas) imediatamente a um determinado conjunto de institutos jurídicos. A disposição segue assim:

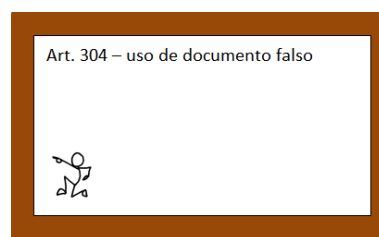
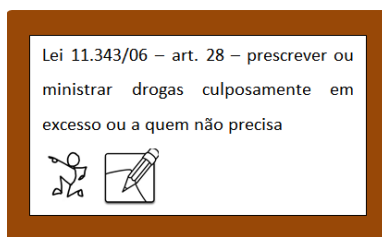
- a. Azul: Institutos de Direito Civil (em tese, de maior dificuldade para estudantes que preferem os ramos de direito público ao privado).



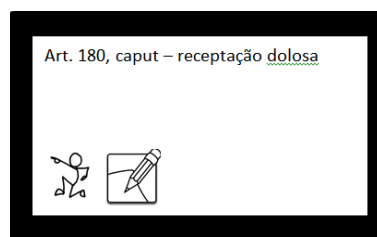
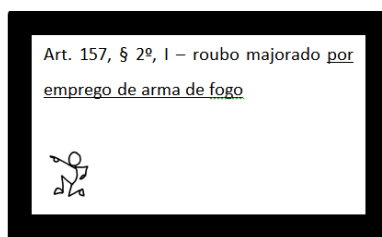
- b. Verde: Institutos da parte geral do Código Penal.



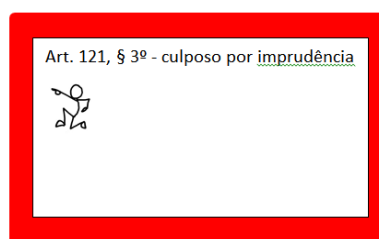
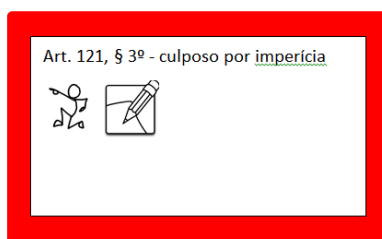
- c. Marrom: Crimes contra a família, a fé pública, a incolumidade pública e Legislação Penal Extravagante (tortura, drogas e preconceito).



d. Preto: Crimes contra o patrimônio, a dignidade sexual e a Administração Pública.



e. Vermelho: Crimes contra a pessoa – vida, liberdade, domicílio e honra.



Conforme dito anteriormente, há casas responsáveis por conferir nuances de emoção, dinamismo, desafio, sorte e azar ao jogo. São na cor amarela e estão dispostas na seguinte lógica de apresentação:

- a. Apenas amarela: não joga, fica nela e passa a vez.
- b. Amarela com desenho de algemas: Detenção – é feito o desenho ou mímica, mas quem pode adivinhar são os participantes das outras duplas (a que descobrir do que se trata, prossegue jogando).
- c. Amarela com desenho de grades: Reclusão – não joga, fica nela, passa a vez e fica uma rodada sem jogar.
- d. Amarela com desenho de cadeado: RDD (Regime Disciplinar Diferenciado) – volta quatro casas.

Essas representações tem razão de ser no panorama do Direito Penal: Detenção, Reclusão e RDD são regimes de cumprimento de pena que variam conforme a gravidade do delito e o comportamento do reeducando em execução penal. Assim, mesmo nesta parte em que os participantes da dupla ficam para

trás na corrida rumo à “saída”, todos tem o acionamento do gatilho da aprendizagem quanto à essência desses institutos penais.

Para jogar, portanto, os participantes precisam ter os seguintes objetos: o tabuleiro, os montantes de cartas (separadas por cor e embaralhadas), um dado, um cronômetro (hoje todos nós temos um em nossos aparelhos de telefonia celular), folhas de sulfite e canetas (para fazer os desenhos), três pequenos objetos que caibam nas casas do tabuleiro para representar as duplas (podem ser até tampinhas de garrafa, por exemplo) e, claro, o *Vademecum* (compilação da legislação brasileira que contenha o Código Penal, o Código Civil e a Legislação Penal Extravagante).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou tecer observações relativas à Educação no nível superior e adotou, como referencial teórico, a obra *Homo Ludens: o jogo como elemento da cultura*, de Johan Huizinga. Entendeu-se, assim, que a ludicidade e o “brincar com coisa séria” se mostram plenamente aptos a conferir aprendizagem significativa do Direito Penal, exemplificada aqui pelo emprego da ferramenta que se nominou como ***Direito Penal em jogo***.

Discutiram-se argumentos em favor da consideração da Educação como gênero, que tem como um dos meios de sua concretização o ensino – o qual, muito especialmente no caso da formação superior dos futuros profissionais do Direito, não pode prescindir da agregação na prática docente de valores consoantes à ética solidária do Estado Democrático de Direito.

Abordaram-se, ainda, alguns relevantes aspectos do presente na Educação jurídica atinentes à própria conformação histórica dos cursos de Direito no Brasil e também as dificuldades que se apresentam especialmente em razão da velocidade da informação a que se expõem atualmente.

No mesmo ponto falou-se a necessidade de certa ruptura com aquele paradigma (quase fetichista!) de poder subjacente à Educação em Direito, pois se pugnou aqui por uma docência nesta área que privilegie o discente no seu caráter

de sujeito do processo ensino-aprendizagem, conferindo-lhe autonomia e participação na construção de seus próprios saberes.

Em atenção à possibilidade de análise por leitores não pertencentes à área do Direito (ou mesmo aos juristas não afetos à *práxis* criminal), foram lembrados aspectos fundamentais do Direito Penal, cuja compreensão é imprescindível à total apreensão do significado do jogo de tabuleiro como instrumento formativo auxiliar.

Ao final, explicaram-se as regras do ***Direito Penal em jogo***, assim como as possibilidades lúdicas, formativas e educativas às quais o protótipo visa.

Como já se disse o Direito Penal em jogo, desde sua versão original pintada com canetas hidrográficas em cartolina que visava atender um anseio metodológico discente relativo ao Exame de Ordem, até sua recompreensão como instrumento andragógico de expressiva potencialidade na Educação superior em Direito, tem sido jogado com entusiasmo e alegria por quem o acessou.

Espera-se com esta iniciativa contribuir com a mitigação da crise hodiernamente enfrentada pela Educação jurídica, trazendo uma ideia a professores criativos que estejam firmemente compromissados à formação dos futuros profissionais do Direito – sem lavar suas mãos diante das dificuldades e sem culpar exclusivamente as vicissitudes da Educação básica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. – Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. – Saraiva. São Paulo. 2007. v. 1.

CASTILHO, M. A.; TONUS, L. H. O lúdico e sua importância na educação de jovens e adultos. – **Synergismus Scyentifica**. Vol.3, p. 2-3. Universidade Tecnológica Federal do Paraná: Pato Branco, 2008.

CAVALCANTI, R. de A. Andragogia: A Aprendizagem nos Adultos. – **Revista de Clínica Cirúrgica da Paraíba**, n.º 6, Ano 4 (julho de 1999).

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. – 5.ed. – São Paulo: Atlas, 2007.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**. – 11.ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HUIZINGA, J. **Homo Ludens**: o jogo como elemento da cultura. Tradução João Paulo Monteiro; Revisão Mary Amazonas Leite de Barros. – 4.ed. – Perspectiva: São Paulo, 2000.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. – Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp.15-22.

MIRABETTE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de Direito Penal**. – 25.ed. – Atlas: São Paulo, 2006.

NALINI, J. R. Há esperança de justiça eficiente? In: **Justiça e [o paradigma da] eficiência**. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp.126-148.

NORONHA, E. M. **Direito penal**. – 37.ed. – Saraiva: São Paulo, 2003.

REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. – 27.ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

ROMÃO, J. E. **Avaliação dialógica**: desafios e perspectivas. – São Paulo: IPF/Cortez, 1998.

SANTO, E. E. Educação lúdica da Paideia à contemporaneidade: elementos para uma práxis educativa no ensino de jovens e adultos. – **Revista Intersaberes**. Vol.7 n.13, p. 159-177. Jan. – Jun. 2012.

A TRAJETÓRIA DA SOCIOLOGIA JURÍDICA NO BRASIL

Rafael Sampaio Rocha,
Vanessa Gomes Leite.

RESUMO: Após realizar uma contextualização histórica acerca da trajetória da sociologia jurídica no Brasil, o presente estudo promoverá uma reflexão acerca dos principais desafios para seu efetivo desenvolvimento, evidenciando-se os principais temas que merecem destaque e que contribuem decisivamente para a consolidação da sociologia jurídica enquanto campo de reflexão científica e interdisciplinar do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Sociologia Jurídica. Interdisciplinaridade.

1 INTRODUÇÃO

O direito brasileiro possui raízes profundas no direito romano, tendo em vista ter sido o Brasil colônia de Portugal, que, por sua vez, desde o início do império romano, foi província de Roma, quando esta ainda era um Estado unitário centralizado.

Ademais, a emancipação brasileira em relação ao direito não acompanhou sua emancipação política, tendo permanecido vigentes as ordenações filipinas no Brasil imperial até que fossem editadas suas normas próprias. Com a abolição da escravidão, o advento da República e o contínuo processo de urbanização, o País adquiriu progressivamente uma nova semântica social. Cada vez mais, direito e sociedade passaram a apresentar uma necessária interdependência para o efetivo desempenho de ambos, não havendo qualquer lógica em uma relação dicotômica.

Nesse contexto, a necessidade de se extrapolar a letra da lei nasceu da própria inserção no campo do direito de outras ciências, as quais propunham uma reflexão sobre o direito sob diversas óticas: transdisciplinar, crítica, problematizante, histórica e não-dogmática. Assim, em decorrência da influência de outras ciências (sociologia, antropologia, ciência política, etc) no direito,

desencadeou-se um processo de estranhamento das instituições jurídicas por meio de uma reflexão crítica.

Tratando-se especificamente da sociologia, convém destacar que tal ciência tem como pressupostos básicos dois processos histórico-sociais. O primeiro consistente em um processo de secularização de atitudes e do modo de se compreender a natureza humana, a origem e o funcionamento das instituições, e os motivos do comportamento humano. O segundo, em um processo de racionalização que projetou na esfera de ação coletiva a vontade de conhecer, explicar e dirigir o curso dos acontecimentos, das relações humanas com o universo às condições da existência social.

Mais precisamente, quanto à influência da sociologia no direito, esta iria levar, cedo ou tarde, à realização de pesquisa empírico-científica, sem o que não existiria ciência social propriamente dita. Ocorre que, como não há, no campo do direito, tradição de pesquisa empírica, as pesquisas no âmbito da sociologia jurídica demoraram a surgir, e seu número ainda é pouco significativo.

Diante do exposto, o presente estudo procurará descrever a trajetória da sociologia jurídica no Brasil e promover uma reflexão acerca dos principais desafios para seu desenvolvimento, evidenciando-se os principais entraves para a consolidação da sociologia jurídica enquanto campo de reflexão científica e interdisciplinar sobre o direito.

2 BASES HISTÓRICAS

A herança romana no direito brasileiro decorre de sua colonização ibérica, haja vista que Portugal fora anteriormente colônia de Roma, absorvendo suas regras e costumes. Na realidade brasileira, não houve sequer processo de aculturação (cultura superior domina cultura inferior), já que o direito dos negros e dos índios que viviam no Brasil colonial, baseado em usos e costumes, era considerado extremamente 'fraco' para prosperar em face das ordenações filipinas.

Registre-se que, do Império à República, o País passou por diversos contextos históricos, políticos e jurídicos, e tais mudanças são decorrentes das

necessidades que surgiam a partir do processo de modernização e de complexidade do povo. Constata-se, pois, uma interdependência entre sociedade, política e direito, que forma um sistema de engrenagem, no sentido de que a origem e o fim de cada um devem ter como base os demais, com vistas a garantir a manutenção e o desenvolvimento de todo o sistema.

2.1 Do direito colonial ao direito republicano

Enquanto colônia, o Brasil não tinha direito próprio, vigorando o direito da metrópole portuguesa. Os índios, os quais já habitavam nas terras brasileiras, foram escravizados, participando do direito pátrio apenas na condição de objeto de direito real. O fato de eles não terem um sistema jurídico próprio, pois as suas crenças e tabus revelavam-se suficientes para regulamentar a vida coletiva, não permitiu qualquer imposição de suas 'leis' na construção do ordenamento jurídico brasileiro (MACHADO NETO, 1987, p. 309-310).

No contexto cultural, mais visível do que o índio é o negro. Ocorre que a sua aculturação e escravidão no Brasil inviabilizaram qualquer condição de competição com o luso. Assim aduz Tabosa Pinto ((2005, p. 557): "Somente em casos raros, quando uma cultura militarmente vitoriosa encontra como vencido um povo de muito superior evolução cultural, é que se pode conhecer a possibilidade de influência jurídica e cultural dos vencidos".

No caso brasileiro, de um lado, havia o colonizador português, representante de uma cultura herdada do direito romano, revelando uma tradição jurídica milenária. De outro, havia povos de origem tribal conivente com o período neolítico, desprovidos de qualquer regulamentação realmente jurídica. Não houve, portanto, processo de aculturação (cultura superior domina cultura inferior).

Segundo Boris Fausto (1997, p. 60), fundamental foi o papel da Igreja de garantir a soberania portuguesa sobre a Colônia, promovendo a obediência desta em relação ao Estado português. Com efeito, Florestan Fernandes (1977, p. 16) pontua:

A organização do clero na sociedade brasileira colonial fazia dele uma força de conservantismo cultural tão exclusivista quão intolerante. Por isso, sua atividade, na medida em que operava como estamento

intelectual, se confinava sobretudo à defesa e à perpetuação de sentimentos, ideias e valores consagrados oficialmente pela Igreja.

O catolicismo transplantou para o Brasil um conhecimento que não encontrava fundamentos ou premissas na ordem social vigente. Enquanto que na Europa os processos de desenvolvimento do pensamento, da economia e da sociedade podem ser interpretados de maneira processual interdependente; no Brasil, essa relação não se revela perceptível, tendo em vista o fato do saber racional adotado não decorrer do produto das exigências da circunstância histórico-social. Já que a sua concepção de mundo era importada da cultura europeia, surgia a necessidade de uma adaptação (FERNANDES, p. 1977, p. 18).

Durante o período do império, houve a emancipação política do Brasil, contudo esta não foi acompanhada pela sua autonomia em relação ao direito, permanecendo vigentes as ordenações filipinas. Após a elaboração da Constituição de 1824, houve constante conflito entre as forças do governo e as forças do mandonismo local, representado pelos deputados da assembleia constituinte.

Segundo Antônio Candido (2006, p. 272), coube aos juristas brasileiros o papel social dominante no Brasil oitocentista, na medida em que era de sua incumbência a definição de um Estado moderno e a interpretação das relações entre a vida econômica e a estrutura política. Ocorre que os intérpretes da sociedade sofreram fortes influências das doutrinas evolucionistas científicas e filosóficas, tendo em vista o surto científico que marcou a segunda metade do século XIX.

As principais preocupações e orientações da sociologia brasileira decorrem do evolucionismo, como a demasiada observância dos fatores naturais (especialmente a raça), das etapas históricas e das sínteses explicativas. Isso explica a predominância do critério evolutivo e a preferência pela história social, ou a reconstrução histórica que ainda hoje marcam os nossos sociólogos e os tornam continuadores lógicos da linha de interpretação global do Brasil. Nesse sentido, Antônio Candido (2006, p. 272) adverte:

É preciso salientar que o evolucionismo não constitui importação artificial de modas europeias, mas se adequou as várias de nossas realidades locais, de povo que procurava justamente construir de si mesmo uma representação coerente no plano ideológico, preocupado com o peso do

passado escravocrata, as possibilidades do desenvolvimento futuro, o significado positivo ou o negativo que teriam neste processo as raças díspares e a decorrente mestiçagem.

Partindo do pressuposto de que há uma relação direta entre as formas de concepção do mundo e as técnicas de consciência social, a sociologia dificilmente poderia encontrar condições acessíveis de integração a uma sociedade escravocrata e senhorial. Florestan Fernandes (1977, p. 28) apresenta dois obstáculos culturais do século XIX no País: os decorrentes da incompatibilidade da ordem patrimonial com a livre exploração do pensamento racional e os emanados das resistências culturais do meio aos fundamentos da concepção científica do mundo.

Quanto ao primeiro obstáculo, os métodos racionais e científicos trazidos pela sociologia eram importados da comunidade europeia, mas ‘peneirados’ conforme a sua fidelidade manifesta à ordem patrimonial, ou seja, adotavam-se as técnicas racionais de consciência social desde que coniventes aos interesses sociais, políticos e econômicos da alta sociedade. Havia, portanto, uma indiferença dos papéis sociais, inerentes às atividades intelectuais. Florestan Fernandes (1977, p. 29) explana:

Na mesma posição social se concentravam papéis sociais discrepantes, que iam das atividades de liderança no grupo doméstico e na propriedade rural às atividades profissionais no âmbito das profissões liberais e da burocracia, onde se instalavam as ações intelectuais. Em consequência, pela própria situação do sujeito criador, a atividade intelectual ficava, por assim dizer, sufocada dentro de um cosmos moral fechado, conservador e de interesses espirituais limitados.

Quanto ao segundo, a sociologia (técnica de explicação racional do comportamento humano e da origem ou do funcionamento das instituições) encontrou natural resistência de absorção em uma sociedade pautada pelas tradições, por interesses conservadores e por valores religiosos. Trata-se de um obstáculo interno, mental ou espiritual. Com efeito, a dominação senhorial e a ordem patrimonialista repousavam na fiel observância dos costumes e das tradições. Sendo assim, um ponto de vista tendente a expor o comportamento humano à análise racional chocava a mentalidade dominante, suscitando desconfianças (FERNANDES, 1977, p. 30).

Florestan Fernandes aponta duas figuras cruciais que intervieram no sistema tradicional e católico da sociedade brasileira: o padre e o bacharel de direito. Ocorre que ambos causaram repulsa no sociólogo. Veja:

As concepções do direito, que podiam receber aceitação e legitimação na ordem patrimonialista, implicavam em defini-lo como uma realidade a-história e como expressão de uma ordem natural. Doutra lado, a concepção dominante sobre a vida religiosa, a existência de Deus, a origem das instituições religiosas e da criatura humana, era de natureza teológica e se subordinava à doutrina oficial da Igreja Católica. Em consequência, o ponto de vista sociológico foi repellido e identificado como sendo uma posição materialista, ímpia e dissolvente (FERNANDES, 1977, p. 31).

Na primeira fase do período republicano, com o advento da Constituição de 1891, o Estado brasileiro passou de monarquia constitucional, unitária e parlamentarista para república federativa presidencialista, mas apenas em termos formais, tendo em vista a não ocorrência de mudanças profundas na sociedade.

Dentre os fatores que ocasionaram o fracasso da importação do modelo federativo americano, Tabosa Pinto (2005, p. 557) destaca a desigualdade dos estados-membros da federação. A causa da revolução de 30 é uma prova disso, já que foi o não cumprimento da política do café com leite que a desencadeou. No contexto, como o voto não era secreto e os fazendeiros detinham muita autonomia local, cada trabalhador da respectiva fazenda via-se compelido a votar em quem seu patrão decidia.

Acerca do desenvolvimento institucional da sociedade brasileira para uma autonomia racional, vários são os fatores que lhe prejudicaram, como o fato de o objetivo da aristocracia brasileira, no que tange ao ensino superior, residir na formação de uma elite capaz de exercer influências políticas, e não para o desenvolvimento intelectual democrático da sociedade. Nesse diapasão, o bacharel em direito destaca-se e as Faculdades de Direito tornaram-se as principais agências de educação superior no País. Ocorre que, somente por meio da atividade dos bacharéis o pensamento racional vinculava-se à solução dos problemas emergentes nas esferas política, administrativa ou privada. Florestan Fernandes (1977, p. 19) esclarece:

Isso teve a sua importância prática, como se verifica pela história social do império, mas acabou vinculando demasiadamente o único desenvolvimento do pensamento racional, consistente com a organização da sociedade brasileira, aos interesses da camada

senhorial. Na verdade, o bacharel se transformou em agente e prolongamento do senhor rural no mundo urbano da corte ou das capitais das províncias.

Assim, a sociologia apenas pôde se fazer presente na sociedade brasileira, conseqüentemente na criação e na aplicação do direito, a partir do momento em que ultrapassou a barreira cultural, ou seja, quando o pensamento racional pôde libertar-se dos controles sociais, que confinavam sua influência aos imperativos morais ou religiosos e aos interesses sociais ou econômicos da ordem social estabelecida. A partir disso, tornou-se possível utilizar o pensamento racional para a realização de críticas aos fundamentos da ordem social vigente.

Em 1916, finalmente houve a emancipação brasileira na esfera do direito civil, fruto dos estudos do professor e jurista cearense Clóvis Beviláqua. O Código Civil de 1916 ajustou-se à sociedade brasileira, à época conservadora, individualista e liberal. Incorporou também certos princípios morais em consonância com um espírito de tolerância. Havia, contudo, certo conflito ideológico, e não de interesses econômicos, entre grupos da camada superior:

Enquanto a burguesia mercantil aspirava a um regime político e jurídico que lhe assegurasse a mais ampla liberdade de ação, tal como preconizava a ortodoxia liberal, a burguesia agrária temia as conseqüências da aplicação, ao pé da letra, dos princípios dessa filosofia política, consciente, como classe, de que a democratização de fundo liberal se faria ao preço do seu sacrifício (PINTO, 2005, p. 563).

Alie-se isso à aparente superestrutura política, deturpada pelo coronelismo, que somente resguardava os interesses dos proprietários de terra (PINTO, 2005, 564). O fato de as transformações políticas causarem efeitos sobre a organização econômica forçou a aristocracia rural a participar e intervir nas questões políticas, tendo como fim influir na organização do estado e manter o status quo social.

A sociedade somente começa a sofrer modificações relevantes a partir da década de 30 (início do período da nova república). A efêmera e democrática constituição de 1934 consignou direitos, como o voto feminino e o fortalecimento da harmonia e independência dos poderes. Já a Lei Maior de 1937 foi outorgada, oferecendo base para o aumento dos poderes do chefe do Executivo. O governo tornou-se agente de exportação, tendo como principal consumidor os Estados Unidos da América – EUA.

Por outro lado, conforme Antônio Candido (2206, p. 271), o início do decênio de 1940 correspondeu à consolidação e generalização da sociologia

como disciplina universitária e atividade socialmente reconhecida, acompanhada por uma regular produção no campo da teoria, da pesquisa e da aplicação.

A redemocratização veio com a promulgação da Constituição de 1946, havendo pouca diferença entre ela e a de 34. A Constituição de 1967, que foi reformulada em 1969, assemelha-se ao certame do Estado Novo, havendo a liderança de um regime autoritário e militar. Por fim, democracia retorna com a publicação da Constituição de 1988, denominada de cidadã, pois “aperfeiçoou e modernizou instituições jurídico-políticas da esfera pública, como o funcionamento dos poderes e a expansão de sufrágio, mas também aquelas de interesse mais direto e imediato do cidadão” (PINTO, 2005, p. 549).

2.2 A vinculação entre a sociologia e o direito no Brasil

Existe uma relação direta entre a sociedade, a política e o direito. A sociedade consiste em um sistema social capaz de manter constantes relações entre as ações em um ambiente complexo. Revela-se ela matéria prima e produto do sistema político e do jurídico. Diante do dinamismo social, a política age na adequação de uma norma à realidade para, posteriormente, ser validada na esfera jurídica, logo a ordem jurídica equivale a produto do poder político, conforme assevera Norberto Bobbio (2003, p. 153). Acerca da relação de interdependência entre política e direito e seu reflexo na sociedade, Luís Roberto Barroso (2006, p. 272) pontua:

Pretender que uma forma de controle social, como o Direito, pudesse abolir a Política, exigiria que todos os homens, em dado momento e lugar, pensassem sempre do mesmo modo, alimentassem as mesmas crenças e almejassem os mesmos fins. Ou seja: que não fossem humanos, na plenitude e grandeza de sua liberdade de sentir, acreditar e criar. Nenhuma ditadura, por mais implacável, jamais conseguiria isso.

A política pode sobrepor-se ao direito diante da falta de aplicabilidade de uma norma ao encontrar-se destoante da realidade social, isto é, quando a política se vê limitada por normas jurídicas ineficazes. Por outro lado, as normas podem exercer mudanças na sociedade quando esta precisa ser limitada para a manutenção de uma convivência pacífica e digna entre todos. Vale ressaltar que a Constituição Federal, maior de todas as criações políticas, funciona como centro

de relações recíprocas entre os sistemas sociais autônomos da política e do direito.

Niklas Luhmann (1983, 170) observou o direito como uma estrutura cujas formas de seleção são definidas pelo sistema social. Além do direito, existem outras estruturas sociais, como as cognitivas, os meios de comunicação (a verdade e o amor, por exemplo) e a institucionalização do esquema de diferenciação de sistemas na sociedade.

O direito, contudo, é imprescindível enquanto estrutura, na medida em que os homens não conseguem orientar-se entre si sem a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas. Referida estrutura tem que ser institucionalizada ao nível da própria sociedade, já que apenas ela possui capacidade de criar instâncias competentes para outros sistemas sociais. O direito, portanto, deve modificar-se em consonância com respectiva sociedade, a qual ele regula. Veja:

Isso significa que na passagem da sociedade arcaica para as altas culturas, e destas para as sociedades modernas modificam-se aqueles dispositivos que garantem a formação de generalizações conscientes de expectativas comportamentais, e com isso muda a forma da vigência do direito. A afirmação dos diversos mecanismos de generalização modifica-se naquilo que ela pressupõe, e naquilo que ela causa. Um número maior de comportamentos mais variados torna-se juridicamente possível. Diminui a dependência do direito de sentidos concretamente fixados e da amalgamação com outras esferas funcionais como a linguagem, estruturas cognitivas, meios de comunicação, formas de socialização; por outro lado, cresce a dependência de um mecanismo especial de seleção do direito vigente e de tudo aquilo que esses dispositivos complementares e aparadores pressupõem. A formação do direito se retira dos sistemas cotidianos estruturalmente simples, funcionalmente difusos, e é 'estatuído' por outros sistemas. As premissas sócio-estruturais da formação do direito deslocam-se em direção de condições e interdependências mais complicadas, de maior improbabilidade e maior capacidade de desempenho (LUHMANN, 1983, p. 174).

Assim, é possível estabelecer uma ligação da teoria do direito com uma teoria da evolução social. Para Luhmann, esta, entretanto, deve ser interpretada conforme a concepção da teoria dos sistemas, e não como um processo causal simples, no sentido de causa e efeito, tendo como princípio a luta pela sobrevivência com o fim de chegar ao progresso.

Deve-se levar em consideração o efeito regulador da evolução, no qual a diferenciação e a luta pela sobrevivência consistem em partes do raciocínio. O

mundo abrange todos os sistemas individuais, tornando-se mais complexo e problemático. Cada conquista evolutiva aumenta a complexidade e a contingência do ambiente de todos os outros sistemas. A partir disso, é que as estruturas da sociedade, inclusive o direito, sofrem pressões para realização de transformações (LUHMANN, 1983, p. 170-171).

Oliveira Vianna explana a problemática do costume de nossos políticos e legisladores de ignorarem a realidade social brasileira (*folkways*³⁷) ao importarem práticas e formas de organização de Estado de outros países, em especial dos EUA. Ocorre que esse processo silogístico está fadado ao fracasso, na medida em que se trata de realidades totalmente divergentes, logo as consequências jurídicas, políticas e sociais dos modelos internacionais trazidos para o sistema brasileiro também serão distintas.

Essa mentalidade ilógica decorre das condições em que se vem processando a cultura de nossas elites intelectuais e políticas e das peculiaridades da nossa formação mental. Ao procurarem resolver os problemas do nosso direito público e constitucional e da nossa política administrativa, ignoram profundamente o único que jamais poderia ser ignorado: o povo brasileiro.

Cite-se, como exemplo, a igualdade jurídica e constitucional dos membros da sociedade americana importada pelo Brasil. Tendo como foco o povo, e não as leis, no Brasil, diferentemente do que ocorreu nos EUA, não houve uma classificação racial formalizada em preto ou branco, tendo em vista as constantes miscigenações dando ensejo a uma categoria intermediária em constante crescimento, qual seja o mulato. Cabe mencionar, conforme Roberto Damatta (1986, p. 42-43), que o preconceito racial predominante no Brasil é decorrente do fenótipo, mas o dos Estados Unidos, da origem (ascendência).

³⁷ O termo "folkways" foi pela primeira vez introduzido no vocabulário das Ciências Sociais por Summer (1906, *Folkways: a study of the sociological importance of usages, manners, customs, mores and morals. New York: Dover*), e se refere ao estudo da importância social dos usos, maneiras, costumes, mores e normas étnicas. Para ele, os folkways desempenham uma função crucial na compreensão das sociedades: dizem respeito àquelas realidades cristalizadas pela repetição costumeira, pela transmissão que é feita entre gerações, capazes de exercerem pressão sobre as condutas individuais e de organizarem sistemas sociais coerentes.

Na realidade americana, pregava-se o horror da mistura íntima entre camadas sociais, devendo estas permanecer diferenciadas, mesmo em meio a uma sociedade 'igualitária' e protestante. A figura do mulato era vista como imoral. Tal fato não existiu na sociedade brasileira. Contudo, embora a miscigenação fosse vista de maneira positiva no Brasil, nossa sociedade hierarquizada opera por meio de gradações, conduzindo ao mito de uma democracia racial (DAMATTA, 1986, p. 46-47). Registre-se que o princípio da isonomia apenas foi verdadeiramente assegurado no Brasil após a sua positivação jurídica na Constituição Federal de 88'.

Por conta desse silogismo sem pressupostos e condições, Oliveira Vianna denominou os constitucionalistas, os legisladores e os juristas brasileiros de idealistas utópicos, visto que constantemente consideram o fundo cultural do povo brasileiro como fator estranho e irrelevante. Veja:

No fundo, o seu raciocínio construtor trabalha sobre abstrações sobre meras hipóteses logo admitidas como verdades dogmáticas; sobre teses vagas, logo consideradas como realidades objetivas. E tudo se passa como se a massa viva do povo, como se os homens de carne e osso que deverão executar estas teses, pôr em prática estas conclusões, deduzidas de premissas assim abstratas, não importassem no caso e fossem apenas '*des quantités négligéables*'. (VIANNA, 1987, p. 19).

Dessa maneira, o mecanismo político brasileiro acaba tornando-se inócuo no que diz respeito a sua finalidade de garantia do direito, haja vista sua inadaptação às condições reais da sociedade em que deveria funcionar. Por fim, "O que realmente denuncia a presença do idealismo utópico num sistema constitucional é a disparidade que há entre a grandeza e a impressionante eurritmia da sua estrutura teórica e insignificância do seu rendimento efetivo" (VIANNA, 1987, p. 20).

Tal distância entre direito e sociedade reflete também no papel desempenhado pelo bacharel em direito. Antônio Carlos Wolkmer concorda com Oliveira Vianna, no que diz respeito ao fato de a tradição do bacharelismo jurista brasileiro ter base legalista dissociada da sociedade concreta e das grandes massas populares. Wolkmer (2000, p. 104), porém, traz uma postura otimista na redefinição do papel do advogado contemporâneo:

Há de se repensar o exercício da prática jurídica, tendo em conta uma nova lógica ético-racional, capaz de encarar a produção dos direitos como inerentes ao processo histórico-social, um Direito que transpõe os

limites do Estado, encontrando-se na práxis social, nas lutas cotidianas, nas coletividades emergentes, nos movimentos sociais etc.

Dessa maneira, diversos são os problemas trazidos pela dissociação entre direito e sociedade, refletindo em um ordenamento bem como em um Poder Judiciário distantes dos anseios do povo destinatário. O primeiro não possui um fim em si mesmo, mas a manutenção de um pacífico convívio social. Em razão disso, seus aplicadores (juízes, advogados, promotores, professores, dentre outros) necessitam de um conhecimento sociológico profundo, o que demonstra a importância da injeção da sociologia na formação desses profissionais.

3 DESENVOLVIMENTO DA SOCIOLOGIA JURÍDICA BRASILEIRA

Considerando as bases históricas já expostas, pode-se dizer que o desenvolvimento da sociologia jurídica no Brasil se deu através da própria necessidade de se promover uma reflexão crítica sobre o direito e as instituições jurídicas. Como bem assevera Felipe Dutra Asensi (2006), a necessidade de se extrapolar a letra da lei nasceu da própria inserção no campo do direito de outras ciências, as quais propunham uma reflexão sobre o direito da seguinte forma: transdisciplinar, crítica, problematizante, histórica e não-dogmática.

Pode-se afirmar que a sociologia jurídica nasce da constatação da lacuna existente entre o direito teórico e o direito em prática. O descompasso entre direitos assegurados e a prática concreta dos atores sociais requer a inserção da sociologia no campo do direito através da análise da efetividade da norma jurídica. Entenda-se efetividade como o alcance da finalidade pretendida pelo legislador ao criar a norma, conforme bem assevera Marcelo Neves (2013).

De um lado, a sociologia jurídica busca analisar problemas com relação à efetividade da norma estatal no seio social, especialmente quanto à adesão que as normas jurídicas recebem da sociedade. Por outro, considerando a pluralidade de fontes normativas extraoficiais e a constatação de diversos problemas referentes ao acesso à justiça, a sociologia jurídica passa a se preocupar não somente com a efetividade da norma produzida, mas também com a própria norma em produção, isto é, com os próprios contextos de elaboração desta. Isso

porque a validade da norma também deve ser objeto da sociologia jurídica, tendo em vista que, segundo Max Weber (1956), as pessoas obedecem à norma em função de uma legitimidade, seja ela carismática, racional ou tradicional.

Segundo Eliane Junqueira (1994), a originalidade da sociologia jurídica consiste na possibilidade de se produzir uma reflexão regional de leis abstratas, ou seja, ela permite uma análise do direito vivido pelos atores em suas práticas. Por essa razão, é de suma importância para o processo de transformação da metodologia de ensino do direito, já que se trata de uma disciplina voltada para a realidade social, com uma forte presença empírica. Para tanto, o ensino jurídico deve ser dotado de um maior rigor científico, com ênfase na análise crítica, humanista e se afastando do senso comum da objetividade do conhecimento jurídico em prol de sua contextualização com a realidade social.

Considerando o caráter interdisciplinar da sociologia jurídica, seria esta pertencente ao direito ou à sociologia? Para Eliane Junqueira (1994), a sociologia jurídica seria um ramo das ciências sociais. Entretanto, o tema não é pacífico. Celso Capilongo e Eduardo Faria (1991), por exemplo, preferem diferenciar a sociologia do direito, realizada por sociólogos (perspectiva externa), e a sociologia no direito, realizada por juristas (perspectiva interna).

3.1. O ensino da sociologia jurídica no Brasil

O período de formação da sociologia jurídica no Brasil vai do início do século XX aos anos 30, período que corresponde à primeira fase da história da sociologia no Brasil. Dentre os nomes mais representativos dessa fase, destacam-se três juristas: Paulo Egídio (1843 - 1906), tendo se dedicado à sociologia criminal; Oliveira Vianna (1883 - 1950), pontificado nas áreas do Direito Público e da Ciência Política; e, Pontes de Miranda (1892 - 1979), que, segundo Tabosa Pinto (2005), foi o mais brilhante e independente dos três. Em âmbito cearense, o autor destaca, também, a importância dos cearenses Clóvis Beviláqua e Joaquim Pimenta, além do pernambucano Soriano de Albuquerque.

O estudo da sociologia começou a desenvolver-se, e, com ele, o estudo e a pesquisa da sociologia jurídica após a oficialização do ensino da sociologia,

ainda na década de 20, nos cursos secundários (Colégio Pedro II, do Rio de Janeiro, e Escolas Normais do Distrito Federal e de Recife), e, no início dos anos 30, nas escolas superiores das Universidades do Rio de Janeiro e de São Paulo.

O ensino da sociologia jurídica como disciplina obrigatória e autônoma nos cursos de graduação em direito começou a ser ofertado no Recife, em 1964. Dez anos depois, as Faculdades de Direito Bennet e Estácio de Sá adotaram a mesma iniciativa, enquanto que a Universidade Gama Filho passou a adotá-la como disciplina optativa.

Por decisão do Ministério da Educação – MEC (Res. N° 03/72 – Anexo III), a sociologia passou a integrar a estrutura curricular do curso de direito, como disciplina obrigatória, podendo seu currículo incluir ou não tópicos de sociologia jurídica. Até que, em 1994, pela Portaria n.º 1886, o MEC passou a considerar como disciplinas obrigatórias para os cursos de direito tanto a sociologia geral quanto a sociologia jurídica.

Também em Recife, em 1963, a sociologia jurídica passou a ser lecionada como disciplina obrigatória nos cursos de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Federal de Pernambuco. O mesmo ocorreu logo depois na PUC/RJ, UNB, UFBA, UFMG, UFSC, UFC e USP.

Tabosa Pinto (2005, p. 572-573) ressalta, ainda, que, como não há, no campo do Direito, tradição de pesquisa empírica, também não há, no campo da sociologia, tampouco da sociologia jurídica, motivo pelo qual as pesquisas demoraram a surgir, e seu número ainda é pouco significativo.

3.2. Desafios para o efetivo desenvolvimento da sociologia jurídica no Brasil

Um primeiro problema a ser destacado diz respeito à própria incorporação da disciplina nos currículos. Celso Campilongo e Eduardo Faria (1991) observam que ainda há faculdades que não incorporaram em seu currículo a sociologia jurídica, o que produz obstáculos relativos à própria capacidade de institucionalização da disciplina enquanto campo de estudo.

Da mesma forma, como bem afirma Felipe Asensi (2006), ainda não há um reconhecimento de que a sociologia jurídica tem a sua própria lógica.

Disciplinas como hermenêutica, ciência política e filosofia têm como professores os mesmos da sociologia jurídica, e vice-versa, sem qualquer respeito às lógicas peculiares de cada campo.

Outra questão diz respeito à necessidade de mudanças no currículo do curso de direito, de modo a conjugar o direito à dinâmica societária, tendo em vista que o ensino do direito nos moldes atuais apresenta despreparo metodológico, ausência de reflexão crítica, falta de pesquisa, falta de extensão, dogmatismo, casuísmo didático, positivismo, e não verificação empírica (JUNQUEIRA, 1994).

Corroborando esse entendimento, um relatório produzido pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), já em 1986, constatava as afirmações acima:

As faculdades de Direito funcionam como meros centros de transmissão do conhecimento jurídico oficial, e não propriamente como centros de produção do conhecimento científico. A pesquisa nas faculdades de Direito está condicionada a reproduzir a 'sabedoria' codificada e a conviver 'respeitosamente' com as instituições que aplicam (e interpretam) o direito positivo. O professor fala de códigos, e o aluno aprende (quando aprende) em códigos. Esta razão, somada ao despreparo metodológico dos docentes (o conhecimento jurídico tradicional é um conhecimento dogmático, e suas referências de verdade são ideológicas e não metodológicas), explica porque a pesquisa jurídica nas faculdades de Direito, na graduação e na pós-graduação, é exclusivamente bibliográfica, como exclusivamente bibliográfica e legalista é a jurisprudência de nossos próprios Tribunais. [...] E os professores falam mais de sua prática forense do que em doutrinas e da jurisprudência dos tribunais. O casuísmo didático é a regra do expediente das salas de aula do curso de Direito, e o pragmatismo positivista, o carimbo do cotidiano das decisões. Os juízes decidem com os que doutrinam; os professores falam de sua convivência casuística com os que decidem; os que doutrinam não reconhecem as decisões. Este é o trágico e paradoxal círculo vicioso da "pesquisa" jurídica tradicional: alienada dos processos legislativos, desconhece o fundamento de interesse das leis; alienada das decisões continuadas dos tribunais, desconhece os resíduos dos problemas e do desespero forense do homem; alienada da verificação empírica, desconhece as inclinações e tendências da sociedade brasileira moderna (FARIA, 1987, p. 34-35).

No mesmo sentido, outra importante agência de fomento à pesquisa, a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), formulou o seguinte diagnóstico para o ensino jurídico praticado no Brasil:

É preciso enfatizar um ensino mais formativo e preocupado em fornecer ao corpo discente um background cultural mais rigoroso, a partir de um enfoque multidisciplinar e sensível aos problemas sócio-econômicos emergentes que, nos últimos tempos, têm exigido institutos jurídicos

novos, menos formais e mais plásticos – como, por exemplo, institutos relativos aos direitos humanos, ao direito à subsistência e ao direito à previdência. A avaliação da pesquisa constatou que não há (a) padrões mínimos de avaliação qualitativa, (b) reflexão metodológica dotada de um mínimo de credibilidade, (c) orientações precisas e modernas, (d) massa crítica, capaz de abrir caminho para uma autocrítica científica, (e) critério de seletividade dos temas, (f) disposição de se fazer algo mais a não ser a repetição dos velhos trabalhos de caráter exegético. Daí a necessidade de se enfatizar, às agências institucionais, um empenho direcionado à recuperação dos cursos de pós-graduação, sem o que o problema de pesquisa no âmbito do Direito não será equacionado. De acordo com o grupo, a pós-graduação em Direito precisa ser mais investigativa, mais formativa, mais multidisciplinar, mais preocupada com temas novos, mais teórica e mais afastada do excesso de academismo impregnado de uma vulgata positivista (FARIA, 1987, p. 35).

Vê-se, portanto, que as críticas destas agências concentram-se na ênfase da distância entre o direito e a realidade social ou, mais precisamente, entre o direito na teoria e o direito na prática, e pressupõem que a pesquisa empírica é uma forma eficaz de redução dessa distância, na medida em que propicia um ambiente científico e afastado do senso comum.

É preciso, pois, afastar das faculdades de direito a função de mero centro reprodutor do conhecimento jurídico oficial, e transformar o espaço acadêmico em centro essencialmente produtor de conhecimento jurídico, por meio do aprimoramento da sociologia no direito. Em regra, o interesse pela disciplina não implica um estudo aprofundado, sendo somente um conhecimento rarefeito e pouco sofisticado.

No que tange aos desafios a serem enfrentados no âmbito da pesquisa, Tabosa Pinto (2005, p. 574) nos leva a refletir que, se ainda é muito reduzido o espaço da sociologia jurídica no ensino da graduação e até não existe em cursos de pós-graduação, como pode haver pesquisa na área? A pobreza da pesquisa em sociologia jurídica se dá tanto na pesquisa pura como na aplicada.

De fato, a qualidade do ensino jurídico é tema central e tem preocupado todos os envolvidos, seja no âmbito acadêmico ou profissional. Em março de 2013, o MEC suspendeu a criação de novos cursos de Direito em todo o país. Meses depois, foi instituída a Câmara Consultiva Temática de Política Regulatória do Ensino Jurídico, tendo como objetivo propor sugestões para: a formulação de uma nova Política Regulatória, a revisão das Diretrizes Curriculares Nacionais e a avaliação dos Cursos de Direito.

O problema da qualidade do ensino jurídico também tem se tornado frequente objeto de matérias jornalísticas, concentrando-se geralmente nos resultados do exame da Ordem dos Advogados do Brasil e dos concursos públicos, como evidências de que a formação é, de maneira geral, bastante falha. Os baixos índices de sucesso sugerem ao senso comum que há cursos e vagas demais na graduação em direito, e que as instituições de ensino proporcionam uma formação deficiente para seus alunos.

Contudo, a centralização do debate na performance profissional dos estudantes de direito em exames e concursos específicos arrisca limitar a compreensão das complexas causas que afetam a situação do ensino jurídico. O debate precisa avançar para dar maior atenção a dados sobre a estruturação e o funcionamento dos cursos de direito, logo, sem o exame crítico de tais dados, a discussão do ensino jurídico corre o risco de se descolar do debate da educação superior como um todo, simplificando uma realidade mais complexa.

Nesse contexto, foi criado o Observatório do Ensino do Direito – OED do Núcleo de Metodologia de Ensino da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, com o objetivo de contribuir para uma melhora qualitativa da reflexão sobre o tema, reunindo, sistematizando, produzindo e divulgando dados de diferentes fontes sobre as condições do ensino jurídico no país.

O OED é um projeto permanente que tem por objetivo reunir, sistematizar e divulgar dados sobre o ensino jurídico nacional, buscando contribuir para o incremento do debate e o aprofundamento das análises na área, servindo como instrumento para qualificar a reflexão sobre a modelagem da cadeia do ensino do direito.

Em outubro de 2013, o OED emitiu um relatório contendo a apresentação de dados consolidados a respeito dos cursos de graduação e pós-graduação em direito e dos respectivos docentes, com base no Censo da Educação Superior de 2012 (INEP) e na Avaliação Trienal de 2010 (CAPES), os quais serão tomados em consideração para o desenvolvimento do presente estudo.

As consolidações elaboradas para análise realizada pelo OED são divididas em dois grandes grupos. O primeiro grupo diz respeito ao perfil dos cursos ministrados no país. São apresentados dados sobre os cursos de

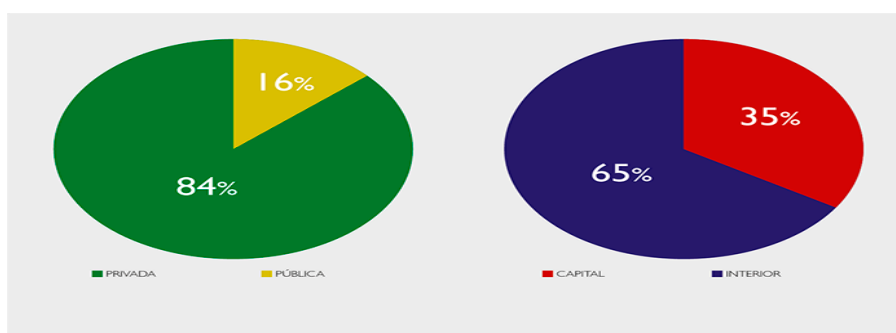
graduação constantes do Censo de 2012, com consolidações por região, por localização (capital e interior) e por rede de ensino (privada e pública). Há uma breve comparação entre os perfis regionais dos cursos jurídicos e entre o perfil dos cursos jurídicos e o perfil dos cursos em geral. Em outro momento, são apresentados dados sobre os programas de pós-graduação, segundo as informações constantes da Avaliação Trienal CAPES de 2010, com consolidações por região.

O segundo grupo diz respeito ao perfil do corpo docente. São apresentadas cinco consolidações: por instituição a que se vincula, por titulação, por gênero, por cor da pele/raça e por regime de trabalho. Para todas elas estruturou-se o relatório da mesma forma: primeiro, a apresentação dos dados nacionais; segundo, a apresentação dos dados por região; terceiro, a contextualização dos cursos de direito no cenário regional, por meio de comparações entre as regiões, e também no cenário do ensino superior brasileiro, por meio de comparações com os dados dos cursos em geral.

Dentre os resultados apresentados, vale destacar que:

- A maioria dos cursos de direito no Brasil corresponde ao seguinte perfil: curso oferecido por instituição privada (84%) e localizado em uma cidade do interior (65%):

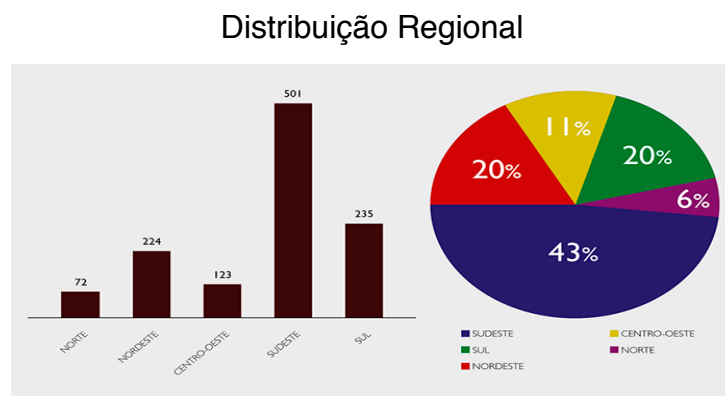
Distribuição Nacional por rede e local



- Embora os cursos de graduação em geral também se concentrem em instituições privadas (66%) e no interior (63%), essa concentração é maior no caso de cursos de Direito, como mostrado acima;
- Em todas as regiões do País, predominam cursos jurídicos oferecidos por instituições privadas. Porém, Norte e Nordeste divergem do perfil

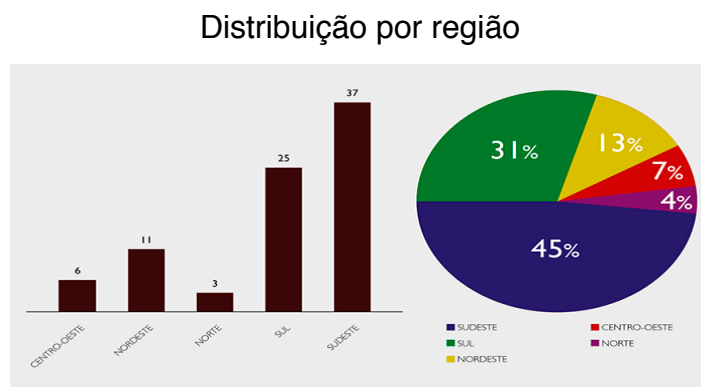
nacional no quesito da localização dos cursos: nessas regiões, os cursos de Direito localizam-se majoritariamente nas capitais;

- 43% dos cursos localizam-se na região Sudeste, proporção superior ao dobro daquela observada nas regiões Sul e Nordeste, empatadas em segundo lugar na distribuição (20%):



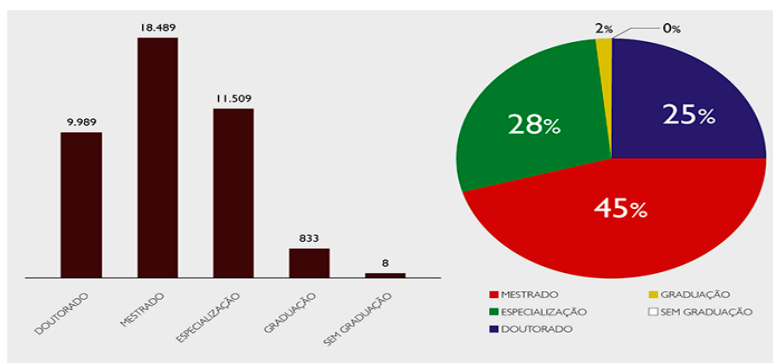
- A Região Centro-Oeste, embora seja a menos populosa de todas as regiões e reúna 11% dos cursos de Direito do País, apresenta o maior número de cursos de Direito por milhão de habitantes (8,53). Ao mesmo tempo, a Região Nordeste, a segunda mais populosa e com 20% dos cursos jurídicos, possui o menor número de cursos por milhão de habitantes (4,15);

- Também no âmbito da pós-graduação, preponderam cursos nas Regiões Sudeste e Sul em detrimento das demais:

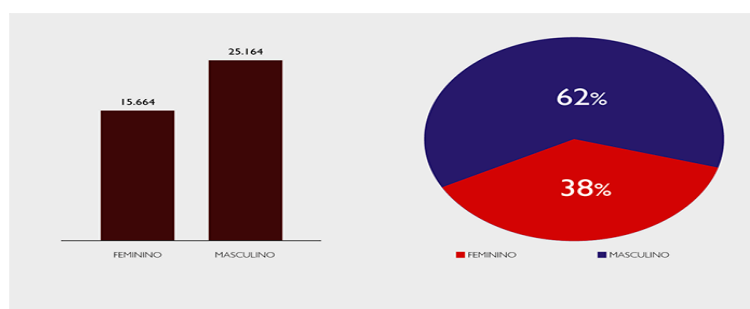


- A maioria dos docentes de Direito do Brasil possui título de mestre, trabalha em regime parcial, é branco e do gênero masculino:

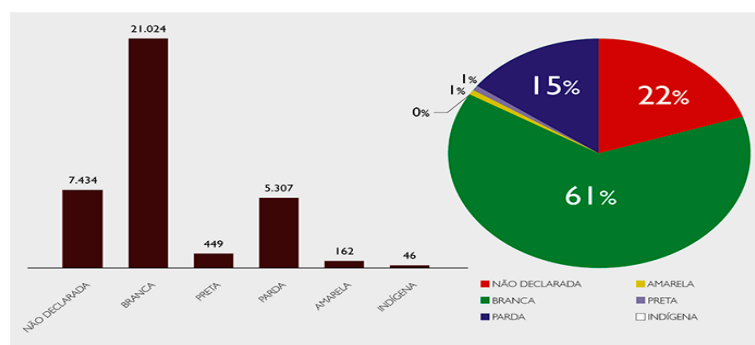
Funções docentes e titulação - Distribuição Nacional



Funções docentes e gênero - Nacional

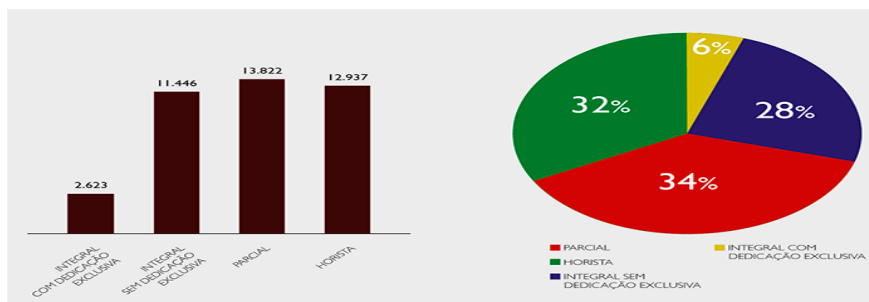


Funções docentes e cor da pele - Nacional



- Quando comparados com os cursos em geral, com 40% de funções docentes com doutorado, os cursos jurídicos caracterizam-se por menor proporção de docentes doutores (25%);
 - As funções docentes em tempo parcial são maioria em todas as regiões, exceto no Sudeste, onde predominam docentes horistas;
 - As funções docentes em tempo parcial ou horista podem ser observadas com maior frequência nos cursos jurídicos (34% e 32%, respectivamente) do que nos cursos em geral (23% e 21%, respectivamente). Por conseguinte, as funções docentes em regime integral eram mais frequentes nos cursos em geral (56%) do que nos cursos de Direito (34%):

Funções docentes e regime de trabalho - Nacional



Da contribuição do estudo realizado pelo OED para o presente trabalho, destaca-se a questão do regime de trabalho dos docentes. Como se constatou, a maioria dos professores de direito (66%) é contratada pelos regimes parcial ou horista, sendo apenas uma irrisória minoria (6%) dedicada exclusivamente ao magistério. Considerando que os docentes horistas e de regime parcial, em regra, acumulam suas funções de professor com outras carreiras, não sendo, na maioria das vezes, sua ocupação principal a de professor, presume-se que esse perfil de professor não se identifica com o de pesquisador, que, em regra, necessita de maior tempo para realização de pesquisas empíricas consistentes.

Além disso, outra questão importante diz respeito à própria institucionalização da disciplina nos cursos de direito. Há cursos que ainda não diferenciaram a sociologia geral da sociologia jurídica, o que contribui para o grande número de professores com formação em ciências sociais ministrando a disciplina nos cursos de direito. Ou seja, a sociologia jurídica é vista como mera continuação da sociologia geral.

Diante de todo exposto, convém trazer à baila o pensamento de Tabosa Pinto (2005, p. 575), segundo o qual o ensino da sociologia jurídica só poderá melhorar, em termos qualitativos, quando a pesquisa na área se alargar e se enriquecer; bem como o de Celso Campilongo e Eduardo Faria (1991), segundo os quais o incremento quantitativo e qualitativo das pesquisas empíricas é um dos desafios mais relevantes. Representa, no contexto brasileiro dos ensinos jurídicos, uma lacuna a ser preenchida.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A emancipação brasileira em relação ao direito não acompanhou sua emancipação política, tendo permanecido vigentes as ordenações filipinas no Brasil imperial até que fossem editadas suas normas próprias. Durante o período republicano, o Brasil importou parâmetros políticos dos Estados Unidos, como o modelo federativo, mas, tendo em vista a distinta realidade social entre ambas nações, não logrou progressos relevantes no País, necessitando haver uma mudança na sociedade, para depois perceber-se um bom funcionamento no sistema político, conseqüentemente no jurídico.

Nesse contexto, a necessidade de extrapolar a letra da lei nasceu da própria inserção no campo do direito de outras ciências, as quais propunham uma reflexão sobre o direito da seguinte forma: transdisciplinar, crítica, problematizante, histórica e não-dogmática. Em outras palavras, foi a partir da influência de outras ciências (sociologia, antropologia, ciência política, etc.) no direito que se desencadeou um processo de estranhamento das instituições jurídicas através de uma reflexão crítica.

Tratando-se especificamente da sociologia, convém destacar que tal ciência tem como pressupostos básicos dois processos histórico-sociais. O primeiro consistente em um processo de secularização de atitudes e do modo de se compreender a natureza humana, a origem e o funcionamento das instituições, e os motivos do comportamento humano. O segundo, em um processo de racionalização que projetou na esfera de ação coletiva a vontade de conhecer, explicar e dirigir o curso dos acontecimentos, das relações humanas com o universo às condições da existência social.

Mais precisamente, quanto à influência da sociologia no direito, esta iria levar, cedo ou tarde, à realização de pesquisa empírico-científica, sem o que não existiria ciência social propriamente dita. Ocorre que, como não há, no campo do direito, tradição de pesquisa empírica, as pesquisas no âmbito da sociologia jurídica demoraram a surgir, e seu número ainda é pouco significativo.

Um primeiro problema a ser destacado diz respeito à própria incorporação da disciplina nos currículos, tendo em vista que ainda há faculdades que não

incorporaram em seu currículo a sociologia jurídica, o que produz obstáculos relativos à própria capacidade de institucionalização da disciplina enquanto campo de estudo.

Da mesma forma, ainda não há um reconhecimento de que a sociologia jurídica tem a sua própria lógica. Disciplinas como hermenêutica, ciência política e filosofia têm como professores os mesmos da sociologia jurídica, e vice-versa, sem qualquer respeito às lógicas peculiares de cada campo.

Outra questão diz respeito à necessidade de mudanças no currículo do curso de direito, de modo a conjugar o direito à dinâmica societária, tendo em vista que o ensino do direito nos moldes atuais apresenta despreparo metodológico, ausência de reflexão crítica, falta de pesquisa, falta de extensão, dogmatismo, casuísmo didático, positivismo, e não verificação empírica.

Diante do exposto, o ensino da sociologia jurídica só poderá melhorar, em termos qualitativos, quando a pesquisa na área se alargar e se enriquecer, e pontos que podem contribuir para esse aprimoramento esbarram, também, na formação dos professores, no tempo que os mesmos dedicam para o magistério, em especial para a pesquisa empírica, o que, de acordo com os recentes estudos do OED, é preocupante, haja vista a imensa maioria dos professores ser contratada em regime horista ou de regime parcial.

REFERÊNCIAS

ASENSI, F. D. . **Uma breve leitura sobre o ensino da sociologia jurídica no Brasil através das análises de José Eduardo Faria, Celso Campilongo e Eliane Junqueira.** Boletim Jurídico (Uberaba), Uberaba, v. 172, 2006.

BARROSO, L. R.. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira.** 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, N.. A política. In: SANTILLÁN, José Fernandes (Org.). **Norberto Bobbio: o filósofo e a política (antologia).** Tradução de César Bejamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, p. 139-158).

CAMPILONGO, C. F. ; FARIA, J. E. . **A Sociologia Jurídica no Brasil.** São Paulo: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

CÂNDIDO, A.. **A sociologia do Brasil**. Tempo social: revista de sociologia da USP, v. 18, n. 1, p. 271-301, 2006.

DAMATTA, R.. **O que faz o Brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: EDUSP, 1997.

FERNANDES, F.. **A sociologia do Brasil: contribuição para o estudo de sua formação e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Vozes, 1977.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Núcleo de Metodologia de Ensino da Faculdade de Direito. **Observatório do Ensino de Direito – OED**. Relatório de Outubro/13.

GOMES, O.. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil brasileiro**. Salvador: Universidade federal da Bahia, 1958.

JUNQUEIRA, E. B. **A sociologia do direito do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

LUHMANN, N.. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

NETO, A. L. M.. **Sociologia Jurídica**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

NEVES, M.. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PINTO, A. T.. **Sociologia geral e jurídica**. Fortaleza: Qualygraf Editora e Gráfica, 2005.

VIANNA, O.. **As instituições Brasileiras**. Vol. 2 Belo Horizonte: Itatiaia Limitada, 1987.

WEBER, M.. “Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft.” In: **Wirtschaft und Gesellschaft**. 4ª ed., organizada e revista por Johannes Winkelmann. Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1956. V. II, p. 551 – 8 Trad. Por Gabriel Cohn.

WOLKMER, A. C.. **Estados, elites e construção do Direito nacional**. In: História do Direito no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

A IMPORTÂNCIA DA SOCIOLOGIA JURÍDICA NA FORMAÇÃO DO PROFISSIONAL DO DIREITO: O CASO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Antônio Armando Freitas Gonçalves

RESUMO: O Direito não se esgota no produto legislado, é fenômeno socialmente construído, sujeito às mudanças que se operam na realidade social. Nesse sentido, uma formação tecnicista do profissional do Direito, voltada exclusivamente para a compreensão do produto legislado, é insuficiente para a compreensão do fenômeno jurídico. É nessa esteira que surge a importância do fenômeno da mutação constitucional, consistente em um processo de mudança por meio do qual, em virtude de uma mudança na realidade social, se altera, através da interpretação constitucional, o sentido de uma norma constitucional sem qualquer mudança de seu texto exposto. Trata-se, portanto, de um fenômeno ligado, por definição, à sociologia jurídica. Nesse contexto, o presente artigo teve como escopo demonstrar, através da análise da importância da mutação constitucional para a teoria da constituição contemporânea, a importância da sociologia jurídica na formação do jurista. Desse modo, a partir de uma análise da compreensão contemporânea da teoria das mutações constitucionais, alinhada à compreensão acerca da Sociologia Jurídica, concluiu-se que a mutação constitucional é fenômeno que exemplifica e indica a importância da adoção de uma perspectiva social na formação jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Sociologia Jurídica; Formação ; Mutação Constitucional;

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno jurídico não pode ser compreendido somente pela análise do produto legislado. O Direito não se esgota na norma. Ele encontra-se vinculado à realidade social, que funciona como causa de criação da norma e como condição de sua eficácia. As normas, e isso não se pode olvidar, são realidades humanas, produtos sociais.

Nesse sentido, a formação do jurista deve ser calcada em conhecimentos que transcendam o tecnicismo, caracterizado pelo simples estudo e sistematização do Direito Positivo. Essa postura dogmática ignora o caráter

multifacetado do fenômeno jurídico. É necessário reclamar por uma formação jurídica que englobe a perspectiva sociológica.

O profissional do direito, portanto, deve estar ciente da realidade social, do pluralismo de classes, interesses, valores, enfim, de toda a complexidade social, pois só assim poderá detectar os “descaminhos normativos”. É dizer, na medida em que o direito posto não corresponde aos valores e interesses efetivamente existentes, nem tampouco à realidade concreta, cabe ao jurista mostrar uma solução para esse descompasso.

A questão ganha importância na medida em que se constata a existência de uma sociedade marcada por desigualdades de diversas ordens, bem como pelas constantes violações aos direitos fundamentais. Nesse contexto, é inquestionável a responsabilidade social dos operadores do Direito, fazendo com que o ensino jurídico ganhe especial relevância, pois atuará de forma decisiva na formação do jurista³⁸.

Nesse sentido, um dos grandes problemas atuais do Direito Constitucional consiste na busca de uma compatibilização entre a necessária maleabilidade da Constituição, tendo em vista as mudanças ocorridas na realidade fática (sociais, políticas, econômicas, entre outras), e a também necessária permanência das normas constitucionais.

É nesse contexto que surge a necessidade de se analisar as denominadas mudanças constitucionais. De acordo com a doutrina, elas podem ocorrer formal ou informalmente. A via formal é aquela prevista expressamente pela ordem constitucional. No caso brasileiro, tem-se o uso do poder constituinte derivado reformador, com a criação de emendas à Constituição.

Já a via informal se resume à mutação constitucional, que consiste em um processo de mudança constitucional por meio do qual, em virtude de uma mudança na realidade social, se altera, através da interpretação ou dos costumes

³⁸ MAIA, Christianny Diógenes; DIÓGENES, Thanara Rocha. Crítica ao ensino jurídico. In: LIMA, Gretha Leite Maia Correia; TEIXEIRA, Zaneir Gonçalves (Org.). **Ensino jurídico: os desafios da compreensão do direito: Estudos em homenagem aos 10 anos do curso de direito da Faculdade Christus**. Fortaleza: Faculdade Christus, 2012.

constitucionais, o sentido de uma norma constitucional sem qualquer mudança do texto expresso da Constituição³⁹.

A importância desse fenômeno reside no fato dele possibilitar uma atualização mais dinâmica e menos traumática da Constituição, tendo em vista o tortuoso e erosivo processo formal de mudança constitucional. A mutação constitucional pode se dar, dentre outras formas, pela interpretação constitucional judicial. Nesse caso, estar-se-ia diante de uma mutação constitucional quando o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, atribuísse a um determinado texto normativo um sentido distinto daquele anteriormente atribuído, em virtude de uma mudança observada na realidade social.

Destarte, tendo em vista que, apesar das constatações sobreditas, o ensino jurídico, na maioria das faculdades brasileiras, não contempla a dimensão sociológica do Direito, trabalhando com um conteúdo marcado pelo dogmatismo, mantenedor de uma compreensão estática do Direito Positivo, de mera reprodução de verdades consideradas absolutas, idealizou-se o presente artigo com o intuito de demonstrar, através da exposição do fenômeno da mutação constitucional, a importância da perspectiva sociológica na formação dos juristas.

2 A SOCIOLOGIA JURÍDICA E O ENSINO JURÍDICO DOGMÁTICO TECNICISTA

O presente tópico tem por objeto a análise do surgimento e a definição da Sociologia Jurídica enquanto ciência, destacando-se a evolução histórica da compreensão bem como sua importância na formação do profissional do Direito

2.1 A Sociologia Jurídica: definição e surgimento

Como tarefa inicial, é imperioso traçar uma definição do que vem a ser a Sociologia Jurídica. Segundo Ramom Soriano (1997, p. 17), a Sociologia Jurídica

³⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

pode ser definida como o ramo da Sociologia que “se ocupa dos fatores sociais no Direito e da incidência que este tem, por sua vez, na sociedade”. Já Óscar Correias (1999, p. 29) a define como “a disciplina científica que tenta explicar as causas e efeitos do Direito”.

Agerson Tabosa (2005, p. 392), analisando ambas as definições, retrata que os autores acabam por designar o mesmo objeto com palavras distintas. É dizer, ambos compreendem que a Sociologia Jurídica estuda tanto os efeitos que diversas variáveis produzem sobre o Direito (suas causas), quanto os efeitos que este produz sobre a realidade social como um todo.

A Sociologia Jurídica, portanto, parte do pressuposto de que o fenômeno jurídico é algo socialmente construído. O Direito emana da sociedade. Em verdade, emana de uma sociedade específica, historicamente determinada, com seus respectivos conflitos sociais: “[...] quando se fala da origem do direito, fala-se da origem de certo direito, quando se diz defender o direito, o que se defende é uma certa concepção de direito”⁴⁰.

Cumprе salientar que o fenômeno jurídico pode ser compreendido sob três perspectivas, quais sejam: a perspectiva normativa, a perspectiva social e a perspectiva valorativa⁴¹. De acordo com Tabosa (2005, p. 401): “Uma compreensão totalizadora da realidade jurídica exige a complementaridade, ou melhor, a recíproca e mútua interdependência e interação destas três perspectivas [...]”.

Ora, não há dúvida de que o Direito se apresenta, de forma imediata, como um sistema normativo (perspectiva normativa), um conjunto de normas válidas dotadas de coação organizada e institucionalizada. Nesse contexto, fala-se da *Ciência do Direito* em sentido estrito. O cientista do Direito, nesse sentido, tem por

⁴⁰ NOVAES, Elizabete David. **Perspectiva sociológica e pluralismo jurídico**: a necessidade de superação do bacharelismo-tecnista na formação do profissional do direito. Disponível em: < <http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-1>>. Acesso em: 10 de maio 2014.

⁴¹ Tal perspectiva não será objeto de análise no presente estudo. Entretanto, impende pontuar que à ela direcionam-se os estudos de Filosofia do Direito, que tem por escopo a análise “dos sistemas de legitimidade, tanto dos incorporados a uma legislação positiva quanto dos aceitos e vividos, como tais, numa coletividade determinada” (TABOSA, 2005, p. 401).

objeto de investigação as normas, enquanto componentes de um ordenamento jurídico⁴².

No entanto, o Direito não se esgota na norma. Como já dito, ele encontra-se vinculado a realidade social, ao “ser”, que funciona como causa de criação da norma e como condição de sua eficácia. As normas, e isso não se pode olvidar, são realidades humanas, produtos sociais. Portanto, é no âmbito da perspectiva social que encontramos a Sociologia do Direito (Jurídica), que trata, de forma científica, do problema das interconexões entre Direito e Sociedade.

Nesse sentido, pode-se dizer que o surgimento da sociologia jurídica, enquanto ciência, provocou mudanças paradigmáticas no estudo do Direito. Questão interessante é a referente ao “dogma da completude” do ordenamento jurídico. Segundo Bobbio (1999, p. 119): “O dogma da completude, isto é, o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer à equidade, foi dominante, e o é em parte até agora, na teoria jurídica europeia de origem romana”.

O dogma da completude tem suas raízes no direito romano medieval, mormente com o surgimento do *Corpus Iuris*, o qual enunciava todas as regras necessárias para os intérpretes solucionarem qualquer problema jurídico. Nos tempos modernos, o dogma encontra-se fundido à concepção de direito estatal. É dizer, o fortalecimento dos Estados provocou o esgotamento das fontes do direito, ou seja, era Direito aquilo que o Estado veiculava⁴³.

Esse fenômeno de monopólio da produção jurídica fez surgir a ideia de que o Estado deveria regular todos os casos possíveis. Se, eventualmente, o juiz não dispusesse de uma regra clara para solucionar determinado litígio, deveria fazer o uso de elementos extra-estatais (costumes, equidade, etc). Essa possibilidade negaria o próprio monopólio estatal. Logo, o Direito deve ser completo para garantir a própria posição estatal de produtor exclusivo das regras jurídicas⁴⁴.

É nesse contexto que nascem as grandes codificações, que pretendiam regular tudo. É também aqui que o **fetichismo da lei** ganha corpo, fenômeno pelo

⁴² TABOSA, Agerson. **Sociologia Geral e Jurídica**. Editora: Qualygraf: Fortaleza, 2005.

⁴³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 120-121

qual os juristas acreditavam cegamente na suficiência das leis. Portanto, apesar de diferentes, os fenômenos do estadismo, da codificação, do fetichismo e do dogma da completude estão intimamente ligados.

Entretanto, esse movimento começa a perder força já no final do século XIX. O passar do tempo ocasionou o envelhecimento das codificações, fazendo com que a admiração pela onisciência do legislador desse lugar à uma criticidade. Nesse contexto, merece destaque a rápida transformação social impulsionada pela revolução industrial da segunda metade do século, que causou o completo anacronismo de diversas disposições dos códigos⁴⁵.

Somando-se à descrença na magnificência dos códigos, outro fator surge para abalar o dogma da completude. Trata-se do surgimento da sociologia, bem como da sociologia jurídica. Em verdade, a sociologia, fosse tomada na vertente marxista ou positivista, atacou (destruiu) o mito do Estado e do seu monopólio na produção jurídica. Nesse sentido, insubstituíveis as palavras de Bobbio⁴⁶:

Tanto o marxismo quanto a sociologia positivista – para nos limitarmos às duas maiores correntes de filosofia social – foram animados por uma crítica contra o monismo estatal, que havia tido a sua expressão mais intransigente na filosofia hegeliana, mas tinha ramificações muito mais antigas. O Estado se erguia acima da sociedade, e tendia a absorvê-la, mas a luta de classes, de um lado, que tendia a quebrar continuamente os limites da ordem estatal, e a contínua formação espontânea (não provocada pelo Estado) de novos conjuntos sociais, como os sindicatos, os partidos, e de novos relacionamentos entre os homens, derivados da transformação dos meios de produção, punham em evidência uma vida subordinada ou em oposição ao Estado, que nem o sociólogo, portanto, nem o jurista podiam ignorar [...] No final das contas, a consciência que ia se formando pelo desajuste entre Direito constituído e realidade social era ajudada pela descoberta da importância da sociedade em relação ao Estado, e encontrava na sociologia um ponto de apoio para contrastar a pretensão do estadismo jurídico.

A sociologia jurídica, que formou-se a partir do vasto âmbito da sociologia, tem em Eugen Ehrlich o seu precursor⁴⁷. Autor da obra “Fundamentos da Sociologia do Direito”, Ehrlich, um dos representantes da escola do Direito Livre, foi responsável por pioneiros estudos no âmbito da sociologia jurídica. Já no início

⁴⁵ BOBBIO, Norberto, op cit., p. 123-124

⁴⁶ BOBBIO, Norberto, op cit., p. 124-125

⁴⁷ Para Novaes (2005, *online*), a Sociologia Jurídica encontra sua base nos escritos de Emile Durkheim, mormente nos estudos acerca da solidariedade social nas sociedades complexas, que seria garantida pela divisão social do trabalho e por um direito restitutivo.

de seu citado ensaio, deixa assente sua posição frente ao debate que se tratava em sua época acerca do que era o Direito. Eis suas lições

O jurista de nossos dias costuma olhar para o mundo como se este estivesse dominado pelo direito e pela coerção jurídica. Este mundo, o mundo do jurista, determina sua cosmovisão, de acordo com a qual o direito e a coerção jurídica são o princípio de todas as coisas. O jurista é incapaz de conceber a convivência humana sem direito e sem coerção jurídica [...] É neste mundo restrito que nasce o conceito puramente jurídico das fontes do direito. Só se podia tratar de explicar a origem daquelas regras que servem de base aos tribunais e às autoridades administrativas quando da aplicação da coerção jurídica⁴⁸.

Erllich pugna pela análise sociológica do Direito. É dizer, deve-se ter por objeto de estudo o direito vivo, aquilo que acontece na realidade, o concreto. O abstrato (leis, códigos, etc.) não representa a complexidade do direito, visto que, em muitos dos casos, o que a lei propõe não se efetiva na realidade. Erllich, portanto, advogava por uma investigação empírica dos fenômenos jurídicos:

Na questão das fontes do direito o mais importante não é saber como as regras jurídicas que o juiz ou o funcionário devem aplicar se tornam determinante para eles. O direito não consiste nas disposições jurídicas, mas nas instituições jurídicas; quem quer determinar quais são as fontes do direito deve saber explicar como surgiram o Estado, Igreja, família, propriedade, contrato, herança e como eles se modificam e evoluem no decorrer do tempo [...] Direito e relações jurídicas são uma coisa mental que não existe na realidade palpável e perceptível pelo sentidos, mas somente na cabeça das pessoas [...] **Na base das concepções estão sempre fatos observáveis. Estes fatos devem ter existido antes que no cérebro humano se formasse qualquer ideia do direito ou de relação jurídica.**⁴⁹

É nesse contexto que Ehrlich vai abordar o que ele chama de “fatos do direito”, ou seja, as realidades concretas que fazem nascer o fenômeno jurídico. Nas palavras do autor: “[...] quais as instituições reais que no decorrer do desenvolvimento histórico se transformam em relações jurídicas e quais os processos sociais conduzem a isto?”⁵⁰.

Ainda nesta vertente, deve-se destacar as contribuições de Gurvitch. Segundo Martins (2008, *online*), Gurvitch foi o autor de obra mais substanciosa sobre o tema, tendo sido responsável pela formulação da ideia de Direito Social. Para o jurista, as fontes primárias do Direito não são os procedimentos estatais

⁴⁸ EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília: UNB, 1986.

⁴⁹ EHRLICH, Eugen, op. cit., p. 70

⁵⁰ EHRLICH, Eugen, op. cit., p. 70

(leis, jurisprudência, prática administrativa etc.), mas sim os fatos normativos, ou seja, fatos sociais que gozam de uma normatividade na sociedade:

Gurvitch demonstrou em suas obras sobre a idéia de Direito Social que os fatos normativos são as fontes primárias ou materiais do direito, em contraposição às fontes secundárias ou formais, que são os procedimentos técnicos para constatar as fontes primárias formalmente, como por exemplo o costume, um estatuto, a lei estatal, as práticas dos tribunais, as práticas de outros órgãos que não o judiciário, a doutrina ou as convenções. Estas fontes secundárias servem para constatar as fontes primárias preexistentes, de modo que sua autoridade é apenas reflexo da autoridade dos fatos normativos.

Fica claro, portanto, a influência da sociologia no quebrantamento do estadismo jurídico e do dogma da completude, visto que se pugnava pela existência de um direito extra-estatal, além dos códigos.

As contribuições de Ehrlich e Gurvitch formam a base do movimento contemporâneo na Sociologia Jurídica denominado de pluralismo jurídico, o qual assenta que as normas jurídicas não são oriundas apenas da atividade estatal (monismo). Podem ser enquadrados nesta vertente, como seus principais representantes teóricos, Boaventura de Sousa Santos, Jesus de La Torre Rangel, Oscar Correias, German Palacio, Carlos Cárcova, Roberto Lyra Filho e Antônio Carlos Wolkmer⁵¹.

Por questão de conveniência e oportunidade, não se adentrará na análise do pluralismo jurídico, objeto que demandaria, por si só, um estudo apartado. O que nos interessa, apenas, é a constatação, também assentada pelo movimento pluralista, da insuficiência da perspectiva normativa do Direito. É necessário voltar os olhos para a realidade social que se pretende normatizar (perspectiva social).

No âmbito específico do Direito Constitucional, também surgiu o que se convencionou chamar de sociologismo constitucional, capitaneado pelo pensamento de Ferdinand Lassalle.

Lassalle postulava a ideia de que a Constituição, como pretensa lei fundamental de uma nação, é uma força ativa e determinante que faz com que todas as leis e instituições jurídicas de uma nação sejam o que realmente são. É

⁵¹ MARTINS, Daniele Comin. **Pluralidade de pluralismos: breve incursão nas teorias pluralistas do Direito**. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-6/249-pluralidade-de-pluralismos-breve-incursao-nas-teorias-pluralistas-do-direito-daniele-comin-martins>> Acesso em: 11 de jun. 2014.

nesse contexto, de busca por essa força, que Lassalle vai definir os fatores reais do poder e os identificar como sendo a Constituição de determinada nação:

Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são. [...] Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação⁵².

A tese de Ferdinand Lassalle consubstancia o que a doutrina constitucional contemporânea convencionou denominar de sociologismo constitucional, visto que ele aborda uma concepção sociológica da Constituição. A esse respeito, vale citar os ensinamentos de Luis Roberto Barroso (2009, p. 78-79):

O sociologismo constitucional ou o conceito sociológico de Constituição é associado ao alemão Ferdinand Lassalle. De acordo com sua formulação, a Constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem a sociedade. Em outras palavras, o conjunto de forças políticas, econômicas e sociais, atuando dialeticamente, estabelece uma realidade, um sistema de poder: esta é a Constituição real, efetiva do Estado. A Constituição jurídica, mera 'folha de papel', limita-se a converter esses fatores reais do poder em instituições jurídicas, em Direito. Com ênfase nos aspectos ligados ao poder econômico e às relações que ele engendra, a concepção marxista também partilha e até aprofunda essa visão pessimista acerca do Direito e da Constituição, considerando que a ordem jurídica poder ser reduzida a uma fator de dominação, agregando uma aura de legitimidade à estrutura do poder prevalente.

Para Kubliskas (2009, p.19), “a concepção de Lassalle possui grande poder crítico, pois procura desmascarar as chamadas Constituições semânticas, que têm o claro propósito de maquiagem as relações de poder existentes com uma fachada de legitimidade constitucional”. Também reforçando a importância das ideias lançadas por Lassalle, relevantes são as lições de Felipe Braga Albuquerque (2011, p.57):

Os fatores reais de poder aos quais Lassalle se refere, reforçam a importância do estudo do Direito Constitucional, demonstrando que a constituição não é um documento, por si só, autônomo. Ainda, a influência social, econômica, religiosa e outras que podem interferir na interpretação constitucional evidenciam que o Direito Constitucional é um ramo do direito que deve contar com variáveis políticas.

Georg Jellinek, jurista alemão oriundo da escola alemã de Direito Público, positivista, era um daqueles que já desacreditava na “força mística” das leis. O alemão, em sua monografia específica sobre o tema das mutações constitucionais, escreve que:

⁵² LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

Hoy sabemos que las leyes pueden mucho menos de lo que creía todavía hace un siglo, que espresan siempre, unicamente, un deber ser cuya transformación en ser nunca se consigue plenamente porque la vida real produce siempre hechos que no corresponden a la imagen racional que dibuja el legislador. Y este lado irracional de la realidad no significa solamente una discordancia entre norma y vida [...]⁵³

Resta claro portanto, a necessidade de superação de uma compreensão jurídica que tenha por base única a perspectiva normativa. O profissional do Direito deve adotar, também, uma perspectiva sociológica.

2.2 Panorama da sociologia jurídica na formação dos profissionais de direito

O tópico precedente deixou claro, no âmbito teórico, a importância da Sociologia Jurídica na formação do profissional do Direito. Todavia, é imperioso verificar, em termos pragmáticos, o panorama da sociologia jurídica no Brasil.

É possível analisar a importância da Sociologia Jurídica a partir das Diretrizes Curriculares Nacionais dos Cursos de Direito, expedidas pelo Ministério da Educação. Isso porque todos os profissionais do Direito, sejam eles juízes, promotores, advogados públicos ou privados, passaram pelos bancos de faculdade.

Nesse sentido, vale destacar a Resolução CNE/CES N° 9, de 29 de setembro de 2004, que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito, deixa assentado que:

Art. 3º. O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania.

Observa-se a valorização de uma formação geral, que abarque não só o conhecimento tecnicista, voltado ao produto legislado, mas que contemple conteúdos humanísticos, permitindo que o profissional seja capaz de interpretar e valorar criticamente os fenômenos jurídicos e sociais.

⁵³ JELLINEK, Georg. Reforma y mutacion de la Constitucion. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Nesse sentido, o Art. 5º da referida Resolução exige que o curso de Direito seja composto por três eixos interligados de formação:

Art. 5º O curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam aos seguintes eixos interligados de formação:

I - Eixo de Formação Fundamental, tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia.

II - Eixo de Formação Profissional, abrangendo, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a evolução da Ciência do Direito e sua aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais, incluindo-se necessariamente, dentre outros condizentes com o projeto pedagógico, conteúdos essenciais sobre Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional e Direito Processual; e

III - Eixo de Formação Prática, objetiva a integração entre a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nos demais Eixos, especialmente nas atividades relacionadas com o Estágio Curricular Supervisionado, Trabalho de Curso e Atividades Complementares.

Fica claro, portanto, que a Sociologia (Jurídica) compõe o denominado Eixo de Formação Fundamental, responsável pelo caráter humanístico da formação do graduando. É dizer, o Ministério da Educação reconhece que o conhecimento da perspectiva sociológica é fundamental na formação de qualquer profissional que vier a trabalhar com o Direito.

No que tange aos cursos de Direito, uma análise da formação do profissional, ainda que restrita à Sociologia Jurídica, demanda um esforço que foge ao escopo do presente ensaio. Ora, atualmente, existem no Brasil 2136 de cursos de Direito cadastrados no Ministério da Educação⁵⁴. Tal fato impossibilita a análise da matriz curricular e a realidade de cada curso para verificar se ele atende com satisfação a exigência ora em análise.

Nesse contexto, o exame da Ordem dos Advogados do Brasil, por exemplo, pode ser usado como um parâmetro interessante na análise da formação dos profissionais do Direito recém egressos das faculdades brasileiras. O referido exame, de acordo com o Provimento 144/2011 da OAB, é composto de duas provas, uma objetiva e outra prático-profissional:

⁵⁴ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Ministério da Educação. Disponível em: <<http://emec.mec.gov.br/>>. Acesso em: 15 de abr de 2015.

Art. 11. O Exame de Ordem, conforme estabelecido no edital do certame, será composto de 02 (duas) provas:

I - prova objetiva, sem consulta, de caráter eliminatório;

II - prova prático-profissional, permitida, exclusivamente, a consulta a legislação, súmulas, enunciados, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos sem qualquer anotação ou comentário, na área de opção do examinando, composta de 02 (duas) partes distintas:

a) redação de peça profissional;

b) questões práticas, sob a forma de situações-problema.

A prova objetiva é composta de no máximo 80 questões, exigindo-se o percentual mínimo de 15% de questões que versem sobre deontologia jurídica (Estatuto da OAB, seu Regulamento Geral e o Código de Ética e Disciplina), Filosofia do Direito e Direitos Humanos:

Art. 11 [...]

§ 4º O conteúdo das provas do Exame de Ordem contemplará as disciplinas do Eixo de Formação Profissional, de Direitos Humanos, do Estatuto da Advocacia e da OAB e seu Regulamento Geral e do Código de Ética e Disciplina, podendo contemplar disciplinas do Eixo de Formação Fundamental. (NR. Ver Provimento n. 156/2013)

§ 5º A prova objetiva conterá, no mínimo, 15% (quinze por cento) de questões versando sobre Estatuto da Advocacia e seu Regulamento Geral, Código de Ética e Disciplina, Filosofia do Direito e Direitos Humanos. (NR. Ver Provimento n. 156/2013).

Já a prova prático-profissional é composta de uma redação de peça profissional e a resolução de questões práticas, sob a forma de situações-problema. O conteúdo da prova se resume ao Eixo de Formação Profissional:

3.5.1.1. 1ª parte: Redação de peça profissional, valendo 5,00 (cinco) pontos, acerca de tema da área jurídica de opção do examinando e do seu correspondente direito processual, cujo conteúdo está especificado no Anexo II, indicada quando da sua inscrição, conforme as opções a seguir:

a) Direito Administrativo;

b) Direito Civil;

c) Direito Constitucional;

d) Direito do Trabalho;

e) Direito Empresarial;

f) Direito Penal; ou

g) Direito Tributário.

3.5.1.2. 2ª parte: Respostas a 4 (quatro) questões práticas, sob a forma de situações-problema, valendo, no máximo, 1,25 (um e vinte e cinco) pontos cada, relativas à área de opção do examinando e do seu correspondente direito processual, indicada quando da sua inscrição, conforme as opções citadas no subitem anterior⁵⁵

⁵⁵ Trecho do edital de abertura do XIV Exame de Ordem Unificado. Disponível em: < <http://img-oab.fgv.br/461/20140620042450Edital%20do%20XIV%20Exame%20de%20Ordem%20Unificado.pdf>.> Acesso em 22 jun 2014.

Das informações sobreditas pode-se concluir que o exame da OAB não atenta para as três perspectivas do fenômeno jurídico. Na prova objetiva, composta de no máximo 80 questões, exige-se o ínfimo percentual mínimo de 15% de questões, que versem sobre deontologia jurídica (Estatuto da OAB, ser Regulamento Geral e o Código de Ética e Disciplina), Filosofia do Direito e Direitos Humanos. Isso corresponde à apenas 12 questões, que devem ser divididas entre essas três disciplinas.

Na prova prática-profissional, na qual o candidato deve demonstrar a sua capacidade argumentativa, exige-se apenas o domínio das disciplinas do Eixo de Formação Profissional, marcado pela perspectiva dogmático-normativa. É dizer, a perspectiva filosófica e sociológica não é abordada.

De acordo com a divisão proposta por Tabosa, na qual o fenômeno jurídico deve ser compreendido dentro de uma perspectiva normativa, de uma sociológica e de uma filosófica, percebe-se que o exame da OAB, apesar de já exigir dos futuros advogados conhecimentos humanísticos, ainda carece de desenvolvimento. Há uma supervalorização da perspectiva normativa em detrimento da perspectiva filosófica e sociológica.

No âmbito da formação dos magistrados, merece destaque a Resolução nº 159, de 12 de novembro de 2012, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre as diretrizes administrativas e financeiras para a formação de magistrados e servidores do Poder Judiciário. De acordo com o Art. 2º da referida norma:

Art. 2º Compete à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso, a formação inicial e o aperfeiçoamento de magistrados e de formadores, bem como a coordenação das Escolas Judiciais e de Magistratura, estas últimas quando em atuação delegada⁵⁶.

⁵⁶ É importante ressaltar, ainda na ambiência da Resolução 159 do CNJ, que: Art. 3º Compete à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso, a formação inicial e continuada de magistrados do trabalho e de formadores, bem como a coordenação das Escolas Judiciais. Art. 4º Compete ao Centro de Estudos Judiciários da Justiça Poder Judiciário Conselho Nacional de Justiça Conselho Nacional de Justiça Militar da União - CEJUM, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso, a formação inicial e continuada de magistrados da Justiça Militar da União e de formadores.

Nesse contexto, a ENFAM editou a Resolução nº 3, de 4 de dezembro de 2013, que dispõe sobre o curso oficial para ingresso, o curso de formação inicial e os cursos de aperfeiçoamento para fins de vitaliciamento, promoção e formação continuada na carreira da magistratura. No que se refere ao curso oficial para ingresso na magistratura, que é a última etapa (facultativa) dos concursos públicos de ingresso, eis o que dispõe o ato normativo:

Art. 5º. O conteúdo programático mínimo dos cursos oficiais para ingresso na magistratura compreenderá os itens seguintes, detalhados no anexo I desta Resolução:

IV - relações interpessoais e interinstitucionais;

VI - administração judiciária, incluindo gestão processual, de pessoas e administrativa;

X - impacto econômico e social das decisões judiciais.

Percebe-se uma preocupação clara com uma formação geral do magistrado. Os incisos IV, VI e X evidenciam, de forma mais direta, conhecimentos ligados à Sociologia Jurídica.

Ainda no que toca aos magistrados, é importante relevar que nos concursos públicos de ingresso para a magistratura, pelo menos no que se refere a magistratura federal, a realidade aparenta ser melhor do que a existente no exame da OAB. Como exemplo, pode-se citar que os últimos concursos para provimento de cargos de Juiz Federal, no âmbito dos cinco tribunais regionais federais, exigiram dos candidatos “Noções Gerais de Direito e Formação Humanística”⁵⁷.

À guisa de exemplo, pode-se colacionar trecho do Edital nº 1 – TRF 1ª, de 24 de março de 2015, que rege o XVI concurso público para provimento de cargos de juiz federal substituto da 1ª Região⁵⁸:

1.6 A prova prática de sentença e prova oral poderão versar também sobre as matérias discriminadas no Anexo II deste edital.

[...]

NOÇÕES GERAIS DE DIREITO E FORMAÇÃO HUMANÍSTICA

Sociologia do Direito: 1 Introdução à sociologia da administração judiciária. Aspectos gerenciais da atividade judiciária (administração e economia). Gestão. Gestão de pessoas. 2 Relações sociais e relações jurídicas. Controle social e o Direito. Transformações sociais e Direito. 3 Direito, Comunicação Social e opinião pública. 4 Conflitos sociais e

⁵⁷ Informações obtidas pelo autor nos sítios eletrônicos dos respectivos tribunais

⁵⁸ Disponível em: <
http://www.cespe.unb.br/concursos/TRF1_15_JUIZ/arquivos/EDITAL_ABERTURA_XVI_PUBLICA_DO.PDF>. Acesso em: 15 de abr de 2015.

mecanismos de resolução. Sistemas não-judiciais de composição de litígios.

Resta claro, portanto, a insuficiência da perspectiva normativa para a compreensão do fenômeno jurídico e a importância da perspectiva sociológica na formação do profissional do Direito. O próximo capítulo terá por objeto a mutação constitucional, que, apesar de ser um fenômeno normativo, mostra a necessidade de se considerar a realidade social na interpretação/aplicação do Direito.

3 NOÇÕES SOBRE TEORIA DA MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

O presente capítulo tem por objeto a exposição de algumas noções acerca da teoria das mutações constitucionais, com destaque para a definição e os limites do fenômeno.

3.1 Permanência e mudança constitucional

No que se refere à permanência constitucional, Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p.5) ressalta que “a Constituição de um Estado, por consubstanciar sua estrutura fundamental, presume-se estável”. No mesmo sentido é a lição de José Afonso da Silva (2000, p. 237), que retrata que as Constituições “[...] são feitas para perdurar, regendo as estruturas, situações, comportamentos e condutas que a interpretação do Constituinte teve como aferidas aos valores de convivência social dentro da comunidade a que se referem”.

Situando historicamente a ideia de permanência constitucional, Raul Machado Horta (1999, *on line*) acentua que ela é fruto do constitucionalismo revolucionário do final do século XVIII, que pregava a concepção de que a Constituição deveria durar indefinidamente, quase que de forma imutável. Daí decorre o fato das previsões de reforma constitucional, à época, estarem submetidas a regras de alto rigor, sempre no intuito de garantir a rigidez constitucional.

Nessa mesma esteira são os ensinamentos de Hsü Dau-Lin (1998, p. 23), que, já em 1932, apontava que “[...] a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo

XIX, se desplegaron esfuerzos enérgicos y patéticos para estabilizar las Constituciones escritas em todos los sentidos (por ejemplo, la ‘inmutabilidad absoluta’ de la Constitución, establecida em Francia)”.

Todavía, acescenta o jurista, “[...] desde finales del siglo pasado predominam las cuestiones encaminadas a destruir y minar la ‘fe romántica’ em la ‘fuerza mística de la Constitución’”⁵⁹.

Os juristas, portanto, diagnosticavam, acertadamente, a existência dessa tensão entre estabilidade e elasticidade, e diziam que o problema não seria tal constatação, mas sim a construção de um limite para a reforma da Constituição.

É nesse contexto que Konrad Hesse profere sua aula inaugural na Universidade de Freiburg, na Alemanha, da qual resultou a obra “A Força Normativa da Constituição” (*Die normative Kraft der Verfassung*). Para Hesse, a norma constitucional não possui uma existência autônoma frente à realidade, uma vez que sua pretensão de eficácia é inseparável das condições históricas de sua realização. Tais condições conjugam-se de forma interdependente, erigindo regras que não podem ser ignoradas. Nesse sentido, é indispensável que a Constituição, por encontrar-se vinculada à natureza das coisas, possua a capacidade de se modificar em razão do câmbio das condicionantes⁶⁰.

É exatamente por isso que a doutrina constitucional contemporânea, seguindo a tese de Konrad Hesse, tende a renegar as “concepções unilaterais e reconhecer que o conceito de Constituição, qualquer um que seja, não pode prescindir da conjugação entre *fato e norma*, entre *normatividade e realidade*, como componentes que se condicionam reciprocamente na formação do fenômeno constitucional”⁶¹ (grifos do autor).

Portanto, pode-se concluir que: “Estabilidade, todavia, não significa imutabilidade. Bem ao contrário. A eficácia das Constituições repousa, justamente, na sua capacidade de enquadrar ou fixar, na ordem constitucional, as

⁵⁹ DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Trad. Christina Forster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

⁶⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁶¹ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais: Análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas, 2009.

vontades e instituições menores que a sustentam”⁶². Nessa perspectiva, a mudança é tida como uma atualização da Constituição, um aperfeiçoamento. É dizer, a mutabilidade da norma constitucional não se identifica, necessariamente, com sua desestima.

Como bem aponta Luís Roberto Barroso (2009, p. 22), não se pode admitir que os vivos sejam governados pelos mortos, as gerações presentes não podem restar submetidas aos desígnios das passadas⁶³. Loewenstein (1965, p. 164, grifos do autor), assumindo o caráter mutável das Constituições, assevera que:

Cada constituição é um organismo vivo, sempre em movimento como a vida mesma e está submetida à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas. Uma Constituição não é jamais idêntica a si mesma e está submetida constantemente ao *pantha rei* heraclitiano de tudo que vive.

É dizer, se a Constituição não funciona como um sistema aberto, fechando-se em si mesma, sua força normativa estará em risco. Portanto, essa abertura do sistema se coaduna com a tese da força normativa da Constituição de Konrad Hesse, visto que “a norma constitucional não possui existência autônoma em relação à realidade onde pretende ser concretizada, havendo **um condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social**”⁶⁴.

Resta claro, portanto, a tensão entre a permanência e mudança constitucional implica na necessidade de, em alguma medida, admitir-se a flexibilidade da Constituição, sob pena de perda de sua força normativa.

3.2 Definição de mutação constitucional

A necessária mutabilidade das normas constitucionais pode ser efetivada por processo formais e/ou informais. As mudanças formais são definidas por José

⁶² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

⁶³ Conforme Gustavo Zagrebelszy (2005, p. 41), trata-se do famoso princípio de Thomas Jefferson: *the Earth belongs to the living*, segundo o qual “[...] ninguna ley y ninguna constitución son tan sagradas como para no poder ser cambiadas”.

⁶⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes; SOARES, Ana Katarina Fonteles;. **Mutação Constitucional: Da “Natureza das Normas” à Identidade Problemática da Constituição**. 2008. Disponível em: < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/01_594.pdf>. Acesso em: 20 fev. de 2013

Afonso da Silva (2000, p. 64) como “processo formal de mudança das constituições rígidas, por meio de atuação de certos órgãos, mediante determinadas formalidades, estabelecidas nas próprias constituições para o exercício do poder reformador”.

É dizer, o processo formal da mudança da Constituição consiste naquele previamente estabelecido na própria carta política. No caso brasileiro, tem-se a emenda e a revisão constitucional. Horta (1999, *on line*) ressalta que “[...] a mudança na Constituição se exterioriza em duas formas de atuação: a reforma constitucional, empregando esta expressão no sentido amplo, para abranger revisão e emenda e a mutação constitucional [...]”.

Já a mutação informal da Constituição, também denominada de mutação constitucional, consiste em um processo de mudança constitucional por meio do qual, em virtude de uma mudança na realidade social, se altera, através da interpretação ou dos costumes constitucionais, o sentido de uma norma constitucional sem qualquer mudança do texto expresso da Constituição⁶⁵.

A mutação constitucional, segundo a abordagem mais recorrente da doutrina⁶⁶, é instrumentalizada por duas modalidades: a interpretação constitucional e o costume constitucional.

O presente artigo restringirá sua abordagem à interpretação constitucional, especificamente aquela empreendida pelo Poder Judiciário. A ressalva é importante porque, segundo Ferraz (1986, p. 53-54), a interpretação constitucional é gênero, da qual são espécies a interpretação constitucional legislativa, judicial e administrativa. Isso porque a Constituição é realizada pelos órgãos que, direta ou indiretamente, retiram, dela própria, força para aplicá-la. É dizer, a Constituição atribuiu aos três “poderes” da República o dever de atuá-la, efetivando as normas por ela sistematizadas.

⁶⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 9

⁶⁶ A abordagem das modalidades de mutação constitucional deve ser precedida da advertência de que inexistente uniformidade no tratamento doutrinário do tema. Como bem ressalta Bulos (1997, p. 63), as mudanças informais da Constituição não receberam uma sistematização uniforme e definitiva da doutrina constitucional, mormente no que tange às suas categorias ou modalidades.

3.3 A mutação constitucional e sua relação com a Sociologia Jurídica

Como visto, a mutação constitucional instrumentalizada através da interpretação judicial é um fenômeno que estabelece, dentro de certos limites, uma relação de equilíbrio entre a realidade social dinâmica e o caráter estático da ordem normativa. A mutação constitucional revela o caráter aberto da Constituição, admitindo-se uma solução que considera tanto a realidade social quanto a normatividade.

Nesse sentido, a mutação constitucional se coaduna com a concepção de que o Direito possui uma dimensão (perspectiva) sociológica. Ele não pode ser compreendido somente a partir de um normativismo estranho à realidade. Como bem pontua Tabosa (2005, p. 401, grifos nossos):

Não se entende plenamente mundo jurídico se o sistema normativo (Ciência do Direito) se isola e se separa da realidade social em que nasce e a que se aplica (Sociologia do Direito) e do sistema de legitimidades que inspira aquele, sistema que deve sempre possibilitar e favorecer sua própria crítica, racional (Filosofia do Direito).

É fundamental a adoção de uma perspectiva sociológica para a compreensão do Direito. Não se pode estudar o Direito sob um prisma estritamente legalista, esvaziado de conteúdo humanista. Quando se resume o Direito ao conteúdo legal, é dizer, quando se entende que a lei é a única expressão (fonte) do Direito, consolida-se uma formação que ignora o caráter multidimensional do Direito.

Essa abordagem tecnicista forma uma massa acrítica de bacharéis, que não consegue visualizar as possibilidades de transformação do Direito. Nesse sentido, a Sociologia Jurídica, junto às demais disciplinas humanistas, permite a superação dessa formação calcada no normativismo, visto que acentua o caráter complexo do Direito, fenômeno essencialmente multifacetado, que se constrói através de um processo dialético:

Podemos afirmar que a Sociologia, voltada para a compreensão do fenômeno jurídico, representa um importante passo para uma concepção dialética do Direito, compreendido, portanto, como processo – capaz não só de representar os interesses dominantes das estruturas sociais vigentes mas, principalmente, caminhar para a ruptura dessas estruturas. Entendemos então, que o Direito não é simples ideologia (embora se recubra desta também), mas um processo histórico,

significado pela ação concreta e constante, decorrente do embate das forças sociais presentes na sociedade que o constrói⁶⁷

É um dever do profissional do Direito considerar o fenômeno jurídico para além da perspectiva normativa. Um jurista conhecedor da perspectiva sociológica e do fenômeno da mutação constitucional, é capaz de atentar para a possibilidade de adoção de uma interpretação da norma constitucional capaz de abarcar eventual mudança operada na realidade.

Se o profissional do Direito encontra-se alheio à realidade social, não será capaz de atentar para a mutação constitucional. Nessa esteira, provavelmente, em um caso que envolva um direito fundamental, adotará uma solução para o caso concreto que se distancia das mudanças sociais. Tal postura acaba por enfraquecer a própria Constituição, que vai perdendo sua força normativa.

No que tange especificamente à formação do jurista, vale pontuar que esse aspecto crítico-reflexivo é essencial, pois, “seja por sua condição humana, seja, em especial, por sua inserção profissional, ele está condenado a passar sua existência interpretando, criando e recriando significados, lendo, relendo e instituindo contextos”⁶⁸.

Exemplo paradigmático da importância das mutações constitucionais operadas pelo Poder Judiciários é o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, julgado pela Suprema Corte Americana. Ele pode ser usado como exemplo para identificar de que forma tal modalidade de interpretação opera uma mutação constitucional.

O referido julgado foi responsável pela revogação do precedente firmado em *Plessy vs. Ferguson*, de 1896, através do qual a Suprema Corte norte-americana concluiu pela constitucionalidade de uma lei do Estado da Lousiana que determinava vagões de trens específicos para negros. A Suprema Corte entendeu que a disponibilização de vagões idênticos aos utilizados pelos brancos não importava em violação à Emenda XIII (abolição da escravatura). Surgiu a doutrina do *separate but equal*^{69 70} (PEDRA, 2011, p. 27-28).

⁶⁷ NOVAES, Elizabete David, op. cit.

⁶⁸ AGUIAR, Roberto A. R. de. **Habilidades: ensino jurídico e contemporaneidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

⁶⁹ Tradução livre: separados mas iguais.

Segundo Pedra (2011, p. 28), para se compreender a decisão do caso *Plessy vs. Ferguson*, deve-se destacar o contexto histórico em que ela foi tomada. Originalmente, a Constituição dos Estados Unidos permitia o regime escravocrata (Seção 2 do art. 1º), chegando a Suprema Corte a negar a condição de cidadão a um escravo no julgamento do caso *Dred Scott vs. Sandford*, em 1857. Tal decisão, dentre outros fatores, acirrou os ânimos entre os Estados do sul (escravocratas) e os do norte (antiescravagistas), o que, eventualmente, culminou na Guerra de Secessão.

Ademais, a decisão de *Dred vs. Scot vs. Sanfordt* acabou por apressar a abolição da escravatura, que ocorreu em 1865, com a Emenda XIII. À época, os negros, apesar da abolição, eram severamente discriminados. Nesse contexto, *Plessy vs. Ferguson*, aparece como uma tentativa de apartar negros e brancos.

Já no julgamento do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*⁷¹, a sociedade norte-americana estava experimentando forte mudanças. Os movimentos dos direitos civis, liderados por Martin Luther King, são exemplos claros dessa mudança social. Nesse contexto, a Suprema Corte modificou o seu entendimento anterior, assentando a inconstitucionalidade da doutrina do *separate but equal*, entendendo que políticas educacionais segregacionistas

Não há dúvida que se trata de uma mutação constitucional interpretativa visto que se trata de uma mudança de sentido de uma norma constitucional em virtude de uma alteração na realidade social (âmbito normativo). Ademais, percebe-se a importância da mutação constitucional, na medida em que se operou um influxo da realidade social, qual seja, os movimentos sociais pelos direitos dos negros, na ordem normativa.

Tal circunstância só reflete a importância da mutação constitucional e a sua íntima relação com a Sociologia Jurídica.

⁷⁰ AGUIAR, Roberto A. R. de. **Habilidades: ensino jurídico e contemporaneidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

⁷¹ O caso tinha por objeto a situação de Linda Brown, garota negra de oito anos de idade, que não podia frequentar as escolas próximas de sua residência pelo fato de só admitirem-se crianças brancas. Nesse sentido, Linda tinha de atravessar a cidade de Topeka para assistir suas aulas em uma escola pública (PEDRA, 2011, p. 29)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os objetivos traçados para o presente ensaio alcançados. Analisou-se, com êxito, o surgimento e a definição da Sociologia Jurídica, tendo ficado claro como tal ciência, apesar de abordar apenas a perspectiva sociológica do fenômeno jurídico, é essencial para o estudo do Direito. Ademais, delimitou-se como a Sociologia Jurídica vem sendo abordada pelos órgãos responsáveis pela formação dos profissionais do Direito.

No que tange à teoria das mutações constitucionais, observou-se que mutação constitucional, enquanto via informal de mudança, consiste em um processo de mudança constitucional por meio do qual, em virtude de uma mudança na realidade social, se altera, através da interpretação ou dos costumes constitucionais, o sentido de uma norma constitucional sem qualquer mudança do texto expresso da Constituição. Pontuou-se, ainda, através de exemplos, que a interpretação constitucional judicial, é uma importante via para efetivação de mutações constitucionais.

Por fim, delimitou-se que a mutação constitucional é um fenômeno capaz de exemplificar a importância da compreensão da dimensão sociológica do Direito por parte dos juristas, visto que ela funciona como um meio de atuação da realidade social sobre a norma, sendo que tal atuação é mediada pelo intérprete.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, R. A. R. de. **Habilidades: ensino jurídico e contemporaneidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

ALBUQUERQUE, F. B.. **Direito e política: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático**. 2011. 198 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2011.

ALBUQUERQUE, P. A. de M.; SOARES, A. K. F.;. **Mutação Constitucional: Da “Natureza das Normas” à Identidade Problemática da Constituição**. 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/01_594.pdf>. Acesso em: 20 fev. de 2013

BARROSO, L. R.. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, N.. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BULOS, U. L.. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução Nº 159, de 12 de Novembro de 2012. Disponível em: <

http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_159_17102012_19112012145120.pdf> Acesso em: 19 jun. 2014.

CORREAS, O.. **Sociología del Derecho y Critica Juridica**. Fontamara, 1999

DAU-LIN, H.. **Mutación de la Constitución**. Trad. Christina Forster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

EHRlich, E.. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília: UNB, 1986.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. Resolução Nº 3 de 4 de dezembro de 2013. Disponível em: <
<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2014/02/RESOLU%C3%87%C3%83O-3.2013.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

FERRAZ, A. C. da C.. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

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

_____. **Temas Fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HORTA, R. M.. **Permanência, mutações e mudança constitucional**. 1999. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/02/-sumario?next=1>. Acesso em: 11 out. 2013.

KUBLISCKAS, W. M.. **Emendas e mutações constitucionais: Análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas, 2009.

LASSALE, F.. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LOEWENSTEIN, K. **Teoría de la constitución**. Trad. Alfredo G. Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1965.

MAIA, C. D.; DIÓGENES, T. R.. Crítica ao ensino jurídico. In: LIMA, Gretha Leite Maia Correia; TEIXEIRA, Zaneir Gonçalves (Org.). **Ensino jurídico: os desafios da compreensão do direito: Estudos em homenagem aos 10 anos do curso de direito da Faculdade Christus**. Fortaleza: Faculdade Christus, 2012.

MARTINS, D. C.. **Pluralidade de pluralismos: breve incursão nas teorias pluralistas do Direito**. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-6/249-pluralidade-de-pluralismos-breve-incursao-nas-teorias-pluralistas-do-direito-daniele-comin-martins>> Acesso em: 11 de jun. 2014.

NOVAES, E. D.. **Perspectiva sociológica e pluralismo jurídico**: a necessidade de superação do bacharelismo-tecnista na formação do profissional do direito. Disponível em: < <http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-1>>. Acesso em: 10 de maio 2014.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Provimento N° 144/2011. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/144-2011?search=144&provimentos=True>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

PEDRA, A. S.. Mutação constitucional e teoria da concretização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional (RDCI)**. n. 74, v. 19, p. 15-35 jan/mar. 2011.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Ministério da Educação. Resolução CNE/CES N° 9, de 29 de setembro de 2004. Disponível em: < http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf>. Acesso em: 31 maio 2014.

SBROGIO'GALIA, S.. **Mutações constitucionais e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SORIANO, R.. **Sociología del Derecho**. Ariel Derecho, 1997.

TABOSA, A.. **Sociologia Geral e Jurídica**. Editora: Qualygraf: Fortaleza, 2005.

ZAGREBELSKY, G.. **Historia y Constitución**. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Minima Trotta, 2005.

A NOVA RACIONALIDADE: REFLEXÃO QUE SE FAZ NECESSÁRIA PARA O DIREITO

Darci Guimarães Ribeiro,
Paulo Junior Trindade dos Santos,

RESUMO: Apresenta-se como tema A Nova Racionalidade: reflexão que se faz necessária para o Direito que, funda uma nova forma de ver a ciência pela transdisciplinariedade, pois o antigo paradigma da ciência fundado na unicidade e especialização de disciplinas vem a ser renovado pelo paradigma da complexidade. Sendo que, somente com a razão complexa pelas vias do conhecimento científico possa salvar, o homem e a humanidade. Assim, o Direito será frente esta nova racionalidade ressignificado estrutural, devendo sim tornar-se um Direito Universal que se comunique com todas as demais ciências. O método utilizado é o dialético; proposto por Hegel, onde as contradições se transcendem dando origem a novas contradições que passam a requerer solução. Não podendo, os fatos, serem considerados fora do contexto social. O resultado se dá sobre as construções por uma nova racionalidade, na qual as disciplinas científicas devem correlacionar-se, assim uma buscando na outra as melhores respostas ao anseios do homem-indivíduo e ao homem-coletividade, disso emerge A Nova Racionalidade: reflexão que se faz necessária para o Direito que tem como fito voltar-se para com as necessidades e desejos dos homens. Conclui-se que na atualidade ocorre a chamada de Superação do Paradigma da Simplificação pelo do Paradigma da Complexidade: e o reflexo de tudo isso na construção transdisciplinar será abordado o paradigma, para assim pensar o Direito tratando da necessidade pela busca de um novo conhecimento.

PALAVRAS-CHAVE: Ciência do Direito; Racionalidade; Razão; Transdisciplinariedade; Complexidade;

1 INTRODUÇÃO

O ora artigo científico tem como objetivo demonstrar *A Nova Racionalidade: reflexão que se faz necessária para o Direito*, que, funda uma nova forma de ver a ciência diante da transdisciplinariedade, pois o antigo paradigma da ciência fundado na unicidade e especialização de disciplinas vem a ser renovar-se pelo paradigma da complexidade. Pois, justifica-se o trabalho em demonstrar possibilidades nas

quais o Direito possa vir apresentar melhores respostas para com o homem frente à universalização global que se encontra frente a sociedade e a si.

Não adentrar-se-á no que tange a abordagem da *Racionalidade centrada na Razão Fechada: a Angústia Cartesiana-Mecanicista*, pois este é um dos paradigmas mais fortes e preeminentes frente ao transcurso histórico da ciência, tal paradigma da racionalidade fechada encontra-se balizado no modelo de conhecimento que foi aprisionado em um modelo positivo de racionalidade, disso apreendeu-se que a ciência ao modelo cartesiano-matemático e ainda separou-a a ciência em disciplinas. Mas em função das complexidades de mundo apresentadas na atualidade juntamente com a evolução trazida pela física quântica essa ideia deve sim ser revista, alterando-se aquela racionalidade por uma nova racionalidade, fazendo com isso que as disciplinas comuniquem-se, que sejam criadas pontes de comunicação entre estas, assim tornando-as transdisciplinares. Tudo isso para que venha a se dar melhores respostas das ciências que devem se voltar para as necessidades e desejos dos homens.

Também serão abordadas as construções que se fizeram na racionalidade, demonstrando que esta teve sua relevância para que assim possa-se chegar a uma nova racionalidade, não deixando de lado a ciência que se construiu por estar voltada para com o conhecimento. Relevante será aportar na nova racionalidade, onde as disciplinas científicas devem correlacionar-se, uma buscando na outra as melhores respostas ao anseios do homem como indivíduo e ao homem coletividade.

Na etapa denominada de Crise da Racionalidade do Direito, o Direito será ressignificado, devendo sim tornar-se um Direito Universal que se comunique com todas as demais ciências. Conclui-se que o Direito é um ritmo da vida, acrescentando-se este ser um ritmo necessário e constante da consciência dos indivíduos e dos povos.

Por sua vez, na parte nominada de Por uma Nova Racionalidade: para pensar o Direito, trata-se da necessidade da busca de um novo conhecimento na atualidade, pois o conhecer científico necessariamente precisa renovar o paradigma da Racionalidade (tem como lócus a razão fechada), que este, superou em muito, o que antes chamava-se de irracionalidade (na antiguidade),

veja-se que a Racionalidade na atualidade, devido a complexidade do mundo deverá buscar em si mesma as transformações para que assim nasça uma *Nova Racionalidade*.

Já na última parte do artigo, chamada de Superação do Paradigma da Simplificação pelo do Paradigma da Complexidade: e o reflexo de tudo isso na construção transdisciplinar será abordado *o paradigma*. Por mais que se tenha mencionado acerca do paradigma, este será tratado neste tópico, pois se justifica este ser o melhor momento para tratar do tema, abordando deste modo o antigo paradigma da simplificação pelo atual paradigma da complexidade que assim funda a Nova Racionalidade, ou melhor, lhe dá sustentação.

2 CRISE⁷² DA RACIONALIDADE DO DIREITO

A racionalidade cunhada na razão cartesiana-mecanicista que se construiu como ideologia científica, vem a invadir o conhecimento, e deste modo essa matriz ideológica forma um paradigma que se alastra, ou melhor, se transpõe à ciência do direito que assim adere-se a ele. Esta cientificidade racional voltada para uma **razão fechada** baliza-se pelo princípio da Legalidade que impõe a dedutividade, assim dando a certeza, o rigorismo e a segurança ao sistema jurídico que lhe impõe aquela ciência. Na atualidade, devido às complexidades que se apresentam, é válido repensar a racionalidade, e voltar à razão a uma **razão aberta e complexa**, destinada a ‘pensar o Direito como um espaço para garantir o plural dos desejos’⁷³.

A angústia cartesiana-mecanicista espalha-se de tal modo que invade o funcionamento de todas as demais ciências (ou melhor, disciplinas), e sendo aqui

⁷² **No es crisis del derecho, sino de la ciencia del derecho.** En algunos momentos el derecho positivo puede ser repugnante, y es posible incluso que, ante tal situación el jurista deba inclinar la cabeza, repitiendo *dura lex, sed lex*; pero esto no afecta al derecho en su perene esencia. En realidad, excita y no deprime al jurista. Si el médico se encuentra a veces desarmado, su corazón de hombre quedará entristecido, pero se derrumbará en él la fe en su ciencia y pensará que mañana quizá se alcance lo que hoy no se consigue, aun sabiendo que nunca se logrará anular la muerte, que es ley natural de la vida. (BIONDI, Biondo. **Arte y Ciencia del Derecho**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953. P. 162.)

⁷³ WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 84.

a que mais relevância tem para o presente estudo, será a ciência do Direito (que, como todas as demais ciências se fundou como unívoca criando seus próprios conceitos dissociados das demais disciplinas científicas) ‘nos torna cegos ou míopes sobre a relação entre a parte e o seu contexto’⁷⁴.

A crise da ciência do Direito está ligada à insuficiência do modelo de racionalidade, que somente: “*adopta nuestro derecho es sólo una contingencia que impide hoy en día, en virtud de su propia forma, centralizadora y universalizante, la posibilidad de dar respuesta a los conflictos que presentan hoy en día las sociedades occidentales*”.⁷⁵

O Direito calcado em uma ciência racional material-formalizante, tinha e arrasta-se até a atualidade como instrumento ou mecanismo técnico no qual testemunhava a racionalidade da ciência do direito, que se volta meramente para a resolução de conflitos, reduzindo o seu fecho de atuação à situações concretas e particulares⁷⁶, pois de tal constatação não é senão epifenomenal e remete a crise mais profunda de crenças em torno de si⁷⁷.

⁷⁴ MORIN, Edgar. **Da necessidade de um pensamento complexo**. Para navegar no século XXI – Tecnologias do Imaginário e Cibercultura. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. P. 2.

⁷⁵ *Por lo tanto la crisis del derecho moderno está inextricablemente ligada a la insuficiencia del modelo de racionalidad empleado por el derecho, un modelo que corresponde a necesidades funcionales de una sociedad distinta de ésta en la que vive el hombre contemporáneo y que exige mecanismos nuevos, mecanismos reflexivos de resolución de conflictos, como explicaremos en las páginas siguientes. No hay nada de universalmente válido en los presupuestos que utilizamos la mayoría de los juristas ni en los principios que rigen el sistema de solución de conflictos al interior del derecho: la forma de racionalidad que adopta nuestro derecho es sólo una contingencia que impide hoy en día, en virtud de su propia forma, centralizadora y universalizante, la posibilidad de dar respuesta a los conflictos que presentan hoy en día las sociedades occidentales.* (BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar. 2000. P. 18.)

⁷⁶ **Un sistema de derecho racional formal crea y aplica un conjunto de normas universales.** *El derecho formal racional se apoya, además, en un cuerpo de profesionales del derecho que usan peculiarmente el razonamiento legal para resolver conflictos concretos. Con la llegada del Estado social e intervencionista, se ha puesto un mayor énfasis en el derecho racional material, en el derecho usado como un instrumento para intervenir en la sociedad de una manera finalista, orientado hacia la consecución de fines concretos (Rheinstein, 1954: 63, 303). Puesto que el derecho racional material se elabora para la consecución de fines específicos en situaciones concretas, tiende a ser más general y abierto, y al mismo tiempo más particularista, que el derecho formal clásico.* (TEUBNER, Gunther. **Elementos Materiales y Reflexivos en el Derecho Moderno**. In: BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar. 2000. P. 83-84.)

⁷⁷ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós Moderno**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. P. 122.

Complemente-se que a Ciência do Direito foi purificada à maneira como foram purificadas as disciplinas com estatuto da ciência, *MIAILLE* aponta que: “o campo de estudo dos juristas encontra-se definido de maneira precisa e, aparentemente, de maneira científica. De fato, a partir do momento em que o direito é analisado como um conjunto de imperativos articulados uns nos outros de maneira coerente, a ciência do direito torna-se o estudo sistemático desses imperativos, qualquer que seja o conteúdo de cada um deles ou mesmo do conjunto. A ciência do direito encontra-se, pois, purificada à maneira como foram purificadas as disciplinas com estatuto de ciência, quando aceitaram eliminar de seu objeto toda a contaminação de debates filosóficos ou teológicos.”⁷⁸

Deste modo, procurou construir a ciência do Direito *segundo o que KELSEN*^{79, 80} veio a introduzir, procurou-se desde então funda-lo como uma teoria pura que não se relaciona nem se correlaciona com as demais ciências, a **racionalidade** põe-se a serviço de uma **razão fechada**, que nos Códigos e Leis sobrepõe seus cálculos e formulas pela via textual dogmática, formando-se uma tábua rasa que não apresenta as respostas adequadas para com os grandes desafios de uma nova era caracterizada pelos enormes câmbios científicos e técnicos, que surgem após a três grandes guerras mundiais (duas quentes e uma fria⁸¹). Deve-se ter em vista a complexidade do mundo, que mais adiante tratar-se-á em específico.

Saliente-se que o racionalismo calca-se em um conhecimento dado ao monopólio de uma razão que demonstra ter conteúdo exagerado⁸², que propaga a

⁷⁸ MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa : Estampa, 1994. P. 296.

⁷⁹ Alude-se ainda, WARAT, Luis Alberto. *Direito e sua Linguagem*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995. P. 20.

⁸⁰ Quando a Doutrina é chamada de teoria pura do Direito, pretende-se dizer com isso que ela está sendo conservada livre de elementos estranhos ao método específico de uma ciência cujo único propósito é a cognição do Direito, e não a sua formação. (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. XXVIII.)

⁸¹ CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. *El Derecho Universal* (Perspectiva para la Ciencia Jurídica de una Nueva Era). Rosario: Fundaciones para las Investigaciones Jurídicas, 2001. P. 16.

⁸² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. P. 72.

submissão: saberes feitos de lugares comuns e falsos tesouros com os quais, por esquecimento de nossa singularidade, naturalmente concordamos⁸³.

Portanto, deve-se buscar um modelo que corresponda às necessidades funcionais de uma sociedade distinta desta em que vive o homem contemporâneo e que exige mecanismos novos, mecanismos reflexivos de resolução de conflitos⁸⁴, não se deve somente calcar-se em uma razão fechada do direito visando somente a descrição e positivação de determinados institutos fazendo com que o direito apenas tenha como foco a paz social com seu simbolismo que se estabelece em um simbolismo, pois o Direito deve *perpassar* essa **razão fechada**, balizando a ciência em um trilho cartesiano-mecanicista, sim o direito deve se utilizar das demais ciências, deve-se ser transdisciplinar, para que sim anteveja os anseios, necessidades e desejos dos homens.

É hoje reconhecido que a excessiva parcelização e disciplinarização do saber científico faz do cientista um ignorante especializado e que isso acarreta efeitos negativos. Esses efeitos são sobretudo visíveis no domínio das ciências aplicadas. **O direito, que reduziu a complexidade da via jurídica à secura da dogmática, redescobre o mundo filosófico e sociológico em busca da prudência perdida.**⁸⁵ (sublinhe-se).

Apropria-se o Direito da ciência que se matematiza via racionalização do conhecimento centrado em uma **razão fechada** e, além disso, da visão de reducionismo e separação das disciplinas científicas, apresentando-se em uma excessiva parcelização e disciplinarização do saber, entrou-se deste modo no crepúsculo da razão jurídica em companhia da mitologia da prioridade constituinte do direito⁸⁶ que passa a ser ele mesmo a sua fonte de legitimação⁸⁷.

Já **razão crítica** teve como objetivo reformular a razão fechada, mas não obteve êxito, pois ela não transcende o mundo para transformá-lo, além de

⁸³ WARAT, Luis Alberto. **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 188.

⁸⁴ BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar. 2000. P. 18.

⁸⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as Ciências**. 7ª ed.. Porto: Edições Afrontamento, 1995. P. 38-39.

⁸⁶ WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 87.

⁸⁷ ACHUTTI, Daniel; OSORIO, Fernanda. **Por uma prática educativa criativa: alteridade e Transdisciplinaridade no ensino jurídico**. Disponível em: < <http://www.facos.edu.br/>>. P. 15.

mostrar um espírito imaturo, é sempre agressiva, sendo que, esta agressividade não rima com sensibilidade, a debilidade ou problema é como deixar de ser agressivo, falar é fácil, o difícil é adquirir os registros corporais adequados⁸⁸.

O maior erro do direito é 'que ele é feito pelo homem e não para o homem', e a ciência cunhou sua razão de ser nesta premissa, vincando-se ainda ao positivismo⁸⁹ que se especializa em uma disciplina pura que se fecha às demais influências de outras disciplinas que até mesmo inter-relacionam-se.

Por fim, os textos dogmatizantes estáticos não revelam a natureza dos anseios sociais e nem sequer individuais de um povo, pois as suas necessidades e seus desejos estratificam-se revelando o que resulta estranho, singular, monstruoso, todo o externo⁹⁰, de modo que perde sentido a dinamicidade peculiar impulsionada pelo homem via conhecimento que agrega a ciências.

2.2 Por uma Nova⁹¹ Racionalidade: para pensar o Direito

Um novo mundo científico deve instituir-se e por conseguinte terá reflexo direto no que produz-se em sociedade e individualmente (produzimos a sociedade que nos produz⁹²). Esse novo mundo tem como marco seu surgimento após as três grandes guerras, duas quentes e uma fria⁹³, e, assim, encontra-se na ciência uma nova fase revolucionária similar as ocorridas nos séculos XVII e XVIII em que tinham por óbice a construção de seus paradigmas científicos nascidos pelo

⁸⁸ WARAT, Luis Alberto. *Territórios Desconhecidos*. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 181.

⁸⁹ Neste sentido, ver COSSIO, Carlos. *La Plenitud del Orden Jurídico*: y la Interpretación Judicial de la Ley. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1999. P. 69.

⁹⁰ NIETZCH, Friedrich. *La Gaya Ciencia*. Barcelona: Olañeta, 1979. P. 23.

⁹¹ Leia-se Nova como Novo, pois WARAT[...] fala do novo corno o lugar em que cada um de nós pode descobrir-se a si mesmo. Em todo caso, o novo não como território de que se vislumbra a terra prometida, a exterioridade sonhada. É o novo como sensibilidade. (WARAT, Luis Alberto. *A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos*. In: *Territórios Desconhecidos*. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 86.)

⁹² MORIN, Edgar. *Da necessidade de um pensamento complexo*. Para navegar no século XXI – Tecnologias do Imaginário e Cibercultura. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. P. 5.

⁹³ CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. *El Derecho Universal* (Perspectiva para la Ciencia Jurídica de una Nueva Era). Rosario: Fundaciones para las Investigaciones Jurídicas, 2001. P. 16.

entrono da racionalidade frente ao positivismo matematizante⁹⁴, mas na comtemporaneidade, tem-se um novo mundo, que vinca-se na complexidade e por derradeiro avalia-se a construção de uma **Nova Racionalidade**⁹⁵ que deixa para traz aquela razão fechada, reestabelecendo e dando nova faceta às ciências.

O conhecimento humano deve ser cada vez muito mais científico, muito mais filosófico e muito mais poético do que é⁹⁶, assim levando a Ciência do Direito ao enfrentamento necessário quanto a maldição da humanidade que pesa sobre a lei e o cálculo em sua utilidade própria⁹⁷ que vem a provocar a falsa sensação de que é vantajoso aprisioná-la à uma formula absoluta a realidade do direito, sendo que, esta encontra-se em continuo movimento⁹⁸, pois é em si o Direito: ritmo de vida.

A complexidade é refletida em uma transdisciplinarietà das ciências, onde o conhecimento necessita de uma apropriação e comunicação com as demais disciplinas científicas, assim formando pontes. Por conseguinte, o conhecimento científico abre-se a novas possibilidades dentro desta nova racionalidade transdisciplinária.

Daí finalmente a urgência de dar respostas a perguntas simples, elementares, inteligíveis. Uma pergunta elementar é uma pergunta que atinge o magma mais profundo da nossa *perplexidade* individual e coletiva com

⁹⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as Ciências**. 7ª ed.. Porto: Edições Afrontamento, 1995.

⁹⁵ VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997.

⁹⁶ Vide: **“El conocimiento de lo humano (...) , y finalmente todas las inhumanidades, son revalores de humanidad”**. (MORIN, Edgar. **El Método: La Humanidad de la Humanidad**. La Identidad Humana. 1ª Ed. Madrid: Catedra Teorema, 2003. P. 17.)

⁹⁷ Es la transformación de la sociedad entera, pero siempre pensada en **función del enfrentamiento con la maldición que pesa sobre la ley y el cálculo de la utilidad propia. Se trata de una sociedad en la que quepan todas y todos y toda la naturaleza también**. (HINKELAMMENRT, Franz. **Lo Indispensable es Inútil**. Hacia una Espiritualidad de la Libertación. San José, Costa Rica: Editorial Arlekin, 2012. P. 210-211.)

⁹⁸ Además, si el matemático logra encerrar en una fórmula una verdad, cuando lo es efectivamente, dura eternamente; no creo, en cambio, que para la ciencia jurídica fuese igualmente ventajosa aprisionar en una formula absoluta la realidad del derecho que está siempre en continuo movimiento. (BIONDI, Biondo. **Arte y Ciencia del Derecho**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953. P. 131.)

transparência técnica de uma fisga⁹⁹ que possibilita ao homem moderno colocar-se a si próprio no centro, alterando, assim, a visão de mundo¹⁰⁰.

Daquela antiga ruptura imposta pelo racionalismo calcado em uma **razão fechada** herdada esta do passado que vinca-se em um memorismo normativo e em uma simples reprodução¹⁰¹ que encontra aprisionamento na angústia cartesiana-mecanicista que impunha a ciência a busca do **saber** pelo conhecimento, evoluciona-se assim, até se chegar há ruptura dentro do próprio **saber**, abrindo este progressivamente o seu edifício com toda imagem acumulativa do progresso de conhecimentos¹⁰².

Já a ciência contemporânea produz novas áreas problemáticas e novas conceptualizações, **novos saberes** e novas ignorâncias¹⁰³, não sendo mais possível criar resistências entre os saberes, pois estes são responsáveis diretos pela transformação de conhecimento, pois o mundo de hoje necessita de uma racionalidade diferente, entrelaçada pelas iniciativas, pela cooperação, pelo sentido de responsabilidade, pela capacidade de relacionar umas coisas e fenômenos com outros e assim descobrir em todo o momentos os agentes emergentes do novo¹⁰⁴.

A razão fechada era simplificadora. Não podia enfrentar a complexidade da relação sujeito-objeto, ordem-desordem. A razão complexa pode reconhecer essas relações fundamentais. Pode reconhecer em si mesma uma zona obscura, irracionalizável e incerta. A razão não é totalmente racionalizável[...]

⁹⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as Ciências**. 7ª ed.. Porto: Edições Afrontamento, 1995. P. 7.

¹⁰⁰ GAUER, Ruth M. Chittó. **Conhecimento e Aceleração** (mito, verdade e tempo). In: GAUER, Ruth M. Chittó (org.). **A Qualidade do Tempo**: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. P. 102.

¹⁰¹ VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 13.

¹⁰² CERUTI, Mauro. **El mito de la omnisciencia y el ojo del observador**. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **El ojo del observador**. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995. P. 47.

¹⁰³ **La ciencia contemporánea ha criticado la idea de enigma como ignorabius definitivo y fijado de una vez para siempre, produciendo nuevas áreas problemáticas y nuevas conceptualizaciones, nuevos saberes y nuevas ignorancias. La idea del enigma como limite absoluto estaba estrechamente vinculada con la adopción del ideal regulativo del lugar fundamental y neutro de observación. Es la plausibilidad heurística de este ideal la que desapareció en los últimos cien años.** (CERUTI, Mauro. **El mito de la omnisciencia y el ojo del observador**. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **El ojo del observador**. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995. P. 40.)

¹⁰⁴ VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 13.

A **razão complexa** já não concebe em oposição absoluta, mas em oposição relativa, isto é, também em complementaridade, em comunicação, em trocas, os termos até ali antinômicos: inteligência e afetividade; razão e desrazão. *Homo* já não é apenas *sapiens*, mas *sapiens/demens*.¹⁰⁵ (sublinha-se).

Notadamente a razão fechada é superada pela **razão aberta-complexa**, que melhor assenta-se com as complexidades que de um lado pode e deve **reconhecer o irracional** (acaso, desordens, aporias, brechas lógicas e trabalhar com o irracional); a razão aberta não é a rejeição, mas o diálogo com o irracional; e de outro pode e deve **reconhecer o a-razional**: o ser e a existência não são nem absurdos, nem racionais; eles são¹⁰⁶.

A **razão complexa** melhor reflexiona um diálogo constante e prolixo que se faz imprescindível para que os **saberes** possam conviver e se complementar reformulando e dando novos rumos ao conhecimento científico, neste norte a transdisciplinaridade afirma que há algo além da racionalidade, e, que a intuição traz um saber revolucionário e poético introduzindo assim¹⁰⁷ uma nova realidade.

Portanto a razão é a essência do homem, e junto à tradição clássica distinguiu: no homem o que é razão é o que é verdadeiramente humano, e no que não é razão, e que, por este fato, parece indigno do homem: instintos, sentimentos e desejo¹⁰⁸.

Analisados vários conceitos evoluciona-se/transforma-se até que se chegue a **Nova Racionalidade** que é *per si* complexa, e assim melhor adequa-se com todas as **complexidades internas** (do ser humano) e as **complexidades externas** (da sociedade, e da natureza)¹⁰⁹ determina deste modo, uma consciência cada vez maior das limitações que correm na relação entre consciência e conhecimento, limitações infinitas e também fontes de surgimento

¹⁰⁵ MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. P. 168.

¹⁰⁶ MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. P. 167-168.

¹⁰⁷ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Os novos direitos à luz da transdisciplinaridade**: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar. In: Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 57-66, jan./jun. 2008. P. 60-61.

¹⁰⁸ WARAT, Luis Alberto. **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 188.

¹⁰⁹ VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 11-12.

do novo¹¹⁰. A velha racionalidade é simplificadora¹¹¹ calcada em um conhecimento dualista¹¹², sendo no que foi exposto que esta última encontra seu impasse mais profundo¹¹³.

Destaque-se o que alude CERUTI em seu pequeno opúsculo que as ciências carregam em seu âmago alta carga daquela racionalidade centrada na razão cartesiana-mecanicista, que põem em discussão a inevitabilidade e a necessidade de sua identificação com as tarefas e com os critérios do conhecimento e da ciência. Assim, a ideia de previsão, a ciência como ciência do geral, a consciência do tempo como lugar de desprendimento das necessidades atemporais das leis, deixam de ser critérios absolutos e definidores da cientificidade. Delineia-se um itinerário que através das fissuras da hipotética necessidade dos fins cartesianos-mecanicistas da ciência que produz o que podemos definir como **desafio da complexidade**¹¹⁴.

São altamente evidentes e fortes os sinais de ruptura do antigo modelo de racionalidade científica nascido nos séculos XVII e XVIII, que atravessa uma profunda crise. Crise essa que não é só profunda como irreversível, dada pelo que vivencia-se pelo período de revolução científica iniciada com Einstein e com a mecânica quântica¹¹⁵, apresenta assim a ciência um aspecto particular, que encontra-se na necessidade de desenvolver-se ou pela necessidade de progresso¹¹⁶.

Complementa VILAR que as propostas racionalizantes do conhecimento voltadas à razão fechada, ou ainda, pela razão cartesiana-mecanicista deve

¹¹⁰ CERUTI, Mauro. *El mito de la omnisciencia y el ojo del observador*. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. *El ojo del observador*. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995. P. 42.

¹¹¹ VILAR, Sergio. *La Nueva Racionalidad*. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 11-12.

¹¹² Vide ainda SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as Ciências*. 7ª ed.. Porto: Edições Afrontamento, 1995. P. 39-40.

¹¹³ CERUTI, Mauro. *El mito de la omnisciencia y el ojo del observador*. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. *El ojo del observador*. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995. P. 42.

¹¹⁴ Vide: CERUTI, Mauro. *El mito de la omnisciencia y el ojo del observador*. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. *El ojo del observador*. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995. P. 41.)

¹¹⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as Ciências*. 7ª ed.. Porto: Edições Afrontamento, 1995. P. 23.

¹¹⁶ KARL, Popper R.. *Conjecturas y Refutaciones*. Brasília: Editora da UnB, 1980. P. 264.

subordinar-se a ***Nova Racionalidade***¹¹⁷, que cunha-se em todas as disciplinas, que transdisciplinarmente observam os fenômenos complexos, assim como observam o observador, e o ser humano constituído por uma rede imensa de complexidades: neuronais sobre tudo, ou melhor neuronais-sensoriais-psíquicas-sociais que se multiplicam com o transcorrer do tempo.

Avalia-se que na atualidade é possível ir além da mecânica quântica, enquanto esta introduziu a consciência no ato do conhecimento, hoje temos de introduzir no próprio objeto do conhecimento, sabendo que, com isso, a distinção de sujeito-objeto sofrerá uma transformação radical e progressiva, faz com que se ocorra a descentralização dos objetos do discurso científico do nível de realidade diretamente perceptível e *manipulável pelos seres humanos vem a constituir a tendência mais secular*. E ainda, o processo de progressiva descentralização da ciência somente pode produzir-se com a neutralização do sujeito e do observador¹¹⁸.

A ***Nova Racionalidade*** impõe irreversível transformação do conhecimento científico¹¹⁹ que se demonstra radical e progressivo posicionando-se em coerência com as necessidades, os interesses e os desejos, livremente expressados e contrastados com considerações éticas e estéticas¹²⁰, esboçando e demarcando o futuro de nossa ciência, inserindo-se pela via da descentralização de disciplinas que se desenvolve através do descobrimento de níveis de realidade não traduzíveis diretamente a um projeto de ciência unitária, simplista e disciplinaria¹²¹.

¹¹⁷ Neste sentido, ver: VILAR, Sergio. ***La Nueva Racionalidad***. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 11-12.

¹¹⁸ CERUTI, Mauro. ***El mito de la omnisciencia y el ojo del observador***. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. ***El ojo del observador***. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995. P. 49-50.

¹¹⁹ KARL, Popper R.. ***Conjeturas y Refutaciones***. Brasília: Editora da UnB, 1980. P. 264.

¹²⁰ VILAR, Sergio. ***La Nueva Racionalidad***. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 227.

¹²¹ Se trata en primer lugar de las ***descentraciones espaciales***, que provocaron la conquista del micro y macrocosmos. Pero son igualmente importantes las ***descentraciones temporales***: así, es bastante difícil trazar una línea de demarcación precisa entre los dos procesos de descentración, espacial y temporal. En todas las imágenes de la realidad, el espacio y el tiempo estuvieron íntimamente conectados. (CERUTI, Mauro. ***El mito de la omnisciencia y el ojo del observador***. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. ***El ojo del observador***. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995. P. 50.)

Ao se constituírem novas problemáticas e novos campos do **saber** faz-se surgir grandes e intangíveis controvérsias que circundam em torno do **ser humano**: a sua biologia e a sua psicologia, e a utilização de informações e conhecimentos projetando-os a determinadas finalidades¹²² alargadas estas por novos horizontes que impulsionam-projetam a um tangencial e irrefutável avanço da ciência moderna, que pode avaliá-la como um contínuo processo de descentralização do rol e do lugar do homem frente ao cosmos, e que, por conseguinte faz-se repensar nosso modo de pensar o cosmos¹²³.

Tudo que até o momento veio a defender-se neste pequeno artigo, em um primeiro momento parece tão desconexo, mas em um segundo momento pareceu tão *conexo* à magnífica conclusão retirada de uma pequena obra de **WARAT**:

A redescoberta da paixão pela vida, da paixão de compreender os outros virá de um confronto com os desejos que fluem marginalmente. A marginalidade é o lugar da recuperação das relações livres com os desejos. Aí é onde encontramos o sangue quente e o esperma urgente. Institucionalmente sobrevivemos. No confronto com os desejos punidos, perderemos o medo de cultivar as ambigüidades e o imprevisível. É uma possibilidade de renascer. Estamos diante de uma chance de vencer a sedentariedade e pensar sobre nós mesmos, sem modelos.¹²⁴

A proclamada e vivificante **Nova Racionalidade** aguça a redescoberta da paixão pela vida, a paixão de compreender os outros virá de um confronto com os desejos que fluem marginalmente¹²⁵, que assim contam e comportam novas proposições antropológicas e filosóficas pelas quais expressaram novos modos de autoconhecimentos em que a razão **não** seja mutilada pela emoção, nem o sentir se expanda sem promovê-la. Com a conjunção de tais dimensões, provavelmente levar-se-á a encontrar novos sentidos a nosso *ser* e a nosso *devenir*¹²⁶.

¹²² VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 177.

¹²³ CERUTI, Mauro. **El mito de la omnisciencia y el ojo del observador**. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **El ojo del observador**. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995. P. 49.

¹²⁴ WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 76.

¹²⁵ WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 76.

¹²⁶ VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 174.

Cabe mais que adequadamente relacionar a **Nova Racionalidade** frente à matriz *construtivista* por meio da análise de *CERUTI*, que afirma, que: A relação entre razão (consciente) e emoção (inconsciente) cognitivo se constrói de maneira recorrente e vicária: a cada tomada de consciência corresponde que seja um novo conhecimento das matrizes construtivista de um conhecimento adquirido precedentemente, já que é a produção de um novo inconsciente cognitivo correspondendo a não visibilidade das matrizes e dos mecanismos que tem precedido o processo de tomada de consciência. A cada aumento do conhecimento corresponde um aumento da ignorância, e aos novos tipos de conhecimento correspondem novos tipos de ignorância. O universo categorial da ciência não é unitário nem homogêneo, não está dado de uma vez para sempre: o conhecimento e a ciência não se constroem por expansão, até que alcance os limites que lhes seriam dados naturalmente. Os limites da ciência contemporânea são uma espécie de *Jano* bifronte já que, no momento em que estabelece os confins de um universo de discurso dado, abre novas possibilidades para a construção de novos universos de discurso¹²⁷. Importante complementar o que defende *MATURANA*, que o viver emocional e racional é o que dá aos seres humanos a peculiaridade de serem responsáveis e livres em fazer e reflexionar¹²⁸.

A *Nova Racionalidade* é reticular e inventiva¹²⁹, e assim como o Cortázar, expressão essa que representa surrealismo, que tencionado para o Direito lança-se ao surrealismo do cotidiano, carregado do humor do insólito, um humor onde brilha uma doce ironia, uma impecável condução da surpresa e uma **ilimitada capacidade de tabulação: um grande terraço de jogos para inteligências incontaminadas**¹³⁰ fazendo com que a redes racionais se tornem mais extensas e

¹²⁷ CERUTI, Mauro. *El mito de la omnisciencia y el ojo del observador*. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. *El ojo del observador*. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995. P. 42-43.

¹²⁸ MATURANA, Humberto. *La Objetividad*. Un Argumento para Obligar. Santiago de Chile: Dolmen, 1997. P. 143-144.

¹²⁹ VILAR, Sergio. *La Nueva Racionalidad*. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 226-227.

¹³⁰ Ver Cortázar como expressão do surrealismo em WARAT, Luis Alberto. *A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos*. In: *Territórios Desconhecidos*. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 91.

incorporem a nossas racionalidades impondo-se uma revolução na consciência humana¹³¹ que incide ao âmago da ciência: sobre o presente e para o futuro.

Esta **Nova Racionalidade** está prestes a prevalecer e consolidar-se pelos quatro polos do mundo¹³², pois nesta a ciência resignifica-se trilhando um mundo plural de direções em mudança permanente, que dão capacidade ao imprevisto, ao azar, ao devir, ao novo, à irreversibilidade. Um pensamento complexo, quer dizer capaz de unir significados que se repelem entre si. A ciência do pensamento indisciplinado¹³³.

Vale aqui destacar a notável a observação que BOAVENTURA faz quanto à análise da ciência contemporânea, aludindo que se sabe que nenhuma forma de conhecimento é, em si mesma, racional; só a configuração de todas elas é racional. Tenta, pois, dialogar com outras formas de conhecimento deixando-se penetrar por elas.¹³⁴

A ciência apresenta contemporaneamente novas perspectivas, fazendo um dialogar transdisciplinar que penetra e reflexiona-se em uma nova forma de produção de conhecimento, que estabelece vínculos entre coisas que estão separadas, e este vínculo se dá pela via da razão criativa de racionalidade que institui-se nas complexidades dos atos da vida humana que se apresenta pela dinâmica de contextos, de objetos e de devires de individualidades complementárias, tanto no que se refere ao individuo quanto à sociedade. Note-se que as soluções não se vincam mais as especificidades unívocas, mas sim, abrem-se a novas possibilidades compreendidas pela complexidade de mundo e

¹³¹ WARAT, Luis Alberto. **Metáforas para a Ciência, a Arte e a Subjetividade**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 531.

¹³² Hasta 1997, la nueva racionalidad está lejos de prevalecer en el mundo. Entre quienes mandan impera la vieja racionalidad: la de guerra, la de los graves conflictos sociales, la del paro, la de la miseria para centenares de millones de seres humanos, la de la enfermedad, la del terrorismo (de Estado y de los que obsesionan por llegar a ser configuraciones estatales), la del pensamiento esclerótico y anquilosado en repeticiones de lo mismo, decenio tras decenio... (VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 226-227.)

¹³³ Vide: **Qual é o lugar do sujeito no pensamento indisciplinado?**. In: WARAT, Luis Alberto. **Metáforas para a Ciência, a Arte e a Subjetividade**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 530-531.)

¹³⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as Ciências**. 7ª ed.. Porto: Edições Afrontamento, 1995. P. 55.

suas várias realidades que aportam em um certo grau de polissemia de saberes e processos singulares¹³⁵.

Pois no que se refere ao Direito, sua estratégia se inscrevem, ao fim, em todo o mundo cultural que se manifesta diretamente pela *'alquimia y de la hermética, convertidas en probalística, hermenéutica y estadística'*¹³⁶ que funda a Ciência e as formas de produção de conhecimento racionalizáveis frente novas complexidades que assim exigem uma nova compreensão dos saberes que se integram a dinâmica da ciência jurídica¹³⁷, e mais do que isto, deve repensar a atual função jurídica estatal que é amplamente poluída por proibições¹³⁸.

Resgatar-se-á por meio desta **Nova Racionalidade**, que demonstra ser amplamente transdisciplinária, em que por ela faz com que todas as disciplinas comuniquem-se para que se tenha respostas as complexidades do mundo, que estas interferem mais do que diretamente para com o funcionamento do Direito. Portanto para a funcionalidade do Direito frente às complexidades de mundo não pode apartar-se da compreensão plenária da vida que o homem de Direito deve ajudar a resolver¹³⁹.

Apresentou-se a **Nova Racionalidade**, essa renovada racionalidade dada à complexidade de mundo tem reflexo direito no Direito, que em se tratado deste as complexidades chegam mais facilmente ao **Direito Judicial**¹⁴⁰, pois por meio do **Processo Judicial** que adquire importância não somente para com a Teoria do Direito, mas também para a vida social¹⁴¹, que este deve ser utilizado de forma

¹³⁵ WARAT, Luis Alberto. *Metáforas para a Ciência, a Arte e a Subjetividade*. In: *Territórios Desconhecidos*. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 531.

¹³⁶ FLOREZ MUÑOZ, Daniel E.. *Por qué un abogado debe leer a Zizek?* Derecho, Ideología y Psicoanálisis. In: International Journal of Zizek Studies. Volume Five, Number Four, 2009. P. 10.

¹³⁷ CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. *Estrategia Jurídica*. Rosario: Consejo de Investigaciones Universidad Nacional de Rosario, 2011. P. 106 e 98.

¹³⁸ WARAT, Luis Alberto. *A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos*. In: *Territórios Desconhecidos*. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 74.

¹³⁹ CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. *Estrategia Jurídica*. Rosario: Consejo de Investigaciones Universidad Nacional de Rosario, 2011. P. 98.

¹⁴⁰ Neste ponto ver: que aponta a postura inovadora do STF reconhecendo que o direito deve buscar informações fora do âmbito de sua ciência assim dialogando com as demais ciências. (ALHO, Ana Maria Gomes da Silva. *Transdisciplinariedade no STF – A ADI n.º 3510*. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI.)

¹⁴¹ Una sencilla *observación empírica* demuestra que en todas las sociedades suelen haber ciertas personas ante las cuales se plantean problemas jurídicos, problemas relacionados con la

indiscriminada pela matriz transdisciplinar: que é dotada de capacidade para lidar com o paradigma da complexidade, fazendo assim, as pontes entre ciências e saberes. Tanto a complexidade quanto o Direito, ambos tem como ponto gravitacional a Decisão Jurídica que deve ter como base uma epistemologia construtivista¹⁴². *Quanto ao Processo, aludia COUTURE, que este um dia possa chegar a ser a rainha das ciências jurídicas*¹⁴³, *note-se que pelo vislumbrado, segue este caminho.*

Não adentrando ao assunto por completo, mas apontando os caminhos em que a **Nova Racionalidade** pode projetar o Direito, seria na construção de uma racionalidade vincada em um **Direito Reflexivo**¹⁴⁴ e em um **Direito Responsivo**¹⁴⁵, sendo que, ambos podem vir a responder mais que adequadamente com o paradigma da complexidade, assim aportando e apresentando-se por uma translucidez científica contemporânea que responda com o que a sociedade e seus indivíduos, em meio seus desejos e necessidade venham a clamar, tendo como uma morada sólida a transdisciplinariedade.

efectividad de las reglas de Derecho que rigen la vida familiar, civil, comercial, laboral, etc., de la correspondiente comunidad, y que esas selectas personas tienen la particularidad de que frente al problema suelen formular una conclusión (veredicto, fallo, laudo, sentencia), que es la "última palabra" al respecto y que debe ser acatada -y normalmente lo es- por todos (incluso el Estado). y bien, la actividad que se desarrolla en orden a este veredicto, fallo, laudo o sentencia, se identifica -en términos muy genéricos-con la expresión "proceso jurisdiccional. La **importancia que este proceso jurisdiccional adquiere** no solamente en la Teoría del Derecho sino en la misma vida social, se advierte fácilmente en cuanto se tiene presente que tan sólo en nuestro país existen al redor de quinientos órganos del Estado ante los cuales se desarrollan tales procesos (además de inúmeros tribunales arbitrales), y que ante cada uno de dichos órganos (cuando se trata de órganos del Estado) se llevan a cabo-simultáneamente- varios cientos (y a veces miles) de procesos. Es que de esos procesos jurisdiccionales depende en última instancia la vigencia de todo el ordenamiento jurídico que la comunidad en cuestión se ha dado, y es a ellos que acuden todas las personas que entienden que se encuentran afectadas por la falta de correlación entre lo que las normas jurídicas dicen que debe ser y lo que ocurre en la realidad de la vida. (OLIU, Alejandro Abal. **Derecho Procesal**. Tomo I. Segunda Edición, Revisada Y Actualizada. Uruguay: Fundación De Cultura Universitaria, 2001. P. 11.)

¹⁴² **Derecho y Complejidad**. In: CARCOVA, Carlos María. **Las Teorías PostPositivistas**. 3ª ed.. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009. P. 263.

¹⁴³ COUTURE, J. Eduardo. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1970. P. 80.

¹⁴⁴ Avaliar o aludido por BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar. 2000.

¹⁴⁵ Ver ideia central da obra de NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **O Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

3 SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DA SIMPLIFICAÇÃO PELO PARADIGMA DA COMPLEXIDADE: E O REFLEXO DE TUDO ISSO NA CONSTRUÇÃO TRANSDISCIPLINAR

Destaca-se a superação do paradigma que se construiu pela simplificação pelo paradigma da complexidade, e, que devido a esta se buscam novas respostas para com uma nova racionalidade, voltada para as disciplinas científicas, fazendo com que as mesmas sejam transdisciplinares, fazendo pontes umas com as outras, tendo assim como finalidade dar respostas mais adequadas a sociedade por meio do Direito. O Direito não pode mais ser visto como mera ciência, que volta-se a paz social por meio de sanções, ou melhor, deve ser visto não mais como mero autocompositor de litígios, mas sim, deve ultrapassar as barreiras que se demonstram intransponíveis. Portanto, mostrar-se-á de início a passagem do antigo para o novo paradigma, e logo após, de conceituados e assim evolucionados destaca-se o paradigma da complexidade do Direito.

O **paradigma da contemporaneidade** contém uma estrutura mítica que se apresenta via razão complexa (que se forma em um minicidade que lhe é singular-sublime) que vem esta a englobar as razões instrumentais, que se desenvolvem em seu interior, é este paradigma um fogo das loucuras que desemboca em um teatro-mundo, ou também como um labirinto¹⁴⁶. Com isso, faz-se com que a racionalidade em seu *seio* mais plural e onde finalmente o conhecimento volte a ser uma aventura encantada¹⁴⁷ e surreal¹⁴⁸, abrindo caminho para compreender melhor os problemas humanos¹⁴⁹.

Complemente-se ainda, que este **paradigma da contemporaneidade** descobre que na natureza humana e na sociedade, entre os humanos e nos

¹⁴⁶ O autor aponta que “*Si buscamos el paradigma de la modernidad, es éste*” em HINKELAMMERT, Franz. **La maldición que pesa sobre la ley**. Las raíces del pensamiento crítico en Pablo de Tarso. San José: Costa Rica: Editorial Arlekin, 2010. P. 69.

¹⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as Ciências**. 7ª ed.. Porto: Edições Afrontamento, 1995. P. 35.

¹⁴⁸ Como acima mencionado e aludido em nota de rodapé quanto ao tema e alento. (WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 91 e segs.)

¹⁴⁹ MORIN, Edgar. **Da necessidade de um pensamento complexo**. Para navegar no século XXI – Tecnologias do Imaginário e Cibercultura. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. P. 5.

demais seres vivos, proliferam desordens, que às vezes são criadores de ordens novas, todos eles emaranhados pelos fenômenos hipercomplexos nos que os determinismos lineares de causa e efeito são limitados a espaço-tempos curtos, muito circunscritos, estáveis e fechados; em suma: a margem das situações determinadas se multiplicam os azares impelidos e atravessados por múltiplos motivos, abertos ao *devenir*¹⁵⁰.

Superado foi o paradigma da simplificação e dos saberes fracionados (redução/separação) que é insuficiente e mutilante¹⁵¹ e teve seu auge os anos 70¹⁵², que foi o retrato de uma família intelectual numerosa e instável¹⁵³ posta em dúvida no que se refere ao seu objetivismo e ao seu rigorismo científico. Percebeu-se a desordem que se estabelecia em sua racionalidade, tudo isso, fez com que os físicos quânticos *Bohr* e *Heisenberg* apresentassem inovações epistemológicas e experimentais, levando-se a '*una vision del mundo que es muy similar a la de los misticos de todas las epocas y tradiciones*¹⁵⁴, e que por conseguinte: "*sus continuadores revolucionan las demás ciencias, la propia concepción del ser humano y su relación con el mundo que le rodea. Desde el momento en que se asimilan esas innovaciones, resulta inviable sostener criterios unilateralmente deterministas, es imposible considerar que la objetividad del científico es absoluta y las concepciones científicas se abren a la confluencia enriquecedora con los demás saberes, incluso los más aparentemente alejados como los poéticos trenzados de metáforas.*"¹⁵⁵

A partir deste marco histórico que foi agregado a muitos outros acontecimentos científicos, o **pensamento complexo inseriu o homem no**

¹⁵⁰ VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 16.

¹⁵¹ MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. P. 138.

¹⁵² *El viejo paradigma legitimo el establecimiento de los saberes fraccionados apoyándose, además, en la utilidad que brindaban a la industrialización en sus primeras etapas –necesidad de especialistas–, así como en su expansión hasta los años 1970, aproximadamente.* (VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 16.)

¹⁵³ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as Ciências**. 7ª ed.. Porto: Edições Afrontamento, 1995. P. 35.

¹⁵⁴ CAPRA, Fritjof. **El Tao de la Física**. Una exploración de los paralelismos entre la física moderna y el misticismo oriental. 9ª ed.. Malaga: Sirio, 2000. P. 20.

¹⁵⁵ VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 54.

processo de conhecimento¹⁵⁶ colocando em prática assim o princípio da humanidade, e deste modo acabou por impulsionar a reforma de nossas mentalidades, outros modos de construção mental e do real, outras formas mais flexíveis de organizar nossas representações mentais, deixando-as abertas a suas possíveis transformações que cinge-se em outros conceitos e atitudes e assim erigindo o paradigma da complexidade e suas novas formas de racionalizar transdisciplinar. No ora paradigma vê-se prevalecer a **eticidade** em seus mais diversos níveis¹⁵⁷.

O **novo paradigma** encontra novos rumos, assim lançando-se pela via de uma inovação metodologia¹⁵⁸ que se fortalece tangencialmente na confluência crescente entre disciplinas (sem prescindir de suas especialidades), sua interpretação ao aprender-compreender-explicar-gestionar cada fato complexo tal como realmente é e está: composto por fatores históricos-naturais-técnicos que se heterogenizam sem interrupção, em uma medida e outra¹⁵⁹. Supõe-se ainda que sua natureza se estrutura ou se estruture em um processo autoorganizativo de acordo com diferentes níveis fazendo om que necessariamente se de uma explicação unificada dos fenômenos, naturalmente impondo uma revisão da razão lógica científica para que se expresse adequadamente a realidade física, *‘focalizzando l’attenzione sul metodo transdisciplinare ritenuto capace di poter sostenere e integrare i diversi contributi con cui è scrutata la realtà’*¹⁶⁰. Portanto a

¹⁵⁶ WARAT, Luis Alberto. **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 173.

¹⁵⁷ VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 37-38.

¹⁵⁸ RONDINARA, Sergio. **Transdisciplinarità e Dialogo**. Nuova Umanità. XXIX (2007/3) 171, pp. 353-360. P. 354-355.

¹⁵⁹ VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 16.

¹⁶⁰ *Tutto ciò richiede di riesaminare le relazioni che intercorrono tra le varie forme del sapere, e quindi il collegamento tra le discipline interessate a tale processo. A riguardo la tendenza odierna è quella di abbandonare il metodo interdisciplinare, considerato sempre più un rimedio ai tentativi riduzionisti e al disfaccimento dello scientismo, focalizzando l’attenzione sul metodo transdisciplinare ritenuto capace di poter sostenere e integrare i diversi contributi con cui è scrutata la realtà.* (RONDINARA, Sergio. **Transdisciplinarità e Dialogo**. Nuova Umanità. XXIX (2007/3) 171, pp. 353-360. P. 354-355.)

realidade que serve de base para todos os fenômenos está mais além de toda forma e escapa a toda descrição e especialização¹⁶¹.

Na contemporaneidade preste-se atenção à dimensão plenária e universal: em que se deve falar de mundos e não de mundo, pois também se deve saber que cada um desses mundos está em plena comunicação com os demais, e que cada um dos mesmos possui ao menos uma imagem dos outros¹⁶², assim esses novos mundos, seus entrecruzamentos, imbrincamentos e rupturas constituem¹⁶³ o paradigma de complexidade, que, ao mesmo tempo, separe e associe, que conceba os níveis de emergência da realidade sem os reduzir às unidades elementares e às leis gerais¹⁶⁴.

*O paradigma da complexidade tem a capacidade de interpretar a realidade atacando a razão que constrói necessariamente as razões do direito negando em sua raiz a sua divulgação e suas operações como meros critérios diretivos-orientadores do homem*¹⁶⁵, pois na atualidade ultrapassa-se a forma simples de valorar as perspectivas que se apresenta, obrigando com isso uma nova forma de pensar.

Porquanto, os fenômenos complexos devem articular-se com a **transdisciplinaridade** e com as realidades e problemas afirmando-se como algo além da racionalidade, e, que a intuição traz um saber revolucionário e poético introduzindo assim um diálogo que se faz imprescindível para que os saberes possam conviver e se complementar¹⁶⁶, pois se tem de reformular a consciência

¹⁶¹ CAPRA, Fritjof. *El Tao de la Física*. Una exploración de los paralelismos entre la física moderna y el misticismo oriental. 9ª ed.. Malagra: Sirio, 2000. P. 257.

¹⁶² AUGÉ, Marc. *Hacia una Antropología de los Mundos Contemporáneos*. Barcelona: Gedisa, 1998. P. 123.

¹⁶³ AUGÉ, Marc. *Hacia una Antropología de los Mundos Contemporáneos*. Barcelona: Gedisa, 1998. P. 123.

¹⁶⁴ MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. Ed. revista e modificada pelo autor - 8ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. P. 138.

¹⁶⁵ NOCERINO, Raimondo. *Complessità e Diritto*: Brevi Riflessioni su Niklas Luhmann e Bruno Romano. i-lex Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale. Rivista quadrimestrale on-line: www.i-lex.it Dicembre 2010, numero 11. P. 532.

¹⁶⁶ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Os novos direitos à luz da transdisciplinaridade*: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar. In: Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 57-66, jan./jun. 2008. P. 60-61.

da humanidade reformulando-a, fazendo com que esta se torne uma consciência planetária ou universal¹⁶⁷.

Pois, faz-se necessário promover uma nova transdisciplinaridade, de um paradigma calcado na complexidade que tende para o conhecimento multidimensional (o conhecimento deve corresponder ao conjunto de complexidades¹⁶⁸) que, decerto, permite distinguir, separar, opor, e, portanto, dividir relativamente esses domínios científicos, mas que possa fazê-los se comunicarem sem operar a redução¹⁶⁹ construindo assim uma **Nova Racionalidade**, terminal relativa de múltiplos voos e caminhos apontando novas atitudes práticas¹⁷⁰ e desta preocupação delineou-se e foi discutida e posta em uma **Carta** para fundar, expor e estabelecer sua base¹⁷¹.

A sociedade viu-se na **angústia**¹⁷² de renovar-se frente à tecnociência, a globalização que alteraram as noções de tempo e espaço projetadas e

¹⁶⁷ *Dado que, para demostrar los fenomenos complejos y para articular la transdisciplinariedad con las realidades y problemas actuales, asimismo he hablado de la mundializacion, creo que los lectores no se sorprenderán si acabo este libro con la iniciacion de otra idea: las mujeres y los hombres necesitamos formarnos una consciencia planetaria: una consciencia que nos ayude a superar nuestra consciencia nacional (ist) y que nos lleve a asumir que no hay otra socioda viable más que la sociohumanidad: la proliferacion de solidariedades entre terrícolas entre éstos y otros terráqueos vivos (desde las plantas hasta los animales, passando por las aguas, la atmósfera...).* (Como sea que entre finales de los años 1980 y el primer lustro de los 1990 son varios los autores-amigos que emplean el concepto de consciencia plenaria, es lógico recordar que yo utilizo dicha construion conceptual desde 1979: véase mi libro *Crisis y nueva política*. Dichos autores-amigos son desde el filósofo e ingeniero Pániker en su libro *Ensayos retroprogresivos* (1987) hasta el sociólogo-antropólogo-epistemólogo Morin en *Terre-patrie* (1993), passando por el historiador Chesneaux en *Modernité-monde* (1989). Mo más importante es que todos coincidimos en esa idea sin que antes hayamos hablado de ella entre nosotros). (VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 246-247.)

¹⁶⁸ Es necesario crear un modo de conocimiento que corresponda a ese conjunto de complejidades, que se transforman a lo largo tiempo histórico (general), y a través de la infinidad de temporalidades características individuales, dentro de la corriente de la irreversibilidad. El conjunto de todo ello se auto-organiza y evoluciona, según sean en cada momento las construcciones mentales que se hagan los individuos, y también según las representaciones del pasado que perduren en su consciencias. (VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 140.)

¹⁶⁹ MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. P. 177 e 138.

¹⁷⁰ VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 246-247.

¹⁷¹ **Carta da Transdisciplinaridade**. In: **Educação e Transdisciplinaridade II**. Coordenação executiva do CETRANS. – São Paulo : TRIOM, 2002. P. 193-197.)

¹⁷² Tempo e Classe; Lei Global, Ordens Locais. In: **Globalização: As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999; In: **Vidas desperdiçadas**. La modernidade y sus parias. Buenos Aires: Paidós, 2003.; Emancipação; Individualidade; Tempo-Espaço. In: **Modernidade**

projetando-se nas novas descobertas científicas que se deram nos últimos 30 anos, pois ocorreram revoluções percebidas no dia-a-dia. Todas essas mudanças trouxeram novos problemas, e assim a complexidade se instaura (necessariamente tinha-se antes da contemporaneidade complexidades, as vezes esta não observada, mas hoje acentuadas) no campo cinético, por sua parte, nas ciências sociais e nas humanas atravessam um momento que caracteriza-se por fortes debates que reclamam novas e melhores estratégias de produção de conhecimento¹⁷³. Compreender a ciência é compreender-se a si e aos demais.

Portanto, a **transdisciplinaridade** transforma nosso olhar sobre o individual, o cultural e o social, remetendo para a reflexão respeitosa e aberta sobre as culturas do presente e do passado, do Ocidente e do Oriente, buscando contribuir para a sustentabilidade do ser humano e da sociedade¹⁷⁴.

Quanto ao Direito, este por vezes é impactado e por outras impacta outras disciplinas¹⁷⁵ científicas para produzir um saber autônomo de onde resultem novos objetivos e novos métodos que constituam possibilidades por meio de articulações positivas com as demais ciências mediante temas que não voltem a encerrar-se em suas especificidades, estabelecendo, via disciplinas, comunicações inéditas dos saberes¹⁷⁶, formando-se assim, conhecimentos **transdisciplinários** que passam a constituir a **Nova Racionalidade** que opera via **razão complexa** voltada para com *finalidade* coexistencial¹⁷⁷.

Líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2001; **Las Consecuencias Perversas de la Modernidad**. Modernidade, Contingencia y Riego. Barcelona: Anthropos, 1996. BAUMAN, Zygmund.

¹⁷³ CARRIZO, Luis; PRIETO, Mayra Espina; KLEIN, Julie T.. **Transdisciplinariedad y Complejidad en el Análisis Social**. Gestión de las Transformaciones Sociales (MOST) Documento de Debate. UNESCO. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. P. 7.

¹⁷⁴ MELLO Maria F. de; BARROS, Vitória Mendonça de; SOMMERMAN, Américo. **Introdução**. In: **Educação e Transdisciplinaridade II**. Coordenação executiva do CETRANS. – São Paulo : TRIOM, 2002. P. 8-9.

¹⁷⁵ *Es así entonces como el Derecho es impactado e impacta a su vez a otras disciplinas que tienen como objeto al ser humano, bastará un simple vistazo a la forma como se estructuran las normas e instituciones legales para apreciar así que la Psicología, la Sociología, la Filosofía, la Economía, la Políticas y hasta la Religión hacen vida disciplinaria y se relación constantemente con la formación del Derecho.* (ARAUJO, Eglis; SOSA, José Gregorio. **El Objeto del Derecho desde el contexto de la Multidisciplinariedad, Interdisciplinariedad y Transdisciplinariedad**. Una Vision de los Autores. Barquisimeto, Agosto de 2012. P. 3.)

¹⁷⁶ VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 62.

¹⁷⁷ RONDINARA, Sergio. **Transdisciplinarità e Dialogo**. Nuova Umanità. XXIX (2007/3) 171, pp. 353-360. P. 356.

A Ciência fez do Direito uma Ciência Jurídica fria que se encontra distante dos fatos e do drama humano, de outro modo na transdisciplinariedade não existe um piloto automático, pois não há algoritmos, modelos prontos, nem um conhecimento dogmático. Propõe-se ruptura, fazendo com que os modelos venham a dinamizar-se: permanente e constantemente frente a cada campo de reflexão e de cada campo de aplicação¹⁷⁸, atenuando-se em uma sensibilidade¹⁷⁹ que lhe é sublime e que tem como objeto o ser humano¹⁸⁰ afirmando-se com o próprio progresso da humanidade. Essa centralidade no homem exige um alto grau de **eticidade**.

Essas novas concepções integrativas e participativas, surgem como respostas ao desafio crescente conduzido¹⁸¹ pela **complexidade** que é asseverada pela “variação e desenvolvimento” dos problemas atuais do mundo no qual se vive força com que ocorra a eclosão de uma complexidade de mundo, de sua razão e de sua região, pois este tema tem representado e representa atualmente um terreno fértil para com a estudo jusfilosófico¹⁸².

Os novos tempos impõem captar cientificamente a problemática da complexidade material, temporal e espacial, nascendo assim o paradigma da complexidade que faz com que na contemporaneidade superarem-se as simplistas aproximações interdisciplinárias¹⁸³ (onde cada disciplina pretende primeiro fazer reconhecer sua soberania territorial¹⁸⁴) e a mera especialidade e a

¹⁷⁸ MELLO Maria F. de; BARROS, Vitória Mendonça de; SOMMERMAN, Américo. **Introdução**. In: **Educação e Transdisciplinaridade II**. Coordenação executiva do CETRANS. – São Paulo : TRIOM, 2002. P. 13.

¹⁷⁹ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Os novos direitos à luz da transdisciplinaridade**: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar. In: Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 57-66, jan./jun. 2008. P. 61.

¹⁸⁰ ARAUJO, Eglis; SOSA, José Gregorio. **El Objeto del Derecho desde el contexto de la Multidisciplinariedad, Interdisciplinariedad y Transdisciplinariedad**. Una Vision de los Autores. Barquisimeto, Agosto de 2012. P. 3.

¹⁸¹ CARRIZO, Luis; PRIETO, Mayra Espina; KLEIN, Julie T.. **Transdisciplinariedad y Complejidad en el Análisis Social**. Gestión de las Transformaciones Sociales (MOST) Documento de Debate. UNESCO. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. P. 8-9.

¹⁸² NOCERINO, Raimondo. **Complejidad e Diritto**: Brevi Riflessioni su Niklas Luhmann e Bruno Romano. i-lex Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale. Rivista quadrimestrale on-line: www.i-lex.it Dicembre 2010, numero 11. P. 527.

¹⁸³ Avalie o que aludel sobre “**la complejidad de lo real**”, em VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 62.

¹⁸⁴ Sabemos cada vez mais que as disciplinas se fecham e não se comunicam umas com as outras. Os fenômenos são cada vez mais fragmentados, e não se consegue conceber a sua unidade. É

unicidade das disciplinas que parecem estar muito longe de servir como referência para a construção adequada para a Ciência Jurídica de amplitude satisfatória¹⁸⁵.

Quanto à ciência do Direito, as sociedades complexas passam a ser o motor das transformações que se impõem como novas realidades, pois as disciplinas nascem das necessidades e dos desejos do homem frente ao paradigma da complexidade que emerge de tudo isso. O Direito, como ciência disciplinar, deve responder aos anseios que aqui foram expostos, pois a contemporaneidade exige desta disciplina uma conversação com as demais áreas científicas por meio da transdisciplinariedade. Portanto, a transdisciplinariedade é a resposta para o paradigma da complexidade, e esta faz com que o *'conocimiento no sólo se desarrolla verticalmente, hacia lo hondo, sino también horizontalmente, en conexión con otras materias-disciplinas'*¹⁸⁶.

Finalmente o evolucionar, ou a transformação científica faz com que se adote um novo paradigma¹⁸⁷, pois na atualidade *'existen fenómenos sociales cuyo estudio sobrepasan los limites de las disciplinas; de tal manera que sus aproximaciones solo pueden ser entendidas a través de los contextos transdisciplinarios, los cuales generan nuevos datos que entre si las distintas normas de Derecho'*¹⁸⁸. Por consequência lógica, o conceito de complexidade aparece estreitamente vinculado ao conceito de Direito, e ainda ambos têm como centro de gravidade a decisão jurídica, devendo tomar esta como a eleição da

por isso que se diz cada vez mais: "Façamos **interdisciplinaridade**." Mas a interdisciplinaridade controla tanto as disciplinas como a ONU controla as nações. Cada disciplina pretende primeiro fazer reconhecer sua soberania territorial, e, à custa de algumas magras trocas, as fronteiras confirmam-se em vez de se desmoronar. (MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. P. 135-136.)

¹⁸⁵ CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. **El Derecho Universal** (Perspectiva para la Ciencia Jurídica de una Nueva Era). Rosario: Fundaciones para las Investigaciones Jurídicas, 2001. P. 25.

¹⁸⁶ VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997. P. 44.

¹⁸⁷ OST, François. **La thèse de doctorat en droit**: du projet à la soutenance. Disponível em: <http://www.usaintlouis.be/fr/pdf/Droit/rapport_fr.pdf>. Acessado em: 21-08-2013. P. 13.

¹⁸⁸ ARAUJO, Eglis; SOSA, José Gregorio. **El Objeto del Derecho desde el contexto de la Multidisciplinariedad, Interdisciplinariedad y Transdisciplinariedad**. Una Vision de los Autores. Barquisimeto, Agosto de 2012. P. 4.

melhor entre todas as possíveis, tendo como base a aproximação epistemológica construtivista¹⁸⁹.

O antigo paradigma dominante que introjeta-se venenosamente na legalista, na formação Estadista e no Positivismo, fazendo com que venha a ocorrer uma profunda crise paradigmática que incide diretamente na *ciência jurídica, que passa a afetar em larga escala todos os ramos do direito*¹⁹⁰.), imobilizando-o. De tudo isso, ocorrem profundas transformações¹⁹¹, e destas impor-se-ão o novo paradigma, que se delinea e ganha tónus pela via transdisciplinar: que demonstra responder mais adequadamente para com as necessidades e desejos dos homens: quanto ao indivíduo e quanto a sociedade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observe-se que foi necessário que se alterasse o paradigma científico cunhado na unicidade, pois a sociedade apresenta uma complexidade de mundo, fazendo assim com que surja um novo paradigma da complexidade que volta a cientificidade para um conhecimento transdisciplinário que melhor responda com a atual conjectura. Deste modo, impõe-se uma Nova Racionalidade.

Os reflexos transdisciplinares do conhecimento aportam na Nova Racionalidade que, deste modo, passa a abranger todas as ciências, inclusive a ciência do Direito que não vem mais resolvendo os problemas do homem por ser calcando na antiga matemática-cartesiana-mecanicista, e que esta se impregna no Direito em sua dogmática em que o texto de lei não acompanha a realidade de mundo. A Nova Racionalidade vem a alterar as velhas concepções científicas, impondo ao Direito uma devida mobilidade juntamente com uma nova dinamicidade.

Na atualidade o maior **palco** para essa nova realidade que o paradigma da complexidade nos impõe, é o Direito Judicial que se realiza via processo, pois no

¹⁸⁹ **Derecho y Complejidad.** In: CARCOVA, Carlos Mária. **Las Teorias PostPositivistas.** 3ª ed.. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009. P. 263.

¹⁹⁰ OST, François. **La thèse de doctorat en droit:** du projet à la soutenance. Disponível em: <http://www.usaintlouis.be/fr/pdf/Droit/rapport_fr.pdf>. Acessado em: 21-08-2013. P. 13.

¹⁹¹ Ver quanto as transformações que o direito sofre segundo explanado por CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós Moderno.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. P. 124-125.

processo encontra como via de acesso a transdisciplinariedade. No processo sim, pois, primeiro pelo acesso aos tribunais, onde as mais diversas questões são levantadas, e ainda pela justificação de questões pela via probatória. Por fim, as questões mais diversas tratadas por disciplinas que não a do Direito, dialogam com ele.

O presente artigo pode, por vezes, ter parecido desconexo da ciência do Direito, mas tal ciência, nada mais é do que uma ciência como as demais, voltada ao homem e para o homem. Assim, o tema é altamente instigante frente às atuais angústias que a humanidade vem passando, com reformulações de suas ciências, suas técnicas e seus métodos eis que dos rituais, passamos a cientificá-los.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, D.; OSORIO, F. **Por uma prática educativa criativa: alteridade e Transdisciplinaridade no ensino jurídico.** Disponível em: <<http://www.facos.edu.br/>>. Acessado: 14-02-2014.

ALHO, A. M. G. S. Transdisciplinariedade no STF – A ADI n.º 3510. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, 2010.

ARAUJO, E.; SOSA, J. G. **El Objeto del Derecho desde el contexto de la Multidisciplinariedad, Interdisciplinariedad y Transdisciplinariedad.** Una Vision de los Autores. Barquisimeto, Agosto de 2012.

AUGE, M. **Hacia una Antropología de los Mundos Contemporáneos.** Barcelona: Gedisa, 1998.

BECHTEL, W. **Filosofía de la mente.** Una panorámica para la ciencia cognitiva. España: Tecnos, 1991.

BOURDIEU, P.; TEUBNER, G. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar. 2000.

BIONDI, B. **Arte y Ciencia del Derecho**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953.

CALDANI, M. A. C. **El Derecho Universal** (Perspectiva para la Ciencia Jurídica de una Nueva Era). Rosario: Fundaciones para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

_____. **Estrategia Jurídica**. Rosario: Consejo de Investigaciones Universidad Nacional de Rosario, 2011.

CANARIS, C.-W. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARCOVA, C. M. **Las Teorías PostPositivistas**. 3ª ed.. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.

CAPRA, F. **El Tao de la Física**. Una exploración de los paralelismos entre la física moderna y el misticismo oriental. 9ª ed.. Malagra: Sirio, 2000.

CARRIZO, L.; PRIETO, M. E.; KLEIN, J. T. **Transdisciplinariedad y Complejidad en el Análisis Social**. Gestión de las Transformaciones Sociales (MOST) Documento de Debate. UNESCO. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2004.

Carta da Transdisciplinaridade. In: **Educação e Transdisciplinaridade II**. Coordenação executiva do CETRANS. – São Paulo : TRIOM, 2002.

CASTORIADIS, C. **As encruzilhadas do labirinto**. Vol.1. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1997.

CERUTI, M. El mito de la omnisciencia y el ojo del observador. In: WATZLAWICK, P.; KRIEG, P. **El ojo del observador**. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995.

CHEVALLIER, J. **O Estado Pós Moderno**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

COUTURE, J. E. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1970.

COSSIO, C. **La Plenitud del Orden Jurídico**: y la Interpretación Judicial de la Ley. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1999.

DEL VECCHIO, G. **A Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1960.

FAGÚNDEZ, P. R. A. Os novos direitos à luz da transdisciplinaridade: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar. In: **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 57-66, jan./jun. 2008.

FLOREZ MUÑOZ, D. E. Por qué un abogado debe leer a Zizek? Derecho, Ideología y Psicoanálisis. In: **International Journal of Zizek Studies**. Volume Five, Number Four, 2009.

GAUER, R. M. C. Conhecimento e Aceleração (mito, verdade e tempo). In: GAUER, R. M. C. (org.). **A Qualidade do Tempo**: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

HINKELAMMERT, F. **La maldición que pesa sobre la ley**. Las raíces del pensamiento crítico en Pablo de Tarso. San José: Costa Rica: Editorial Arlekin, 2010.

KARL, P. R. **Conjecturas y Refutaciones**. Brasília: Editora da UnB, 1980.

MATURANA, H. R. La ciencia y la vida cotidiana: la ontología de las explicaciones científicas. In: WATZLAWICK, P.; KRIEG, P. **El ojo del observador**. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995.

_____. **La Objetividad**. Un Argumento para Obligar. Santiago de Chile: Dolmen, 1997.

MELLO M. F.; BARROS, V. M.; SOMMERMAN, A. Introdução. In: Educação e Transdisciplinaridade II. **Coordenação executiva do CETRANS**. – São Paulo : TRIOM, 2002.

MIAILLE, M. **Introdução Crítica ao Direito**. Lisboa: Estampa, 1994.

MORIN, E. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

_____. **Da necessidade de um pensamento complexo**. Para navegar no século XXI – Tecnologias do Imaginário e Cibercultura. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

_____. **El Método: La Humanidad de la Humanidad. La Identidad Humana**. 1ª Ed. Madrid: Catedra Teorema, 2003.

NICOLESCU, B. O Território do Olhar. In: Educação e Transdisciplinaridade II. **Coordenação executiva do CETRANS**. – São Paulo : TRIOM, 2002.

NIETZCH, F. **La Gaya Ciencia**. Barcelona: Olañeta, 1979.

NOCERINO, R. Complessità e Diritto: Brevi Riflessioni su Niklas Luhmann e Bruno Romano. **i-lex Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza**

Artificiale. Rivista quadrimestrale on-line: <www.i-lex.it> Dicembre 2010, numero 11.

NONET, P.; SELZNICK, P. **O Direito e Sociedade:** a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

OLIU, A. A. **Derecho Procesal.** Tomo I. Segunda Edición, Revisada Y Actualizada. Uruguay: Fundación De Cultura Universitaria, 2001.

OST, F. **La thèse de doctorat en droit:** du projet à la soutenance. Disponível em: <http://www.usaintlouis.be/fr/pdf/Droit/rapport_fr.pdf>.

SANTOS, B. S. **Um discurso sobre as Ciências.** 7ª ed.. Porto: Edições Afrontamento, 1995.

TEUBNER, G. Elementos Materiales y Reflexivos en el Derecho Moderno. In: BOURDIEU, P.; TEUBNER, G. **La fuerza del derecho.** Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar. 2000.

RONDINARA, S. **Transdisciplinarità e Dialogo.** Nuova Umanità. XXIX (2007/3) 171, pp. 353-360. P. 354-355.

VARELA, F. J.; THOMPSON, E.; ROSCH, E. **De Cuerpo Presente.** Las ciencias cognitivas y la experiencia humana. Segunda edición. Barcelona: Gedisa, 1997.

VILAR, S. **La Nueva Racionalidad.** Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997.

WARAT, L. A. A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos. In: **Territórios Desconhecidos.** Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do

Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. Metáforas para a Ciência, a Arte e a Subjetividade. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. **Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

**GT – A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO E A TUTELA
DOS CONSUMIDORES**

CANOAS, 2015

AS RELAÇÕES DE CONSUMO, O DESCASO E A LEGITIMAÇÃO DAS REDES DIGITAIS COMO SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR

Gustavo David Araújo Freire

Iverson Sheldon Lopes Duarte

RESUMO: É notório que o respeito legal ao consumidor não é uma filosofia incorporada por muitas empresas de maneira que direitos sejam tidos como inexistentes e deveres sejam descumpridos. Diante do descaso enfrentado, os consumidores têm adotado práticas emergentes afirmativas capazes de exercer pressão sobre as organizações, a partir do uso das redes digitais, no contexto das Tecnologias da Informação e Comunicação. O presente artigo tem por objetivo discorrer sobre as práticas dos consumidores/usuários ocorrentes nas *fanpages* da Claro, Oi, Tim e Vivo, operadoras de telefonia fixa, móvel e internet. De natureza quantitativa e sob a abordagem exploratória, a análise do objeto investigado se constitui na forma de um estudo de caso do tipo múltiplo, tendo por base a observação indireta intensiva, consoante o viés da observação não participante. O estudo verifica que o consumo, pensado como algo eminentemente social, correlativo e ativo, na atual conjuntura das Tecnologias da Informação e Comunicação, tem alterado as relações entre as empresas e os consumidores na economia da sociedade em rede, concorrendo para a prática do exercício da cidadania e ratificando a Era dos Direitos.

Palavras-chave: Relações de consumo; Código de defesa do consumidor; Tecnologias da informação e comunicação.

1 INTRODUÇÃO - SOCIEDADE DE CONSUMO E DIREITOS DO CONSUMIDOR

Os direitos sociais historicamente surgem no século XIX e XX na esteira das lutas de classe em resposta à opressão operada pelo capitalismo durante a revolução industrial. Com o crescente empobrecimento da classe operária, fez-se necessário exigir do Estado uma atuação positiva, para diminuir o abismo social criada pelo capitalismo do *laissez-faire*. Dessa maneira e com um conjunto de transformações econômicas, sociais e políticas, passa-se do Estado Individualista para o Estado de Bem-Estar Social.

Tal realidade evolutiva fez emergir grandes facilidades para o consumidor,

desde o comércio e o transporte até o ramo das telecomunicações que fez estreitar a comunicação entre as pessoas. Diante do surgimento da informática, das telecomunicações e da biotecnologia cogita-se o surgimento de uma Terceira Revolução Industrial (BARBOSA, 2003). Diferentemente das duas outras revoluções, as quais estavam intrinsecamente relacionadas, sobretudo, ao processo de produção centrado na propriedade privada de bens, a informação, enquanto produto intangível e amparada pelas tecnologias da informação e comunicação (TICs), é o cerne do desenvolvimento e a mola propulsora das transformações na contemporaneidade.

De acordo com Dowbor (2002), a transformação social tem acontecido de maneira tão ampla que gera uma sociedade do conhecimento, tal quais as sociedades agrárias, fundamentadas no controle da terra, e a sociedade industrial, estruturada sob o controle dos meios de produção. Trata-se de uma sociedade em rede que tem como sustentáculo as TICs. Assim, a comunicação passa a ser percebida como “[...] o eixo central das transformações estruturais tanto na economia como na política” (DOWBOR, 2002, p. 23).

O desenvolvimento da internet como tecnologia da comunicação, cujo objetivo era estabelecer uma rede de comunicação com base na troca de pacotes entre protocolos compatíveis entre si, representa bem esse contexto. Do projeto embrião da Internet – *Resource Sharing Computer Network* (Arpanet), em 1969 – ao seu estado atual de uso, os anos 1990 se transformaram, de vez, na ‘década da internet’ com o desenvolvimento do aplicativo *World Wide Web*¹ (WWW), ou simplesmente Web (CARVALHO, 2006). Isso porque o mundo dos negócios se apropriou da internet – inicialmente se fazia de interesse máximo acadêmico e militar – com vista no seu objetivo-fim, a geração de lucros. Dessa forma, a privatização da internet em 1995 e os usos comerciais, inicialmente, exerceram grande influência sobre o seu formato.

“Atividades econômicas, sociais, políticas, e culturais essenciais por todo o planeta estão sendo estruturadas pela Internet e em torno dela, como por outras

¹ A aplicação www “[...] organizava o teor dos sítios da Internet por informação, e não por localização, oferecendo aos usuários um sistema fácil de pesquisa para procurar as informações desejadas.” (CASTELLS, 1999, p. 88). Permitindo assim, a difusão da internet na sociedade em geral e uso pelos não-iniciados.

redes de computadores.” (CASTELLS, 2003, p. 8). A internet é, conforme Bolaño e Vieira (2012, p. 5), “[...] um espaço de convergência para a toda a produção cultural industrializada, para o comércio em geral e também para os indivíduos e grupos sociais, como grande plataforma de comunicação. De maneira incisiva, o uso da internet pelas organizações transforma maneira delas se relacionarem em todas as instâncias² – seja com os consumidores ou outras empresas, e ainda outros públicos de interesse. Além de transformar os processos organizacionais internos – seja nos fluxos operacionais ou de produção e sua relação com os mercados financeiros.

Na tendência de um modelo de inovação aberta frente à forte competitividade que vinha se instaurando no cenário mercadológico desde o fim da década de 1980, muitas organizações passaram a se constituir na internet. Inicialmente ocorreu como um movimento de elevação da marca do ambiente *offline* para o *online*, cujo objetivo era o estabelecimento da comunicação institucional e se fazer presente na web. Para Kalakota e Robinson (2002), essa seria a primeira fase de impacto do *e-commerce* - isto é, o comércio de transações comerciais, compras e vendas de produtos e/ou serviços - na internet, que se deu a partir do uso comercial da web até o ano de 1997. Período esse marcado pelos sites estáticos.

As transações comerciais de compra e venda através de empresas como a Amazon e eBay, no meio digital, entre 1997 e 2000, demarcam a segunda fase de impacto do *e-commerce*. Um adendo a ser levado em consideração é que, em 2001, 80% das transações feitas na Web foram *business-to-business* (de negócio para negócio), caracterizando o surgimento de uma economia não “[...] ponto.com, mas uma economia interconectada com um sistema nervoso eletrônico.” (CASTELLS, 2003, p. 57). Dessa maneira, é notório indícios de um movimento de reorganização dos processos e transações organizacionais no âmago das empresas e no relacionamento com os compradores e fornecedores

² As nomenclaturas *business-to-consumer* (B2C) e *ebusiness-to-business* (B2B) são usadas para evidenciar o relacionamento entre a organização e o consumidor e a organização e outra organização, respectivamente, na internet. Nessa linha de pensamento sugerir-se-á o uso da expressão *business-to-stakeholders* (B2S) para identificar o relacionamento entre a organização e os públicos de interesse (Governos, concorrentes, imprensa, sindicatos, entre outros).

da cadeia produtiva.

A terceira fase teria sido estabelecida em 2000 e estaria voltada a verificar como a internet influenciaria na lucratividade. Para além da compreensão de aumentar a receita bruta, a lucratividade estaria mais voltada para o aumento das margens totais, levando em consideração as aplicações e os processos de uma organização na realização de uma transação de negócios – o chamado *e-business*. Trata-se de “uma estratégia global de redefinição dos antigos modelos de negócios, com o auxílio de tecnologia, para maximizar o valor do cliente e os lucros.” (KALAKOTA; ROBINSON, 2002, p. 24). Um exercício de aprender na prática qual o modelo de negócio mais adequado ao sistema organizacional, tendo em vista a impossibilidade de uma “receita” pronta em decorrência das especificidades de cada negócio.

Ocorre que o desenvolvimento veio com um preço: as tecnologias da comunicação estreitaram as relações pessoais, o comércio cresceu ao ponto de não ter como finalidade o bem estar dos consumidores, mas tão somente o lucro, o que fez surgir a necessidade de normas que protegessem aqueles.

As normas que regulam e protegem os consumidores da relação com os detentores do capital, os fornecedores, são um marco na adoção de medidas que preservem a dignidade daqueles. Tais prevêm uma prestação adequada dos serviços colocados à disposição dos consumidores, protegendo-os dos abusos postos em prática pelo sistema capitalista e pela livre iniciativa das relações de consumo.

Hodiernamente, a conectividade por meio da rede mundial de computadores implicou em uma dinâmica e rapidez maior da relação entre consumidores e empresas, desenvolvendo uma sociedade baseada em informação e globalização de meios de produção cultural e econômico. Passa-se de uma sociedade tradicional de consumo para uma sociedade em rede que impacta no conteúdo jurídico dessas relações intersubjetivas. O caráter regulatório e protecionista do ordenamento pátrio de proteção ao consumidor torna-se insuficiente para as novas formas de interações possíveis entre consumidores e empresas por meio do uso da internet.

A exposição do consumidor às informações e aos conteúdos massificados

e preparados por empresas significa uma maior vulnerabilidade originária desse ambiente virtual, ao mesmo tempo em que existe a facilidade de acesso a produtos e serviços de maior qualidade e menor preço, aumentando a competitividade das empresas o que atrai esses ciberconsumidores a eleger o meio virtual como a forma mais cômoda e econômica de satisfazer suas necessidades consumeristas.

Ciberconsumidor ou consumidor 2.0 é o termo utilizado em analogia ao uso da Web 2.0 onde este novo consumidor utiliza-se da Internet para construir conteúdo na rede, formando opinião e dialogando com a sociedade ao exigir das empresas uma comunicação bidirecional. Em face disso, o ciberconsumidor já não assiste passivo as imposições do mercado, uma vez que produz informações sobre determinado produto ou serviço e consome esse conteúdo ao analisar os dados disponibilizados no ambiente virtual antes de efetuar uma compra ou transação comercial na Internet. (SANTOS, 2012, p. 3).

O legislador encontra-se diante de uma evolução tecnológica que impõe modificação da legislação para servir ao desiderato social, porém o processo legislativo não parece ser célere suficiente para dar a resposta esperada pela sociedade no tempo em que as relações intersubjetivas se aprimoram, assim, o consumidor passa a situação de hipossuficiente diante da lacuna legal deixada pela normatização.

As normas de proteção ao consumidor têm uma íntima ligação com a segunda dimensão dos direitos fundamentais, que prega uma atuação positiva do Estado, prevalecendo os direitos sociais, culturais e econômicos, em contraposição aos ideais de estado negativo do liberalismo. O direito do consumidor se encaixa nos ideais sociais, pois, pauta-se pela prevalência de uma maior proteção a uma categoria hipossuficiente, os consumidores. Interpretando essa ideia, podemos visualizar que as normas de proteção ao consumidor surgiram para propor o nivelamento dos pólos nas relações de consumo, equilíbrio esse expressamente previsto no art. 4º, III da Lei 8078/90.

O CDC estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, atendendo ao artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988: o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. Um consumidor lesado que ao adquirir um produto/serviço de determinada

organização estará respaldado pela Lei supracitada, e contará com o poder público³ para solução do caso.

Diante do respaldo legal aos consumidores, muitas empresas implantaram o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) – canal específico para a constituição de elogios, sugestões, reclamações, críticas, cobranças – como meio de relacionamento com os clientes, sobretudo, como sendo a primeira instância para solução de problemas e falhas decorrentes do processo de compra. As instâncias posteriores relacionam-se às apelações do consumidor aos instrumentos do poder público.

Segundo Zülzke (1997), os SACs tornam-se setores essenciais para evitar que as insatisfações e problemas transformem-se em custosas e desgastantes pendências judiciais em termos de imagem e recursos financeiros. Além, de tentar restringir os problemas apenas à empresa – conforme os moldes do tradicional SAC -, evitando a evasão de informações que por ventura venham causar maiores danos a sua imagem. Uma postura ética de compromisso da organização para com o consumidor sem a necessidade de intervenção de órgãos reguladores.

Embora muitas empresas adotem o SAC como meio de comunicação com o público consumidor, é fato que não o adotam, plenamente, como instância moderadora de soluções e correções de defeitos e falhas apresentadas no produto ou serviço. Sendo necessário, em muitos casos, a exemplo das empresas de telefonia fixa e móvel, o Estado, as agências e os órgãos reguladores intervirem no funcionamento do atendimento ao consumidor, ordenando como proceder, em decorrência do elevado número de reclamações.

Apesar do respaldo das leis e dos regulamentos criados, que tratam dos direitos e das garantias do consumidor, não é raro vermos práticas desrespeitosas por parte de algumas empresas ferindo a boa-fé do consumidor.

³ O poder público disponibiliza, dentre outros, os seguintes instrumentos de apoio ao consumidor, conforme o artigo 5º da lei de nº 8.078: assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente; instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público; delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo, e; Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo.

Uma postura que fere a imagem institucional e coloca em risco a sobrevivência da organização num universo mercadológico altamente competitivo.

O caráter protecionista da legislação consumerista encontra barreiras impostas pela dinâmica de acesso dentro da internet, posto que o princípio norteador dentro da rede é de liberdade, ausente pressuposto de imposição jurídica, passando à uma relação pautada na demanda mercadológica.

O ambiente liberal e livre dos conteúdos que trafegam pelo sistema virtual impõe sua própria regulamentação, atrelada a normas sociais não necessariamente jurídicas, onde o consumidor e usuário interagem com as empresas através de sites de compras institucionalizados, mas também através de perfis em redes sociais, surgindo problemas quanto à responsabilidade das empresas fornecedoras e das empresas gerenciadoras das redes sociais.

A prática de condutas danosas utilizando da tecnologia como meio de perpetrar o ato vilipendioso é o novo desafio da legislação que busca manter o caráter harmônico da sociedade, seja em ambiente virtual ou real. Assim como, a salvaguarda da liberdade dos usuários e sua privacidade frente ao poderio tecnológico das grandes empresas de e-commerce.

No mundo contemporâneo, as transformações por que passam as relações entre o público e o privado, no consumo cultural cotidiano, apresentam um novo tipo de responsabilidade cívica. Se os governos e a esfera pública não cumprem, em termos ideais, com sua função de prover e proteger os cidadãos, esses buscam, cada vez mais, exercerem seus poderes políticos através da esfera privada, em que está inserido o consumo. (DOMINGUES, 2013, p. 37-38).

Nesse sentido, o descaso enfrentado pelos consumidores tem levado-os a adotar um novo comportamento na atual conjuntura. As “[...] mudanças tecnológicas, econômicas, e nas práticas sociais têm gerado novas oportunidades nas quais os indivíduos têm desempenhado um papel mais ativo do que era possível na economia industrial do século XX.” (KAUFMAN; ROZA, 2013, p. 36-37).

Se antes as críticas, as impressões e os sentimentos eram compartilhados em família, nas rodas de conversas entre amigos ou em conferências e encontros - numa escala com mais público, hoje, os usos sociais da internet, especificamente pelos consumidores, têm gerado práticas emergentes afirmativas capazes de exercer pressão sobre as organizações. É notório um novo ritmo de

interação no campo social, estabelecido em virtude, sobretudo, das tecnologias da informação e comunicação (TICs).

Com a internet, ambientes como os sites de redes sociais (SRSs) desenvolvidos com vistas a propiciar um espaço predominantemente relacional, em muitos casos são utilizados pelo público consumidor como forma de compartilhar sua experiência de compra, seja de ordem positiva ou negativa. E ainda, constituir elogio, reclamação e/ou insatisfação em relação a um produto, serviço e/ou processo de uma dada organização. Uma lógica própria da razão de existência do serviço de atendimento ao consumidor.

2 NOVAS LEGISLAÇÕES PARA NOVOS PARADIGMAS

Com a evolução da sociedade de consumo vieram os riscos de dano, as relações de massa e a maior circulação de produtos fizeram prevalecer frente à qualidade dos produtos e serviços, ocasionando danos aos consumidores. Em decorrência da realidade das relações de consumo, o Estado reagiu elencando os deveres dos fornecedores em garantir a igualdade de acesso aos bens de consumo, informação e segurança pautado na dignidade dos cidadãos, priorizando a prevenção, mas garantindo também o ressarcimento e indenização em caso de dano.

Diante do novo panorama introduzido pela internet e o comércio eletrônico, o direito brasileiro supriu as lacunas jurídicas interpretando as relações econômicas virtuais aplicando o Código Civil, quando pertinente, tratando os contratos virtuais como contratos tradicionais de direito civil.

O meio eletrônico é apenas um novo suporte para a contratação que mantém os princípios do direito privado, notadamente do direito das obrigações. [...] Os conceitos de obrigação, consentimento, objeto de contrato, liberdade de contratar, necessidade de informação clara etc., continuam válidos e de utilidade e uso inegáveis. (SCHERKERKEWITZ, 2014, p. 61).

Pode-se destacar que os princípios norteadores das relações privadas no direito brasileiro são utilizados quando da interpretação contratual dos acordos realizados em ambiente virtual, concomitante, nos casos de relações consumerista, aplicar-se-á o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Ocorre que, mesmo com a aplicação da legislação já existente, esta torna-se insuficiente para abarcar o universo de novas possibilidades envolvidas nas interações entre os usuários da internet, mostrando a necessidade de atualização do sistema jurídico.

Como fruto desse debate que visa a modificação das normas para regulamentar as relações dos usuários brasileiros no ambiente de internet, foi promulgado em 23 de abril de 2014 a lei nº 12.965 pelo governo federal, conhecida como Marco Civil da Internet, buscando traçar parâmetros normativos fixos de proteção dos usuários, regulamentação das transmissões de dados e ofertas de serviços virtuais.

A criação de uma nova espécie normativa dentro do ordenamento pátrio demanda uma modificação sistêmica que deve evitar as contradições entre as normas, presumindo uma ausência de antinomias, para que a recepção da nova lei não gere desarmonia sistêmica. Logo, o Marco Civil foi pautado em privilegiar a liberdade que é característica primordial do ambiente de internet e pedra fundamental das interações entre particulares, consubstanciado no princípio da Neutralidade da Rede, significando que as informações que trafegam na rede devem ser tratadas de forma igualitária, sem obstacularização dos provedores de acesso. Isso garantiria a acessibilidade dos usuários por impedir que exista censura de conteúdo pelos provedores de acesso.

Destacam-se ainda os princípios da Liberdade de Expressão e da Privacidade, este já com assento constitucional, onde sua irradiação para o ordenamento civil não é novidade do Marco, apenas sua aplicação nos casos de judicialização das demandas oriundas de fatos ocorridos no ambiente virtual constituirá inovação legal. Dessa forma, passa-se a ser uma preocupação do Judiciário a interpretação das relações virtuais como forma de garantir o respeito aos Direitos Humanos e à Constituição, na medida em que deverá passar a se preocupar com casos de uso indevido dos ambientes virtuais como chats, e-mails e redes sociais para a prática de ilícitos civis.

Importante ainda ressaltar que as iniciativas do poder público em monitorar e promover a tutela do ambiente de internet demandaram ações posteriores como a criação do Comitê Gestor de Internet no Brasil (CG1.br) através do Portaria

Interministerial 147 de 31 de Maio de 1995, com modificação pelo Decreto Presidencial 4.829 de 03 de Setembro de 2003, com o objetivo de coordenar e integrar todas as iniciativas relacionadas a serviços de internet no país, procurando sempre prezar pela qualidade técnica da oferta e disseminação com inovação dos serviços.

A liberdade ensejada pela ausência de regras no ambiente virtual causam um fenômeno que coloca em destaque o usuário frente à liberdade de uma democracia, não regulamentada pelo poder estatal, em espaços criados por empresas, tais como os sites de redes sociais, *e.g.* Facebook, Twitter, etc. Esse modelo de democracia virtual resulta em processos de ativismo, hodiernamente chamado de ciberativismo, para promover mudanças no mundo real.

Diante desse novo modelo de exercício da cidadania democrática em ambientes controlados por empresas, temos o exercício da autotutela nas relações de consumo. Tal fenômeno ocorre por empresas que procuram criar perfis institucionais em sites de relacionamentos e redes sociais controladas por outras empresas, assim, temos um ambiente que é regido prioritariamente pelo acordo de políticas de aceitação/recusa dos parâmetros contratuais extralegais.

O consumidor/usuário que opta por entrar em uma rede social aceita um contrato de prestação de serviço a título gratuito que possibilitará sua comunicação com outros usuários e empresas. Nesse modelo de contrato, conseguimos ver claramente as características de um contrato de adesão consumerista, onde não existe a possibilidade de debate sobre cláusulas, apenas opera-se sua aceitação total ou recusa total.

Outra característica importante, é que a sanção e fiscalização é promovida pela empresa que gerencia o site da rede social, assim se o usuário é atacado por comentários jocosos, ou sente-se agredido de alguma forma, deverá procurar denunciar o comentário/conteúdo segundo a política de cada rede social. Ocorre que, nem todos os perfis cadastrados pertencem a pessoas naturais. Como forma de se aproximar de seus clientes, muitas empresas criam perfis oficiais nas redes sociais e disponibilizam equipe técnica para receber reclamações, ao modelo de Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC).

Em que pese os SACs possuírem legislação própria, Decreto Presidencial

n. 6523/2008, tal legislação não pode ser aplicada aos contatos realizados no ambiente virtual de páginas de redes sociais, posto que a dinâmica é totalmente diferente das reclamações realizadas via números telefônicos 0800. Então, estar-se-ia diante de uma nova forma de autotutela relacionado aos ambientes virtuais, fora do mundo jurídico.

Claramente vislumbra-se que a relação formada pelos usuários/consumidores que procuram solucionar seus problemas pela via do ativismo em redes digitais, especificamente nos sítios eletrônicos de redes sociais, estão inseridos no contexto de uma sociedade em rede, termo utilizado pela primeira vez por Stein Braten (BRATEN, 1981, P. 115), retomado por Jan Van Dijk (VAN DIJK, 2012) e difundido por Manuel Castells (CASTELLS, 2010).

A Sociedade em Rede, como Van Dijk a vê, pode explicar um novo tipo de sociedade onde as relações sociais são organizadas no âmbito da tecnologias mediáticas que formam uma rede de comunicação em vez de redes tipificadas pelas relações sociais face a face. Essa lógica organizacional diferente dá origem a diferentes capacidades em rede da sociedade da informação: o conceito de sociedade da informação concentra-se na substancial transformação dos processos sociais, enquanto o conceito de sociedade em rede examina as formas de organização dos processos sociais. (MOLINARO e SARLET, 2014, p.30).

Pode-se concluir que as interações realizadas em ambientes de redes sociais nas páginas de empresas não estão dentro dos padrões conhecidos pela legislação como formas de acesso do consumidor aos fornecedores. Elas demonstram que, na sociedade em rede, a atualização do sistema normativo não acompanha as necessidades que são plasmadas nas relações que ocorrem em sítios eletrônicos, como o retromencionado, deixando o consumidor em uma situação de desamparo legal, ao alvedrio das normas criadas pelas empresas de redes sociais, bem como pelas empresas fornecedoras acessadas.

O campo discricionário da internet nessas modalidades de relações, aproxima-se de um modelo de autotutela, onde a empresa gerenciadora da rede social cria as normas e as aplica de acordo com sua política de acesso, passando a também controlar a sanção. Quanto à empresa fornecedora que é alvo da reclamação, esta passa a controlar os meios de acesso à informação, sua forma de resposta e os critério de acesso dos consumidores, importando em uma

diminuição da liberdade de acesso à informação e ferindo o princípio consumerista da informação clara.

Logo, como a ideia de princípio esta ligada diretamente a todo o sistema dogmático, ao se transgredir um princípio que é inspirador da norma e orientador de sua interpretação, o dano causado é maior, pois se contraria todo um sistema normativo. Conforme será demonstrado, as relações entre os consumidores/usuários que buscam resolução de seus problemas através dos canais de redes sociais, em *fanpages* de empresas/fornecedoras, não possui efetividade, e estando fora da normatividade jurídica acaba por tratar o consumidor com descaso e servindo-se apenas como uma estratégia de marketing promocional.

3 ESTUDO DE CASO DAS OPERADORAS CLARO, OI, TIM E VIVO

A investigação de natureza quantitativa e qualitativa é construída sob a abordagem descritiva e explicativa do fenômeno, que, para fins de análise, configura-se como um estudo empírico, com a finalidade comparativa das realidades evidenciadas nas *fanpages* das operadoras Claro, Oi, Tim e Vivo.

O estudo fora constituído pelas documentações indireta – correspondendo à pesquisa bibliográfica e à pesquisa documental realizada através dos canais oficiais da empresa e de informações consultadas na web acerca das operadoras, e direta – sendo caracterizada pela observação indireta intensiva da plataforma, do tipo ‘não participante’ (LAKATOS; MARCONI, 1991).

A investigação empírica do objeto em questão se dá por meio do estudo de caso, pois este se “[...] volta para indivíduos, grupos ou situações particulares para se realizar uma indagação em profundidade que possa ser tomada como exemplo” (SANTAELLA, 2001, p. 73). O estudo de caso, conforme Merriam (1998), possui intrinsecamente quatro características essenciais, que são substanciais para a interpretação do fenômeno, a saber: particularidade, descrição, heurística e indução.

A escolha das empresas de telefonia fixa, móvel e internet - Claro, Oi, Tim e Vivo, se deu a partir da verificação de que essas operadoras estão no topo do

ranking de reclamações junto aos órgãos de defesa do consumidor e do site reclame aqui. Neste site, a lista das empresas mais reclamadas apresenta a seguinte configuração:

Quadro 1 - Empresas mais reclamadas no site Reclame Aqui⁴

| Mais reclamadas nos últimos 30 dias | | | | Mais reclamadas nos últimos 12 meses | | | |
|-------------------------------------|----|-------|-------|--------------------------------------|----|-------|--------|
| Posição | 4º | Claro | 7.325 | Posição | 5º | Claro | 58.639 |
| | 5º | Oi | 6.641 | | 3º | Oi | 67.551 |
| | 7º | Tim | 5.512 | | 7º | Tim | 48.008 |
| | 3º | Vivo | 8.828 | | 2º | Vivo | 78.836 |

Fonte: Adaptado do site Reclame Aqui. Disponível em:

<www.reclameaqui.com.br>. Acesso em: 29 mar. 2015.

Com o propósito de verificar pontos de consonância e divergência acerca do conteúdo produzido pelos consumidores das quatro empresas, optamos por realizar um estudo de caso múltiplo. Pontuamos, a seguir, o nome das páginas e seus respectivos endereços.

- Claro Brasil: <<https://www.facebook.com/clarobrasil>>;
- Oi Oficial: <<https://www.facebook.com/OiOficial>>;
- Tim Brasil: <<https://www.facebook.com/timbrasil>>;
- Vivo: <<https://www.facebook.com/vivo>>.

A observação do fenômeno nas *fanpages* se concentrou no conteúdo produzido pelos consumidores ou usuários que foram publicados como comentário nas postagens emitidas pelas operadoras em sua própria *timeline*. Convém mencionar que há outras duas formas de entrar em contato com a empresa através da *fanpage* - mas que não foram levadas em consideração, a saber:

1. Por meio da área conhecida como *inbox* – apenas quem tem acesso às conversações é o consumidor ou usuário e empresa, pois o diálogo

⁴ Recorte das operadoras de telefonia fixa, móvel e internet, Claro, Oi, Tim e Vivo. As reclamações incidem sobre os seguintes serviços: Claro celular e Tv; Oi móvel, fixo, internet e Tv; Tim Celular; e Vivo celular, fixo, internet e Tv.

acontece numa área privada. Fato este que nos impossibilitou de incluir tal ambiente na delimitação temporal;

2. No espaço intitulado de publicação – a operadora ativa tal recurso de maneira que o consumidor ou usuário possa entrar em contato com a empresa. O conteúdo fica visível para todos que acessarem a página. No entanto, apenas as operadoras Claro, Oi e Tim liberaram tal dispositivo, sendo inviável a investigação em tal espaço porque a Vivo seria excluída das análises.

A investigação do fenômeno circunscrito aconteceu entre os meses de fevereiro e março de 2015, cujos detalhes estão dispostos na tabela a seguir.

Tabela 1 – Tempo de maturação das postagens na Fan Page

| Data da Postagem | 5/02 | 6/02 | 7/02 | 8/02 | 9/02 | 0/02 | 1/02 | 2/02 | 3/02 | 4/02 |
|----------------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Data final da coleta | 4/02 | 5/02 | 6/02 | 7/02 | 8/02 | 1/03 | 2/03 | 3/03 | 4/03 | 5/03 |

Fonte: Pesquisador, 2015.

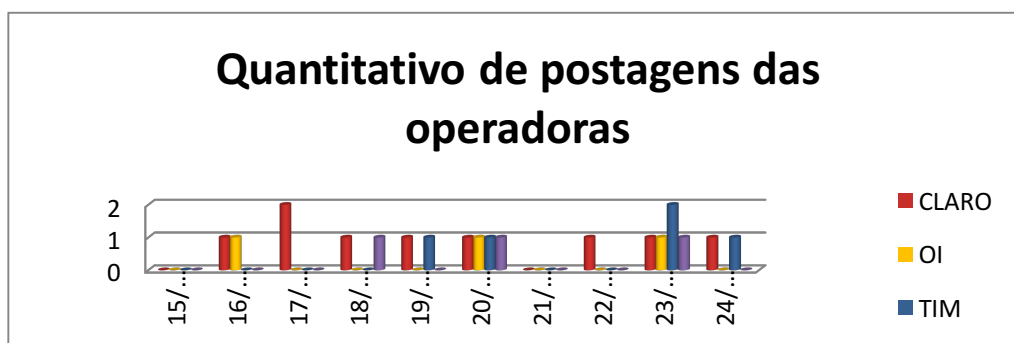
A definição da delimitação temporal – período em que o fenômeno circunscribe no tempo (GIL, 2002), de dez dias (de 15/02 a 24/02) levou em consideração dois aspectos:

1. A investigação trata-se de um estudo de caso múltiplo - quatro empresas que possuem mais de um milhão de fãs, cada, havendo um elevado índice de postagem dos consumidores ou usuários;
2. Estipulamos o tempo de dez dias, contando a partir da data de publicação do *post*, para que a maturação dos fluxos acontecesse. Dessa maneira, acreditamos ser um prazo razoável para que a empresa se posicionasse diante dos comentários postados pelos consumidores ou usuários e o pudessemos compreender o fenômeno com veemência.

O universo da pesquisa constituiu os sujeitos que possuem perfil no site de rede social Facebook e a amostragem se caracterizou como sendo probabilística. Convém mencionar que preferimos analisar todo o conteúdo coletado dentro dos recortes temporal e espacial supracitados (LAKATOS; MARCONI, 1991).

O Gráfico 1, a seguir, demonstra o quantitativo de postagens realizadas pelas operadoras em suas respectivas *fanpages*.

Gráfico 1 - Número de postagens realizadas pelas operadoras no recorte da pesquisa



Fonte: Pesquisador, 2015.

Conforme o Gráfico acima, as quatro empresas não realizaram postagens diárias regularmente, sendo a operadora Claro a que mais publicou, com uma média de 0,9 publicações. A Tim apresenta uma média de 0,5 publicações e as operadoras Oi e Vivo são as que menos postaram, com uma média de 0,3, cada. O número máximo de publicações/dia foi de duas postagens, sendo proferidas pelas empresas Claro e Tim.

O tipo de conteúdo dos *posts* produzido pelas operadoras versam entre: informações sobre produtos e/ou serviços; divulgação de produtos e/ou serviços; e, entretenimento ou conteúdo diverso.

O montante de conteúdo postado pelos consumidores ou usuários nas *fanpages* das quatro operadoras foi da ordem de 3.813 mensagens, sendo distribuído da seguinte forma:

Quadro 2 - Quantitativo de postagens dos consumidores ou usuários

| Consumidores ou usuários da | Quantitativo de | % |
|-----------------------------|-----------------|---|
|-----------------------------|-----------------|---|

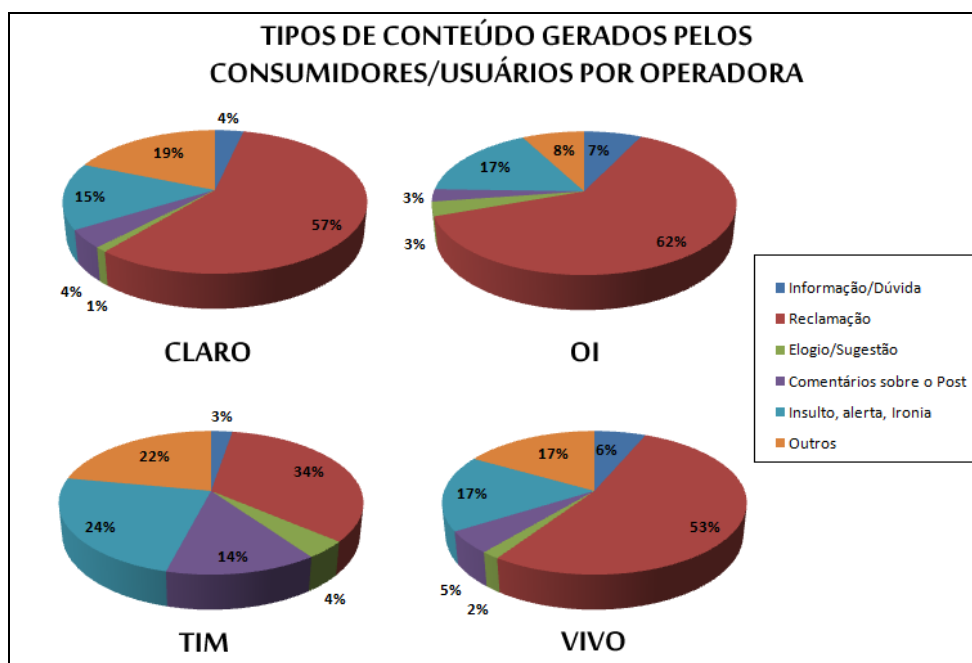
| operadora | comentários | |
|-----------|-------------|-----|
| Claro | 1.460 | 38% |
| Oi | 502 | 13% |
| Tim | 1.134 | 30% |
| Vivo | 717 | 19% |

Fonte: Pesquisador, 2015.

O quadro 2 demonstra que as *fanpages* que recebera mais comentários são das operadoras Claro e Tim, correspondendo a 38% e 30%, respectivamente. Isso pode estar associado ao fato das duas operadoras serem as que mais postaram no período da pesquisa. As *fanpages* das empresas Vivo e Oi são as que apresentam as menores taxas, 19% e 13%, respectivamente. Vale salientar que estas empresas são as que menos publicaram.

Verificamos, para além do quantitativo de comentários, o tipo de conteúdo proferido pelos consumidores/usuários nas postagens das operadoras.

Gráfico 2 – Tipos de comentários emitidos pelos consumidores/usuários por operadora



Fonte: Pesquisador, 2015.

De acordo com o Gráfico acima, os comentários dos consumidores/usuários foram classificados em: informação/dúvida; reclamação;

elogio/sugestão; comentários sobre o post; insulto, alerta ou ironia; outros. As realidades das quatro operadoras são muito parecidas, pois, majoritariamente, os conteúdos são do tipo reclamação – comumente em relação aos serviços prestados. No que concerne a este tipo, a página da empresa Claro apresenta o montante de 57%, a Oi 62%, a Vivo 53% e a Tim 34%. Aparentemente esta última operadora estaria numa situação muito diferente das outras, no entanto, 24% do conteúdo postado na sua página são do tipo insulto, alerta ou ironia. Com isso, os índices somados chegam a 58% do total de comentários.

Acerca dos comentários queixosos, as operadoras estabeleceram um primeiro contato na seguinte porcentagem: Claro – 11%; Oi – 49%; Tim – 0%; Vivo – 21%. Diante disso, percebemos que a Tim não interage com os consumidores/usuários através da sua *fanpage*. A Claro e a Vivo até dão uma resposta ao consumidor/usuário, mas bem abaixo do que poderia se esperar de uma organização que preza pelo consumidor. Já a operadora Oi é a empresa que mais dá uma primeira resposta aos consumidores/usuários, aproximando-se da faixa de 50%.

Em se tratando ainda do conteúdo do tipo insulto, alerta ou ironia, as operadoras Claro, Oi e Vivo encontram-se num patamar parecido, pois apresentam, respectivamente, os índices de 15%, 17% e 17%. Diante disso, percebemos que a Tim é a operadora mais insultada pelos consumidores.

A porcentagem de consumidores/usuários que recorrem às páginas das empresas para tirar dúvidas e/ou solicitar informações é inexpressiva, a saber: 4% correspondente a Claro, 7% relativo a Oi, 3% condizente a Tim e 6% referente a Vivo. Ante aos anseios dos consumidores/usuários, a Claro deu uma primeira resposta a 17% dos que entraram em contato, a Oi atendeu, aparentemente, a 50% das solicitações, a Tim não deu nenhum tipo de resposta e a Vivo deu algum *feedback* a 39% dos apelos.

Inexpressiva também é a porcentagem de consumidor/usuário que profere elogios e dá sugestões às operadoras, pois corresponde a apenas 1% na página da Claro, 3% na *fanpage* da Oi, 4% na página da Tim e 2% na Vivo.

Com exceção da Tim (14%), os comentários dos consumidores/usuários relacionados ao conteúdo das postagens das empresa Claro (4%), Oi (3%) e Vivo

(5%) são mínimos. Convém mencionar que a Tim se destacou das outras operadoras por ter publicado conteúdo que vai além de anúncios publicitários, postando material sobre tecnologia e assunto de entretenimento.

O tipo de conteúdo intitulado de Outro compreende comentários como: menção a outros usuários; autopromoção; divulgação de serviços e organizações; e conteúdos sem cunho lógico com a postagem. Diante disso, a página da Claro apresentou a porcentagem de 19%, a Oi, 8%, a Tim, 22% e a Vivo, 17%.

A partir da leitura das informações sobre as operadoras nas suas próprias fanpages e do código de conduta identificamos que a presença da Claro e da Oi no Facebook é de cunho informativo, isto é, comportamento centrado na emissão de conteúdo. Já o discurso da Tim e da Vivo nos leva a identificar uma postura do tipo informativo-interativo, ou seja, além de usar o espaço para publicar conteúdo as operadoras evidenciam que o ambiente também é de trocas para com o usuário, podendo este recorrer à empresa através da página. No entanto, a Vivo assume uma postura contraditória, pois o espaço Publicação está desativado, impedindo o usuário de entrar em contato através de tal via. Vale salientar que, dessa forma, a empresa, estrategicamente, isenta-se de dar *feedback* publicamente ao usuário.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade de consumo evoluiu para um novo estágio através do avanço tecnológico capitaneada pela rede mundial de computadores. As transmissões de informação e a interatividade direcionaram o consumo para uma nova era de autoregulamentação e pouca interferência estatal. Porém esse novo paradigma mitigou a proteção do consumidor, relativizando a responsabilidade das empresas que mantém *fanpages* em sites de relacionamentos.

As novas formas de sociabilidade modificaram as antigas formas de relacionamento, engendrando situações diferenciadas para a interação. Uma lógica que não isentou as relações mercadológicas – as relações entre as organizações e a sociedade.

Observa-se que, mesmo os usuários da internet legitimando a autotutela no caso de reclamações em espaços virtuais, o poder público ainda não deu a devida importância para esse canal de atendimento ao consumidor, sendo silente em sua obrigação de disciplinar normativamente para evitar o mau uso do canal. Pode-se verificar no presente estudo que as empresas ainda não disponibilizam uma resposta efetiva aos reclames dos consumidores, tratando suas *fanpages* como mais um espaço de anúncio publicitário, ofertas, divulgações de serviços. Uma postura puramente mercadológica.

Os espaços criados ou utilizados pelas operadoras de telefonia Claro, Oi, Tim e Vivo nas redes sociais, que seriam para relacionamento com o consumidor, são subutilizados, demonstrando uma incapacidade de gerenciamento dos reclames e anseios dos consumidores/usuários. Assim, a promessa de estabelecer as redes sociais como mais um canal de interação não é cumprido em sua excelência. Dessa forma, estariam por perder o real valor de uma sociedade em rede que possibilite a troca de informações, experiências, solucionando problemas antes que se tornem demandas efetivas em órgãos de proteção ao consumidor, ou mesmo no judiciário.

Essa cultura de reprodução de modelos tradicionais de atendimento ao consumidor, onde a empresa ignora o desiderato e as queixas, não se coaduna mais com as exigências da sociedade contemporânea, passando a ser um demérito profissional. Os consumidores e usuários fazem uso das redes sociais nas suas relações com as empresas como, também, uma possibilidade de atendimento aos seus anseios. Um comportamento que legitima o espaço para tal uso, cabendo às empresas se adequarem às novas demandas, pois as narrativas almejam a conquista da individualidade e autogoverno. Compreendo assim, uma forma de micropoder.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, A. de F.. **O mundo globalizado**: política, sociedade e economia. São Paulo: Contexto, 2003.

BOLAÑO, C. R. S.; VIEIRA, E. S. Economia Política da Internet: sites de redes sociais e luta de classes. In: XXXVI CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 36., 2012, Manaus. **Anais eletrônicos**[...] São Paulo: 2012. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2013/resumos/R8-0126-1.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2015.

BRATEN, S.. **Roots and collapse of empathy: human nature at its best and at its worst**. John Benjamins, Amsterdam, 2013.

CARVALHO, M. S. R. M. **A trajetória da internet no Brasil: do surgimento das redes de Computadores à instituição dos mecanismos de governança**. 2006. 239 f. Dissertação (Mestrado em Ciências de Engenharia de Sistemas e Computação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

CASTELLS, M.. **The rise of the network society**. 2a. ed. John. Wiley. Oxford, 2010.

_____. **A sociedade em rede**. 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009. v.2.

DOMINGUES, I.. **Terrorismo de marca: publicidade, discurso e consumerismo político na rede**. Rio de Janeiro: Confraria do Vento, 2013.

DOWBOR, Ladislau. Economia da Comunicação. In: **Revista USP**, São Paulo, n. 55, p. 12-25, set./nov. 2002.

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

KALAKOTA, R.; ROBINSON, M. **E-business: estratégias para alcançar o sucesso no mundo digital**. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2002.

KAUFMAN, D.; ROZA, E.. **Empresas e consumidores em rede: um estudo das práticas colaborativas no Brasil**. São Paulo: Annablume, 2013.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Metodologia científica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

MERRIAM, S. B. **Qualitative research and case study applications in education**. San Francisco: Jossey-Bass, 1998.

MOLINARO, C. A. e SARLET, I. W.. Breves notas acerca das relações entre sociedade em rede, a internet e o assim chamado estado de vigilância. In: **Marco Civil da Internet**, org. LEITE, George Salomão e LEMOS, Ronaldo. Editora Atlas, São Paulo. 2014, p. 29-47.

SANTAELLA, L.. **Comunicação e pesquisa: projetos para mestrado e doutorado**. São Paulo: Hacker Editores, 2001.

SANTOS, N. de F.. CIBERCONSUMIDOR ATIVISTA: ANÁLISES E PERSPECTIVAS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO NO MICROBLOG TWITTER. Publicado em 01 jun. 2012. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2012/27.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

SCHERKERKEWITZ, I. C.. **Direito e Internet**. Editora Revista dos Tribunais, São Paul, 2014.

VAN DIJK, J.. **The network society: social aspects of new media**. 2a ed. Sage, London, 2012.

ZÜLZKE, M. L. **Abrindo a empresa para o consumidor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1997.

A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO NA SOCIEDADE DE CONSUMO

Carla Froener Ferreira,

RESUMO: O objetivo geral é responder o questionamento: como a gestação de substituição é tratada frente ao desejo de ter filhos na sociedade de consumo? O artigo possui como objetivos específicos: analisar o desejo de ter filhos na sociedade de consumo, verificar as técnicas de reprodução assistida com ênfase na gestação de substituição, explorar o turismo reprodutivo e o comércio da gestação substitutiva, estudar a regulamentação do tema no Brasil. A metodologia empregada é a pesquisa bibliográfica. O desejo de ter filhos tem sido explorado na sociedade atual, cenário em que as técnicas de reprodução humana assistida tornaram-se um negócio lucrativo em expansão. A sociedade voltada para o consumo, capaz de explorar todo e qualquer tipo de desejo humano de maneira econômica, considera a criança gerada como um bem a ser comercializado. Nesse contexto, mesmo que proibido em muitos países, emergiu um mercado de fertilização e de maternidade substitutiva. No Brasil, não há legislação disposta sobre o assunto, sendo que a única regulamentação existente advém da Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina. Tratar-se de uma pesquisa em andamento, de modo que as conclusões estão em construção.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade de Consumo; Gestação de Substituição; Turismo Reprodutivo; Fragmentação do Direito; Direito e Sociedade.

ABSTRACT: The overall goal is to answer the question: how surrogate motherhood is treated front of the desire to have children in the consumer society? The article has the following specific objectives: to analyze the desire to have children in the consumer society, to verify the assisted reproduction techniques with emphasis on surrogate motherhood, to explore the reproductive tourism and trade of surrogate motherhood, to study the subject regulation in Brazil. The methodology used is the bibliographical research. The desire to have children has been explored in the current society, in this scenario, the assisted human reproduction techniques have become a expanding lucrative business. The society is dedicated to consumption, able to explore any kind of human desire in an economic way, considers the child generated as an asset to be sold. In this context, even though banned in many countries, has emerged a fertilization and surrogate motherhood market. In Brazil, there is no legislation providing for the issue, and the only existing regulation comes from Resolution No. 2,013 / 2013 of the Federal Council of Medicine. Refers to an ongoing study, and the findings are under construction.

KEYWORDS: Consumer Society; Surrogate Motherhood; Reproductive Tourism; Law Fragmentation; Law and Society.

1 INTRODUÇÃO

A reprodução humana assistida e a gestação de substituição são procedimentos de grande repercussão nas discussões éticas e jurídicas. Por envolverem um dos sentimentos mais valiosos, o desejo de ter filhos, tornaram-se alvo da sociedade voltada ao consumo, capaz de explorar todo e qualquer tipo de vontade humana de maneira econômica. As novas tecnologias reprodutivas, aliadas ao fenômeno da globalização, transformaram-se em um negócio lucrativo e em expansão no mundo inteiro. Mesmo que proibido em muitos países, fez emergir o comércio de fertilização e de maternidade substitutiva.

Nessa linha, desenvolve-se a presente pesquisa, que possui como tema o estudo da gestação de substituição inserida em uma sociedade voltada para o consumo e com um direito fragmentado. A importância do trabalho justifica-se pela necessidade de discussão sobre o tema, ainda pouco debatido e estudado. Busca-se explorar o seguinte questionamento: como a gestação de substituição é tratada frente ao desejo de ter filhos na sociedade de consumo? Além do objetivo geral que é investigar o problema de pesquisa, o artigo possui como objetivos específicos: analisar o desejo de ter filhos na sociedade de consumo, verificar as técnicas de reprodução humana assistida com ênfase na gestação de substituição, estudar o turismo reprodutivo e o comércio da gestação substitutiva, explorar a regulamentação da gestação de substituição no Brasil e analisar alguns casos envolvendo o comércio da gestação de substituição sob os efeitos da atual sociedade de consumo.

O método científico eleito para a pesquisa é o dedutivo, que procede do geral para o particular. A ideia é estudar primeiramente a reprodução humana assistida na sociedade de consumo e o comércio da gestação de substituição, para depois focar no contexto brasileiro. A pesquisa é de modalidade exploratória, uma vez que busca proporcionar uma maior familiaridade com o tema. Como procedimento técnico, foi escolhida a pesquisa bibliográfica, utilizando-se autores

que examinam questões como a globalização, o ser humano tratado como um objeto e a exploração comercial das técnicas de reprodução assistida, em especial da gestação de substituição.

O desenvolvimento do artigo está estruturado em três partes. No primeiro capítulo, será feita uma análise do desejo de ter filhos na sociedade de consumo. O propósito será estabelecer de que maneira o desejo de filiação é influenciado pelo desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida diante de uma sociedade voltada ao consumo. No segundo capítulo, será abordado o turismo reprodutivo e o comércio da gestação de substituição, investigando-se como prospera o mercado mundial da reprodução, formado por agências e intermediadores que oferecem aos interessados não apenas clínicas que realizam o procedimento, mas um conjunto de serviços associados. Por fim, o terceiro capítulo tratará sobre a regulação da gestação de substituição (ou a sua ausência) no contexto brasileiro, analisando-se a Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina.

2 O DESEJO DE TER FILHOS NA SOCIEDADE DE CONSUMO

A reprodução humana é uma exigência comum em todas as sociedades, sendo, nas palavras de Hérítier (2000. p. 103), um desejo e dever de descendência. Não transmitir a vida seria como romper com uma cadeia e impedir a si mesmo o *status* de ancestral. Assim, seja por um dever de manter a linhagem ou por um desejo de formar família, ao longo dos séculos, a reprodução é vista como o destino do ser humano. Neste contexto, a infertilidade era vista como um problema social, frequentemente contornado pelo instituto da adoção.

Os avanços tecnológicos do século XX reconfiguraram as relações entre (in) fertilidade, medicina e sociedade. Nos anos 80, a infertilidade passou a ser enfrentada como um problema de saúde, para qual se recorre à ciência médica em busca de solução (DINIZ, 2002. p. 01). Correa (2003. p. 32) defende a ideia de que a não satisfação do desejo de ter filhos, considerando toda a tecnologia e os medicamentos existentes, torna-se quase uma patologia. Dessa forma, a pessoa que possui um problema de infertilidade e não busca resolvê-lo ou

simplesmente decide não ter filhos é vista como fora dos “padrões” da sociedade atual.

Ocorre que as mudanças sociais e culturais das últimas décadas acabaram por afetar o perfil reprodutivo da população. A propagação do uso de métodos contraceptivos aliada à tendência atual de priorizar a realização profissional e a estabilidade financeira foram fatores que fizeram com que se adiasse, em pelo menos uma década, a idade em que as mulheres decidem engravidar. Outra causa que contribui para a gravidez tardia é o aumento do número de divórcios, tendo em vista ser comum que, com a formação de uma nova união, nasça a vontade de ter novos filhos (FONSECA; HOSSNE; BARCHIFONTAINE, 2009. p. 236). Pesquisas do Ministério da Saúde sobre a proporção de nascidos por idade materna apontam que o número de mulheres que engravidaram com idade acima de 30 anos está aumentando, principalmente se considerar o primeiro filho para as que possuem mais anos de estudo. Segundo o levantamento, o percentual de mães na faixa etária de 30 anos cresceu de 22,5% em 2000 para 30,2% em 2012. Outra constatação interessante é que entre as mulheres com maior nível de escolaridade (12 anos ou mais de estudos), o nascimento do primeiro filho acontece após a mãe completar 30 anos (45,1%) (BRASIL, 2014).

Desse modo, fatores sociais e metabólicos, ocasionam um número cada vez maior de mulheres que gostariam de ter filhos, mas não produzem mais óvulos em quantidade ou qualidade suficiente para que a gestação ocorra de forma natural. Por outro lado, também pode surgir o desejo de ter filhos nas famílias monoparentais e nas uniões homoafetivas, casos em que não há necessariamente um problema que impeça tais pessoas de procriar, mas sim a falta de um parceiro do sexo oposto para fornecer o material genético. Nessas situações, a utilização de óvulos e espermatozóides doados se apresenta como única opção para alcançar a maternidade ou paternidade tão sonhada (FONSECA; HOSSNE; BARCHIFONTAINE, 2009. p. 236). A solução para estas pessoas é buscar a intervenção médica, com as técnicas de “Reprodução Humana Assistida”, conceito a ser analisado a seguir.

Para que ocorra o processo de reprodução humana são necessárias células sexuais ou germinativas (gametas) femininas e masculinas, as quais são

denominadas, respectivamente, óvulos e espermatozóides. Durante o período fértil da mulher, uma forma primária do óvulo é liberada do seu órgão de origem (ovário), seguindo em direção ao útero. No modo natural, a fecundação ocorre quando um espermatozóide encontra o óvulo sem a intervenção médica, dando início a uma complexa seqüência de eventos moleculares coordenados (MOORE; PERSAUD, 2008. p. 32). Quando este procedimento não acontece naturalmente, seja por um problema feminino, masculino ou pela falta de parceiro do sexo oposto (homossexuais ou solteiros), torna-se necessário recorrer às técnicas de reprodução humana assistida. Nesse contexto, ao analisar os meios de reprodução, Héritier (2000, p. 98) afirma que é possível sofisticar as formas de família, mas não se poderá inventar novos modos de procriação, pois sempre será imprescindível a diferença de sexos, ou seja, pode-se excluir o relacionamento físico, mas não o processo de fusão de gametas do homem e da mulher.

O marco mundial para a reprodução humana assistida ocorreu em julho de 1978, na Inglaterra, com o nascimento de Louise Brown, conhecida como o primeiro bebê de proveta. No Brasil, a reprodução assistida tem sua primeira experiência humana em outubro de 1984, quando nasce Ana Paula Caldeiras, na cidade de Curitiba, com o emprego da técnica de fertilização *in vitro* (REDE FEMINISTA DE SAÚDE, 2003. p. 11). Passados mais de trinta anos da introdução do procedimento médico revolucionário no Brasil, o tema ainda é objeto de grandes discussões médicas, éticas e, sobretudo, jurídicas, devido principalmente à ausência de norma regulamentadora.

A reprodução humana assistida pode ser definida como o “conjunto heterogêneo de técnicas que auxiliam o processo de reprodução humana no campo da concepção, no caso da esterilidade feminina e masculina” (REDE FEMINISTA DE SAÚDE, 2003. p. 14). Assim, seria a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade ou esterilidade satisfaçam o desejo de ter filhos (MALUF, 2010. p. 153). Sobre os objetivos deste procedimento, Tamanini (2004. p. 88) declara que a reprodução assistida parte do pressuposto de que é necessário que a ciência ajude a natureza a restabelecer sua capacidade

reprodutiva. Hoje, o conceito deve ser interpretado de maneira mais abrangente, de modo a englobar não apenas casos de saúde, mas também situações de natureza social, típicas do mundo contemporâneo. Diante dos novos modelos de família, devem também ter acesso às técnicas de reprodução assistida as pessoas solteiras e os casais homossexuais para os quais, devido à falta de um parceiro ou porque são do mesmo sexo, torna-se necessário o uso de meios artificiais de concepção.

Entre as principais técnicas de reprodução assistida, é possível citar a Inseminação Artificial, a Fertilização *in Vitro* e a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóide. A Inseminação Artificial é o processo no qual o médico introduz no útero o espermatozóide previamente coletado, fazendo com que o encontro entre óvulo e espermatozóide ocorra dentro do corpo da mulher. A Fertilização *in Vitro*, por sua vez, consiste na técnica segundo a qual os óvulos e os espermatozóides são coletados e fecundados em um recipiente externo, para somente depois serem implantados no útero feminino. Já a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóide é um método semelhante à fertilização *in vitro*, pois a fecundação também ocorre em um recipiente fora do corpo da mulher para após ser implantado no útero, a diferença é que nesta técnica um único espermatozóide é injetado diretamente no citoplasma de um óvulo maduro, sendo muito utilizada em casos de homens que produzem poucos espermatozóides (MOORE; PERSAUD, 2008. p. 36). Dependendo da origem do material genético, a reprodução poderá ser homóloga ou heteróloga. No primeiro caso, os gametas utilizados para a fecundação artificial são do casal interessado na procriação, enquanto que no segundo, devido à impossibilidade de um ou ambos em fornecerem os seus próprios gametas, estes serão obtidos a partir de doadores.

Uma forma de aplicação das técnicas de reprodução humana assistida é a “gestação ou maternidade de substituição”, também denominada de “doação temporário do útero” e conhecida popularmente como “barriga de aluguel⁵”. Nesse

⁵ Entende-se incorreto o emprego da denominação “barriga de aluguel” no Brasil, uma vez que o termo “aluguel” pressupõe uma contraprestação pecuniária e a Resolução nº 2.013/13 do CFM proíbe expressamente a utilização deste procedimento para fins comerciais e auferimento de lucros.

procedimento, a mulher que deseja ter um filho, mas não pode realizar o ciclo da gestação, ou o casal homossexual, beneficiando-se da fertilização *in vitro*, transfere o embrião ao útero de uma outra mulher que realizará a gestação (REDE FEMINISTA DE SAÚDE, 2003. p. 17). Caso a idealizadora do projeto não consiga fornecer o óvulo ou trate-se de um casal homossexual, o material genético pode ser de doação. Dessa forma, poderá haver até três mulheres intituladas mães: a gestante (mãe biológica), a doadora do material genético (mãe genética) e a autora do projeto de maternidade (mãe socioafetiva ou intencional) (ARAÚJO; VARGAS; MARTEL, 2014. p. 485).

Um aspecto importante da utilização das técnicas de reprodução humana assistida e que possui destaque na pesquisa é a sua inserção no sistema capitalista e na ideia de sociedade de consumo. Nas últimas décadas, a intervenção médica na reprodução humana tornou-se um negócio em expansão, no qual participam instituições médicas, como clínicas e hospitais, agenciadores e intermediários, bem como doadores de material genético e mulheres que gestam e dão à luz (IKEMOTO, 2009. p. 281-282). De acordo com reportagem do sítio da revista *Time* (2014), somente no ano de 2012, o comércio no setor movimentou cerca de 3,5 bilhões de dólares nos Estados Unidos. Já é possível identificar a formação de grandes conglomerados empresariais de serviços de fertilidade, que aliam ao mesmo tempo técnicas médicas e comerciais, como a propaganda, para conquistar clientes e posições no mercado (IKEMOTO, 2009. p. 280).

Esse mercado da fertilidade é potencializado pela configuração da nossa sociedade atual, classificada como “de consumo”. A sociedade de consumo é aquela que predomina a compra e venda de mercadorias produzidas de maneira massificada como principal atividade econômica. Uma das principais características dessa sociedade é a “objetificação”, pela qual as relações humanas deixam de ser focadas nos sujeitos e passam a ser centralizadas nos objetos (BAUDRILLARD, 2011. p. 13). Segundo Bauman (2008. p. 26), as mercadorias não exigem reciprocidade, sendo moldadas ao bel-prazer de um sujeito onipotente, incontestado e desobrigado. Como um sistema econômico capitalista baseado no consumo necessita de um movimento constante de mercadorias para gerar riqueza, os sujeitos-consumidores são bombardeados

com estímulos para consumirem cada vez mais, o que gera um ciclo efêmero de aquisição, uso e descarte, que se repete indefinidamente (BAUMAN, 2008. p. 111; p. 128), em busca por uma felicidade ilusória e insaciável (BAUDRILLARD, 2011. p. 21). Todos os valores concretos e naturais viram formas produtivas e fontes de lucro (BAUDRILLARD, 2011. p. 63). O desejo humano passa a ser colonizado pela economia, tornado-se sua força motriz. Na sociedade de consumo não existe a formação de vínculos duradouros, os atritos são resolvidos de maneira rápida e simples, pelo descarte da mercadoria defeituosa, imperfeita ou não satisfatória e pela troca por uma nova e aperfeiçoada (BAUMAN, 2008, p. 31). Como resultado desse processo, o próprio sujeito acaba sendo objetificado e o ser humano transformado em mercadoria.

Se a sociedade de consumo é capaz de explorar qualquer tipo de desejo humano de maneira econômica, não é diferente no que diz respeito ao desejo de ter filhos e a procura pelas técnicas reprodutivas. O próprio termo “desejo de ter filhos” possui um caráter mercantilista, conforme crítica de Correa (2003. p. 32), ao entender que o verbo “ter”, geralmente relacionado à posse de objetos, indica uma possível objetificação da criança, similar a aquisição de um item de consumo.

Em entrevistas realizadas com casais que iniciam o tratamento para a fertilidade, Tamanini (2003. p. 125-127) verifica que após um longo período de tentativas de gravidez frustradas há um grande desgaste da relação afetiva e sexual, que é acentuado pela cobrança familiar. Nesse contexto, enquanto produto a ser consumido, as novas técnicas de reprodução assistida são vendidas, propagandeadas e percebidas pelos destinatários como uma solução mágica não apenas para os problemas causados pela ausência de filhos, mas também como um mecanismo capaz de restabelecer a relação conjugal. Com isso, manipula-se, sempre com um viés econômico, as expectativas do paciente-consumidor, que busca capturar, ingenuamente, um ideal de felicidade inacessível, processo típico da sociedade de consumo.

Ainda em relação à questão econômica, na opinião de Diniz (2002. p. 02), para os profissionais atuantes no campo da medicina reprodutiva, as técnicas conceptivas têm como principal objetivo a produção de bebês, quando deveriam

ser vistas como um conjunto de ferramentas capazes de sanar a ausência indesejada de filhos. A pesquisa sobre as causas da infertilidade ou da baixa fecundidade seria pouco incentivada, já que o atual modelo de produção e desenvolvimento econômico estimula a lógica do mercado capitalista e, portanto, o desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, uma vez que são muito lucrativas (CARLOS; SCHIOCCHET, 2006. p. 250).

3 O TURISMO REPRODUTIVO E O COMÉRCIO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

O crescente incentivo pela experiência da gestação somado ao invasivo mercado do consumo leva muitas pessoas a uma busca sem medida de esforços para atingir a tão sonhada filiação. Em muitos casos, quando as técnicas de reprodução assistida não são suficientes para gerar um filho, seja por deficiência de material genético do casal ou por impossibilidade da mulher realizar o ciclo da gestação, acaba restando apenas a opção da doação temporária do útero. Nesse cenário, além da contratação de clínicas médicas especializadas em fertilização, alguns países permitem a opção de contratar uma doadora temporária de útero profissional. Estas, são mulheres que se dispõem a gestar crianças para outras pessoas mediante remuneração e classificam-se em dois tipos: aquelas que apenas alugam seu corpo, sem formar vínculo genético com o futuro bebê, denominadas gestantes de substituição gestacional; e aquelas que, além de gestar a criança, também vendem os seus óvulos, havendo relação genética entre elas, chamadas gestantes de substituição tradicional (RAGONÉ, 1998. p. 120).

Como em outras áreas de exploração econômica, a globalização criou um fluxo transnacional de oferta de técnicas de fertilização e maternidade de substituição, na qual é possível contratar o serviço em qualquer parte do mundo, inclusive por meio do comércio eletrônico. O frequente deslocamento a outros países em busca destes serviços dá-se por motivos diversos, sendo os principais: menor custo no procedimento médico; oferta de tecnologia mais desenvolvida; existência de um sistema jurídico permissivo garantindo um amplo acesso; maior oferta de óvulos, espermatozoides e úteros (IKEMOTO, 2009. p. 278). Ragoné (1998. p.

127) ainda aponta outro motivo relevante para a forte tendência de os casais procurarem mães de substituição em outros países: acredita-se que a diferença de raça e cultura acaba por afastar ainda mais as partes envolvidas no acordo, dando um sentimento de maior segurança no cumprimento do contrato.

Dessa forma, a modalidade extrema do comércio global de fertilização e maternidade de substituição tem sido conhecida como “turismo da fertilidade” ou “turismo reprodutivo”. Este comércio consiste no desenvolvimento de um mercado mundial de agências e intermediadores que oferecem aos interessados não apenas clínicas que realizam o procedimento, mas um conjunto de serviços associados, como documento de visto e passaporte, traslado, reserva de passagens aéreas e hotéis, bem como doadores de material genético ou mulheres dispostas a alugar seu útero para gestar filhos a outros mediante remuneração (IKEMOTO, 2009. p. 291).

Os países diferem em relação ao tratamento jurídico dado à comercialização da gestação de substituição. Países como França, Holanda, Alemanha e Espanha proíbem qualquer modalidade. Canadá, Reino Unido, Tailândia e Bélgica, por sua vez, permitem apenas quando não há pagamento à gestante. Já legislações que adotam um amplo comércio de maternidade substitutiva podem ser encontradas na Índia, principal destino do turismo reprodutivo. Existem ainda países nos quais a legislação varia de acordo com a unidade territorial, como é o caso dos EUA e Austrália (THE TELEGRAPH, 2014). O aumento da exploração comercial da gestação de substituição, muitas vezes de natureza transnacional, aliada à ausência geral de regulamentação tem gerado, nos últimos anos, uma série de casos problemáticos.

No ano de 2014, foi noticiado o caso do “Bebê Gammy”. O casal australiano David e Wendy Farnell não podia ter filhos, e como no estado em que vivem, Western Australia, o contrato de barriga de aluguel é proibido, eles optaram por viajar à Tailândia, país cuja fiscalização é deficitária. Por meio de uma agência, contrataram Pattharamon Janbua, de 21 anos, para gestar um filho com material genético de ambos. A tailandesa que passava por dificuldades financeiras aceitou o contrato por cerca de R\$ 30.000,00. A mãe de substituição deu à luz a um casal de gêmeos bivitelinos, sendo que o menino nasceu com

síndrome de down e um grave problema cardíaco. O caso tornou-se uma polêmica mundial quando os pais biológicos levaram para a Austrália apenas a menina saudável, abandonando Gammy, o bebê doente, que acabou ficando aos cuidados da gestante de substituição. Após seis meses sem contato com o casal australiano ou com a agência que intermediou a negociação e sem saber como enfrentar o problema, a tailandesa procurou a imprensa. Em entrevista ao programa *Sixty Minutes Australia* (2014), apesar de diversos registros, David negou o abandono, porém confirmou que não entrava em contato com a mãe substituta há meses e que esperava ganhar uma indenização da agência que intermediou o contrato, pois era de sua responsabilidade verificar, por meio de exames, que um dos fetos tinha problemas de saúde, de modo a realizar um aborto em tempo hábil⁶.

No mesmo ano, também na Tailândia, foi noticiada a intrigante história de Mitsutoki Shigeta, cidadão japonês que contratou serviços de fertilização para gerar, pelo menos, 16 bebês no país. Shigeta tornou-se suspeito de tráfico de pessoas após a descoberta da casa onde residia com 9 de seus filhos e algumas babás. Mulheres jovens de regiões pobres da Tailândia eram contratadas para maternidade de substituição, porém as razões para a criação desta “fábrica de bebês” permanecem obscuras. Ao ser interpelada pela polícia, uma das clínicas respondeu que Shigeta gostaria de ter uma família grande, tendo declarado que desejava gerar cerca de 10 a 15 bebês por ano, até sua morte. Uma das mães de substituição declarou aos investigadores que não era informado às contratadas se os óvulos utilizados seriam delas próprias ou doados, o que as deixavam na dúvida quanto à maternidade genética dos bebês. Informou, ainda, que seu único contato com o japonês teria sido na assinatura do contrato de gestação. Shigeta conseguiu fugir de Bangkok antes de ser preso e tem afirmado, por meio de seu advogado, que lutará pela guarda das crianças (THE JAPAN TIMES, 2014).

4 A REGULAÇÃO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL

⁶ Na Tailândia o aborto é ilegal, principalmente pela forte influência da religião budista. Alguns estados da Austrália, entre eles o do casal Farnell, permitem o aborto até a 20ª semana de gestação.

Apesar de um intenso debate legislativo no final dos anos 90 (DINIZ, 2000), o Brasil ainda não possui uma legislação que verse sobre a gestação de substituição e o uso de técnicas de reprodução humana assistida em geral. A única regulamentação existente advém de resoluções do Conselho Federal de Medicina, as quais apresentam um conjunto de normas éticas de conduta dirigidas à classe médica. Assim, ao mesmo tempo em que as novas tecnologias reprodutivas conduzem a fecundações antes impossíveis ou pouco prováveis, abrem uma grande discussão a respeito da sua regulamentação. Na medida em que o Poder Legislativo não consegue atingir um consenso e elaborar leis que a regrem, resta à sociedade respaldar-se apenas nas normas éticas formuladas por um conselho profissional. A primeira Resolução do Conselho Federal de Medicina a tratar sobre o tema foi a de nº 1.358 de 1992. Esta, por sua vez, foi revogada pela Resolução nº 1.957, publicada em 2010. Atualmente, vigora a Resolução nº 2.013 de 2013.

O Conselho Federal de Medicina estabelece, na Resolução nº 2.013/13, que a doação temporária do útero pode ser utilizada “desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora do material genético” (VII). Um ponto importante ficou por conta da inclusão dos relacionamentos homoafetivos como destinatários da maternidade de substituição e demais técnicas de reprodução humana assistida (VII). Araújo, Vargas e Martel (2014, p. 488) entendem que esta atitude permite o exercício livre e igualitário dos direitos reprodutivos. Contudo, o regulamento estabelece expressamente que o uso de tais técnicas deve “respeitar o direito da objeção da consciência do médico”.

A Resolução impõe uma série de restrições à reprodução humana assistida, no qual se inclui a prática da maternidade de substituição. É possível interpretar o documento no sentido de permitir a doação de gametas ou embriões quando um dos autores do projeto parental está impossibilitado de fornecer seu próprio material genético, seja por um problema médico ou por se tratar de um casal homoafetivo. Nessa modalidade de doação, deverá ser preservado o anonimato no vínculo entre doadores e receptores (IV, 2). Além disso, há um

limite de idade entre os doadores: 35 anos para mulheres e 50 anos para homens (IV, 3). A Resolução declara que as doadoras temporárias de útero (as mães substitutas que gestaram a criança), deverão pertencer à família de um dos autores do projeto parental, salvo autorização expressa do Conselho Regional de Medicina, exigindo-se a consanguinidade de até quarto grau⁷ (VI, 1), respeitado o limite de 50 anos de idade (VII, 2). É digno de nota o fato de que a norma anterior (Resolução nº 1.957/2010) exigia que o útero pertencesse à pessoa com parentesco de até segundo grau (VII, 1).

O documento em vigor dispõe que a doação de gametas, embriões e úteros não poderá ter caráter lucrativo ou comercial (IV, 1; VII, 2), caracterizando-se pela finalidade única de ajudar terceiros. É importante esclarecer que tal dispositivo não exclui a exploração econômica do serviço médico de reprodução humana assistida. O mandamento é dirigido exclusivamente aos doadores, que estão proibidos de receberem dinheiro por terem participado do processo. Outra restrição imposta pela Resolução e destinada às instituições médicas refere-se à proibição da seleção de sexo ou características biológicas do futuro filho, exceto quando servir para evitar doenças (I, 4).

A Resolução também estabelece a obrigação destas organizações de manterem no prontuário dos pacientes registros sobre as gestações de substituição com o objetivo de diminuir a possibilidade de futuros conflitos. Primeiramente, é preciso a existência de um “termo de consentimento informado” assinado por todas as partes envolvidas no procedimento médico (VII, 3). O documento deverá compreender o conjunto de informações de caráter biológico, jurídico, ético e econômico que envolverá a técnica empregada (I, 3; II, 1). Também são obrigatórios esclarecimentos sobre os aspectos biopsicossociais do ciclo gravídico-puerperal, os riscos inerentes à maternidade e a impossibilidade de interrupção da gravidez, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente. Assim, trata-se de requisito indispensável para a realização de qualquer procedimento, devendo o médico fornecer todas as informações necessárias em linguagem clara e de fácil compreensão. Ademais, o profissional

⁷ Primeiro grau – mãe; Segundo grau – irmã e avó; Terceiro grau – tia; Quarto grau – prima.

deve estar apto a reconhecer se a usuária da técnica está expressando um consentimento livre e consciente ou se a decisão é fruto de um estado emocional, numa situação de vulnerabilidade (CARLOS; SCHIOCCHET, 2006. p. 254). No prontuário ainda constará um relatório médico com o perfil psicológico da doadora temporária do útero, atestando sua adequação clínica e emocional, assim como a garantia de tratamento e acompanhamento médico à mãe que realizará a gestação de substituição até a fase do puerpério.

Um aspecto importante da gravidez de substituição diz respeito à elaboração e assinatura de um contrato entre os autores do projeto parental e a doadora temporária de útero, estabelecendo a questão da filiação. Tal exigência funda-se no fato de que, pelo procedimento tradicional, na Declaração de Nascido Vivo emitida pelos hospitais após o parto, constará o recém-nascido como filho da parturiente, neste caso a mulher que cedeu temporariamente o útero, e só após um longo processo judicial poderá ser registrado pelos autores do projeto parental. Ao se estudar a gestação de substituição muito se pensa sobre conflitos positivos, ou seja, a possibilidade de a doadora temporária do útero não entregar o bebê após o parto. Todavia, também são possíveis conflitos negativos, advindos de situações como a morte de um dos autores do projeto parental, o divórcio, a multiplicidade de fetos ou a presença de deficiência ou problemas de saúde na criança, que causam o arrependimento e o eventual abandono do bebê (ARAÚJO; VARGAS; MARTEL, 2014. p. 494), sendo esta mais uma justificativa à relevância de um contrato e dos esclarecimentos prévios.

A partir desta breve análise, é possível verificar que o órgão de fiscalização médica do Brasil autoriza a maternidade de substituição seguindo alguns parâmetros. O principal deles, e que difere a situação brasileira de outros países, é a proibição da venda da maternidade de substituição pela receptora, situação também extensiva ao material genético. No entanto, por mais que a intenção do Conselho Federal de Medicina seja claramente impedir a formação de um comércio nesta área, não se pode ser ingênuo ao ponto de acreditar em um completo altruísmo em uma sociedade contemporânea marcada pelo capitalismo e individualismo. De acordo com Fonseca, Hossne e Barchifontaine (2009, p. 238), torna-se difícil vislumbrar que mulheres doadoras se submeterão a

tratamentos médicos custosos, com injeções de hormônios periódicas, procedimentos cirúrgicos, riscos e efeitos colaterais, com a única intenção de ajudar casais desconhecidos a gerarem um filho.

A evolução do capitalismo e a consolidação da sociedade de consumo no contexto brasileiro conduzirá, certamente, à expansão do oferecimento deste tipo de serviço por clínicas médicas. De outro lado, a fragilidade regulatória do cenário nacional na área pode significar uma série de problemas sociojurídicos. Sob o ponto de vista legal, apesar da aplicação dos aspectos gerais da legislação civil e consumerista nas relações entre autores do projeto parental, empresas do ramo da medicina e doadores, a regulação desta dinâmica triangular ainda permanece obscura, principalmente quando surgem conflitos com particularidades específicas da área.

Não apenas a existência de um mercado paralelo que envolve o pagamento de mães substitutas e material genético causa preocupação, mas a própria exploração comercial do serviço pelas clínicas médicas, permitida no Brasil e autorizada pela Resolução. Neste contexto, Carlos e Schiocchet (2006. p. 255) argumentam que a mercantilização da procriação não pode ser defendida, pois não é ético que a vida, ou peças biológicas que a geram, tenha status de mercadoria. De acordo com as autoras (2006. p. 258), a forte lógica do mercado, as construções ilusórias do filho programado e da cura para a infertilidade e o esquecimento do baixo índice de sucesso dos procedimentos de fertilização, aliados ao fato de os serviços serem oferecidos “quase que exclusivamente por clínicas privadas, sem regulamentação legal e fiscalização governamental” culminam em uma dinâmica de instrumentalização das mulheres e de seus corpos.

Inseridas na discussão sobre a necessidade de uma legislação brasileira voltada à regulamentação do comércio da maternidade de substituição, Tamanini (2004. p. 76) e Buglione (2002. p.73) enfrentam com tom crítico a regulamentação do tema por um código de conduta profissional de natureza privada e de ausente suporte jurídico, uma vez que o poder de determinar os procedimentos e estabelecer comportamentos éticos sobre o tema está reservado à classe médica. Esta normatização não estatal, fenômeno também conhecido como fragmentação

do direito, pode representar a porta de entrada para uma regulação mais próxima da sociedade, tendo em vista que foi elaborada por profissionais que detêm profundo conhecimento do tema, todavia, também pode ser vulnerável a cooptação de um determinado setor, no caso o médico, já que não enfrentou o crivo democrático do processo legislativo. Um exemplo sobre este problema diz respeito ao tratamento dado aos casais homossexuais. Apesar de sua inserção ser uma novidade na norma, o documento demonstra preconceito ao atribuir à concepção moral particular e à discricionariedade do médico o oferecimento do serviço, ficando clara a incompletude da norma estabelecida unilateralmente por um determinado segmento da sociedade.

O Brasil enfrentou recentemente um caso sobre o assunto, que envolveu uma das maiores clínicas de reprodução humana do país e indicou o perigo da ausência de regulação. Em 2009, Roger Abdelmassih, renomado médico brasileiro atuante na área, foi acusado de abusar sexualmente de suas pacientes (TERRA, 2009). Se já não bastasse as graves acusações, as investigações apontaram para a existência da prática de uma série de procedimentos irregulares, utilizados para garantir o sucesso do tratamento e o alto retorno financeiro da clínica. Uma das técnicas relatadas envolveu o uso de óvulos e material genético de terceiros, incluindo a mistura de DNA, sem qualquer consentimento dos autores do projeto parental, em confronto à ética médica (ÉPOCA, 2010). Recentemente, foi noticiada a condenação em primeiro grau do médico em ação judicial movida por dois irmãos, nascidos da reprodução humana assistida, que descobriram não ter relação genética com o suposto pai, que participou do tratamento juntamente com a mãe (FOLHA DE SÃO PAULO, 2014).

5 CONCLUSÕES

Conforme se percebe pelo desenvolvimento do presente artigo, as técnicas de reprodução humana assistida como um todo e, em especial, a gestação de substituição, necessitam urgentemente de regulação pelo direito brasileiro. O desejo de ter filhos nunca foi tão explorado quanto na sociedade atual, em que as técnicas de reprodução humana assistida não são mais vistas apenas como um

tratamento de saúde reprodutiva, mas, para além disso, tornaram-se um negócio lucrativo em expansão. A sociedade voltada para o consumo, capaz de explorar todo e qualquer tipo de desejo humano de maneira econômica, somada ao fenômeno da globalização, passou a ver o bebê e a sua gestação como um bem a ser comercializado. Propagou-se, assim, um mercado direcionado ao público que deseja ter um filho, mas, por razões biológicas ou sociais, não consegue atingir este sonho e opta pela gestação de substituição, buscando uma mãe disposta a doar temporariamente o seu útero.

No Brasil, assim como em outros países do mundo, não há legislação específica sobre as técnicas de reprodução humana assistida e gestação de substituição. Em um claro exemplo de fragmentação do direito, onde as normas são produzidas por meio não estatal, a única regulação existente é a Resolução nº 2.013/2013 criada pelo Conselho Federal de Medicina. Nesta, encontra-se os princípios gerais que cercam a reprodução humana assistida, destinatários, limites de faixa etária e consanguinidade, bem como direitos e obrigações das partes envolvidas (pacientes, médicos e clínicas). É inadmissível que após mais de trinta anos da primeira experiência brasileira de sucesso no uso destas técnicas e do crescente registro de casos, o Estado não tenha se debruçado sobre o tema com o fim de regulamentá-lo.

Os casos Bebê Gammy, Fábrica de Bebês e Roger Abdelmassih (apresentados no final dos capítulos 2 e 3) possuem características em comum: os três são resultados dos impactos negativos da fragmentação e desregulamentação do comércio da maternidade de substituição e da reprodução assistida em geral inseridos em um ambiente de sociedade do consumo. Gammy, o bebê com síndrome de down, foi tratado como mercadoria pelos autores do projeto parental, que o rejeitaram tal qual se faz com um produto com defeito, buscando reparação à agência supostamente “culpada” pelo “inconveniente”. Aqui se percebe claramente o intuito comercial do contrato de barriga de aluguel: o casal australiano pagou pelos “produtos” (bebês gêmeos) que desejava adquirir e, ao recebê-los, um era “defeituoso” (bebê com síndrome de down), por isso levou para casa apenas o produto “satisfatório” (bebê saudável).

A lógica da sociedade do consumo e o sistema capitalista atrelado a este modelo necessitam do consumo em excesso. Entretanto, o que dizer do japonês Shigeta que desejava ter cerca de 10 a 15 bebês por ano utilizando-se da gestação de substituição? Certamente não é um caso típico do livre exercício da autonomia da vontade. No mesmo sentido, o possível uso de material genético de outrem em procedimentos de fertilização sem a autorização dos autores do projeto parental, como ocorreu no caso do médico Abdelmassih, não só contraria a ética médica, mas as máximas da boa-fé objetiva que impõe uma relação de transparência entre as partes contratantes.

Uma melhor regulação entre os direitos e deveres de todas as partes envolvidas, o papel do contrato assinado pelos doadores a título gratuito, as estratégias de fiscalização deste serviço médico em expansão e extremamente lucrativo e as possíveis sanções para o descumprimento da norma permanecem no vácuo do contexto brasileiro, clamando pela necessidade de maior atenção à matéria.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, N.; VARGAS, D. T.; MARTEL, L. C. V. Gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. In: BAPTISTA, L. O.; RAMINA, L.; FRIEDRICH, T. S. (Org.) **Direito Internacional Contemporâneo**. Curitiba: Juruá Editora, p. 481-510, 2014.

BAUDRILLARD, J. **A Sociedade de Consumo**. Portugal: Edições 70, 2011.

BAUMAN, Z. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008.

BRASIL **Mais brasileiras esperam chegar aos 30 para ter primeiro filho**. 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2014/10/mais-brasileiras-esperam-chegar-aos-30-para-ter-primeiro-filho>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BUGLIONE, S. As Tecnologias Reprodutivas em um Direito em Movimento. In: DINIZ, D.; BUGLIONE, S. (Org.) **Quem Pode ter Acesso às Tecnologias Reprodutivas?** Brasília: Letras Livres, 2002.

CARLOS, P. P.; SCHIOCCHET, T. Novas tecnologias reprodutivas e direito: mulheres brasileiras entre benefícios e vulnerabilidades. **Novos Estudos Jurídicos** (UNIVALI), v. 11, p. 249-263, 2006.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.358**. Brasília, 1992.
Disponível em:
<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm> Acesso em: 15 dez 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.957**. Brasília, 2010.
Disponível em:
<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm> Acesso em: 15 dez 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.013**. Brasília, 2013.
Disponível em:
<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf> Acesso em: 15 dez 2014.

CORREA, M. Medicina Reprodutiva e Desejo de Filhos. In: GROSSI, M.; PORTO, R.; TAMANINI, M. (Org.) **Novas tecnologias reprodutivas conceptivas: questões e desafios**. Brasília: Letras Livres, p. 31-38, 2003.

DINIZ, D. O impacto das Tecnologias Conceptivas nas relações parentais. Série Anis 24, **Letras Livres**, Brasília, p. 1-5, abril, 2002.

ÉPOCA. **Doutor Horror**. 2010. Disponível em:
<<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI233387-15228,00-DOUTOR+HORROR+TRECHO.html>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

FOLHA DE SÃO PAULO. 2014. Disponível em:
<<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/08/1504144-roger-abdelmassih-e-condenado-a-pagar-r-500-mil-por-troca-de-semen.shtml>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

FONSECA, L. L.; HOSSNE, W. S.; BARCHIFONTAINE, C. P. Doação compartilhada de óvulos: opinião de pacientes em tratamento para infertilidade. **Revista Bioethikos**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 235-240, 2009.

HÉRITIER, F. A coxa de Júpiter - Reflexões sobre os novos modos de procriação. **Estudos Feministas**, Florianópolis, ano 8, 1º semestre, p. 98-114, 2000.

IKEMOTO, L. "Reproductive Tourism: Equality Concerns in the Global Market for Fertility Services". In: **UC Davis Legal Studies Research Paper Serie**, n. 189. 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1462477>>. Acesso em: 20 fev 2015.

MOORE, K. L. PERSAUD, T.V.N. **Embriologia Clínica**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.

RAGONÉ, H. Incontestable Motivations. In : FRANKLIN, S.; RAGONÉ, H. (Org.) **Reproducing Reproduction**: kinship, power, and technological innovation. Pennsylvania, Pennsylvania Press, 1998.

REDE FEMINISTA DE SAÚDE. **Dossiê reprodução humana assistida**. Belo Horizonte: Rede Saúde, 2003.

SIXTY MINUTES AUSTRALIA. **The Australian parents of baby Gammy speak on 60 Minutes**. 2014. Disponível em:

<<http://sixtyminutes.ninemsn.com.au/stories/8887943/the-australian-parents-of-baby-gammy-to-speak-on-60-minutes>>. Acesso em 20 fev. 2015.

TAMANINI, M. Do Sexo Cronometrado ao Casal Infértil. In: GROSSI, M.; PORTO, R.; TAMANINI, M.. (Org.) **Novas tecnologias reprodutivas conceptivas: questões e desafios**. Brasília: Letras Livres, p. 123-136, 2003.

TERRA. **A Outra Face do Médico das Estrelas**. 2009. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/istoe-temp/edicoes/2045/imprime123221.htm>>. Acesso em 20 fev. 2015.

THE JAPAN TIMES. **Story of Mitsutoki Shigeta's first Thai surrogate offers clues into mystery of 16 babies**. 2014. Disponível em:

<<http://www.japantimes.co.jp/news/2014/09/02/national/surrogate-offers-clues-into-japanese-with-16-babies/#.VSnWAtzF8zh>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

THE TELEGRAPH. **Legal Situation of Surrogacy Explained**. 2014. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/thailand/11006524/Legal-situation-of-surrogacy-explained.html>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

TIME. **How High-Tech Baby Making Fuels the Infertility Market Boom**. 2014.

Disponível em: <<http://time.com/money/2955345/high-tech-baby-making-is-fueling-a-market-boom/#money/2955345/high-tech-baby-making-is-fueling-a-market-boom/>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

NANOTECNOLOGIAS E O DIREITO DO CONSUMIDOR: COMO EQUACIONAR OS RISCOS E AS INFORMAÇÕES.

Raquel von Hohendorff,
Wilson Engelmann,
Paulo Junior Trindade dos Santos,

RESUMO: As nanotecnologias são um novo e revolucionário conjunto de tecnologias, que trabalham na bilionésima parte do metro, elaborando produtos novos, com características físico-químicas desconhecidas, submetendo o consumidor a riscos incalculáveis. Estes produtos são lançados no mercado todos os dias e apenas uma pequena parcela dos consumidores possui algum tipo de informação. A sociedade tem o direito fundamental de saber a composição dos produtos do mercado, e este é um pré-requisito para o exercício do direito de escolher o que consumir. Será utilizado o método de abordagem fenomenológico-hermenêutico e como métodos de procedimento o histórico e o comparativo, além da pesquisa bibliográfica e legislativa e textos normativos de diversos organismos internacionais. Como apenas a lei não mais dará conta de produzir as respostas necessárias, incita-se, a partir do pluralismo jurídico, a ideia do diálogo entre as fontes do Direito, aproximando as respostas jurídicas dos demais Sistemas Sociais, buscando alternativas para o delineamento do jurídico de modo mais flexível e adaptável à realidade nanotecnológica. A valorização das diferentes fontes do Direito provocará uma mudança estrutural, renovando a sintonia do Direito com a realidade social e o diálogo entre as fontes do Direito, sem mais a hierarquia obrigatória da lei, permitirá um maior cuidado com a responsabilidade atual e futura dos riscos, ainda pouco conhecidos, oriundos das nanotecnologias.

PALAVRAS CHAVE: nanotecnologia, consumidor, direito à informação, diálogo entre as fontes.

1 INTRODUÇÃO

Muito se fala sobre as nanotecnologias. No entanto, cabe perguntar: o que são as nanotecnologias e quem será atingido pela sua emergência? O termo “*nano*” representa uma medida e equivale à bilionésima parte de um metro, isto é, ao se dividir um metro por um bilhão de vezes, chegamos ao nanômetro. Esta medida também poderá ser representada pela notação científica de 10^{-9} .

Embora neste momento, os benefícios da nanotecnologia dominam o nosso pensamento, o potencial desta tecnologia para resultados indesejáveis na saúde humana e no meio ambiente não deve ser menosprezado. Como as nanopartículas são muito pequenas, medindo menos de um centésimo de bilionésimo de metro, são regidos por leis físicas muito diferentes daquelas com as quais a ciência está acostumada. Existem probabilidades de que as nanopartículas apresentem grau de toxicidade maior do que as partículas em tamanhos normais, podendo assim ocasionar riscos à saúde e segurança de pesquisadores, trabalhadores e consumidores.

Os produtos com nanotecnologia já estão no mercado, sendo amplamente consumidos, sem que existam maiores informações acerca de seus riscos. A sociedade tornou-se um laboratório sem nenhum responsável pelos resultados do experimento, no qual os consumidores não possuem o direito de informação preservado e assim acabando por não poder exercer o direito de opção do que consumir.

Desta forma, o artigo tem como pretensão demonstrar que somente a lei, de origem unicamente Estatal, não poderá produzir as respostas necessárias à realidade nanotecnológica atualmente vivida. Assim, a alternativa passa pelo pluralismo jurídico, através do diálogo entre as fontes do Direito, que permitirá a aproximação desta ciência com os diferentes sistemas sociais.

As diferentes fontes do Direito, originárias de diferentes esferas estatais e não estatais, nacionais e internacionais, deverão ser conjugadas, sendo aplicadas de forma simultânea e coordenada, filtradas por um filtro dos controles de constitucionalidade e convencionalidade de modo a adequar a ciência do Direito às inovações advindas das nanotecnologias. Desta forma, o desafio das nanotecnologias para o Direito está lançado e será necessário que os transformadores do Direito elaborarem novas opções de respostas, utilizando as diferentes fontes jurídicas.

O método de abordagem a ser utilizado será o fenomenológico-hermenêutico; como métodos de procedimento se utilizarão o histórico e o comparativo e as técnicas de pesquisa serão bibliográfica e legislativa e textos normativos de diversos organismos internacionais. Quanto ao método cabe

salientar que o mesmo permite que o pesquisador esteja diretamente implicado, relacionado com o objeto de estudo, sofrendo inclusive as consequências de seus resultados. Assim, trata-se de uma investigação não alheia ao pesquisador, eis que ele está no mundo onde a pesquisa é desenvolvida.

2 APRESENTANDO AS NANOTECNOLOGIAS E SEUS RISCOS

Nano” é um prefixo que significa anão. Por isso, a junção desta palavra com “tecnologias” corresponde ao conjunto de possibilidades tecnológicas, assim, a expressão deve ser utilizada no plural, representando as condições de manipular elementos na escala nanométrica, que equivale à bilionésima parte de um metro. As tecnologias em ultra-pequena escala com toda uma imensa gama de benefícios já estão no mercado, sendo amplamente consumidas.

Os mais diferentes setores econômicos utilizam nanotecnologias (variadas produções tecnológicas na escala nanométrica, representando uma alternativa de manipular átomos e moléculas na bilionésima parte do metro). Como exemplo podem ser citados protetores solares, calçados, telefones celulares, tecidos, cosméticos, automóveis, medicamentos produtos para agricultura, medicamentos veterinários, produtos para tratamento de água, materiais para a construção civil, plásticos e polímeros, produtos para uso nas indústrias aeroespacial, naval e automotora, siderurgia, entre outros. Este rol não está fechado, uma vez que as nanotecnologias estão em processo de desenvolvimento. Assim, deixam de ser apenas promessas futurísticas e incorporam-se na rotina diária da sociedade deste início do século XXI, exigindo, portanto, a atenção por parte do Direito.

Eric Drexler (1986), primeiro PhD em nanotecnologia do mundo pelo Massachusetts Institute of Technology (MIT) afirmou se tratar de “[é] uma nova tecnologia [que] irá lidar com átomos e moléculas individualmente com controle e precisão; chamada tecnologia molecular. Isso irá mudar nosso mundo de muitas formas que nós nem podemos imaginar”. Tal tecnologia se nominou nanotecnologia, sendo que nano no grego significa anão e um nanômetro equivale a um milionésimo de milímetro, medida tão pequena que são

necessários cerca de 400.000 átomos amontoados para atingir a espessura de um fio de cabelo.

Desde então, muitas pesquisas foram desenvolvidas e se tem aceitado que as nanotecnologias trabalham com partículas, materiais e produtos que estão entre 1 e 100 nanômetros aproximadamente, de modo que, “hoje, nanotecnologia, no uso amplo do termo, refere-se a tecnologias em que produtos apresentam uma dimensão (in)significante, isto é, menos de 1/10 de micron, cem nanômetros ou cem bilionésimos de metro” (DREXLER, 2009, p. 42).

O termo “nanotecnologia” tem despertado controvérsias acerca das medidas que devem ser consideradas para a categorização de um produto ou processo que esteja sendo trabalhado na nano escala. Portanto, deve-se partir de uma padronização e assim, adota-se aqui a definição desenvolvida pela ISO TC 229 (INTERNATIONAL, 2005), onde se verificam duas características fundamentais: a) produtos ou processos que estejam tipicamente, mas não exclusivamente, abaixo de 100nm (cem nanômetros); b) nesta escala, as propriedades físico-químicas devem ser diferentes dos produtos ou processos que estejam em escalas maiores.

As nanotecnologias são hoje um dos principais focos das atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação em todos os países industrializados. Os nanomateriais são utilizados nas mais diversas áreas de atuação humana, podendo-se destacar as seguintes áreas: cerâmica e revestimentos, plásticos, agropecuária, cosméticos, siderurgia, cimento e concreto, microeletrônica, e, na área da saúde, possuem aplicação tanto na odontologia quanto na farmácia (especialmente em relação à distribuição de medicamentos dentro do organismo), bem como em inúmeros aparelhos que auxiliam o diagnóstico médico (AGÊNCIA, 2011, p. 11).

As nanotecnologias têm produzido novos materiais e os riscos para a saúde humana e ambiental ainda não estão suficientemente avaliados. As reações físico-químicas dos materiais nesta escala apresentam diferenças, pois pode ter maior condutividade elétrica e um incremento na interação com o meio ambiente ou o corpo humano. Em suma: quanto menor a superfície, maior a quantidade de átomos nela encontrados. Com isso, se poderão fabricar produtos

mais leves e resistentes, com menor quantidade de materiais e maiores potencialidades de uso, mas ao mesmo tempo se ampliam as possibilidades de riscos, justamente em função do comportamento das partículas e de sua capacidade de ultrapassar barreiras corporais.

O contexto exige uma efetiva preocupação com a gestão dos riscos que poderão ser gerados pelas nanotecnologias. A ausência de certeza científica quanto à ocorrência de efeitos negativos impõe uma abordagem precaucional, a qual representa a espinha dorsal desta forma de gerenciamento do novo e do desconhecido. A gestão do risco é parte integrante de um programa maior que inicia pela saúde e segurança ocupacional. Sabe-se que as exposições potenciais a nanomateriais podem ser controlados em laboratórios de pesquisa através de um sistema flexível e um programa de gestão adaptativa risco. No entanto, os riscos não acabam neste nível, eles também poderão ocorrer no processo produtivo da indústria, na sua comercialização e durante todo o ciclo de vida do produto que contenha alguma nanopartícula (ENGELMANN, 2015, p. 358).

Embora neste momento, os benefícios da nanotecnologia dominam o nosso pensamento, o potencial desta tecnologia para resultados indesejáveis na saúde humana e no meio ambiente não deve ser menosprezado. Como as nanopartículas são muito pequenas, medindo menos de um centésimo de bilionésimo de metro, são regidos por leis físicas muito diferentes daquelas com as quais a ciência está acostumada. Existem probabilidades de que as nanopartículas apresentem grau de toxicidade maior do que as partículas em tamanhos normais, podendo assim ocasionar riscos à saúde e segurança de pesquisadores, trabalhadores e consumidores.

Os avanços tecnológicos existentes na sociedade contemporânea detêm um reflexo paradoxal; ao mesmo tempo em que crescem qualidade de vida às pessoas, estes são capazes de gerar riscos de potenciais altamente nocivos à saúde e ao meio ambiente. Para que as instâncias de comunicação (Direito, Economia e Política) possam reagir aos ruídos produzidos por uma nova forma social pós-industrial (produtora de riscos e indeterminações científicas), estas devem construir condições estruturais para tomadas de decisão em um contexto de risco (CARVALHO, 2006, p. 13).

Sociedade de risco constitui um termo desenvolvido por Ulrich Beck, segundo o qual a produção social da riqueza é acompanhada por uma produção social de risco, ou, uma das consequências da evolução e desenvolvimento da sociedade é a sua sujeição a riscos (BESSA, 2010, p. 561). A sociedade de risco é ainda a sociedade industrial com o acréscimo de ciência e tecnologia avançadas. A constituição desta Sociedade de Risco gera a produção e distribuição de novas espécies de riscos (BECK, 1992, p.34-38), ou seja, são riscos invisíveis, imprevisíveis com os quais os instrumentos de controle falham e são incapazes de prevêê-los (LEITE; AYALA, 2004, p.11-12). A sociedade de risco caracterizada por Beck recebe, a partir das nanotecnologias, um ingrediente inusitado: a produção de efeitos – negativos e positivos – em escala invisível e com as propriedades físico-químicas modificadas, um potencial de risco muito maior.

Os riscos inerentes à Sociedade de Risco (forma pós-industrial da Sociedade), entre os quais os ambientais, têm como características a invisibilidade, a globalidade e a transtemporalidade. Quanto à invisibilidade, é porque fogem à percepção dos sentidos humanos e também há ausência de conhecimento científico seguro acerca de suas possíveis dimensões. Quanto a estes riscos, uma vez que o conhecimento científico vigente não é suficiente para determinar a sua previsibilidade, surge a necessidade de formação de critérios específicos para a tomada de decisões em contextos de incerteza científica.(LEITE; AYALA, 2004, p.88). Em relação à transtemporalidade cabe ressaltar a questão dos riscos retardados, que se desenvolvem lentamente, ao longo de décadas ou séculos, que levam gerações a se materializar, mas que assumem, a certa altura, dimensões catastróficas em virtude da extensão e da irreversibilidade (ARAGÃO, 2008, p.21). No caso das nanotecnologias, como os riscos são desconhecidos em sua maior parte e como os produtos seguem sendo lançados no mercado, os riscos talvez sejam perceptíveis somente com o passar dos anos.

Vale dizer, há mais perguntas do que respostas (BUBZY, 2010, p. 530) Os impactos nocivos e riscos potenciais à saúde humana e animal, ao meio ambiente e até em relação ao comportamento humano são ainda pouco conhecidos (AGÊNCIA, 2010, p. 40). Para a avaliação desses aspectos, deverão ser

aperfeiçoados e desenvolvidos testes que busquem identificar: “(i) suas propriedades físico-químicas; (ii) seu potencial de degradação e de acumulação no meio ambiente; (iii) sua toxicidade ambiental; e (iv) sua toxicidade com relação aos mamíferos”(AGÊNCIA, 2010, p. 41).

As questões-chaves na área de nanomateriais incluem a falta de dados sobre os impactos na saúde, o potencial de toxicidade ambiental e uma incapacidade de continuar a monitorar quaisquer efeitos adversos. A falta de tecnologias e protocolos para monitoramento ambiental e sanitário, detecção e remediação é ainda muito grande e deve ser considerada, apesar de alguns esforços que estão sendo feitos para resolver o problema. No entanto, existe também uma falta coordenada de informações a disposição do público sobre os produtos com nanotecnologia, incluindo onde estão sendo produzidos e usados, bem como sobre os riscos potenciais que podem existir (SENJEN, 2013).

Existe uma necessidade premente de se avaliar os riscos que existem atrelados à manipulação, ao desenvolvimento e à aplicação de novas nanotecnologias. Mais de duas décadas atrás, estudos toxicológicos indicaram que seria prudente examinar e abordar as preocupações ambientais e de saúde humana antes da adoção generalizada da nanotecnologia. Com a exceção de algumas aplicações médicas da nanotecnologia, os governos, as empresas e até mesmo as universidades ignoraram este conselho. Como resultado, os governos permitiram que centenas, talvez mais de mil, produtos de consumo com materiais nanoengenheirados incorporados, fossem comercializados sem qualquer avaliação de segurança pré-mercado (SUPAN, 2013).

Os instrumentos fundamentais para uma eficiente organização dos processos de gestão de risco nas sociedades contemporâneas são a participação, o desenvolvimento do significado jurídico da precaução e principalmente, a proteção do direito à informação ambiental de qualidade (AYALA, 20011, p.25).

3 CONSUMIDOR NANOTECNOLÓGICO E O DIREITO À INFORMAÇÃO

Os gastos direcionados pela *National Nanotechnology Initiative (NNI)*, dos Estados Unidos, para o desenvolvimento de produtos a partir da escala nanométrica são muito superiores do que os gastos com testes de segurança (BEHAR; FUGERE; PASSOFF, 2013): em 2011, foram gastos 1,847 bilhões de dólares com o desenvolvimento de produtos, contra 88 milhões de dólares para testes de segurança (saúde e segurança ambiental); já em 2012, foram gastos 1,690 bilhões de dólares com o desenvolvimento de produtos, contra 102,7 milhões de dólares para a realização de testes de segurança; para o ano de 2013, foram propostos os seguintes valores: 1,760 bilhões de dólares para o desenvolvimento de produtos e 105,4 milhões de dólares para testes de segurança. Estes números mostram a ampla valorização dos aspectos positivos (as possibilidades) prospectadas para as nanotecnologias, que acabam obnubilando os estudos sobre riscos que a manipulação em nano escala poderão gerar (os aspectos negativos).

Todos acabam sendo consumidores de “nano produtos”. No entanto, uma pequena parcela destes “todos” sabe alguma coisa sobre as nanotecnologias. Portanto, aí se desenha um importante espaço para o alinhamento dos contornos do chamado “direito à informação”. (ENGELMANN, HOHENDORFF, 2014).

A sociedade tem o direito fundamental de saber a composição dos produtos do mercado, e este é um pré-requisito para o exercício do direito de escolher o que consumir. Torna-se necessária a discussão acerca do princípio da informação, corolário do dever de informação que cabe ao produtor, visando à proteção do consumidor de produtos nanotecnológicos.

O avanço das nanotecnologias, num conjunto crescente de aplicações, começa a integrar o cotidiano da sociedade brasileira e mundial. Por outro lado, as pesquisas e os produtos que advirão desta intervenção humana nas forças naturais exigirão a divulgação das informações ao mercado produtor e consumidor, pois há, inclusive, previsão constitucional deste direito fundamental, qual seja, o “direito à informação”, como um direito subjetivo que nasce com o dever subjetivo do empresário: o “dever de informar”.

O direito à informação trata de um direito coletivo da informação ou do direito da coletividade à informação; o direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação do pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformação de meios de comunicação, de sorte que a caracterização mais moderna do direito de comunicação, que especialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa. Ao lado do direito individual corrobore-se o direito coletivo (SILVA, 2005, p. 259). Encontra-se disposto no artigo 5º, incisos IV, XVI e XXXIII cumulado com os artigos 220 a 224, sendo que “declaram que é assegurado a todos o acesso à informação. É o interesse geral contraposto ao interesse individual da manifestação de opinião, ideias e pensamento, veiculador pelos meios de comunicação social. Daí por que a liberdade de informação deixará de ser mera função individual para tornar-se função social”. (SILVA, 2005, p. 260).

A sociedade tem o direito fundamental de saber a composição dos produtos que estão à venda no mercado. É um pré-requisito para o exercício de outro direito, ou seja, o direito de escolher, de optar. O Código de Defesa do Consumidor (CDC), por meio do seu art. 31⁸, estabelece uma série de requisitos que deverão ser observados quando os produtos são colocados em comercialização. Este dispositivo legal carrega no seu seio uma efetiva caracterização de elementos necessários para se conhecer o produto comprado. No entanto, não basta somente isso. A informação deverá vir acompanhada de educação. É insuficiente colocar uma série de informações no rótulo ou na propaganda do produto. Será necessário educar o consumidor para ler e interpretar, conhecer e compreender o seu conteúdo (ENGELMANN, CHERUTTI, 2013). O pleno exercício do direito à informação, que é do consumidor, depende de um aspecto preliminar: a prática do dever de informação, que é do fabricante e do comerciante. Assim, se tem uma reciprocidade e complementariedade entre direito e dever, os quais assumem importância peculiar no caso das nanotecnologias.

⁸ “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidades, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

No caso do citado art. 31, do CDC, há uma referência expressa à obrigação de se informar os riscos que o produto possa gerar em relação à saúde e segurança dos consumidores. Consta-se uma falha na comunicação entre os Sistemas do Direito, da Economia e da Ciência. Esta última deverá buscar subsídios para que o Sistema do Direito possa decidir, observando as diretrizes oriundas do Sistema Econômico. Há uma marcada incerteza em todos os Sistemas Sociais que são chamados a operar com as nanotecnologias. No caso do Sistema do Direito esta situação vem caracterizada pela inadequação da formulação legislativa consumerista relacionada ao direito à informação. Os produtos contendo nanopartículas estão chegando ao mercado, mas os consumidores não estão recebendo as informações adequadas, a fim de poderem exercer democraticamente o exercício de comprar ou não (ENGELMANN, HOHENDORFF, 2014).

A concretização do direito à informação auxilia na construção de um ambiente de participação democrática dos cidadãos. A concretização dessa figura constitucional (possuidora de alta carga democrática) parece ser o modelo capaz de garantir um poder cidadão, objeto das alienações e descumprimento, por parte do Poder Público (BONAVIDES, 2001, p. 25).

O “direito de saber” como a estrutura central do “direito à informação”, que é destinado à sociedade, e do “dever de informação”, dirigido ao pesquisador e empresário, deverá ser perspectivado desde o trabalho com a matéria-prima, ou seja, a produção material em estado bruto, onde se terá a exposição direta do trabalhador, além das emissões industriais. Este conjunto já atinge a população humana e o meio ambiente. Os produtos manufaturados vão ao mercado consumidor, onde eles são adquiridos, com a exposição dos consumidores, isto é, toda a sociedade. A terceira etapa é aquela onde os produtos serão descartados, incluindo as embalagens, que irão aos grandes espaços de depósito do lixo e incineração, onde teremos nova exposição dos trabalhadores e, concomitantemente, a população humana e o meio ambiente. Neste pequeno e singelo exemplo de ciclo de vida de um produto com nanopartícula mostra as diversas formas de exposição, onde se exigirá o conhecimento do que se está manipulando e quais os riscos. (ENGELMANN, 2015, p. 359-360)

Assim, “a informação, ao passar conhecimentos, vai ensejar da parte do informado a criação de novos saberes, através do estudo, da comparação ou da reflexão.”(MACHADO,2006. p. 27.) O cerne do “direito de saber” é justamente este conhecimento mínimo sobre os progressos científicos que são gerados nos laboratórios e, muitas vezes, fomentados pelo próprio Estado, por meio de seus órgãos de fomento (CAPES, CNPq, FINEP, FAPERGS, entre outros). Em cada momento do ciclo de vida dos nano produtos deverá ser gerado uma espécie de conhecimento que seja adequado e compreensível pelos sujeitos envolvidos (ENGELMANN, 2015, p. 360)

Resta a questão: Qual a alternativa para dar conta desta situação? O direito à informação não é exercido e o dever de informação tampouco é estimulado. Um “cuidado” anexo à abordagem precaucional é a informação e o fomento à participação pública sobre as decisões que envolvam as nanotecnologias. Não há uma resposta pronta para esta nova realidade que nos deparamos, mas é fundamental que se dê o primeiro passo e não se esquecer: “[...] para fazer evoluir a cultura científica importa que o público seja bem informado e participe, com conhecimento de causa, em debates. Promover a cultura científica faz parte de uma boa higiene democrática. É indispensável para permitir ao público compreender e orientar o progresso.” O “direito de saber”, ou o “direito de ser informado”, integra o planejamento da sociedade inscrito na essência do Estado Democrático de Direito. (ENGELMANN, 2015, p. 363).

O exercício do direito à informação pelos seus titulares, provocará a necessária prática do dever de informação.

Portanto, verifica-se a necessidade da utilização do princípio da informação para proporcionar ao consumidor a autonomia de escolha dos produtos, cientificando-os dos riscos que possam ser produzidos pelo consumo destes. É importante a efetiva aplicação do princípio da informação de modo que a sociedade possa compreender a dimensão que assume a defesa do consumidor frente aos possíveis riscos dos produtos nanotecnológicos.

A figura do consumidor final, que ingere alimentos com nanoagroquímicos, por exemplo, sem conhecimento disto e muito menos dos riscos a que está exposto traz à lembrança vários outros produtos lançados e consumidos antes do

conhecimento de seus prejudiciais efeitos à saúde, como o amianto. Há a comparação com os transgênicos, pois existe a possibilidade de uma enorme rejeição por parte dos consumidores, quando souberem dos possíveis riscos, ressaltando que a tolerância aos riscos quando se trata de drogas e tratamentos médicos tende a ser muito maior do que em relação aos alimentos. A possibilidade de não tolerância por parte do consumidor em relação aos alimentos com produtos nanoagroquímicos é muito grande e real, trazendo à tona também a questão da responsabilidade do produtor. (HOHENDORFF, ENGELMANN, 2014).

Se o fabricante respeitar todos os ingredientes que se encontram no artigo 31, do CDC, pode-se concluir que as nanotecnologias chegarão ao mercado consumidor, permitindo-se uma escolha adequada, dentro de um nível humana e ambientalmente tolerável, a partir de uma relação de responsabilidade prospectiva entre os pesquisadores, fabricantes e consumidores e uma adequada gestão dos riscos presentes e futuros. É preciso que as informações decorrentes do estudo dos riscos tenham ampla divulgação e estejam disponíveis para a sociedade consumidora, ou seja, para que os atores envolvidos diretamente nas decisões sobre a limitação ou não do uso das nanotecnologias e a sociedade civil tenham melhores condições frente aos desafios surgidos com esta nova tecnologia.

Desta forma, cabe ao Direito, como ciência, possibilitar a criação de instrumentos jurídicos com objetivo de efetivar medidas de gerenciamento preventivo do risco, baseado nos princípios da prevenção, da precaução, da responsabilização, da informação e da sustentabilidade, objetivando sempre o cuidado com o ser humano e o meio ambiente.

4 O PAPEL DO DIÁLOGO ENTRE AS FONTES DO DIREITO FRENTE AO DESAFIO NANOTECNOLÓGICO E O DIREITO DO CONSUMIDOR

O contexto assim observado se mostra desafiador para o Direito, pois terá que lidar com os danos futuros, a partir de decisões que deverão ser tomadas no presente. Vale dizer, o Direito se vê confrontado com uma situação de incerteza e complexidade, que precisará ser respondida criativamente e por meio de

ferramentas diferentes daquelas tradicionalmente fornecidas pelo positivismo jurídico, especialmente aquele de viés legalista.

Por isso, ao invés daquelas características do positivismo jurídico, busca-se ampliar a efetividade, a adequação das respostas às perguntas formuladas pelas novas e nanotecnologias (ENGELMANN, 2013, p. 260). Tais mudanças profundas no Sistema do Direito se fazem urgentes e necessárias, a fim de possibilitar o seu diálogo com os demais Sistemas, especialmente o Sistema da Ciência, com o foco no equacionamento dos eventuais riscos que poderão vir junto com o aprofundamento da Revolução Nanotecnológica.

Será necessário emitir respostas regulatórias para as incertezas das nanotecnologias (PORTER et al, 2012). É fundamental equacionar o rápido avanço no desenvolvimento de produtos à base da nano escala com o incremento de testes cientificamente aceitáveis e confiáveis sobre os efeitos que as nanopartículas causam ao ser humano e ao meio ambiente.

O pluralismo de fontes passa a ser uma das alternativas frente à necessidade de evolução do Direito, para que este possa tratar dos desafios surgidos com o advento das novas tecnologias, entre elas, as nanotecnologias. A lei demonstra ser incapaz de prever todos os casos concretos, no entanto, as situações não previstas seguem exigindo posições e soluções do jurídico. Um dos desafios é aprender a pluralidade das fontes, vencendo o reducionismo codificador (FACHIN, 2008, p.4). É necessário que os transformadores do Direito desfaçam a ideia geral de que a lei pode (deve) resolver qualquer problema, pois é exatamente essa crença que tem dificultado a evolução do Direito. Afirma-se em geral, que a lei encerra todo o Direito, mas a concepção dogmática da lei, imaginada como uma regra universal, editada para o futuro e para sempre, pode ser inexata (CRUET, 1908, p. 17). A consideração da lei como principal fonte do Direito precisa ser revista, especialmente porque a lei sempre olha para o passado, um tempo incompatível com as novas tecnologias. (ENGELMANN, 2011, p. 351).

Tudo leva a crer na fundamentalidade de uma “governança antecipatória”, com o aproveitamento de experiências externas, o desenvolvimento de pesquisas inter ou transdisciplinares, considerando o futuro no presente e não simplesmente

jogando as questões centrais para o futuro, como algo que ainda esteja por vir. Dentro deste cenário, os fios de condução deverão ser “[...] os esforços de avaliação de tecnologia para considerar as implicações de longo prazo das novas tecnologias para o conceito de governança antecipatória, que inclui um papel mais substantivo para os atores não-governamentais”. (MICHELSON, 2013, p. 464).

Mas destaca-se que isso não significa o abandono do Estado e do seu papel regulatório. No entanto, neste momento, dada a premência da remodelação das suas estruturas normatizadoras, o Estado não estará em condições de desempenhar este papel.

Assim, o Direito e a produção do jurídico deverão ser guiados pelo diálogo entre as fontes do Direito, revelando-se novamente o papel deste capítulo da Teoria Geral do Direito, mediante a harmonização entre os diversos atores envolvidos, sem a proeminência de um em relação ao outro.

As nanotecnologias passam a exigir um efetivo diálogo entre as fontes do Direito, sem uma hierarquia, mas com canais de comunicação, onde as fontes (nacionais/internacionais, de origem estatal ou não, leis, tratados, costumes, princípios, resoluções, normas técnicas e instruções normativas de agências reguladoras estatais, normas sobre a saúde e segurança do trabalhador da OIT, normas e princípios Ambientais) estarão lado a lado, buscando soluções para a adequada resolução do caso concreto, mas sempre sendo filtradas no arcabouço normativo-principlológico-axiológico contido na Constituição Federal e pelo controle de Convencionalidade.

O Diálogo entre as fontes utiliza a aplicação simultânea e coordenada das diferentes fontes legislativas (leis especiais e leis gerais, de origem nacional e internacional).

Resta demonstrado que são muitos os modos de produção do Direito (fontes) e que o centro de produção deslocou-se do Estado (antes único produtor) para vários outros locus da sociedade nacional e internacional, adequando assim a ciência do Direito às grandes transformações introduzidas pelas novas tecnologias, que esperam respostas legais às novas situações surgidas. Importante destacar que entre os locus atuais produtores das fontes do Direito,

estão as organizações, principalmente as empresariais, produtoras de diretrizes e normas técnicas, adequadas às inovações nanotecnológicas (ENGELMANN, 2012, p. 330).

Será o caso concreto, ou seja, a segurança das pessoas e do meio ambiente, que deverá conduzir a decisão sobre prosseguir ou não nas pesquisas; continuar ou não a produção de objetos; aumentar ou recuar a comercialização de produtos que tenham alguma relação com as nanotecnologias. Este é o desafio do Direito, como umas das Ciências responsáveis pela avaliação e regulação dos impactos, neste momento histórico. Percebê-lo, aceitá-lo e buscar soluções serão as alternativas necessárias para a sua sobrevivência como área de conhecimento. (ENGELMANN, 2013, p. 311).

De alguma forma é possível afirmar que os juristas, em sua maioria, estão sempre a contemplar um normativo que já não mais corresponde ao presente, ademais, por vezes, relutam em admitir que as necessidades do presente e as projeções futuras reclamam por inovação e persistem em “ver o que passou e não ver ainda o que já existe” (MOLINARO, SARLET, 2015, p. 86).

A falta de certeza e a necessidade do Direito ter de aprender a lidar com isso e de ser capaz de fornecer as respostas necessárias à nova realidade também fortalecem o diálogo entre as fontes como alternativa possível. Desta forma, a produção do Direito não mais estará centralizada e focada no Estado e no Poder Legislativo, mas sim nas mais diferentes fontes, nacionais e internacionais, de origem no Estado e em outros atores, para que o Direito consiga tratar adequadamente as demandas provenientes desta nova revolução tecnocientífica, não permanecendo estagnado à espera de um marco regulatório tradicional, fortemente vinculado e embasado na lei, com conceitos fixos e inadequados à velocidade de transformação e ampliação dos conhecimentos nas áreas das ciências duras, especialmente em relação às nanotecnologias.

Deste modo, se faz necessária a inovação do Direito, para que não fique à margem da revolução nanotecnológica que vem acontecendo e possa criar respostas jurídicas flexíveis (inclusive precaucionais, antecipando-se aos possíveis riscos) que respeitem tanto o ser humano quanto o meio ambiente, em consonância com as reais necessidades da sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização da escala nanométrica impacta os processos de produção não apenas pelo tamanho das partículas utilizadas, mas também pelas características físico-químicas que agregam aos produtos. Mas, são estas mesmas propriedades físico-químicas que acendem um alerta: a saúde humana e ambiental pode estar sendo colocada em risco. Assim, as nanotecnologias marcam a Sociedade de Risco, impactando as diversas áreas do conhecimento de modo que a economia, a política, o Direito, e tantos outros sistemas sofrerão mudanças com as estas novas tecnologias.

O desafio da nanotecnologia na atualidade, para o Direito, é como a sociedade poderá colher os benefícios da produção em nano escala e, concomitantemente não sofrer os danos associados com a saúde humana e riscos ambientais que podem advir juntamente com esta tecnologia. Não há hoje, conhecimento disponível para definir todos os possíveis riscos associados aos nanomateriais, e assim, se torna necessária e imprescindível a gestão dos riscos para que as decisões possam objetivar a redução deles.

Neste sentido, o direito do consumidor também sofre impactos, especialmente no tocante ao direito de informação, que permitirá ao consumidor poder realmente fazer uma opção de consumo. Ainda, concomitantemente a este direito surge para o empreendedor o dever de informação.

Frente à necessidade de criar formas de operacionalizar a aplicação do Direito diante dos riscos das nanotecnologias, obedecendo sempre ao preceito constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana, o diálogo entre as fontes torna-se uma opção muito palpável.

A possibilidade de uso de diferentes fontes do Direito, sempre as passando pelo controle de constitucionalidade (através da filtragem no arcabouço normativo-principiológico-normativo contido na Constituição Federal) e de convencionalidade, parece ser uma resposta adequada (e possível para este momento) à questão das nanotecnologias e seus riscos, especialmente pela possibilidade de usar fontes dos diferentes ramos do direito que se entrelaçam, cada uma contribuindo com seus conhecimentos específicos. Por este modelo,

onde as fontes (nacionais e internacionais) estarão uma ao lado da outra, podendo conjugar contribuições para a adequada resolução do caso concreto, o que se pretende é o trabalho conjunto das fontes do Direito, movimentando-se horizontalmente, com caminho de passagem obrigatório pelo centro, onde estará a Constituição da República.

Somente assim o Direito poderá produzir respostas às demandas surgidas em função da nova realidade gerada pelo uso e impactos das nanotecnologias, conjugando o respeito ao ser humano e ao meio ambiente com a inovação e ampliação do conhecimento nas áreas das ciências duras. É preciso um Direito crítico, capaz de fazer leituras da realidade e apto a provocar as mudanças necessárias nesta realidade, sob pena de restar isolado das outras áreas do conhecimento, que se utilizarão dos espaços vazios deixados pelo Direito, para atuarem, inclusive em questões regulatórias.

REFERÊNCIAS:

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL - ABDI.

Nanotecnologias: subsídios para a problemática dos riscos e regulação. Brasília: ABDI, 2011.

_____. **Estudo prospectivo nanotecnologia.** Brasília: ABDI, 2010.

ARAGÃO, A. Princípio da precaução: manual de instruções. **Revista do Centro de Estudos Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 22, a. XI, 2, 2008.

AYALA, P. de A. Transdisciplinaridade e os novos desafios para a proteção jurídica do meio ambiente nas sociedades de risco: entre direito, ciência e participação, **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, a. 16, n. 61, p. 17-36, jan./mar. 2011.

BEHAR, A.; FUGERE, D.; PASSOFF, M. **Slipping Through the Cracks: An Issue Brief on Nanomaterials in Food.** As You Sow, 2013. Disponível em: <www.asyousow.org/health_safety/nanoissuebrief.shtml> Acesso em 04 mar. 2015.

BECK, U. **Risk society:** towards a new modernity. London: Sage, 1992.

BESSA, L. R. I. Meio ambiente do trabalho enquanto direito fundamental, sua eficácia e meios de exigibilidade judicial. **Revista LTr**, v. 74, n. 5, maio 2010.

BONAVIDES, P. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BUZBY, J. C. Nanotechnology for food applications: more questions than answers. **The Journal of Consumer Affairs**, v. 44, n. 3, 2010.

CARVALHO, D. W. de. Os riscos ecológicos e sua gestão pelo direito. **Estudos Jurídicos – UNISINOS**, São Leopoldo, v. 39, n. 1, p. 13, jan./jun. 2006.

DREXLER, E. Os Nanossistemas. Possibilidades e Limites para o Planeta e para a Sociedade. In: NEUTZLING, I. e ANDRADE, P. F. C. de (Org.). **Uma Sociedade Pós-Humana: Possibilidades e limites das nanotecnologias**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

ENGELMANN, W. O “direito de ser informado” sobre as possibilidades e os riscos relacionados às nanotecnologias: o papel do engajamento público no delineamento de um (novo) direito/dever fundamental. In: MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; COELHO, A. Z. P. (Org.). **Direito, inovação e Tecnologia**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ENGELMANN, W.; HOHENDORFF, R. V. Perspectivas para o Direito à informação (artigo 31, do CDC) diante da instalação das nanotecnologias no mercado consumidor. In: **II Congresso Direito e Sociedade do Unilasalle**, 2014.

ENGELMANN, W. O direito frente aos desafios trazidos pelas nanotecnologias. In: STRECK, L. L.; ROCHA, L. S.; ENGELMANN, W. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, v. 10, 2013.

ENGELMANN, W.; CHERUTTI, G. Da Educação ao Direito à Informação: desafios e possibilidades para estes direitos fundamentais na Era das Nanotecnologias. In: ENGELMANN, W.; SCHIOCCHET, T. (Coords.). **Sistemas Jurídicos Contemporâneos e Constitucionalização do Direito: releituras do Princípio da Dignidade Humana**. Curitiba: Juruá, 2013.

ENGELMANN, W. Os avanços nanotecnológicos e a (necessária) revisão da teoria do fato Jurídico de Pontes de Miranda: compatibilizando “riscos” com o “direito à informação” por meio do alargamento da noção de “suporte fático” In: STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de; ROCHA, L. S. (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica, Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 8, 2011. p. 351.

HOHENDORFF, R. V.; ENGELMANN, W.; **Nanotecnologias Aplicadas aos Agroquímicos no Brasil**: a gestão dos riscos a partir do diálogo entre as fontes do direito. Curitiba: Juruá, 2014.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION - ISO. **ISO / TC229**. Disponível em:
<http://www.iso.org/iso/standards_development/technical_committees/list_of_iso_technical_committees/iso_technical_committee.htm?commid=381983>. Acesso em: 19 mar. 2015.

LEITE, J. R. M.; AYALA, P. A. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

MACHADO, P. A. L. **Direito à Informação e Meio Ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MICHELSON, E. S. "The Train Has Left the Station": The Project on Emerging Nanotechnologies and the Shaping of Nanotechnology Policy in the United States, New York, **Review of Policy Research**, vol. 30, Issue 5, p. 464-487, September 2013.

MOLINARO, C. A.; SARLET, I. W. Apontamentos sobre direito, ciência e tecnologia na perspectiva de políticas públicas sobre regulação em ciência e tecnologia. In: MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; COELHO, A. Z. P. (Org.). **Direito, inovação e Tecnologia**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, J. A. **Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed.. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SENJEN, R. **Nano and biocidal silver**: extreme germ killer present a growing threat to public health. Disponível em:
<<http://nano.foe.org.au/sites/default/files/Nanosilver%20Report%202009.pdf>>. Acesso em: 20 mar.2015.

SUPAN, S. **Nanomaterials in soil. Our Future food chain?** Institute for Agricultural and Trade Policy: ATP, 2013. Disponível em:
<http://www.iatp.org/files/2013_04_23_Nanotech_SS.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015.

O TRANSPORTE AQUAVIÁRIO NA BAÍA DE GUANABARA E A PRECARIIDADE DA ESCUTA AOS USUÁRIOS-PASSAGEIROS

Edson Alvisi Neves⁹

Fernanda Pontes Pimentel¹⁰

Armando Luiz Gomes Fernandes¹¹

RESUMO: Este estudo visa analisar o transporte aquaviário realizado na Baía de Guanabara e a ausência de canais adequados para a oitiva do consumidor-passageiro. Analisa o conceito de usuário-consumidor e sua potencial vulnerabilidade, bem como a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no estabelecimento de ferramentas adequadas para atender ao transportado. A partir da análise dos relatórios da agência reguladora competente a fiscalizar essa atividade, verifica-se a insuficiência dos mecanismos de atenção e escuta ao consumidor-usuário. Assim, identifica-se que as ferramentas de escuta existentes são desenvolvidas de maneira a prejudicar a natureza paritária dos contratos, reforçando-se uma desigualdade fática entre as partes negociantes, embora seja preservada a autonomia da vontade negocial e criando um contexto de vulnerabilidade ao consumidor aderente.

PALAVRAS-CHAVE: consumidor-passageiro; transporte aquaviário, ouvidoria.

1 INTRODUÇÃO

O transporte aquaviário na Baía de Guanabara é responsável pelo deslocamento de expressiva parcela da população trabalhadora do Grande Rio, especialmente dos municípios de Niterói, São Gonçalo e Itaboraí¹², locais

⁹ Professor titular e Diretor do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense. Professor do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, Linha de Pesquisa: Acesso à justiça (PPGSD/UFF);

¹⁰ Professora e chefe do departamento de direito privado da Universidade Federal Fluminense (SDV/UFF). Doutora pelo Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, Linha de pesquisa: Acesso à justiça (PPGSD/UFF);

¹¹ Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, membro do Grupo de Pesquisa “Empresa, Direito e Sociedade Contemporânea”.

¹² Esses três municípios somam 1.754.541 segundo dados do IBGE no ano de 2014. Assim, vislumbra-se o volume de usuários do transporte aquaviário, que somou no mesmo período 29 milhões de passageiros. Disponível em <http://cidades.ibge.gov.br/xtras/uf.php?lang=&coduf=33&search=rio-de-janeiro>, acesso em 04 de abril de 2015.

densamente povoados e grandes fornecedores de mão-de-obra para as atividades econômicas desenvolvidas na Capital do Estado. Segundo dados da Concessionária exploradora do serviço de transporte – CCR Barcas, em 2014 foram 29 milhões de usuários, nas seis linhas mantidas pela Companhia¹³.

Esse serviço é oriundo de uma concessão pública, firmada em 12 de fevereiro de 1998 entre o Governo do Estado do Rio de Janeiro e consórcio de empresas privadas¹⁴ que constituiu a Barcas S.A., hoje conduzida pelo Grupo CCR mediante aquisição do controle acionário da sociedade concessionária.

Como concessão pública, a exploração do transporte aquaviário se estabelece em relação ao usuário-passageiro como um contrato prestação de serviços firmado sob as regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor e pela atuação de agências reguladoras da atividade desenvolvida, no caso em questão, a AGETRANSP – Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro, cuja atuação deve promover uma “regulação social”, levando ao consumidor segurança, transparência e informações adequadas, permitindo-lhe uma escuta que garanta a efetivação de direitos dos envolvidos, sejam os consumidores, as empresas reguladas e os representantes políticos (IDEC, 2013, p. 15).

2 DO FERRY-BOAT AO CATAMARÃ CHINÊS – UMA TRAJETÓRIA DE TROPEÇOS

A ligação aquaviária entre Niterói e a cidade do Rio de Janeiro, à época denominada Corte, era realizada de forma irregular e por embarcações de pequeno porte mais voltadas ao transporte de carga para os portos do fundo da

¹³ “A CCR Barcas, por sua vez, foi responsável pelo transporte de 29 milhões de passageiros nas seis linhas que opera no Estado do Rio de Janeiro. Esse total representa um decréscimo de 4,2% em relação a 2013, devido a fatores como maior número de dias úteis na comparação com o período anterior (diminuindo o fluxo turístico) e o fechamento de via localizada próximo à Praça XV, que concentrava pontos de ônibus de diversas linhas municipais e intermunicipais com integração às Barcas das linhas Rio-Niterói, em razão das obras na região”. Disponível em <http://www.grupoccr.com.br/ri2014/desempenho.html>, acesso em 08 de abril de 2015.

¹⁴ Disponível em <http://www.agetransp.rj.gov.br/agetransp/index.php/aquaviario/barcas-sa/89-contratos>, acesso em 08 de abril de 2015.

baía. Em 1835, as primeiras linhas regulares entre as duas cidades foram criadas pela empresa Sociedade de Navegação de Nichteroy que operava três embarcações com capacidade para 250 pessoas. Os trajetos eram de hora em hora e tornou o deslocamento entre a Capital do Império e a Capital da Província Fluminense efetivo. Em 1840, foi criada a Companhia Inhomirim para transporte de carga e passageiros entre a Corte e os portos da Estrela (atual Magé), das Caixas (Itaboraí) e Niterói, tendo se fundido com a Sociedade de Navegação de Nichteroy e criada uma rota até Botafogo (NUNES, 2000:29).

A Companhia Ferry, de propriedade do norte-americano Cliton Von Tuyl, foi criada através do Decreto 2184 de 5 de junho de 1858, e sua operação efetiva a partir de 29 de agosto de 1862 causou a falência das duas empresas em atividade em 1865.

Já a empresa Barcas Fluminense operou entre 1870 e 1878, cujo proprietário era Carlos Fleiuss, não resistiu a concorrência com Companhia Ferry e terminou por ser incorporada. Em 1889, a Companhia Ferry se fundiu com a Empresa de Obras Públicas do Brasil que explorava o serviço de distribuição de água e serviços de carris (ônibus elétricos) de Niterói. Dessa fusão surgiu a Companhia Cantareira e Viação Fluminense que com a eliminação da concorrência apresentou forte desenvolvimento econômico e, a partir de 1903, expandiu suas viagens à Ilha de Paquetá e para a Ilha do Governador.

A Cantareira, como a empresa era mais conhecida, associada em 1909 à Leopoldina Railways operou até 1959 quando foi estatizada diante de seus problemas econômicos. Aconteceram duas mudanças de controle acionário: em 1945 o controle foi adquirido pela Frota Carioca S.A.; em 1953 pela Frota Barreto S. A., de propriedade do Grupo Carreteiro. A estatização ocorreu após o episódio conhecido como a “Revolta das Barcas” em 22 de maio 1959. Nesta data, os usuários insatisfeitos com o péssimo serviço prestado e diante da estação das barcas de Niterói fechada devido à greve dos marinheiros, invadiram o local e o destruíram, seguindo depois para a residência da família Carreteiro e a depredaram. A “Revolta das Barcas” foi o último ato de uma série de acontecimentos. Em fevereiro do mesmo ano o Grupo Carreteiro ameaçava

paralisar a travessia caso não houvesse aumento nas tarifas de embarque ou um maior subsídio do governo estadual.

Diante do insucesso de seus pleitos, no mês seguinte o Grupo Carreiro retirou de circulação diversas embarcações que faziam a travessia e deixou de pagar os salários dos trabalhadores alegando falta de verba, resultando na greve do dia 22 de maio que originou a Revolta. Os conflitos na estação as barcas foram extremamente violentos vez que o local estava protegido por policiais e por fuzileiros navais. Diante de mais de três mil pessoas depredando o local, os fuzileiros navais efetuaram diversos disparos de metralhadora deixando como saldo seis mortos e 125 feridos. Em face do ocorrido, o Governo Federal estatiza a Companhia Cantareira e o transporte aquaviário passa ser realizado de forma precária, inclusive com embarcações cedidas pela Marinha (NUNES, 2000).

Em 1967 o Governo Federal criou a STBG – Serviços de Transportes da Baía de Guanabara, uma sociedade de economia mista com o monopólio do transporte aquaviário entre o Rio de Janeiro e Niterói. A STBG passou ao controle do governo estadual em 1971 que a nomeou CONERJ – Companhia de Navegação do Estado do Rio de Janeiro em 1973.

Em 1998, por meio de licitação pública foi concedida a exploração da concessão por 25 anos do transporte aquaviário de passageiros a um consórcio de empresas privadas, cujo controlador era o Grupo JCA de empresas de ônibus, sendo criada a empresa Barcas S. A. Transportes Marítimos. O contrato firmado prevê a possibilidade de extensão da concessão por mais 25 anos com término previsto para fevereiro de 2023. Com projeto da estação do arquiteto Oscar Niemeyer, em 2004 foi criada a linha seletiva Rio – Charitas com embarcações menores e mais velozes (PACIFICO, 2010).

Em julho de 2012, o Grupo CCR, empresa paulista detentora de diversas concessões de rodovias, adquire o controle acionário da companhia que passa a ser denominada CCR Barcas em atividade até a presente data. Segundo dados da companhia, em julho de 2012 operava cinco linhas regulares: Rio-Niterói, Rio-Paquetá, Rio-Ilha do Governador, Angra dos Reis-Ilha Grande e Ilha Grande-Mangaratiba, além da seletiva Rio-Charitas. A frota se compõe de vinte embarcações: seis catamarãs seletivos (227 passageiros); cinco catamarãs

sociais (1.300); nove barcas tradicionais (2.000) que transportaram em 2011 por volta de 29 milhões de passageiros em 81 mil viagens¹⁵.

Contudo, a insatisfação dos usuários quanto ao serviço se manteve nos moldes do Século XX, gerando ações ao longo dos anos de 2012 e 2013 contra o aumento indiscriminado da tarifa e a precariedade das embarcações, a exemplo da convocação para o “Pulaço”, objeto de Ação de Interdito Proibitório julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 31 de Julho de 2012, onde a ineficiência da prestação do serviço é lembrada pela desembargadora relatora ao reconhecer que

O exercício pacífico do direito de manifestação é não apenas garantido constitucionalmente como deve ser incentivado como forma de exercício dos direitos inerentes à democracia, notadamente quando se voltam contra serviços públicos concedidos e que não vêm sendo prestados de forma a corresponder as expectativas da sociedade¹⁶.

Tal descontentamento foi recrudescido ao longo do período da “Copa das Confederações” e da “Copa do Mundo”, levando à uma mobilização popular por um maior número de embarcações, celeridade no serviço e redução do valor das passagens, o que levou novamente a CCR Barcas a propor Ação de Interdito Proibitório, que também foi julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹⁷.

¹⁵ Disponível em http://www.grupoccr.com.br/Media/PressRelease_conclusao_barcas_pdf, acesso em 10 de abril de 2015.

¹⁶ Agravo de Instrumento nº 0013583-33.2012.8.19.0000, julgado pela 11ª Câmara Cível do TJ/RJ e teve como relatora a Des. Marilene Melo Alves. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>, acesso em 10 de abril de 2015.

¹⁷ “Apelação. Interdito proibitório. Manifestação convocada pela internet contra o aumento do preço da passagem das barcas. Demanda proposta pela prestadora de serviços sob a alegação de que o movimento possui grande potencial de risco à integridade de seus usuários, funcionários, instalações e embarcações. Não comprovação pela autora de que o réu seja organizador do movimento, tampouco que haja nexos causal entre qualquer conduta que ele tenha praticado e o potencial risco de danos narrado na inicial. Direito de manifestação constitucionalmente garantido. Movimento pacífico que não representa ameaça a qualquer direito da autora. Veja-se, que o exercício pacífico do direito de manifestação, garantido constitucionalmente, ao contrário do que pretende a recorrente, deve ser incentivado como prática inerente à democracia, notadamente quando se volta contra serviços públicos concedidos que não vêm sendo prestados de forma a corresponder as expectativas da sociedade. Agravo retido. Manutenção da decisão que rejeitou a impugnação ao valor da causa. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC”. Relator: DES. CLAUDIO DELL ORTO - Julgamento: 31/03/2015 - Decima Oitava Câmara Cível. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>, acesso em 10 de abril de 2015.

Em Março de 2015, a CCR Barcas iniciou a operação de uma nova embarcação vinda da China denominada “Pão de Açúcar” para a travessia Praça XV – Araribóia que reduzirá o tempo do percurso dos atuais 22 minutos para 15. A embarcação é parte de uma encomenda do governo estadual de um total de nove e entre em operação cercada de polêmicas sobre o custo e sua inadequação à estrutura física dos atracadouros de Niterói e da Praça XV no Centro do Rio de Janeiro¹⁸.

Diante desse cenário, percebe-se a existência de uma permanente tensão entre os exploradores do serviço de transporte aquaviário, os usuários e o Poder Público na atual atividade de fiscalização da atividade desenvolvida.

3 A CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE DO USUÁRIO-CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE TRANSPORTE DE MASSA

O fenômeno de massificação dos contratos, modelo prevalecente nas sociedades de consumo, faz com que negócios jurídicos que se configurariam como atos individuais de vontade sejam transmutados em declarações coletivas, trazendo incidência de normas específicas para coibir abusos e proteção dos considerados hipossuficientes. Dessa forma, os contratos de transporte de massa subtraem de seus usuários o poder de autorregulamentação de seus interesses, na medida em que se configuram como contratos de adesão, compostos por cláusulas previamente estabelecidas, caracterizando-se contratos coativos ou necessários, prejudicando a natureza paritária dos pactos. Assim, estabelece-se uma desigualdade fática entre as partes negociantes (MARQUES, 2002:743).

Assim, prejudicando a natureza paritária dos contratos, estabelece-se uma desigualdade fática entre as partes negociantes, embora seja preservada a autonomia da vontade negocial (MARQUES, 2002:743) e se cria um contexto de vulnerabilidade¹⁹ ao consumidor aderente, obrigado a contratar um serviço

¹⁸ Disponível em <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/03/pezao-inaugura-nova-barca-que-fara-o-trajeto-niteroi-rio.html>, acesso em 10 de abril de 2015.

¹⁹ Para Cláudia Lima Marques, a vulnerabilidade é um estado inerente de risco ou um “sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou

prestado por um único contratante ou ainda, na existência de diversos contratantes prestadores do serviço, as condições contratuais são idênticas, o que acaba por tolher a liberdade de escolha.

Esta vulnerabilidade se consolida também pela necessidade de construção de uma relação de confiança do consumidor-passageiro no sistema de transporte público como um “sistema perito²⁰”, em um estado de permanente presunção de boa-fé e idoneidade da prestação de serviços. Nas relações negociais confiar pressupõe depositar crédito em uma prática ou comportamento a despeito de não se dominar todas as etapas do processo comercial ou de produção. Há o confiar quando se acredita em algo a despeito de não se ter todo o conjunto de informações adequado para a tomada de determinadas decisões ou não ter outros caminhos para a decisão.

Há a convicção de que a confiança está vinculada a resultados contingentes, sejam relacionados à ação de indivíduos ou à operação de determinados sistemas, estabelecendo-se que “toda confiança é num certo sentido confiança cega”, pois são depositadas uma série de expectativas e presunções em relação ao outro. O sujeito se condiciona a acreditar em mecanismos e engrenagens de um sistema abstrato viabilizadores da vida social moderna, em um “distanciamento tempo-espço” e das grandes áreas de segurança da vida cotidiana (GIDDENS 1991:44, 153).

Migrou-se da crença no outro para uma segurança ontológica²¹ em condições de modernidade que se constitui através de rotinas preestabelecidas com a finalidade propiciarem conforto e confiança. Para ARAÚJO, essa confiança

provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. [...] É a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa”. A autora aponta ainda para a proteção aos hipervulneráveis, entendida como uma “presunção funcional” em favor daqueles aqueles que, para além da condição técnica ou jurídica de vulnerabilidade ainda possuem algum elemento que os fragiliza, tais como as crianças, idosos ou enfermos mentais, estabelecida como uma situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora (2014:318, 321-324).

²⁰ Compreendidos como “sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje. [...] mas os sistemas nos quais está integrado o conhecimento dos peritos influenciam muitos aspectos do que fazemos de uma maneira contínua”, pois há uma confiança estabelecida sobre o funcionamento desses sistemas (GIDDENS, 1991:38).

²¹ Como segurança ontológica pode se identificar a confiança básica constituída em circunstâncias estáveis de autoidentidade e ambiente circundante (GIDDENS, 1991:127).

é hoje a “mola impulsora” da vontade contratual e fundada sobre uma expectativa de contratos que se aperfeiçoem e sejam eficientes (2008, p. 118).

Além dos aspectos gerais que conduzem à vulnerabilidade do consumidor-passageiro, no caso específico do transporte público no Rio de Janeiro, cabe destacar a assimetria da linguagem utilizada na redação das normas regulatórias e dos relatórios divulgados pelas agências reguladoras – no caso a AGETRANSP - pois há uma elevada carga de tecnicidade que prejudica a sua compreensão pelo consumidor comum (2013:49). Essa dificuldade de acesso à informação e compreensão das normas e procedimentos das agências pode ser exemplificada pela busca do Regimento Interno da AGETRANSP na internet²². Após identificar o “link” para o acesso ao documento em questão, o consumidor-usuário se depara com uma cópia digitalizada do Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, cabendo-lhe decifrar a localização do texto pretendido e ainda, compreender suas expressões dotadas de tecnicidade, o que viola a transparência e a informação adequada pertinentes à relação do Consumidor.

O Instituto Defesa do Consumidor – IDEC propõe uma integração entre as agências e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, de modo que possam ser desenvolvidas políticas de prevenção às práticas nefastas às relações contratuais firmadas e que garantam o exercício adequado das relações de consumo (IDEC, 2013, p. 43), partindo-se da concepção de que na perspectiva destas relações, pessoa digna não é apenas a que possui liberdade, mas que é dotada de igualdade sob o ponto de vista formal e material, o que somente se alcança a partir da real positivação dos direitos humanos, “com o reconhecimento das desigualdades estruturais existentes e, a par disso, no desenvolvimento de uma proteção específica para os vulneráveis, seja do ponto de vista técnico, informacional, jurídico ou fático” (SCHWARTZ, 2014:16).

4 DA ESCUTA AO USUÁRIO-PASSAGEIRO E O DEVER DE INFORMAÇÃO ADEQUADA.

²² <<http://www.agetransp.rj.gov.br/agetransp/index.php/agetransp/regimento-interno>>, acesso em 28 de outubro de 2014.

A escuta às demandas dos usuários carecem de uma reformulação das políticas de gestão do serviço, tanto na Ouvidoria quanto na própria relação dos prestadores de serviço com os seus destinatários. A deficiência de canais adequados de comunicação se reflete em todas as instâncias dos serviços, como se pode depreender de relatos do acidente ocorrido em 27 de Novembro de 2014, quando a embarcação “Vital Brasil” ficou à deriva por aproximadamente quarenta minutos a partir das sete horas e quarenta e cinco minutos e os passageiros só foram avisados das causas do problema às oito horas e vinte minutos, gerando um estado de ansiedade e pânico²³ que desencadeou várias ações judiciais²⁴.

Reforçando essa desigualdade no caso do transporte na Baía de Guanabara e diferentemente de sua competência estabelecida em seu Regimento Interno, o papel da AGETRANSP²⁵ tem se limitado a ações propositivas, com uma verdadeira ausência de uma política regulatória que priorize os interesses dos consumidores e traga uma efetiva prevenção dos conflitos potencialmente existentes. As ouvidorias, tanto da agência reguladora quanto da CCR Barcas limitam-se ao registro dos relatos dos consumidores-usuários, que na maior parte das vezes continuam a se valerem do Poder Judiciário para a “solução” de conflitos surgidos durante a prestação de serviços de transporte²⁶.

²³ Segundo relato do analista de sistemas Vinícius Andrade, 40 anos, os passageiros só foram avisados da quebra do leme da embarcação mais de 30 minutos após o surgimento do problema e a mudança de rumo da embarcação. Disponível em <http://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,barca-fica-a-deriva-por-40-minutos-na-aia-de-guanabara,1598833>, acesso em 10 de abril de 2015.

²⁴ Neste sentido, cabe consulta a <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos> nas Apelações Cíveis nº 0177204-77.2010.8.19.000 e 0039042-68.2011.8.19.0001 e nos recursos às Turmas Recursais, a exemplo dos feitos de nº 0082705-67.2011.8.19.0001, 1002594-76.2011.8.19.0002, 0066250-27.2011.8.19.0001 e 0066140-96.2009.8.19.0001, dentre outros.

²⁵ RESOLUÇÃO AGETRANSP Nº 16 DE 07 DE JANEIRO DE 2014 - Regimento Interno da AGETRANSP, art. 2º, Parágrafo Único - Sem prejuízo do disposto no art. 4º da Lei nº 4.555, de 06 de junho de 2005, compete à AGETRANSP, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes: I - Assegurar a prestação de serviços adequados, assim entendidos aqueles que satisfazem as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade nas suas tarifas zelando pelo fiel e rigoroso cumprimento das normas aplicáveis e dos contratos de concessão e termos de permissão dos serviços públicos; II- Garantir a harmonia entre os interesses dos usuários, concessionários e permissionários dos serviços públicos estaduais regulados, [...]XIII - Promover programas de educação e informação aos usuários dos serviços regulados.

²⁶ Neste sentido, cite-se trecho do voto proferido pelo Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho na Apelação Cível nº 0039042-68.2011.8.19.001 da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferido em 21 de Março de 2014: “Com efeito, demonstrou

No item I da Cláusula 4^a do Contrato de Concessão de Serviços Públicos de Transporte Aquaviário de Passageiros, Cargas e Veículos no Estado do Rio de Janeiro²⁷ admite-se a renovação por mais 25 (vinte e cinco) anos do pacto firmado desde que o

serviço tenha sido prestado adequadamente, possibilitando o pleno atendimento dos usuários e satisfazendo as condições de eficiência, regularidade, continuidade, segurança, atualidade tecnológica, modicidade da tarifa, generalidade e cortesia na sua prestação, durante o prazo de duração do contrato.

A prestação adequada do serviço em relação à oitiva dos usuários fica minudenciada na Cláusula 10, parágrafo 6^o²⁸, onde se que a concessionária deverá “manter os registros das solicitações e reclamações dos usuários”, fazendo constar as “providências adotadas para o atendimento e sua comunicação ao interessado”.

Nesse sentido, não se pretende atribuir à CCR Barcas nem tampouco à AGETRANSP um papel de núcleo de solução extrajudicial de conflitos ou de instancias julgadoras, mas sim, de prestar um adequado atendimento ao consumidor individual em suas demandas para que haja uma “identificação de problemas sistêmicos”, funcionando inclusive como fonte para elaboração dos atos regulatórios e o aprimoramento da prestação de serviços. Para além e especialmente, as agências reguladoras devem aprimorar as atividades fiscalizatórias e desenvolver uma conduta ativa na proteção ao consumidor, na medida em que defender é “um ato ativo de efetiva proteção a um sujeito que foi institucionalmente reconhecido como o elo mais fraco e, portanto, benemérito de especial e necessária guarda” (SCHWARTZ, 2014, p. 22).

Contudo, a ineficácia dessa escuta salta aos olhos. Na investigação do papel da agência reguladora da atividade de transporte público no Rio de Janeiro,

a Autora que é consumidora assídua dos serviços oferecidos pela Ré (fls. 22/24), que apresentou reclamação aos sérvios de atendimento ao cliente em relação aos fatos relatados na petição inicial – aí incluídos atrasos frequentes, superlotação, defeito apresentado em embarcação que deixou todos à deriva, entre outros – (fls. 20/21), bem como notícia veiculada na imprensa acerca desses fatos, que por sua vez, diante da revelia da Ré, da ausência de produção de prova em sentido contrário (art. 333, II, CPC), e da verossimilhança dos argumentos autorais, devem ser presumidos como verdadeiro (art. 319, CPC)”. Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=201300172020&CNJ=0039042-68.2011.8.19.0001>.

²⁷ Disponível em <http://www.agetransp.rj.gov.br/agetransp/index.php/aquaviario/barcas-sa/89-contratos>, acesso em 10 de abril de 2015.

²⁸ Idem.

em 29 de Maio de 2013 o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro emitiu nota e parecer no sentido de que a situação encontrada na CCR Barcas demonstra um

acompanhamento precário do serviço de transporte, vez que em função da inexistência de parâmetros objetivos, índices e/ou indicadores, passa a atuar na maior parte do tempo por demandas decorrentes da baixa qualidade dos serviços (acidentes, reclamações) e não de maneira preventiva com base num exame empírico da qualidade dos serviços, o que seria possível pro meio da verificação sistemática do descompasso entre a atuação do concessionário e os parâmetros objetivos de qualidade estabelecidos para o serviço. Somente assim seria possível demonstrar o nexo causal entre a baixa qualidade do serviço e a atuação do concessionário, uma vez que a percepção do usuário acerca do serviço é algo subjetivo, servindo apenas como alerta de que a prestação de serviços não está satisfatória, mas não servindo, por si só, como prova jurídica para fins de aplicação de penalidades²⁹ (grifou-se).

Importante destacar que no processo em questão, houve adoção de medidas para sanar uma série irregularidades na atuação da agência reguladora junto à CCR Barcas³⁰, mas em relação ao acompanhamento do serviço identificado no “Achado de auditoria nº 04” o TCE/RJ determinou que se estabelecesse,

no prazo de 120 dias, parâmetros objetivos de qualidade, índices e outros elementos que possam aferir a qualidade dos serviços de transporte aquaviário conforme o disposto no inciso XV do artigo 4º da lei Estadual nº 4555/05 c/c inciso II do artigo 30 do Regimento Interno³¹ da AGETRANSP.

Tal determinação não resultou em nenhuma ação transformadora dos modelos de escuta até então praticados, mantendo-se os canais de ouvidoria apenas como um veículo de desabafo do consumidor insatisfeito, sem gerar resultados práticos.

²⁹ Achado de auditoria nº 04. “A AGETRANSP não dispõe de parâmetros objetivos, índices ou indicadores que permitam avaliar a qualidade dos serviços”. Processo administrativo nº 108.045-8/13, fls. 270, julgado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

³⁰ A título de exemplo, no Achado de Auditoria nº 01, identificou-se a “Baixa eficácia do acompanhamento das receitas operacionais (fls. 248/249v) e ainda, no Achado de Auditoria nº 03, verificou-se que a “A atuação da AGETRANSP não garante a atualidade tecnológica na prestação de serviços (fls. 250/252v), dentre outras irregularidades.

³¹ Art. 30 - Compete à Auditoria de Controle Interno: II - Analisar e avaliar a execução orçamentária quanto à conformidade, os limites e as destinações estabelecidas na legislação pertinente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos contratos de massa há uma nítida comunhão entre o interesse público e o interesse privado para que se efetive a proteção da pessoa humana, abrindo-se espaço para uma superposição entre os espaços públicos e privados na previsão normativa atual, no que LORENZETTI (1998:225). aponta como um movimento de “privatização” do público, através da coexistência crescente entre o Estado e iniciativa privada, bem como pela diminuição do *ius imperium*, seja pelos limites impostos pela norma constitucional ou pela assunção do papel de mediador entre interesses setoriais integrantes da sociedade, em uma permanente revisão do que é o interesse público.

Esse interesse público deve ser a tônica da atividade das concessionárias de serviço público e da atuação das agências reguladoras, o que, especialmente no caso da exploração do transporte aquaviário na Baía de Guanabara, verifica-se a insuficiência dos mecanismos de atenção e escuta ao consumidor-usuário. É possível identificar nas ferramentas de escuta existentes um prejuízo à natureza paritária dos contratos, reforçando-se uma desigualdade fática entre as partes negociantes, embora seja preservada a autonomia da vontade negocial (MARQUES, 2002:743) e criando um contexto cada vez maior de vulnerabilidade ao consumidor aderente.

Assim, identifica-se a necessidade de canais de comunicação das entidades sob análise com o destinatário final do serviço de maneira que se estabeleça adequadamente um fluxo de informações e escuta que possibilite questionamentos e respostas que realmente consagrem o exercício de consciência cidadã de todos os atores envolvidos nesse processo com vistas a garantir um convívio equitativo, autônomo e baseado no respeito mútuo.

REFERÊNCIAS

AGETRANSP - Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro. In: <<http://www.agetransp.rj.gov.br>>. Acesso em: 28 de outubro de 2014.

AMARAL, A. C. C. do. **Distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, no. 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 17 de outubro de 2014.

ARAGÃO, A. S. de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2008.

ARAÚJO, F.. **Uma análise econômica dos contratos – a abordagem econômica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais**. In: TIMM, Luciano Benett (org.) **Direito & Economia**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 97-174.

AZEVEDO, F. C. de. **Defesa do consumidor e regulação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BENJAMIN, A. H. de V. e. **"O conceito jurídico de consumidor"**. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8866>>. Acesso em: 14 mar. 2007.

CANARIS, C. W.. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª reimpressão da Edição de Julho de 2003, Coimbra: Almedina, 2009.

_____ **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GIDDENS, A.. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora UneSão Paulo, 1991.

GOMES, O.. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

_____ **Contratos**. 26ª edição, Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009.

GRUPO CCR, <http://www.grupoccr.com.br/ri2014/desempenho.html>
IDEC - INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Série: Pensando o Direito, nº 21 – Agências Reguladoras e Tutela dos Consumidores**. 2ª reimpressão, São Paulo: IDEC, 2013.

MARQUES, C. Lima. **A pessoa no mercado e a proteção aos vulneráveis no Direito Privado Brasileiro**. In: BAUDUS, Cristhian et al. **Direito Privado, Constituição e Fronteiras: Encontros da Associação Luso-alemã de Juristas no Brasil**. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 287-332.

Contratos no Código de Defesa do Consumidor.
4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, E.. **A Revolta das Barcas: populismo, violência e conflito político.**
Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

PACIFICO, A.. **A história do transporte aquaviário na baía de Guanabara:**
Uma análise da relação entre Capital privado e Poder público no planejamento de
transportes do Rio de Janeiro. Disponível em
<http://www.cchla.ufrn.br/cnpp/pgs/anais/Artigos>. Acesso em 05 de abril de 2015.

RAMALHO, P. I. S.. **Regulação e Agências Reguladoras** – governança e
Análise de Impacto Regulatório. Brasília: ANVISA, 2009.

SCHWARTZ, F.. **A defesa do consumidor como princípio de ordem
econômica p Pressuposto inarredável para a atuação dos órgãos públicos e
imprescindível para o desenvolvimento sustentável do País.** In: Revista de
Direito do Consumidor, nº 94, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.15-36.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO,
<http://www.tce.rj.gov.br/web/guest/consulta-a-processos/-/processo/>



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

**GT – MOVIMENTOS EM DEFESA DA CIDADANIA,
DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA**

CANOAS, 2015

O DESAFIO DOS HAITIANOS PARA A SUA INSERÇÃO NA SOCIEDADE BRASILEIRA E AS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Cristiane Feldmann Dutra¹,
Suely Marisco Gayer²,
Anderson Von Heimburg³,

RESUMO: O objetivo é apresentar os obstáculos, que a população do Haiti, encontram após a migração para o Brasil, frente à dificuldade de aprender a língua portuguesa. Os migrantes encontram situações de violações dos direitos humanos. Propõe-se à uma reflexão crítica acerca da sociedade que estamos criando, tendente ao aumento destas migrações por todo o globo terrestre. Utilizou-se o método histórico-dedutivo, e o procedimento da pesquisa foi baseado em material bibliográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Haitianos; Desafios; Democracia.

1 INTRODUÇÃO

O artigo justifica-se na demonstração da problemática que surge da ausência de proteção jurídica internacional do refugiado ambiental.

¹ Mestre em Direito com ênfase em direitos humanos, do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho na Faculdade do Instituto de Desenvolvimento (IDC), Especialista em Direito Civil e Processual Civil na Faculdade do Instituto de Desenvolvimento (IDC). Graduada em Direito na Universidade Luterana do Brasil (ULBRA), Pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Pesquisadora do grupo de Ciência Penal Contemporânea (UFRGS). Contato: Cristiane.feldmann@hotmail.com

² Graduada em Direito pela Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijuí em 2001. Pós-graduada pela Escola Superior da Magistratura, em 2002. Mestre pelo curso de Direitos Humanos da UniRitter - Laureate International Universities. Bolsista da Capes. Pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos da UniRitter. Contato: suelylo@hotmail.com

³ Possui graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela UniRitter Laureate International Universities. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direitos Humanos, Direito Internacional e Direito Penal Militar. Graduado pela Academia Militar das Agulhas Negras com Especialização pela EsAO. Professor de Teoria Geral do Estado e da Constituição, Direito Internacional e Oratória da Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor de Direitos Humanos, Legislação Penal Militar e Legislação Militar no Centro de Preparação de Oficiais da Reserva de Porto Alegre. Assessor Jurídico do Centro de Preparação de Oficiais da Reserva de Porto Alegre. Contato: andersonvhei@gmail.com

O primeiro conceito relativo às migrações ambientais foi inicialmente o de refugiados ecológicos cunhado por Lester Brown (1976) do *World Watch Institute*, mas a primeira definição ficou por conta de El-Hinnawi (1985), contida em um relatório produzido para a NEP.⁴ Naquele relatório cita-se que os refugiados ambientais são:

aquelas pessoas que foram forçadas a deixar suas casas, temporária ou permanentemente, por causa de uma evidente alteração ambiental (natural e/ou desencadeada por atividade humana) que comprometeu suas existências e/ou afetou seriamente a qualidade de suas vidas⁵.

Neste primeiro momento a definição não estabelece se a migração acontece internamente (dentro do país de origem) ou entre fronteiras internacionais, assim como omite outras variáveis capazes de dar força à ocorrência da migração. Neste meio tempo, Myers, estudioso do tema, produziu textos que servem de norte para as pesquisas e relatórios acadêmicos, políticos e órgãos que buscam amparar os indivíduos sujeitos às consequências deste problema mundial.⁶

A migração é uma estratégia de enfrentamento empregada por muitas comunidades rurais. Migração associada com o declínio ambiental é geralmente caracterizada por movimentos de curta distância e de longo prazo. O UNRIC informa que existem pesquisas com previsões em torno de 250 mil refugiados ambientais no ano de 2050⁷. No entanto, grupos de migrantes são mais vulneráveis a uma série de fatores de estresse, incluindo os impactos da mudança climática e falta de acesso a cuidados de saúde.⁸

As definições até aqui citadas fazem referência aos desastres ambientais repentinos e aos que paulatinamente são capazes de modificar o meio ambiente. Todos são riscos ou ameaças ambientais advindas dos desastres, que levam de

⁴ GEMENNE, Francois et al. **Development, Environment and Migration: Analysis of Linkages and**. Disponível em: <<http://www.stojanov.org/>>. Acesso em: 26 set. 2014.

⁵ BIERMANN, Frank; BOAS, Ingrid. Preparing for a Warmer World: Towards a Global Governance System to Protect Climate Refugees. **Global Environmental Politics**, v. 10, n. 1. The MIT Press, February 2010, p. 60-88 (Article). Disponível em: <<http://www.bupedu.com/>>. Acesso em: 26 set. 2014.

⁶ IOM. **Migration, Environment and Climate Change**. 2009, p. 264. Disponível em: <<http://www.cefeb.org/>>. Acesso em: 26 set. 2014.

⁷ UNRIC. Centro Regional de Informações das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.unric.org/pt/desenvolvimento-sustentavel/21341>>. Acesso em: 26 set. 2014.

⁸ MATTAR, Marina Rocchi Martins. **Migrações Ambientais, Direitos Humanos e o Caso dos Pequenos Países Insulares**. Disponível em: <<http://www.iri.usp.br/documentos/>>. Acesso em: 26 set. 2014.

forma obrigatória as pessoas a deslocarem-se. Sabe-se que os eventos ambientais podem ter sua origem em causas naturais ou pela ação humana e sua influência na degradação dos meios de sobrevivência.

A questão dos refugiados ambientais é tema de preocupação desde o início do século XXI. Tal preocupação reside, dentre outros, nos aspectos jurídicos, com foco nas questões humanitárias, buscando uma forma de disciplinar juridicamente este tema, bem como atribuir responsabilidades voltadas à proteção e assistência ao refugiado.

As definições jurídicas para refugiados ambientais importam em muito, pois estas ajudam a determinar em que plano de proteção eles se encontram. Em mais de 60 anos as Nações Unidas têm usado o conceito de refugiado que a Convenção de 1951 contemplava.⁹ Em seu artigo 1º A, está presente uma definição de refugiado, reconhecida como clássica, que abarcava qualquer pessoa:

[...] que, em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951, e receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação a certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do seu país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar[...]¹⁰

De início destaca-se que os Refugiados Ambientais não estão enquadrados na definição positivada na Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado de 1951. Nesse sentido, o conceito de refugiado precisa ser ampliado, para que essa nova categoria tenha a proteção merecida. O atual conceito de refugiado não abrange a nova classe de refugiados, pois os motivos que os levaram a buscar refúgio não são perseguições relacionadas à raça, religião ou nacionalidade. Divergem as opiniões quanto à classificação dos refugiados ambientais e mesmo a uma discussão sobre sua existência no cenário jurídico.

⁹Estatuto do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados –**ACNUR** . Disponível em: <<http://http://www.cidadevirtual.pt/>>. Acesso em: 10 out. 2014. p. 61.

¹⁰Ibidem.

Bates e Adamo são a favor da categoria de refugiados ambientais, afirmando que neste conceito incluem-se todos que se deslocam por motivos ambientais.¹¹

Pois bem, os cidadãos haitianos começaram a aportar em grande quantidade no Brasil a partir de 2010, forçando uma pauta do Estado, sobre o tema imigração. É evidente que tal não se sucedeu instantaneamente, nem por iniciativa do Estado, e sim por uma iniciativa da sociedade civil, cuja ênfase foi das pastorais sociais e ONGs. Estas constituem uma rede humanitária para migrantes e refugiados.

Passados cinco anos, não foram poucos os acontecimentos relativos à entrada e o trânsito de haitianos, todos capazes de provocar a adoção de diferentes medidas, patrocinadas por entidades estatais, assim como não estatais, além do surgimento de uma infinidade de posicionamentos com o intuito de ajudar o Haiti. Portanto, neste capítulo, busca-se lançar um olhar reflexivo e crítico sobre a imigração haitiana para o Brasil, que há muito tempo deixou de ser incipiente. Segundo informações do MTE, cerca de 30 mil haitianos vivem hoje no Brasil. Destes, 19 mil entraram via cidade de Basiléia, no Acre. Os demais entraram regulamente, com visto humanitário, pelos aeroportos brasileiros, com base na Resolução nº 97/12 do Conselho Nacional de Imigração¹².

Antes do terremoto, os haitianos já migraram para outros países; entretanto, após o desastre natural que é causa relevante, basta analisar nos dados numéricos que em 2010 existiam em torno de 200 Haitianos no Brasil e em Setembro de 2014 o número aumentou para 30.000 dados do Ministério do Trabalho e Educação (MTE), com um percentual de 15.000% em apenas 04 anos e oito meses.

Mas existem outros autores que trazem dados que até o final do ano de 2014 o número de imigrantes haitianos deverá ultrapassar a 50 mil Haitianos, requerendo atitudes firmes por parte da sociedade civil e o Estado. Assim, percebe-se que a migração aumentou de forma exponencial após o terremoto.

¹¹ BATES, D.C. Environmental Refugees? Classifying Human Migrations by Environment Change. **Population and Environment**, v.23, 2003, p.465-477.

¹² BRASIL. Ministério do Trabalho e Educação. **CNIg**. Disponível em :< <http://portal.mte.gov.br/imprensa/estudo-analisa-migracao-haitiana-no-brasil.htm>>. Acesso em :02 jan. 2015.

Verifica-se que, ao ingressar para o Brasil, os Haitianos perpassam por inúmeros desafios. O que faz um ser humano sair de sua casa, do seu país, ir a outro lugar distante, fazendo uma viagem com duração média de 15 dias e passar por tantos impedimentos se não for em razão da sua sobrevivência e para ajudar seus familiares?

Na atualidade, presencia-se uma nova era da mobilidade humana. Os novos modelos de produção implicam o deslocamento de imensos contingentes humanos, nem sempre com o ânimo de radicação definitiva em um território. A crescente evolução tecnológica multiplica imensamente os deslocamentos humanos de curta e média duração, com objetivos dos mais diversos, seja por motivos ambientais, econômicos até a busca por novas oportunidades de trabalho, como também de reunião familiar.¹³

Multiplicam-se os deslocamentos forçados (não desejados) e as situações de refúgio em razão de conflitos armados, regimes ditatoriais e mudanças climáticas. Nas questões relativas ao direito internacional dos refugiados ainda na década de 1990, o Brasil adaptou-se a partir da Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997. Todavia, a confusão entre situações de refúgio e de migração converte a ajuda humanitária em política migratória, com graves consequências para os migrantes, mas também para o Estado brasileiro, reduzindo a cidadania à mera assistência. Também ainda persistem, apesar dos esforços internacionais e nacionais, os casos de apátridas.¹⁴

O Brasil na atualidade do século XXI vem recebendo fluxos pontuais de migração internacional, e na inexistência de legislação adequada e de políticas públicas dela decorrentes provocam violações de direitos humanos desgastando o país, além de uma imagem negativa da mobilidade humana junto à opinião pública, que revela um posicionamento contrário às migrações internacionais sob a perspectiva dos Direitos Humanos.¹⁵

¹³ NUNES, B. F.; CAVALCANTI, L. O imigrante e o direito à indiferença: algumas questões teóricas. In: Santin, Terezinha; Botega, Tuíla. (Org.). **Vidas em trânsito: conhecer e refletir na perspectiva da mobilidade humana**. Porto Alegre: EdiPUCRS, v.1, 2014. p. 135.

¹⁴ CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Antonio Tadeu; TONHATI, Tânia (Orgs.). **A Inserção dos Imigrantes no Mercado de Trabalho Brasileiro**. Brasília: Cadernos do Observatório das Migrações Internacionais, 2014. p. 18.

¹⁵ NUNES, B. F.; CAVALCANTI, L. *Op.cit.*2014. p. 144.

No caso dos haitianos, agrava-se porque, no Brasil convive-se com regimes de acolhida e de autorização para trabalho acentuadamente diversos, que depende das características dos migrantes em questão, pondo em xeque princípios fundamentais como o da igualdade. Assim, todo avanço da legislação sobre migrações internacionais se vê comprometido, no plano da efetividade, pela inadaptação dos serviços públicos à nova realidade da mobilidade humana.¹⁶

Esta constatação pode ser aferida pelo fato de ser o Brasil um dos poucos países desprovido de um serviço de migrações, cabendo à Polícia Federal grande parte do processamento dos pedidos de residência e de refúgio, de caráter eminentemente administrativo. Neste sentido, cabe destacar que falta ao Estado brasileiro uma política migratória. Não basta acolher bem. É fundamental a criação de medidas concretas voltadas aos imigrantes. É preciso propiciar aos imigrantes o ingresso de forma legal.¹⁷

Porém, se analisada esta imigração considerando a situação dos imigrantes na origem, as dificuldades da viagem “uma verdadeira epopeia” e o início de inserção nas cidades brasileiras, as chegadas dos haitianos tornaram-se um fato que pede reflexão pelo conjunto da sociedade brasileira. Mostrou em primeiro lugar como é grande a distância entre a comoção e os discursos das ações concretas. Mostrou o anacronismo da própria política brasileira de imigração. Mostrou as desavenças entre os poderes constituídos, Municipal, Estadual e Federal, vivendo um jogo de empurra-empurra, um acusando o outro e todos lavando as mãos. Mostrou que primeiro se deixa o prédio cair para depois ver o que fazer.¹⁸

A centralização decisória das questões migratórias na esfera federal faz com que os estados e municípios sintam-se descomprometidos com a acolhida e a inclusão dos imigrantes. Assim, a responsabilidade fica com as organizações humanitárias, serviços que deveriam ser encargos dos governos.¹⁹

¹⁶ CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Antonio Tadeu; TONHATI, Tânia (Orgs.) *Op.cit.* 2014. p. 19.

¹⁷ NUNES, B. F.; CAVALCANTI, L. *Op.cit.* 2014. p. 136.

¹⁸ COSTA, Pe. Gelmino A. Haitianos em Manaus: dois anos de imigração – e agora! **Travessia – Revista do Migrante**, nº 70, São Paulo, Jan./Jun. 2012.p.96.

¹⁹ ZAMBERLAM, Jurandir et al. *Op.cit.* 2014.p 73.

Mas a chegada dos haitianos levanta questões para toda a sociedade brasileira: até que ponto somos capazes de nos abrir ao diferente, ao estrangeiro, ao outro? Qual o nível de xenofobia ou de racismo oculto ainda existente frente ao diferente, ao pobre e ao negro? E como isso se expressam nas demandas por moradia, trabalho, no transporte e no cotidiano da vida?²⁰

Ao sentimento de preconceito demonstrado pelos brasileiros em relação aos haitianos, eles se sentem discriminados por causa da cor e reclamam de racismo por parte de alguns brasileiros, o que obstaculiza a adaptação ao Brasil.²¹ Esta nova imigração para o Brasil é marcada pela cor negra e morena, e sofre questionamentos, discriminações de segmentos da sociedade, de poderes públicos e parcela da mídia com os costumeiros argumentos: “grupos de invasores”, imigrantes ilegais”, “pessoas desocupadas”, “usurpadores de postos de trabalho de nacionais, “portadores de doenças” e “entram porque há um descontrole governamental”.²²

O que se percebe é que o outro não é necessariamente pensado para ser revelado. O que se revela aqui é a identidade de um nós; a faceta cruel do etnocentrismo de pensar-se a si mesmo como o centro das atenções. E o padrão referencial, enquanto o outro é relegado à condição de não humano, alienígena, invasor e que coloca em risco a segurança e a estabilidade do nós e, portanto, pode ser tratado de maneira diferenciada²³.

Um dos maiores desafios para os imigrantes é o aprendizado da língua portuguesa²⁴, a falta de sensibilização dos poderes públicos municipais e estadual que não oferecem espaços físicos e docentes, a inexistência de um método eficiente²⁵ a ser utilizado pelos monitores em todos os estados, e o desnível

²⁰ COSTA, Pe. Gelmino A. *Op.cit.* 2012.p.96.

²¹ FERNANDES, Duval; CASTRO, Maria da Consolação G. de . *Op.cit.*2014.p.93.

²² ZAMBERLAM, Jurandir et al. *Op.cit.* 2014.p 6 .

²³ COTINGUIBA, Geraldo Castro.**Imigração Haitiana para o Brasil**:a relação entre trabalho e processos migratórios. Dissertação. Porto Velho. 2014.p.140

²⁴ A dificuldade de comunicação por não poder estudar a língua portuguesa ou a sua dificuldade de comunicação os isola, tem efeitos no desempenho do trabalho, na busca de serviços , assim como para sua alimentação e ir nos postos de saúde.

²⁵ Existe o método de ensino de português para Haitianos, implantado pela Marília Pimentel e o Geraldo Cotinguiba, de Rondônia no qual oportunizaram um curso em Santa Catarina e outro em Porto Alegre no ano de 2014. COTINGUIBA, Geraldo Castro; PIMENTEL, Marília Lima;

cultural entre os migrantes. O desafio de ficar longe de seus familiares, pois os custos da vinda de todos são muito altos, a saudade e a distância causam relativa indecisão quanto ao futuro.

Outro problema enfrentado pelos haitianos é a moradia. Geralmente moram em uma residência alugada compartilhada com outros imigrantes, podendo esta ser uma casa ou um apartamento, quartos em pensão, hotel ou casa de família; são as formas de moradia. Poucas são as moradias individuais, isto, porque o aluguel é alto, visto aos salários que recebem, e ainda muitas vezes necessitam de caução ou fiador, o que dificulta o acesso a uma moradia individual. Ainda soma-se a dificuldade de compreender o contrato de aluguel.

O impacto que a ruptura das raízes familiares e a inserção numa nova cultura tem provocado nos haitianos, expressa-se em isolamento, desânimo e saudade e em alguns casos a depressão²⁶. É por isso que muitos querem regressar ao país de origem. A reunião familiar traria maior benefício pessoal, comunitário e laboral.

A adaptação ao clima rigoroso do inverno (nas regiões do sul), criação de uma convivência com as pessoas na comunidade local e no trabalho, superação dos preconceitos que sofrem por parte de algumas categorias sociais, e, como não possuem a compreensão das leis trabalhistas, houve a Insatisfação dos Haitianos em relação aos descontos na folha de pagamento no Brasil²⁷.

Não possuem direito ao voto, e assim não têm como representar as suas necessidades e desejos para a construção de uma legislação a esta minoria. Sob este ponto de vista, é necessário que o haitiano tenha mais informações quanto aos requisitos de ingresso no Brasil, pois na questão do trabalho escravo os exploradores aproveitam-se da desinformação e da falta de conhecimento dos migrantes no país.

2 O APRENDIZADO LINGUÍSTICO E A QUESTÃO CULTURAL

NOVAES, Maria de Lourdes (Org.). **Língua portuguesa para haitianos**. Florianópolis: SESI. Departamento Regional de Santa Catarina, 2014. 219 p.

²⁶ ZAMBERLAM, Jurandir et al. *Op.cit.* 2014.p. 59.

²⁷ Idem, p 71.

Antes de adentrar ao tema proposto, cabe destacar que a composição da imigração no Brasil é parte fundamental para o crescimento e desenvolvimento econômico do País, e o desconhecimento da língua portuguesa impede a intercomunicação e aporta dificuldades na qualidade de vida, de muitos imigrantes (seja para se alimentar, pedir emprego, compreender as normas do ambiente de trabalho, se estiver doente explicar no sistema de saúde o que esta ocorrendo) no momento de se relacionar com os brasileiros.

Observa-se que o estrangeiro e imigrante recebem um reconhecimento sócio-jurídico diferenciado impresso pelas sociedades na qual são acolhidos. Ambas as expressões, para o imigrante, não implicam, necessariamente, um mesmo estatuto social. Para os estrangeiros determina-se uma figura jurídica calcada numa realidade social objetiva modelado na forma de lei; para o imigrante está presente um imaginário que o constrói socialmente. Com relação à questão jurídica, tem-se uma normatização que regula os direitos e deveres dos estrangeiros. Tal normatização regula a sua presença e permanência dentro do território.²⁸

No que tange ao imigrante, ele não é uma figura objetiva. Na verdade sua condição é social, na qual recai um atributo repleto de princípios negativos, e de uma alteridade²⁹ relativa aos nacionais. Ainda que somente haja uma lei para os

²⁸ CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Antonio Tadeu; TONHATI, Tânia (Orgs.) **A Inserção dos Imigrantes no Mercado de Trabalho Brasileiro**. Brasília: Cadernos do Observatório das Migrações Internacionais, 2014. p. 19.

²⁹ Alteridade é um substantivo feminino que expressa a qualidade ou estado do que é outro ou do que é diferente. É um termo abordado pela filosofia e pela antropologia. Um dos princípios fundamentais da alteridade é que o homem na sua vertente social tem uma relação de interação e dependência com o outro. Por esse motivo, o "eu" na sua forma individual só pode existir através de um contato com o "outro". Quando é possível verificar a alteridade, uma cultura não tem como objetivo a extinção de uma outra. Isto porque a alteridade implica que um indivíduo seja capaz de se colocar no lugar do outro, em uma relação baseada no diálogo e valorização das diferenças existentes. No âmbito da Filosofia, alteridade é o contrário de identidade. Apresentada por Platão (no Sofista) como um dos cinco "gêneros supremos", ele recusa a identificação do ser como identidade e vê um atributo do ser na multiplicidade das ideias, entre as quais existe a relação de alteridade recíproca. A alteridade tem também papel de relevo na lógica de Hegel: o "qualquer coisa", o ser determinado qualitativamente, está em uma relação de negatividade com o "outro" (nisto reside a sua limitação), mas está destinado a se tornar em outro, a se "alterar", incessantemente, mudando as próprias qualidades (assim as coisas materiais nos processos químicos). O uso do termo também surge na filosofia do século XX (existencialismo), mas com significados não equivalentes. A Antropologia é conhecida como a ciência da alteridade, porque tem como objetivo o estudo do Homem na sua plenitude e dos fenômenos que o envolvem. Com um objeto de estudo tão vasto e complexo, é imperativo poder

estrangeiros, socialmente impõem-se uma hierarquização das alteridades e nacionalidades ligadas ao contexto geopolítico e econômico. Isto é, mesmo que um imigrante seja juridicamente um estrangeiro, a denominação imigrante o vincula a um país economicamente menos abastado, com um alto índice de pobreza, com indicadores sociais limitados e sociedades atrasadas, sob o ponto de vista civilizatório. Tais condições o tornam um exportador de imigrantes. Em contraponto a esta condição, observa-se que a designação de estrangeiro, não raro, é vinculada socialmente a um indivíduo advindo de um país economicamente mais desenvolvido que, ao contrário de exportar imigrantes, atrai turistas.³⁰

Os haitianos presentes na atualidade no Brasil caracterizam-se em termos linguajar por serem diglóticos, por se comunicarem no interior do grupo apenas no crioulo haitiano, o idioma de 95% da população no Haiti, já o francês é a língua dos demais 5%, uma língua de elite, um status, um signo do poder econômico e social³¹ (mas compreendido pela maioria).

Para os haitianos, e mesmo para as equipes de acolhimento, uma das grandes barreiras é referente à língua. Um bom número fala espanhol (ou português), mas a maioria fala o crioulo haitiano e francês. Um número pequeno fala somente o crioulo. Um número bastante reduzido fala inglês. Isto leva a eles estarem sempre juntos, formando guetos. Existe um verdadeiro choque cultural, pois o Haiti é um pequeno país e eles ficam assustados com as dimensões do nosso. A maioria não tem noção das distâncias que existem no Brasil. A adaptação é um processo lento e demorado.³²

Assim, no que tange a acolhida e o aprendizado linguístico e cultural, como reflexo do que já foi dito, presenciam-se muitos discursos, mas, de acordo com Costa, toda a:

estudar as diferenças entre várias culturas e etnias. Como a alteridade é o estudo das diferenças e o estudo do outro, ela assume um papel essencial na antropologia. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/alteridade/>>. Acesso em: 24 jan. 2015.

³⁰ CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Antonio Tadeu; TONHATI, Tânia (Orgs.) *Op.cit.* 2014. p. 18.

³¹ COTINGUIBA, Geraldo Castro; PIMENTEL, Marília Lima. *Op.cit.* 2012. p. 99.

³² IMIGRANTES HAITIANOS NO BRASIL. Disponível em: <<http://geoconceicao.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 24.jan.2015.

[...] tarefa de acolhida continua por conta da Igreja Católica, do grupo Ama Haiti, de pastores evangélicos e, ao final, também da Associação dos Haitianos. Pessoas e entidades muito ajudaram e não se pode deixar de nomear a Associação Allan Kardec. Porém, os principais protagonistas de acolhida foram os próprios haitianos. Eles souberam acolher a muitos em seus quartinhos paupérrimos e limitados de tudo. Sempre cabe mais um nesses momentos. Com competência e eficiência atuaram e atuam as equipes de alimentação, de saúde, de ensino da língua portuguesa, de cursos profissionalizantes e de emprego.³³

O aprendizado linguístico tem sido a maior dificuldade dos imigrantes. A Igreja Católica por meio de sua pastoral local teve a iniciativa de começar um curso de português básico (Porto Velho/RO), ministrado por um haitiano que já aprendeu a língua portuguesa(Brasil). A partir deste aprendizado inicial, criou-se um projeto de extensão na Universidade Federal de Rondônia, denominado *Migração haitiana na Amazônia brasileira: linguagem e inserção social de haitianos em Porto Velho*, objetivando de imediato o ensino da língua portuguesa, noções de história e geografia do Brasil e da Amazônia, noções de direitos humanos e trabalhistas, visando sua inserção social.³⁴

Essas iniciativas ainda não impedem a dificuldade com a língua portuguesa. É concretamente um entrave para a população haitiana que está na atualidade dispersa pelo Brasil. Este projeto ministra aulas de português para os imigrantes. Atualmente, registra-se uma alta rotatividade, já que muitos iniciam o curso e desistem por motivos como: viajam para outros estados, começam a trabalhar à noite, ou mesmo os que acham que já aprenderam o suficiente.³⁵

Em razão dos haitianos comporem um grupo muito heterogêneo, o ensino da língua portuguesa tornou-se um desafio para os instrutores. São turmas compostas majoritariamente por homens, apenas 5% são mulheres, com faixa etária de 20 a 38 anos. A escolaridade é caracterizada pelos extremos, ou seja, existem vários que nem completaram o ensino fundamental, outros com ensino médio incompleto, alguns poucos com ensino superior e, outros, semialfabetizados.³⁶

Registra-se ainda que muitos que frequentam regularmente as aulas aprendem rapidamente o português, isto se deve ao conhecimento do espanhol,

³³ Pe. COSTA, Gelmino A. *Op.cit.* 2012. p. 91.

³⁴ COTINGUIBA, Geral Castro; PIMENTEL, Marília Lima. *Op.cit.* 2012. p. 101.

³⁵ Pe. COSTA, Gelmino A. *Op.cit.* 2012. p. 95.

³⁶ COTINGUIBA, Geral Castro; PIMENTEL, Marília Lima. *Op.cit.* 2012. p. 103.

em razão destes terem morado algum tempo na República Dominicana. Todavia, observa-se que parte significativa dos haitianos tem dificuldades em decorrência de fatores, como: pouca escolaridade; isolamento no gueto (resistência em interagir com os brasileiros); trabalho o dia inteiro em atividades extenuantes, dentre outros.³⁷

É possível perceber que a escola, para os imigrantes haitianos, termina por ser referência de um novo *status*, já que em sua grande maioria vestem as melhores roupas para ir às aulas, sendo a figura do professor muito respeitada. Acrescente-se ainda que o espaço disponibilizado pela Igreja Católica para as aulas termina por ser um ponto de encontros. Concretamente vem a ser estes encontros uma rede de sociabilidade que se fortalece, um local em que as informações são compartilhadas, reuniões para emprego são realizadas e também se assiste à construção de laços de amizade e à manifestação das relações de parentesco.³⁸

De acordo com Fernandes, os Haitianos ressentem-se pelo fato do relacionamento com os brasileiros ser dificultado por não entenderem o português, especialmente no trabalho. Frisam que a comunicação fica muito difícil sem o domínio do português. Alguns recorrem à linguagem gestual para conseguir se comunicar razoavelmente ou pelo menos para se fazer entender.³⁹ Não raro aqueles que possuem o domínio da língua portuguesa conseguem empregos mais facilmente nas empresas.⁴⁰

Já com relação à inserção social captou-se a existência de uma rede de sociabilidade haitiana, a partir da cidade de Porto Velho/Acre, a qual tem seu fluxo implementado pelas visitas aos amigos, assiduidade aos cultos religiosos evangélicos, contatos com brasileiros. E entre membros do próprio grupo, frequentam bares onde assistem a jogos de futebol televisionados, e também fazem visitas a *shopping centers*.⁴¹

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

³⁹ FERNANDES, Duval; CASTRO, Maria da Consolação G. de. *Op.cit.* 2014. p.94.

⁴⁰ COTINGUIBA, Geral Castro; PIMENTEL, Marília Lima. *Op.cit.* 2012. p. 103.

⁴¹ Ibidem.

Note-se que o preenchimento ocupacional do espaço público e de seus recursos revela a apropriação de um pedaço daquele país que os acolheu. Tem-se um pedaço, isto é, um lugar em que membros de um determinado grupo obtêm e repassam informações. Ali, os imigrantes compartilham suas experiências com amigos, tecem alianças, fortalecem a rede de sociabilidade do grupo, participam do lazer, vivenciam os conflitos. É neste espaço territorial, longe de casa, que os haitianos residentes em tantas partes do Brasil andam a pé, de bicicleta ou reunidos em grupos de três a cinco, homens e mulheres, às vezes crianças, em frente as suas residências, nos orelhões em telefonemas para os familiares no Haiti, ou falando ao celular com amigos na cidade ou em outros estados brasileiros, conversando e gesticulando à sua maneira. É onde parecem se sentir à vontade.⁴²

Importante considerar que, no caso do idioma, o não conhecimento do idioma nativo do país de destino é uma importante barreira à integração ou mesmo à sobrevivência⁴³. Quanto à questão cultural, a bandeira é um símbolo reverenciado. Para eles é um grande sentimento de orgulho, e o que os identifica e os une diversas vezes, expresso e externado pela inscrição nesse objeto simbólico na forma escrita *l'union fait la force*, ou seja, *a união faz a força*⁴⁴.

A cultura é um espaço privilegiado que faz a força do Haiti e é um dos setores que atrai o olhar positivo da comunidade estrangeira, seja na música, na pintura, no artesanato.

Como afirma o mais lido escritor haitiano Gary Victor:

É o único ambiente que o Haiti é competitivo no plano internacional, em janeiro de 2012, o romance *“Le sang et lamer”* (o sangue e o mar), do próprio autor, ganhou o prêmio casa das Américas, um dos mais prestigiados prêmios literários do continente americano.

Outro romancista haitiano-quebequense, obteve o prêmio Médicis, pelo seu romance *“l'enigme Du retour”* (O enigma do retorno), que conta seu retorno ao país natal, após a catástrofe natural de 12 de Janeiro de 2010.⁴⁵

O movimento de artes plásticas Sant-soleil é objeto de um dos mais conceituados livros de arte moderna que prega a autonomia do artista, intitulado

⁴² COTINGUIBA, Geral Castro; PIMENTEL, Marília Lima. *Op.cit.* 2012. p. 104.

⁴³ FERNANDES, Duval; CASTRO, Maria da Consolação G. de. *Op.cit.* 2014. p.65.

⁴⁴ COTINGUIBA, Geraldo Castro. *Op.cit.* 2014. p.140.

⁴⁵ SANTIAGO, Adriana. *Op.cit.* 2013. p137-138.

“*l’Intemporal*”, do escritor Jean-Claude Garoute (Tiga), e o artesanato haitiano decora grandes boutiques internacionais de objetos decorativos. A tradicional música folclórica e de raiz, expressão de reivindicação popular e de afirmação cultural.⁴⁶

Sob o ponto vista religioso, na atualidade, observa-se um quadro em que a diversidade de crenças é a principal característica, já que estão presentes católicos⁴⁷ e evangélicos, sendo que os primeiros são em menor número, frequentam as igrejas e mantêm um discurso de boa convivência com os evangélicos na cidade. Duas são as vertentes de evangélicos, uma que frequenta os templos juntamente com brasileiros (Batista, Assembléia de Deus, Adventista do Sétimo Dia, etc.) e os que congregam apenas entre haitianos, num misto do que se poderia citar de sincretismo evangélico, isto é, são pessoas que se professam convertidos em diferentes denominações protestantes, mas congregam juntos no mesmo templo.⁴⁸

A vantagem da diversidade cultural prende-se com a possibilidade de aprendermos mais sobre outras culturas e sobre outras formas de trabalhar e de ver as coisas, o que enriquece a própria organização da sociedade. Da diversidade cultural também nascem as novas ideias, diferentes formas de entender os problemas, a questão da tolerância, o perceber como o outro funciona para o compreender e não gerar atritos. A compreensão do outro pacífica o ambiente social, importante para o progresso e para a prosperidade.

Dispomos de uma oportunidade ímpar de integração, de somar com o aprendizado da cultura e do idioma do Haiti, a aquisição de conhecimento,

⁴⁶Idem.p141-142.

⁴⁷ Muitos comportamentos são vistos como pecaminosa dentro dos limites da maioria das religiões monoteístas, particularmente o cristianismo. Muitos cristãos vêem a homossexualidade como pecado.

Em consequência, muitos homossexuais não podem revelar sua orientação sexual por medo de ser condenado ao ostracismo. No Haiti, os homossexuais conhecidos podem ser fisicamente prejudicados, os parentes não vão admitir ter um parente homossexual. BACKGROUND ON HAITI. *Op.cit.* 2010.p.11.

⁴⁸ PAULA, Elder Andrade de. **Entre desastres e transgressões, a chegada dos imigrantes haitianos no “reino deste mundo amazônico”** In MR: Desdobramentos de uma tragédia: da crise humanitária no Haiti à crise dos haitianos e demais desterritorializados no Brasil; 36º Encontro Anual da Anpocs. Disponível em: <http://www.anpocs.org/>>. Acesso em: 24 jan. 2015.

experiências e vivências trazidas por esses tão altivos e combatentes seres humanos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foram observadas as dificuldades de aprendizado e a comunicação com a língua portuguesa, os migrantes não sabem falar e compreender a língua portuguesa corretamente, prejudicando a sua autonomia, para tanto não compreendem as legislações trabalhistas, tem dificuldades em assinar contratos, pedir alimentação e assim sucessivamente, ocorrem conflitos e proporcionam a falta de oportunidade para a sua total inserção na sociedade local. Existe uma dicotomia entre o acesso ao mercado de trabalho para os migrantes e a real dificuldade de inclusão e participação na sociedade Brasileira.

Para tanto, o Brasil e os migrantes precisam de um novo marco legal capaz de antever as formas aplicáveis fixas de solução humanitária. Uma nova legislação precisa disponibilizar formas que acolham e reconheçam migrantes vulneráveis, que na verdade são vítimas de tráfico de pessoas e de trabalho escravo em razão da migração forçada que foram submetidos.

Por conseguinte, demanda a reflexão crítica dos refugiados ambientais, no estudo do fenômeno com base no caso da migração Haitiana para o Brasil, a partir do século XXI, para garantir a todos em constante deslocamento, lhe assegurando a reunião familiar, a assistência social, jurídica e psicológica, evitando-se terminologias estimuladoras da discriminação e a xenofobia, devendo ainda suprimir provisões relativas à criminalização, infração, expulsão, vigilância, exclusão política, econômica e social da população. Contudo, a prática reserva muitas dificuldades para este povo num país cuja maior barreira é língua a ser aprendida, numa capacitação relâmpago. A tríade migração-trabalho-inserção social revela um caminho de contradições merecedoras de uma forte revisão, tanto por haitianos, do Estado brasileiro, como do empregador, e das organizações sociais que amparam e orientam tais grupos.

Este trabalho conclui a reflexão crítica sobre a inserção dos migrantes na sociedade Brasileira diante dos obstáculos, tais como, o aprendizado da língua

Portuguesa para compreender ou falar o idioma nacional, que é necessário para a sua comunicação. Caso não ocorra a inclusão destes seres humanos na sociedade civil, a imigração ilegal acaba por ser favorecida, por isso a efetiva pesquisa auxilia a compreender esta lacuna para a efetivação jurídica dos direitos humanos na atualidade.

REFERÊNCIAS

BACKGROUND ON HAITI. **Haitian Health Culture**. A Cultural Competence Primer from Cook Ross Inc. 2010.

BATES, D.C. Environmental Refugees? Classifying Human Migrations by Environment Change. **Population and Environment**, v.23, 2003, p.465-477

BIERMANN, F.; BOAS, I. Preparing for a Warmer World: Towards a Global Governance System to Protect Climate Refugees. **Global Environmental Politics**, v. 10, n. 1. The MIT Press, February 2010, p. 60-88 (Article). Disponível em: <<http://www.bupedu.com/>>. Acesso em: 26 set. 2014

BRASIL. Ministério do Trabalho e Educação. **CNIg**. Disponível em :< <http://portal.mte.gov.br/imprensa/estudo-analisa-migracao-haitiana-no-brasil.htm>> Acesso em :02 jan. 2015.

CAVALCANTI, L.; OLIVEIRA, A. T.; TONHATI, T. (Orgs.). **A Inserção dos Imigrantes no Mercado de Trabalho Brasileiro**. Brasília: Cadernos do Observatório das Migrações Internacionais, 2014. p. 18.

COSTA, Pe. G. A. Haitianos em Manaus: dois anos de imigração – e agora! **Travessia – Revista do Migrante**, São Paulo, n. 70, 2012. p. 91-99.

COTINGUIBA, G. C. **Imigração Haitiana para o Brasil**:a relação entre trabalho e processos migratórios. Dissertação. Porto Velho. 2014.

COTINGUIBA, G. C.; PIMENTEL, M. P.. Wout, raketè, fwontyè, anpil mizè1: reflexões sobre os limites da alteridade em relação à imigração haitiana para o Brasil. **Universitas relações internacionais**, Brasília, v.12,n.1, Jan/jun.2014. p.73-86.

COTINGUIBA, G.; PIMENTEL, M. Apontamentos sobre o processo de inserção social dos haitianos em Porto Velho. **Travessia - Revista do Migrante**, n. 70, Jan./ Jun. 2012.p. 99-106.

Estatuto do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados –**ACNUR** . Disponível em: <<http://http://www.cidadevirtual.pt/>>. Acesso em: 10 out. 2014. p. 61

FERNANDES, D.; CASTRO, M. da C. G. de. **Estudos sobre a Migração Haitiana ao Brasil e Diálogo Bilateral**. Belo Horizonte. 2014.

GEMENNE, F. et al. **Development, Environment and Migration: Analysis of Linkages and**. Disponível em:<<http://www.stojanov.org/>>. Acesso em: 26 set. 2014.

IOM. **Migration, Environment and Climate Change**. 2009, p. 264. Disponível em:<<http://www.cefeb.org/>>. Acesso em: 26 set. 2014.

MATTAR, M. R. M. **Migrações Ambientais, Direitos Humanos e o Caso dos Pequenos Países Insulares**. Disponível em:<<http://www.iri.usp.br/documentos/>>. Acesso em: 26 set. 2014.

NUNES, B. F.; CAVALCANTI, L. O imigrante e o direito à indiferença: algumas questões teóricas. In: Santin, Terezinha; Botega, Tuíla. (Org.). **Vidas em trânsito: conhecer e refletir na perspectiva da mobilidade humana**. Porto Alegre: EdiPUCRS, v.1 , 2014. p. 135.

SANTIAGO, A. **Haiti por si: A reconquista da independência roubada**. Fortaleza: Expressão, 2013.

UNRIC. **Centro Regional de Informações das Nações Unidas**. Disponível em :< <http://www.unric.org/pt/desenvolvimento-sustentavel/21341>>. Acesso em: 26 set. 2014.

ZAMBERLAM, J.; CORSO, G.; CIMADON, J. M.; BOCCHI, L. **Os novos rostos da imigração no Brasil - Haitianos no Rio Grande do Sul**. Porto Alegre. Solidus, 2014.

DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA DOS HAITIANOS NO BRASIL, PÓS TERREMOTO: DIFICULDADES SOCIOAMBIENTAIS.^{49 50}

Marcia Andrea Bühring^{51 52}

RESUMO: O trabalho de pesquisa mais amplo, tem como objetivo relatar como vivem, onde trabalham, (se trabalham) quais as dificuldades enfrentadas nesse “novo lugar” que passaram a “chamar de seu”, se estão sozinhos e/ou conseguiram trazer seus familiares, se conseguiram se adaptar, pois trata-se de uma nova cultura a ser assimilada, uma nova língua, novos desafios, inclusive de aceitação, e se houveram conquistas, depois do terremoto que atingiu em 2010 o Haiti, deixando mais de 250 mil pessoas feridas, sendo que 1,5 milhão de habitantes ficaram desabrigados e o número de mortos ultrapassou a 200 mil. Visto também, que incluem-se na categoria de imigrantes, que buscam um novo país-lugar, para recomeçar as suas vidas, muito embora, não tenham todo o amparo legal, da legislação brasileira (que é ultrapassada) no que tange a essas novas situações: a dos “refugiados ambientais”. Como resultado parcial, percebe-se que o Comitê Nacional para Refugiados (Conare) concluiu pela não concessão do refúgio, pois não há *status* de refúgio para os haitianos no Brasil, (que exige que a pessoa seja vítima de perseguição em seu país, entre outros). Para tanto, o Conselho Nacional de Imigração, baixou uma Resolução Normativa de nº 97/12, (agora estendido até 2015) criando o “visto por razões humanitárias” para esses imigrantes, e os números vem aumentando, mesmo impondo-se limitações como: liberação de 1.200 vistos/ano e com validade de cinco anos. Tudo isso mostra que o caminho para uma cidadania efetiva é longo, assim como os direitos humanos que são desrespeitados. Por fim, como conclusão parcial, a verificação de que os imigrantes haitianos, não podem votar por exemplo, e que também não veem respeitados os direitos acima elencados, ou seja, direitos humanos, fundamentais, por não existir amparo jurídico efetivo para tanto. O que se sugere,

⁴⁹ CONGRESSO INTERNACIONAL: “A Sociologia do Direito em Movimento: Perspectivas da América Latina”. Unilassale. Canoas (RS), de 5 a 8 de Maio de 2015.

⁵⁰ 3) SESSÕES DO MESTRADO EM DIREITO DO UNILASALLE: [...] k) MOVIMENTO EM DEFESA DA CIDADANIA, DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA (português e espanhol) – Daniela Cademartori e Selma Petterle.

⁵¹ Doutora pela PUCRS-Brasil. Mestre pela UFPR. Professora da FADIR da PUCRS e Programa de Pós Graduação, Mestrado da UCS – Universidade de Caxias do Sul - RS. Pesquisadora do Programa de Pós Graduação, Mestrado da UCS. Parte integrante do Projeto de Pesquisa com Título: Deslocados/migrantes/refugiados ambientais: a questão dos haitianos no Brasil e os direitos sociais.

⁵² Ver também: BÜHRING, Marcia Andrea. Direitos humanos e fundamentais, migração nas fronteiras Brasil e Uruguai: uma análise dos déficits do direito social à saúde da mulher nas cidades gêmeas: Santana do Livramento-BR/Rivera-UR e Chuí-BR/Chuy-UR. **Tese de Doutorado**. PUCRS, Porto Alegre, 2013.

é que seja traçada uma política de amparo em âmbito nacional para os novos refugiados, ou seja os “refugiados ambientais ou do clima”, salvaguardando a estes os direitos, por uma questão de humanidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Direitos Fundamentais; Cidadania; Haitianos; Dificuldades Sociambientais.

1 INTRODUÇÃO

As consequências das mudanças climáticas são muitas, dentre elas as pessoas que precisam migrar, (dentro do seu próprio país, em busca de melhores condições de vida), se deslocar (para dentro ou para fora do seu Estado de origem) emigrar (sair do seu país) ou imigrar (ingressar em outro país).

O Mundo sempre lembrará do 12 de janeiro de 2010, o terremoto que atingiu o Haiti, deixou mais de 250 mil pessoas feridas, com cerca de 1,5 milhão de habitantes desabrigados e o número de mortos tendo ultrapassado os 200 mil. O que resultou em inúmeros imigrantes que vieram do Haiti para o Brasil, autênticos “refugiados do clima”, também chamados de “refugiados ambientais” (embora sem a mesma proteção de um refugiado), que justamente fogem do seu país para outro em razão de eventos climáticos de grande proporção.

Essa nova “categoria de imigrantes”, buscam um novo país-um lugar, para recomeçar as suas vidas, muito embora, não tenham todo o amparo legal, no que tange a essas novas situações.

O método adotado é o dedutivo e dialético, com revisão bibliográfica.

Desenvolver-se-à, esse estudo em dois momentos, num primeiro a abordagem dos direitos humanos, a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e de como esses direitos passaram a integrar os sistemas jurídicos, além da concepção de lugar e não-lugar.

E num segundo momento, a situação dos haitianos e as principais dificuldades socioambientais, tais como, o visto, trabalho, moradia, entre outros.

Para ao final apresentar, ainda que de forma parcial, (vez que o projeto ainda não está finalizado), algumas contribuições-indagações.

2 DIREITOS HUMANOS E O “NOVO LUGAR”

Os direitos humanos são “situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”.(SILVA, 1998, p. 182). E é essa vivência e (sobre) vivência - digna - que merece destaque, no que diz respeito aos haitianos que estão morando no Brasil. Vez, que os direitos humanos estão previstos em todas as Constituições, que utilizaram a Declaração Universal de 1948, como fundamento. (MORAIS, 2005, p. 2). Todavia, o simples fato de estarem elencados, não assegura seu cumprimento e seu respeito, sendo inclusive vilipendiados. (HERKENHOFF, 1994. p.52).

O vilipêndio, no sentido de afronta, aviltação ou aviltamento, no sentido de desprezo, de mácula, de menosprezo, de ultraje escancarado, entre outros sinônimos, num total desrespeito.

O direito - dos direitos humanos “não rege as relações entre iguais, mas sim entre desiguais”, (PIOVESAN, 2006) frase famosa de Antônio Augusto Cançado Trindade, que em favor dos que precisam de amparo e proteção, (PIOVESAN, 2006) - os grupos vulneráveis, que historicamente são dominados, excluídos e reprimidos.

Dessa forma, os direitos humanos, são faculdades e instituições que em diferentes momentos históricos, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade(LUÑO, 1999, p. 48).⁵³

Comumente, tais expressões como os direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais são inclusive usadas como sinônimas, todavia, adverte-se com José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 259) que há diferenças entre eles, e de fato há, pois “os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos”. Já os “direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”. (CANOTILHO, 1998, p. 259). Nesse sentido também a contribuição de Guido Fernando Silva Soares, (2002, p. 338) de que é possível conferir dois significados

⁵³ **Tradução livre de:** “Los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”. (LUÑO, 1999. p.48).

à expressão “direitos humanos”, um *strito*, outro *lato*.⁵⁴ Para tempos de paz e para refugiados, deslocados e migrantes respectivamente.

Por outro lado, destaque-se que a ONU - Organização das Nações Unidas (Acesso 20 jul. 2011) criada por meio de um Estatuto chamado Carta da ONU, ou também Carta de São Francisco, traz em suas disposições, o compromisso (sob a forma das expressões “direitos fundamentais”, “direitos humanos” e “liberdades fundamentais”),⁵⁵ com os direitos humanos e as liberdades fundamentais (PIOVESAN, 2006, p. 127-129).

Norberto Bobbio (1992, p. 5) já advertia que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

No mesmo sentido, Antonio Enrique Pérez Luño (1999, p. 48) refere que os direitos humanos são um conjunto de poderes e instituições, que em cada momento histórico, tem o condão de materializar as demandas de liberdade, dignidade e igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas e positivadas em nível nacional e internacional.⁵⁶ Ao que, aponta, por outro lado, Valério de Oliveira Mazzuoli, que os direitos humanos possuem um duplo pilar da universalidade e da indivisibilidade (MAZZUOLI, Acesso 27. Jul. 2011). E atualmente, acrescenta, também a interdependência e a inter-relacionariedade (MAZZUOLI, 214, p. 29).

⁵⁴ Afirma por importante: “Em primeiro lugar, Direitos Humanos, “*stricto sensu*”, são aqueles direitos garantidos em tempos de paz e que dão a configuração democrática aos Estados que os consagram, nos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais; são alguns de seus sinônimos: Direitos do Homem, Direitos Fundamentais, Liberdades Públicas, Direitos da Pessoa Humana[...]. Numa segunda concepção, Direitos Humanos “*lato sensu*”, constituem os Direitos Humanos conforme a concepção anterior, e mais as normas de proteção aos asilados e aos refugiados, pessoas cujas definições pressupõem uma norma internacional e cuja proteção nos ordenamentos jurídicos nacionais, historicamente, não fazia parte das condições para definir-se a configuração democrática de um Estado e que, nos últimos tempos, passou a fazer. (SOARES, 2002. p.338.)

⁵⁵ Encontra-se no Preâmbulo, e nos artigos 1.3, 13.1.b, 55, 56, 62.2 e 62.3 e 76.c da Carta da ONU de 1945)

⁵⁶ **Tradução livre de:** “Los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”. (LUÑO, 1999. p.48).

Destaque-se por relevante, que os direitos humanos segundo Amartya Sen (2010, 292-298) sofrem três críticas em relação ao edifício intelectual dos direitos humanos, bem como crítica da legitimidade, crítica da coerência e crítica cultural. Isto é, na crítica da legitimidade, não existiriam direitos humanos prévios, eles seriam adquiridos. Já na crítica da coerência, os direitos seriam pretensões que requerem deveres. E por fim, na crítica cultural, ligados a ética universal, embora exista a diversidade.

Cumpra lembrar também que os haitianos ao “escolherem” o Brasil, se confrontam com aspectos sociais, culturais, ambientais, de identidade, de assimilação e de aceitação desse novo lugar.

Nesse sentido, Homi Bhabha (1998, p. 33) defende a identidade como interação, o desejo de reconhecimento, e sugere ver a história de migrantes/refugiados, do ponto de vista dos deslocamentos sociais e culturais anômalos, que quer dizer, uma última vez, “há um retorno à encenação da identidade como interação, a re-criação do eu no mundo da viagem, o re-estabelecimento da comunidade fronteiriça da migração. O desejo de reconhecimento da presença cultural como “atividade negadora”. (1998, p. 28).

A identidade como necessidade, algo que deve se construir para poder negociar e obter um lugar no espaço nacional, muito mais do que algo que se tem, mas algo que se deve manter, (VASQUEZ, 2006, p. 172-173),⁵⁷ mas as identidades são flexíveis e mudam de acordo com o tempo e o lugar. Quando Boaventura de Souza Santos descreve a modernidade, *Identidade e a Cultura de Fronteira* adverte que hoje se têm processos de identificação, pois a preocupação com a identidade nasce com a modernidade (SANTOS, 1997, p. 135).

É de Homi Bhabha (1998, p. 209-210) ainda, um importante conceito de fronteira como um entrelugar, que também é adotado aqui, pela aproximação da

⁵⁷ **Tradução livre de:** “La identidad y la marginalidad: ¿esencia o estrategia de representación? A lo largo de este texto se han mostrado las diferentes etapas por las que ha pasado la relación entre el Estado y los habitantes de la antigua zona de distensión. Este evento hizo visible el marco de esa interacción, ya que hizo circular estereotipos sobre la región y sus habitantes, reveló las diferencias y oposiciones entre los niveles del Estado y generó una coyuntura importante para la pregunta por la identidad y el desarrollo de estrategias de representación por parte de los habitantes locales. Para los municipios de la zona, la identidad es una necesidad, es algo que debe construirse para poder negociar y obtener un lugar en el espacio nacional, más que algo que se tiene y/o hay que mantener. (VASQUEZ, 2006. p.172-173).

identificação de fronteira com um não lugar. O autor, indaga ainda, de que forma pode-se refletir sobre - a identidade num espaço-tempo contemporâneo - vez que hoje a “marca é a não-fixidez, o constante movimento, certa fluidez do que antes era considerado estático, tomado como porto seguro”, assim como complexo, pois o intercâmbio de “valores, significados e prioridades pode nem sempre ser colaborativo e dialógico, podendo ser profundamente antagônico, conflituoso e até incomensurável”.(BHAHBA, 1998, p. 20).

Aqui, utiliza-se o conceito de não lugar de Marc Auge (2000, p. 49) também chamado de lugar incomum ou de espaços de anonimato, analisou o contexto mundial, no qual todos os fenômenos locais ganham significado, hoje em dia.

Ademais, o lugar-comum (AUGE, 2000, p. 49)⁵⁸ é o lugar, onde os nativos vivem, trabalham, cuidam das fronteiras, lugar de culto dedicado aos ancestrais. Esse lugar comum é uma invenção sendo que um bom exemplo disso são as migrações do campo para a cidade e a formação de novos povoados, ou seja, a natureza dos grupos são sempre diversa, mas a identidade do lugar se une, funde-se, converge-se em um lugar próprio daqueles que passam a ocupar o lugar. (AUGE, 2000, p. 51).⁵⁹ E aqui é perfeitamente possível trazer a fronteira enquanto não lugar.

Portanto, lugar é, segundo o autor, o espaço antropológico, a identidade, a relação e a história, e o não lugar é o contrário: o não relacional, não identitário e não histórico. Como exemplo de não lugar, os povoados de “viajantes” ou “passeantes”, ou ainda “transeuntes”. Esses viajam sozinhos, nos espaços de ninguém. Tem revelado uma nova forma de “viver” o mundo. Muito embora o retorno ao lugar pode ser o sonho dos que frequentam os

⁵⁸ **Tradução livre de:** “El lugar común al etnólogo y a aquellos de los que habla es un lugar, precisamente: el que ocupan los nativos que en él viven, trabajan, lo defienden, marcan sus puntos fuertes, cuidan las fronteras pero señalan también la huella de las potencias infernales o celestes, la de los antepasados o de los espíritus que pueblan y animan la geografía íntima, como si el pequeño trozo de humanidad que les dirige en ese lugar ofrendas y sacrificios fuera también la quintaesencia de la humanidad, como si no hubiera humanidad digna de ese nombre más que en el lugar mismo del culto que se les consagra”. (AUGE, 2000. p.49).

⁵⁹ **Tradução livre de:** “Que los términos de este discurso sean voluntariamente espaciales no podría sorprender, a partir del momento en que el dispositivo espacial es a la vez lo que expresa la identidad del grupo (los orígenes del grupo son a menudo diversos, pero es la identidad del lugar la que lo funda, lo reúne y lo une) y es lo que el grupo debe defender contra las amenazas externas e internas para que el lenguaje de la identidad conserve su sentido”. (AUGE, 2000. p.51).

não lugares. São, por conseguinte os não lugares livres de identidades (AUGE, 2000, p. 56). É estar sozinho, sem saber que está sozinho, é sentir-se parte integrante do contexto produzido pela sociedade, ou esperado pela sociedade, se está em contato com outras pessoas, sem efetivamente ou de fato estar com alguém.

O não lugar, ou o espaço vazio, (BAUMANN, 2001, p. 115-116)⁶⁰ caracteriza-se pela ausência dos símbolos (identidade, relação e história), (AUGE, 1994, p. 156), pois é a negação do lugar, nessa linha de raciocínio, adverte ainda, Marc Augé, (1994, p. 156). o estrangeiro não se reconhece no *outro*, quando todo o espaço “se assemelha somos de certo modo todos estrangeiros porque já nada nos identifica” (AUGE, 1994, p. 156), essa falta de nexos entre a pessoa e o lugar, é muito comum na região de fronteira. A noção de lugar e não lugar são noções que possuem um limite, “que correspondem a espaços muito concretos, mas também a atitudes, a posturas, à relação que os indivíduos mantêm com os espaços onde vivem ou que eles percorrem”. (AUGE, 1994, p. 167). Traz ainda, o lugar objetivo, o lugar da identidade e o lugar simbólico o espaço onde se estabelecem as relações, assim como os não lugares

⁶⁰ Enfatiza: “Por mais cheios que possam estar, os lugares de consumo coletivo não têm nada de “coletivo”: Para utilizar a memorável expressão de Althusser, quem quer que entre em tais espaços é “interpelado” enquanto indivíduo, chamado a suspender ou romper os laços e descartar as lealdades. Os encontros, inevitáveis num espaço lotado, interferem com o propósito. Precisam ser breves e superficiais: não mais longos nem mais profundos do que o ator os deseja. O lugar é protegido contra aqueles que costumam quebrar essa regra – todo tipo de intrometidos, chatos e outros que poderiam interferir com o maravilhoso isolamento do consumidor ou comprador. O templo do consumo bem supervisionado, apropriadamente vigiado e guardado é uma ilha de ordem, livre de mendigos, desocupados, assaltantes e traficantes - pelo menos é o que se espera e supõe. As pessoas não vão para esses templos para conversar ou socializar. Levam com elas qualquer companhia de que queiram gozar (ou tolerem), como os caracóis levam suas casas. Lugares ênicos, lugares fágicos, não-lugares, espaços vazios. O que quer que possa acontecer dentro do templo do consumo tem pouca ou nenhuma relação com o ritmo e teor da vida diária que flui “fora dos portões”: Estar num shopping center se parece com “estar noutra lugar”. O templo do consumo, como o “barco” de Michel Foucault, “é um pedaço flutuante do espaço, um lugar sem lugar, que existe por si mesmo, que está fechado em si mesmo e ao mesmo tempo se dá ao infinito do mar”, pode realizar esse “dar-se ao infinito” porque se afasta do porto doméstico e se mantém a distância. Esse “lugar sem lugar” auto-cercado, diferentemente de todos os lugares ocupados ou cruzados diariamente, é também um espaço purificado. [...] Os lugares de compra/consumo oferecem o que nenhuma “realidade real” externa pode dar: o equilíbrio quase perfeito entre liberdade e segurança. Dentro de seus templos, os compradores/consumidores podem encontrar, além disso, o que zelosamente e em vão procuram fora deles: o sentimento reconfortante de pertencer - a impressão de fazer parte de uma comunidade.[...]. “Estar dentro” produz uma verdadeira comunidade de crentes, unificados tanto pelos fins quanto pelos meios, tanto pelos valores que estimam quanto pela lógica de conduta que seguem. [...]”. (BAUMANN, 2001. p.115-116).

objetivos os espaços de circulação-comunicação-consumo. E os não lugares subjetivos os espaços pelos modos de relação com o exterior, (AUGE, 1994, p. 141) um constante ir e vir do espaço construído ao vivido.

O que Marc Augé (1994, p. 141) faz é relacionar os não lugares com diferentes fenômenos seja “do espaço construído e a relação dos indivíduos com ele”. Contemporaneamente, vive-se em tempos líquidos, (expressão cunhada por Zigmunt Baumann, (PRADO, Acesso 12 out. 2012)⁶¹ nada é feito para durar, a mudança é instantânea, e refere à comunidade definida por suas fronteiras vigiadas pelos estranhos que se encontram ou (desencontram).(BAUMANN, 2001. p. 111-112).⁶² Além dos espaços públicos, que servem de ponto de encontro (entre estranhos) que não se encontram, pois o espaço é um lugar de não interação, (BAUMANN, 2001. p. 114) mas o fato de se estar nesse (não lugar) chamado de lugar de consumo coletivo a exemplo dos *shopping centers*, é sentir-se integrado, como parte do todo, como pertencente ao lugar, de fazer parte, de integrar-se a ele. Aponta Zygmunt Baumann (2001, p. 119) que os não lugares “não requerem domínio da sofisticada e difícil arte da civilidade, uma vez que reduzem o comportamento em público a preceitos simples e fáceis de aprender” (BAUMANN, 2001. p. 111-112).

E nesse sentido os haitianos, que chegam, todos os dias, desde o terremoto de 2010, em busca de um lugar, que possam chamar de seu, a fim de se integrar, participar, cultivar, trabalhar, aceitar - viver.

⁶¹ Líquidos mudam de forma muito rapidamente, sob a menor pressão. Na verdade, são incapazes de manter a mesma forma por muito tempo. No atual estágio “líquido” da modernidade, os líquidos são deliberadamente impedidos de se solidificarem.” (PRADO, Acesso 12 out. 2012).

⁶² Comenta: “No encontro de estranhos não há uma retomada a partir do ponto em que o último encontro acabou, nem troca de informações sobre as tentativas, atribulações ou alegrias desse intervalo, nem lembranças compartilhadas: nada em que se apoiar ou que sirva de guia para o presente encontro. O encontro de estranhos é um evento sem passado. Frequentemente é também um evento sem futuro (o esperado é não tenha futuro), uma história para “não ser continuada” uma oportunidade única a ser consumada enquanto dure e no ato, sem adiamento e sem deixar questões inacabadas para outra ocasião”. (BAUMANN, 2001. p.111-112).

3 HAITIANOS NO BRASIL - PÓS TERREMOTO, E AS DIFICULDADES SOCIOAMBIENTAIS

Cumprir lembrar que o Haiti, é um país latino-americano, que se encontra localizado na Ilha, chamada “*La Espaniola*”, e que foi assolado por um terremoto de grande magnitude (7,3 na escala Richter), inimaginável, mas que por um “desvio” do destino atingiu, quem não poderia ter sido atingido (os mais vulneráveis).

Lembra Anne Paiva de Alencar (ACESSO 10 abr. 2015) que o terremoto em Porto Príncipe, (local onde vive a maior parte da população), causou a “morte de aproximadamente 222.570 pessoas, e deixando um pouco mais de 1,5 milhão das pessoas sobreviventes sem suas casas, ou seja, cerca de 80% da população, ocasionando um caos no país mais pobre do Hemisfério Ocidental”. Afirma ainda que segundo dados da própria ONU, “há, ainda, em torno de 800.000 deslocados vivendo em condições miseráveis”, e que embora o terremoto tenha sido “momentâneo, seus efeitos foram duradouros para a população haitiana” (ALENCAR, Acesso 10 abr. 2015).

Por outro lado, destaca Alejandro Fonseca Duarte (Acesso 30 mar. 2015) que um evento local – regional pode ocasionar problemas globais:

As catástrofes naturais são uma complexa associação entre os habitantes de uma região e eventos tais como, terremotos, maremotos, ondas gigantes no mar, erupções vulcânicas, furacões, tornados e, por outro lado, intensas chuvas, alagações, avalanches, queimadas, epidemias, poluição e contaminações. Em uns casos a sociedade está exposta à fúria da natureza sem que a sua ação prévia tenha desenhado o desencadeamento da catástrofe em longo prazo; em outros, como é o caso dos eventos extremos de chuvas, queimadas e acidentes nucleares, existe uma grande parcela de contribuição social devido ao descontrole das atividades tecnológicas, exploração dos recursos naturais, e desatenção governamental ao equilíbrio entre comunidades e seu entorno. Quase sempre, os problemas vindos de uma catástrofe de grande magnitude ou do seu presságio (como as mudanças climáticas), adquirem particularidades globais, embora possam ser locais ou regionais na sua ocorrência. Na atualidade isso se exemplifica, com o terremoto do Haiti e, o terremoto e tsunami do Japão.

Sabe-se que, historicamente esse país sofre com conflitos, são mais de 200 anos de “massacre”, e que antes do terremoto, já era considerado o país da pobreza mais miserável.

Sugerem Andrea Pacheco Pacífico e Thaís Kerly Ferreira Pinheiro, (Acesso 30 mar. 2015), “recursos financeiros e apoio técnico para reconstruir o país”; também sugerem normas internacionais “que coadunem com os interesses dos Estados e as obrigações de proteção da pessoa humana”; ou “um sistema de proteção específico para deslocados ambientais, por não serem refugiados”; ou “ampliação da definição de refugiados”: veja-se:

deve-se, antes de tudo, haver uma maior participação da comunidade internacional na ajuda ao Haiti com recursos financeiros e apoio técnico para reconstruir o país, permitindo, assim, que seus cidadãos não precisem emigrar para sobreviver. Como a migração, contudo, é um fato e um fenômeno notório e crescente no cenário internacional e o direito internacional deve garantir normas que coadunem com os interesses dos Estados e as obrigações de proteção da pessoa humana, sugestões podem ser dadas a respeito da problemática aqui exposta. Um delas seria ampliar o atual regime internacional dos refugiados, alargando a definição do termo para incluir, também, vítimas de catástrofes ambientais, como os imigrantes haitianos que vieram ao Brasil após o terremoto de 2010. Assim, poderia, em esfera internacional e nacional, ser conferida proteção, por meio do refúgio, a pessoas fugindo de eventos (antropogênicos ou naturais) que perturbassem seriamente a ordem pública. Outra sugestão seria desenvolver um sistema de proteção específico para deslocados ambientais, por não serem refugiados e caso a ampliação do regime seja difícil, posto que os instrumentos de direito internacional são restritivos em relação a eles. Finalmente, a questão central abordada é que se torna imperativo que as autoridades competentes avaliem o caso, pois, dada a situação calamitosa do Haiti, seus cidadãos poderiam ser considerados refugiados, se apreciado pela perspectiva da ampliação da definição, principalmente pelo fato de que o Haiti, já antes do terremoto, vivia em calamidade social, produto da recente trajetória política, traçada por alterações drásticas e violentas de governos que arrastaram o país a um extremo empobrecimento. (PACIFICO; PINHEIRO, Acesso 30 mar. 2015).

Nessa linha de raciocínio, no que tange as **dificuldades socioambientais**, para os haitianos no Brasil, elas são de inúmeras ordens, desde problemas com a documentação, (respaldo para o exercício da cidadania) assistência, trabalho, saúde, entre outros. Veja-se abaixo alguns aspectos:

Quanto a documentação, o Ministério da Justiça (Acesso, 30 mar. 2015) estima que dos “cerca de 10 mil haitianos que entraram no Brasil em situação irregular, mais de 6 mil já foram regularizados desde 2010. O restante dos pedidos está em trâmite”. Cumpre lembrar que a Embaixada brasileira na cidade de Porto Príncipe, “emitiu 1525 vistos permanentes especiais, por razões humanitárias” entre 2012 e 2013.

Também cumpre destacar que o Conselho Nacional de Imigração (CNIg) em janeiro de 2012 aprovou inicialmente Resolução de número 97/12 um visto especial humanitário. Ou seja, regula a concessão de um visto humanitário aos haitianos, porém com o fechamento das fronteiras para os migrantes ilegais. A resolução traz:

Art. 1º Ao nacional do Haiti poderá ser concedido o visto permanente previsto no art. 16 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, por razões humanitárias, condicionado ao prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 18 da mesma Lei, circunstância que constará da Cédula de Identidade do Estrangeiro.

Parágrafo único. Considera-se razões humanitárias, para efeito desta Resolução Normativa, aquelas resultantes de agravamento de condições de vida da população haitiana em decorrência do terremoto ocorrido naquele país em 12 de janeiro de 2010.

Art. 2º O visto disciplinado por esta Resolução Normativa tem caráter especial e será concedido pelo Ministério das Relações Exteriores, por intermédio da Embaixada do Brasil em Porto Príncipe.

Parágrafo único. Poderão ser concedidos até 1.200 (mil e duzentos) vistos por ano, correspondendo a uma média de 100 (cem) concessões por mês, sem prejuízo das demais modalidades de vistos previstas nas disposições legais do País.⁶³

Noutra seara, lembra ainda Anne Paiva de Alencar (Acesso 10 abr. 2015):

Em relação à concessão do refúgio, o Coordenador afirmou que a obrigação pátria com relação ao refúgio provém, majoritariamente, da Convenção de 1951, bem como do Protocolo de 1967, somados à Lei n. 9.474/97. Conforme o Ofício: Em que pese a precariedade da situação objetiva do Haiti, que se arrasta até os dias atuais, milhares de haitianos continuam a viver em abrigos, contando com a comunidade internacional para a reconstrução do país. Entretanto, à luz do direito internacional dos refugiados, o atual drama humanitário do Haiti, fincado em pilares naturais e econômicos, não é capaz de levar aos haitianos a serem reconhecidos como refugiados. Eis que nem a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e tampouco o seu Protocolo de 1967 estabelecem os desastres naturais e/ou dificuldades econômicas como fatores capazes de ensejar o refúgio. [...] No caso dos cidadãos haitianos o Estado brasileiro arquitetou uma proteção jurídica complementar de viés humanitário. Posição essa, alias, muito elogiada pelo ACNUR.

Conclui Anne Paiva de Alencar (Acesso 10 abr. 2015)::

No caso específico dos deslocados haitianos, o Governo Brasileiro, por meio do CONARE, decidiu que estes não se enquadram do termo 'refugiado ambiental', tendo em vista que não há nenhuma convenção ou acordo internacional sobre o tema ratificado pelo Brasil.

Porém, pode-se ver que existem esforços, tanto no ordenamento nacional quanto no internacional, com o intuito de regulamentar este termo, para que saia do mundo puramente doutrinário e tenha uma aplicação prática na sociedade, tendo em vista que há a necessidade de

⁶³ CNIg. Resolução Normativa n. 97 de 12 de janeiro de 2012. Dispõe sobre a concessão do visto permanente previsto no art. 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a nacionais do Haiti.

um instituto, com força internacional, que busque proteger os atingidos por desastres ambientais.

É possível que não se possa determinar com certeza se os movimentos de atravessar fronteiras sejam forçados ou voluntários, porém este não é o elemento mais importante dentro do Direito Internacional. O aspecto mais importante é avaliar a necessidade ou não destas pessoas deslocadas receberem proteção internacional e o motivo desta necessidade se converter em direito.

Já em janeiro de 2013 publicou nova Resolução Normativa de nº 106/13, prorrogando por mais 12 meses o chamado “Visto especial humanitário a haitianos”. Sendo agora estendida até janeiro de 2015. Adverte:

Com a intenção de abrir um canal formal e legal para a imigração haitiana, em janeiro de 2012 a Resolução 97 do CNlg aprovou a concessão de até 1.200 vistos permanentes, por ano, em caráter especial, aos cidadãos haitianos em função dos problemas econômicos e humanitários decorrentes do terremoto de 2010, sem prejuízo das demais modalidades de vistos existentes. A validade da medida, de dois anos, expiraria em janeiro de 2014 (MINISTERIO DO TRABALHO E EMPREGO, Acesso 2 abr. 2015).

Essa modalidade de visto, destaca o Portal Brasil, é inédita e muito elogiada, vez que, “sem consulta prévia ao governo brasileiro, é uma facilidade inédita no mundo, elogiada oficialmente pela Organização Internacional para as Migrações (OIM)”. Essa ação segue especificamente a Resolução Normativa 97/2012, “que exige apenas o passaporte válido e a ausência de antecedentes criminais. A opção legal e simplificada desencoraja a atividade de “coiotes” na travessia, por terra, para o Brasil” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Acesso 02 abr. 2015).

Quanto a Assistência Humanitária, é digno de nota, é que a Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), por meio do Departamento de Estrangeiros, tem autorizado a permanência de estrangeiros, com base na Resolução Normativa 27.⁶⁴

Já quanto ao Trabalho e do Emprego, o Ministério do Trabalho e Emprego está emitindo Carteiras de Trabalho e Previdência Social (CTPS). Ou seja, “uma estrutura móvel itinerante do Sistema Nacional de Emprego (Sine) cadastra os trabalhadores, diretamente de Basiléia (Acre), principal porta de entrada dos haitianos no Brasil, por meio do “sistema MTE Mais Emprego, que vão concorrer

⁶⁴ “Além de haitianos, a política foi aplicada para angolanos, entre 1991 e 1992; iranianos da comunidade bahai, em 1986; e aos colombianos, entre 2008 e 2009. Os haitianos estão vindo para o Brasil por razões econômicas”. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Acesso 02 abr. 2015).

às vagas captadas pelos 1,6 mil postos do Sine em todo o país”. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Acesso 02 abr. 2015).

Ironia não? concorrer com os brasileiros, quando sequer há forças, quando sequer há condições iguais. Quando sequer se pode estabelecer parâmetros.

Ainda quanto ao Desenvolvimento Social e Combate à Fome, que é outro fator que demanda atenção, o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, embora tenha reforçado um sistema para um melhor abrigamento dos haitianos, ou seja muitas vezes as condições oferecidas são insuficientes, veja-se a ressalva feita pelo Ministério de que “em 2012, o MDS repassou R\$ 630 mil ao governo do Acre para a realização destas ações, sendo R\$ 360 mil em janeiro e R\$ 270 mil em novembro” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Acesso 02 abr. 2015).

Quanto à saúde, a situação apesar de grave, está sob controle, pois o Ministério da Saúde, colocou à disposição um médico, e uma enfermeira da (Força Nacional do Sistema Único de Saúde - SUS) e ainda um técnico da área de Vigilância em Saúde, afim de avaliar a saúde dos haitianos, no que se refere a situação epidemiológica, como doenças alimentares e relacionadas ao uso da água e moradia (precárias).⁶⁵

Nesse sentido adverte o Papa Francisco, (Acesso 12 abr. 2015) após cinco anos:

O Papa Francisco afirmou que muito já foi feito para reconstruir o país, mas ressaltou que “não podemos ignorar o fato de que ainda falta muito o que fazer” [...] O terremoto de 12 de janeiro de 2010, cujo epicentro ocorreu perto da capital, Porto Príncipe, e provocou mais de 200 mil mortes e afetou pelo menos três milhões de pessoas, destruiu grande parte da infraestrutura do país e todos os hospitais da ilha. — Não há verdadeira reconstrução sem a reconstrução da própria pessoa. Isto pressupõe que cada pessoa no Haiti tenha o necessário do ponto de vista material, mas também que ao mesmo tempo possa viver sua liberdade, suas responsabilidades e sua vida religiosa e espiritual — afirmou o Papa. O pontífice expressou gratidão “a todos os que, de numerosas formas, acudiram o povo haitiano” após o terremoto. A conferência, que teve como tema “A comunhão da igreja: memória e esperança para o Haiti a cinco anos do terremoto”, foi realizada no

⁶⁵ Nessa seara, quanto a Cooperação, as ações na área de saúde com o Haiti são o maior programa de cooperação mantido pelo Brasil em todo o mundo. Cooperação nos âmbitos bilateral e em parceria com Cuba. Foram reformados e reconstruídos dois laboratórios especializados em vigilância epidemiológica. No âmbito trilateral (Brasil, Cuba e Haiti), três hospitais Comunitários de Referência e um Instituto Haitiano de Reabilitação estão previstos para serem entregues em 2013. O projeto inclui também a formação de profissionais de saúde.

O Brasil participou da Campanha Nacional de Vacinação no Haiti de 2012, com a doação de vacinas e o fornecimento de consultoria técnica”. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Acesso 02 abr. 2015).

Vaticano “pelo desejo do pontífice de manter viva a atenção sobre um país que ainda sofre as consequências da catástrofe e para reiterar a aproximação da Igreja com o povo haitiano nesta fase de reconstrução”.

Realidade cruel, passados cinco anos do terremoto, segundo a Agência Brasileira de Comunicação, (Acesso 12 abr. 2015) a Anistia Internacional (AI), em relatório, afirma que são mais de 170 mil haitianos, que ainda vivem em acampamentos, observa-se:

Quatro (agora cinco) anos depois da tragédia que deixou 220 mil mortos e 2,3 milhões de desabrigados, 171.974 pessoas ainda vivem em campos de desabrigados no Haiti, segundo a Anistia Internacional (AI). Em relatório, a entidade informa que a grande maioria dos acampados continua em péssimas condições sanitárias. O terremoto arrasou o país, que teve prédios públicos, hospitais, escolas e casas destruídos. [...] Além de ajudar na reconstrução do país, o Brasil é o maior fornecedor de tropas para a Missão de Paz das Nações Unidas (Minustah), que está no Haiti desde 2004.⁶⁶

Vínculo este que se estabelece também com o direito ambiental, vez que, principalmente nos alojamentos; acampamentos (provisórios) não é apenas o uso da água, esgoto, lixo, do meio onde se encontram, é muito mais.

⁶⁶ “As tropas têm o objetivo de garantir a estabilidade e segurança do país. Os militares brasileiros trabalham também no desenvolvimento urbano com projetos de engenharia, como pavimentação de ruas e iluminação pública, além de projetos sociais. O governo brasileiro investe ainda em projetos de cooperação técnica, especialmente na área de saúde, com a construção de três hospitais, dois laboratórios regionais, um centro de reabilitação, além da formação profissional de 2 mil agentes de saúde, no valor de US\$ 70 milhões. O Brasil assinou ainda um acordo para a construção de uma usina hidroelétrica projetada pelo Exército Brasileiro, que fornecerá eletricidade para mais de 1 milhão de famílias. A usina fica a 60 quilômetros da capital, Porto Príncipe. De acordo com a Anistia Internacional, existem 306 acampamentos que alojam desabrigados no país. Desse total, apenas 8% têm fornecimento de água; e 4%, gestão de resíduos. Apenas 54% (166) acampamentos têm banheiros, o que representa um vaso sanitário para cada 114 pessoas. Essas condições, informa a AI, expõem os desabrigados a numerosas doenças. Desde o surto de cólera de outubro de 2010, houve 8.531 mortes provocadas pela doença. Para 2014, o Ministério da Saúde haitiano prevê 45 mil novos casos. Além de lidarem com a precariedade sanitária, os acampados convivem com a ameaça de remoção dos acampamentos. De acordo com a Organização Internacional para as Migrações (OIM), 11% dos campos de desabrigados haviam sido fechados à força até setembro de 2013, enquanto 45% da população nessas áreas estavam sob risco de despejo. Segundo a OIM, 113.595 famílias de desabrigados foram realocadas em abrigos temporários, enquanto mais de 54.758 conseguiram se cadastrar em programas de subsídios de aluguéis, recebendo cerca de US\$ 500 para alugar uma moradia durante um ano e US\$ 125 para iniciar atividades geradoras de renda. A Anistia Internacional, no entanto, questiona a capacidade de os beneficiários desses programas conseguirem se manter no longo prazo. De acordo com a entidade, uma avaliação de doadores internacionais constatou que 60% das famílias que recebem complementação para o aluguel acreditavam que não teriam recursos para manter a qualidade de acomodação após o fim dos subsídios. Além disso, 75% das pessoas que se mudaram após o fim dos contratos estavam morando em condições piores”. Agência Brasil de comunicação. Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2014-01-12/quatro-anos-apos-terremoto-170-mil-haitianos-ainda-vivem-em-acampamentos> Acesso 12 abr. 2015.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como resultado parcial, percebe-se que o Comitê Nacional para Refugiados (Conare) concluiu pela não concessão do refúgio, pois não há *status* de refúgio para os haitianos no Brasil, (que exige que a pessoa seja vítima de perseguição em seu país, entre outros). Para tanto, o Conselho Nacional de Imigração, baixou uma Resolução Normativa de nº 97/12, criando o “visto por razões humanitárias” (estendido até 2015) para esses imigrantes, e os números vem aumentando, mesmo impondo-se limitações como: liberação de 1.200 vistos/ano e com validade de cinco anos. Tudo isso mostra que o caminho para uma cidadania efetiva é longo, pois assim como os direitos humanos são desrespeitados, basta ver alguns artigos da Declaração Universal, a exemplo do Artigo XXI - [...] Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos; [...] Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país; [...] A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto; Artigo XXV - [...] Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. (ONU, Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948).

Também a Constituição Federal de 1988: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. É a conjugação de princípios,

direitos, garantias individuais e coletivas, é a cidadania formal, trazido nos artigos 1º, 5º, 6º e 14, muito embora falte a materialização/efetivação.

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

E também os direitos sociais do Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. E por fim, o art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei.

Por fim, ainda como conclusão parcial, a verificação de que os imigrantes haitianos, não podem votar por exemplo, e que também não veem respeitados os direitos acima elencados, ou seja, direitos humanos, fundamentais e cidadania, por não existir amparo jurídico efetivo para tanto. O que se sugere, é que seja traçada uma política de amparo em âmbito nacional para os novos refugiados, ou seja os “refugiados ambientais”, salvaguardando a estes os direitos, por uma questão de humanidade.

REFERÊNCIAS

Agencia Brasil de comunicação. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2014-01-12/quatro-anos-apos-terremoto-170-mil-haitianos-ainda-vivem-em-acampamentos>> Acesso 12 abr. 2015.

ALENCAR, A. P. Análise da condição jurídica dos caracterizados refugiados ambientais do Haiti no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3694, 12 ago. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24288>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

AUGE, M. **Los «no lugares» espacios del anonimato:** Una antropología de la Sobremodernidad (Título del original en francés: Non-lieux. Introduction á une anthropologie de la surmodenité. Edition de Seuil, 1992. Colection La Librairie du XX

é siecle, sous la direction de Maurice Olender). Traducción: Margarita Mizraji, Quinta reimpressão, Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., 2000.

AUGÉ, M. **Não-lugares**: introdução a uma antropologia da supermodernidade. Campinas: Papirus, 1994. (Coleção Travessia do Século).

BAUMANN, Z. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p.115-116.

BHABHA, H. K. **O local da cultura**. Trad. Myriam Ávila, Eliana Lourenço de Lima Reis, Gláucia Renate Gonçalves. Belo Horizonte: UFMG, 1998.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BÜHRING, M. A. Direitos humanos e fundamentais, migração nas fronteiras Brasil e Uruguai: uma análise dos déficits do direito social à saúde da mulher nas cidades gêmeas: Santana do Livramento-BR/Rivera-UR e Chuí-BR/Chuy-UR. **Tese de Doutorado**. PUCRS, Porto Alegre, 2013.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CNIg. **Resolução Normativa n. 97 de 12 de janeiro de 2012**. Dispõe sobre a concessão do visto permanente previsto no art. 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a nacionais do Haiti. Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2013/10/prorrogada-concessao-de-visto-especial-a-haitianos>> . Acesso em 02 abr de 2015.

DUARTE, A. F. **Refugiados ambientais os haitianos antes e depois do terremoto**. Disponível em: <<http://www.ufac.br/portal/news/refugiados-ambientais-os-haitianos-antes-e-depois-do-terremoto>> Acesso em 30 mar. 2015.

HERKENHOFF, J. B. **Curso de Direitos Humanos: Gênese dos Direitos Humanos**. Volume 1. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994.

LUÑO, A. E. P. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MAZZUOLI, V. O. **Gênese e principiologia dos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos**: o legado da Declaração Universal de 1948. Revista Jurídica Cajamarca. Disponível em <<http://www.galeon.com/ceif/REVISTA3/tratados.htm>> Acesso em: 27 jul. 2011.

MAZZUOLI, V. de O. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

Ministério da Justiça. **Portal Brasil**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2013/04/sintese-das-acoes-de-cada-orgao-do-governo-federal-junto-aos-haitianos>> . Acesso em 02 abr de 2015.

MORAIS, A. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. Coleção Temas Jurídicos 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

O Globo. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/religiao/papa-cobra-acoes-cinco-anos-apos-terremoto-no-haiti-15019338#ixzz3XFQ3sSdt>>. Acesso em 12.04.2015.

ONU no Brasil. **Estrutura da ONU e funcionamento dos órgãos**. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/sistema_onu.php>. Acesso em: 20 jul. 2011.

PACÍFICO, A. P.; PINHEIRO, T. K. F. O status do imigrante haitiano no Brasil após o terremoto de 2010 sob a perspectiva do Pós-Estruturalismo. **Revista Perspectivas do Desenvolvimento**: Um enfoque multidimensional. RPD, 2013, Nº 1 Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&ved=0CDoQFjAG&url=http%3A%2F%2Fperiodicos.unb.br%2Findex.php%2Fperspectiva%2Fsdodesenvolvimento%2Farticle%2Fdownload%2F9837%2F7233&ei=Y30sVb6QDIe0sATxmIDYBQ&usq=AFQjCNGj4HbDPcKMj8Cgplysuid1DfTHPA>> . Acesso 30 mar. 2015.

PIOVESAN, FI. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p.XXXI/XXXII.

PRADO, A. **Zygmunt Bauman**: "Vivemos tempos líquidos. Nada é para durar". Disponível em: <http://www.istoe.com.br/assuntos/entrevista/detalhe/102755_VIVEMOS+TEMPOS+LIQUIDOS+NADA+E+PARA+DURAR+?pathImagens=&path=&actualArea=internalPage>. Acesso em: 12 out. 2012.

SANTOS, B. S. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1997.

SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOARES, G. F. S. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo : Atlas, 2002. v.1.

VÁSQUEZ, M. de L. L. Las políticas de la representación. In: VANEGAS, Julio Arias [et al.]. **Identidades culturales y formación del estado en Colombia** :

colonización, naturaleza y cultura. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, CESO, Ediciones Uniandes, 2006.

"DE LAS GARANTÍAS A LA RETRIBUCIÓN". ANÁLISIS SOBRE EL IMPACTO DE LA LEY 19.055 EN EL SISTEMA PENAL JUVENIL URUGUAYO"

Daniel Díaz

RESUMEN: La ratificación de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) por el Estado Uruguayo implicó la obligación de actualizar la normativa interna, abandonando un concepto de niño, niña y adolescente (NNA) como objeto de tutela, para considerarlo un sujeto de derecho pleno. En el ámbito nacional uruguayo la aprobación de la CDN trajo aparejado un importante proceso de cambios normativos, cambios que iniciaron con la Acordada N° 7.236 de la Suprema Corte de Justicia en 1994 y las ampliaciones realizadas en 1995 por la Ley N° 16.707 de Seguridad Ciudadana. Posteriormente, el 7 de setiembre de 2004 es promulgado por el Poder Ejecutivo el Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 17.823) que entró en vigencia a fines de setiembre de 2004. (Morás, L. 2000). Todo este largo proceso de cambios que ha sido transitado en el ámbito nacional e internacional ha contribuido a la consolidación de un derecho penal juvenil de corte garantista, un derecho específico aplicable a sujetos en desarrollo, reconociendo diversos derechos y garantías a los adolescentes sometidos a proceso. Es en este marco que las actuales reformas legislativas introducidas por las leyes números 18.771⁶⁷, 18.777⁶⁸, 18.778⁶⁹ y 19.055⁷⁰; así como la continua demanda de cambios sustanciales en el sistema nos presentan un panorama complejo, que tuvo como punto más alto el plebiscito sobre la baja de la imputabilidad penal⁷¹. De esta forma, el sistema penal juvenil basado en la CDN parece haber comenzado un camino de cambios en donde se han modificado derechos y principios claves de la CDN. Es por esta razón que se hace necesario reflexionar y discutir sobre nuestras prácticas judiciales para comprender como se desarrollan los procesos penales adolescentes. Si nos centramos en el análisis de las últimas reformas legislativas realizadas al sistema penal juvenil podemos observar que todas ellas de alguna manera han buscado dar respuesta a una creciente demanda de seguridad ciudadana, dejando poco

67 Ley 18771 Creación del Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente SIRPA

68 Ley 18777 Modificativa del artículo 69 del CNA, tipificando la tentativa en el delito de hurto.

69 Ley 18779 Creación del registro de antecedentes judiciales para Adolescentes en conflicto con la ley penal

70 Ley 19055 Modificativa de los artículos 72 y 76 del CNA, estableciendo una pena mínima de un año.

71 Luego de una prolongada campaña política que obtuvo las firmas requeridas el 26 de octubre de 2014 junto con las elecciones nacionales se plebiscitó una reforma constitucional a los efectos de reducir la edad de imputabilidad penal a 16 años, la cual si bien no salió aprobada alcanzó el 47% de los votos.

espacio para el intercambio con otras disciplinas. Por otra parte, las actuales políticas de seguridad ciudadana abordan solo una parte del problema haciendo recaer el peso de la ley en los sectores más vulnerables de la sociedad, dejando fuera de la discusión todo dato relacionado a las trayectorias de vida de los adolescentes, elementos fundamentales para comprender los procesos de exclusión social característicos de nuestras sociedades (Rosanvallon. P. 1995). En este contexto es posible observar como la sanción de esta ley repercute en las diferentes argumentaciones generando un endurecimiento de la respuesta penal.

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad penal juvenil, política pública y derechos de infancia

1 INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por finalidad presentar parte de los resultados del Proyecto de Investigación "*La culpabilidad en el derecho penal juvenil y su vinculación con la determinación judicial de la pena*", desarrollado en el marco del Programa de Iniciación a la Investigación Científica financiado por la Comisión Sectorial de Investigación Científica (CSIC). Para la realización del mismo se procedió a la recolección de información cuantitativa y cualitativa de fuentes secundarias para el análisis de los expedientes judiciales de los cuatro Juzgados Letrados de Adolescentes que funcionan en la Ciudad de Montevideo.

El objetivo de este trabajo consiste en determinar el impacto de la Ley N° 19.055⁷² en la determinación judicial de la pena realizada por los Juzgados Letrados de Adolescentes, tomando como período de estudio febrero – marzo de 2012 y febrero – marzo de 2013. Dado que la Ley 19.055 entró en vigencia en febrero de 2013 se aseguró que a todos los casos del periodo 2013 les sería aplicable dicha normativa. En una primera instancia, se procedió al análisis de los datos socioeconómicos de los adolescentes que ingresaron al sistema penal juvenil, en base a la información que surge de los informes técnicos agregados a los expedientes judiciales. Para luego adentrarnos específicamente en el análisis de las sentencias judiciales, estableciendo comparaciones entre los dos periodos, previa y posterior a la entrada en vigencia de la Ley 19.055, en lo relacionado a la

⁷²Sancionada el 04 de enero de 2013.

aplicación de medidas privativas y no privativas de libertad y el quantum de la pena para los delitos de hurto y de rapiña⁷³.

De la recolección de datos realizada se pudo acceder a un total de 131 Expedientes Judiciales correspondientes al año 2012 y 139 Expedientes Judiciales correspondientes al año 2013. Lo que representó un total de 153 procesos infraccionales concluidos en el período 2012 y 166 en el período 2013, dado que en algunos casos en un mismo expediente judicial se tramitaron más de un proceso infraccional.

En lo que respecta a la Ley N° 19.055 corresponde mencionar que la misma modificó sustancialmente el régimen jurídico aplicable a los adolescentes en conflicto con la ley, incorporando el artículo 116 bis al CNA. De esta forma, se introdujeron diversas modificaciones para los delitos gravísimos⁷⁴ (entre ellos el de rapiña), cometidos por adolescentes de entre 15 y 17 años de edad, siendo las siguientes las más relevantes: 1) El establecimiento de una pena mínima de un año; 2) La obligatoriedad de la medida cautelar de internación provisoria; y 3) La comunicación al Juzgado Penal competente a efectos de evaluar la presunta responsabilidad de los representantes legales del adolescente. Por otra parte, en su artículo 2 se establece la posibilidad de un procedimiento abreviado el cual previa conformidad de las partes permite el dictado de sentencia definitiva en la audiencia preliminar, disponiendo en la misma línea que la Ley 18.777, que no será impedimento para el dictado de sentencia definitiva la falta de informes técnicos.

⁷³ Artículo 344 (Rapiña) El que, con violencias o amenazas, se apoderare de cosa mueble, sustrayéndosela a su tenedor, para aprovecharse o hacer que otro se aproveche de ella, será castigado con cuatro a dieciséis años de penitenciaría. La misma pena se aplicará al que, después de consumada la sustracción, empleara violencias o amenazas para asegurarse o asegurar a un tercero, la posesión de la cosa sustraída, o para procurarse o procurarle a un tercero la impunidad. La pena será elevada a un tercio cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 341 en cuanto fueren aplicables.

⁷⁴ Delitos de: Homicidio, Lesiones gravísimas, Violación, Rapiña, Privación de libertad agravada, Secuestro y cualquier otro que el Código Penal o las Leyes Especiales castiguen con una pena cuyo límite mínimo sea igual o superior a seis años de penitenciaría o cuyo límite máximo sea igual o superior a doce años de penitenciaría.

2 ANÁLISIS DE DATOS

2.1 Informes Técnicos

En lo relacionado a los informes técnicos podemos observar que en el período 2012 fueron agregados 103 informes técnicos, mientras que en el período 2013 fueron agregados 105, con lo cual prácticamente no se encuentran variaciones respecto a este punto. Igualmente es preciso mencionar que la Ley 18.777⁷⁵ ya había dispuesto la posibilidad de dictar sentencia definitiva sin el informe técnico, aunque el mismo debía agregarse con posterioridad.

2.1.1 Edades

En relación a las edades podemos observar que de los adolescentes sometidos a proceso en cada uno de los períodos un 72 % tenía entre 16 y 17 años en el período 2012 y un 69 % en el período 2013, siendo casi inexistentes los procesos iniciados a jóvenes de 13 años de edad.

| Edades | 2012 | 2013 |
|--------|------------|------------|
| 13 | 2 (2%) | 3 (3%) |
| 14 | 5 (5%) | 7 (7%) |
| 15 | 21 (20%) | 22 (21%) |
| 16 | 30 (29%) | 37 (35%) |
| 17 | 44 (43%) | 36 (34%) |
| 18 | 1 (1%) | - |
| Total | 103 (100%) | 105 (100%) |

⁷⁵ Sancionada el 15 de julio de 2011

2.1.2 Sexo

En lo relacionado al sexo, podemos observar, en consonancia con los antecedentes sobre el tema, un amplio predominio de adolescentes de sexo masculino, representando un 93 % del total para el año 2012 y un 89 % del total para el año 2013.

| Sexo | 2012 | 2013 |
|-----------|------------|------------|
| Masculino | 96 (93%) | 93 (89%) |
| Femenino | 7 (7%) | 12 (11%) |
| Total | 103 (100%) | 105 (100%) |

2.1.3 Antecedentes

Un dato significativo refiere a los antecedentes infraccionales de los adolescentes sometidos a proceso. En ese caso se observa una concordancia entre los dos períodos de estudio registrándose un 58% de adolescentes sin antecedentes para el 2012 y un 59 % para el 2013.

| Antecedentes | 2012 | 2013 |
|------------------|------------|------------|
| Sin Antecedentes | 60 (58%) | 62 (59%) |
| Con Antecedentes | 43 (42%) | 43 (41%) |
| Total | 103 (100%) | 105 (100%) |

2.1.4 Nivel educativo

En este caso podemos observar que un 51% de los adolescentes a los cuales se les inició proceso en el período 2012 no ingresaron a ciclo básico, descendiendo levemente para el periodo 2013, en donde se ubico en el 48%. Asimismo, surge un alto porcentaje de jóvenes con primaria incompleta, representando un 26% para el 2012 y 28% para el 2013. A esto se le debe sumar

que si bien un 35 % de los jóvenes accedieron a ciclo básico en el 2012 y un 39% en el 2013, de la información obtenida surge que mayoritariamente son adolescentes con un importante rezago educativo, quienes en muchos casos terminan por abandonar los estudios.

“Se inscribió en el liceo N° 19 donde cursó 1° año de ciclo básico, repitió, vuelve a cursar en dos oportunidades y finalmente abandona” (Expediente 21/2013 Juzgado Letrado de Adolescentes de Cuarto Turno – Informe Técnico)

“En el plano educativo tiene aprobado el ciclo primario, repitiendo luego dos veces 1° de liceo” (Expediente 42/2013 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Cuarto Turno – Informe Técnico)

“...curso hasta segundo año liceal el que abandonó sin terminar....” (Expediente 19/2012 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Segundo Turno – Informe Técnico)

“.....finalizada la escuela concurrió a tres centros de capacitación, no pudiendo aportar identificación de los mismos y de los cuales habría sido expulsado, a causa de su mal comportamiento.....” (Expediente 48/2012 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Primer Turno – Informe Técnico)

En otros casos, podemos encontrar jóvenes que directamente no han culminado sus estudios primarios, en donde en algunos casos ni siquiera se ha adquirido lecto–escritura.

“XX ha cursado hasta 4° año de estudios primarios, alega tener dificultad de aprendizaje. No sabe leer ni escribir” (Expediente 28/2013 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Tercer Turno –Informe Técnico)

“Según lo manifestado por la madre no habría terminado ciclo escolar y no accedió a la lecto-escritura” (Expediente 22/2012 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Segundo Turno – Informe Técnico)

“Cursó hasta 5 año de escuela y lo pasaron de grado por extra edad. Expresa haber recurrido primero en tres ocasiones” (Expediente 28/2012 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Primer Turno – Informe Técnico)

| Nivel educativo | 2012 | 2013 |
|-----------------|------|------|
|-----------------|------|------|

| | | |
|-------------------------|------------|------------|
| Primaria Incompleta | 27 (26%) | 29 (28%) |
| Primaria Completa | 26 (25%) | 21 (20%) |
| Ciclo básico Incompleto | 36 (35%) | 41 (39%) |
| Ciclo básico completo | 5 (5%) | - |
| Bachillerato Incompleto | 1 (1%) | - |
| UTU incompleto | 8 (8%) | 12 (11 %) |
| Otros | - | 2 (2%) |
| Total | 103 (100%) | 105 (100%) |

2.1.5 Consumo de sustancias psicoactivas

Sin lugar a dudas otro dato relevante que surge del análisis de los informes técnicos, refiere al importante porcentaje de adolescentes que no presentaron un consumo problemático de sustancias psicoactivas. De esta forma, un 70 % de los adolescentes no presentó un consumo problemático para el período 2012, mientras que en el 2013 se ubicó en el 76%. En los casos en donde se detectó un consumo problemático en su gran mayoría el mismo estuvo vinculado al consumo de pasta base. Este consumo problemático da cuenta de un deterioro personal importante a nivel de salud, educación, vínculos familiares etc., derivando en muchos casos en el abandono del hogar.

"De manera que se está frente a una adolescente cuyo acceso al sistema educativo, de salud, de protección son mínimos e inexistentes. A esto hay que agregar los daños que ha sumado el consumo problemático de drogas" (Expediente 32/2013 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Primer Turno - Informe Técnico)

"Al momento de ser arrestado el joven presentaba consumo problemático de sustancias psicoactivas (PCB) permaneciendo en situación de calle" (Expediente 20/2013 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Cuarto Turno – Informe Técnico)

"X presenta un consumo abusivo de PBC, por lo cual estuvo internado en Api por el termino de un año, posteriormente se fuga y vuelve a consumir"(.....)"Se trata de un joven que presenta situaciones de vida riesgosa,

por permanecer un importante tiempo de su vida en situación de calle....”
(Expediente 39/2012 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Segundo Turno – Informe Técnico)

| Consumo de sustancia | 2012 | 2013 |
|-------------------------|------------|------------|
| No consume | 48 (47%) | 50 (47%) |
| Consumo no problemático | 24 (23%) | 30 (29%) |
| Consumo problemático | 31 (30%) | 25 (24%) |
| Total | 103 (100%) | 105 (100%) |

2.1.6 Núcleo familiar

Del análisis de los datos surge como relevante un aumento en el porcentaje de familias integradas por más de tres niños, niñas y adolescentes, ubicándose en un 52% para el período 2012 aumentando sensiblemente para el periodo 2013, ascendiendo a un 74 % del total. Otro dato relevante refiere a la presencia de hogares nucleares mono-parentales el cual asciende a un 30% para el período 2012 y 32% para el período 2013. En estas situaciones el adulto responsable en la mayoría de los casos es la madre del joven, quien oficia como jefa de hogar.

“Según versión materna fue ella quien se ocupó de la crianza de sus hijos. En relación al padre biológico no puede aportar datos....” (Expediente 46/2013 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Segundo Turno –Informe Técnico)

“Proviene de un núcleo familiar con muy bajos recursos económicos, madre jefa de hogar, con trabajo precario, recibe ayuda del MIDES (tarjeta y asignación familiar) siendo por periodo este su único sustento” (Expediente 19/2013 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Cuarto Turno – Informe Técnico)

“Adolescente que integra un grupo familiar compuesto por su madre”(....)”el padre de X no mantiene de acuerdo a lo referido vinculo con su hijo...” (Expediente 37/2012 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Cuarto Turno –Informe Técnico).

| Núcleo familiar | 2012 | 2013 |
|--|-----------|------------|
| Sin núcleo familiar | 2 (2%) | 1(1%) |
| Hogar nuclear completo con 1 o 2 hijos | 6 (6%) | 3 (3%) |
| Hogar nuclear completo con 3 o 4 hijos | 5 (5%) | 11 (10%) |
| Hogar nuclear completo con más de 4 hijos | 9 (9%) | 9 (9%) |
| Hogar nuclear monoparental con 1 o 2 hijos | 13 (12%) | 7 (7%) |
| Hogar nuclear monoparental con 3 o 4 hijos | 9 (9%) | 14 (13%) |
| Hogar nuclear monoparental con más de 4 hijos | 9 (9%) | 13 (12%) |
| Hogar extendido con 1 o 2 menores de edad a cargo | 20 (19%) | 11 (10%) |
| Hogar extendido con 3 o 4 menores de edad a cargo | 6 (6%) | 12 (11%) |
| Hogar extendido con más de 4 menores de edad a cargo | 1 (1%) | 4 (4%) |
| Hogar compuesto con 1 o 2 menores de edad a cargo | 3 (3%) | 2 (2%) |
| Hogar compuesto con 3 o 4 menores de edad a cargo | 9 (9%) | 8 (8%) |
| Hogar compuesto con más de 4 menores de edad a cargo | 4 (4%) | 7 (7%) |
| Situación de calle | 7 (6%) | 3 (3%) |
| Total | 103(100%) | 105 (100%) |

2.1.7 Relación con el trabajo del núcleo familiar

En relación a este punto podemos observar un alto porcentaje de antecedentes de trabajo por parte de los integrantes de los grupos familiares, tanto en el período 2012 como 2013. Sin embargo, nos encontramos frente a un trabajo de tipo informal, predominando la desprotección de normas laborales y de seguridad social.

“Los ingresos económicos del núcleo familiar provienen del trabajo de estos adultos como feriantes en el rubro de vestimenta.....” (Expediente 48/2013 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Segundo Turno – Informe Técnico)

“XX de 16 años de edad, fecha de nacimiento 26/01/1997, reside con sus abuelos paternos XX clasificador y XX empleada de limpieza en un almacén.....” (Expediente 51/2013 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Cuarto Turno – Informe Técnico)

“Ha trabajado de manera esporádica en changas de albañilería con su padre” (Expediente 37/2012 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Primer Turno – Informe Técnico)

“todas las mujeres del núcleo familiar se desempeñan como empleadas domesticas con retiro y feriantes siendo este el sustento económico familiar” (Expediente 23/2012 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Tercer Turno – Informe Técnico)

Como dato relevante podemos encontrar la presencia de diferentes prestaciones sociales provenientes del Estado (MIDES⁷⁶ - BPS⁷⁷) que en algunos casos forma parte sustancial del ingreso de estos núcleos familiares.

“La familia reside en la zona del asentamiento Los Reyes con sustentos desde el punto de vista económicos provenientes de asignaciones y tarjetas del MIDES” (Expediente 30/2013 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Segundo Turno – Informe Técnico)

“.....los recursos económicos del grupo familiar están compuestos por transferencias otorgadas por organismos estatales en el marco de políticas sociales dirigidas a grupos vulnerables, asignaciones familiares e ingresos ciudadanos, tarjeta de compras”(Expediente 42/2013 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Segundo Turno –Informe Técnico)

“Los ingresos económicos de la familia provienen de tareas de reciclaje que realiza el Sr. XX y de asignaciones de las hijas menores de edad” (Expediente 24/2012 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Segundo Turno – Informe Técnico)

⁷⁶ Ministerio de Desarrollo Social

⁷⁷ Banco de Previsión Social

| Relación con el trabajo NF | 2012 | 2013 |
|----------------------------|-----------|------------|
| Sin antecedentes | 14 (14%) | 17 (16%) |
| Con Antecedentes | 89 (86%) | 88 (84%) |
| Total | 103(100%) | 105 (100%) |

2.1.8 Antecedentes infraccionales del núcleo familiar

En lo relacionados a los antecedentes penales o infraccionales de los integrantes del núcleo familiar podemos observar un alto porcentaje de casos sin antecedentes de ningún tipo. Habiendo sin embargo un 27 % de casos con algún antecedente penal o infraccional para el período 2012 y un 29 % para el período 2013.

En relación a este punto es posible encontrar diferentes datos en donde el vínculo con el sistema penal forma parte de las vivencias del núcleo familiar, teniendo consecuencias desde el punto de vista afectivo y económico.

“En el 2004 la Sra. XX estuvo recluida durante nueve meses por omisión de los deberes inherentes a la patria potestad, según sus expresiones fue en el momento que todos los chicos se le fueron a la calle y luego todos (excepto los dos menores actualmente a su cargo) han estado en diversos centros tanto de amparo como de privación de libertad. En relación a su padre dice que no lo conoce” (Expediente 28/2013 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Cuarto Turno –Informe Técnico)

“Joven que se encuentra en extrema vulnerabilidad en lo que respecta a la situación familiar su madre falleció hace 10 años y su padre ha estado recluido en el COMCAR” (.....)” XX cuanta con cuatro hermanos de 5, 9,10 y 15 años de edad” (Expediente 41/2013 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Cuarto Turno – Informe Técnico)

“Convivía con su tía ya que su madre se encuentra presa en el CNR. Hay otros integrantes de la familia también privados de libertad” (Expediente 18/2012 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Tercer Turno – Informe Técnico)

“XX cursa embarazo sin control en el segundo trimestre. El padre de la criatura, pareja de la joven, ejerció sobre la misma violencia domestica, razón por la cual la madre tuvo que intervenir en defensa de su hija” (Expediente 23/2012 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Tercer Turno – Informe Técnico)

| Antecedentes infraccionales del NF | 2012 | 2013 |
|---|------------|------------|
| Sin antecedentes | 75 (73%) | 75 (71%) |
| Con un integrante con antecedentes | 25 (24%) | 19 (18%) |
| Con hasta tres integrantes con antecedentes | 3 (3%) | 11 (11%) |
| Totales | 103 (100%) | 105 (100%) |

2.1.9 Zonas de residència

En relación a las zonas de las cuales provienen los adolescentes sometidos a procesos se optó por agruparlos tomando como criterio principal la distribución en Comunales Zonales⁷⁸, realizando modificaciones a efectos de no repetir barrios y unir algunas zonas con características socioeconómicas similares. La información relativa a las zonas se obtuvo del domicilio que figura en los informes técnicos, complementando este dato con las actas labradas en sede policial. Es así que se procedió a dividir la ciudad de Montevideo en 17 zonas, sumándole a ello la zona 18 correspondiente al Departamento de Canelones y la Zona 19 que refiere a adolescentes en situación de calle. De la distribución surgen varios datos relevantes, el primero de ellos refiere a una marcada concentración de adolescentes provenientes de las zonas 10, 16, 13, 9, 8 y 7 las cuales representaron un 69 % del total para ambos períodos. Estas zonas comprenden barrios a los cuales podemos caracterizar como de bajo nivel socioeconómico, tales como, Casavalle, La Teja, Cerro, Cerro Norte, Maroñas, Piedras Blancas, Punta de Rieles, Manga, Carrasco Norte, Cruz de Carrasco, Malvín Norte, entre otros.

⁷⁸ Lista de Centros Comunales Zonales Montevideo:
www.montevideo.gub.uy/institucional/centros-comunales

Por otra parte, muchas veces si bien se menciona el domicilio del adolescente, este dato se presenta matizado por la alternancia entre el hogar y la calle, surgiendo un cotidiano marcado por el relacionamiento con el grupo de pares.

“XX se encuentra en calle todo el día con un grupo de pares con quienes realiza actividades recreativas y otras que lo vulneran y exponen” (Expediente 34/2013 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Tercer Turno – Informe Técnico)

“a los 12 años abandona su hogar, argumentando según sus palabras (no me gusta que me manden) Al mes de convivir en casa de amigos, vuelve con sus padres” (Expediente 24/2012 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Segundo Turno –Informe Técnico)

Otras veces, el domicilio se presenta como un lugar en donde los referentes adultos no asumen un rol preponderante, en estos casos nos encontramos frente a jóvenes que alternan su niñez y adolescencia entre Hogares de Amparo de INAU y la calle.

“.....a la edad de 9 años XX se va de su casa, junto a su hermano, pasando a vivir en situación de calle. Es a partir de este momento que el joven comienza a alternar su permanencia entre centros de protección de INAU y la casa de los abuelos, para luego retornar a su situación de calle inicial” (Expediente 20/2013 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Cuarto Turno – Informe Técnico)

“con una larga trayectoria institucional, ha estado en prácticamente todos los centros, iniciando su institucionalización en la infancia” (Expediente 15/2012 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Segundo Turno –Informe Técnico)

“XX no cuenta con un grupo familiar de referencia y ante lo dispuesto en relación a su situación de amparo” (Expediente 31/2012 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Segundo Turno –Informe Técnico)

Por último, es posible encontrar algunos casos en donde directamente se ubica al adolescente e incluso a su familia en situación de calle. En estos casos nos encontramos frente a jóvenes que han estado en esta situación hace varios años.

“La madre y sus hijos vivían desde hacía ya varios meses en situación de calle con todo lo que ello implica” (Expediente 32/2013 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Primer Turno - Informe Técnico)

“XX de 16 años de edad”(.....)”se encuentra en situación de calle”(.....)”Expresa que desde hace algunos años no reside con su madre en virtud que la pareja de esta ejercía maltrato sobre él” (Expediente 30/2013 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Cuarto Turno –Informe Técnico)

“...la joven ingresa a INAU en calidad de amparo”(.....)”A esto se agrega su prolongada situación de calle que le dificulta la modificación de sus conductas infractoras” (Expediente 20/2012 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Tercer Turno –Informe Técnico)

| Zona | 2012 | 2013 |
|------|-----------|----------|
| 1 | 2 (2%) | 6 (6%) |
| 2 | 2 (2%) | 6 (6%) |
| 3 | 3 (3%) | 2 (2%) |
| 4 | 7 (7%) | - |
| 5 | - | 1 (1%) |
| 6 | - | - |
| 7 | 9 (9%) | 8 (7%) |
| 8 | 18 (17%) | 6 (6%) |
| 9 | 12 (12 %) | 10 (9%) |
| 10 | 15 (14%) | 20 (19%) |
| 11 | 2 (2%) | 1 (1%) |
| 12 | 3 (3%) | 4 (4%) |
| 13 | 7 (7%) | 12 (11%) |
| 14 | 2 (2%) | 2 (2%) |
| 15 | 1 (1%) | - |
| 16 | 11 (10%) | 18 (17%) |
| 17 | 2 (2%) | 3 (3%) |
| 18 | 1 (1%) | 3 (3%) |
| 19 | 6 (6%) | 3 (3%) |

| | | |
|-------|------------|------------|
| Total | 103 (100%) | 105 (100%) |
|-------|------------|------------|

2.2 Análisis de las Sentencia

En relación a este punto se pudo obtener información acerca de un total de 153 sentencias para el período 2012 y 166 sentencias para el período 2013.

2.2.1 Bien jurídico protegido

Si analizamos los datos obtenidos en relación al bien jurídico protegido por la norma podemos observar una coincidencia entre ambos periodos de estudio, siendo el bien jurídico propiedad el que ocupó el mayor porcentaje de casos.

| Bien jurídico | 2012 | 2013 |
|-------------------------|------------|------------|
| Propiedad ⁷⁹ | 140 (91%) | 144 (86%) |
| Persona Física | 5 (3%) | 9 (5%) |
| Vida | 3 (2%) | 6 (4%) |
| Sexuales | 1 (1%) | 2 (1%) |
| Ley de estupefacientes | 4 (3%) | 1 (1%) |
| Otros | 0 | 4 (3%) |
| Totales | 153 (100%) | 166 (100%) |

2.2.2 Tipificación de los delitos

De los datos obtenidos se puede observar un amplio predominio de los delitos de hurto y rapiña, siendo como ya se mencionó la propiedad el bien jurídico tutelado con mayor intensidad. Si tomamos para cada período las diferentes modalidades de hurto y rapiña (incluyendo la tentativa) podemos observar que en el período 2012 los hurtos se ubicaron en un 31%, alcanzando un 37% para el 2013. En el caso de la rapiña las mismas se ubicaron en un 53% para el período 2012, descendiendo a un 44% para el 2013.

⁷⁹ En este caso refiere a los delitos regulados por el Título XIII del Código Penal Uruguayo, mayoritariamente a los delitos de hurto, rapiña (en sus diversas modalidades) y receptación.

De esta forma el 84 % (2012) y el 81 % (2013) de las tipificaciones realizadas por los Juzgados Letrados de Adolescentes de Montevideo refirió al delito de hurto y rapiña.

| Tipificación | 2012 | 2013 |
|----------------------------------|----------|----------|
| Hurto simple | 26 (17%) | 42 (25%) |
| Rapiña simple | 41 (27%) | 45 (27%) |
| Hurto complejo ⁸⁰ | 2 (1%) | 2 (1%) |
| Rapiña compleja ⁸¹ | 21 (14%) | 13 (8%) |
| Hurto tentado | 20 (13%) | 19 (11%) |
| Rapiña tentada | 18 (12%) | 15 (9%) |
| Receptación | 12 (8%) | 7 (4%) |
| Daño | - | 1 (1%) |
| Lesiones simple | 2 | 3 |
| Lesiones complejas ⁸² | - | 4 |
| Homicidio | 1 | 4 |
| Homicidio tentado | 3 | 2 |
| Tenencia no para consumo | 2 | - |
| Estupefacientes | 2 | 1 |
| Violencia privada | 1 | 2 |
| Amenazas | 1 | - |
| Atentado violento al pudor | 1 | - |
| Violación | - | 2 |
| Desacato | - | 1 |
| Encubrimiento | - | 2 |
| Falsificación de C.I | - | 1 |
| Total | 153 | 166 |

⁸⁰ Para esta agrupación se tuvo en cuenta lo dispuesto en el Título IV del Código Penal Uruguayo referente al concurso de delitos y delincuentes.

⁸¹ Idem

⁸² Idem

2.2.3 Tipo de medida cautelar

Dentro del período de estudio y en consonancia con los antecedentes sobre el tema, la medida cautelar más utilizada por los Juzgados Letrados de Adolescentes de Montevideo fue la internación provisoria, alcanzando un 42 % para el período 2012, y un 49% para el 2013. Este aumento del 7% puede tener relación con los cambios introducidos por la Ley 19.055, la cual dispuso para el delito de rapiña (entre otros) cometido por jóvenes de entre 15 y 17 años la obligatoriedad de la internación provisoria como medida cautelar.

| Tipo de medida cautelar | 2012 | 2013 |
|-------------------------------------|----------|----------|
| Internación provisoria | 65 (42%) | 81 (49%) |
| Obligación de concurrir al tribunal | 32 (21%) | 40 (24%) |
| Arresto domiciliario | 36 (23%) | 14 (8%) |
| Sin medida | 18 (12%) | 28 (17%) |
| Prohibición de salir del país | 1 (1%) | - |
| Prohibición de acercarse | 1 (1%) | 3 (2%) |
| Totales | 153 | 166 |

2.2.4 Tipo de medida definitiva

En relación al tipo de medida aplicada por los Juzgados Letrados de Adolescentes de Montevideo surge un alto porcentaje de medidas privativas de libertad, las cuales alcanzaron un 46 % para el período 2012 y un 55 % para el período 2013. Al igual que en el caso de las medidas cautelares podemos observar un aumento en la aplicación de medidas de privación de libertad de un 9%, aquí también es factible que dicho aumento refiera al establecimiento de una pena mínima de un año para el delito de rapiña cometido por adolescentes de entre 15 y 17, dado que para estos casos no está

permitido al Juez de la causa la utilización de medidas alternativas a la privación de libertad.

| Tipo de medida rapiña simple | 2012 | 2013 |
|------------------------------|-----------|----------------------|
| Privativa de libertad | 23 (56%) | 42 (93%) |
| No privativa de libertad | 18 (44%) | 3 ⁸³ (7%) |
| Total | 41 (100%) | 45 (100%) |

| Tipo de medida aplicada | 2012 | 2013 |
|--------------------------|------------|-----------|
| Privativa de libertad | 70 (46%) | 91(55%) |
| No privativa de libertad | 82 (53%) | 71(43%) |
| Sin medida | 1 (1%) | 4 (2%) |
| Total | 153 (100%) | 166(100%) |

Si analizamos el tipo de medida definitiva para el delito de rapiña podemos observar que efectivamente para los casos de rapiña simple la aplicación de medidas privativas paso de un 56% en el período 2012 a un 93% en el 2013, habiéndose registrado solo tres casos de medidas no privativas las cuales fueron cometidas por jóvenes menores de 15 años a los cuales no le es aplicable la Ley 19.055.

En el caso de rapiña compleja podemos observar que en el 100% de los casos fue aplicada una medida privativa de libertad para el periodo 2013, claramente como consecuencia de la aplicación de la Ley 19.055.

| Tipo de medida rapiña compleja | 2012 | 2013 |
|--------------------------------|-----------|-----------|
| Privativa de libertad | 15 (71%) | 13 (100%) |
| No privativa de libertad | 6 (29%) | - |
| Total | 21 (100%) | 13 (100%) |

⁸³ Delito de rapiñas realizado por jóvenes de 13 y 14 años a los cuales no le fue aplicable la Ley 19.055.

Si analizamos el tipo de medida para el delito de hurto simple, delito al cual no le es aplicable la Ley 19.055, podemos observar que en el período 2012 la medida privativa de libertad se ubico en un 42% descendiendo para el período 2013 a un 33 %. En estos delitos es donde se observa un mayor uso de medidas no privativas de libertad, aunque sin lugar a dudas la utilización de medidas privativas de libertad no deja de ser alta, mas si tenemos en cuenta que este tipo de delitos no implica el uso de violencia física.

| Tipo de medida hurto simple | 2012 | 2013 |
|-----------------------------|-----------|-----------|
| Privativa de libertad | 11 (42%) | 14 (33%) |
| No privativa de libertad | 15 (58%) | 28 (67%) |
| Total | 26 (100%) | 42 (100%) |

2.2.5 Duración de las medidas en meses

2.2.5.1 Rapiña

En el caso del delito de rapiña se puede observar como claramente la Ley 19.055 ha repercutido no solo en la no aplicación de medidas alternativas, sino también en un aumento del tiempo de internación. Aunque es necesario señalar que el tiempo de internación para la rapiña simple se ubicó en los 13 meses, con lo cual estamos casi en el mínimo de pena establecida por la Ley 19.055. Sin perjuicio de ello, si analizamos los casos de rapiña compleja vemos que la duración de la pena promedio aumenta hasta los 16 meses. De esta forma, en el caso de rapiña simple podemos observar respecto del 2012 un aumento de 6 meses promedio en la duración de la medida privativa de libertad. Para el caso de rapiña compleja la duración de la pena paso de 11 meses promedio a 16 meses, aumentando en 5 meses promedio la duración de la medida.

| Promedio de pena PL ⁸⁴ | 2012 | 2013 |
|-----------------------------------|------|------|
| Rapiña Simple | 7±1 | 13±1 |

⁸⁴ Privativa de libertad

| | | |
|-----------------|------|------|
| Rapiña Compleja | 11±4 | 16±3 |
|-----------------|------|------|

Si analizamos el mínimo y el máximo de pena establecida en cada período para el delito de rapiña podemos observar que para la rapiña simple el mínimo para el 2012 fue 4 meses, notoriamente menor que en el período 2013 en donde se ubicó en 12 meses. Si tomamos el valor máximo podemos observar que el mismo pasó de 9 meses para el período 2012 a 16 meses para el período 2013.

| Rapiña simple PL | 2012 | 2013 |
|------------------|------|------|
| Mínimo | 4 | 12 |
| Máximo | 9 | 16 |

Si analizamos los casos de rapiña compleja podemos observar como dato relevante que en el período 2012 el máximo para este delito se colocó en 19 meses pasando a 24 meses en el 2013. Registrando un aumento significativo en el mínimo para cada período pasando de 3 meses en el 2012 a 12 meses en el 2013.

| Rapiña compleja PL | 2012 | 2013 |
|--------------------|------|------|
| Mínimo | 3 | 12 |
| Máximo | 19 | 24 |

Por otra parte y como consecuencia directa de la aplicación de la Ley 19.055 casi no se encontraron casos de aplicación de medidas no privativas para el período 2013 a diferencia del período 2012 en donde la misma se ubicó en 6 meses para la rapiña simple y 7 meses para la rapiña compleja.

| Promedio de pena NPL ⁸⁵ | 2012 | 2013 |
|------------------------------------|------|-------------------|
| Rapiña Simple | 6±1 | 6±1 ⁸⁶ |
| Rapiña Compleja | 7±1 | |

⁸⁵ No Privativa de libertad

⁸⁶ Refiere a delitos de rapiñas realizado por jóvenes de 13 y 14 años a los cuales no le fue aplicable la Ley 19.055.

En los casos de aplicación de medida no privativa de libertad para el delito de rapiña simple y compleja para el año 2012, podemos observar los siguientes mínimos y máximos:

| Rapiña simple NPL | 2012 | Rapiña compleja NPL | 2012 |
|-------------------|------|---------------------|------|
| Mínimo | 4 | Mínimo | 6 |
| Máximo | 8 | Máximo | 7 |

2.2.5.2 Hurto

En el caso del delito de hurto simple podemos observar que la duración de la medida privativa de libertad se mantuvo constante ubicándose en ambos período en los 4 meses de duración.

| Promedio de pena PL | 2012 | 2013 |
|---------------------|------|------|
| Hurto simple | 4±1 | 4±1 |

Al igual que en el caso anterior la duración de las medidas no privativas de libertad tampoco tuvo cambios en ambos período ubicándose en 5 meses de duración.

| Promedio de pena NPL | 2012 | 2013 |
|----------------------|------|------|
| Hurto simple | 5±1 | 5±1 |

En los casos de los mínimos y máximos de duración de la medida privativa de libertad para el delito de hurto simple no se observan variaciones significativas.

| Hurto simple PL | 2012 | 2013 |
|-----------------|------|------|
| Mínimo | 3 | 3 |
| Máximo | 5 | 6 |

En el caso de la duración de la medida no privativa de libertad el mayor aumento lo encontramos en el máximo de la duración el cual se colocó en 6 meses para el período 2012 alcanzando los 10 meses para el período 2013.

| Hurto simple NPL | 2012 | 2013 |
|------------------|------|------|
| Mínimo | 4 | 2 |
| Máximo | 6 | 10 |

2.2.6 Tipo de procedimiento

Como ya fuera mencionado, otra de las modificaciones de la Ley 19.055 fue la posibilidad del juicio abreviado, en donde previo consentimiento de las partes es posible dictar sentencia en la audiencia preliminar. En estos casos expresamente se prescinde de los informes técnicos con los cual la decisión sobre la responsabilidad del adolescente deja fuera cualquier posibilidad de ingresar a los datos sociales del adolescente sometido a proceso. Igualmente de los datos recabados surge que este tipo de procedimientos tuvo una baja aplicación habiéndose llevado adelante en el 22 % de los casos.

2.2.7 Valoración de datos sociales

De los datos recabados se pudo observar que en un 20 % de los casos para el período 2012 y un 56 % para el período 2013 los datos sociales no formaron parte de la argumentación realizada por los Juzgados Letrados de Adolescentes. Alcanzando un 78 % para el período 2012 y un 43% para el período 2013 los casos en los que si bien se los menciona no se los vincula directamente con la determinación de la responsabilidad penal, sino que se los incorpora de manera descriptiva sin realizar ningún tipo de valoración. De esta forma, resulta muy significativa la poca relevancia dada a los datos sociales en las argumentaciones realizadas por los Juzgados, aunque esto no quiere decir que los mismos no influyan indirectamente en las opciones del Juez de la causa, aunque ello no se refleje en la argumentación realizada.

| Valoración de datos sociales | 2012 | 2013 |
|----------------------------------|------------|------------|
| No los valora | 31 (20%) | 93 (56%) |
| Los menciona pero no los valora | 119 (78%) | 72 (43%) |
| Los valora para aumentar la pena | 1 (1%) | 1 (1%) |
| Los valora para rebajar la pena | 2 (1%) | - |
| Total | 153 (100%) | 166 (100%) |

Si tomamos en cuenta las diferentes argumentaciones realizadas por los Juzgados se puede observar que la argumentación de las sentencias se encuentran fuertemente vinculadas a las circunstancias del delito, por ejemplo la utilización de arma de fuego, pluriparticipación, nocturnidad, confesión, primariedad etc. En definitiva, las agravantes y atenuantes reguladas por el Código Penal de Adultos resultan argumentos recurrentes en la fundamentación de las sentencias para ambos periodos de estudio, con la salvedad de que en el período 2013 la referencia a la Ley 19.055 es un argumento significativo en torno al cual se determina el quantum de la pena.

“... se vio circunstanciado por la pluriparticipación y la nocturnidad y se ve mitigada por la primariedad absoluta de las tres y la confesión de XX y XX valoradas en vía análogas artículos 69 nal. 1 art. 72, lit. 4 del CNA y art. 34, 46 inc. 13, 60, 316 y 322, 341 inc. 4 y 344 del C Penal” (Expediente 48/2013 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Segundo Turno –Sentencia)

“.....una infracción gravísima calificada como rapiña en carácter de autores que se ve atenuada por la confesión, primariedad absoluta, y circunstanciada por la nocturnidad, la tenencia de arma de fuego y la pluriparticipación.....” (Expediente 18/2013 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Segundo Turno – Sentencia)

”.....el obrar encarta, en una infracción grave, calificada como rapiña en grado de tentativa, en carácter de autor, que se ve circunstanciada por la

pluriparticipacion, al haber obrado con otros compañeros, además se ve atenuada por la confesión en vía análoga....” (Expediente 23/2012 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Segundo Turno – Sentencia)

“.... los hechos cometidos, la problemática del adolescente quien ya cuenta con antecedentes que requieren para su verificación el uso de violencia y la finalidad perseguida por la medida socioeducativa....”(....)hacen conveniente disponer una medida privativa de libertad” (Expediente 47/2012 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Primer Turno – Sentencia)

“..... la medida sancionatoria actualmente impuesta por el artículo 116 bis del CNA en la redacción dada por la Ley 19.055 vigente al 01.02.2013 aconsejan imponer la medida privativa de libertad solicitada por las partes....” (Expediente 43/2013 - Juzgado Letrado de Adolescentes de Cuarto Turno – Sentencia)

3 REFLEXIONES FINALES

Del análisis de los datos recabados se concluye que los adolescentes sometidos a proceso (en ambos períodos de estudio) provienen de zonas las cuales se caracterizan como de bajo nivel socioeconómico, observándose un fuerte predominio de barrios como Casavalle, La Teja, Cerro, Cerro Norte, Maroñas, Piedras Blancas, Punta de Rieles, Manga, Malvín Norte, etc. Por otra parte, se observa que mayoritariamente son adolescentes de entre 16 y 17 años, siendo casi inexistente los procedimientos iniciados a adolescentes de 13 y 14 años de edad. En lo relativo al nivel educativo, los datos analizados sugieren, que estos adolescentes están caracterizados por un nivel de formación muy bajo, en donde la mayoría de ellos apenas finalizó primaria, constatándose casos de adolescentes que no adquirieron conocimientos de lecto-escritura. En relación al núcleo familiar se observa un amplio porcentaje de familias integradas por tres o más niños, niñas y adolescentes a cargo. Otro dato relevante refiere a la presencia de hogares nucleares mono-parentales el cual asciende a un 31% para el período 2012 y un 32 % para el período 2013.

Estos datos sugieren, en consonancia con los antecedentes sobre el tema, que nos encontramos frente a jóvenes caracterizados por la vulneración de sus

derechos, ya sea desde un punto de vista económico como educativo. De esta forma y si bien se debería profundizar en este análisis, podemos observar como la vulneración de los derechos de los jóvenes es un dato constatable en el marco del procedimiento penal juvenil.

En lo relacionado a la tipificación de las conductas se aprecia que en ambos períodos de estudio, el hurto y la rapiña, fueron los delitos más frecuentes, siendo la propiedad el bien jurídico mayormente tutelado por los Juzgados Letrados de Adolescentes. En relación a la aplicación de la Ley 19.055 se observa que la misma trajo aparejado, como era de esperar, un aumento en la aplicación de las medidas privativas de libertad. Si analizamos el caso del delito de rapiña, esto significó la no aplicación de medidas alternativas para los adolescentes de entre 15 y 17 años. Por otra parte, existió un aumento significativo en lo que respecta a la duración promedio de la medida privativa de libertad la cual paso de 7 (2012) a 13 meses (2013) para la rapiña simple y de 11 (2012) a 16 meses (2013) para la compleja. Asimismo, surge como dato significativo, que al ubicarse el promedio de pena para la rapiña simple en 13 meses el mismo estuvo apenas por arriba de los 12 meses mínimos que dispuso la Ley 19.055. Por último, es importante señalar que este aumento del promedio de pena para el delito de rapiña no parece haber tenido un efecto reflejo sobre el delito de hurto, ya que para este delito el promedio de duración de la pena se mantuvo estable.

Como ya se mencionó, uno de los aspectos centrales que surgen de los datos recabados tiene relación con la escasa importancia que tuvieron los datos sociales aportados por los informes técnicos. Si analizamos las diferentes argumentaciones realizadas por los Juzgados Letrados de Adolescentes de Montevideo se puede observar claramente que las argumentaciones que figuran en las diferentes sentencias (en ambos períodos de estudio) no se detienen en estos aspectos. Las mismas se centran fundamentalmente en la discusión de aspectos estrictamente jurídicos, como la descripción típica de la conducta, la consumación del delitos y fundamentalmente en las atenuantes y agravantes de las diferentes conductas delictivas. Sin perjuicio de ello, esto no quiere decir necesariamente que los datos sociales no influyan indirectamente en las opciones del Juez de la causa, aunque no se refleje en la argumentación realizada.

En lo relacionado a las agravantes se observa que en algunos casos, las mismas son aplicadas directamente a efectos de determinar la sanción, recurriendo a la analogía con el derecho penal de adultos. Sin embargo en otros casos, si bien se prescinde de la consideración de agravantes en aplicación del artículo 73⁸⁷ del CNA se recurre a aspectos relacionados con las circunstancias del delito, como por ejemplo el uso de armas de fuego o la violencia empleada, las cuales junto con los antecedentes tienden a ser los argumentos centrales en torno a los cuales gira la determinación de la pena. Dentro de este esquema, la primariedad y la confesión adquieren una relevancia fundamental a la hora de rebajar la sanción en concreto.

De esta forma, la operativa de nuestros juzgados, aparece fuertemente influenciada por una concepción positivista del derecho, que tiende a centrar el eje de la discusión jurídica en la tipicidad de la conducta; así como en elementos vinculados al delito. Si tomamos en cuenta los datos empíricos recabados en el presente trabajo es factible observar como el principio de estricta legalidad, vinculado a aspectos delimitados por las normas jurídicas, como lo son la tipicidad de las conductas delictivas, así como los atenuantes y agravantes, forman una parte sustancial del trabajo de los jueces. Esta problemática en el abordaje de lo social está relacionado con una fuerte matriz positivista predominante en nuestro derecho, la cual no solo debe analizarse en lo relacionado al trabajo de los operadores jurídicos, sino que antes de ello, en la formación profesional de abogados y jueces.

Dentro del positivismo jurídico es sin duda Hans Kelsen la referencia teórica fundamental, para quien el jurista de la teoría pura del derecho debe ser un conecedor de las normas jurídicas, no siendo trabajo de la ciencia jurídica, ni del jurista en particular la construcción del derecho, no correspondiendo su crítica, ni la investigación de sus orígenes, causas o finalidades. (Chamón, L. 2005) Dentro de este contexto la teoría pura del derecho está enfocada en la construcción de

⁸⁷ Artículo 73. El Juez deberá examinar cada uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad, de las circunstancias que eximen de la aplicación de medidas o que aminoren el grado de las infracciones y el concurso de infracciones e infractores, tomando en cuenta los preceptos de la parte general del Código Penal, de la Ley N° 16.707, de 12 de julio de 1995, la condición de adolescentes y los presupuestos de perseguibilidad de la acción.

procedimientos de interpretación de las normas jurídicas, utilizando como técnica la interpretación gramática de las normas (Bobbio, N., Bovero, M. 1986), convirtiendo a los códigos en dogmas que regulan y mantienen un determinado orden; tomando en cuenta la realidad social solo de forma subsidiaria y en la medida que una norma jurídica nos remite a ella. (Campagna, E. 2008)

Esta forma de comprender el derecho, diferenciado de cualquier elemento extrajurídico y asumido de una forma avalorativa, ha sido cuestionado desde diferentes corrientes teóricas planteando la insuficiencia del positivismo jurídico para explicar correctamente el funcionamiento del sistema jurídico; así como para dar respuesta a los problemas sociales en el estado actual de desarrollo del modelo capitalista.

Dentro de este esquema, la relación entre lo jurídico y lo social ocupa un lugar central ya que tal como lo expresa Bourdieu *“El derecho es la forma por excelencia del discurso actuante capaz por virtud propia de producir efectos”*. (Bourdieu, P. 2000).

Esta vinculación entre lo jurídico y lo social ha sido abordado por diferentes autores, quienes han indagado acerca de los cambios en el derecho en un mundo caracterizado por la complejidad, analizando la vinculación entre lo jurídico, lo social y lo político, realizando críticas a los planteos de Hans Kelsen (Kelsen, H. 1979) o H.L.A Hart (Hart, H. 1981) quienes proponían una clara distinción entre estas esferas de análisis. Dentro de estos aportes debemos mencionar a Niklas Luhmann, Günther Teubner, Jurgen Habermas (Richard, N., David, S. 2006), Boaventura De Sousa Santos (De Sousa Santos, B., 2009), entre otros. En el campo del derecho también podemos observar diferentes planteo críticos de una concepción del derecho asumida bajo una premisa positivista, siendo fundamental los planteos de Luigi Ferrajoli (Ferrajoli, L. 2009), Joaquín Herrera Flores (Herrera, J. 2008) y dentro de la Escuela Crítica del Derecho Norteamericana los aportes de Duncan Kennedy (Kennedy, D. 1996).

En este contexto, la valoración de los datos sociales del joven puede tener repercusiones no solo en la labor del juez, sino que puede servir como guía al legislador a la hora de la formulación de normas generales inspiradas en un criterio de justicia (Recasens - 1974, pág. 223), propiciando medidas que tiendan

a la restitución de derechos vulnerados del adolescentes, pero para ello la superación de premisas positivistas se vuelve fundamental. En los hechos no se trata de desconocer la enorme tarea que ha cumplido la consagración normativa de los derechos, sino de asumir que es insuficiente para dar cuenta de los procesos sociales que se ocultan detrás de ella.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BOBBIO, N., BOVERO, M. **Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna**, Fondo de Cultura Económica México, 1986.

BOURDIEU, P., TEUBNER, G. **La fuerza del derecho**. Ediciones Uniandes. Buenos Aires, 2000.

CAMPAGNA, E. Desde la Sociología del Derecho al Derecho en la Sociología Económica y la Sociología Política, **primera edición Fundación de Cultura Universitaria**, 2008

CHAMÓN, L. Filosofia do direito na alta modernidade. **Incursoes Teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. Editora lumen juris, 2005.

DE SOUSA SANTOS, B. **Sociología Jurídica crítica**: Para un nuevo sentido común del derecho. Madrid: Trotta, 2009.

FERRAJOLI, L. **Garantismo Debate sobre el Derecho y la Democracia**, Primera Edición Editorial Trotta S.A, 2009.

HART, H **El concepto del derecho**. Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

KELSEN, H. **Teoría Pura del Derecho**. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1960.

KENNEDY, D. El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica. In: **Izquierda y derecho**, Buenos Aires: Siglo XXI, 2010.

MORÁS, E. (2000) Desafíos y Oportunidades en la Administración de Justicia de Menores, **Revista Interdisciplinaria sobre temas de Justicia Juvenil**. Defensa de los Niños Internacional- Uruguay (DNI), 2000.

NOBLES, R.; Schiff, D. **Legal Theory Today**. A Sociology of Jurisprudence Oxford and Portland Oregon, 2006.

RECASÉNS, L. **Introducción al estudio del derecho**. Edición, 3. Publisher, Editorial Porruá, 1974.

ROSANVALLON, P. **La nueva Cuestión Social, repensar el Estado Providencia** Edición Manantiales, 1975.

EUTANÁSIA: DILEMA MORAL EM PERSPECTIVA FILOSÓFICA

Maria Carolina Santini Pereira da Cunha,

RESUMO: O ensaio traz um enfoque racional da eutanásia, seguindo um rumo imparcial desta conduta, sob aspectos penal e médico, contrapondo teorias filosóficas favoráveis e desfavoráveis. Opta-se pelo raciocínio dedutivo, trazendo casos internacionais, conduzindo o estudo filosófico, aderindo, por fim, a uma visão humanista. A discussão, original e inovadora, aborda correntes defensoras dessa prática, como o Libertarismo e o Utilitarismo, em contraposição a filósofos como Immanuel Kant, Michael Sandel e Aristóteles, no intuito de ponderar os dois lados da questão, sob visões peculiares e incomuns.

PALAVRAS-CHAVE: eutanásia; correntes filosóficas; bioética.

1 INTRODUÇÃO

Os avanços da medicina proporcionam situações nas quais urge aprofundar discussões sobre as opções: sejam individuais, sejam coletivas. Dentre elas, uma muito discutida, ao menos no âmbito da Bioética, é a eutanásia. Tema intrigante, atual e desafiante pelo próprio objeto de pesquisa, a eutanásia continua em reflexão no meio acadêmico. Este artigo divide-se em quatro seções: a primeira refere a origem etimológica e histórica dessa prática; a segunda contempla fragmentos do código supramencionado; a terceira compõe-se de teorias de filósofos clássicos e modernos. Surgem questões: o Estado pode interferir contra autonomia da vontade do indivíduo? Aborda-se o conceito de autonomia kantiana, que é a capacidade de escolher com discernimento, agir livremente, com prudência. Na última seção são expostos casos mundialmente conhecidos: o de Terri Schiavo, que representou divergência entre genitores e cônjuge acerca da eutanásia; o de Terry Wallys, que se recuperou do coma, e o do famoso médico Jack Kevorkian, o Dr. Morte.

2 EUTANÁSIA: DEFINIÇÃO E REFERÊNCIAS HISTÓRICAS

Ao deparar-se com questões diretamente ligadas à vida humana, surge a interdisciplinaridade, revelada na Bioética. Sob este prisma, Ruth Maria Chittó Gauer (2013, p.536-537) leciona que nas tecnologias contemporâneas existe uma complexidade, a qual “demanda interpretações que perpassem explicações dadas por um único campo de conhecimento”. A pesquisa interdisciplinar se insere em um movimento de ideias vinculadas não apenas “à proporcionalidade e à perspectiva, próprias de campos especializados do conhecimento”, mas que uma “concepção interdisciplinar deve estar em sintonia com a ideia de uma academia preocupada com questões que ultrapassam a visão da pesquisa especializada” (GAUER, 2013, p.536-537). Por isso, não é a intenção deste artigo defender um posicionamento específico, e sim ponderar diferentes exposições doutrinárias. Preliminarmente, este trabalho não se propõe a discutir a eutanásia sob um enfoque predominantemente penalista ou processualista, visto que não seria original, nem condiz com a intenção da multiplicidade de visões a que se pretende desenvolver. Entretanto, é pertinente conceituar e definir os termos para um melhor entendimento do tema. O termo Eutanásia origina-se do grego *euthanatos*, *eu*, significa bom; e *thanatos*, morte. Portanto, etimologicamente essa palavra designa uma boa morte; morte calma (BARSA, 2002, vol.6). O contrário deste poderia ser a distanásia que é a morte lenta, com sofrimento – convergindo com a eutanásia apenas em seu conteúdo moral, ambas são eticamente inadequadas. Frente à morte, a atuação correta seria a ortotanásia, que adota cuidados prestados aos pacientes nos momentos finais de suas vidas (GOLDIM, 2003). Há ainda outro tipo: Mistanásia ou eutanásia social. Sugestão de Leonard Martin, morte miserável, fora e antes da hora, que focaliza na mistanásia três situações: “*primeiro*, a massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chegam a ser pacientes” por não conseguirem “ingressar no sistema de atendimento médico”; *segundo*, os doentes pacientes que se tornam vítimas de erro médico e, “*terceiro*, os pacientes que acabam sendo vítimas de má-prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos” (GOLDIM, 2004, grifo do autor). Segundo o professor Goldim

(2003), a eutanásia, dependendo do critério considerado, pode ser classificada em várias formas. Quanto ao tipo de ação – eutanásia ativa é o ato provocar a morte sem sofrimento do paciente, por fins misericordiosos; eutanásia passiva, também chamada de indireta, é a morte do paciente terminal, ou porque não se inicia uma ação médica ou porque há interrupção de medida extraordinária, a fim de minorar o sofrimento; eutanásia de duplo efeito: a morte é acelerada como uma consequência indireta das ações médicas que são executadas visando ao alívio do sofrimento de um paciente terminal. E quanto ao consentimento do paciente – eutanásia voluntária: quando a morte é provocada atendendo a uma vontade do paciente; eutanásia involuntária: quando a morte é provocada contra a vontade do paciente. Eutanásia não-voluntária: quando a morte é provocada sem que o paciente tivesse manifestado sua posição em relação a ela (GOLDIM, 2003). Atualmente, em alguns países a eutanásia é aceita e em outros se equipara ao homicídio. O direito à vida, universalmente reconhecido, subjaz ao problema ético da vida humana. Preconizaram esse direito a Sociedade da Eutanásia, do Reino Unido, fundada em 1935, “e sua homóloga americana” de 1938 (BARSA, 2002). No século XVII o termo “eutanásia” é proposto pela primeira vez por Francis Bacon na sua obra “Tratado da vida e da morte. Autores que se posicionaram a favor da eutanásia e do suicídio assistido: David Hume (On suicide), Karl Marx (Medical Euthanasia) e Schopenhauer. Em 1931, na Inglaterra, Dr. Millard propôs uma lei para Legalização da Eutanásia Voluntária, que foi discutida até 1936 pela Câmara dos Lordes que a rejeitou. Durante os debates, em 1936, o médico real, Lord Dawson, revelou que tinha “facilitado” a morte do Rei George V, utilizando morfina e cocaína. (GOLDIM, 2000). O Uruguai, em 1934, possibilitou a eutanásia no seu Código Penal, “homicídio piedoso”, possivelmente a primeira regulamentação nacional sobre o tema, mantida em vigor até o presente. Em 1935 Inglaterra Exit, associação pioneira pró eutanásia, distribuía folhetos instruindo uma morte “com dignidade”. Em 1968, a Associação Mundial de Medicina adotou uma resolução contrária à eutanásia. Em 1990, a Real Sociedade Médica da Holanda e o Ministério da Justiça estabeleceram rotina de notificação para a eutanásia, não a legalizando, mas tornando o profissional que a realiza isento de procedimento criminal. Em 1991, tentativa frustrada para

introduzir a eutanásia no Código Civil da Califórnia (EUA). Em 1996, na Austrália, aprovaram lei possibilitando a eutanásia, revogada meses depois. No mesmo ano o Brasil apresenta proposta semelhante, sem resultados. Em 1997, a Corte Constitucional da Colômbia em sua legislação o profissional que praticasse eutanásia não poderia ser punido criminalmente. Em 1997, no Oregon (EUA), legalizou o suicídio assistido. Em 2001 a Holanda torna-se o primeiro país do mundo a legalizar a eutanásia, inclusivamente podendo ser aplicada a menores desde que com o consentimento dos pais. Em 2002, a Bélgica tornou-se o segundo país a legalizar a eutanásia. A eutanásia tem sido aplicada mundialmente e continua sem obter consenso, divergindo sobre o direito à morte *versus* o direito à vida. Médicos, pacientes, familiares têm opiniões opostas acerca dessa prática. A seguir será exposto sobre aspectos medicinais, bioéticos e o Código de Ética Médica.

3 O CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

Segundo Clotet (2006, p.24), “Constitui uma tarefa da Bioética fornecer os meios para fazer uma opção racional de caráter moral referente à vida, saúde ou morte, em situações especiais, reconhecendo que esta determinação terá que ser dialogada, compartilhada e decidida entre pessoas com valores morais diferentes.” Terra et al. (1994, p.102) dizem que a humanidade se depara desde a Antiguidade com dificuldade em determinar com exatidão a ocorrência da morte do indivíduo, e diz que o conceito de morte encefálica “modificou-se nos últimos anos em decorrência do desenvolvimento de novas técnicas de ressuscitação e suporte avançado para o atendimento de doentes criticamente enfermos”. Os autores (1994, p.103) dizem que atualmente se define pela “cessação irreversível de todas as funções de todo o encéfalo, incluindo o tronco cerebral”, sendo sinônimos morte encefálica e morte do indivíduo. É importante ressaltar que há diferença entre morte encefálica e morte cerebral:

a nomenclatura de morte encefálica tem sido preferida ao termo morte cerebral, uma vez que para o diagnóstico clínico, existe necessidade de cessação das atividades do córtex e necessariamente, do tronco cerebral. Havendo qualquer sinal de persistência de atividade do tronco

encefálico, não existe morte encefálica, portanto, o indivíduo não pode ser considerado morto. Como exemplos desta situação, podemos citar [...] o estado vegetativo persistente [...].

Entretanto, os autores discordam da aplicação do conceito de eutanásia nesse caso: há respaldo legal no Brasil para “o diagnóstico de morte encefálica”. Os pesquisadores (TERRA; BOUSSO; MARTINS; SILVA; FERNANDES; BALDACCI; OKAY, 1994, p.110) informam que a eutanásia implicaria “em utilizar meios para abreviar a vida do paciente, mas no presente caso, não existe mais vida”. Para ilustrar, trazem argumentos do padre Leocir Pessini, em seu livro *Eutanásia e América Latina*: “para uma maior clareza conceitual, deveríamos desfazer o equívoco em falar de eutanásia quando se tratar de desligar os aparelhos sustentadores da vida, estando a pessoa já em morte cerebral comprovada por todos os exames necessários”. O ato de cuidar é dever ético e legal que incumbe a todos os médicos em relação a seus pacientes. No entanto, nem sempre esses deveres são cumpridos (SOUZA, 2006). Aristóteles refletia que não se delibera sobre os fins, mas sobre os meios: “um médico, por exemplo, não delibera sobre se deve ou não curar, [...] nem um estadista se deve assegurar a ordem pública, nem qualquer outro homem delibera a respeito da própria finalidade de sua atividade (ARISTÓTELES, 2007, p.62-63)”. “A estrutura do juízo, assim, garante ao direito ou deveria garantir-lhe a função da justiça” (CARNELUTTI, 2003. p.8). De acordo com o Código de Ética Médica brasileiro (CRM-RJ, 2012, p.11), no Cap. I, art.6º, o médico deve respeito pela vida humana, em benefício do paciente. “Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.” Kipper et al.(apud PITHAN, 2004) relata que “os próprios médicos têm entendido que fazem uso abusivo dos recursos terapêuticos de que dispõem, sem que haja benefício para os pacientes.” Punível de acordo com o projeto de Parte Especial do novo Código Penal, não deve ser admitida.

Jussara de Azambuja Loch explica a análise da vontade do paciente, três critérios principais a serem considerados: a) Critérios objetivos para avaliar, com aspectos técnicos: se aceitar o desejo do paciente, quais os riscos e os benefícios que a determinada conduta trará para a saúde e a vida? A conduta é beneficente?

O paciente é autônomo, não está sendo coagido a tomar esta decisão? b) Critérios subjetivos: considerar os valores do paciente: o valor da vida, a qualidade de vida que o paciente considera adequada para si próprio, suas crenças religiosas, os argumentos morais com os quais o paciente justifica sua vontade; c) Os melhores interesses: é um balanceamento entre os critérios objetivos e subjetivos, é analisar, diante dos fatores já citados, qual a melhor alternativa, do ponto de vista do próprio paciente, visando seu melhor benefício (LOCH; GAUER; CASADO, 2008, p.156). Roque Junges relata que a “bioética surgiu como preocupação pelas incidências da intervenção tecnológica do ser humano no ambiente natural e como resposta aos dilemas éticos provocados pelas novas descobertas biológicas e pelos avanços da medicina sobre a saúde do ser humano” (JUNGES, 2005, p.29). O sistema penal estabelece o constrangimento ilegal, que não se pune a fim de evitar suicídio e preservar a vida. A Bioética precisa [...] “de um paradigma de referência antropológico-moral que, implicitamente, já foi colocado: o valor supremo da pessoa, da sua vida, liberdade e autonomia”. Esse princípio, parece conflitar com o relativo à qualidade de vida digna que os seres humanos são dignos, princípios que nem sempre se amoldam sem conflitos. Em determinadas circunstâncias, não é fácil tomar uma decisão (CLOTET, 2006, p.24). A filosofia é a ciência que melhor pode pensar e elaborar argumentos sobre a eutanásia. Michael Sandel, professor de Harvard, elucida teorias de filósofos como Kant, Rawls, e traz correntes filosóficas que refletem os anseios da sociedade moderna do século XXI em seu livro “Justiça: o que é fazer a coisa certa”. Passa-se a analisar as teorias propostas para este trabalho.

4 TEORIAS FILOSÓFICAS: LIBERTARISMO, KANT, UTILITARISMO

Michael Sandel (1997, p.27, tradução livre) expõe que, enquanto quase todo o estado proíbe suicídio o Supremo Tribunal de Justiça o declarou como um direito constitucional. John Rawls, considera errado o princípio de neutralidade do Estado em questões morais e religiosas. Filósofos dizem que a autonomia e liberdade de escolha implica da posse sobre a vida. A ética da autonomia, longe

de ser neutra, parte “de muitas tradições religiosas e também do ponto de vista dos fundadores da filosofia política liberal, John Locke e Immanuel Kant”. Locke e Kant opõem-se ao direito de suicídio, e “rejeitaram a ideia de que nossas vidas são bens para dispor como nos agradar”. Para Kant, o respeito pela autonomia implica em deveres para si mesmo, em tratar a humanidade como um fim em si mesma. Em seu raciocínio, “o homicídio é errado, porque usa a vítima como um meio e não a respeita como um fim, mas o mesmo pode ser verdade do suicídio”. O fato de que uma pessoa queira morrer não torna moralmente admissível matá-la, ainda que seu desejo seja sem coerção e bem informado. Sandel (1997, v.216, p.27, tradução livre) diz que não necessariamente deva se opor à eutanásia em todos os casos. Até quem encara a vida como sagrada pode admitir que “alegações de compaixão às vezes podem substituir o dever de preservar a vida”. O desafio é o de encontrar uma maneira de honrar estas alegações que preserve o peso moral de apressar a morte, e que retém a reverência pela vida, como algo que prezamos não é algo que possamos escolher. A primeira visão filosófica abordada será o Libertarismo. Michael Sandel (2012, p.79) define a visão libertária: “os libertários são contra as leis que protegem as pessoas contra si mesmas”, por violar o “direito do indivíduo de decidir os riscos que quer assumir.” Entre outras características, não legislar sobre moral. Por exemplo a automutilação seria permitida assim como o suicídio, etc. “Os libertários são contra o uso da força coerciva da lei para promover noções de virtude ou para expressar as convicções morais da maioria.” A teoria libertária defende que a pessoa pode dispor de seu próprio corpo como bem entender. Seguindo essa lógica, a eutanásia seria permitida, bastando que se obtenha o consentimento do paciente. Essa filosofia sugere que, por ser dono de si mesmo, a vida do ser humano pertence a ele mesmo, portanto, não é possível se apoderar da vida alheia e usá-la, ainda que haja boas intenções. Com esse raciocínio de o indivíduo dispor de seu corpo, pode-se ser favorável ao comércio de rins para transplante, já que se é livre para vender seus órgãos. Partindo desse princípio, defende-se o suicídio assistido, pois se é dono da própria vida, e livre para pôr fim a ela. E o Estado não tem o direito de impedir o cidadão de usar seu corpo como bem entender. Para os libertários, leis proibitivas de suicídio assistido são injustas pelo fato de que a vida

pertence a própria pessoa, que deve ser livre para desistir dela e, sendo feito acordo voluntário, o Estado não tem direito de interferir. Argumenta-se que pacientes terminais passam por grande sofrimento e devem ter permissão para apressar sua morte em vez de prolongar a dor. A compaixão deve prevalecer sobre o dever de manter uma pessoa viva (SANDEL, 2012, p.29). Ingo Sarlet (20606, p.29) leciona que a ideia de dignidade da pessoa humana é intrínseca ao pensamento e ideário clássico cristão.

Immanuel Kant, filósofo iluminista, acreditava na razão, que emanava os homens, busca seu fundamento na ciência. A ideia de ser dono de si mesmo traz implicações que apenas um libertário poderia aceitar: mercado sem proteção alguma, Estado mínimo, sem medidas para diminuir a desigualdade e promover o bem comum; e uma celebração do consentimento que permita infligir afrontas à própria dignidade, como canibalismo ou venda de si mesmo feito escravo. Das mais influentes questões de direitos e deveres feita por um filósofo, parte de que somos seres racionais merecedores de dignidade e respeito. Kant argumenta que a moral fundamenta-se no respeito às pessoas como fim em si mesmas. Essa importância da dignidade humana define conceitos universais. E repudia a noção anteriormente debatida sobre justiça: a valorização aristotélica da virtude, pois não respeitam a liberdade humana. O filósofo associa justiça e moralidade à liberdade (SANDEL, 2012). Ao afirmar que a moralidade não deva ser baseada em considerações empíricas, interesses, vontades, desejos, Kant diz que alicerçar a moralidade em interesses aniquila sua dignidade. Merecemos respeito por sermos racionais, capazes de pensar; autônomos, capazes de agir e escolher livremente. A capacidade de raciocinar está ligada à capacidade de ser livre. Costuma-se definir liberdade como poder fazer o que se quer sem obstáculos. Kant define de maneira mais rigorosa, com o raciocínio de que quando buscamos o prazer ou evitamos a dor, não agimos livremente mas de acordo com determinação exterior. Não é livre o desejo condicionado ou biologicamente determinado (SANDEL, 2012). Quando se pensa a vontade, ainda que esta possa estar ligada a leis por meio de um interesse, é impossível que seja legisladora suprema. Dependendo de um interesse qualquer, “precisaria ainda de uma outra lei que limitasse o interesse do seu amor próprio à condição de uma validade

como lei universal” (KANT, 2005, p.74). Nomeia este princípio de autonomia da vontade, que é fundamento da “dignidade da natureza humana e de toda natureza racional” (2005, p.79). Entretanto, Kant (2005, p.80) prefere “no juízo moral, proceder sempre segundo o método rigoroso e basear-se sempre na fórmula universal do imperativo categórico.” A obrigação é a “dependência em que uma vontade não absolutamente boa se acha em face do princípio da autonomia (a necessidade moral)”. O agir autônomo é conforme a lei imposta pelo indivíduo, e não pela natureza ou por convenções sociais, ao contrário da heteronomia que se impõe por determinações exteriores. A autonomia distingue pessoas de coisas, o respeito à dignidade humana exige tratar as pessoas como fins em si mesmas. Para Kant, o valor moral não consiste nas consequências, mas na intenção da ação. Deve-se fazer o que é certo, e não por motivo exterior à coisa. Se agir por outro motivo que não por dever, a ação não terá valor moral. Kant diferencia dever de inclinação, mas estes com frequência coexistem (SANDEL, 2012). Kant (2005, p.50, sic) esclarece que os imperativos são hipotéticos – “representam a necessidade prática de uma acção possível com meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira)” – ou categóricos - representam uma ação “necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade.” Se a ação é “representada como boa em si, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme à razão como princípio dessa vontade”, o imperativo é categórico. E “[...] a destreza na escolha dos meios para atingir o maior bem-estar próprio pode se chamar prudência. O imperativo categórico é portanto só um único, que é este: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal” (KANT, 2005, p.52). Sandel (2012) explica que a moral é conferida pela motivação do dever, e não por ser útil ou conveniente. Kant (2005, p.30-31) diz que o valor do caráter consiste em fazer o bem não por inclinação, mas por dever, uma vez que “o amor enquanto inclinação não pode ser ordenado” mas o bem-fazer por dever é “amor prático e não patológico, que reside na vontade e não na tendência da sensibilidade, em princípios de ação e não em compaixão lânguida. E só esse amor é que pode ser ordenado [...]” Representação de um princípio objetivo, obrigado pela vontade, mandamento da razão, cuja fórmula denomina-se

Imperativo. “Todos os imperativos se exprimem pelo verbo dever”, relação de uma lei objetiva da razão “para uma vontade que segundo a sua constituição não é por ela necessariamente determinada (uma obrigação)” (KANT, 2005, p.48, sic). Para Kant (2005, p.23), “a boa vontade não é boa por aquilo que promove ou realiza, pela aptidão para alcançar qualquer finalidade proposta, mas tão-somente pelo querer, isto é, em si mesma [...]”. Segundo ele (2005, p.28), ser caritativo podendo sê-lo é dever, ademais há “muitas almas de disposição tão compassiva que, mesmo sem nenhum motivo de vaidade ou interesse”, sentem prazer em “espalhar alegria à sua volta e se podem alegrar com o contentamento dos outros, enquanto este é obra sua.” Essa ação, conforme ao dever e amável que seja, não tem valor moral para o filósofo, já que falta o conteúdo moral, “que tais ações se pratiquem, não por inclinação, mas por dever”. Kant (2005, p.60) diz: “uma pessoa, por uma série de desgraças, chegou ao desespero e sente tédio da vida, mas ainda está bastante em posse da razão para poder perguntar a si mesma se não será talvez contrária ao dever para consigo mesma atentar contra a própria vida.” O princípio objetivo da sua autodeterminação é o fim [motivo], que se dado pela razão tem validade. Fins relativos que são a base de imperativos hipotéticos. Se vive por gostar da vida, e não por dever moral de fazê-lo. Kant coloca em questão a motivação do dever: cita um caso imaginário de que um indivíduo infeliz e sem esperança não deseje viver mais. Se reunir forças para continuar sua vida, sua ação terá valor moral se o fizer por dever e não por inclinação. Não há valor moral em boas ações advindas de compaixão, pois importa que a boa ação seja feita, prazerosa ou não, por ser a coisa certa. Há contrastes em Kant: dever *versus* inclinação; autonomia *versus* heteronomia; imperativos categóricos *versus* imperativos hipotéticos. Kant diz que se deve ter a capacidade de agir não com uma lei posta ou imposta, mas com uma lei outorgada pelo indivíduo. Compara os imperativos hipotéticos, condicionais, e um tipo de imperativo incondicional chamado imperativo categórico, e somente ele pode ser imperativo da moralidade. Então, um dever ou direito categórico é o que prevalece em quaisquer circunstâncias (SANDEL, 2012). Incompatíveis com o imperativo categórico são o homicídio e o suicídio. Se para escapar de condição dolorosa põe-se fim à vida, usa-se a si mesmo como meio para aliviar o sofrimento. Kant

afirma que o ser humano não é coisa para ser meio. Não há mais direito de dispor sobre si do que sobre outra pessoa. O respeito pelo ser humano, diferentemente do amor, empatia, solidariedade, e companheirismo, sentimentos morais é pela humanidade em si e sua capacidade racional. Aplica-se aos direitos humanos universais. Estão interligadas liberdade e moralidade: agir por dever obedecendo a lei moral, um imperativo categórico, que obriga "a respeitar as pessoas como seres racionais independentemente do que possam desejar em uma determinada situação" (SANDEL, 2012, p.157). A dignidade humana consiste na sua capacidade de criar leis universais, sujeita a essas leis. A concepção kantiana de autonomia impõe limites paradoxais ao tratamento que podemos nos dar. É preciso ser governado por uma lei outorgada a si mesmo, o imperativo categórico. O respeito é uma finalidade exigida pelo imperativo categórico que se trate a si mesmo e as pessoas com respeito e não transforme o corpo em objeto, não o utilizando como bem entender. Os seres humanos não têm o direito de fazer a si mesmos uma coisa como a um bife por meio do qual os outros saciam sua fome, cujo princípio moral básico é não ter propriedade de si. Atos entre adultos inconformes com o autorrespeito e dignidade são condenados por Kant, que defende uma teoria de justiça fundamentada em um contrato social. Para ele, uma Constituição justa objetiva harmonizar a liberdade individual e coletiva. No seu entender, que cada um busque sua felicidade, não infringindo a dos outros. Assim como a lei moral não pode ter interesses ou desejos particulares ou de um determinado grupo de pessoas (SANDEL, 2012). Kant não poderia aceitar ou concordar com a degradação do ser humano. Para ele, manter-se vivo trata-se de um dever, sendo imoral atentar contra a própria vida. A Eutanásia é um direito individual? De acordo com a visão utilitarista, é possível quantificar ou qualificar a vida. Stuart Mill diz que percepção, julgamento, atividade mental, preferência moral só são exercitadas ao se fazer escolhas, e quem faz escolhas por costume, não escolhe, é incapaz de discernir o melhor: "as capacidades mentais e morais, assim como as musculares, só se aperfeiçoam se forem estimuladas (apud SANDEL, 2012, p.66)". Desse modo, quem abdica da capacidade de escolha não necessita de outra que não a de imitar, pois só quem exercita todas suas faculdades decide por si. Seguem alguns exemplos de casos concretos, para se

questionar sobre a realidade, como tem sido tratada a eutanásia na prática mundialmente.

5 CASOS CONCRETOS

O norte-americano Terry Wallis é um exemplo de recuperação de coma. Após 19 anos em estado vegetativo, acordou com lesões neurológicas graves irrecuperáveis aos olhos médicos: “o coma é uma condição mais grave, mas passageira: os pacientes se recuperam, evoluem para o estado vegetativo ou morrem” (CALLEGARI, maio. 2010). Diferente da morte cerebral, que é a perda irreversível de qualquer atividade do cérebro. De carro, com amigos, wallis despencou de um penhasco, aos 20 anos. Nesse primeiro momento ele entrou em coma, do qual saiu cerca de 3 meses depois, ficou quadriplégico evoluindo para o estado semivegetativo. Aparentava sinais de percepção ao seu redor: “acompanhava uma pessoa com os olhos, por exemplo”. Os médicos, no entanto, eram categóricos: não adiantava acreditar em sua recuperação. "Quanto mais tempo o paciente fica nesse estado, menores são as chances de sair dele", afirma Bernat. Entretanto, os exames demonstram que os axônios (terminações nervosas de cada neurônio, responsáveis pela transmissão dos impulsos de uma célula para outra) se reconectaram. Apesar de parte dos movimentos, houve perda da habilidade de processar novas memórias. Um caso mais famoso foi o de Terri Schiavo. Goldim (2005) relata que em 1990 Theresa Marie Schindler-Schiavo, de 41 anos, teve parada cardíaca talvez devido a perda significativa de potássio associada a Bulimia, permanecendo por cinco minutos sem fluxo sanguíneo cerebral. Devido a grande lesão cerebral, ficou em estado vegetativo. Segundo o autor, os “pais de Terri alegaram possível agressão do marido, Michael Schiavo, por estrangulamento, que poderia ter sido a causadora da lesão cerebral, supostamente em processo de separação conjugal”. A paciente teve retirada a sonda que a alimentava e hidratava, e faleceu em 31 de março de 2005, após longa disputa familiar, judicial e política. O esposo desejava a retirada da sonda, enquanto Mary e Bob Schindler, pais da paciente, e seus irmãos, lutaram para que fosse mantida. “Por três vezes o marido ganhou na justiça o

direito de retirar a sonda. Nas duas primeiras vezes a autorização foi revertida. Em 19 de março de 2005, na terceira vez, permaneceu assim até a sua morte”. Em 1993 iniciaram as “posições antagônicas da família, com questões que incluem diferentes versões sobre os interesses em manter ou terminar o uso da alimentação e hidratação por sonda”. O marido alegava que a “sua esposa havia manifestado verbalmente, quando ainda estava consciente, que não desejaria permanecer em um estado como o que se encontra agora”. “O suicídio, entendido como uma agressão deliberada que o indivíduo pratica contra si mesmo, com a intenção de pôr fim à sua vida, constitui-se num fenômeno a ser analisado [...] A abordagem, [...] a fim de possibilitar uma compreensão mais ampla, deve ser interdisciplinar” (GAUER; LAZZARIN, 2003, p.69). Jack Kevorkian, o médico mais famoso dos EUA, ficou conhecido como Dr. Morte por levantar a polêmica discussão do suicídio assistido. Ele tinha uma máquina de matar, em que aplicava suicídio assistido em pacientes terminais. Acerca desse tema foi produzido um filme, “Você não conhece Jack”, estrelado por Al Pacino. A película revela sua obsessão por desafiar as regras da vida – e sua cordial e teimosa insistência em violar a lei para fazê-lo. Encontrou poucas pessoas que o ajudaram a executar suas questionadas práticas. Lutou por uma causa, passou dezenove dias na prisão, em greve de fome. Pacientes o procuravam, imploravam por seu auxílio. Lutava por uma causa: divulgar o suicídio assistido e eutanásia, debater essas questões bastante importantes para o médico, preocupava-se com o sofrimento dos pacientes. Foi processado cinco vezes, sendo condenado na última por homicídio em segundo grau. Os últimos momentos de seus pacientes foram filmados por orientação de seu advogado (a emoção provocada nos vídeos convenciam os jurados a inocentá-lo), que o defendeu até se candidatar a governador do Michigan. Após a derrota, tornou a apoiar Jack, mas este o demitiu. O primordial no filme são os casos: 130 mortes provocadas. Na última, o médico aplicou eutanásia ativa, e filmou no intuito de levar o caso à Suprema Corte. Sem seu ilustre advogado, representando a si mesmo, e desconhecendo as leis do Michigan, Jack perdeu no tribunal e passou oito anos e meio preso. A Suprema Corte não aceitou ouvi-lo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratou-se no presente trabalho de expor diversos pontos de vista sobre a eutanásia e suas implicações legais, fatores médicos, enfatizando aspectos filosóficos. A partir do exposto conclui-se que a eutanásia é uma prática antiga. O código de medicina prevê que médico deve resguardar a vida humana. Depende da corrente filosófica for adotada, determinar se o Estado pode ou não agir contra a autonomia da vontade do indivíduo. Segundo Kant, é dever manter a vida. O contrário viola a dignidade, que é fundamento da autonomia – obedecer à lei universal, e não à vontade do indivíduo. Cada indivíduo, para ele, tem um fim em si mesmo. Em contrapartida, o Libertarismo defende que a pessoa pode dispor de seu próprio corpo como bem entender e o Estado não deve interferir, lógica que admite a eutanásia, obtido o consentimento do paciente. A ausência de paternalismo é característica dessa corrente: não proteger pessoas contra si mesmas. Do mesmo modo que leis proibitivas de suicídio assistido são injustas para os libertários, pelo fato de que a vida pertence a própria pessoa, que deve ser livre para desistir dela e, sendo feito acordo voluntário, o Estado não tem direito de interferir. Argumenta-se que pacientes terminais passam por grande sofrimento e devem ter permissão para apressar sua morte em vez de prolongar a dor. Compaixão deve prevalecer sobre o dever de manter pessoa viva. Por outro lado, é visão utilitarista quantificar ou qualificar a vida, o que ofende a ética e a moral. Afinal, há casos em que pacientes voltaram do coma após décadas de internação. É possível que o ser humano, ainda que capaz, tenha sua percepção reduzida – devido à fragilidade e depressão. Logo, necessita de assistência afetiva, psicológica, médica e jurídica. Eis o papel do Estado: intervir e garantir direitos do cidadão, principalmente o direito à vida. Mais relevante do que aparência são as emoções: o cérebro, além do corpo. A mente é a “alma” da pessoa, e negar isso é negar o que há de mais profundo no ser humano e transformar alguém em mero objeto. Uma pessoa não pode se tratar sozinha; alguém deve ter essa incumbência. Deixar morrer pode ser conveniente e perverso, disfarçar a morte num eufemismo de que se fez a vontade do outro. Há demasiados direitos, mas há escassez do que é essencial: humanidade.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

CALLEGARI, J. **Revista Superinteressante**. Recuperações Espantosas. Maio de 2010. Acesso em 13.09.14, disponível em:
<<http://super.abril.com.br/saude/recuperacoes-espantosas-621672.shtml>>.

CARNELUTTI, F. **A Morte do Direito**. Belo Horizonte: Lider, 2003

CLOTET, J. **Bioética uma aproximação**. Porto Alegre: Edipucrs, 2006, p.24. Acesso em 11.12.2014, disponível em:
<<http://www.pucrs.br/edipucrs/digitalizacao/irmaosmaristas/bioetica.pdf>>.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Código de Ética Médica**: legislação dos conselhos de medicina. Rio de Janeiro, 2012. Acesso em 11.12.2014, disponível em:
<<http://www.cremerj.com.br/publicacoes/download/167>>.

GAUER, R. M. C. Interdisciplinariedade e Pesquisa. **Civitas**: Revista de Ciências Sociais. vol.13, p.536-537, acesso em: 11.12.2014, disponível em:
<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/14981/10883>>

GAUER, R. M. C.; LAZZARIN, S. K. Suicídio: um direito à morte?. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v.1, p.69, 2003.

GOLDIM, J. R. **Eutanásia**. 2003. Acesso em 14.09.14, disponível em:
<<http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>>.

GOLDIM, J. R. **Breve Histórico da Eutanásia**. 2000. Acesso em 15.jul.2013, disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/euthist.htm>>

GOLDIM, J. R. **Caso Terri Schiavo**: Retirada de Tratamento. Disponível em:
<<http://www.ufrgs.br/bioetica/terri.htm>>. Acesso em: 10.01.2015.

JUNGES, J. R. Bioética como casuística e como hermenêutica. **Revista Brasileira de Bioética**, Brasília, v. 1, n. 1, 2005. p.29. Acesso em 11.12.2014, disponível em: <<http://www.rbbioetica.com.br/submissao/index.php/RBB/article/viewFile/4/4>>.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2005.

KIPPER et al., 2000 apud PITHAN, L. H. **A Dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não-ressucitação” hospitalares**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

LOCH, J. de A. Metodologia de análise de casos em Bioética clínica. In: LOCH, J. de A.; GAUER, G. J. C.; CASADO, M. **Bioética, interdisciplinaridade e prática clínica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. p.156. Acesso em 11.12.2014, disponível em:
<<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/jussara/metodologiadeanalise.pdf>>.

Nova Enciclopédia Barsa. São Paulo: Barsa Planeta Internacional Ltda., 2002. Vol.6.

SANDEL, M. **Last Rights**. The New republic. 14.04.1997, v.216, p.27.

SANDEL, M. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.29.

SOUZA, P. V. S. de. **O médico e o dever legal de cuidar**: algumas considerações jurídico-penais. Acesso em 11.12.2014, disponível em:
<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/24/27>.

TERRA, C.M.; BOUSSO, A.; MARTINS, F.R.P.; SILVA, A.F.A.; FERNANDES, J.C.; BALDACCI, E.R.; OKAY, Y. Divisão de Pediatria do hospital Universitário da USP. **Morte Encefálica**: Análise. Acesso em: 19.01.15, disponível em:
<<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/163.pdf>>.

DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA NO AMBIENTE DAS TELECOMUNICAÇÕES: A INADIÁVEL REGULAMENTAÇÃO ECONÔMICA DA MÍDIA NO BRASIL

Francisco André Alves Moura

RESUMO: A presente pesquisa pretende investigar o contexto das telecomunicações no Brasil, com a finalidade de auferir a necessidade de uma regulamentação econômica da mídia face à existência de circunstâncias antijurídicas, como, por exemplo, os oligopólios midiáticos. Objetiva compreender a existência e a exigibilidade de um Direito Humano à comunicação, enquanto, ao mesmo tempo, base e fruto dos direitos à liberdade de expressão, informação, manifestação e pensamento. Analisa, do mesmo modo, o tratamento que a ordem jurídico-constitucional brasileira reserva à comunicação social e se esta encontra-se em conformidade com os dispositivos normativos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à comunicação; Regulamentação da mídia; Ordem Constitucional;

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetivará debater acerca da necessidade de regulamentação dos meios de comunicação no Brasil, calcado na premissa constitucional de intervenção do Estado sob domínio econômico como forma de efetivar os princípios democráticos, a livre concorrência no setor de telecomunicações e, principalmente, a efetivação do direito à comunicação plena.

Inicialmente, será necessário distinguir as formas pelas quais o Estado deve atuar na esfera do domínio econômico e, mais especificamente, conquanto à regulamentação econômica da mídia, delimitando qual o método de intervenção econômica na seara da comunicação, que se adéqua aos ditames constitucionais.

Isto porque, como está previsto no texto constitucional, há as formas direta e indireta de intervenção na ordem econômica, métodos os quais serão devidamente delimitados ao longo deste trabalho, em alinhamento à doutrina do professor Eros Grau.

Deste modo, será debatido o significado da comunicação e o que ela representa para a convivência em sociedade, assim como para sustentação das relações de poder.

Com esse substrato teórico, avaliará a existência e respectiva magnitude jurídica do direito à comunicação, enquanto bem jurídico extraído dos direitos à liberdade de expressão, manifestação e imprensa, estes positivamente consagrados nos documentos normativos ao redor do mundo, principalmente, nas constituições ocidentais.

Utiliza-se como referenciais teóricos, na abordagem da teoria da comunicação, o diálogo libertador de Paulo Freire e a abordagem original da ciência da comunicação social realizada por Raimunda Aline Lucena Gomes.

Será feito um esforço histórico para memorar os principais documentos jurídicos ocidentais, a partir do século XVII, que abordaram a comunicação nos seus textos.

Deste modo, observará de que forma a sociedade internacional vem tratando o Direito Humano à Comunicação, principalmente no período do Pós Guerra, quando se acentuaram os debates acerca da natureza deste direito.

Consecutivamente, o trabalho abordará os objetivos da norma inserta no capítulo V (Da Comunicação Social), do Título VIII e as disposições do artigo 5º, IV, V, VI, IX e X da Constituição Federal para aferir de que forma está disposto o direito pátrio no tratamento das telecomunicações.

Saliente-se, que a análise constitucional dos referidos incisos do Art. 5º e dos dispositivos do Capítulo V, Título VIII da Magna Carta não excluem a análise sistêmica da Constituição num todo para abalizar os posicionamentos nesta pesquisa.

Além disso, analisará a realidade concreta da concentração midiática no Brasil para conferir se os fatos sociais estão em acordo com a legislação constitucional e as alternativas para o combate aos monopólios midiáticos, caso assim se apresente a telecomunicação no Brasil.

Ademais, buscará, de acordo com as conclusões obtidas nas análises acerca do direito à comunicação no Brasil, expor ideias propositivas para a intervenção do Estado sob o domínio econômico na seara das telecomunicações,

com o fito de contribuir para o cumprimento das normas constitucionais referentes à concretização dos Direitos Humanos, da pluralidade de ideias e do combate aos monopólios/oligopólios econômicos midiáticos.

2 INTERVENÇÃO DO ESTADO “SOB” OU “NO” DOMÍNIO ECONÔMICO?

Se faz necessário abordar, em caráter perfunctório, o método de intervenção econômica do Estado que se adequa à finalidade de garantir uma efetivação do direito à comunicação, tendo em vista que este encontra-se obstruído de concretização plena, em face, principalmente, de estruturas imperfeitas do mercado concorrencial que são os monopólios/oligopólios.

Em termos metodológicos, faz-se prudente explicitar, que não há pretensão, neste recorte científico, de verticalizar o debate acerca do direito econômico, nos seus termos de combate às estruturas defeituosas do mercado, mas, sim, de propor um diálogo fundamental na busca pela garantia à sociedade de um direito que perpassa e influi nas questões econômicas.

Deste modo, há de ser analisado de que forma o texto constitucional brasileiro aborda os métodos de intervenção econômica do Estado, os quais são classificados, conforme disposição normativa, em: métodos de intervenção direta e indireta.

Concernente à intervenção estatal direta no domínio econômico, observa-se que sua previsão constitucional tem fulcro no art. 173, que destaca o caráter excepcional do exercício direto de atividade econômica pelo Estado, devendo este assim atuar somente nos casos previstos na Constituição ou quando necessário aos imperativos de segurança nacional e/ou relevante interesse coletivo.

Por outro lado, no que tange à atuação econômica indireta do Estado, a previsão normativa fundamental encontra-se no art. 174, que expõe com clarividência a função reguladora proposta constitucionalmente, de intervenção essencialmente indireta.

Este método de intervenção indireta se caracteriza, de acordo com as lições do professor Ângelo Menezes (2012, p. 25), pela cobrança de tributos,

concessão de benefícios/subsídios fiscais e, principalmente, na regulamentação normativa de atividades econômicas, a serem desenvolvidas primordialmente pelos particulares.

A classificação da atividade econômica exercida é dividida por Eros Grau (GRAU, 1997) em quatro categorias: 1. Por absorção, quando o Estado atua monopolisticamente em determinado ramo econômico; 2. Por participação, quando o ente estatal pratica diretamente a atividade, mas em regime de concorrência com o particular; 3. Por direção, que se caracteriza pela atuação do Estado de forma cogente através do sistema normativo jurídico; 4. E por indução, método que o Estado atua por via normativa, mas por disposições incentivadoras de ordem tributária ou administrativa.

Notoriamente, como se vislumbra, os métodos 1 e 2 referem-se à atuação direta e o 3 e 4 à intervenção econômica do Estado de forma indireta.

Deste modo, em nome da clareza na linguagem jurídica, verifica-se ser mais prudente que se a terminologia referida for acerca de intervenção no domínio econômico, tratar-se-á de atuação direta do Estado, ou seja, que envolva os mecanismos descritos nos itens 1 e 2 da classificação de Eros Grau mencionada.

Quando referir-se, por sua vez, à intervenção do Estado sob o domínio econômico, estará, o presente trabalho, remetendo a métodos indiretos de intervenção econômica, descritos nos itens 3 e 4.

Neste passo, o presente debate acerca da efetivação do direito à comunicação, através da regulamentação da mídia, se pauta fundamentalmente numa proposta de intervenção indireta sob o domínio econômico, com a finalidade de impedir que as congruências do mercado impossibilitem a concretização de um direito fundamental.

Por outro lado, não se pretende excluir a importância da atuação direta do ente estatal nos meios de comunicação, através, por exemplo, dos canais públicos de TV e rádio, no entanto um dos objetivos aqui proposto é de promover mais inclusão direta da sociedade civil nos ambientes de profusão e recepção de informação, sem haver, como obrigatório, o intermédio do Estado ou dos grupos corporativos da mídia.

Sendo assim, é necessário que se compreenda qual o significado histórico e ideológico da comunicação e a forma como o sistema jurídico nacional e internacional o trata, para que o debate acerca da regulamentação da mídia, assim como o método de intervenção econômica adequado, seja tratado como meio para a concretização de um fim, que é garantir o pleno acesso à comunicação.

3 A COMUNICAÇÃO

Neste capítulo, observaremos o ato de comunicar como uma essência própria do indivíduo, intimamente relacionado à evolução da humanidade. Sendo o meio pelo qual se concretiza as relações interpessoais e sociais, ou seja, o instrumento base da vida em sociedade.

Tratar da comunicação, desde a conquista do ato de se comunicar via oral até a instrumentalização técnica, reflete a luta da humanidade pela sobrevivência, pelo domínio da natureza, pela construção do conhecimento e pela sua expansão (GOMES, 2007).

Analisar o processo comunicativo, portanto, significa observar o modo de viver em sociedade, que é, acima de tudo, regido pela comunicação entre as pessoas e as instituições, sendo reflexo, também, das relações de poder e da ideologia dominante.

Neste pensar, não se torna pretensioso ratificar que a comunicação é o sustentáculo fundamental do modelo de sociedade na qual estamos inseridos, como afirma em sentido semelhante Bakhtin (2004, p. 41), senão vejamos:

As palavras são tecidas a partir de uma multidão de fios ideológicos e servem de trama a todas as relações sociais em todos os domínios. É portanto claro, que a palavra será sempre o indicador mais sensível de todas as transformações sociais, mesmo daquelas que apenas despontam, que ainda não tomaram forma, que ainda não abriram caminho para sistemas ideológicos estruturados e bem formados.

Podemos afirmar, desse modo, que a pesquisa sobre a comunicação tem de ser mais do que analisar como o sistema normativo impõe que seja tratado esse direito, pois isto nos limitaria ao reducionismo de reproduzir um conceito de comunicação já posto na teleologia da norma, o que inutilizaria a pesquisa sócio

jurídica, que exige um diálogo entre o Direito e as demais ciências, assim como com a realidade social.

Afinal, o objetivo de uma norma é também um ato de comunicação. Sua obediência estrita torna o jurista mero reproduzidor comunicativo de uma ideologia dominante, que se concentra no momento de confecção da lei. Defender um modelo social não é, per se, um problema. A problemática reside no instante em que a defesa é nada mais que reprodução acrítica do modelo, o que transforma o jurista, pela linguagem de André Arnaud (1991), num conformista submisso ao Direito.

Justificada à insubmissão ao Direito positivo, vê-se que para existir comunicação efetiva é necessário que este ato seja fruto de uma relação dialógica, em que sujeitos sociais se articulam, concordam ou discordam da informação que lhes é destinada.

Não há comunicação quando o sujeito destinatário da mensagem é coisificado pelo veículo midiático e tratado como máquina acrítica para depósito de informações, estas quais, invariavelmente, possuem finalidade ideológica de imposição cultural e opressão social. Aliás, impõe ressaltar que, se por um lado nos comunicar é o método que permite a vida em sociedade, por outro, é o método de sustentação das relações (im) postas de poder.

Recorrer a Paulo Freire (2002, p. 69) se torna inevitável, já que cristalina é sua reflexão: “educação é comunicação, é diálogo, na medida em que não é a transferência de saber, mas um encontro de sujeitos interlocutores que buscam a significação dos significados”.

Há, neste enunciado, assim como no pensamento Freireano, um diálogo de conceitos, isto porque o enunciado expõe o sentido da educação e da comunicação, que nos permite concluir que ambos inexistem caso inexista o diálogo – a capacidade discursiva de todas as partes que compõem o ato comunicativo.

Desse modo, Paulo Freire (1987, p. 78-79) é novamente fundamental para explicitar a sacralidade do diálogo na comunicação, como forma, inclusive, de permitir a humanização do sujeito que participa do ato comunicativo, senão vejamos:

Esta é a razão por que não é possível o diálogo entre os que querem a *pronúncia* do mundo e os que não a querem; entre os que negam aos demais o direito de dizer a palavra e os que se acham negados deste direito. É preciso primeiro que, os que assim se encontram negados no direito primordial de dizer a palavra, reconquistem esse direito, proibindo que este assalto desumanizante continue. Se é dizendo a palavra com que, “*pronunciando*” o mundo, os homens o transformam, o diálogo se impõe como caminho pelo qual os homens ganham significação enquanto homens. Por isto, o diálogo é uma exigência existencial. E, se ele é o encontro em que se solidariza o refletir e o agir de seus sujeitos endereçados ao mundo a ser transformado e humanizado, não pode reduzir-se a um ato de depositar idéias de um sujeito no outro, nem tampouco tornar-se simples troca de idéias a serem consumidas pelos permutantes. (grifo nosso).

No mundo pós moderno, portanto, numa realidade em que a informação é transmitida em larga escala de forma mediatizada, não há como existir comunicação na veiculação unilateral de conteúdo, pois como afirmou Brecht (BRECHT, 2005) ainda em tempos de rádio: “O rádio seria o mais fabuloso meio de comunicação imaginável na vida pública, um fantástico sistema de canalização. Isto é, seria se não somente fosse capaz de emitir, como também de receber.”

A ausência da “via de mão dupla” no veículo de informação retira, por assim dizer, o caráter comunicativo do respectivo meio, já que desrespeita o caráter dialógico próprio da comunicação; e desumaniza o destinatário do conteúdo midiático, o retirando da condição de sujeito cultural e transformando-o em mero consumidor de informação.

Os indivíduos, por sua vez, despido da capacidade real de contrapor e dialogar com a informação que lhe é depositada, se torna reprodutor manso e pacífico do discurso que lhe foi incutido. Aqui, como já foi dito, é onde reside a problemática da inadiável democratização do acesso à comunicação, inclusive mediatizada, para que esse indivíduo comum, especialmente os componentes das minorias étnicas, religiosas, sexuais e sociais, possa ser proclamado do direito de dizer a palavra, ou seja, de essencialmente se comunicar na mesma magnitude que o faz àqueles que objetivam lhe suprimir o direito de pronunciar o mundo, como afirmou Freire.

Desse modo, vislumbra-se que a comunicação, desde os métodos primitivos até os meios digitais de hoje em dia, é uma característica fundamental que possibilita a vida em sociedade e foi, ao longo da história, instrumento,

paradoxalmente, de manutenção do poder e de organização de lutas progressistas.

Por esse motivo, a comunicação foi conclamada pelas Declarações de Direitos, especialmente a partir dos séculos XVII e XVIII, através de dispositivos que asseguravam a importância do ato comunicativo, instrumentalizado pelos direitos à liberdade de expressão, de opinião, de pensamento, de discurso, de imprensa e de informação.

Neste contexto, cumpre-nos analisar resumidamente como esta temática evoluiu nos documentos jurídicos, percorrendo um curso histórico, que demonstra a evolução do tratamento normativo desta matéria até chegar à conotação que hoje recebe o direito à comunicação

3.1 Histórico Internacional do Direito à Comunicação

Ao longo da história moderna, documentos jurídicos de origem burguesa passaram a tutelar os direitos à liberdade de pensamento e de manifestação da opinião como formas de viabilizar as garantias negativas de caráter liberal, segundo a qual os indivíduos não devem ser constrangidos pela expressão do pensamento, seja a expressão falada, escrita com conotação política ou em forma de culto religioso.

O primeiro documento que remete às liberdades da comunicação é a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) Inglesa de 1689, que defende diretamente a liberdade da palavra e do debate dentro ou fora do parlamento, embora, de certo modo, a Declaração possua caráter ambíguo (GOMES, 2007), já que em sentido estrito e literal não direciona a titularidade do direito de se comunicar livremente, mas, na sociedade de então, havia uma seleção natural para eleger os titulares do direito à palavra, pois a maioria do povo era analfabeto e vivia na extrema pobreza, estando, conseqüentemente, distante dos espaços públicos próprios à manifestação da opinião.

No século seguinte, em 1776, os Estados Unidos da América tornaram-se independentes da Inglaterra e promulgou a Declaração de Direitos da Virgínia, na qual afirmou que não deve haver restrição à liberdade de palavra ou de imprensa.

Anos depois, no marco histórico da Era Contemporânea, através da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), os franceses romperam o curso histórico e fizeram constar, no referido documento, direitos universais que não se limitavam à ordem jurídica interna.

O referido Documento francês declarou os seguintes direitos no que tange à comunicação⁸⁸: “[...] **Art. 10º.** Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.”

Na mesma linha, dispõe: “**Art. 11º.** A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.” (grifos nosso)

Após a Declaração da Revolução Francesa e subsequentes Constituições da França, não houve documentos jurídicos versando acerca dos direitos e deveres dos indivíduos até o século XX.

Assim, surge no contexto do Pós Guerra, a Organização das Nações Unidas, fundada sob a égide da Declaração Internacional dos Direitos Humanos, fruto de um intenso debate pela proteção internacional e universalização dos direitos, como forma de proteção à sociedade vindoura dos flagelos da guerra

A comunicação, nesse contexto, também foi objeto de abordagem, através, principalmente, da expressão do artigo XIX da Declaração da ONU, como se observa: “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independente de fronteiras.”

Há também, seguindo os mesmos nortes da Declaração Universal, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que expressa: “[...] a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha”.

⁸⁸ Documento online. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>

Ocorre que, apesar dos avanços normativos no tratamento do direito à comunicação nas duas últimas legislações internacionais mencionadas, o avanço da realidade das comunicações sociais estava anos luz à frente do que dispunha os dispositivos legais mencionados.

Isto porque, os documentos estavam focados em garantir uma comunicação interpessoal, em possibilitar os indivíduos de se comunicarem livremente, sem ameaça de censura pelo Estado, segundo a lógica, na anacrônica visão geracional dos direitos, de proteger os direitos fundamentais de primeira geração. Isto, de fato, possui absoluta importância, mas não tem o condão de garantir a plenitude da liberdade de expressão, informação, manifestação e pensamento numa sociedade de comunicação de massas (cinema, tv., rádio), como já o era no período de confecção dos referidos documentos.

As leis existentes de Direitos Humanos, asseguradas pelo artigo 19 da DUDH15 e artigo 19 da Convenção (sic) Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, cobrem o direito fundamental à liberdade de opinião e de expressão. Isto é, indubitavelmente, uma base essencial para o processo de diálogo entre as pessoas, mas não se constitui como tráfego de mão dupla. É a liberdade de expressão do mendigo que fala em uma esquina, e a quem ninguém tem que ouvir, e que pode não estar se comunicando com ninguém. O artigo também se refere à liberdade de ter opiniões: isto se refere às opiniões dentro da cabeça das pessoas, que podem servir para a comunicação consigo mesmo, mas não necessariamente traz uma obrigatoriedade de comunicação com outros. Menciona o direito de buscar informações e ideias: dispõe para o processo de consultar e reunir notícias, por exemplo, o que é diferente de comunicar. Também há o direito a receber informação e ideias, o que é também, em princípio, um processo de mão única: o fato de que eu possa receber quaisquer informações ou ideias que eu queira não implica que eu esteja envolvido em um processo comunicacional. Finalmente, há o direito a disseminar informações ou ideias: isso se refere à disseminação/alocução que vai além da liberdade de expressão, mas os dispositivos dos artigos tratam apenas de um processo de mão-única de transporte, recepção, consulta e alocação, mas não do processo de mão dupla, que é a conversação. (GOMES apud HAMELINK, 2005, p. 143) (grifo nosso).

Por conseguinte, vê-se os documentos até aqui abordados possuem um tratamento jurídico, de certo modo, rudimentar para os desafios reais que se avizinham no que tange à efetivação plena de um direito à comunicação, que passou a exigir, sob pena de inexistência do ato comunicativo, um diálogo entre os sujeitos comunicantes, inclusive se a troca de informação ocorrer de maneira mediatizada.

3.2 O Atual Tratamento Jurídico da Comunicação na Ordem Internacional

A ordem jurídica internacional começa a evoluir no que tange ao tratamento do direito humano à comunicação a partir do avanço quantitativo nas Nações Unidas de países fora do eixo de hegemonia econômica, em especial, através das resoluções editadas pelos membros da UNESCO, órgão de poder horizontalizado.

Os debates na UNESCO acerca do direito à comunicação foram capitaneados por Jean D'arcy, por meio, inicialmente, de sua obra intitulada, em português, de "Os Direitos do Homem à Comunicar". O Francês invocou a importância de um tratamento adequado para as novas maneiras de se transmitir a informação, que passara a ser transmitida como comunicação em massa.

Inaugurava-se um novo tratamento jurídico da comunicação, superando àquele conceito do *free flow*, que defendia a fantasia da liberdade em virtude da ausência normativa, mas que, em verdade, permitia e permite um controle da comunicação pelos grupos empresariais, por meio dos já referidos oligopólios.

O que D'arcy propôs efetivamente foi trazer para os instrumentos normativos a importância histórica, social e ideológica que possui a comunicação, no sentido de que os documentos jurídicos pudessem imprimir força comunicativa aos indivíduos que estão à margem da construção da informação e, conseqüentemente, fora da condição de disputar socialmente os espaços.

Em síntese, afirmou Jean D'arcy (1983, p. 291):

A chegada sucessiva de outros meios de comunicação de massas – cinema, rádio, televisão – da mesma forma que o abuso de todas as propagandas em véspera de guerra, demonstraram rapidamente a necessidade e a possibilidade de um direito mais preciso, porém mais extenso, a saber, o de procurar, receber e difundir as informações e ideias sem consideração de fronteiras. [...] Hoje em dia parece possível um novo passo adiante: o direito do homem à comunicação, derivado de nossas últimas vitórias sobre o tempo e o espaço, da mesma forma que da nossa mais clara percepção do fenômeno da comunicação.

Em âmbito global passou a ser notório, que o fluxo das informações era essencialmente do norte para o sul, seguindo a lógica colonizadora de produção e difusão da informação nos países desenvolvidos e o consumo nos subdesenvolvidos, o que gerava não só uma dominação econômica, mas também cultural.

Em contraposição a esse *modus operandi*, surgiu na ONU voz como a de D'arcy, o que, subsequentemente, possibilitou a criação da Comissão Internacional para o Estudo dos Problemas da Comunicação ligado à UNESCO, tendo sido o órgão responsável pela elaboração do documento que ficou conhecido como Relatório McBride ou *Um mundo e muitas vozes*.

O Relatório dispôs acerca de onze pontos fulcrais para a democratização do acesso à informação, os quais transcrevo parcialmente a seguir pelo caráter ainda atual dos seus objetivos no debate acerca do direito à comunicação (1980):

[...]

(2) eliminação dos efeitos negativos de determinados monopólios, públicos ou privados, e a excessiva concentração de poder;

(3) remoção dos obstáculos internos e externos para um livre fluxo e mais ampla e equilibrada disseminação das informações e ideias

[...]

(10) respeito à identidade cultural de cada povo e ao direito de cada nação para informar o público internacional sobre seus interesses, aspirações e respectivos valores sociais e culturais;

(11) respeito aos direitos de todos os povos para participar de intercâmbios de informação, baseando-se na igualdade, justiça e benefícios mútuos e, respeito aos direitos da coletividade, assim como de grupos étnicos e sociais, para que possam ter acesso às fontes de informação e participar ativamente dos fluxos de comunicação.

Em face das conclusões democratizantes da comissão da UNESCO, os Estados Unidos, de Reagan, e o Reino Unido de Thatcher, abandonaram o órgão em 1985, sob argumentos de desqualificação da UNESCO enquanto fórum para debater os problemas mundiais da comunicação, o que levou a uma certa inoperância do órgão neste âmbito, já que a saída das referidas nações do quadro de membros representou uma diminuição na contribuição financeira das pesquisas acerca do direito à comunicação (MOYSES, 2010).

Visualiza-se perfeitamente adequada a lição já referenciada, mas sempre salutar, de Paulo Freire: “Esta é a razão por que não é possível o diálogo entre os que querem a *pronúncia* do mundo e os que não a querem; entre os que negam aos demais o direito de dizer a palavra e os que se acham negados deste direito”.

Neste contexto, a produção normativa acerca do direito à comunicação restou, em termos gerais, inalterado ao longo das décadas de 80 e 90, num contexto de expansão do neoliberalismo e ausência de interesses hegemônico na expansão deste debate.

Foi retomado, porém, no início dos anos 2000, na ONU, através da Cúpula Mundial Sobre a Sociedade da Informação, onde os debates pela concretização da comunicação se desenvolveram no sentido de não somente abordá-lo como um direito de status negativo, mas também positivo, que impõe atuação do Estado para concretizá-lo, assim como os demais direitos econômicos e sociais que foram sendo conquistados no início do século XX.

Neste desiderato, expressa Moyses (2010, p. 108):

Este direito pode ser compreendido como parte do mesmo movimento iniciado no final do século XIX, quando setores populares reivindicaram o reconhecimento de direitos econômicos e sociais, acrescentando às liberdades negativas conquistadas o passado a necessidade de condições mínimas de igualdade material (e não meramente formal). Enquanto alguns direitos que possuem essa perspectiva (os chamados direitos de segunda geração, ou direitos econômicos e sociais) foram sendo progressivamente reconhecidos – como os direitos ao trabalho, à educação e à saúde – a comunicação social, neste mesmo período, foi apropriado pelo capital e, em países como Brasil, também pelas oligarquias locais/regionais, percorrendo caminho inverso aos outros campos objeto de direitos humanos [...].

Deste modo, apesar do avanço legislativo na esfera internacional, deve-se registrar que há uma imposição informacional e cultural ainda em grande medida na escala global, com os fluxos de informação sendo predominantemente do norte para o sul, apesar dos esforços empenhados internacionalmente, através, por exemplo, do Global Governance Project, projeto da campanha CRIS, sigla em inglês para o que significa: Direitos da Comunicação na Sociedade da Informação (tradução livre do autor).

Por conseguinte, estando abalizado o contexto internacional no que tange ao tratamento jurídico do Direito Humano à Comunicação, configura-se relevante que adentremos ao recorte principal que se destina essa pesquisa, qual seja, analisar como está disposta a comunicação social no Brasil, tanto nos diplomas normativos, quanto na realidade fática, para que seja possível auferir a necessidade da regulamentação da mídia, assim como o método adequado para perquirir tal finalidade.

4 O DIREITO À COMUNICAÇÃO NO BRASIL

A comunicação social no Brasil está vinculada, num geral, às disposições constitucionais dos incisos IV, V, VI, IX e X do artigo 5º, que compõe os Direitos e as Garantias Fundamentais, assim como às normas do Capítulo V – Da Comunicação Social – do Título VIII da Constituição Federal.

Os dispositivos do Art. 5º da CF correspondem, essencialmente, às liberdades individuais conclamadas pelos documentos jurídicos ao redor do mundo a partir dos séculos XVII e XVIII. São disposições normativas pautadas na concepção do fato jurídico relacionado à comunicação interpessoal, ou seja, tem o condão principal de garantir que os indivíduos possam se comunicar livremente num ato comunicativo direto não mediatizado.

Há uma ressalva a essa liberdade no teor do inciso V já referido, que assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral e à imagem.

Muito embora represente certa limitação à liberdade plena de expressão e informação, não há novidade nesta manifestação legislativa, já que desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão consta semelhantes reservas, como por exemplo, no art. 11: [...] Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”. (grifos nossos).

Por outro lado, os artigos 220 a 224 representam uma vontade programática da Constituição Federal em estabelecer uma ordem da Comunicação Social no Brasil que atenda aos princípios constitucionais, fundamentalmente conquanto uma comunicação efetivamente democrática.

O professor Leonardo Martins (2012, p. 266) expõe de forma clarividente o paradoxo constitucional referente ao campo da comunicação no sistema brasileiro, como podemos observar a seguir:

No campo da comunicação social, o legislador brasileiro se encontra vinculado a duas diretivas constitucionais: de um lado, às liberdades de comunicação social e de manifestação do pensamento consoante já aqui sucintamente discutido, e, de outro, às determinações positivas de configuração legislativa de uma ordem da comunicação social compatível com a Constituição

Tomemos, desse modo, o tratamento jurídico constitucional pátrio da comunicação como uma garantia de caráter negativo, que impede a intervenção do Estado na esfera da expressão e manifestação comunicativa do indivíduo, assim como de uma necessária atuação programática no sentido de garantir a democratização do acesso, produção e profusão de informação através dos meios de comunicação.

Inolvidável estabelecermos como substrato para as análises jurídicas, a assunção da comunicação como um Direito Humano também no plano nacional, como restou estabelecido pelo Relatório do Encontro Nacional de Direito Humanos da Câmara dos Deputados (2005, p. 22): “[...] a valorização do direito à comunicação como direito humano, cuja incidência transversal confere-lhe importância crescente para a realização de todos os demais direitos”.

Exemplificado o modelo teórico jurídico, cumpre-nos analisar as circunstâncias sociais e os desafios reais para concretização de um método de intervenção econômica para democratização do acesso à comunicação.

4.1 A Situação da Comunicação Social no Brasil e as Possibilidades de Enfrentamento

Mesmo que em uma análise rápida e superficial, é perceptível que a circunstância do fluxo de informação desenhado em capítulo anterior, que expôs o hemisfério norte como emissor da informação e o sul como consumidor, se repete na realidade brasileira, com uma mudança geográfica espacial, já que aqui o fluxo é do sul para o norte.

Apesar da mudança na direção espacial do fluxo informacional, as características brasileiras são semelhantes ao contexto mundial, já que a informação flui do centro econômico financeiro para as demais regiões, repetindo, de certo modo, a lógica colonizadora.

Fato cotidiano relevante para a presente pesquisa, que envolve a política e o direito da comunicação, foi a manifestação política nos idos de março e abril, que ficou conhecido como “panelaço”, que foi uma manifestação legítima

concentrado essencialmente nas regiões sul e sudeste durante pronunciamento da presidenta Dilma nas redes comerciais de televisão⁸⁹.

Acontece que, do norte de Minas Gerais até os estados das regiões Norte e Nordeste não houve manifestação do “panelaço”. Apesar disso, o referido ato se transformou em fato político debatido nos quatro cantos do país, veiculado, diuturnamente, pelos jornais locais, até mesmo das regiões onde não houve tal manifestação política.

Esse fato pontual ora narrado nos serve de exemplo para explicitar a lógica do fluxo de informação, do mesmo modo que se faz útil para adentrar na análise das redes corporativas de controle da comunicação.

Em trabalho ímpar acerca da concentração econômica na produção da informação, Gørgen (2010, p. 79) explicita a análise feita pelo projeto do qual faz parte, denominado Os Donos da Mídia:

Distorções regionais. Os veículos ligados às redes privadas nacionais distribuem-se por todos os Estados do país. A comparação do número de veículos encontrado em cada região do país e do percentual destes com os percentuais da população, do número de domicílios, do Produto Interno Bruto (PIB) e do Índice Potencial de Consumo (IPC), mostram diversas incongruências. Na região Sudeste, uma pequena parcela dos veículos (21,9%) ligados às redes atua no maior mercado do país (58,7% do PIB e 51,4% do potencial de consumo), onde vive o maior contingente de população (42,4%). Nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste estabelece-se uma relação inversamente proporcional. Um grande número de veículos atua sobre uma menor parcela da população e em mercados menores. No somatório destas três regiões, a pesquisa constatou que 60% de todos os veículos ligados às redes privadas nacionais encontram-se em uma área que corresponde a 42,6% da população, 24,9% do PIB e 31,3% do potencial de consumo. A exceção a este quadro distorcido se dá na região Sul, onde há uma certa proporcionalidade entre os índices.

Esta análise da concentração regional na produção da informação é sintomática, já que isto significa a existência de uma problemática ainda mais ameaçadora à concretização do direito humano à comunicação, pois demonstra que o mercado midiático é controlado, através dos grupos afiliados, por uma pequena quantidade de grandes empresas situadas no centro financeiro do país.

Ora, redes como Globo, SBT, Record, Bandeirantes e Rede TV possuem cerca de 80% dos grupos de comunicação regional filiados aos seus quadros, o

⁸⁹ Em virtude do alcance insuficiente dos canais de TV vinculadas ao Estado, que deveriam estar aptas a desenvolver um papel político informativo, foi necessário utilizar-se de horário nobre das redes comerciais de TV.

que gera, por consequência, um controle dos veículos locais de forma direta ou indireta. Assim, aproximadamente metade dos 2.422 veículos ligados às redes possui ligação com alguma das cinco maiores redes de televisão ou das três maiores redes de rádio (GÖRGEN, 2010).

Há um quadro inequívoco de oligopólio econômico, que por si só é uma ofensa à ordem jurídica e substancialmente prejudicial à sociedade, porém, o que torna a circunstância ainda mais gravosa é o fato de ser relacionado ao setor midiático televisivo e radiofônico, responsável, hodiernamente, por muito da formação cultural, da consciência política e da opção ideológica da população.

O combate à concentração econômica midiática é medida que se impõe pelo próprio texto constitucional, que veda o monopólio e o oligopólio direto ou indireto no campo da comunicação social, como se depreende da taxatividade do art. 220, §5 da Constituição Federal.

A defesa da ordem econômica livre não é nenhuma novidade para a ordem constitucional, no sentido de promover a defesa do livre mercado e dos direitos dos indivíduos que consomem informação das TVs e rádios.

Veja que aqui se propõe um primeiro passo para regulamentação da mídia, qual seja, a democratização do acesso aos meios de produção e veiculação do conteúdo através das concessões públicas, que devem ser feitas de forma plural e respeitando as condições sócio culturais da localidade de transmissão da informação.

Deve-se criar métodos para combater a concentração midiática a partir de todo indício de monopolização de meios comunicativos, como, por exemplo, os chamados *cross media ownership*, que é a propriedade cruzada dos meios de comunicação.

Ressalte-se, por oportuno, que esta atuação repressiva não requer obrigatoriamente uma regulamentação normativa das telecomunicações, tendo em vista que a Constituição já proíbe a concentração de meios de comunicação, carecendo tão somente de uma atuação de órgãos de investigação e repressão, como o Ministério Público Federal, para concretizar as disposições normativas constitucionais.

Obviamente, um exame de proporcionalidade é sempre salutar – e no presente debate que envolve uma liberdade é ainda mais – para o intérprete do Direito ponderar o caso concreto no que tange às colisões de direitos. Essa ponderação, porém, não deve obstaculizar a atuação em combate a essa anomalia do mercado (oligopólios), o qual é repudiado pelo Direito Constitucional, Econômico e Concorrencial.

Apesar de já haver previsão constitucional para o combate aos oligopólios, em face da disposição da Constituição possuir caráter aberto, o aplicador do Direito vê-se diante de uma impossibilidade fática de aplicação das normas dirigentes à uma comunicação social justa e democrática.

Vislumbra-se aqui, portanto, a necessidade de regulação econômico-normativa da mídia, através da regulamentação, em lei infraconstitucional de caráter fechado e de subsunção normativa imediata, do §5º do art. 220 da Constituição Federal, no sentido de corrigir o defeito do mercado e possibilitar que mais sujeitos tenham a capacidade de produzir e veicular conteúdo nos meios de comunicação de massa, transformando-os em canais plurais de identidade e diálogo com os indivíduos receptores e, possivelmente, transformadores da informação.

Além disso, um segundo ponto essencial para ser abordado numa formulação legal da regulamentação normativa da mídia é a criação e manutenção de um órgão central suprapartidário e composto por membros da sociedade civil com competência para debater os rumos da telecomunicação no país, como há na Alemanha e nos Estados Unidos

Obviamente, um Órgão Central havia de ser criado num contexto de telecomunicação renovado, desde que ultrapassado esse modelo concentrado que ora se percebe. Caso contrário, o órgão restaria controlado pelos mesmos agentes que controlam a ordem econômica da comunicação social.

Um terceiro ponto a ser inserido numa possível regulamentação da mídia, seria a própria proibição de parlamentares possuírem o domínio direto ou indireto de órgãos de radiodifusão, pois, como salienta Leonardo Martins (2012, p. 268), representa um desserviço ao propósito ora discutido e deve ser vedado.

Os prejuízos advindos do domínio de canais de comunicação por agentes políticos são inequívocos, já que as concessões são frutos, usualmente, de conchaves políticos e trocas de favor (GÖRGEN, 2010), e provoca, em nível regional, um claro desequilíbrio nas disputas político-eleitoral, por vezes, distorcendo, criando ou omitindo informações em benefício de seu proprietário, fulminando a própria essência do direito à comunicação.

As três medidas mencionadas postas em debate fazem parte de um rol de outras medidas necessárias à regulamentação econômica da mídia no Brasil, objetivando a concretização em plenitude das liberdades de expressão, informação, manifestação, pensamento, palavra e crença. Em miúdos, são algumas das alternativas viáveis para concretizar a comunicação como um Direito Humano, tornando possível seu exercido de forma democrática, plural, em defesa de minorias e da promoção de igualdade econômica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de ter exaurido a temática e as possibilidades de resolução da problemática, passo a tecer as considerações finais, ciente de que os objetivos do presente recorte científico foram devidamente atingidos, mesmo que as nossas proposições sejam taxadas de utópicas e seus meios de impossíveis, está registrado nesse trabalho acadêmico os delírios de um sonhador, como queria que o fizéssemos Eduardo Galeano, agora *in memoriam*.

Afora sonhos, observa-se que o tratamento jurídico da comunicação evoluiu ao longo do tempo. Surgiu como forma de tutelar a capacidade e possibilidade dos homens⁹⁰ de se manifestar abertamente sem a preocupação de haver censura pelo Estado na figura do rei, numa perspectiva de comunicação interpessoal, limitada ao convívio das pessoas.

Subsequentemente, os documentos jurídicos passaram a garantir um direito à comunicação social, que aprofunda o conceito e agrega as liberdades,

⁹⁰ Registre-se que aqui fazemos menção somente aos homens, já que à época dos primeiros documentos que registravam a liberdade de expressão, pensamento e imprensa, realmente, se pretendia resguardar esses direitos aos homens, em específico, aos homens burgueses, classe social ascendente nos séculos XVI, XVII e XVIII;

buscando propiciar aos indivíduos a possibilidade de se manifestar perante a sociedade utilizando-se dos meios e recursos tecnológicos que permitem a comunicação em massa.

Desse modo, se vislumbra que a comunicação enquanto Direito Humano deve ser tutelada e garantida na sua plenitude, através, inclusive, da democratização dos veículos midiáticos, que devem – assim como a liberdade de falar que outrora era privilégio – passar por um processo de descentralização econômico e geográfico.

No contexto brasileiro, é possível perceber que há mecanismos constitucionais que garantem o acesso democrático à comunicação, porém resta impossibilitado de concretização face à omissão parlamentar de regulamentar os dispositivos constitucionais, no sentido de torná-los exequíveis por meio de lei que regulamente economicamente a telecomunicação no país.

Neste desiderato, faz-se necessário, aqui reside a materialidade sugestiva de ação do presente artigo, que a sociedade civil se organize politicamente para realizar pressão popular e democrática, pois, por se tratar de uma autolimitação de privilégios dos parlamentares, a regulamentação econômica da mídia necessita e exige apelo popular para transformar os debates acadêmicos e sociais em processo legislativo oficial.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, A.-J. **O direito traído pela filosofia**. Tradução de Wanda Lemos Capeller, Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

BAKHTIN, M. **Marxismo e filosofia da linguagem**. São Paulo: Hucitec, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRECHT, B. Teoria do rádio (1927 – 1932). In: MEDITSCH, Eduardo (org). **Teorias do Rádio: textos e contextos – Volume I**. Florianópolis: Insular, 2005.

DONOS DA MÍDIA. **O Mapa da Comunicação Social**. Disponível em: <<http://donosdamidia.com.br/artigos>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2015.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. ONU, 1948. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/regionais.html>. Acesso em: 22 de janeiro de 2015.

FREIRE, P. **Pedagogia do Oprimido.** 17^a. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GRAU, E. R. **Elementos de Direito Econômico.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

GOMES, R. A. L. (2007). **A comunicação como direito humano: um conceito em construção.** Dissertação de mestrado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco.

GÖRGEN, J. **Sistema Central de Mídia:** proposta sobre de um modelo sobre os conglomerados de comunicação no Brasil. Dissertação de mestrado. Porto Alegre, 2009. Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Intervozes Coletivo Brasil de Comunicação Social. Disponível em: <<http://intervozes.org.br/projetos>>. Brasília, DF, Brasil. Acesso em: 02 de Dezembro de 2014.

MARTINS, L. **Liberdade e Estado Constitucional:** leitura jurídico dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MNDH. **Carta de Brasília - Encontro Nacional de Direitos Humanos.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2005. Disponível em: www.crisbrasil.org.br. Acesso em: 10 de março 2015. ONU.

Observatório do direito à comunicação. Disponível em: <<http://www.direitoacomunicacao.org.br>>. São Paulo, São Paulo, Brasil. Acesso em: 02 de Dezembro de 2014.

ONU. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.** Nova York: ONU, 1966. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/regionais.html>> Acesso em: 22 de fevereiro de 2015.

RODRIGUES, D. M. **O Direito Humano à Comunicação:** Igualdade e Liberdade no Espaço Público Mediado por Tecnologias. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo

SILVINO, Â. J. M. **A Intervenção do Estado na Economia e a Dimensão Jurídica do Desenvolvimento Econômico:** uma análise histórico-constitucional. 2013. Disponível em: <<http://www.revistapesquisasjuridicas.com.br/ojs/index.php/RPJur/article/view/47/40>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2015

UNESCO. Comissão Internacional para o Estudo dos Problemas da Comunicação. **Um Mundo e Muitas Vozes**: comunicação e informação na nossa época. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983.

OS DIREITOS HUMANOS NA ATUALIDADE A PARTIR DO DIÁLOGO ENTRE O PENSAMENTO DE KARL MARX E NORBERTO BOBBIO

Rômulo Magalhães Fernandes,

RESUMO: O presente artigo constitui uma análise do pensamento de Karl Marx e de Norberto Bobbio quanto ao tema dos Direitos Humanos, tendo em vista as contradições do Estado Constitucional na consolidação plena de tais direitos na atualidade. A partir de uma pesquisa bibliográfica, busca-se traçar um paralelo entre Karl Marx e Norberto Bobbio, resgatando a crítica da emancipação política, para, assim, questionar o aparente consenso do discurso atual dos Direitos Humanos e revelar seus contraditórios pressupostos que reforçam a necessidade de se problematizar, ou mesmo de romper, com a ordem econômica e social estabelecida.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Karl Marx; Norberto Bobbio.

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade, percebe-se que a compreensão dos Direitos Humanos ocupa uma espécie de “lugar-comum”, em que a defesa de tais direitos é vista, necessariamente, como sinônimo de conquista de homens e mulheres mais livres e humanos (TONET, 2009a, p. 1).

Contudo, será que a análise que se faz dos Direitos Humanos como efetividade da liberdade humana estaria sendo usada da forma mais crítica? Os Direitos Humanos, mesmo se considerados seus aspectos positivos, teriam alcance limitado?

Responder a tais indagações é o principal desafio deste artigo, assim como aprofundar a análise teórica e política de Karl Marx e Norberto Bobbio sobre perspectiva atual dos Direitos Humanos.

Por vezes, a luta pelos Direitos Humanos como único e incontornável caminho para a o “progresso da humanidade”, acaba por deixar em segundo plano as análises que buscam desvendar as diferentes matrizes filosóficas e

ideológicas que fundamentam esses direitos. E, dessa forma, privilegiam o debate reduzido aos instrumentos técnico-jurídicos que garantam a sua proteção.

Percebe-se uma multiplicação de tratados e pactos sobre os direitos humanos, mas estes não possuem a capacidade de constranger organizações governamentais e não-governamentais quanto à criação de condições para que esses direitos sejam efetivados.

As reivindicações sociais apresentam uma luta cada vez mais restrita ao aperfeiçoamento da democracia capitalista, em que o horizonte máximo da humanidade deixa de ser visto como resultado de uma ruptura econômica, social e cultural para predominar a luta por um Estado social que garanta o mínimo de igualdade para as pessoas.

Nesse sentido, destaca-se o contexto da crítica marxista e a importância da radicalidade do pensamento de Marx para a compreensão de seu posicionamento sobre o tema. Ademais, aborda-se textos mais recentes sobre o tema dos Direitos Humanos, como é o caso da obra “A Era dos Direitos” de Norberto Bobbio, no intuito de demonstrar diferenças e proximidades entre esse autor e a teoria social de Karl Marx.

2 O PROJETO SOCIALISTA E O MARXISMO

Depois da tomada do poder pela revolução soviética – realizada em nome do marxismo e com o intuito de instaurar o socialismo, acontece na URSS um processo de supressão de direitos e liberdades democráticas dos indivíduos e uma excessiva concentração de poderes nas mãos do Estado. Como resultado de um processo histórico complexo, o que se nota é a degeneração dos preceitos defendidos pela revolução e o surgimento de uma brutal ditadura (TONET, 2009b, p. 7).

A problemática dos direitos humanos, por sua vez, ganha destaque a partir das denúncias de Krutchev no XX Congresso do Partido Comunista da União Soviética (PCUS), em 1976, onde se revela a existência de campos de concentração, crimes de tortura e demais delitos cometidos na URSS comandada por Stálin. Na medida em que a URSS era vista como a realização do

pensamento de Marx, inevitavelmente, essas revelações obrigavam os marxistas a reverem a relação entre Marx e os Direitos Humanos, a democracia e a política em geral (SOUZA, 2008, p. 9).

Nesse sentido, o filósofo Ivo Tonet destaca algumas críticas sobre o período:

Foram, então, retomadas as idéias de Marx e os seus desdobramentos na revolução soviética, sendo aquelas criticadas por sua suposta estreiteza. Segundo estes críticos, as conseqüências derivadas daquela concepção manifestavam claramente a sua falsidade. O raciocínio, em resumo, era o seguinte: a concepção de que os direitos humanos têm como sujeito o indivíduo burguês se constitui em um poderoso argumento para a sua supressão pelos regimes “socialistas”. O resultado era que todos estes regimes sempre acabavam em ditadura. No entanto, assim como indivíduo não é sinônimo de indivíduo burguês, também os direitos humanos não são sinônimos de direitos de caráter meramente burguês. Estes direitos tem um caráter universal, ou seja, são objetivações que estendem sua validade para além da sociedade capitalista. Por isso mesmo, em vez de serem suprimidos ou impedidos de se desenvolver, deveriam ser defendidos e ampliados numa sociedade socialista. Somente assim se evitaria a supressão não só das limitações burguesas dos direitos humanos, mas, juntamente com os direitos, também do indivíduo (TONET, 2009b, p. 7).

E continua:

Esta luta pelos direitos humanos deveria estar articulada na luta pela defesa, ampliação e melhoria do conjunto dos direitos e instituições que constituem a cidadania e a democracia bem como a democratização do Estado e do capital. Para alguns autores atuais, nem mesmo a propriedade privada deve ser inteiramente eliminada. O que se deveria fazer seria conferir-lhe um forte conteúdo social. Este seria o caminho, certamente tortuoso e complexo, mas indefinidamente aberto para a construção de uma sociedade mais justa e humana (TONET, 2009b, p. 8).

Essas reflexões, influenciadas diretamente pelo seu momento histórico, favorecem a idéia de fracasso da proposta socialista e da sua incompatibilidade com os Direitos Humanos, restando àqueles que ousam reivindicar outra sociedade apenas a luta pelo aperfeiçoamento social da democracia capitalista. As teorias do “fim da história” de Francis Fukuyama, por exemplo, recebem destaque nesse contexto, uma vez que, devido ao colapso do “campo socialista”, a história teria chegado ao seu fim com a vitória da democracia liberal.

A conseqüência destes fatos para o estudo das obras de Karl Marx sob a perspectiva do direito acaba por reforçar a recusa pelo conteúdo global de seus textos, deixando em segundo plano (ou abandonada) a radicalidade do seu

pensamento. Isto é, nega-se a necessidade de ruptura e ultrapassagem do sistema capitalista pela revolução social.

Nesse contexto de polêmica, nada melhor que o resgate crítico de Karl Marx. O que seria o projeto socialista para Marx? Quais as suas principais características?

De forma breve o professor Ivo Tonet destaca:

Para Marx, socialismo implica uma forma de sociabilidade cujo fundamento é o trabalho associado. Forma esta de trabalho que tem como condições indispensáveis um alto grau de desenvolvimento das forças produtivas e uma grande redução do tempo de trabalho necessário. Além disso, tem por núcleo decisivo o fato que os indivíduos põem em comum as suas forças e de que estas permanecem sempre comuns, tanto na produção, como na distribuição do consumo. É esta base material que permite os homens serem plenamente livres, ou seja, terem o controle consciente e coletivo do processo de trabalho e, conseqüentemente, de todo processo social. É esta base material que permite aos homens realizar plenamente suas potencialidades e dar sentido autêntico à sua vida (TONET, 2009b, p. 12).

Socialismo não é o contrário de capitalismo. Quer dizer, para ele [Marx] o eixo do socialismo não é a coletividade em oposição ao indivíduo como eixo da sociabilidade capitalista. Segundo ele, a predominância da coletividade sobre o indivíduo teve lugar em formas de sociabilidade anteriores do capitalismo. O socialismo, contudo, só pode ser uma articulação harmônica – não isenta de conflitos e tensões – entre indivíduos e coletividade. Isto porque socialismo é – não por uma simples aspiração do sujeito, mas por determinação do processo histórico-social – a apropriação, pelos indivíduos, da riqueza humana universal – material e espiritual – e conseqüentemente configuração como um indivíduo rico, multifacetado, omnilateralmente desenvolvido (TONET, 2009b, p. 12).

Tendo isso em vista e a realidade da URSS, nota-se que, não por uma simples questão de vontade, o regime soviético contradiz elementos centrais do pensamento de Marx. As condições de atraso econômico, cultural e político da Rússia pré-revolucionária acarretaram conseqüências que impediam a conversão URSS em uma forma mais avançada e completa de democracia (FERNANDES, 1996, p. 12).

Também no debate em torno de qual a natureza do direito na URSS pós-revolucionária, percebe-se o desvio da teoria social de Marx. É emblemática, por exemplo, a polêmica entre o Comissário do Povo para a Justiça, Pitor Stutchka, e o Vice-Comissário Evgeni Pachukanis, em que o primeiro defende a existência e aplicação de um “Direito Proletário”, ou seja, onde a base e o conteúdo do direito

são determinados de acordo com o interesse da classe (“tantas classes, tantos conceitos de direito”) (STUTCHKA *Apud* ALAPANIAN, 2005, p. 18).

Por outro lado, Pachukanis nega a possibilidade do direito proletário e reafirma as análises de Marx e Engels a respeito da necessidade da extinção da forma jurídica e da extinção do Estado. A realidade da URSS, por sua vez, demonstrou a negação e a perseguição das idéias de Pachukanis, além da disseminação do pensamento de Stutchka, defendendo maior presença do ordenamento jurídico na sociedade e concentração de poder nas mãos do Estado. Isso é reforçado por Márcio Bilharinho Naves na sua obra “Marxismo e o Direito”:

Podemos, então, começar a entender as razões que levaram à reconstituição do tecido jurídico e à elevação do direito à plena cidadania teórica. A concepção mesmo do “socialismo” stalinista – na verdade, um *capitalismo de Estado* – exigia a elaboração de uma doutrina do direito que lhe servisse de fundamento ideológico. Começamos a perceber também as razões que levaram à completa renúncia dos postulados originais de Pachukanis, a necessidade imperiosa de apagar da memória comunista os vestígios da irredutibilidade burguesa e de todo o direito, apagar suas palavras que denunciavam a contradição inerente a um projeto de socialismo fundado na ilusão jurídica (NAVES, 2008, p. 167, grifos no original).

Apesar da existência de tais fatos (e muitos outros) que contestam a reciprocidade irrestrita entre a realidade soviética e o projeto socialista, ainda se percebe na intelectualidade marxista das universidades, dos movimentos sociais e dos partidos de esquerda a necessidade de uma autocrítica do processo histórico da Rússia, assim como da China, de Cuba, dentre outros, para superarem o discurso generalizado que se funda na aparência e no imediatismo dos acontecimentos.

3 CRISE DO CAPITALISMO E O RESGATE DAS IDEIAS MARXISTAS

A desmoralização do “socialismo real”, mesmo que de forma acrítica, acarreta descrédito ao projeto socialista. Todavia, a recente história de desmonte do Estado de bem-estar social, a expansão do neoliberalismo e a atual crise estrutural capitalista acabam por reascender o debate das idéias de Marx sobre

as contradições do sistema capitalista e a necessidade de outro projeto de sociedade.

Na década de 60, a política de Estado de bem-estar social, praticada predominantemente nos países centrais e por um curto período de tempo, começa a demonstrar as suas limitações. Se, em um primeiro momento, a política de intervenção do Estado na economia, incentivando o consumo, conseguiu assegurar algumas garantias sociais para os trabalhadores e controlar a crise de superprodução, a partir das décadas de 70 e 80 este quadro modifica-se drasticamente com o esgotamento do ciclo momentâneo de crescimento capitalista.

Políticas baseadas em premissas liberais são retomadas e aprofundadas, desenvolvendo a expansão da ordem capitalista pelo que se denominou Neoliberalismo. Com medidas de não intervenção na economia, consolidaram-se ações de privatização do aparato estatal e retração dos investimentos sociais do período anterior. O que se percebe é uma ofensiva do capital sobre os trabalhadores, tendo em vista a exigência de novos padrões de acumulação, obtidos pela reestruturação da organização do trabalho e pelo desenvolvimento das forças produtivas. Tal ofensiva é comandada, principalmente, pelos governos de Ronald Reagan (EUA) e Margaret Thatcher (Inglaterra) e alastra-se em poucos anos para todo o globo, consolidando, assim, um verdadeiro movimento de hegemonia neoliberal no campo econômico, militar, político e ideológico, com claro destaque para os Estados Unidos favorecido pelo “pós-guerra”⁹¹.

Os efeitos dessa política são devastadores para países periféricos como o Brasil, especialmente, no atual período de crise internacional. O Estado brasileiro, na medida em que seguiu a “cartilha” neoliberal de abertura econômica e desregulamentação financeira, demonstra sua fragilidade diante às imposições do mercado internacional quanto à flexibilização de direitos sociais e à destinação de recursos.

⁹¹“No fim da guerra os EUA detinham metade da riqueza do planeta e uma posição de poder sem precedentes na história” (CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas**. São Paulo: Bertrand Brasil, 2002, p. 10).

Nesse contexto, prevalece a radicalização das desigualdades sociais e da necessidade de uma fundamentação teórica que explique as contradições do capitalismo. Com isso, a teoria marxista ganha destaque, tanto na denúncia da crise sócio-econômica, como no necessário debate sobre outra sociedade baseada em novos alicerces.

O debate sobre os Direitos Humanos, necessariamente, é influenciado por este contexto. Nunca foram firmados tantos tratados e declarações internacionais sobre os Direitos Humanos como nas últimas décadas. Entretanto, é neste mesmo período que se percebe a ampliação da pobreza mundial e a expansão de conflitos sociais.

A riqueza mundial cresceu sete vezes entre 1948 e 1996, mas o número de pobres no mundo triplicou nesse período. Os 20% mais pobres do planeta detinham ao término do século XX, apenas 1,15% das riquezas geradas, ao passo que os 20% mais ricos já monopolizavam 82% dos ingressos mundiais (OLIVEIRA, 2007, p. 82).

Esse panorama apenas reforça a atualidade da substituição da retórica simplista em defesa de tais direitos pela busca das principais questões (políticas e teóricas) que impedem a sua efetivação plena. Isso, a partir da denúncia dos limites da emancipação política e da incompatibilidade entre a sociedade capitalista e a emancipação humana. Para tanto, deve-se aprofundar os estudos sobre a teoria social de Karl Marx em sua perspectiva global e original.

4 MARX E A OBRA “A ERA DOS DIREITOS” DE NORBERTO BOBBIO

A abordagem sobre os direitos humanos realizada por Karl Marx na obra “A Questão Judaica” (1844) evidencia uma crítica filosófica e política ao individualismo burguês e à decadência capitalista, onde os direitos do homem – tal como foram elaborados historicamente – são antes de tudo os *direitos do homem* separados da comunidade (MICHEA, 1992, p. 2).

Decorridos mais 200 anos da publicação da obra, a compreensão sobre o tema dos Direitos Humanos modificou-se bastante, mas não ao ponto de superar a crítica de Karl Marx sobre o assunto. Na sociedade capitalista atual, tais direitos, necessariamente, continuam a esbarrar nos limites próprios da emancipação política.

Nos tópicos seguintes pretende-se destacar alguns pontos que diferem e aproximam o pensamento de Karl Marx do posicionamento do autor contemporâneo Norberto Bobbio, na sua obra “A Era dos Direitos” (1992). Isso, no intuito de explicitar os principais fundamentos da teoria social de Karl Marx e sua relação com o debate atual dos Direitos Humanos.

A escolha do autor Norberto Bobbio não aconteceu por acaso. Nos últimos anos, esse pensador participou de simpósios e conferências em universidades, produzindo um conjunto de textos sobre o tema dos Direitos Humanos numa perspectiva da história social e civil.

Nesse sentido, Bobbio levanta três teses centrais referentes aos Direitos Humanos: os direitos naturais são históricos; nascem no início da idade moderna, juntamente com a concepção individualista da sociedade burguesa; tornam-se um dos principais indicadores do progresso histórico (BOBBIO, 1992, p. 2). Para defender seus posicionamentos e argumentações, Norberto Bobbio, constantemente, tende a resgatar pensadores modernos, como Karl Marx.

5 O CONTEÚDO SOCIAL DOS DIREITOS HUMANOS

Bobbio, assim como Marx, acredita que os Direitos Humanos são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias e não isentos a influência de conflitos e contradições sociais. Por isso, falar de Direitos Humanos como direitos naturais ou fundamentais, inalienáveis ou invioláveis, acaba por reforçar fórmulas de uma linguagem persuasiva, mas de pouco valor teórico (BOBBIO, 1992, p. 7). Norberto Bobbio quer, dessa maneira, ressaltar que “o problema dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes a sua realização” (BOBBIO, 1992, p. 24).

No contexto atual de grave desrespeito aos direitos mais básicos, tal análise dá contornos progressistas à defesa dos Direitos Humanos, valorizando seu conteúdo social.

Bobbio vincula a contribuição de Marx ao debate dos Direitos Humanos associado, quase que exclusivamente, aos Direitos Humanos de segunda

dimensão, de caráter social e econômico. Isso, na medida em que as lutas sociais do século XIX, influenciadas pelas idéias socialistas, ajudaram a denunciar o contraditório discurso formal e individualista dos direitos de primeira dimensão.

Os Direitos Humanos como estavam enunciados nas declarações de direitos e nas constituições dos séculos XVIII e XIX, não passavam de expressão formal de um processo político-social e ideológico realizado nas lutas sociais no momento de ascensão da burguesia ao poder político (DORNELLES, 1989, p. 17).

Desde aquele período, o movimento operário demonstrava que não basta o reconhecimento puro e simples de um direito “inerente” ao ser humano para garantir seu exercício. Diferentemente dos Direitos Humanos de primeira dimensão, que estabelecem limites ao Estado em proteção às liberdades individuais, os direitos econômicos e sociais de segunda dimensão pressupõem maior participação do Estado (BOBBIO, 1992, p. 72), acarretando uma ampliação do poder estatal. Além disso, exige-se do Estado uma ação social positiva, no qual possibilite o exercício de direitos pelos indivíduos de posição subalterna na estrutura produtiva da sociedade.

Ora, se somos todos iguais perante a lei, que essa igualdade seja garantida materialmente, pois do contrário não existe igualdade, e sim exploração de uma classe mais poderosa sobre um enorme contingente humano que nada possui, a não ser a própria pele para vender ao preço de mercado, submetendo-se às necessidades da produção (DORNELLES, 1989, p. 28).

A partir do frágil discurso formal do direito – comum na concepção individualista da sociedade burguesa do século XIX – Bobbio expõe o que acredita ser o ponto central sobre os direitos humanos na atualidade: o problema não reside no seu reconhecimento jurídico, o problema real consiste em garanti-los social e praticamente. Para o autor, a sociedade contemporânea num longo e inacabado processo demonstra-se sensibilizada pela necessidade de tais direitos, devendo, agora, lutar por mecanismos reais da sua efetivação.

Gradativamente, o que se percebe é a apropriação de apenas parte do pensamento de Marx e não da totalidade de sua teoria. Isso, muitas vezes, leva Bobbio a negar e até a combater as idéias de Karl Marx com relação aos Direitos Humanos e aos limites próprios da emancipação política.

Ao contrário de Marx, Norberto Bobbio afirma que os Direitos Humanos são um sinal de inequívoco progresso da sociedade, reforçando, com isso, o que

acredita ser o principal desafio da sociedade atual: caminhar rumo ao fortalecimento do Estado social e do aperfeiçoamento da democracia moderna.

6 A CRÍTICA DE MARX E O PENSAMENTO DE NORBERTO BOBBIO

Na segunda parte da obra “A Era dos Direitos”, Norberto Bobbio aborda de forma mais específica a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a crítica de Karl Marx sobre os direitos humanos.

A Declaração, desde então até hoje, foi submetida a duas críticas recorrentes e opostas: foi acusada de excessiva abstratividade pelos reacionários e conservadores em geral; e de excessiva ligação com os interesses de uma classe particular, por Marx e pela esquerda em geral (BOBBIO, 1992, pp. 97-98).

E continua, aprofundando-se sobre a perspectiva de Marx:

A crítica oposta – segundo a qual a Declaração, em vez de ser demasiadamente abstrata, era tão concreta e historicamente determinada que, na verdade, não era a defesa do homem em geral, [...] mas do burguês, que existia em carne e osso e lutava pela própria emancipação de classe contra a aristocracia, sem se preocupar muito com os direitos do que seria chamado de Quarto Estado – foi feita pelo Jovem Marx [...]. De nenhum modo se tratava do homem abstrato, universal! O homem de que fala a Declaração era, na verdade, o burguês; os direitos tutelados na Declaração eram os direitos do burguês, do homem (explicava Marx) egoísta, do homem separado dos outros homens e da comunidade, do homem enquanto “mônada isolada e fechada em si mesma” (BOBBIO, 1992, p. 99).

Mesmo sem uma análise cuidadosa do texto de Marx, Bobbio diz que tais interpretações dos direitos do homem e do Estado moderno geram consequências “funestas” (BOBBIO, 1992, p. 99). Em sua argumentação, o autor italiano dá exagerado destaque às “consequências” da interpretação marxista nos dias atuais, deixando para segundo plano a fundamentação de Marx sobre o assunto. A defesa da liberdade pessoal e as experiências “totalitárias” do pós-guerra influenciam, diretamente, a análise de Bobbio quanto a crítica de Marx.

Parece-me, difícil negar que a afirmação dos direitos do homem, *in primis* os de liberdade (ou melhor, de liberdades individuais), é um dos pontos firmes do pensamento político universal, do qual não mais se pode voltar atrás (BOBBIO, 1992, p. 99).

Para Bobbio, a crítica de Marx sobre a concepção individualista da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão é “justíssima”, todavia, inaceitável.

Nesse sentido, ele explicita por que considera “justíssima”:

Decerto, o ponto de vista no qual se situa a Declaração para dar uma solução ao eterno problema das relações entre governantes e governados é o do indivíduo, do indivíduo singular, considerado como o titular do poder soberano, na medida em que [...] não existe nenhum poder acima dele. O poder político, ou o poder dos indivíduos associados, vem depois. É um poder que nasce de uma concepção; é o produto de uma invenção humana [...]. Esse ponto de vista representa a inversão radical do ponto de vista tradicional do pensamento político, seja do pensamento clássico, [...] seja do pensamento medieval [...]. Dessa inversão nasce o Estado moderno: primeiro liberal, no qual os indivíduos que reivindicam o poder soberano são apenas uma parte da sociedade; depois democrático, no qual são potencialmente todos a fazer tal reivindicação; e, finalmente, social, no qual os indivíduos, todos transformados em soberanos sem distinção de classe, reivindicam – além dos direitos de liberdade – também os direitos sociais, que são igualmente direitos do indivíduo: o Estado dos cidadãos, que não são mais somente os burgueses [...] (BOBBIO, 1992, p. 100).

Mas, não aceitável:

Hoje, o próprio conceito de democracia é inseparável do conceito de direitos do homem. Se se elimina uma concepção individualista da sociedade, não se pode mais justificar a democracia do que aquela segundo a qual, na democracia, os indivíduos, todos os indivíduos, detêm uma parte da soberania. E como foi possível firmar de modo irresistível esse conceito senão através da inversão da relação entre poder e liberdade, fazendo-se com que a liberdade precedesse o poder? Tenho dito frequentemente que, quando nos referimos a uma democracia, seria mais correto falar de soberania dos cidadãos e não soberania popular. [...] as decisões coletivas não são tomadas pelo povo, mas pelos indivíduos, muitos ou poucos, que o compõem. Numa democracia, quem toma as decisões coletivas, direta e indiretamente, são sempre e apenas indivíduos singulares, no momento em que depositam o seu voto na urna. [...] a sociedade não é um corpo orgânico, mas uma soma de indivíduos. Se não fosse assim, não teria nenhuma justificação o princípio da maioria, o qual, não obstante, é a regra fundamental de decisão democrática. E a maioria é o resultado de uma simples soma aritmética, onde o que se soma são os votos dos indivíduos, um por um. Concepção individualista e concepção orgânica da sociedade estão em irremediável contradição (BOBBIO, 1992, p. 102).

Assim, Bobbio defende a concepção “individualista da sociedade” e repudia concepções anti-individualistas, ressaltando que “através do anti-individualismo passaram mais ou menos todas as doutrinas reacionárias” (BOBBIO, 1992, p. 102). A partir dessa argumentação indireta, Bobbio constrói seu posicionamento contrário às idéias de Marx sobre os Direitos Humanos.

Na obra a “Era dos Direitos”, Norberto Bobbio aborda a relação de Marx com os Direitos Humanos sem uma pesquisa minuciosa das suas obras, considerando, por exemplo, “A Questão Judaica” um texto “suficientemente conhecido para que não seja preciso ocuparmos de novo dele” (BOBBIO, 1992, p.

99). Além disso, Bobbio analisa tal relação, influenciado pela crítica ao “totalitarismo stalinista”, em que a negação dos Direitos Humanos implica, necessariamente, a negação da liberdade individual, como se a única maneira de afirmar a liberdade individual fosse através dos Direitos Humanos.

Entre a perspectiva bobbianas e a de Karl Marx nota-se um paralelo que, muitas vezes, caminha por lados opostos. Enquanto Bobbio afirma que não é mais tempo de fundamentar os Direitos Humanos (problema que já teria sido superado com a aprovação, pela ONU, da Declaração Universal), e sim, tempo de concretizá-los na prática; Marx afirma que “os filósofos se limitaram a *interpretar* o mundo de diferentes maneiras; mas o que importa é *transformá-lo*” (MARX, 2004, p. 120), o que evidencia uma diferença essencial:

Marx não estava falando de abandonar a filosofia em nome da ação transformadora, e sim de elaborar uma filosofia *voltada para* a ação transformadora, que fosse reflexiva e crítica o bastante para tornar possível uma ação *verdadeiramente* transformadora (COELHO, 2009, p. 1, grifos no original).

A reflexão de Bobbio sobre os Direitos Humanos é de grande relevância na atualidade, mas possui limitações consideráveis. Ao mesmo tempo em que traz à tona o debate dos Direitos Humanos como uma questão a ser enfrentada pelos Estados e indivíduos, ele não é capaz de questionar os fundamentos de uma sociedade baseada na exploração do homem pelo homem, na qual a organização social é incompatível com a efetivação dos Direitos Humanos mais fundamentais. Marx, por sua vez, preocupa-se em escancarar tais contradições e esclarecer qual emancipação está em jogo para a humanidade.

7 A CRÍTICA À EMANCIPAÇÃO POLÍTICA

Quando se fala em crítica sobre a emancipação política em Karl Marx, faz-se necessário esclarecer dois pontos básicos, evitando, dessa forma, falsas polêmicas. O primeiro é sobre a idéia de crítica em Marx. Para o autor, crítica não é uma desqualificação ou uma questão de simples lógica, mas sim, um exame da lógica do processo social – levando sempre em conta que é um produto da atividade humana – de modo a apreender a sua natureza própria, suas

contradições, suas tendências, seus aspectos positivos e negativos, suas possibilidades e limites (TONET, 2005, p. 54).

O segundo ponto é sobre a crítica radical do autor quanto às dimensões político-jurídicas da emancipação política, das quais os direitos humanos fazem parte. Ao destacar os limites próprios de tal emancipação, Marx não pretende, no plano essencial, desprezar a sua importância, nem a das ações do Estado, da burguesia e das lutas da classe trabalhadora na sua consolidação. Isso, na medida em que, de forma geral, é inegável o progresso que a emancipação política representa em comparação com a sociedade feudal (TONET, 2005, p. 73). Nesse sentido, Marx diz:

Não há dúvida que a emancipação *política* representa um grande progresso. Embora não seja última etapa da emancipação humana em geral, ela se caracteriza como derradeira etapa da emancipação humana *dentro* do contexto do mundo atual (MARX, 2009, p. 52, grifos no original).

Tendo clareza dessas questões, a crítica de Marx pode ser melhor compreendida, inclusive, numa relação com a atualidade do tema dos Direitos Humanos.

Para Karl Marx o ponto de partida da análise são os indivíduos concretos e as relações que eles travam entre si na produção econômica, sendo que, a partir do surgimento da propriedade privada e das classes sociais em conflito (geradas com a apropriação particular da força de trabalho coletiva), as relações deixam de ser comunitárias para se tornarem antagônicas. Todavia, a reprodução social dessa forma de sociedade manifesta-se, necessariamente, por um poder político e jurídico capaz de envolver o aparato político, jurídico, ideológico e administrativo como algo destacado da sociedade, apenas, aparentemente, acima dos interesses particulares (TONET, 2009b, p. 4).

Marx revela, com isso, que o Estado, a política e o direito possuem raízes na desigualdade social, ou seja, tem uma base real desigual, produto da divisão social do trabalho e da propriedade privada. Além disso, ele questiona a ilusão (defendida por muitos autores liberais e contemporâneos) que a forma de organização social é resultado das transformações da esfera política e não, necessariamente, da esfera econômica.

Tais reflexões alcançam o Estado democrático atual, cujo aperfeiçoamento é incapaz de superar algo que lhe é intrínseco. Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito – mesmo sendo a emancipação política na forma mais desenvolvida – não é a forma final da liberdade humana, pois continua estruturado sobre o domínio da propriedade privada e da divisão social do trabalho (SOUSA, 2008, pp. 185-186).

A defesa dos Direitos Humanos, por sua vez, possibilita uma limitada ampliação da realização do indivíduo (e, inclusive, do gênero humano) (TONET, 2009b, p. 14), mas, assim como o direito em geral, continua erguido em alicerces de desigualdade social. Dessa forma, quando a humanidade estabelece como horizonte sua emancipação real, ou seja, quando a autoconstrução humana atinge patamares de uma sociedade livre, igual e fraterna, a desigualdade social essencial da emancipação política é radicalmente suprimida e, conseqüentemente, a existência do direito de forma geral perde o sentido de ser.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, Karl Marx, a partir de 1833-1844, mostra-se um pensador em transição que, por intermédio de descobertas, abandonos e negações, questiona o idealismo hegeliano e sua capacidade de compreender os limites próprios da sociedade capitalista. Com isso, Marx assume uma postura histórico-sistemática que demonstra a originalidade do seu pensamento, sobretudo, na necessidade de uma transformação radical da sociedade capitalista em direção ao comunismo.

Com a dicotomia entre emancipação política e humana, Marx aprofunda sua crítica sobre o papel do Estado, da sociedade civil e do direito. Para Marx, uma emancipação política plena não significa, fundamentalmente, uma sociedade de homens e mulheres livres. Mesmo o Estado representativo – forma mais desenvolvida da emancipação política – reproduz a ilusão de que o ser humano só pode alcançar sua generalidade por “intermédio” do Estado, mascarando, dessa forma, a dualidade entre o membro da sociedade civil (real) e o cidadão (abstrato).

Marx ao analisar o direito, em particular os Direitos Humanos, evidencia suas raízes, as quais são marcadas pela desigualdade social, produto da divisão social do trabalho e da propriedade privada. Nesse sentido, pretende-se ressaltar que a crítica aos limites da emancipação política também está presente no tema dos direitos humanos.

No contexto de pós-guerras do século XX, marcado pelo conflito entre projetos socialistas e capitalistas, a profundidade e a radicalidade dos posicionamentos de Marx quanto aos Direitos Humanos acabam sendo reduzidas (ou até negadas). Isso, na medida em que a atitude de problematizar tais direitos passa, inclusive entre os “marxistas”, a representar uma afronta à liberdade pessoal e um resgate a práticas “totalitaristas”.

Nesse contexto, ganha notoriedade autores contemporâneos como Norberto Bobbio, que, diferentemente de Marx, defendem que a proteção e a efetivação dos direitos humanos significam um inequívoco progresso à humanidade. Reconhecendo entre os objetivos centrais da sociedade o fortalecimento do Estado social e a existência de um mínimo de igualdade necessário ao exercício da liberdade política. Para Marx, todavia, a crítica vai muito além do discurso formal referente aos direitos humanos, pois pretende alcançar os pressupostos que são intrínsecos a tais direitos.

REFERÊNCIAS

ALAPANIAN, S. A crítica marxista do direito: um olhar sobre as posições de Evgeni Pachukanis. **Semina**: Ciências Sociais e Humanas, Londrina, v. 26, p. 15-26, 2005. Disponível em: <http://www.uel.br/proppg/portal/pages/arquivos/pesquisa/semina/pdf/semina_26_1_21_34.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CHOMSKY, N. **O lucro ou as pessoas**. São Paulo: Bertrand Brasil, 2002.

COELHO, A. **Contra Bobbio**: compreender os direitos humanos. 2009. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2009/09/contra-bobbio-compreender-os-direitos.html>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

DORNELLES, J. R. **O que são direitos humanos**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

FERNANDES, F. Democracia e socialismo. **Crítica Marxista**, n. 3, p. 11-13, 1996. Disponível em: <http://www.unicamp.br/cemarx/criticamarxista/3_Florestan.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2015.

MARX, K. **A ideologia alemã** São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. **Para a questão judaica**. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MICHEA, J. C. **A questão dos direitos do homem**. 1992. Disponível em: <http://www.ocomuneiro.com/nr8_07_Jean-ClaudeMichea.html>. Acesso em: 15 mar. 2015.

NAVES, M. B. **Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis**. São Paulo: Boitempo, 2008.

OLIVEIRA, B. J. C. **Direitos Humanos em perspectiva: Locke, Rousseau e Marx**. 2007, 88f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

SOUSA, T. B. **Política e direitos humanos em Marx: da Questão judaica à Ideologia Alemã**. 2008, 190f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

TONET, I. Educação, **cidadania e emancipação humana**. Ijuí: UNIJUÍ, 2005. Disponível em: <<http://www.ivotonet.xpg.com.br>>. Acesso em: 15 de mar. 2015.

_____. **Educar para a cidadania ou para liberdade?** 2009a. Disponível em: <http://www.ivotonet.xpg.com.br/arquivos/Educar_para_a_cidadania_ou_para_a_liberdade.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. **Para além dos direitos humanos**. 2009b. Disponível em: <http://www.ivotonet.xpg.com.br/arquivos/Para_alem_dos_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2015.

A VULNERABILIDADE SOCIOAMBIENTAL E O DIREITO: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O SISTEMA PROTETIVO DO BRASIL E DA COSTA RICA

Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua

Susana Segura Muñoz⁹²

RESUMO: O objetivo do artigo é a reflexão da vulnerabilidade socioambiental e as políticas públicas consequentes perante as estatísticas de desmatamento havida após a aprovação do Código Florestal Brasileiro em comparação com a experiência histórica exitosa da Costa Rica. Metodologia: O método adotado é a abordagem comparativa dos mecanismos sociojurídicos dos países envolvidos e as suas experiências de sucesso e/ou fracasso ante a proteção da cobertura vegetal, à luz de teorias sociológicas que abordem o direito como campo de disputas simbólicas e como lugar de emergência, regulação e/ou emancipação. Resultados: Os resultados, ainda em fase de compilação, demonstram que práticas exitosas em matéria socioambiental vêm sofrendo processos de desestabilização decorrentes dos modos de apropriação simbólica do patrimônio ambiental e dos mecanismos refratários da nova ordem econômica mundial. Conclusões: A posição geográfica e política privilegiada da Costa Rica, propiciou políticas de sustentabilidade pioneiras e efetivas. O Brasil, ao contrário, registrou processo histórico contínuo de devastação. Todavia, houve, nas décadas de 80 e 90 um incremento favorável da compreensão socioambiental no campo jurídico. Os êxitos, entretanto, estão ameaçados ante concepções globalizantes de exploração.

PALAVRAS-CHAVE: Desigualdades - Vulnerabilidade Socioambiental - Conflitos Ambientais - Legislação Protetiva

1 INTRODUÇÃO

A questão socioambiental é, por conta de sua complexidade e pelas implicações existenciais envolvidas, extremamente relevante e contundente em

⁹² Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua é Professor Associado de Sociologia Geral e do Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP), com pós-doutorado em Sociologia do Direito pela Universidade de Amiens (Picardia- França) e Doutorado em Política Social pela Universidade de Brasília (UnB). Email: marcorique@usp.br

nossos dias. Nas últimas décadas, as políticas ambientais no Brasil e da América Latina, a exemplo do que ocorre em outras partes do globo, têm avançado no sentido de proteger a cobertura vegetal e os ecossistemas a que estão ligadas. Emerge com força concepção socioambiental que busca atentar para o fato de que a proteção da biodiversidade implica no cuidado da própria existência humana, intimamente ligada às cadeias ecológicas da terra. Por outro lado, as expectativas normativas têm sido frustradas no âmbito de sua eficácia e concretude. É dizer: as estratégias político-jurídicas não têm logrado os efeitos esperados e progride a devastação ambiental. As normas de direito, pela sua onipresença, por sua relevância como norma de controle social e pelas suas características, são elementos cruciais numa abordagem acerca da proteção florestal e dos biomas envolvidos.

Pretendemos aqui apresentar os primeiros resultados de pesquisa envolvendo os modelos legislativos e jurisprudenciais de proteção florestal existentes no Brasil e na Costa Rica no tocante às vulnerabilidades ambientais. Trata-se de pesquisa em andamento, e os resultados ainda são parciais, mas já apontam para descobertas significativas de análise. Enfocam-se países com dimensões humanas e geográficas diferentes mas com elementos comuns no tocante à rica biodiversidade de flora e de fauna. O pioneirismo latino-americano da Costa Rica em matéria de direito ambiental torna-a fecundo campo de análise sociojurídica. A sua peculiaridade histórica e educativa ante os países circunvizinhos propicia material profícuo de análise socioambiental. Por outro lado, a posição estratégica do Brasil e sua considerável configuração geopolítica exige uma reflexão sobre os avanços e retrocessos no campo da proteção florestal. Ambas realidades apontam para preocupação no sentido da continuidade de um percurso positivo e de vanguarda do direito ambiental mas nem sempre com correspondência nas práticas governamentais e nas escolhas dos dirigentes. Como base teórico-metodológica da pesquisa selecionamos a Sociologia Ambiental do Direito, que tem sua origem e substrato teórico no chamado “método da complexidade”. A Sociologia Ambiental do Direito congrega, funde e transforma noções e métodos hauridos da Sociologia, da Ciência Ambiental e do Direito em vista da compreensão do fenômeno socioambiental.

Ela tem como enfoques preferências os direitos socioambientais e as vulnerabilidades. Os autores da apresentação, Márcio e Susana, são provenientes dos países e contextos analisados respectivamente: Brasil e Costa Rica, o que incrementa e aprimora a análise dos resultados obtidos. Igualmente, a linha atual de suas pesquisas, um com investigações no âmbito da Sociologia Ambiental do Direito e a outra, com investigações na área da Saúde Ambiental, propicia rica interação e interdisciplinaridade que fomenta novos pontos de vista e abertura hermenêutica. Ambos trabalham na Universidade de São Paulo, o que favorece os contatos, e estão juntos em organizações de discussão e elaboração de políticas socioambientais. Como resultado, o texto tem proposta subsidiária de política pública e de avanço legislativo em matéria de proteção florestal, com olhar atento às distorções – notadamente no campo da eficácia das normas.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O direito ante o desafio socioambiental

Em verdade, os temas socioambientais precisam ser lidos em perspectiva dialógica, integral e recursiva, como propõe o Método da Complexidade (MORIn: 1997, pg. 138-145). Por consequência, toda política pública que se propõe a construir política social destinada à preservação do patrimônio natural deve ser concebida em ótica transdisciplinar e transversal. Embora essa abordagem concirna especificamente ao Novo Código Florestal e, por conseguinte, à tutela dos biomas brasileiros com sua cobertura vegetal e toda a biodiversidade de fauna e flora que compreendem, não pode descuidar de outros elementos com os quais se encontra indissociavelmente vinculados, tais como as dimensões de proteção e conservação das águas superficiais e subterrâneas, de saneamento básico, de produção, coleta e destinação de resíduos, de consumo e exploração dos recursos naturais, de transporte e de geração de energia.

É o caso, por exemplo, da necessidade de refletirmos sobre a relação entre a tutela da cobertura vegetal e a proteção das nascentes e mananciais. Obviamente, há de se tratar das matas ciliares, de sua abrangência, e também da

vegetação a circunscrever as fontes de água. Mas a discussão vai além, no sentido do reconhecimento do papel ecológico das espécies vegetais (e destas em seus vínculos existenciais com a fauna) na captação e destruição das águas pelo território nacional e dos vínculos entre os biomas.

Assim, é fundamental uma perspectiva holonômica dos problemas socioambientais. Em cujo bojo está contido, inclusive, a necessidade de compreensão do elemento antrópico. Para um aprimoramento prospectivo, a desconsideração dos fatores humanos, de suas necessidades, formação, cultura, conduta individual e coletiva, valorações é substancial para quaisquer ações políticas que se pretendam intergeracionais.

Nesse sentido, é crescente a insatisfação do conjunto social no tocante às ações dos poderes constituídos e às instituições políticas. Cresce o descrédito na incisiva capacidade dos governos de conduzir a bom termos as grandes demandas da população brasileira, nos diversos níveis da federação. Os recentes movimentos emergentes em todo o território nacional, protagonizados pelos mais jovens, denotam a insatisfação com os rumos das políticas sociais. O pretexto inicial da exorbitância das tarifas de transporte pública revelam o caráter socioambiental que permeia reivindicações, centradas nas agruras presentes do sistema de mobilidade pública. E ao mesmo tempo, demonstram a incomunicação entre autoridades constituídas, seu descrédito popular, e as expectativas crescentes no conjunto social. Obviamente que a discussão ultrapassa os limites do Estado e da governança. Aliás, a situação chegou ao ponto onde se encontra em decorrência justamente das relações espúrias entre Estado e iniciativa privada, em que lobbies de grandes empresas automobilísticas e de transporte público pressionam o financiamento público do transporte individual em detrimento das alternativas de transporte comum, mais sustentáveis e públicas.

Por outro lado, é justamente no âmbito da esfera pública, aquela em que se encontram, interagem e reagem as ações da esfera do poder público e as ações da esfera privada, que se mostra fundamental o reconhecimento da relevância das redes da sociedade civil organizado (SANTOS, 2003 e 2005; DAGNINO, 2002) . Há também, no âmbito da esfera privada, importantes

reivindicações socioambientais convivendo e conflitando com uma práxis social conservadora a primar pela supervalorização do mercado em detrimento da natureza e dos seres humanos que dela são partícipes. As redes comparecem nesse estágio como elementos aglutinadores das forças sociais, que tanto podem enveredar por uma compreensão emancipatória como podem fomentar e favorecer uma conduta de sujeição e de opressão (GOHN, 2005).

As associações e organizações de resistência ante um modelo depredatório são elementos fulcrais em vista do deslinde de conflitos socioambientais – cujo conteúdo é imbuído, ao contrário do que se propala, de alta carga de hostilidade e violência. Muitos desses conflitos são persistentes no corpo social. Mas as associações e redem também manifestam impotência e fragilidade ante um sistema tendente à internacionalização. Com efeito, a chamada “globalização” impele tanto à homogeneização de padrões de consumo e práticas sociais, pela produção de opiniões dominantes e pseudo-consensos, como também fragmentam e esfacelam os liamos comunitários mais intensos e legítimos. Explicitamente o movimento pela instituição de novos marcos regulatórios para a discussão e homologação das terras indígenas ilustram esse modelo. As comunidades, tradicionais e/ou locais, buscam modos de resistência e de afirmação de suas práticas e valores ancestrais. Ainda que concebidas como a fusão de sentimentos, volição, intenção, formas espontâneas e tradicionais, as comunidades também são imbuídas de antagonismos e paradoxos. E, mais ainda, na contemporaneidade, em que se consolidam as formas de consumo e de liquidez de relacionamentos, emergem as chamadas “comunidades-cabides”, denunciadas por Zigmunt Baumann, que se propõem substitutivas das formas comunitárias estabelecidas, mas que, na realidade, são marcadas pela fluidez e esfacelamento dos vínculos comunitários. Acabam por criar “illusio” de profundidade e de pertença, e, ao mesmo tempo, reduzem drasticamente a cooperação, a criatividade e autonomia (BOURDIEU, 1997; BAUMANN, 2003).

Por essa razão, o imbricamento entre conflitos sociais e ambientais tornam indissociável a chave socioambiental de leitura das tensões sociais. Com efeito, “pouco a pouco, pôde-se ir verificando que o cruzamento entre os conflitos sociais e a problemática da apropriação dos recursos ambientais não era meramente

circunstancial” (ACSERALD, 2004, pg. 8). Na América Latina, particularmente, cresce o esforço para criação e disseminação de tecnologias que diminuam o impacto ambiental e intentem a solução dos conflitos de natureza socioambiental. O campo dos conflitos ambientais é amplo. Acserald (ACSERALD, *ibid.*, pg. 23-6) ao desenvolver as diferentes concepções teóricas sociológicas acerca do conteúdo dos conflitos ambientais, conclui pela necessidade de reportá-los a quatro dimensões constitutivas: a apropriação simbólica e a apropriação material, durabilidade e interatividade espacial das práticas sociais. Nos conflitos ambientais há mais do que um elemento material em disputa configurado na apropriação (base material), mas há também elementos de base cultural, simbólica, de legitimação a concorrem efetivamente para o conflito e sua perpetuação na sociedade.

Os elementos não aparecem estanques e dissociados, mas se enfeixam e conjugam de tal maneira que é preciso uma visão holonômica e dialógica a fim de se reconhecer tanto a sua complexidade quanto as retroações e as vias possíveis de solução e encaminhamento dos problemas, sem contudo a pretensão de esgotamento das tensões de base, sempre vivas no seio da sociedade (MORIN, 1991;1999; 2004).

Com efeito, é infecundo se pensar o ambiental deslocando-o de questões de fundo como o ideológico, o cultural e o econômico, e, sobretudo, dissociando-o da racionalidade econômica dominante (LEFF, 2002). Um projeto de composição dos conflitos que os desconsidere como inerentes à dinâmica do tecido social está fadado ao insucesso, haja vista que a brasa permanece acesa, ainda que a suponhamos extinta. E é o que parece suceder com o modelo de políticas públicas brasileiras. Supõe-se que os conflitos se resolvam no âmbito jurídico-legislativo - havemos de convir que nossa atual legislação ambiental é bastante arrojada- mas esquece-se justamente que o direito estatal é apenas uma dimensão do problema e sequer representa a complexidade e ebulição subsistente no seio social (AGUIAR, 1998; CLASTRES, 2003). Nem sempre a tentativa de conciliação entre os conflitantes expressa a solução mais adequado e, não raras vezes, chega bastante atrasada. Todavia, a consideração do desenvolvimento da legislação ambiental, sua repercussão na órbita

administrativa e no plano da consciência coletiva ambiental é de capital importância ante o tema que estamos desenvolvendo, a tanger os conflitos na órbita jurídica, ainda que os reconheçamos apenas como uma parte do problema – a que elegemos para investigação.

Na perspectiva de Pierre Bourdieu, as normas de direito, como outras normas institucionais, fomentam *habitus* cultivado, estão imbuídas de caráter simbólico não raras vezes violento e exprimem disputas em torno dos capitais sociais (BOURDIEU, 2007; 1986). Permeiam as ações pedagógicas dos grupos sociais e são permeadas por elas. Estes elementos e categorias presentes no conjunto da obra de Bourdieu permitem elucidar os capitais em disputa no campo específico que é o socioambiental, os mecanismos de poder intervenientes e ajuda a compreender a dialética social em que se inserem, ao mesmo tempo que tocam e desafiam as bases sócio-jurídicas em que se apoiam. A elaboração e promulgação do Novo Código Florestal insere-se nessa pesquisa como elemento prototípico e ilustrativo dos embates sócio-jurídicos expressos na teoria bourdieusiana.

2.2 A proteção ambiental e as vulnerabilidades no contexto sociojurídico brasileiro

Alguns artigos constitucionais constituem-se como o núcleo da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro. Sem dúvida, destaca-se o bastante citado art. 225, ao dispor em seu caput: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Para se compreender a natureza jurídica do bem ambiental é imprescindível que se atenha ao fato de que, conforme a inteligência do art. 225, caput, o meio ambiente é bem comum a todos (*res communes omnium*), com disciplina e título jurídico autônomo. Considera-se o meio ambiente como um bem socialmente protegido, afeto à coletividade (LEITE & AYALA, 2002, pg. 51-2). José Afonso da Silva reconhece que há bens que têm uma disciplina especial por se destinarem à

consecução de um fim público. Nesse caso, possuem um regime jurídico peculiar tanto quanto ao seu gozo como também no concernente ao regime de política de intervenção e tutela pública. São nomeados como “bens de interesse público” – que podem incluir bens públicos ou privados, sem se restringir a um ou outro. O ambiente é entendido como um macrobem – composto dos microbens como florestas, rios, propriedade de valor paisagísticos. O desfrute destes bens de interesse público é necessariamente comunitário, mas também destinados ao bem-estar individual (SILVA, 1994, pg. 54 e ss).

A natureza jurídica do bem ambiental é aquilo que se convencionou chamar de “bem difuso”. Não é propriamente nem público, nem privado. Não se classifica nas categorias de bem público ou privado constantes do art. 98 do CC de 2002. Situa-se numa faixa intermediária que é justamente a dos bens difusos, porquanto pertença a cada um e a todos simultaneamente. Seu titular não é identificável e sequer seu objeto é suscetível a divisões (SIRVINKAs, 2008, pg. 49). A Convenção sobre Diversidade Biológica, de 1992, consolidou a noção do meio ambiente como incisivamente holonômica e intrinsecamente não-fragmentária⁹³.

Para efeito de políticas públicas e administrativas de compreensão macroregional, tanto a União, no que diz respeito ao âmbito nacional, quanto os Estados, nas regiões metropolitanas ou supraregionais em seus territórios, podem instituir programas de desenvolvimento e redução de desigualdades translocais (art. 43, caput, §§ 2º e 3º), mantidos obviamente os parâmetros dominiais em questão.

Certamente que o tema das competências é zona conflitiva. A doutrina tem assentado o entendimento de que há prevalências das normas hierarquicamente superiores, ou seja, aquelas promanadas da União, em matéria ambiental, salvo quando tratem-se de normas cuja especificidade as desloca para o âmbito dos outros entes federados. O controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, é o mecanismo adequado para dirimir os conflitos, especialmente a declaração de

⁹³ ³ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1997; VIOLA, 1992 E 1998.

inconstitucionalidade de normas em caso de invasão de incompetência. Em todos os casos, os legisladores ou aplicadores das normas devem valer-se dos princípios constitucionais consagrados (BESSA ANTUNES, 2012; SIRVINKAS, 2008).

De maneira semelhante, os municípios podem e devem criar zoneamentos ambientais prioritários, com o reconhecimento de áreas especiais de conservação, notadamente naquelas respeitantes à biodiversidade endógena, aos mananciais dos rios, ao reflorestamento com espécies nativas, à proteção das águas subterrâneas e à políticas de monitoramento da produção agrícola (em especial no que concerne à produção de resíduos tóxicos).

Em termos de avanços sociais, é insuficiente que tenhamos um quadro teórico aprofundado em matéria ambiental com uma legislação igualmente avançada, mesmo em se tratando de matéria constitucional. Isto implica num benefício, mas é mister, paripassu, educação jurídico-legislativa e efetivas garantias de cumprimento, mediante políticas socioambientais adequadas, além de um esforço conjunto de mudança de mentalidade, em que a vida compareça como elemento axial e não os valores eminentemente ou meramente econômicos.

As ações dos poderes constituídos é fundamental. Todavia, são inexpressivas se não houver, da parte da sociedade civil organizada (movimentos socioambientais, sindicatos, ONGs militantes, empresários conscientes, associações civis e religiosas, entre outras) monitoramento constante das ações governamentais e, quando necessário, uma pressão para que as políticas convirjam para o que há de melhor em matéria ambiental – de acordo com a previsão constitucional e legal. O poder legislativo, sobretudo no âmbito federal, tem, ao longo de algumas décadas, lançado mão de expedientes normativos relevantes em matéria ambiental. O que se deve reputar, principalmente, à ação organizada dos grupos e movimentos ambientais⁹⁴, num contexto ambiental de ampla reflexão e, talvez, de emergência de uma nova postura e condutas

⁹⁴ ⁴ SANTILLI, 2005; PORTO-GONÇALVES, 2006; VIOLA, 1992; VIOLA E LEIS, 1998; SANTOS, 2003

coletivas. A atual discussão de mudanças no Código Florestal vai na contramão dos avanços consideráveis havidos no âmbito da legislação infraconstitucional no Brasil.

Com efeito, essa discussão pervade também a esfera do direito ambiental. A revogação do Código Florestal instituído pela Lei n. 4771/65, e a elaboração e promulgação do Novo Código Florestal, pela Lei n. 12651/12, sua atualização pela Lei 12727/12 e a inteligibilidade das normas e disposições conexas precisam ser compreendidas em suas implicações macro e microsociais e no âmbito dos seus efeitos socioambientais (BRASIL, 1965, 2012a e 2012b). Igualmente, impõem à análise das estratégias políticas que o subsidiam, para sua precisa hermenêutica e contextualização. Ao mesmo tempo, é mister compreender as decisões jurisdicionais inseridas nesses embates por dizer o direito no âmbito das diversas modalidades de apropriação e disputa pelos bens naturais, que implicam em avanços ou retrocessos no conteúdo do direito ambiental. Com efeito, as polêmicas havidas durante a elaboração do novo código e que, em certa medida perduram, compelem a uma análise de maior profundidade e isenção (BESSA ANTUNES, 2013, pg. 1-2), ao mesmo tempo em que, na medida do possível, é fundamental a busca de compreensão integral dos acontecimentos que engendraram as mudanças, suas repercussões e as efetivas alterações, para se dimensionar a questão e organizar, doravante, políticas públicas de maior abrangência e eficácia.

Assim os êxitos então obtidos encontram-se ameaçados ante concepções globalizantes de exploração e a força do agronegócio, cujo último expediente tem sido preparar “educadores” para se constituírem quais agentes eficazes de formação e disseminação de apologias às práticas nocivas ao meio ambiente e à agricultura extensivo agroexportadora. Entre outros, busca legitimar discursos que apoiem práticas concebidas como contaminantes ou ameaçadoras da bio e da sociodiversidade, tais como o assustador aumento do uso de defensivos agrícolas tóxicos, que já coloca o Brasil numa posição superior a todos os outros da América Latina, quer em números absolutos, quer em números proporcionais, a intensificação do uso de tecnologias supletivas da mão-de-obra humana ou

mesmo a redução significativa das áreas de preservação permanente ou das reservas legais, sem contar o grotesco cenário das anistias aos desmatadores.

Os impactos da aplicação da nova legislação florestal brasileira já estão a indicar a sua impertinência e infeliz revogação do código anterior. Em regiões de alta densidade arborea e significativa vulnerabilidade socioambiental, como são o caso da Amazônia e do Cerrado, as estatísticas de desmatamento são alarmantes. Segundo dados do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE) o desmatamento aumentou em 28% no Brasil, quando foram desmatados 5.843 km² no período de agosto de 2012 a julho de 2013. Em relação ao período anterior (que computava dematamento na ordem de 4.571 km²) - o que já ultrapassou as medidas do razoável em muito! (INPE, 2013).

Mas, infelizmente, não se estancou o desmantamento no Brasil. Estudos recentes, publicados já em 2015, alertam para o crescimento do desmatamento, tanto pela alteração decorrente do corte raso quanto da degradação florestal. Assim, é que “nos meses de novembro e dezembro de 2014 e janeiro de 2015 as áreas de alerta para alteração na cobertura florestal por corte raso e por degradação florestal somaram 291 km²” segundo o registro do DETER, que é o Sistema de Detecção em Tempo Real de Alteração na Cobertura Florestal, cuja monitoramento é realizado pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE). (INPE, 2015).

Portanto, para além da norma federal é preciso instituir programas e políticas urgentes que refreiem essa 'sangria verde'. É mister estabelecer padrões de controle e monitoramento urgentes, com as consequências penalizações – inclusive previstas mesmo no atual contexto legislativo. A responsabilização pelos danos ambientais deve estar na pauta e na organização administrativa e judiciária. Aliás, o Ministério Público e o Judiciário devem ser protagonistas, junto da academia de direito, de hermenêutica socioambiental eficaz, como havemos de apontar adiante.

Ainda que saibamos que a legislação, por si só, é insuficiente para contrapor-se à devastação, à poluição, à destruição, é fundamental que haja mecanismos legais a estruturarem políticas públicas eficientes e eficazes. Por outro lado, os Estados e Municípios usam muito mal a sua faculdade propositiva

no âmbito legislativo. Embora não lhes caiba a competência legislativa principal, podem legislar em matéria residual ou complementar – cuja matéria foi ampliada na atual legislação. Ou seja, naquilo que faltou no complexo legislativo federal (constituição mais legislação infraconstitucional) pode ser feito pelos Estados e Municípios. Isso tem ocorrido, mas de maneira ainda modesta e limitada. Exemplo de grande monta foi dado pelo Estado de São Paulo ao legislar sobre a proteção dos remanescentes do cerrado. Embora bastante tardia, é uma importante medida legislativa em vista de preservação deste bioma tão importante e desprestigiado. Por outro lado, é impensável uma ampla competência legislativa em matéria ambiental e infundada uma competência principal e absoluta. E as razões são muitas, sendo a principal delas decorrente da fragilidade desses entes federados ante às pressões políticas e sócio-econômicas locais e regionais, além, da repercussão negativa ao conjunto do patrimônio natural, cujos vínculos existenciais inextrincáveis demanda um olhar conjunto e respeitante dos vínculos suprarregionais e supraestaduais.

Caso semelhante, quando Estados e Municípios criam unidades de conservação especiais. Obviamente, longe ainda de se constituírem como política integral ambiental, as unidades de conservação apresentam-se com uma medida profilática inicial em vista de uma abertura ainda maior. Após criá-las, União, Estados e Municípios precisam provê-las dos mecanismos que assegurem o zoneamento, o manejo sustentável, quando é o caso, além do monitoramento e a preservação.

Nota-se assim íntima convergência entre a ação da estrutura legislativa e da estrutura administrativa. Ou seja, ao mesmo tempo em que se normatizam e as normas tenham respaldo ético-social, é mister que a administração pública lance mão dos mecanismos de execução das normas conforme suas respectivas competências, discriminadas no bojo do texto constitucional ou, em alguns casos, da legislação complementar, ou em casos de impasse, na inteligência das normas existentes no interior do ordenamento jurídico. O Judiciário, em sua condição de intérprete legitimado pela assembleia constituinte, goza de condição muito particular enquanto não se tem uma legislação complementar adequada. E

mais, compete a ele, como instância julgadora, compelir os infratores e investir numa conduta pautada pelo cuidado e respeito na natureza.

Em geral se descuida do fato de que o poder judiciário é também ele instrumento e gestor de políticas públicas. Muitas vezes, ao se realizarem análises de políticas sociais, e no caso das socioambientais em particular, restringe-se a investigação às ações dos poderes executivos e, quando muito, ao legislativo. Todavia, como parte integrante dos poderes constituídos, o Judiciário responde por importantes estratégias no que concerne a res publica. A atuação significativa do STF (Supremo Tribunal Federal) no tocante às reservas indígenas no caso ilustrativo da Raposa Serra do Sol, ainda que sujeita a críticas por parte dos movimentos sociais mais incisivos, demonstra como o Estado, mediante o poder judiciário, pode favorecer ou não políticas públicas de caráter socioambiental. O mesmo há de se dizer do Ministério Público, cujas atribuições constitucionais felizmente ampliadas pelo texto constitucional de 1988 fomentam maior discussão e inserção nos campos das políticas públicas, especialmente aquelas relativas ao meio ambiente. Em muitos lugares e não poucas ocasiões, a ação do ministério público quer federal, quer estadual, deixa entrever uma dinâmica favorável aos anseios da sociedade por maior qualidade de vida.

Ambos, Ministério Público e Judiciário, podem e devem ter uma configuração em favor da emancipação sócio-política nacional e dos membros da federação, por uma atuação eminentemente pedagógica, quer pela prevenção, quer pela repressão dos atos lesivos ao meio ambiente e ao patrimônio público, em geral.

2.3 A proteção ambiental no contexto sociojurídico da costa rica

A existência de condições geopolíticas favoráveis propiciaram à Costa Rica o pioneirismo na preservação ambiental. Com um democracia secular, com mais de 125 anos, encontrou-se ali terreno fecundo para um desempenho ambiental invejável. Com efeito, alguns elementos de sua conjuntura histórica não apenas favoreceram no passado mas ainda favorecem a proteção ambiental. Um deles é a inexistência de níveis intermediários de governo. Há um governo central, que

até o presente tem assumido a responsabilidade pela proteção ambiental, e, os governos municipais.

A população é pequena se comparada ao Brasil: mais de quatro milhões e quatrocentos mil de habitantes (4.500.000). A população urbana está concentrada em apenas 6% do território nacional. Dois terços dos cinquenta mil e cem quilômetros quadrados (2/3 de 51.100 mil km²) que formam seu território constituem-se de áreas protegidas ou áreas de conservação públicas e privadas. Portanto, há uma ancestral prática de proteção que colocam a Costa Rica como o quinto país do mundo no índice de desempenho ambiental de 2008 e o primeiro país da América Latina em desempenho turístico (BIBLIOTECA VIRTUAL DA AMÉRICA LATINA, 2015).

Associado a isto, encontra-se um massivo investimento na educação, o que faz com que tenha elevada taxa de alfabetização (97,5%) e a maior expectativa de vida da América Latina.

Outro elemento que granjeou reconhecimento mundial fora a abolição do exército em 1948, o que fora consagrado e perpetuado na Constituição Federal no ano seguinte, de 1949.

Por essas e outras razões, que comparecerão na exposição, elegemo-la para efeito de comparação com o Brasil. Trata-se de uma nação irmã, de pluralidade étnica e formação colonial assemelhada, além de uma série de proximidades no tocante às condições climáticas e de biodiversidade.

Estudo publicado em 2013, coordenado por Mathew Fagan, do Departamento de Ecologia da Universidade Columbia, nos Estados Unidos, que contou com a participação alguns de especialistas dos Estados Unidos, Canadá e Costa Rica, baseado em análises de imagens de satélites, indica que a Costa Rica vem avançando uma média anual bem superior a média latino-americana de proteção de suas florestas desde que implantou, em 1996, seu código florestal, com índices de proteção superior a 15 % (FANGE, 2013,pg. 7). O estudo sugere ainda que a implantação da norma de proteção da cobertura vegetal não impediu a intensificação agrícola – ao contrário, isso sucedeu nas áreas não-florestais – o que vem de encontro com uma necessidade mundial que precisa incrementar a

produção agrícola destinada à alimentação em torno de 70 a 100% até 2050, relativa à demanda crescente de segurança alimentar (FANGE, 2013, pg. 1).

Na América Latina toda o índice de ampliação da proteção florestal é bem inferior. De 2001 a 2010, o índice de redução de desmatamento foi de menos de 5% em toda a América Latina. Na América Central, onde se encontra a Costa Rica, o índice de desmatamento oscilou de – 1,45 % entre 1990 a 2000 para – 1,13%. Na América do Sul o índice também foi pejorativo, respectiva redução negativa de 0,45 para 0,41, nos mesmo períodos citados . Na Costa Rica, outrossim, os índices de proteção de floresta madura triplicou no período de 1996 a 2011, com estatísticas que oscilaram de 4,5 para 13,3 % da área total (FANGE, 2013, pg. 7; OROZCO, s/d).

A explicação se deve a uma décadas de política ambiental exitosa, que se compunha de dois grandes eixos, a saber: 1. a estabilização de parques ou reservas ambientais, públicas ou privadas, que teve seu auge em 1960; 2. e os subsídios governamentais à plantação de espécies florestais nativas, com o programa instaurado em 1979 (FANGE, 2013, pg. 2).

A plantação de bananas também fora favorecida de 1986 a 2010 por uma série combinada de fatores, que levaram-na a um incremento de 88%, a saber: pela introdução de variedades de espécies, pelo uso de pesticidas e fertilizantes em escala maior (FAGAN, 2013, pg. 1-2).

Algumas críticas, no entanto, são dirigidas hoje à incapacidade do governo central de gerir e dar continuidade ao arrojado projeto socioambiental que o país tem levado a cabo ao longo de décadas. Estas críticas normalmente entendem que os desafios globais e às pressões agrícolas internacionais impelem a um modelo descentralizado de administração, em que os municípios devem comparecer como polo importante de avaliação e análise das ações ambientais. Todavia, em que se pese a tradição democrática costa-riquenha, a polêmica é no mínimo preocupante. Estariam os municípios munidos com condições técnicas e de resistência para opor-se à hegemonia globalizante de exploração máxima dos recursos naturais em vista da força e da preponderâncias das grandes corporações internacionais? O sistema misto, em que governo central e municípios pudessem compartilhar a responsabilidade pela política

socioambiental estaria suficiente e satisfatoriamente organizado para perpetuar os ganhos e avanços obtidos em matéria de proteção à natureza e de avanço de uma agricultura condizente nos espaços não-florestais?

Por fim, outro elemento que merece atenção acurada é que também na Costa-Rica é fator indispensável a análise do impacto socioambiental do uso de pesticidas e fertilizantes nas zonas agricultáveis – que pode afetar a equação positiva em favor da manutenção das florestas.

Assim, é preciso fomentar a participação em redes da população, que venham ao encontro da consolidação e explicitação das forças vitais e organizadas da sociedade, notadamente os grupos vulneráveis. A necessidade de reforçar os laços e padrões comuns de sobrevivência e de fazer frente aos projetos de especulação imobiliária, mesmo em vista do chamado 'ecoturismo', é elemento dialético a emergir no quadro de análise costa-riquenho. A organização comunitária associada aos grupos de pressão internacional podem traduzir-se no exercício de legítimo direito de resistência em matéria ambiental, que já temos defendido noutras ocasiões (PONZILACQUA, 2011). E isso vale para ambos os países e para as eventuais conexões entre os grupos envolvidos que se encontram em situação similar nos dois contextos avaliados.

Por certo, que os elementos diferenciadores da política ambiental característica da Costa Rica, a distingui-la nitidamente da política brasileira, estão relacionados à consistência e estabilidade da Ação Nacional. Pode-se afirmar que é a organização e a resistência desses grupos, mais do que programas especiais de governo, que acabam por incidir favoravelmente. Outro elemento essencial e diferenciador diz respeito à educação ambiental, que reforça e amplia a repercussão adequada de um sistema educativo eficiente. Todavia, essas vitórias e conquistas alicerçadas também são periclitantes se tomadas num contexto internacional desfavorável, donde a vigilância e organização constantes em vista da resistência.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora ainda os resultados encontrem-se em fase de compilação, demonstram que práticas exitosas em matéria socioambiental vêm sofrendo processos de desestabilização decorrentes dos modos de apropriação simbólica do patrimônio ambiental e dos mecanismos refratários da nova ordem econômica mundial. A situação é bem mais complexa e delicada no Brasil do que na Costa Rica.

A posição geográfica e política privilegiada da Costa Rica, propiciou políticas de sustentabilidade pioneiras e efetivas. O Brasil, ao contrário, registrou processo histórico contínuo de devastação. Todavia, houve, nas décadas de 80 e 90 um incremento favorável da compreensão socioambiental no campo jurídico. Mas o código florestal e os insucessos gerados pela nova ordem jurídico-ambiental por ele engendrada demonstram uma reversão nos avanços legislativos anteriores.

É seguro, todavia, que nem a situação da Costa Rica e menos ainda a do Brasil é tranquila e absolutamente estável no contexto sociopolítico e jurídico internacional que pressiona para a fragilização das normas protetivas do patrimônio natural e, igualmente, verifica-se significativo retrocesso no campo dos direitos sociais, em geral, e socioambientais, em particular. Ou seja, é precisa ampliar a vigilância e participação das redes sociais engajadas, em vista de elaboração e aprimoramento de políticas públicas nestas áreas.

Os sucessos obtidos pela Costa Rica, todavia, devem impelir à reflexão dos legisladores, governantes e juristas de toda a América Latina em vista de consecução eficaz de prática globais de defesa do meio ambiente e das populações envolvidas, especialmente aquelas situações de maior vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, H. (org.) **Conflitos ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Heinrich Böll, 2004.

AFONSO DA SILVA, J. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.

AGUIAR, R. A. R. **Direito do meio ambiente e participação popular**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente/Ibama, 1998.

BAUMANN, Z. **Comunidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003

BESSA ANTUNES, P. **Comentários ao Novo Código Florestal**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Manual de Direito Ambiental**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BIBLIOTECA VIRTUAL DA AMÉRICA LATINA. Costa Rica. Disponível em: <<http://www.bvmemorial.fapesp.br>>, acesso em 10 de abril de 2015.

BOURDIEU, P. **O poder simbólico**. 11a. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

_____. La force du droit: éléments pour une sociologie du champjuridique”, **Actes de la recherche en sciences sociales**, 64, 1986, p. 3-19.

BRASIL. **Lei Federal n. 12651, de 25 de maio de 2012, o “Novo Código Florestal”**, dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; que revoga a Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965 e alterou outros diplomas legais, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 05 de abril de 2015.

_____. **Lei n. 12.727, de 17 de outubro de 2012**. Altera a Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõe sobre a proteção de vegetação nativa e outras normas conexas.

_____. **Lei Federal 4.771, de 15 de setembro de 1965 – Código Florestal revogado**; Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 05 de abril de 2015.

CLASTRES, P. **A sociedade contra o Estado**. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. (1992 – Rio de Janeiro). Convenção sobre diversidade biológica. Brasília: Senado Federal/ Secretaria de Edições Técnicas, 1997.

DAGNINO, E (org). **Sociedade civil e espaços públicos no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

FAGAN, M. E. Land cover dynamics following ban in northern Costa Rica. In: **Environmental Research Letters**, 8 (2013) 034017 (9pp).

GOHN, M. G. **O protagonismo da sociedade civil: movimentos sociais, ONGs e redes solidárias**. São Paulo: Cortez, 2005.

INPE (Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais). “**INPE estima 5.843 km² desmatados na Amazônia em 2013**”. Disponível em <http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=3443>. Acesso em 12 de abril de 2015.

_____ **Alertas do DETER estimam 219 km² de desmatamento por corte raso durante trimestre**. Disponível em: <http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=3834>. Acesso em 10 de abril de 2015.

LEFF, E. **Epistemologia ambiental**. 2a. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

LEITE, J. R. M.; AYALA, P. A. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002

MORIN, E. **Introdução ao pensamento complexo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

_____ **O método: I. A natureza da natureza**. 3a. ed. trad. Maria Gabriela de Bragança. Portugal: Publicações Europa-América, 1997.

_____ **O método: II. A vida da vida**. 3a. ed. trad. Maria Gabriela de Bragança. Portugal: Publicações Europa-América, 1999.

_____ **Em busca dos fundamentos perdidos: textos sobre o marxismo**. 2.^a ed. trad. Maria Lucia Rodrigues, Salma Tannus. Porto Alegre: Sulina, 2004.

OROZCO, E. L. **Política ambiental e os municípios de Costa Rica**. Costa Rica: IFAM (Instituto de Fomento y Asesoría Municipal), s/d.

PONZILACQUA, M. H. P. O Direito de resistência em matéria ambiental. In: **Revista Bonijuris**. Ano XXIII, n. 567, fev/2011, p. V-XI.

PORTO-GONÇALVES, C. W. **Globalização da natureza e a natureza da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

SANTILLI, J. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS, B. S. (org.) **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

SANTOS, B. S. **Pela mão de alice: o social e o político na pós-modernidade**. 10^a ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SCHIOCHET, V. **Sociedade civil: o social pensado politicamente**. Blumenau (SC): Edifurb, 2005.

SIRVINKAS, L . P. **Manual de Direito ambiental**. 6^a. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, J. A. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.

VIOLA, E. “O movimento ambientalista no Brasil (1971-1991): da denúncia à conscientização pública para a institucionalização e o desenvolvimento sustentável”. In: GOLDENBERG, M. (coord.). **Ecologia, ciência e política**. Rio de Janeiro: editora Revan, 1992, p. 49-75.

VIOLA, E. ; LEIS, H. “O ambientalismo multissetorial no Brasil para além da Rio-92: o desafio de uma estratégia globalista viável”. In: VIOLA, E. ; LEIS, H. et all. **Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania**: desafio para as ciências sociais. 2^a. Ed. São Paulo: Cortez, Florianópolis: UFSC, 1998, p. 134-160.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

**GT – RISCO, SOCIEDADE DIGITAL E CULTURA DO
MEDO**

CANOAS, 2015

CULTURA DO MEDO E VITIMIZAÇÃO: UM ESTUDO SOBRE OS DADOS DO OBSERVATÓRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA DE CANOAS NO ANO DE 2014

Diego Oliveira Pereira¹

Emerson Wendt²

Renata Almeida da Costa³

RESUMO: Os dados referentes à criminalidade no Brasil, veiculados pela imprensa, são tidos como significativos na produção da sensação social de (in)segurança. Expressões usadas pela mídia, como *violência* e *vitimização*, tendem a estar presentes no cotidiano da população de grandes centros e acabam influenciando a percepção social de (in)segurança. Nesse sentido, evidencia-se a tentativa de contingenciamento de riscos mediante demandas por produção e aplicação do Direito. Por esse motivo, faz-se necessária uma observação crítica dos dados estatísticos criminais de cidades como Canoas, buscando-se uma análise dialógica entre a sensação de insegurança com a realidade social contemporânea e a adoção (ou não) de políticas públicas compensatórias à produção do medo. Assim, o município de Canoas é o local de experimentação da investigação e a pesquisa procura, desde a definição teórica do que consistem “medo”, “insegurança” e suas “sensações” no território urbano, analisar dois estudos realizados pelo Observatório de Segurança Pública de Canoas. Para tanto, abordam-se: (a) a representatividade (social, cultural e econômica) dos dados estatísticos da criminalidade de Canoas em 2014; (b) o medo e a sensação de insegurança e a repercussão nos comportamentos humanos; e (c) a atuação dos gestores públicos, em especial o municipal, com o propósito de perscrutar criticamente a resposta do poder público às demandas sociais de (maior) segurança.

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário La Salle – UNILASALLE, bolsista em iniciação científica pela própria instituição (PROIC). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2143608046670140>.

² Mestrando em Direito e Sociedade (Unilasalle, Canoas-RS). Graduado em Direito - pela Universidade Federal de Santa Maria (1997). Pós-graduado em Direito pela URI-Frederico Westphalen. Delegado de Polícia Civil no RS. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9475388941521093>.

³ Pós-Doutora pelo Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati (2015), Doutora em Direito pela UNISINOS (2010), Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2002) e Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (1998). É professora do Centro Universitário La Salle – UNILASALLE, em Canoas/RS, nos cursos de Direito e Mestrado em Direito, e, também, da Escola de Direito da Universidade Anhembi Morumbi (LaureateInternationalUniversities), em São Paulo/SP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8431378002523967>.

PALAVRAS-CHAVE: Contingenciamento de riscos; Criminalidade; Cultura do Medo; Gestão Pública; Vitimização.

1 INTRODUÇÃO

O espaço de convívio e interação do homem, a “polis”, passa constantemente por transmutações. Hodiernamente, as grandes metrópoles e as cidades são os núcleos da complexidade das relações sociais. Nesse sentido, os dados referentes à criminalidade no Brasil, veiculados pela imprensa, são tidos como significativos na produção da sensação social de (in)segurança.

Expressões usadas pela mídia, como *violência* e *vitimização*, além da seletividade das notícias, tendem a estar presentes no cotidiano da população na busca de contingenciamentos aos riscos, *i.e.*, por elas, procura-se controlar aquilo que pode ocorrer mas não necessariamente vai ocorrer, no afã de serem negadas as indeterminações derivadas desse risco não somente pela produção (legislativa) como também pela aplicação do Direito.

Nessa senda, as concepções da contemporaneidade, sob as perspectivas de Zygmunt Bauman, por exemplo, atentam para as consequências das rápidas transformações, questionando as instituições de um Estado Democrático de Direito quanto às suas capacidades para resolução de conflitos.

Por esse motivo, considerando a historiografia da cidade de Canoas, sua proposta de “enfrentamento” à criminalidade e a “criação” dos chamados “Territórios da Paz”, faz-se necessária uma observação crítica dos dados estatísticos criminais da maior cidade da Região Metropolitana de Porto Alegre, buscando-se uma análise dialógica entre a sensação de insegurança com a realidade social contemporânea e a adoção (ou não) de políticas compensatórias à produção do medo, com o propósito de verificar se essas decisões governamentais são ou não corretas, se são ou não inclusivas.

Consideradas incomuns as características do município em relação às demais cidades gaúchas e, em especial, às localizadas na região metropolitana de Porto Alegre, é Canoas o local de experimentação da investigação e a

pesquisa procura, desde a definição teórica do que consistem o “medo”, a “insegurança” e as suas “sensações” no território urbano, analisar dois estudos realizados pelo Observatório de Segurança Pública de Canoas.

Por fim, aborda-se (a) a representatividade (social, cultural e econômica) dos dados estatísticos da criminalidade de Canoas em 2014, (b) medo e sensação de insegurança e a repercussão nos comportamentos humanos, e (c) a atuação dos gestores públicos, em especial o municipal, com o propósito de perscrutar criticamente a resposta do poder público às demandas sociais de (maior) segurança.

A cidade de Canoas e seus *Territórios de Paz*: da construção de ideias ou ideais à exclusão social

O povoamento da cidade de Canoas teve início no ano de 1874, quando fora inaugurado o primeiro trecho de estrada de ferro do Rio Grande do Sul, entre Porto Alegre e São Leopoldo (MAYER, 2009, p. 36). No entanto, foi apenas em 27 de junho de 1939 que Canoas é elevada à categoria de município.

O crescimento demográfico de Canoas, nos anos seguintes à sua emancipação política, foi um fenômeno sem similar no RS. No decênio de 1950 a 1960, o crescimento populacional atingiu a cifra de 390%. Naquele período, a população de Canoas deu um salto demográfico, passando de 19.471 habitantes a 95.401. Segundo dados de um censo escolar realizado em 1964, a população seria de 117.000 habitantes (MAYER, 2009, p. 38).

Logicamente, a hipertrofia demográfica acarretou uma série de problemas, principalmente na prestação de serviços e efetivação de obras públicas. Segundo Mayer, os números atestavam que a cidade de Canoas não conseguiu evoluir dentro dos parâmetros de uma autêntica concentração urbana. Já o inusitado surto de povoamento da década de 1940, promoveu uma verdadeira “desconcentração urbana”. Isto quer dizer que, naquele momento, o núcleo central da cidade não estava suficientemente consolidado, quanto ao social, ao político e ao urbano (MAYER, 2009, p. 60).

É possível observar que a cidade de Canoas não teve o devido planejamento por parte da gestão pública no aspecto do desenvolvimento social, dado que o crescimento da cidade fora processado de forma desordenada e

espalhada em dezenas de bairros e vilas, atingindo uma extensão de dez quilômetros ao longo da rodovia BR-116 (MAYER, 2009, p. 39).

O povoamento local foi se processando com a abertura de dezenas de loteamentos sem as mínimas exigências urbanísticas, localizados em áreas alagadiças e banhados, resultando em graves problemas de ordem técnica, social, educacional e econômica e que vêm sobrecarregando todas as gerações das administrações municipais.

Esse fenômeno ocorreu (a) devido ao Plano de Metas do Governo Federal e provocou o êxodo de milhares de famílias do interior do estado para Porto Alegre à procura de empregos e melhores rendas, e, (b) a localização de Canoas junto à capital gaúcha, que então surge como um promissor parque de trabalho. Ou seja, a cidade de Canoas passou a oferecer possibilidades de emprego, atraindo famílias de Porto Alegre com sérios problemas de moradia. A procura por terrenos foi tanta que fez surgir um grande número de loteamentos, muitos deles distantes do núcleo central. Formaram-se, assim, dezenas de núcleos sem interconvivência social, vivendo todos (e até o próprio centro), mais na órbita da capital do que da própria comunidade canoense (MAYER, 2009, p. 38-39).

Esse adensamento, que na maioria das vezes ocorreu sem planejamento nem controle, se de um lado ofereceu a uma parcela da população acesso ao trabalho e, para alguns, melhores condições de vida, por outro lado causou um desequilíbrio urbano que não se conseguiu solucionar ainda, inclusive no que toca às questões ambientais (GRANZIERA, 2014, p. 630).

Ainda durante a década de 1950 e 1960, quando o país era atingido pela “febre desenvolvimentista” do Plano de Metas⁴, a esperança para a resolução dos problemas do município era sua rápida industrialização e, assim, Canoas tornou-se um dos municípios gaúchos com maior índice de desenvolvimento industrial e comercial. Atualmente, grandes empresas nacionais e multinacionais (como a Refinaria Alberto Pasqualini – Refap, Springer Carrier e AGCO do Brasil, além de

⁴ O Plano de Metas foi um programa de industrialização e modernização, de ordem federal, de autoria do então Presidente da República Juscelino Kubitschek. O plano contemplou o desenvolvimento do setor industrial nacional

nomes fortes nos ramos de gás, metal-mecânico e elétrico) estabeleceram-se em Canoas.

Esse extraordinário crescimento da cidade de Canoas, como polo industrial, comercial e de serviços marcava os discursos políticos, quando esses se referiam a Canoas como a “cidade que mais cresce no Estado”, que se encontrava de “braços abertos” para receber todo o empreendimento que trouxesse “progresso” (MAYER, 2009, p. 40). Por outro lado, os jornais ostentavam manchetes que refletiam a preocupação das lideranças e do conjunto da população perante essa rápida expansão urbana. Em suma, a cidade de Canoas teve, e ainda tem, seu “urbanismo ad hoc”⁵ à industrialização. É notadamente um território operário.

2 TERRITÓRIOS DE PAZ: GUAJUVIRAS E GRANDE MATHIAS VELHO

A cidade de Canoas possui 17 bairros identificados no mapa urbano, no entanto, contabilizam-se outros 15 bairros, sendo que esses são subdivisões dos primeiros. Desses bairros identificados, dois deles ganham atenção do gestor municipal (e também do estadual) pelas altas taxas de incidência de delitos, são eles: Grande Mathias Velho (Bairros Mathias Velho e Harmonia) e Guajuviras.

O aumento rápido da taxa de criminalidade é o motor principal da transformação dos comportamentos e atitudes públicos no desenvolvimento do aparato de controle do crime e da criminologia. Visto da perspectiva da exclusão, este aumento teve efeitos profundos (YOUNG, 2002, p. 37). Em vista disso, a administração municipal, com apoio das esferas estadual e federal, buscou através de dois projetos políticos o reestabelecimento da (sensação de) segurança pública através da, e conseqüente, redução das altas taxas de crimes que a cidade de Canoas apresenta.

⁵ Para o urbanista francês François Ascher, “o neourbanismo privilegia a negociação e o compromisso em detrimento da aplicação da regra majoritária, o contrato em detrimento da lei, a solução *ad hoc* em detrimento da norma”. Em vez de regulação, negociações caso a caso, projeto a projeto, na concretização do que o urbanista nomeou como “urbanismo *ad hoc*” [...] ASCHER *apud* VAINER, Carlos. In: MARICATO, Ermínia. Quando a cidade vai às ruas. In: Cidades Rebeldes. Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. 2013, p. 38.

Em relação à legitimidade que assegura o Estado o poder/dever de proteger os cidadãos adotando discursos que tem por perspectiva a segurança pública, faz-se oportuna a lição de Foessel:

El tema de la seguridad permite precisamente mantener ese discurso de identidad inmediata entre el pueblo y sus gobernantes: la seguridad es un objetivo que todos pueden compartir, y así se reconstruye una ficción de unidad de la que no está permitido dudar. [...] Del lado de las instituciones, el deber de vigilancia produce legitimidad y constituye, por tanto, un cierto amparo retórico ante el sentimiento de impotencia pública” (FOESSEL, 2011, p. 28).

Para tanto, estabeleceu-se a primeira iniciativa municipal. Denominada de Canoas Mais Segura⁶, o projeto é composto por profissionais da Fundação da Brigada Militar, Guarda Municipal e Secretaria Municipal de Transportes, tendo ainda o espelhamento da SIM (Sala Integrada de Monitoramento) e o 15º Batalhão da Brigada Militar. Segundo a gestão municipal, trata-se de um projeto estratégico que objetiva prevenir o crime e as violências, aperfeiçoar o controle de tráfego, oportunizar o zelo urbanístico, ampliar a vigilância ambiental, aperfeiçoar a fiscalização e implantação de projetos e programas⁷.

Com semelhante propósito, efetivou-se o segundo programa, denominado “Territórios da Paz”. Inicialmente, um centro de pesquisa social aplicada à segurança pública de Canoas foi estruturado com recursos do Governo Federal, todavia, somente com a cooperação de outros órgãos governamentais e não governamentais que foi possível a instalação dos Territórios de Paz nos bairros de Mathias Velho e Guajuviras.

O projeto objetiva a monitoração das ruas, através de câmeras que captam áudio e vídeo, e rígido policiamento em pontos considerados críticos dentro das comunidades. Além disso, o gestor público estabeleceu projetos sociais de integração comunitária para ambos os bairros a fim de compor, junto à ideia principal, a “ordem” nessas localidades.

⁶ Essa ação política objetivou agregar 192 centrais de alarmes, instaladas em prédios públicos, 204 câmeras de vídeo, das quais 120 encontram-se em vias públicas, áudio-monitoramento com 44 sensores instalados no Território de Paz Guajuviras. A Guarda Municipal da cidade é o principal gerenciador dessas ferramentas, tanto no atendimento aos alarmes, quanto no apoio as diversas solicitações advindas das tecnologias implantadas sempre em apoio às demais integrantes da SIM.

⁷ Dados disponíveis no sítio <http://www.canoas.rs.gov.br/>.

Tratando-se de intervenção estatal direta sobre a comunidade, há que se observar os efeitos sobre o tecido social urbano a partir do ato de decisão da Administração municipal em criar os Territórios de Paz. São eles: (a) a estigmatização desses territórios (tornam-se estigmatizantes e estigmatizados), e (b) o fomento à segregação social no (e do) território urbano.

Pelo primeiro, o fato do gestor estatal estar promovendo os dois bairros à condição de “especiais”, o imaginário social é conduzido à falácia do local a ser evitado, do local perigoso, do ambiente belicoso. Ao enfatizar-se o local como necessário à implantação da paz, reforça-se o estereótipo do que ele *não é*. Ou seja, pretendendo-se negar o conflito e o medo, evidencia-se aquele espaço como o "locus" dos mesmos (PEREIRA; COSTA, 2014).

Assim, a cidade se torna a *polis* das barreiras, de inclusão e exclusão de indivíduos, embora deve-se destacar que tais barreiras não são apenas imposições de classes hierarquicamente mais abastadas. Os sistemas de exclusão, visíveis e invisíveis, são criados tanto pelos ricos como pelos setores precários (YOUNG, 2002, p. 38). Ainda sob a perspectiva de Young:

A conduta atuarial de policiamento, zoneamento e prevenção diferenciais ajuda a manter esta situação; com efeito, na medida em que desloca o crime das áreas bem protegidas de classe média para as áreas menos protegidas das camadas mais baixas da classe trabalhadora, esta linha atuarial agrava o problema (HOPE *apud* YOUNG, 2002, p. 43). [...] Um processo de atuarial de exclusão e administração de riscos que se acopla a um mecanismo cultural de produzir bodes expiatórios: a criação de um outro desviante segregado espacial e socialmente (YOUNG, 2002, p. 43).

Embora a existência de tais políticas auxilie na queda dos índices estatísticos de criminalidade dos bairros em questão, a sensação de medo e insegurança permanece incorporada a estas localidades. Isla (*apud* ROLLERI, 2006, p. 101) constata que “la sensación de inseguridad es más alta que la tasa de delito”. Afora isso, pode-se notar que tais medidas implicam tanto o isolamento sociomoral de uma categoria estigmatizada quanto a amputação sistemática do espaço e das oportunidades de vida de seus integrantes (WACQUANT, 2008, p. 75).

Esses dois territórios são notoriamente áreas pobres⁸, consolidados, historicamente, sem os equipamentos urbanos adequados. Em outros termos, o Poder Público enfatiza a vigilância – monitoramento e segurança – em detrimento ao desenvolvimento do meio ambiente urbano acessível e saudável. A classe proletária que reside nos Territórios de Paz tem mais desvantagens porque ao mesmo tempo em que é o setor privilegiado para recrutamento da criminalidade tradicional e a principal vítima, é ainda o setor mais vitimado pelo aparato repressivo-punitivo e o menos protegido pelo setor judiciário, além de ser estigmatizado segundo a famosa associação pobreza/criminalidade (PASTANA, 2011).

Nesse compasso, o Estado mostra a forma como pretende efetivar a segurança e a pacificação desses bairros. Em um primeiro momento implementa-se o monitoramento e o patrulhamento ostensivos, para, logo depois, criar políticas socioeducacionais e de integração comunitária (PEREIRA; COSTA, 2014). Dessa forma, pode-se entender que a partir da decisão do gestor municipal cria-se a imagem de território perigoso, indiretamente do território a ser evitado. Logo, produz-se um espaço estigmatizado e excluído. Esse efeito, por si só, tende a dificultar a efetivação das estratégias de integração urbana.

⁸ Segundo Wacquant, durante e depois da era progressista, o termo “gueto” se expandiu para designar o confinamento socioespacial dos recém-chegados à metrópole, especialmente as famílias de classes populares provenientes da Europa do sul e central, mas também os afro-americanos que fugiam do regime opressivo do Sul segregacionista e tentavam alcançar a “terra prometida” do Norte Industrial. Ou seja, esses lugares onde segregação, degradação do meio ambiente, superpopulação e miséria (associada a desemprego e instabilidade no emprego) se aliam para exacerbar os males urbanos e inibir a participação na vida societal (WACQUANT, 2008, p. 62). Embora os dois bairros em estudo não enquadram-se no conceito etno-racial de *gueto*, compartilham características semelhantes. Desse modo, descarta-se o jargão popular cujo rótulo identificam Mathias Velho e Guajuviras sendo os guetos da cidade de Canoas.

3 O MEDO E A CULTURA À SUA VOLTA NO AMBIENTE SOCIAL DAS CIDADES

Hodiernamente, o problema social da violência urbana está associado à criminalidade, ao passo que o medo⁹ generalizado do crime se incorporou ao *modus vivendi* da população urbana. Nesse contexto, é possível visualizar mudanças nos comportamentos e hábitos sociais. Um exemplo de tais transformações é a arquitetura das cidades, na qual é possível identificar, cada vez mais, a fragmentação do espaço urbano, evidenciada pelo cerramento dos imóveis de uso público e privado, pela construção de muros mais altos, pela imposição de cercas em volta de das edificações, pelo emprego de sistemas tecnológicos de segurança, dentre outros aparatos.

A utilização de aparatos de proteção é, desse modo, feita sob o escopo de agregar mais segurança aos ambientes urbanos. Dito de outro modo, é nos grandes centros urbanos que a complexidade da vida contemporânea produz incerteza, uma vez que rotinas subjetivas e individuais são constantemente alteradas, ou pelos adventos tecnológicos e mercadológicos, oriundos da globalização, ou por influência de ordem estatal, ou, principalmente, pela percepção sensorial dos fatos e dos acontecimentos ao seu redor (PEREIRA; COSTA, 2014). Ademais, incerteza, indeterminação e risco são os elementos característicos da contemporaneidade; mais do que isso. São os elementos diferenciadores da sociedade contemporânea da sociedade moderna e/ou tradicional, por sua vez, pautada na certeza e na determinação.

No contexto da incerteza característica da contemporaneidade, pode-se dizer que, como afirma Alba Zaluar (*apud* PASTANA, 2011), o aumento real, ou percebido como tal, da violência criminal tem consequências no plano simbólico, econômico e político. A incerteza leva à sensação de medo e de insegurança, e

⁹ Segundo Bauman (2008, p. 8), “Medo” é o nome que damos a nossa incerteza: nossa ignorância da ameaça e do que pode e do que não pode para fazê-la parar ou enfrenta-la, se cessá-la estiver além de nosso alcance”.

essa, também tida como um aspecto da *Cultura do Medo*, apresenta-se como um problema multifacetário¹⁰.

Geralmente as causas das sensações de medo e de insegurança, da forma como são percebidas, usualmente levam a população a associar o crime e seus acusados (BAUMAN, 2009, p. 16) a um determinado local (*habitat* dos criminosos). Em outras palavras, o imaginário social fia-se na falácia da conduta desviante¹¹ ser oriunda de um local predeterminado devido à relação desse local com o crime. A ideia, como se percebe, não é nova (v. Ferri e sua *Sociologia Criminal*, v.g.)

Esse entendimento popular é pautado na premissa de que se teme aquilo que não se pode controlar, e, chama-se essa incapacidade de controle de incompreensão; o que não se pode administrar é “desconhecido e assustador”. Portanto, medo é outro nome que se dá à indefensabilidade humana. O medo assombroso do que se pode e deve descrever como a esfera do desconhecido, do incompreensível e do incontrolável (BAUMAN, 2008, pag. 125).

Wacquant (2008) acrescenta que, não obstante ao sentimento de medo pelos crimes e criminosos, há um fator agravante a essa sensação: a criminalização da miséria e da pobreza. Logo, a pobreza, e o espaço urbano na qual se concentra, são alvos de estigmatização.

Outro fator que aumenta a tensão causada pelas sensações de medo e de insegurança reside na percepção dos cidadãos sobre as normas de seguranças existentes no território em que habitam. Dessa forma, de acordo com o entendimento de Roller (2006), é inexorável questionar a capacidade de o Estado controlar e conter o crime e a violência:

Esta sensación de inseguridad aparece en función de la percepción que tienen los ciudadanos sobre los estándares de seguridad que existen en el entorno que habitan. En la mente del ciudadano surge el

¹⁰ Barry Glassner enumera diversos fatores que, em suas pesquisas, revelam-se causadores de medo e insegurança à sociedade norte-americana, como dependentes químicos, mães jovens e solteiras, extrema pobreza, violência no trânsito, dentre outros. Desta forma, entende-se que a *Cultura do Medo* não tem um único elemento constitutivo e é composta por diversos fatores sociais (GLASSNER, 2003).

¹¹ Para Émile Durkheim (1983) o comportamento desviante é saudável para a manutenção do convívio social, uma vez que a não aceitação de uma conduta – norma, comportamento –, por um indivíduo, ou por um coletivo, torna-o contrário à ordem social preestabelecida.

cuestionamiento del estado en cuanto a su capacidad para controlar el delito y la violencia (ROLLERI, 2006, p. 77).

Ora, se por um lado tem-se o próprio Estado afirmando a necessidade de pacificar determinados territórios, sendo esses territórios reconhecidamente operários, além de vítimas da violência – estatal/policial e urbana – são notórias as sequelas causadas pelos pânicos morais: a segregação e a exclusão social, a criminalização dos mais pobres e a desconfiança e o sentimento de desamparo das instituições políticas (PEREIRA; COSTA, 2014).

3.1 Seletividade Midiática do medo e da violência

A estigmatização das classes operárias e sua aproximação com as práticas delituosas, conforme fomentado pela mídia e, em segundo plano, pelas adoções de medidas excludentes por parte da gestão municipal – políticas de segurança pública -, colabora negativamente para a crença da relação direta da pobreza com o crime. Nesse sentido, Glassner relata a forma como a mídia norte americana trata o assunto:

Os jornalistas, os políticos e outros formadores de opinião fomentam o medo em relação a determinados grupos sociais, tanto por aquilo que apregoam como por aquilo que não divulgam. Consideramos o medo americano em relação aos negros. Esse medo se perpetua pela atenção excessiva dada aos perigos causados por uma pequena porcentagem de afro-americanos contra outras pessoas, assim como por uma relativa falta de atenção para os perigos que a própria maioria de negros enfrenta (GLASSNER, 2003, p. 193).

Nesse quadro, ao associar, indevida e injustamente, a miséria e a pobreza à criminalidade, os pânicos morais que causam mal estar à sociedade, repousam sobre a excessiva vinculação de manchetes e noticiários, cujo teor tem por base os crimes e a violência, a dadas áreas do território urbano. Por óbvio, as consequências dessa fórmula resultam na sensação de medo a essas pessoas, a esses locais (PEREIRA; COSTA 2014).

Em uma busca efetuada no sítio eletrônico do principal canal de mídia voltado à cidade de Canoas, ao pesquisar os nomes dos dois bairros supramencionados tem-se apenas notícias relacionadas a crimes, tais como: “Homem é morto com quatro tiros no Mathias Velho (01/09/2014)”. “Tentativa de homicídio no Guajuviras resulta em seis prisões e apreensões de armas

(23/08/2014)”. “Brigada apreende um quilo de Crack no Guajuviras (22/08/2014)”. “Corpo encontrado no Mathias Velho (19/08/2014)”. “Brigada Militar apreende armas e munição no bairro Guajuviras (10/08/2014)”¹².

Muito embora as notícias que ganham destaque sejam essas, é necessário ressaltar que nem todas partilham conteúdo policial (PEREIRA; COSTA, 2014). Os problemas de infraestrutura também são levados a conhecimento da sociedade canoense: “Mathias Velho é o bairro mais afetado pela chuva, em Canoas (04/07/2014)”. “Moradores queixam-se da falta de sinalização no Mathias Velho (10/01/2014)”¹³.

Nesse contexto, evidencia-se a importante participação dos veículos midiáticos na estimulação do imaginário coletivo frente aos problemas dessas localidades: a partir do momento em que se tornam repetitivas as notícias sobre um determinado tema, e nessa abordagem a problemática gira em torno da violência (e suas consequências) e da falta de estrutura, cria-se uma identidade (negativa) associada ao local. Portanto, da excessiva repetição, nasce o hábito de associar tais problemas como originários única e exclusivamente desses territórios. Isto é, não bastasse a violência estrutural e política, outro setor da sociedade – a mídia – apresenta-se como agente reativo, estimulador dessa estigmatização.

Nessa senda, Rolleri, sustenta que as informações veiculadas pela mídia exercem grande influencia na rotina das pessoas:

Como dijimos, después de ver y escuchar reiteradamente, por televisión, la cantidad de robos cometidos en la misma ciudad, la persona que sale de su casa lo hará con mayor precaución y cuidado que si no hubiera encendido el televisor. Todo esto tiene las más diversas consecuencias colaterales, como el cambio en la utilización de medios de transporte, la suspensión o el cambio de horario de encuentros, la compra de elementos para protección (ROLLERI, 2006, p. 147).

Rolleri (2006, p. 128) ainda alerta que “la violencia que aflora al dominio público es sólo una fracción de la que se vive en ese submundo, y se hace

¹² Jornal Diário de Canoas, pesquisa disponível no link <http://www.diariodecanoas.com.br/index.php?id=/busca/index.php&request=1>, resultados do acesso em 07/07/2014, às 16h56min.

¹³ Jornal Diário de Canoas, pesquisa disponível no link <http://www.diariodecanoas.com.br/index.php?id=/busca/index.php&request=1>, resultados do acesso em 07/07/2014, às 16h56min.

conocida por la población en general debido a los hechos delictivos denunciados o mediatizados”.

Perante o exposto, é possível notar que nos discursos públicos, os medos proliferam por meio de um processo de troca. A cultura do medo cresce cada vez mediante correntes de temores e contra temores (GLASSNER, 2003, p. 39).

Dizendo de outro modo, a fim de assegurar a segurança perdida na contemporaneidade frente a superveniência da categoria do risco, produz-se mais insegurança. Ou seja, a retroalimentação do medo se faz mediante o processo circular de comunicação das próprias contingências. E, portanto, o emprego de mais Direito ou de mais “segurança” finda por se configurar em um mecanismo de produção de mais insegurança. Eis aí uma das vertentes do paradoxo da cultura e da sociedade atuais.

4 OBSERVATÓRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA DE CANOAS – FUNÇÃO E ATIVIDADES¹⁴

Instituído pela da Lei Municipal (de Canoas) nº 5386, de 19 de maio de 2009, o Observatório de Segurança Pública de Canoas iniciou suas atividades em maio de 2010. Um Centro de Pesquisa Social Aplicada à Segurança Pública de Canoas foi implementado, inicialmente, com recursos advindos do Programa Nacional de Segurança Pública (PRONASCI), da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça, e da Prefeitura Municipal de Canoas. Posteriormente, tornou-se política pública mediante sua institucionalização, através da referida lei local, com o objetivo de qualificar e aperfeiçoar as atividades realizadas pelo Gabinete de Gestão Integrada Municipal (GGI-M), possibilitando um acompanhamento no processo de gestão da segurança pública do município, facilitando o feedback para os gestores (PREFEITURA DE CANOAS, 2015).

¹⁴ Os autores do texto agradecem a Eduardo Mattos (Coordenador), Thiago Magnus e Cátia Agne Vanzellotti (Sociólogos), Daniel Montenegro (Geógrafo), Jardel Fischer (Antropólogo) e Eliége Teixeira (Guarda Municipal), integrantes do Observatório de Segurança Pública de Canoas, além do Secretário de Segurança Pública de Canoas, Carlos Adriano Klafke dos Santos, pelo desenvolvimento da pesquisa empírica que embasa este trabalho e, sobretudo, pela interlocução franca, simples e acessível, sem a qual o presente texto não seria possível.

Atualmente, o Observatório sistematiza e coordena os indicadores para avaliar processualmente a política de segurança pública planejada e executada na cidade de Canoas, conforme referido, a partir de três programas estratégicos: “Guarda Comunitária”, “Canoas Mais Segura” e “Territórios de Paz”, sendo os dois últimos já citados neste estudo.

Nesse processo de sistematizar e organizar os indicadores, avaliando a política de segurança pública realizada em Canoas, o Observatório divulgou, respectivamente em 2014 e 2015, a “Segunda Pesquisa de Vitimização Canoas” (MATTOS, 2014) e o relatório anual sobre “Indicadores Criminais 2014” (MATTOS, 2015). A análise dos dados coletados permite constatar como a sociedade se vê frente ao contexto da insegurança urbana e quais os locais a temer, bem como o quanto confia nos órgãos públicos relacionados à segurança pública. Além disso, é possível correlacionar essa observação social sobre a segurança com os dados estatísticos oficiais.

4.1 Pesquisa de Vitimização em Canoas

Na primeira pesquisa de vitimização realizada em Canoas, no ano de 2009, verificou-se que 63% dos crimes, em geral, não eram registrados, já que a sensação era de que registrar não daria em nada mesmo, segundo 65,5% dos entrevistados. Naquela pesquisa, 79,2% dos entrevistados, em média, consideravam a Polícia Civil e a Brigada Militar ineficientes ou muito ineficientes. Então, ficou evidenciado que o não registro de ocorrência têm relação com a incerteza de que as polícias não teriam capacidade de resolver os problemas (MATTOS, 2014, p. 3-6).

Já a segunda pesquisa, com dados coletados em 2013 e divulgada em 2014 (MATTOS, 2014), revelou que a segurança é o segundo assunto que mais preocupa os entrevistados (29,6%), mas que somados aos assuntos que têm relação com o tema “segurança”, como drogas e tráfico (11,8%) e corrupção (3,2%), chega-se a um nível de preocupação próximo à metade dos entrevistados (44,6%).

No aspecto de vitimização da população, quase 1 a cada 5 (19,2%) moradores da cidade já foram vítimas de algum crime ou violência, sendo o número de vítimas maior na Área Integrada de Segurança Pública (AISP) que abrange bairros outros que não os Territórios da Paz.¹⁵ Esse dado, assim visualizado, permite refletir que a eleição do território identificado como “da Paz” considera não o local onde os fatos ilícitos ocorrem, mas uma região de moradia dos supostos autores desses delitos. Em sendo assim, o fator “estigmatização” do local estaria intimamente associado ao fator “estigmatização” do morador.

Em relação aos delitos mais citados, o grande percentual gira em torno dos delitos contra o patrimônio (furtos e roubos, seja de residência, veículos, acessórios, na rua etc.), sendo que somente 46% das vítimas registraram ocorrências, havendo uma taxa de subnotificação de 54%. Os motivos relativos à subnotificação têm a ver com a concepção de "perda de tempo" (52,8%), mas também se relaciona com o medo de denunciar (4% dos homens e 11% das mulheres têm medo de encaminhar o registro), não ter prova (6,5%) e considerar que a polícia não cuida desse tipo de problema (7,4%). Nesse panorama, pode-se afirmar que a baixa notificação dos delitos revela, sobremaneira, o desinteresse individual na própria persecução formal dos ilícitos. Ao mesmo tempo, não se pode descuidar de um fator – na pesquisa não explorado, mas que aqui surge da reflexão como conclusão possível – que contribuíra para as subnotificações: a burocratização. Ou seja, a ausência de tempo alegada pelos entrevistados estaria intimamente relacionada à necessidade de tempo para o procedimento. O que, por si só, faria concluir que as ações de notificação de ocorrências são compreendidas pelos usuários do serviço de segurança pública como algo pouco simples ou de alta complexidade. De qualquer sorte, o fator “medo diante do próprio ilícito não é a escusa para a ausência de provocação de ações concretas

¹⁵ Canoas possui quatro Áreas Integradas de Segurança Pública (AISPs). A AISP 1 é composta pelos Bairros: Industrial, São Luis, Mathias Velho, Harmonia e Centro, ambiente em que, segundo os entrevistados, 20,5% já foram vítimas de crimes; na AISP 2, que é composta pelos bairros Nossa Senhora das Graças e Niterói, há o segundo menor percentual, de 16,4% entrevistados que foram vítimas de delitos; a AISP 3, composta pelos bairros Brigadeira, São José, Igará, Guajuviras, Marechal Rondon, Estância Velha e Olaria, tem o menor percentual de vitimização, tendo 12,4% dos entrevistados sido vítimas de delitos. O maior índice de vítimas, de 34,6% dos entrevistados, está na AISP 4, composta pelos bairros Mato Grande, Fátima, Ilha das Garças e Rio Branco.

de repressão e de persecução punitiva estatais. O medo, assim, se evidencia como geral e não específico – ter-se-ia medo da criminalidade (no geral), mas não do crime ou do “criminoso” (na espécie).

Em contrapartida, na relação com as polícias, em uma pontuação de 1 a 5, a eficiência das instituições foi avaliada. A Brigada Militar foi considerada ineficiente por 42% e eficiente por 37,5% dos entrevistados, enquanto que a Polícia Civil teve o índice de ineficiência de 40% e o de eficiência de 36,4%. Quanto à violência, a Brigada Militar foi considerada assim por 40,9% dos entrevistados e a Polícia Civil por 25,1% dos respondentes. Um em cada 5 entrevistados foi abordado na rua pelas polícias, sendo que a maioria foi de homens e, dentre os jovens entre 16 e 24 anos, 40% considerou a abordagem agressiva.

Esses aspectos demonstram, em função dos percentuais alcançados, uma certa relatividade, um descrédito da população canoense para com o sistema policial, seja ele preventivo (ostensivo), seja ele repressivo (investigativo).

Sequencialmente, quanto à sensação de segurança, ao serem questionados o quanto a "minha vida foi afetada pela criminalidade", 74,9% dos entrevistados respondeu que discordava dessa afirmativa. No entanto, quanto à outra afirmativa, "me sinto seguro em Canoas", embora a maioria concorde, 52%, há uma discordância de 35,9% dos entrevistados. Relativamente à mesma afirmativa, porém no âmbito dos bairros ("me sinto seguro no meu bairro"), há uma concordância de 59,1% e discordância de 16,1%, percebendo-se uma maior segurança no local de habitação que propriamente no contexto citadino.

Assim, embora 70% dos crimes ocorrerem no bairro, na rua ou na residência, a sensação de segurança experimentada pelos respondentes quanto aos bairros é maior do que no contexto da cidade, ou seja, o "bairro é percebido como mais seguro que a cidade" (MATTOS, 2014, p. 30).

A pesquisa também revelou um alto índice de aceitação pública para as câmeras de monitoramento (56,3%), sistema de áudio monitoramento (39,2%) e os territórios da paz (37,2%). Por outro lado, também demonstrou desconhecimento da população acerca de medidas importantes de presença dos órgãos públicos no ambiente urbano, como os Núcleos de Policiamento

Comunitário (desconhecimento de 55,2% dos entrevistados), Projetos Sociais (desconhecimento de 54,2% dos entrevistados) e Ronda Escolar (desconhecimento de 50,7% dos entrevistados), embora que 82,1% considerem, pelo menos em parte, os projetos sociais relevantes na prevenção da violência.

Entre as causas principais da criminalidade, segundo os entrevistados, está o uso e o tráfico de drogas. A falta de estrutura familiar, a desigualdade social e a pobreza, também são pontuadas como causas dos crimes. Outros fatores, como desemprego, falta de investimento em segurança, impunidade, embora sejam citados, não se demonstram ~~são~~ ~~tão~~ relevantes para o incremento da criminalidade.

Um dos aspectos importantes da pesquisa foi pontuar, segundo a população entrevistada, os responsáveis pela segurança, demonstrando-se o protagonismo do município na área de segurança pública, hoje responsabilidade dos Estados federados e do Governo Federal. Assim, 72% dos entrevistados entendem que a responsabilidade por garantir a segurança pública é do Prefeito e 36,4% do Secretário de Segurança Municipal, enquanto que as Polícias (de caráter estadual), ficam com 40,6% e o governador com 31,8% "das responsabilidades". Ou seja, pode-se por isso, cogitar que indiretamente há uma crítica ao modelo estadual de resolver os problemas na área da segurança pública, em locais específicos, como as cidades com características próprias.

Por outro lado, quando questionados sobre as medidas adequadas para diminuir a criminalidade, 3 a cada 10 pessoas afirmaram que colocariam mais policiais na rua e 2 em cada 10 combateria o tráfico de drogas, sendo que apenas 10,2% melhoraria as condições de educação e aumentaria as condições de emprego e/ou criaria programas de inclusão social e diminuição da pobreza. Esses resultados, uma vez mais, revelam o paradoxo pois, ao mesmo tempo em que discursos na área da segurança pública são produzidos considerando o "medo" da criminalidade como estandarte, a opinião individualizada dos entrevistados populares não revela o interesse majoritário no policiamento ostensivo, nem mesmo, na criminalização (aqui assim entendida frente ao emprego da expressão "combate" – sendo essa a principal política estatal para o controle da questão das drogas) das condutas associadas ao comércio e/ou uso

de drogas ilícitas. Ao contrário. A manifestação popular foi no sentido majoritário do reforço de políticas públicas outras que não as criminais e/ou as policiaiscas.

Ainda, quanto ao combate aos delitos, dentre os crimes apontados como os que devem ser mais reprimidos estão os homicídios (24,9%) e furtos/roubos de rua (19,9%), embora existam outros indicadores que tenham relação com os crimes contra o patrimônio que, somados, têm uma relevância importante. Tais números, por seu turno, não impressionam. Afinal, as modalidades ilícitas apresentadas (homicídios, furtos/roubos) correspondem aos modelos tradicionais da “criminalidade de massas” e, dessa forma, são espécies tradicionalmente invocadas como objeto do controle penal. Desse modo, tais delitos, nem mesmo nos processos e/ou debates minimalistas ou abolicionistas figurariam.

Pois bem. A despeito das reflexões que aqui se avolumam, a gestão municipal passou a entender como reais as melhorias na área da segurança pública. Logo, as iniciativas denominadas Territórios de Paz, Projetos Sociais, Policiamento Comunitária, Ronda Escolar, Áudio monitoramento e Câmeras, têm sido evidenciadas como efetivas (quicá como políticas públicas) para o estabelecimento de expectativas sociais (*i.e.*, distribuição de segurança).

2.2 Dados estatísticos de indicadores criminais de Canoas no ano de 2014

A pesquisa quanto aos "Indicadores Criminais 2014" (MATTOS, 2015) reuniu informações de três principais indicadores (aqui empregados como paradigmas). Segundo o relatório, todos foram acompanhados periodicamente pelo Observatório de Segurança Pública de Canoas: a) furto de veículos; b) roubo de veículos; c) mortes violentas, e, ainda, estudo sobre os autores de homicídios.

Quanto ao furto e roubo de veículos, o estudo foi relacionado com a frota de veículos no município de Canoas, que a partir de 2007 teve um incremento, em média, de 10 mil veículos por ano. Em 10 anos a frota de veículos de Canoas cresceu 92,8%, possuindo, em 2014, 186 mil veículos. Sobre esse dado, a taxa de roubos e furtos, por cada 10 mil veículos, é, respectivamente, de 48,2% e 39,3%.

O estudo traz um comparativo dos casos de roubo de veículos nos últimos oito anos, incluindo 2014, permanecendo a variação dos casos não inferior a 625 (2013) e não superior a 1127 (2009) registros por ano. Segundo o levantamento, junto aos órgãos oficiais, considerando os bairros com mais ocorrências de roubos de veículos no ano de 2014, as faixas horárias mais recorrentes são: entre as 18h e 19h59min, entre as 20h e 21h59min, e entre as 22h e 23h59min, somando 56% dos casos de roubos ocorridos nos bairros com maior número de ocorrências¹⁶, nenhum deles sendo integrante dos Territórios de Paz.

Há, também, um comparativo dos casos de furto de veículos no mesmo período, permanecendo a variação entre 537 e 835 casos noticiados (registrados em delegacias de polícia) entre os anos de 2007 e 2014. Ambos os estudos apontam os meses de maior incidência de roubos e furtos de veículos nos últimos três anos, porém a variação não é grande, com exceção do aumento dos furtos de veículos nos meses finais de 2014.

Os mapas de *hotspots* de roubos e furtos de veículos¹⁷, integrados ao estudo e divididos por faixas horárias, ajudam a delimitar os locais de maior incidência de ambos delitos. Percebe-se a baixa incidência de casos de furtos e roubos de veículos registrados nas áreas dos Territórios de Paz, caso comparado aos locais centrais da cidade.

Quanto ao indicador "mortes violentas", a metodologia aplicada tem relação com o agregado de crimes violentos com resultado morte em 2014 comparado com anos anteriores. Neste agregado estão fatos como (a) encontros de cadáver, (b) latrocínios e (c) mortes por confrontos com a polícia, (d) falecimentos por lesões. Neste indicador, o comparativo é feito a partir de 2009, que teve o maior índice de casos (154), não sendo menor do que 112 casos em 2011, e, no caso de 2014 (com 137 casos), a maioria se refere a homicídio (91,2%). Além disso, o estudo é também voltado aos comparativos de meses e semestres desses anos analisados e, embora não se tenha ciência do motivo de tais análises

¹⁶ Os bairros com um maior número de ocorrências policiais registradas em 2014, nos órgãos da Polícia Civil, são Marechal Rondon, Nossa Senhora das Graças, Niterói, Centro e São José.

¹⁷ Em uma das traduções possíveis, *hotspots* ou *hot spots* significa locais quentes ou áreas geográficas específicas consideradas zonas críticas, no caso de incidência acentuada de delitos.

comparativas, percebe-se que ela não tem uma relevância específica no contexto do estudo, ou melhor: sua finalidade não está latente e perceptível.

Somente relativamente a 2014 há um estudo pormenorizado sobre o percentual de vítimas homens (95,6%) e mulheres (3,6%). Embora também não esteja claro o motivo de tal parcela de estudo, crê-se que tenha referência ao aumento constante da atenção social da mídia aos casos de *feminicídio* que, inclusive, gerou a aprovação da Lei nº 13.104/2015, prevendo o *feminicídio* como circunstância qualificadora do crime de homicídio, portanto inserindo inciso VI no art. 121, § 2º, do Código Penal, quando o delito é cometido “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”. Tal lei também alterou o art. 1º da Lei nº 8.072/1990, incluindo o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

O estudo aponta que a maioria das vítimas de 2014 (104) era branca (75,9%), sendo 20,4% delas negra ou parda (28 vítimas). Do total de vítimas, 53% tinham até 29 anos, porém 86,9% delas possuíam antecedentes, a maioria por tráfico de drogas (26,3%) ou por homicídio (16,4%).

A maioria dos casos ocorreu nos bairros Guajuviras (19,7%), Harmonia (19%), Mathias Velho (18,2%), Rio Branco (10,9%) e Mato Grande (6,6%), estando os demais bairros com menor índice. Assim, tem-se os Territórios da Paz com o número de maior incidência dos casos de mortes violentas: 56,9%. Além disso, 83,2% das vítimas residia em Canoas e 46,7% morreu no próprio bairro de residência, embora apenas 21,2% tenha morrido no próprio local de domicílio.

Assim, o perfil dominante das vítimas são homens, brancos, jovens e envolvidos com o tráfico de drogas. Outros aspectos de relevância apontados, portanto, são: (a) a relação com o local de moradia e (b) o já envolvimento prévio com outros delitos. Esta circunstância é reforçada pelo fato de os autores das mortes terem acesso à arma de fogo, já que do total de mortes violentas em 2014, 87,5% (120 casos) tiveram arma(s) de fogo como meio empregado. Se por um lado se traça um perfil estigmatizante da vítima, por outro não há dados objetivos acerca do perfil dos autores.

Na análise do histórico dos casos de mortes violentas nos Territórios de Paz Guajuviras e Grande Mathias Velho, a partir de 2009, verificou-se que 2014, em relação a 2013, houve um aumento de 45,7% dos casos no TP Grande

Mathias Velho, enquanto que o percentual do TP Guajuviras seguiu a tendência de aumento da cidade de Canoas:

Considerando o acumulado de mortes violentas em Canoas e nos TPsGuajuviras e Grande Mathias entre Janeiro e Dezembro de 2014, as faixas horárias mais recorrentes são aquelas compreendidas entre as 20h e as 05:59h. Destaca-se, ainda, a faixa entre 18h e 19:59h na Grande Mathias. (OBSERVATÓRIO, 2015, p. 36).

Destaque, assim, para o TP Grande Mathias Velho, onde 72,6% dos casos de mortes violentas ocorreram entre às 18h e 05h59min, depreendendo-se que os criminosos procuram agir em horários em que há maior facilidade de locomoção e também maior dificuldade de identificação, seja por testemunho, seja por câmeras de vídeo, já que o período da noite prejudica o uso da tecnologia e dificulta a visão humana.

O estudo aponta que após o desencadeamento de Operações policiais (maio de 2009, novembro de 2010 e maio de 2013) há uma redução nos casos de mortes violentas (MATTOS, 2015, p. 39). No entanto, não existem dados concretos sobre essa afirmação nem bases capazes de demonstrar isso, havendo necessidade de estudo específico para confirmar essa afirmação.

Quanto ao perfil dos autores de homicídios, 98% são do sexo masculino. Também, a grande maioria é de cor branca (79%), sendo autores negros e mulatos 19%, possuindo uma média de 30 anos de idade. Praticamente um a cada 10 autores foram também vítimas de homicídio. Dos 88 autores de homicídio com registros de residência em Canoas, 72,7% têm domicílio nos Territórios de Paz, o que caracteriza esses locais não como espaços de inserção de segurança e tranquilidade, mas de exclusão e propagação de mais violência.

Aproximadamente 7 em cada 10 autores de homicídios já tem passagem pelo sistema prisional e a grande maioria possui antecedentes policiais que vão além dos casos de homicídios, como arma de fogo, ameaças, lesão corporal, roubo, posse e tráfico de entorpecentes, dano, lesão corporal e vias de fato, receptação, dentre outros.

Finalmente, o estudo pontua a alta incidência de presença de arma de fogo nos indicadores analisados (MATTOS, 2015, p. 45): 87,5% das vítimas por arma de fogo; 92,5% dos roubos de veículo (2º semestre) com presença de arma de fogo.

Assim, percebe-se que a iniciativa do Observatório de Violência do município de Canoas tem o objetivo de, conhecendo as percepções sociais quanto à sensação de segurança e as políticas públicas municipais, validar as escolhas por determinadas ações sociais e culturais e afirmar como corretas as decisões municipais, dos seus gestores, não avaliando ou contextualizando as ambiências como formas de exclusão ou inclusão, mas, sim como áreas de atenção governamental.

Em suma, pode-se dizer que indiscutível é o mérito da pesquisa quanto o método empregado (empírico) e o investimento da gestão pública no aparelhamento de um setor especializado para o cumprimento dessa tarefa inovadora, com a contratação e manutenção de recursos humanos capacitados (sociólogos, geógrafos e antropólogos) para tanto. Contudo, sob a perspectiva da complexidade social e dos fatores criminológicos, carece o levantamento de dados e suas conclusões de maior interrelação. Especialmente no que atine à abordagem da estigmatização social (aqui podendo ser entendida amplamente, em diversas acepções: individual, coletiva e/ou espacial). Ao mesmo tempo, as conclusões alcançadas pelo relatório final não estabelecem vetores de solução e de busca por mais segurança que não os já estabelecidos no município, embora algumas ações sejam mais desconhecidas que outras¹⁸, o que, por si só, inebria as razões de ser de todo o levantamento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização da presente reflexão acadêmica, e a comprovação das hipóteses de pesquisa aventadas pelo Grupo Criminalização, Cultura e Urbanização do Unilasalle, foi possível graças à existência no Município de Canoas, no estado do Rio Grande do Sul, de um Observatório de Segurança Pública. Como se verificou, o órgão, criado e mantido pelo gestor público municipal, emprega o método empírico para a coleta de dados acerca da violência

¹⁸ Conforme já pontuado, os Núcleos de Policiamento Comunitário são desconhecidos por 55,2% dos entrevistados, os Projetos Sociais são desconhecidos por 54,2% dos entrevistados, e, a Ronda Escolar é desconhecida por 50,7% das pessoas entrevistadas.

e da criminalidade na região. Ademais, percebeu-se que há o emprego direto e permanente de equipe profissional altamente capacitada (profissionais da Sociologia, Geografia e Antropologia) para a criação, aplicação e interpretação dos instrumentos de coleta dos dados.

Instigados à compreensão dos dados apresentados pelo Observatório de Segurança Pública do Município de Canoas, os signatários do presente texto, realizaram, primeiramente, um estudo teórico do espaço urbano. Nesse compasso, pretendeu-se identificar os fenômenos sociais que influenciam o *modus vivendi* da população. Isto é, buscou-se perceber como a população se comporta, trata e reage à criminalidade na contemporaneidade.

Ademais, o fenômeno em comento tem especial atenção da gestão municipal. Em outras palavras, o combate ao desvio, para o administrador público, é uma clara preocupação; todavia, as iniciativas políticas que visam o enfrentamento ao desvio, proporcionam um efeito antagônico para qual foram criadas.

Desse modo, percebeu-se que o projeto *Territórios de Paz*, para o gestor municipal, apresenta-se como uma política de sucesso *traduzida em números*: índices e estatísticas comprovam que, a partir do surgimento dos referidos “territórios”, as condutas desviantes de maior incidência no espaço urbano de Canoas diminuíram, no entanto, a ideia de transformar bairros em “Territórios de Paz” transmite à população o efeito contrário. Afirma-se que não são: de paz! Isto é, são “Territórios de Medo”. Locais a serem evitados. Espaços associados à ocorrência de crimes. Locais onde moram pessoas indesejadas, os excluídos socialmente.

Nesse compasso, evidenciou-se como o Estado enfrenta o contingente de condutas delitivas efetivando a segurança e a pacificação dos bairros Mathias Velho e Guajuviras. Em um primeiro momento, implementa-se o monitoramento e o patrulhamento ostensivos, para, logo depois, criar políticas socioeducacionais e de integração comunitária; primeiro atacam-se as consequências (aumento do Estado Penal) para depois oferecer as oportunidades de inclusão e reintegração à sociedade.

No entanto, o que não é vislumbrado como de caráter efetivo e considerado na política pública é que, na própria pesquisa de vitimização mencionada, há sensação de segurança nesses locais, pelos próprios habitantes, muito mais do que no contexto social. Se a própria pesquisa demonstra o quanto a sociedade analisada desconhece práticas sociais, desenvolvidas pelo gestor municipal, dever-se-ia apontar outros caminhos para a solução dos problemas, justamente voltados para a participação e inclusão dos territórios hoje estigmatizados.

Assim, objetivou-se, a partir de um contexto conceitual e histórico a respeito da cultura do medo no contexto urbano e a percepção dos dados criminais da cidade de Canoas, que avalia a sensação de (in)segurança de acordo com a “sua” realidade social contemporânea e, a partir da adoção de políticas públicas compensatórias à produção do medo, a ênfase à continuidade do sistema estigmatizante de determinada comunidade, bairro, taxando-o, *a contrario sensu*, de Território da Paz quando na verdade é mais um espaço do contexto da municipalidade, merecedor de uma atenção e de propostas inclusivas.

Derradeiramente, percebeu-se o esforço por, um lado, traçar um perfil, por assim dizer estigmatizante, da vítima (são homens, brancos, jovens e envolvidos com o tráfico de drogas), não havendo, por outro, dados objetivos acerca do perfil dos autores. Também, neste raciocínio, ao se detectar que 88 dos autores de homicídio com registros de residência em Canoas, 72,7% têm domicílio nos Territórios de Paz, observou-se que esses locais se caracterizam não como espaços de inserção de segurança e tranquilidade, mas de exclusão e propagação de mais violência, necessitando da atenção do gestor público de maneira diferenciada, inclusiva e não exclusiva.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Z. **Confiança e medo na cidade**. Tradução Eliana Aguiar. – Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

_____. **Medo Líquido**. Tradução, Carlos Alberto Medeiros – Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Ensaio sobre o conceito de cultura**. Tradução, Carlos Alberto Medeiros – Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

DONZELOT, J. **Hacia una ciudadanía urbana? La ciudad y la igualdad de oportunidades** – 1ª ed.- Buenos Aires: Nueva Vision, 2012.

DURKHEIM, E. **Lições de Sociologia – a Moral, o Direito e o Estado**. 2ª edição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1983.

FERRI, E. **Sociologia Criminal**. Sorocaba: Ed. Minelli, 2006.

FOESSEL, M. **Estado de Vigilância, Crítica de la razón securitária**; tradução del francés Pablo Bustinduy. – Madrid: Ediciones Lengua de Trapo SL, 2011.

GLASSNER, B. **Cultura do Medo**; tradução de Laura Knapp. – São Paulo: Francis, 2003.

GRANZIERA, M. L. M. **Direito Ambiental** – 3.ed. revista e atualizada. – São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE, D. A. **No percurso dos antigos**: a história de Canoas/Demétrio Alves Leite; com fotos e mapas do autor e do Arquivo Histórico e Museu de Canoas-Canoas: TecnoArte, 2012.

MATTOS, E. Segunda Pesquisa de Vitimização Canoas. **Observatório de Segurança Pública**, Prefeitura Municipal: Canoas, 2014. Apresentação verbal.

_____. Indicadores Criminais 2014: Furto e Roubo de Veículos + Mortes violentas (Homicídios) - RELATÓRIO ANUAL. **Observatório de Segurança Pública**, Prefeitura Municipal: Canoas, 2015.

MAYER, N. J. **Memória ambiental da cidade de Canoas**: os impactos do processo de globalização a partir dos anos 60. Canoas: Tecnocópias, 2009.

PASTANA, D. R. Medo, controle e segregação espacial: reflexões sobre a configuração urbana da cidade de São Paulo no atual estágio da modernidade. In: Seminário Nacional da Pós-Graduação em Ciências Sociais – UES 1, Vitória, 2011. **Anais**. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo.

PEREIRA, D. O.; COSTA, R. A. da, em Grupo de Trabalho: Violência, Crime e Sociedade. Criminalização, direito e sociedade: olhares dogmáticos e empíricos sobre a cultura do medo e do espaço urbano. In: Congresso da ABraSD, 5, Vitória, 2014. **Anais**. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória (FDV), s.d p. 2310-2327.

PREFEITURA DE CANOAS. **Observatório de Segurança Pública**. Disponível em: <<http://www.canoas.rs.gov.br/site/home/pagina/idDep/30/id/87>>. Acesso em: 22 de mar. de 2015.

ROLLERI, O. H. **Delito urbano**: La degradación y sus consecuencias. Buenos Aires: Grito Sagrado Editorial de Fundación de Diseño Estratégico, 2006.

VAINER, C. B.; HARVEY, D.; MARICATO, E.; I EK, S.; Davis, Mike. Quando a cidade vai às ruas. In: HARVEY, D.; MARICATO, E.; SLAVOJIEK, M. D. et. al.. (Org.). **Cidades Rebeldes**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2013, v. 1, p. 1-.

WACQUANT, L. **As duas faces do gueto**; tradução de Paulo Cezar Castanheira. – São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. **As prisões da miséria**. Tradução, André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

YOUNG, J. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

INTERAÇÃO DIGITAL

Arnaldo Rizzardo Filho;

RESUMO: A sociedade está em constante transformação, fruto de um contínuo desenvolvimento tecnológico que aproxima os indivíduos em uma escala mundial. Esse movimento é verificável a partir do estudo da comunicação em sua historicidade. Desde a forma mais simples de comunicação, a comunicação face a face (oral), a interação humana vem se desenvolvendo através da virtualização. Começou com a escrita, agora está digitalizada. Esse movimento histórico pede a identificação e comparação dos elementos que compõem a interação face a face e a interação virtual em suas diversas modalidades. A partir daí é possível debater sobre o resultado que cada um desses diferentes ambientes de existência de comunicação produz na sociedade. Ao longo do desenvolvimento da interação social, há um nítido processo de dessubstanciação, amplamente verificável na interação virtual da forma digital, resultado de uma tendência autopoietica que a sociedade possui a partir da absorção das alteridades sociais. O artigo faz uma análise comparativa entre os estudos da “interação face a face” do antropólogo Erving Goffman e do “fenômeno virtual” do filósofo Pierre Lévy. Há, definitivamente, uma relação evolutiva não exclusivista entre a interação face a face e a interação virtual, evidenciada principalmente pela formação de uma inteligência coletiva que alimenta-se de cada inteligência individual. A virtualização digital é hoje o ambiente ideal para (auto)reprodução de atualidades sociais. Se a interação virtual é um processo multiplicador de atualidades, a interação virtual “digital” embaralha essas atualidades (uma potencialização do virtual), sendo, por isso, uma fomentadora máxima de possibilidade de desenvolvimento social. A virtualização digital evidencia a consciência coletiva enquanto um novo paradigma, ou melhor, um paradigma “atual”, diferente daquele paradigma passado calcado em uma consciência ainda fortemente individual.

PALAVRAS-CHAVE: interação social; interação face a face; interação digital, Inteligência coletiva.

1 INTRODUÇÃO

Dentre as últimas revoluções sociais, a comunicação digital representa uma força grande o suficiente para ser comparada com a própria comunicação

escrita. Trata-se, antes de tudo, de uma comunicação predominantemente à distância, que muitas vezes sequer ocorre de forma concomitante entre os atores envolvidos no ato. É uma forma de comunicação virtual, como a escrita. O elemento básico que não está presente na interação digital é o encontro face a face. A comunicação digital ocorre através do teclado, do som ou da imagem, mas sem a presença atual. A questão que vem à tona é a sua potencialidade se comparada com a interação face a face e até mesmo com a própria interação virtual escrita. O ambiente digital fornece condições especiais de expansão à comunicação, permitindo que a interação se potencialize em escala maior.

A proposta desse artigo é analisar a interação virtual (escrita e digital) em relação à interação face a face, aproximando as ideias que o antropólogo/sociólogo Erving Goffman expôs nos artigos que compõem sua obra “Ritual de Interação”¹⁹, com as ideias que o filósofo Pierre Lévy explana sobre cultura virtual em seus livros, em especial “O Que É Virtual?”.

O artigo abordará primeiramente a caracterização do que é virtual e suas implicações na interação social. Após, serão abordados fenômenos físicos e psíquicos presentes nos rituais de interação social face a face. Ao fim, estarão dadas as evidências de como a interação social está sendo modificada pela virtualização digital da comunicação.

2 INTERAÇÃO VIRTUAL (DIGITAL)

Pierre Lévy explica o virtual a partir da sua distinção do atual. “A virtualização pode ser definida como o movimento inverso da atualização”.²⁰ Há um constante movimento de passagem do atual ao virtual, uma ‘elevação à potência’ da entidade considerada. A questão do virtual não diz respeito ao real, mas sim ao atual, pois o acontecimento virtual é um acontecimento real, que chama a atualização para um processo de resolução do problema virtualizado existente. Se virtual é um problema, atualização é a solução. A virtualização é

¹⁹ Ritual de interação : ensaios sobre o comportamento face à face / Erving Goffman ; tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2011. – (Coleção Sociologia).

²⁰ O que é virtual? / Pierre Lévy; tradução de Paulo Neves. – São Paulo: Editora 34, 2011 (2ª edição), pág. 17.

uma mutação de identidade, uma modificação ontológica do objeto; por isso, enquanto a atualização é a solução de um problema, a virtualização é o próprio problema. O movimento da atualização vai do problema à solução; o movimento da virtualização vai de uma solução ao problema. O fato é que esse movimento (chamado por Lévy de efeito Moebius) caminha em redes de virtualizações, uma ação apoiando-se em outra, em uma historicidade total²¹. Há uma tendência autopoietica aqui²² (que é reafirmada quando o filósofo chama a atenção para a existência de um “espírito” compatível com a coletividade, com uma inteligência múltipla, heterogêneo, constantemente auto-organizador ou autopoietico, que se desenvolve a partir do ‘acolhimento da alteridade’ do mundo ao seu redor). Para Lévy, “a entidade carrega e produz suas virtualidades: um acontecimento, por exemplo, reorganiza uma problemática anterior e é suscetível de receber interpretações variadas. Por outro lado, o virtual constitui a entidade: as virtualidades inerentes a um ser, a uma problemática, o nó de tensões, de coerções e de projetos que o animam, as questões que o movem, são uma parte essencial de sua determinação”²³. Resumindo, o atual é uma resposta ao virtual.

O virtual, com muita frequência, não está presente, adverte Lévy. Há uma desterritorialidade. Citando as ponderações de Michel Serres no livro *Atlas*, afirma que o virtual se identifica com a falta de presença. “A imaginação, a memória, o conhecimento, a religião são vetores de virtualização que nos fizeram abandonar a presença muito antes da informatização e das redes digitais”²⁴. As virtualizações tornam as coisas, as pessoas, em não presentes, em desterritorializadas. Mas nem por isso deixam de ser reais, de acontecer, de existir, de surtir efeitos. Apenas não há atualidade no virtual.

O virtual também é heterônimo. Esse conceito é de crucial importância para Lévy. Ser heterônimo significa estar sujeito a um “processo de acolhimento

²¹ A importância da historicidade para a formação do pensamento é latente.

²² Bem ao estilo de Niklas Luhmann.

²³ O que é virtual? / Pierre Lévy; tradução de Paulo Neves. – São Paulo: Editora 34, 2011 (2ª edição), pág. 16.

²⁴ O que é virtual? / Pierre Lévy; tradução de Paulo Neves. – São Paulo: Editora 34, 2011 (2ª edição), pág. 20.

da alteridade”²⁵. Assim, a reprodução do que é virtual não se dá de forma autônoma, e esse é o efeito embaralhante da virtualidade. A heterogênesse da virtualidade é explicada pelo já referido “efeito Moebius”, ou seja, a passagem do interior ao exterior e do exterior ao interior. Os lugares e tempos se misturam e se recriam.

No mundo das ideias, talvez a escrita seja o maior instrumento de virtualidade, muito embora existam outros, como nas belas artes. De qualquer modo, parece certo que instrumento de virtualização funcione como meio socialização. Hoje, o instrumento evoluiu: foi do entalhamento ao grafite, deste à tinta, e depois de mais alguns passos evolutivos chegou à digitalização. Das cavernas à lua[...] Armazenar a escrita em memória digital é uma potencialização extrema da comunicação. Pelo menos extrema até agora, mas como será vista em 250 anos? No início da década de 60, o que havia de mais virtual na comunicação era o telefone; o mundo estava interligado por ele. O que ocorreu nas décadas seguintes foi um processo gradual de digitalização do sistema de telecomunicações, até então, completamente analógico. Potencializou-se a comunicação, e é nesse movimento virtualizante da comunicação que a sociedade se desenvolve.

Lévy faz um questionamento interessantíssimo e empiricamente verificável: “Posto que a escrita alfabética hoje em uso estabilizou-se sobre um suporte estático, e em função desse suporte, é legítimo indagar se o aparecimento de um suporte dinâmico não poderia suscitar a invenção de novos sistemas de escrita que extrapolariam muito melhor as nova potencialidades”²⁶. Isso já ocorre, por exemplo, através das placas de trânsito – pois algumas são identificadas por qualquer pessoa em qualquer país, e através de plataformas como o whatsapp: ☺.

Um dos efeitos avassaladores da virtualização é a passagem do privado para o público, com a recíproca transformação do interior em exterior – “uma emoção posta em palavras e desenhos pode ser mais facilmente

²⁵ O que é virtual? / Pierre Lévy; tradução de Paulo Neves. – São Paulo: Editora 34, 2011 (2ª edição), pág. 25.

²⁶ O que é virtual? / Pierre Lévy; tradução de Paulo Neves. – São Paulo: Editora 34, 2011 (2ª edição), pág. 50.

compartilhada”²⁷. Mas a emoção compartilhada é uma emoção virtual. Fato é que na comunicação digital a interação social é diferente da comunicação “em carne e osso”, principalmente em função da desterritorialidade, da heterogenia, e da constante passagem do estado privado ao público.

Três são as virtualizações decisivas para o ser humano, segundo Lévy: o nascimento das linguagens, que significa a virtualização do presente; o domínio da técnica, que significa a virtualização da ação; e o surgimento do contrato, que representa a virtualização da violência. Nesse último caso, “os rituais, as religiões, as leis, as normas econômicas ou políticas são dispositivos para virtualizar os relacionamentos fundados sobre as relações de forças, as pulsões, os instintos ou desejos imediatos. Uma convenção ou um contrato, para tomar um exemplo privilegiado, tornam a definição de um relacionamento independente de uma situação particular; independente, em princípio, das variações emocionais daqueles que o contrato envolve; independente da flutuação das relações de força”²⁸.

A virtualização evidencia que a inteligência é construída a partir do envolvimento coletivo dos indivíduos. Lévy afirma que “as instituições sociais, leis, regras e costumes que regem nosso relacionamento influem de modo determinante sobre o curso de nosso pensamento [...] Pela biologia, nossas inteligências são individuais e semelhantes (embora não idênticas). Pela cultura, em troca, nossa inteligência é altamente variável e coletiva. Com efeito, a dimensão social da inteligência está altamente ligada às linguagens, às técnicas e às instituições, notoriamente diferentes conforme os lugares e as épocas”²⁹. Segundo Lévy, os princípios darwinianos aplicam-se às populações, e de acordo com Gilles Deleuze, o interior é um dobra do exterior. O *devenir* está na transição para outra subjetividade. A inteligência de cada indivíduo é atravessada de uma dimensão coletiva, “porque o psiquismo é, desde o início e por definição, coletivo: trata-se de uma multidão de signos-agentes em interação, carregados de valores,

²⁷ O que é virtual? / Pierre Lévy; tradução de Paulo Neves. – São Paulo: Editora 34, 2011 (2ª edição), pág. 73.

²⁸ O que é virtual? / Pierre Lévy; tradução de Paulo Neves. – São Paulo: Editora 34, 2011 (2ª edição), pág. 77.

²⁹ O que é virtual? / Pierre Lévy; tradução de Paulo Neves. – São Paulo: Editora 34, 2011 (2ª edição), pág. 99.

investindo com sua energia redes móveis e paisagens mutáveis. Os coletivos humanos são espécies de megapsiquismos, não apenas por serem percebidos e afetivamente investidos por pessoas, mas porque podem ser adequadamente modelados por uma topologia, uma semiótica, uma axiologia e energética mutuamente imanentes”³⁰.

O progresso virtual da comunicação abre a consciência individual à consciência social, sendo o ambiente digital um ambiente coletivo, onde as alteridades de cada consciência podem se manifestarem. E esse fenômeno ocorre automaticamente, decorrente das próprias características da virtualidade. A nova inteligência coletiva, proporcionada pela digitalização, afirma a existência de um pensamento atual, efetivo, oriundo dos coletivos humanos. Conforme Lévy, “o desenvolvimento da comunicação assistida por computador e das redes digitais planetárias aparece como a realização de um projeto mais ou menos bem formulado, o da constituição deliberada de novas formas de inteligência coletiva, mais flexíveis, mais democráticas, fundadas sobre a reciprocidade e o respeito das singularidades. Nesse sentido, poder-se-ia definir a inteligência coletiva como uma inteligência distribuída por toda a parte, continuamente valorizada e sinergizada em tempo real”³¹.

3 INTERAÇÃO FACE A FACE

Em contraste com o virtual há o atual. Passa-se a analisar o atual a partir dos estudos sobre a interação social face a face do antropólogo Erving Goffman. As identificações e caracterizações dos fenômenos autoevidentes, como “linha”, “fachada”, “aprumo”, “deferência”, “porte”, “constrangimento”, “alienação”, “sintomas”, e “caráter”, são capazes de dar pistas sobre como a sociedade age, ou atua; os elementos físicos e psíquicos encontrados na interação ritualística dos encontros sociais mostram exatamente o que se passa na atualização do virtual.

³⁰ O que é virtual? / Pierre Lévy; tradução de Paulo Neves. – São Paulo: Editora 34, 2011 (2ª edição), pág. 109.

³¹ O que é virtual? / Pierre Lévy; tradução de Paulo Neves. – São Paulo: Editora 34, 2011 (2ª edição), pág. 99.

A comunicação é carregada de elementos oriundos do corpo e da psique que informam tanto quanto as palavras ou os sinais utilizados para comunicar.

Passa-se a explicar, ilustrativamente, esses fenômenos expressivos segundo os artigos que compõem o livro *Ritual de Interação* de Erving Goffman.

4 LINHA, FACHADA E APRUMO NA INTERAÇÃO FACE A FACE

“Todas as pessoas vivem num mundo de encontros sociais que as envolvem, ou em contato face a face, ou em contato mediado com outros participantes. Em cada um desses contatos a pessoa tende a desempenhar o que às vezes é chamado de linha – quer dizer, um padrão de atos verbais e não verbais com o qual ela expressa sua opinião sobre a situação, e através disso sua avaliação sobre os participantes[...]”.³² A linha é, nessa base, o padrão comportamental comunicacional expressivo da pessoa.

Fachada, por seu turno, é o valor social positivo que as pessoas tentam transparecer aos demais participantes da interação social. A fachada é o resultado da linha que o indivíduo possui em suas interações. “A fachada é uma imagem do eu delineada em termos de atributos sociais aprovados[...]”.³³

A relevância da linha e da fachada decorre de um efeito particular da interação social: ela põe em evidência os efeitos emocionais que os indivíduos sofrem quando no contato de outros indivíduos. Conforme explicita Goffman, “o apego de uma fachada particular, junto com a facilidade de comunicar informações falseadoras por ela e por outros, constitui uma das razões que fazem com que ela considere que a participação em qualquer contato com os outros seja um compromisso[...] A fachada pessoal e a fachada dos outros são construtos da mesma ordem; são as regras do grupo, e a definição da situação que determinam quantos sentimentos devem ser distribuídos pelas fachadas envolvidas”.³⁴

³² *Ritual de interação : ensaios sobre o comportamento face à face / Erving Goffman ; tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2011. – (Coleção Sociologia), pág. 13.*

³³ *Ritual de interação : ensaios sobre o comportamento face à face / Erving Goffman ; tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2011. – (Coleção Sociologia), pág. 13.*

³⁴ *Ritual de interação : ensaios sobre o comportamento face à face / Erving Goffman ; tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2011. – (Coleção Sociologia), pág. 14.*

Um dos principais efeitos da interação face a face, oriundo justamente do que simboliza o corpo presente de uma pessoa, é a combinação da regra do respeito próprio e da regra da consideração. Essa combinação de regras é a tendência de condução de um indivíduo durante a interação social. Assim se mantém a própria fachada e a fachada do terceiro. Essa é a obrigação latente do envolvimento social. Proteges a ti e ao teu irmão. A proteção mútua é uma característica estrutural básica da interação, especialmente quando se trata de interação face a face. E não que essa proteção de um a outro e vice versa seja o exato reflexo do eu (do um ou do outro), mas talvez apenas uma praticidade, na linha de argumento de Goffman, para manter-se a sociedade. “A aceitação mútua de linhas tem um efeito conservador importante sobre os encontros”.³⁵ É necessário preservar a fachada, e esse exercício é realizado através do “aprumo”, ou seja, através do controle do próprio constrangimento em alguma situação, além de outras práticas habituais e padronizadas. Há, na interação face a face, uma série de etiquetas e diplomacias nas quais os indivíduos que estão interagindo mantêm como forma de cooperação para preservação da fachada.

Goffman segue a linhagem da antropologia social da Tradição Durkheimiana, focada nos símbolos e rituais da interação social. Segundo Collins, “um ritual é um momento de uma densidade social extremamente alta. Novamente, quanto mais pessoas estiverem juntas, tanto mais intenso será o ritual. Mas os rituais também elevam os contatos entre as pessoas; ao fazer os mesmos gestos, ao entoar as mesmas canções e outras coisas do tipo, as pessoas voltam a atenção para uma mesma coisa. Elas não estão apenas reunidas, mas têm plena consciência do grupo ao seu redor. Como resultado disso, certas ideias passam a representar o próprio grupo, tornando-se seus símbolos”³⁶. Nesse contexto, há, na interação social, rituais cotidianos inconscientes, que estão presentes em cada ponto de um encontro social. Collins afirma que Goffman segue explicitamente Durkheim quando explica que “na sociedade moderna, os deuses dos grupos isolados deram lugar à adoração de

³⁵ Ritual de interação : ensaios sobre o comportamento face à face / Erving Goffman ; tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2011. – (Coleção Sociologia), pág. 19.

³⁶ Quatro tradições sociológicas / Randall Collins ; Tradução de Raquel Weiss. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2009. – (Coleção Sociologia), pág. 165.

um único ‘objeto sagrado’ que todos temos em comum: o eu individual”.³⁷ Os rituais são as performances que têm consequências sociais ao criar imagens adequadas sobre os indivíduos, e requerem habilidades materiais e culturais. “Rituais são armas que sustentam e renegociam a estrutura de classe. Eles não apenas criam o eu, mas classificam os diferentes tipos de eu em diferentes classes sociais”.³⁸

Na interação falada o ritual se expõe por símbolos e sinais que significam diversas coisas. Goffman exemplifica: “Uma olhadela descuidada, uma mudança momentânea no tom de voz, uma posição ecológica tomada ou não, tudo isso pode encharcar uma conversa de importância avaliativa”.³⁹ São gestos, interrupções e pausas que regulam o fluxo de mensagem dando algum sentido especial a ele, pois representam o nexos subjetivo existente entre o indivíduo e sua ação. São “atestados de autenticidade”.

Quando se comunica algo, o indivíduo expõe sua figura a decepções, como ocorre, por exemplo, quando os comunicados não prestam atenção no que foi informado, ou quando os comunicados não correspondem com a empolgação que o comunicador espera. São inúmeras as possibilidades, e em muitas delas somente a presença física é capaz de revelar. Nessa linha, preservar a fachada significa, na interação falada, uma organização convencional, mantendo-se um fluxo bem ordenado de mensagens faladas através de uma estrutura de ritual.

Para Goffmann, se há de fato uma natureza humana universal, ela deve ser pesquisada nos encontros sociais. A forma de mobilizar os indivíduos para os encontros sociais é através do ritual. A percepção, os sentimentos e outros efeitos da racionalidade são provocados quando se está face a face com outra pessoa. O efeito que o corpo humano gera em outro corpo humano ainda é inexplicável, mesmo para os que estudam a mente. É algo quase místico, ou, talvez, para os mais existencialistas, seja o que há de místico.

³⁷ Quatro tradições sociológicas / Randall Collins ; Tradução de Raquel Weiss. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2009. – (Coleção Sociologia), pág. 190.

³⁸ Quatro tradições sociológicas / Randall Collins ; Tradução de Raquel Weiss. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2009. – (Coleção Sociologia), pág. 191.

³⁹ Ritual de interação : ensaios sobre o comportamento face à face / Erving Goffman ; tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2011. – (Coleção Sociologia), pág. 39.

5 DEFERÊNCIA E PORTE INTERAÇÃO FACE A FACE

Segundo Goffman, “uma regra de conduta pode ser definida como um guia para a ação, recomendada não porque é agradável, barata ou eficiente, mas porque é apropriada ou justa. As infrações caracteristicamente levam a sentimentos de desconforto e a sanções sociais negativas”.⁴⁰ As regras de conduta interagem entre si de forma a padronizar o comportamento humano de acordo com o ideal institucionalizado pela sociedade. Assim, geram expectativas e obrigações. Quando um ato humano submete-se a uma regra de conduta, segundo o autor em análise, entra em cena a perspectiva comunicacional do ato, pois se passa a representar a forma pela qual os “eus” são confirmados. Ato que segue ou não segue uma regra de conduta sempre é comunicação, pois seguir ou não seguir só têm peso ôntico a partir de quando o paradigma é comunicado. Caso contrário, há, apenas, arbitrariedade. A partir do momento que um comportamento concreto vira paradigma para uma expectativa comportamental, há comunicação.

O componente cerimonial do comportamento concreto possui pelos menos dois elementos básicos: a deferência e o porte. A deferência vem a ser, nas palavras de Goffman, o “componente da atividade que funciona como um meio simbólico através do qual se comunica regularmente apreciação *para* um receptor *deste* receptor, ou de algo do qual esse receptor é considerado um símbolo, extensão ou agente”.⁴¹ É a apreciação que um indivíduo faz sobre o outro indivíduo para esse próprio indivíduo. São representações da relação entre ator e receptor de uma interação face a face; a deferência significa estima. É possível identificar atos de deferência em expressões corporais, como nos abraços, nos apertos de mão, na voz, nos tapas nas costas, nas lágrimas. Já o porte é o “elemento do comportamento cerimonial do indivíduo tipicamente comunicado através da postura, vestuário e aspecto, que serve para expressar àqueles na presença imediata dele que é uma pessoa de certas qualidades desejáveis ou

⁴⁰ Ritual de interação : ensaios sobre o comportamento face à face / Erving Goffman ; tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2011. – (Coleção Sociologia), pág. 52.

⁴¹ Ritual de interação : ensaios sobre o comportamento face à face / Erving Goffman ; tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2011. – (Coleção Sociologia), pág. 59.

indesejáveis”.⁴² Através do porte o indivíduo cria uma imagem de si, que para si mesmo pode conscientemente não ser verdadeira, pode ser fruto de um desleixo momentâneo, um de um momento de pressa. Mas para terceiros, inconscientemente ou até mesmo conscientemente é uma imagem verdadeira. É difícil saber o que se passa na vida e na mente de outras pessoas. Como diz o ditado popular, a primeira impressão é a que fica.

Fato é que tanto a deferência quanto o porte apresentam e representam as pessoas, e ainda submetem-se a regras de conduta. É do senso comum que não se pode recusar um aperto de mão, ou ir mal vestido para um aniversário. Enquanto regras de conduta, o porte e a deferência comunicam os indivíduos, e por isso são fontes de conhecimento.

6 CONSTRANGIMENTO NA INTERAÇÃO FACE A FACE

O constrangimento pode ser notado em si mesmo e nos outros indivíduos por sinais objetivos de perturbação emocional, como enrubescimentos, balbucios, gaguejos, entonações da voz, suor, palidez, piscadelas, tremor das mãos, movimento hesitantes ou vacilantes, tremor das mãos, distrações e disparates.⁴³ Segundo Mark Baldwin, citado por Goffman, também se pode notar o constrangimento no rebaixamento dos olhos, nos movimentos da cabeça e na posição e movimento das mãos e dos dedos. O normal, na interação face a face, é estar tranquilo, de forma que o constrangimento é um desvio do estado normal. O constrangimento, dessa forma, tem relação direta com o que o indivíduo representa diante de quem está presente em um encontro social.

O interessante é que dos efeitos do constrangimento se pode notar uma certa união ou uma certa indiferença dos coparticipantes do evento para com os envolvidos diretamente no ato constrangedor. Afinal de contas, o constrangimento é contagioso. Ou seja, além dos efeitos do constrangimento refletir o constrangedor ou o constrangido, também reflete a interação do grupo. Ninguém

⁴² Ritual de interação : ensaios sobre o comportamento face à face / Erving Goffman ; tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2011. – (Coleção Sociologia), pág. 78.

⁴³ Ritual de interação : ensaios sobre o comportamento face à face / Erving Goffman ; tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2011. – (Coleção Sociologia), pág. 95.

gosta de se sentir constrangido, e por isso é normal que pessoas sensíveis e ponderadas evitem constranger outras (deixando a salvo suas fachadas). A relatividade do constrangimento é óbvia e é verificável na própria historicidade da humanidade. Os costumes, a tradição, os mitos, os totens, os tabus, tudo muda, e por isso “eventos que levam ao constrangimento e os métodos para evita-lo e dissipá-lo podem fornecer um esquema de análise sociológica que atravessa culturas”.⁴⁴

O constrangimento, no sentido acima delineado, possui uma importante função social. No momento em que se identifica um constrangimento, a identidade social está desmistificada. Por traz do conflito individual gerado pelo constrangimento, está o conflito organizacional, “pois o eu, para muitos propósitos, consiste apenas da aplicação de princípios organizacionais legítimos para o nosso eu. Construimos nossa identidade a partir de reivindicações que, se forem negadas, dão-nos o direito de nos sentirmos injustificadamente indignados”.⁴⁵

7 ALIENAÇÃO NA INTERAÇÃO FACE A FACE

Uma conversação tem “vida própria”, no sentido de transcendência. Forma-se um pequeno sistema social em cada interação social desse tipo que transcende aos indivíduos envolvidos. Formam-se exigências próprias para cada situação que devem ser respeitadas pelos atores do evento, sob pena de comprometer todo o ritual e sua finalidade. A alienação do indivíduo em um encontro conversacional é uma das causas do seu fracasso, gerando consequências negativas individuais e sociais. São algumas formas de alienação, segundo Lévy, a preocupação externa ao foco da conversação, a consciência de si mesmo (quando o indivíduo dá mais atenção a si mesmo, ao invés de dar atenção ao conteúdo da conversação), a consciência dos outros (distração

⁴⁴ Ritual de interação : ensaios sobre o comportamento face à face / Erving Goffman ; tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2011. – (Coleção Sociologia), pág. 99.

⁴⁵ Ritual de interação : ensaios sobre o comportamento face à face / Erving Goffman ; tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2011. – (Coleção Sociologia), pág. 108.

advinda de outros participantes, como beleza, feiura, estatura, etc.) e a consciência formal da interação (preocupação demasiada com a forma como a interação está ocorrendo, e não com o próprio conteúdo da conversação).

Essas alienações são preocupantes porque o ritual da interação face a face cria obrigações para quem participa dele. “Em nossa sociedade prevalece um sistema de etiquetas que dirige o indivíduo a lidar com estes eventos de forma conveniente, projetando através deles uma imagem de si correta, um respeito apropriado pelos outros presentes e uma consideração adequada pelo ambiente. Quando o indivíduo quebra uma regra de etiqueta, intencionalmente ou não, os outros presentes podem se mobilizar para restaurar a ordem cerimonial, de forma parecida com aquela utilizada quando outros tipos de ordem social são transgredidos. Através da ordem cerimonial que é mantida por um sistema de etiqueta, a capacidade do indivíduo de ser levado por uma conversa se torna socializada, assumindo uma carga de valor ritual e função social”.⁴⁶

Segundo TalcottParson, citado por NiklasLuhmann, os atores sociais dão sentido individual (subjetivo) às ações quando atuam entre si. Assim, devem integrar as expectativas recíprocas de comportamento, e essa integração ocorre a partir da estabilização através de regras compreensíveis e assimiláveis. De outra forma, seria impossível assimilar a dupla contingência da determinação do sentido da ação a partir de dois sujeitos, e tampouco constituir a complementariedade das respectivas expectativas. Por isso toda interação pressupõe normas, e sem elas não se constitui um sistema.⁴⁷

Em face dessas alienações, o sistema social da interação cria solidariedade para salvar o ritual face a face. Conforme explica Goffman, “A obrigação do indivíduo de manter o envolvimento espontâneo na conversação e a dificuldade de fazer isso o coloca numa posição delicada. Ele é salvo por seus coparticipantes, que controlam suas próprias ações para que ele não seja forçado a sair do envolvimento apropriado. Mas, assim que ele for resgatado, ele terá que

⁴⁶ Ritual de interação : ensaios sobre o comportamento face à face / Erving Goffman ; tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2011. – (Coleção Sociologia), pág. 111.

⁴⁷ Sociologia do Direito I / NiklasLuhmann; tradução de Gustavo Bayer. – Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, pág. 31.

resgatar outra pessoa, e por isso seu trabalho de participante da interação se complica ainda mais. Aqui, então, está um dos aspectos fundamentais do controle social na conversação: o indivíduo deve não apenas manter o seu próprio envolvimento, mas também agir de forma a garantir que os outros mantenham o deles”.⁴⁸

Quando ocorre um problema de alienação na interação falada a realidade é atingida, e o sistema social que a reflete fica desorganizado a ponto de não mais servir de horizonte ao ritual de interação. A veracidade dessa realidade será confirmada apenas no conflito, na decepção pelo desrespeito do ritual. Nos termos de Goffman, “ao examinar as formas pelas quais o indivíduo pode perder o passo com o momento sociável, talvez possamos aprender algo sobre a forma pela qual ele pode ser alienado de coisas que ocupam muito mais o seu tempo”.⁴⁹ As regras de conduta para a interação falada é de importância capital entre inúmeras pessoas em incontáveis situações. É a forma básica de envolvimento e por isso a consciência de si mesmo é forte nesse tipo de relação.

8 SINTOMAS MENTAIS NA INTERAÇÃO FACE A FACE

A tradição freudiana da psiquiatria aborda que sintomas do comportamento psicologicamente anormal podem ser interpretados como parte do sistema de comunicação e de defesa do ofensor. A reversão a modos de conduta infantis é o exemplo dado por Goffman. Em um encontro social, um comportamento inapropriado é entendido por todos, é autoevidente, pois é uma coisa pública. É pública porque é potencialmente acessível a todos, e assim torna-se uma preocupação a todos. A ordem do ritual está em jogo. Dessa forma, analisando a interação social se pode observar sintomas da psicopatia. A análise de Goffman parte do exame da regra geral de conduta que o comportamento ofensivo infringe. A partir daí se examina o conjunto de regras do qual a regra geral faz parte.

⁴⁸ Ritual de interação : ensaios sobre o comportamento face à face / Erving Goffman ; tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2011. – (Coleção Sociologia), pág. 113.

⁴⁹ Ritual de interação : ensaios sobre o comportamento face à face / Erving Goffman ; tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2011. – (Coleção Sociologia), pág. 131.

Identifica-se um conjunto de regras gerais para então se analisar o grupo social onde vigem essas regras e sua estrutura. Quando esse trabalho estiver feito, pode-se, então analisar o ofensor e o que significa para ele burlar aquelas regras sociais. Talvez seja possível, até mesmo, encontrar um grupo de sintomas-padrão. O fato é que o desvio de conduta pode ser fruto de um comportamento psicótico, mas o que normalmente ocorre é o contrário: a burla a um regra de conduta é realizada por um comportamento normal. A preocupação repousa sobre o tipo de ordem social que é relacionada ao comportamento psicótico. “Agir de forma psicótica é, com muita frequência, associar-se incorretamente com os outros na sua presença imediata; isso comunica alguma coisa, mas a infração em primeira instância não é de comunicação, e sim de regras de cunho”.⁵⁰

É possível, então, conhecer a estrutura de uma sociedade a partir de suas regras de conduta; e a partir daí, é possível conhecer, também, a estrutura do comportamento. Ao final, pode-se chegar à perspectiva da infração sob o ponto de vista do ofensor. O ofensor será desmascarado e classificado como um mero transgressor que agiu de uma forma anormal ou como um psicótico. Afinal de contas, como observa Goffman, todos os desvios psicóticos de conduta podem ser encontrados na vida cotidiana, na conduta de pessoas mentalmente sãs. Os desvios perpetrados por pessoas sãs são copiados de desvios perpetrados por pessoas psicóticas. Por isso a social válvula de escape de “se fazer de louco”.

9 CARÁTER E COMPOSTURA NA INTERAÇÃO FACE A FACE

A capacidade das pessoas de agir de forma correta e firme diante de pressões repentinas é um aspecto do caráter do indivíduo. A incapacidade de se comportar corretamente sob pressão é sinal de um caráter fraco. Manter o autocontrole total quando a questão envolve uma decisividade é sinal de um caráter forte. Segundo Goffman, a ação está nos momentos de decisividade, quando é possível analisar o caráter das pessoas. “Ao procurar onde a ação está,

⁵⁰ Ritual de interação : ensaios sobre o comportamento face à face / Erving Goffman ; tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2011. – (Coleção Sociologia), pág. 137.

chegamos a uma divisão romântica do mundo. Em um lado estão os lugares seguros e silenciosos, o lar, o papel bem regulado nos negócios, na indústria e nas profissões; no outro estão todas as atividades que geram expressão, exigindo que o indivíduo dê a cara para bater e se coloque em perigo por um momento passageiro”⁵¹. Para o sociólogo em estudo, a compostura é uma das qualidades do caráter que merecem atenção. Compostura no sentido de autocontrole, de domínio de si, de aprumo. “A compostura tem um lado comportamental, uma capacidade de executar tarefas físicas (tipicamente envolvendo o controle dos músculos das mãos) de forma suave, organizadas e autocontrolada sob circunstâncias decisivas[...] A compostura também tem aquilo que é considerado um lado afetivo, o autocontrole emocional necessário para se lidar com os outros”⁵². Pela compostura também se pode analisar a dignidade, a confiança, o controle emocional, enfim, a compostura informa a pessoa.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS: DA INTERAÇÃO FACE A FACE À INTERAÇÃO DIGITAL

É notório que na interação face a face existem elementos comunicacionais que estão ausentes na interação digital. A era da digitalização trouxe um impulso socializante extremamente revolucionário. O mundo passou a estar conectado. Obviamente, para se dar essa abrangência à interação social, foi preciso abrir mão de muitos elementos humanos que se associam à fala. A psique humana se expressa pelo corpo humano, e na virtualização tudo o que sai do corpo para comunicar, como o som da voz e as expressões faciais, são substituídas por símbolos, que na maioria das vezes representam só o objeto da comunicação, não o sentimento do comunicador.

⁵¹ Ritual de interação : ensaios sobre o comportamento face à face / Erving Goffman ; tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2011. – (Coleção Sociologia), pág. 254.

⁵² Ritual de interação : ensaios sobre o comportamento face à face / Erving Goffman ; tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2011. – (Coleção Sociologia), págs. 212 e 213.

Mas isso não quer dizer que a digitalização da comunicação signifique alienação. Pelo contrário, significa socialização, muito embora a alienação esteja em um ambiente propício a se desenvolver, justamente devido à falta do corpo místico. É simplesmente paradoxal.

O fenômeno é novo e certamente ainda estamos nos primeiros estágios da digitalização, e isso não só em termos técnicos, mas também em termos antropológicos. Novos símbolos de comunicação, diferentes das palavras, são incorporados na comunicação digital. A voz e a imagem passaram a ser virtualizadas pela digitalização em uma velocidade e facilidade de acesso espantosa. Agora, os aspectos físicos das pessoas é alcançável a todos.

Na interação virtual escrita, fenômenos biológicos autoevidentes, como “linha”, “fachada”, “aprumo”, “deferência”, “porte”, “constrangimento”, “alienação”, “sintomas”, e “caráter” dissipam-se. Não que sumam, mas diminuíram consideravelmente. Isso leva a uma impessoalização da comunicação. Mas a interação virtual digital, longe de alienar, representa uma virtualização da comunicação, da mesma forma que as linguagens são a virtualização do ser. Toda a virtualização expande o ser virtualizado, pelas características que o ambiente virtual possui. Não se pode estar em dois lugares ao mesmo tempo, salvo se se está virtualizado. Inclusive, aí se pode estar em muitos lugares ao mesmo tempo. Tal evidência explica porque, nos últimos 20 anos, comunicou-se mais do que nos últimos 2.000 anos.

A virtualização digital definitivamente coloca no texto elementos da antropologia humana. Esse é uma das características do hipertexto.

O ambiente digital potencializa a comunicação, e, conforme mencionado alhures, potencialização da comunicação é potencialização da sociedade. Longe se alienar, a virtualização digital cria, ou melhor, dá o ambiente à criação, a partir de um movimento autopoético heterógeno, acolhedor de alteridade.

O virtual, digital ou escrito, sempre será um problema a ser resolvido, atualizado. Dessa forma, a interação virtual sempre será uma multiplicadora de atualidades, ou seja, uma fomentadora do desenvolvimento social. A digitalização é um avanço da virtualidade humana, e não uma degradação humana.

Como problema que é, gera conflito, que será resolvido a cada atualização. O conflito, então, mostra-se como fonte da criação. Num ambiente socializado, a melhor forma de solucionar um conflito é pela diferenciação. Quanto for maior o leque de possibilidades, mais chance há de se ter uma resolução perfeita do conflito. Conflito pede, portanto, especialização, diferenciação, que, em âmbito sistêmico, se dá de forma estruturada e funcional. Há possibilidade, portanto, de se visitar as mais diferentes tradições sociológicas a partir do presente tema, pois, como ficou evidente, há questões conflituais, ritualísticas e sistêmicas.

Com efeito, identificar o ambiente em que se está interagindo é situar-se no estado atual. Não há uma luta do pessoal contra o digital, há uma relação de espaço e tempo que, plenamente identificado e conhecido, serve ao desenvolvimento social.

Com bem observado por Lévy, os grupos humanos são meios ecológicos nos quais espécies de representações ou ideias desenvolvem-se autopoieticamente. Os princípios darwinianos aplicam-se aos ambientes de desenvolvimento da inteligência, dentre eles, o ambiente virtual, hoje amplamente digitalizado, formadores de inteligência coletiva.

É a partir da virtualização que os indivíduos terão cada vez mais consciência para, na atualização, interagirem com a linha, a fachada, o aprumo, a deferência, o porte, e o caráter corretos, sem constrangimento e alienação. Esse fato traz instabilidade porque os fenômenos da interação face a face não se fazem presentes na interação virtual escrita. Mas na interação virtual digital há essa possibilidade, de forma fácil, rápida e eficiente. Essa é a principal característica do hipertexto.

REFERÊNCIAS

COLLINS, R.. **Quatro tradições sociológicas**; Tradução de Raquel Weiss. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2009. – (Coleção Sociologia).

GOFFMAN, E. **Ritual de interação** : ensaios sobre o comportamento face à face. tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2011. – (Coleção Sociologia).

LÉVY, P. **O que é virtual?**; tradução de Paulo Neves. – São Paulo: Editora 34, 2011 (2ª edição).

O MEDO COMO ALAVANCA DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E DO AUMENTO DO RISCO SOCIAL

Suelen Webber,
Leonel Severo Rocha,

RESUMO: Esta pesquisa analisa como a sociedade brasileira na contemporaneidade comunica a necessidade de punições mais severas e mais previsões legais de penalização. O objetivo neste trabalho foi observar como a figura do medo (real ou fictício), que é comunicada na Sociedade, fomenta o mito de que punir mais e com mais rigor é melhor. Nesse cenário de busca desenfreada pela punição, a sociedade depara-se com o fenômeno da expansão do Direito Penal de forma descontrolada, na medida em que se passa a punir atos preparatórios, editar leis penais em branco, penalizar situações que deveriam ser resolvidas na esfera administrativa, além de se vislumbrar que a única resposta satisfatória para frear a criminalidade é a pena privativa de liberdade. Como resultados preliminares, observou-se que os meios de comunicação de massa, em especial a mídia, utilizam um discurso sedutor em torno da criminalidade, a fim de convencer o senso comum de que o enrijecimento das leis e a penalização de tudo é a única solução eficiente a ser encontrada. A metodologia sistêmica, através de Niklas Luhmann e Leonel Severo Rocha, foi a forma encontrada para observar estas comunicações sociais, aliada aos trabalhos de autores como Silva Sanchez, Díez Ripolléz, Pierre Bourdieu. Das conclusões obtidas até o momento, tem-se que, atualmente, existe um discurso embotado pelo medo, que nem sempre advém de situações reais, e está a favor da mídia e do Sistema Político, e faz com que o risco seja ampliado na Sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal; medo; risco.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desse trabalho é observar como o medo, que nem sempre é uma sensação criada de uma situação real, tem sido comunicado na Sociedade, e como isso tem fomentado o mito que se abriga no imaginário do senso comum, de que punir mais é melhor. Para realizar esta abordagem, é necessário observar como os meios de comunicação e o Sistema da Política tem usado a criminalidade real para fomentar um discurso de expansão do Direito Penal.

A expansão do Direito Penal, consiste, no aumento de penas de crimes já tipificados, na administrativização do Direito, sobretudo penal, e no aumento ou enrijecimento de penas. Todas essas características vem sendo aceitas por grande parcela da população, graças ao discurso da mídia e das ações políticas. Assim, a ideia de que punir mais é melhor é comunicada e efetivada na Sociedade de Complexidade, ampliando os riscos e perigos deste sistema.

Para tratar desta questão, o artigo é dividido em duas partes. Na primeira, observa-se como o medo e a punição tem sido comunicados na Sociedade. Na segunda, procura-se indicar os resultados das comunicações deste medo e anseio por mais punição nesta mesma Sociedade. É assim que este trabalho se apresenta.

2 MEDO E PUNIÇÃO: AS COMUNICAÇÕES SOCIAIS ATUAIS

Atualmente, na Sociedade de Complexidade, em que existem muitas possibilidades, conforme definiu Niklas Luhmann, há uma comunicação que tem ressoado cada vez mais forte: “punir mais é melhor”; “punir mais é a única solução”. A partir da propagação desta informação, outra comunicação é formada, uma comunicação de medo, de risco e de um sentimento vago de insegurança que assola a sociedade brasileira, e, talvez, possa-se dizer mundial.

Esse é o sentimento alimentado pelos meios de comunicação, e pelo Sistema Político. Segundo eles, a única solução para exterminar este medo coletivo (como se isso fosse possível, medo zero), é diminuir a criminalidade, e isso seria feito com mais punição. Assim, as expectativas cognitivas dos cidadãos direcionadas ao Sistema Político, são no sentido de mais direito penal. Dito de outra forma, é: “vamos penalizar tudo, vamos prender, vamos punir mais”.

A internet ganha papel de destaque neste cenário, mormente nos últimos cinco anos, pois possibilita que quase toda a população tenha acesso à informação, as notícias de crimes que dominam as comunicações virtuais. Além disso, possibilita que todos, incluídos e excluídos (LUHMANN, 1983) possam expor ao mundo, neste ambiente cibernético, as suas opiniões sobre o que está

ocorrendo. Invariavelmente, a maior parte das comunicações, assim como ocorre nas ruas, é por mais punição.

Todo esse movimento comunicacional circular, qual seja, informações midiáticas, clamor social, penalização de mais condutas, mais notícias tendenciosas, mais expectativas de punição, leva a questionar quais os reais efeitos desta comunicação na estrutura da sociedade. Quais os ruídos e interferências que ele pode gerar. Na verdade, este é um questionamento que se coloca não apenas a nível nacional, mas cabível também para países como a Espanha ou os Estados Unidos.

A Espanha, é um dos locais em que o medo se apropriou tanto destas comunicações que ela sofre um processo de expansão do Direito Penal, levando-a a um Direito Penal discriminatório, como no caso das leis referentes à pessoa do imigrante. Na atual quadra da história, em que tudo acontece de maneira simultânea (LUHMANN, 2002. p. 101) e as situações deixam de se limitar às fronteiras dos países, as comunicações são transnacionais assim como seus efeitos sociais. Não é afetado apenas o imigrante que efetivamente tente ingressar em território espanhol, mas todo o imigrante que tenha esta expectativa, mormente se proveniente de alguns países específicos. Curiosamente, os espanhóis sofrem este mesmo problema para tentar ingressar nos Estados Unidos.

Nesse conhecido debate sobre expansão do Direito Penal, Díez Ripollés vai dizer que falar em expansão “implica reconsiderar o flexibilizar el sistema de imputación de responsabilidad y de garantías individuales vigentes, lo que se ha de hacer en función de la necesidad políticocriminal de mejorar la efectividad en la persecución y encausamiento penales.” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007. p. 85).

As teorias que argumentam que esta expansão do Direito Penal é proveniente da mídia, defendem que ela possui um caráter meramente simbólico, o que vem justificado por um discurso de eficiência. Acrescentam ainda que este discurso é respaldado, validado e realizado pelos meios de comunicação aliados à forças políticas interessadas em angariar votos, exercendo grande poder sobre a Sociedade. De forma acertada, mencionam que, este temor social e justificado, gera um aparato denominado Direito Penal

Simbólico. No entanto, em que pese a simbologia social que ele alcança na esfera do medo, seus efeitos são efetivamente sentidos na sociedade.

afirmar assim que o Direito Penal é simbólico não significa afirmar que ele não produza efeitos e que não cumpra funções reais, mas que as funções latentes predominam sobre as declaradas não obstante a confirmação simbólica (não empírica) destas. A função simbólica é assim inseparável da instrumental à qual serve de complemento e sua eficácia reside na aptidão para produzir um certo número de representações individuais ou coletivas, valorizantes ou desvalorizantes, com função de “engano” (ANDRADE, 1997. p. 293).

Da forma como este problema é explorado, tem-se que o Direito Penal, que deveria ser o último recurso social, passa a ser utilizado como um instrumento para a solução de todos os problemas da sociedade, e essa instrumentalização amparada pelo Sistema da Política - Governo/Oposição - (LUHMANN, 2002), ganha a aceitação de grande parte da população. Com o ingresso dos meios de comunicação nesta questão, e a possibilidade que alguns deles, como as redes sócias, dão de que todos possam dizer o que pensam, este sentimento de medo e mais punição se multiplica ao ponto de não se ter mais certeza do quanto ele é real e o quanto é falacioso.

Fomentado pela mídia ou não, o fato é que a consequência desta expansão é o abarcamento do Direito Penal por áreas que não deveriam lhe dizer respeito, o que leva obrigatoriamente a um modelo de Direito Penal máximo. Entretanto, onde há um estado com Direito Penal máximo, nem sempre as garantias constitucionais e as verdadeiras expectativas dos indivíduos são respeitadas.

O contexto social em que se desenvolve a expansão do Direito Penal é frequentemente marcado pela noção de que a pena é suficiente para resolver todos os problemas da sociedade. Quando se fala em pena como solução de problemas, em regra, fala-se de pena privativa de liberdade, a que afasta o “delinquente”, o “marginal”, do convívio social, já que “só isso é capaz de trazer segurança à população”. Prova de que este é o pensamento que tem dominado as comunicações sociais é a recente aprovação do projeto de redução da menoridade penal (PEC 171/93). Para o senso comum (WARAT, 1985), que guarda o maior número de eleitores, o encaminhamento de transgressores da lei à prisão cada vez mais cedo, é a maneira de frear a criminalidade no Brasil.

Neste caso, fica muito bem retratado o que se quer comunicar com este artigo: no imaginário social, a prisão em uma cadeia, em um presídio, é o que vai resolver o problema. Isso é simples de se constatar, na medida em que jovens infratores já são afastados da Sociedade e internados, mas não são presos, com todo o peso e simbologia que esta palavra tem.

O fato de se estar em uma Sociedade de Complexidade, na qual risco/perigo dominam as comunicações (WEBBER, 2013), afastando a tão almejada segurança absoluta, não justifica esta situação. Tudo ocorre nesta sociedade (ROCHA; KING; SCHWARTZ, 2009. p. 19). Assim, o risco seria apenas mais um elemento (generalizado) que se faz presente nas comunicações sistêmicas (ROCHA; CLAM, SCHWARTZ, 2005.p. 36), merecendo uma observação mais atenta em razão dos ruídos que pode causar nas comunicações e dos efeitos decisivos que gera na tomada de decisão. Nessa senda, o risco sempre estará vinculado a uma tomada de decisão, mas não vai definir a sociedade, embora possa interferir nas expectativas dos indivíduos. Não se pode eliminar o risco, apenas se pode gerenciá-lo. Também não se fala em níveis de risco ou quantidade de risco, já que este altera-se de acordo com quem é o responsável pela decisão e pela comunicação em si (LUHMANN, 2006. p. 47/48). Assim, risco na Teoria dos Sistemas seria

la posibilidad de daños futuros debido a decisiones particulares. Las decisiones que se toman en el presente condicionan lo que acontecerá en el futuro, aunque no se sabe de qué modo: deben ser tomadas sin tener una conciencia suficiente de lo que sucederá. Con otras palabras: quien toma una decisión en el presente no se puede proteger, con seguridad, de eventuales daños futuros y éstos pueden ser consecuencia de un comportamiento. El riesgo está caracterizado por el hecho de que, no obstante la posibilidad de consecuencias negativas, convive, de cualquier modo decidir mejor de una manera que de otra.” (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 2006. p. 193).

Portanto, a existência do risco/perigo deve ser melhor administrada em nossa Sociedade, e não usada para fomentar o medo através dos meios de comunicação. Ao fazer isso, estar-se-ia, voltando a modelos de Sociedades segmentárias, e com isso, propiciando a expansão do direito penal, de forma desnecessária e irresponsável, o que pode causar muitos danos à população.

Independente da noção de risco que se adote, o fato é que nenhuma delas justifica a expansão do Direito Penal na forma como ela ocorre. É patente

que atualmente, em qualquer postura epistemológica que se aposte, o medo está presente na vida dos indivíduos e que antes de definir a sociedade em razão do risco existente, é mais plausível defini-la pela complexidade que se esta inserido atualmente. Essa complexidade, aliada ao medo, poderia ser a condição de possibilidade para que o Direito Penal sofresse espontaneamente uma leve expansão (a necessária), uma vez que novos crimes têm surgindo, como os cibercrimes, novos modos de se operar crimes antigos foram aparecendo e outros bens jurídicos necessitaram ser protegidos. Entretanto, o problema enfrentado não é essa expansão natural, e sim uma expansão que busca, segundo Callegari e Motta (2007. p. 20):

a) incrementação da criminalização a partir da proliferação de bens jurídicos de natureza coletiva, intangíveis ou abstratos; b) criminalização de atos de mera conduta que presidem da efetiva lesão aos bens jurídicos tutelados; c) antecipação da intervenção penal ao estágio prévio à efetiva lesão do bem jurídico, generalizando-se a punição de atos preparatórios, como, por exemplo, a associação criminosa; d) ampliação da discricionariedade das autoridades policiais; e) aumento indiscriminado do limite de tempo da pena de prisão; f) alterações nas regras de imputação e no sistema de garantias penais e processuais, a partir da proliferação de tipos penais pouco precisos e de leis penais em branco, bem como da introdução da ideia de efetividade como princípio norteador do processo penal, ainda que à custa da flexibilização, senão da supressão, das garantias dos acusados.

Um exemplo privilegiado que estampa todas as características acima elencadas, bem como contém os elementos clássicos da expansão trabalhada por Silva Sánchez, é a criminalização do delito de embriaguez ao volante no Brasil.

A embriaguez ao volante, que por muitos anos foi considerada um delito de trânsito (Código de Trânsito Brasileiro), que possuía inicialmente punição administrativa, nos últimos anos passou por grandes transformações. Ele passou de infração administrativa para crime (Lei n. 11.705/2008). Mesmo permanecendo dentro do Código de Trânsito, ela prevê penas de prisão.

Além da Lei n. 11.705/2008, posteriormente, como os números dos acidentes não estavam diminuindo, houve uma nova alteração através de Lei 12.760/2012, inclusive para tentar terminar com uma série de interpretações dadas pelos tribunais. A alteração mais recente ocorreu em 2014, através da Lei 12.971, que disciplina as novas formas de auferimento da tipicidade da conduta.

Como isso, obviamente não fez com que diminuíssem as mortes no trânsito, esta legislação passou por várias modificações nos últimos anos (WEBBER; ROCHA, 2013), passando pela necessidade de se comprovar, além da ingestão da bebida, a incapacidade do sujeito, e voltando para diversas compreensões judiciais desta questão com a modificação posterior e que se encontra atualmente em vigor.

Revela-se relevante trazer as observações que Silva Sánchez, já fez há alguns anos, e ainda mantêm-se atuais no Brasil, frente a colcha de retalhos que espelha o delito de embriaguez ao volante no Brasil. Sobre dispositivo semelhante da Lei Espanhola, quando trata da administrativização do Direito Penal, o estudioso, a fim de demonstrar que a expansão não se apresenta apenas no Brasil, mas é transnacional, afirma:

O limite da infração administrativa em matéria de tráfego e veículo é de 0,5 mg de álcool por litro de sangue, segundo a normativa espanhola. Obviamente, tal limite, ou inclusive um inferior, pode estar plenamente justificado sob perspectivas globais de ordenação do setor, inclusive com base em dados estatísticos. Desde logo, a maioria das pessoas representa um perigo para a circulação se seu sangue apresenta essa concentração de álcool. Mais ainda, em termos de gestão administrativa do risco da circulação – redução das enormes cifras anuais de mortes nas estradas – pode ter inclusive sentido o limite absoluto de 0 mg de álcool por litro de sangue, cuja superação conduziria à infração administrativa. Mas, vejamos, tal critério por si só não é operativo no âmbito jurídico-penal. Pois aí não interessa o aspecto estatístico, senão se a pessoa cuja conduta está sob exame judicial pôs realmente em perigo bens jurídicos ou não. E aqui a apreciação estatística pode somente constituir uma presunção contrário, a qual, em princípio, não constitui base suficiente para imputação (SILVA SÁNCHEZ, 2002. p. 148).

Destaque-se que a análise dessa lei foi feita de maneira proposital, já que é uma das legislações que teve maior clamor público, com incentivo dos meios de comunicação, “justificando” uma expansão concreta do Direito Penal. Constantemente são veiculadas notícias de acidente de trânsito nos telejornais. A internet através de suas redes sociais oferece cenas exclusivas e mais detalhadas deste mesmo acidente, e o folhetim principal vai explorar isso, usando um personagem que ingeriu bebidas alcoólicas, dirigiu e acidentou-se, ficando com dificuldades de locomoção (ou outras variações de desgrças).

Na mesma senda, pode-se citar: a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que apenas aumentou penas de crimes já previstos no Código

Penal Brasileiro; a Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), que prevê penas extremamente elevadas e declara a inafiançabilidade de referidos crimes; o instituto do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), instituído pela Lei nº 10.792/2003, dentro da Lei 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), sob o argumento de que a legislação de execução penal é retrógrada e não atende às necessidades da sociedade.

Ainda, querendo ampliar esta observação, surgiram no cenário mundial, principalmente após o “11 de setembro”, uma gama variada de legislações do medo, as quais, na prática, pelo que se pode acompanhar de movimentos como o Estado Islâmico e o Boko Haram, ou a queda de dois aviões na Ucrânia, e os ataques ao jornal francês Charlie Hebdo, não foram tão eficiente, como se anunciavam.

Nada obstante, outro referencial que necessariamente deve ser considerado ao se analisar a expansão é o que Silva Sanchez denomina Direito Penal de Velocidades. Para Sanchez, há um Direito Penal de Velocidades, na qual, por meio da expansão e da anedota da prevenção, que justificaria qualquer ilimitação dos atos do Estado em busca de segurança, passa-se a tolerar, inclusive, a flexibilização de direitos fundamentais, como é o caso do Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil. Sobre o Direito Penal de velocidades, Sanchez (2002. p.148) esclarece que este possui três velocidades:

Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção. A pergunta que há que elaborar, enfim, é se é possível admitir uma “terceira velocidade” do Direito Penal, na qual o Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais.

Inexoravelmente o punitivismo descabido vai ganhando cada vez mais espaço nas expectativas cognitivas dos indivíduos e nas expectativas normativas da Sociedade. Evidentemente que o Direito tem e deve ter papel de destaque na Sociedade, já que ele é o responsável pela tomada de decisão.

Mas neste aspecto, os olhares devem se voltar para a Política, pois é ela a primeira a possibilitar que esta expansão ocorra.

. E esse é o grande perigo. Sua consolidação e estruturação na Sociedade na forma de legislação (expectativa normativa).

Também é fato que os meios de comunicação de massa vendem a ideia de que punir mais é melhor e que a criminalidade atualmente (e aqui usa-se a expressão atualmente porque estes meios de comunicação sempre a usam tentando passar a ideia de que agora sim o problema não tem mais solução) está desenfreada. Isso tem gerado na população um medo intensificado, fazendo com que as pessoas cedam e passem a aceitar “a influência cada vez maior dos meios de comunicação de massa nos processos de formação da opinião sobre os mais diversos assuntos” (CALLEGARI; WERMUTH, 2010. p. 43), entre eles o clamor por mais Direito Penal. Como normalmente é esquecido, a porta de entrada para esta solidificação está na Política, e não no Direito, e a Política aproveita-se disso para alimentar o seu sistema, que é operacionalizado pela forma Governo/Oposição.

3 O RISCO DAS IRRITAÇÕES MUDIÁTICAS NA SOCIEDADE

Nesse contexto de insegurança, risco e complexidade, nada é mais “lucrativo” do que lidar com o medo, uma vez que essa seria a mercadoria à disposição nesse século. Para ganhar esse mercado, a imagem de acontecimentos sociais passa a ser manipulada e/ou valorizada, em busca de maior audiência. Uma das consequências dessa manipulação é o fato de que certos casos são escolhidos pela mídia como “carro-chefe” da programação e passam a instigar a população na busca por “justiça”.

No caso “Daniela Peres” nos anos 90, depois o “caso Isabela Nardoni”, o “caso Eloá”, e mais recentemente o “caso do menino Bernardo” e da Boate Kiss, e, entre eles os inúmeros acidentes de trânsito em que os condutores estavam embriagados, foi possível observar isso. O caso Daniela Peres, é emblemático porque, afirma-se ter resultado na lei dos crimes hediondos, as vítimas do trânsito, que poderiam ou não estar embriagadas, no enrijecimento da lei de

delitos do trânsito. Possivelmente os “casos Isabela Nardoni e Menino Bernardo” inspirarão algum legislador na criação de uma lei para os que assassinam crianças, mesmo que isso já exista. O fato é que a mídia vem explorando ao máximo estes casos e pedindo “justiça” que se traduz por mais punição e criação de novas leis, mesmo que inócuas.

Isso remete as observações de Callegari e Wermuth (2010. p. 43):

O caso Isabela Nardoni, no Brasil, bem ilustra a forma como a mídia de massa nacional explora o crime e a criminalidade: o caso isolado de uma menina que foi assassinada violentamente passou a ser visto como uma forma de criminalidade bastante frequente no país e, mesmo contrariando a realidade objetiva – visto que casos semelhantes são bastante raros no país -, serviu como “espetáculo” midiático por mais de dois meses consecutivos, espetáculo esse marcado pelas pressões populares por justiça – leia-se vingança – contra o pai e a madrasta da menina, acusados pela prática do crime. A divulgação *ad nauseam* de imagens dos acusados sendo escoltados por policiais em meio a uma massa popular sedenta por agredi-los[...].

E passado algum tempo do crime, ao abrir a edição 2193 da Revista Veja (1 de dezembro de 2010), nas páginas centrais você encontrará a seguinte chamada: “O homem que faz Justiça”, referindo-se ao Promotor de Justiça que atuou no caso Isabela Nardoni. Com o julgamento do caso Eloá, novamente a mídia voltou a lembrar do caso Isabela, e da mesma forma, recentemente, com o “caso Bernardo”. Com o passar dos anos, as formas de atingir o público de aperfeiçoam através da tecnologia, e isso permitiu, por exemplo, que os depoimentos e interrogatórios do “caso Bernardo”, fossem divulgados nos meios de comunicação, em uma atitude sem nenhuma justificativa plausível. Qual a relevância (e até mesmo o direito) para a Sociedade ter acesso a este tipo de informação?

Embora a mídia tenha a pretensão de atingir a população de massa, o fato é que ela “reproduz”, em regra, casos penais de pessoas que não pertencem a essa massa. Observe-se que os casos citados acima não envolviam pessoas de baixa renda. Com exceção, os “atores televisivos” dos acidentes de trânsito são pessoas de parcas condições, mas apenas se isso garantir um índice de audiência maior. Estas são exceções que só ocorrerão se o caso for realmente trágico. Em regra, busca-se mesmo em acidentes de trânsito procurar envolvidos por quem a população tenha um interesse maior em

saber de suas condutas, seja por afinidade por rejeição. Como exemplo, tem-se o caso em que o filho do conhecido empresário Eike Batista (o rapaz muitas vezes não tem nem mesmo nome, é “o filho de”, a fim de fazer uma chamada mais apelativa) teria sido o culpado no atropelamento de um ciclista humilde. Isso, mais do que aumento de pontos nas pesquisas, gera outras consequências de cunho grave.

Os noticiários sobre episódios violentos, mas distantes, não provocam aumento generalizado do medo dos públicos. Esse nível de temor aumenta única e exclusivamente no local da ocorrência do crime. Esse resultado foi obtido igualmente por Michelle Slone, que constatou aumento significativo da ansiedade em pessoas reunidas em grupo experimental submetido à transmissão de mensagens teledifundidas com ameaças terroristas à segurança do país. A autora confirma a hipótese de que a mídia tem poder de provocar a emoção das pessoas e pode eventualmente ter um impacto prejudicial no bem-estar psicológico das populações vítimas potenciais (WAINBERG, 2005.p. 63).

Veja-se que este atropelamento ocorreu no ano de 2012, e ainda hoje, em 2015, ele é notícia (G1, fevereiro de 2015), foi Thor foi absolvido, após a sentença de primeiro grau ser altamente divulgada como uym exemplo de justiça, principalmente quando se noticiou que o pai do acusado, Eike Batista, estava com suas empresas em crise, uma vez que o carro envolvido no adente era um modelo de grande valor e nada popular.

Não é apenas de casos reais que a mídia alimenta o medo e o clamor da Sociedade. A ficção também exerce este papel muito bem. Seja no cinema ou em programas televisivos semanais. No cinema, o Brasil ganhou seu “primeiro super-Herói” (VEJA, edição 2190, 2010) com Wagner Moura, no filem Tropa de Elite. O discurso do filme, é que é preciso ser implacável com bandidos, ou ainda, “bandido bom é bandido morto”. Não é necessário dizer que o implacável implica em violação total dos direitos humanos. Assim, a mídia vende um material de fomentação ilimitada da violação de Direitos Humanos no Direito Penal, que passa a ser o que a grande massa entende como sendo a única forma de solucionar os problemas criminais no Brasil. E quando se fala em grande massa, está-se falando no sentido literal, porque os números que envolvem o filme são impressionantes.

Os cinemas lotaram. Tropa de Elite 2 arrecadou em três dias mais de 14 milhões de reais e atraiu um público de 1,3 milhão de pessoas. Foi a maior abertura de um filme nacional nesta década, e a maior renda do

ano, superando a estreia de Eclipse, terceiro filme da série vampiresca adolescente Crepúsculo, que entrou em junho. Em média, até a semana passada, o filme de José Padilha estava atraindo 430 000 espectadores por dia. Até a última quarta-feira, 13, Tropa de Elite 2 foi visto por 2,6 milhões de pessoas e arrecadou mais de 25 milhões de reais[...].” (VEJA, edição 2187, 2010).

Nesse diapasão, o lobby que a mídia de audiência procura fazer é buscar que as pessoas se identifiquem com o fatos que estão vislumbrando na tela. Foi assim com o caso de Daniela Peres, foi assim com o caso Isabela Nardoni, e é esse um dos motivos que justifica as milhares de associações contra a violência no trânsito. É esse um dos motivos que fundamenta o grande sucesso dos filmes Tropa de Elite, principalmente em sua continuação, em que, para buscar o apelo final, a vítima da violência é o filho do protagonista.

Essa “trama narrativa” que, por meio de recursos que contemplam um cenário de angústia e sofrimento (fortemente auxiliados por recursos sonoros, jogos de câmera e cenários estratégicos), busca a empatia dos espectadores com as vítimas. Assim, os telespectadores passam a acompanhar passo a passo o que está acontecendo ou o que aconteceu com a vítima, vivenciando um sentimento de angústia, porque aquilo que está sendo representado poderia por ele ou por sua família ou conhecidos ter sido sofrido.

Em se tratando de programas televisivos, no Brasil, um programa que seguia exatamente esta linha era o programa Linha Direta, exibido na Rede Globo entre os anos de 1999 e 2007. Nele, podia-se perceber que o repórter passava a ter mais do que o papel de transmitir a notícia. De fato, o programa buscava uma identificação entre o telespectador e a vítima, para que se despertasse o sentimento de injustiça na Sociedade, o qual poderia ser restaurado com a apresentação do programa e a participação ativa do telespectador.

O programa não se limita a “noticiar” a existência de um criminoso foragido. É preciso reconstruir o crime com o máximo de carga emotiva para que o telespectador ao se identificar com a família da vítima – afinal o crime “poderia ter acontecido com você” - execute a denúncia (MENDONÇA, 2002. p. 67).

Outro mecanismo que programas como o Linha Direta – e tantos outros que retratam casos verídicos pelo mundo – se utilizam é o fato de procurarem “afastar” o tempo decorrido desde os acontecimentos reais até a apresentação

dos casos, a fim de que os sentimentos como insegurança e revolta sejam “recuperados” nas pessoas. Assim, “não será por acaso que as feições físicas dos atores e dos envolvidos reais serão tão convincentes” (MENDONÇA, 2002. p. 70), uma vez que essa “ênfase na semelhança realça a credibilidade da simulação” (MENDONÇA, 2002. p. 74).

De fato, a mídia acaba por manipular tão bem a verdade dos fatos que, em situações como a do Programa Linha Direta, houve pessoas que confundiram um dos atores com o verdadeiro acusado. No caso, a casa do referido ator foi cercada e o mesmo chegou a ser levado pela polícia para prestar esclarecimentos (ÉPOCA, de 29 nov de 1999). Em outra situação, essa “veracidade” do programa e sua forma especulativa e até mesmo imprudente da instigação em busca de “justiça” foi fatal para Ronaldo Josias de Souza, o qual foi espancado até a morte após ter seu caso exibido no referido programa (MENDONÇA, 2002. p. 56).

Saindo do cenário brasileiro e de programas voltados especificamente para a exploração de casos de crimes não solucionados, esse poder midiático pode ser verificado nos telejornais ou nos jornais impressos, da mesma forma que em programas como o citado. Como as pessoas acreditam que se tratam de temas informativos, elas não costumam questionar as informações veiculadas, e não percebem quando fatos – mesmo que graves- são manipulados.

O governo Bush controlou o discurso da mídia em parte por meio da desinformação e da propaganda e em parte pelo controle da imprensa graças ao sistema de *pool*. Nos primeiros dias da “crise do Golfo”, por exemplo, o governo levou a cabo uma campanha de desinformação muito bem-sucedida graças ao controle e à manipulação das fontes que legitimavam a mobilização militar americana na Arábia Saudita em 8 de agosto de 1990. Durante os primeiros dias da crise, o governo americano afirmava constantemente que os Iraquianos estavam mobilizando tropas nas fronteiras da Arábia Saudita, dispostos a invadir esse reino rico em petróleo. Era pura desinformação, e os estudos feitos posteriormente revelaram que o Iraque não tinha a intenção de invadir a Arábia Saudita e não tinha grande contingente nas fronteiras em posição de ataque (KELLNER, 2001. p. 256).

Para reforçar essa noção do poder que a mídia teria junto à população e até mesmo frente ao governo, há estudos que apontam que as próprias organizações criminosas se utilizam dela para causar o impacto desejado, qual seja, de medo, insegurança e muitas vezes de desespero.

As Brigadas Vermelhas da Itália, por exemplo, adequaram-se às rotinas produtivas da mídia, realizando prioritariamente suas operações às quartas-feiras e sábados a fim de ocupar o maior número de páginas das tradicionais edições de quintas e domingos, sempre mais generosas na cobertura dos fatos. [...] Comenta-se que o choque do segundo avião contra a segunda torre do WTC foi retardado para assegurar que todas as câmeras de televisão estivessem focadas no prédio no momento do impacto. Na Europa, tanto o IRA como a ETA avisam a imprensa com antecedência da explosão de uma bomba (WAINBERG, 2005. p. 63/72).

Todas essas manipulações ou seleção dos fatos “mais importantes” feita pela mídia resulta na criação de pseudoperigos. Isso faz com que as pessoas abandonem espaços públicos, a busquem novas formas de garantir a segurança de suas residências (ampliando o mercado das empresas de segurança privada) e a se centrem em discussões superficiais procurando soluções imediatistas que as livres de enfrentar os reais problemas como os de políticas públicas.

Outra importante consequência da “mídiação do medo da criminalidade” é a sua influência na política, redundando na elaboração de legislação que, atendendo aos clamores midiáticos, cada vez mais alargam o âmbito de interferência do Direito Penal na vida social, bem como incrementam o seu rigor na tentativa de “tranquilizar” a alarmada população, proporcionando-lhe maior “segurança” por meio da atuação do sistema punitivo[...].”(CALLEGARI, WERMUTH, 2009. p. 64).

No senso comum, esse modo de tranquilização passa, evidentemente, pela criação de novos tipos penais ou pelo enrijecimento das penas, acreditando-se que o mito, a falácia de que “punir mais é melhor” é a solução dos problemas sociais.

a construção de novas prisões, a redação de novos estatutos que multiplicam as infrações puníveis com prisão e o aumento das penas – todas essas medidas aumentam a popularidade dos governos, dado-lhes a imagem de severos, capazes, decididos e, acima de tudo, a de que “fazem algo” não apenas explicitamente pela segurança individual dos governados mas, por extensão, também pela garantia e certeza deles- e fazê-lo de uma forma altamente dramática, palpável, visível e tão convincente (BAUMAN, 1999. p. 127).

Um dos indícios de que punir mais não é a solução é o fato de que, em países como os Estados Unidos, o qual tem um direito penal máximo, um direito de lei e ordem, os números indicam que mais punição e punição com privação de liberdade não tem resolvido a situação.

Os EUA prendem 2,75 milhões todos os dias. Mais de 5% da população viva nas prisões. São 750 presos por 100 mil habitantes. Há ainda os que cumprem penas alternativas. Esses são 5 milhões. Portanto, são 7,5 milhões na América os que estão penalmente controlados. Aqui no Brasil são 300 presos por 100 mil habitantes. [...]. O paradoxo dos EUA é que em 75, quando Regan começa a buscar a Presidência, os EUA tinham 100 presos por 100 mil habitantes. Após 30 anos, a taxa multiplicou-se

por oito. [...]. Os EUA prendem não tanto pelo crime, mas por medo social. Essa é a questão. [...]. Uma regra que ajudou a aumentar a população carcerária foi retirada do beisebol: três faltas e você está fora. Em direito penal isso significa que após três delitos, que podem ser pequenos, você está preso. Você está fora porque não temos paciência para tratá-lo. Vamos eliminá-lo. [...]. Dos 180 e poucos países do mundo, não passam de 10, 15 os que têm reduzido o número de presos. Na Itália, temos 100 presos por 100 mil habitantes. Há 30 anos, porém, eram 25 por 100 mil. Aumentou quatro vezes em três décadas. Isso acontece na Ásia, na África, em países que não se comparam com os EUA e a Europa. (...). Mas hoje as pessoas acham que o direito penal que castiga mais tem mais eficiência. (PAVARINI).

É claro que não se pode deixar de mencionar que, infelizmente, as pesquisas também são manipuláveis, e por isso, há um grande número de pesquisas com informações contraditórias a respeito deste tema, principalmente sobre os números dos Estados Unidos.

Os números acima apontados apenas materializam o que foi dito até o momento neste artigo: punir mais nunca foi e provavelmente nunca será a solução para diminuir a criminalidade. Essa atitude apenas faz com que o medo seja estruturado na Sociedade. Se as expectativas sociais são no sentido de reduzir a criminalidade, é preciso encontrar uma maneira de gerenciar estas comunicações de infrações da lei e medo, e a prisão já se mostrou insuficiente para isso, ao menos no formato atual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A expansão do Direito Penal é um fenômeno global que tem efeitos nefastos, embora receba a nomenclatura de simbólica. Portanto, um primeiro ponto precisa ficar claro: simbólico nesta circunstância é apenas a sensação de que o problema da criminalidade terá fim. Os efeitos advindos deste tipo de legislação são bem reais e causa o rompimento de estruturas da sociedade.

Com efeito, em busca de uma expectativa cognitiva de segurança, além da administrativização, outro fenômeno que se apresenta é o aumento exorbitante de penas para crimes que já se encontravam tipificados em leis anteriores e no próprio Código Penal, ou ainda a previsão de institutos, como o o Regime Disciplinar Diferenciado. É o Estado Democrático de Direito

compactuado com o modelo do Direito Penal máximo e com elementos que mais se assemelham a um Direito Penal do Inimigo.

Por trás de tudo isso, tem-se a mídia. Não há negócio mais lucrativo do que jogar com o medo das pessoas. E é exatamente isso que a mídia faz. Como foi demonstrado, os meios de comunicação de massa utilizam-se de artifícios que vão desde a inocente manipulação de fatos através de recursos tecnológicos até, a identificação dos espectadores com os fatos narrados, passando, algumas vezes, pela completa distorção dos acontecimentos e dos números que o envolvem.

E essa manipulação dos fatos e a forte influência que a mídia exerce na população é que acaba por fomentar a expansão do Direito Penal. A mídia com seus discursos eficientista incute nas pessoas a necessidade de que haja mais punição porque a violência está descontrolada e por todos os lados, em todos os lugares. Nada mais está seguro e a única forma de se resolver isso é com mais punição e punição que afaste esses delinquentes das ruas em que o cidadão de bem transita.

Em razão de todos esses acontecimentos, é que se tentou demonstrar que ideologias como “punir mais é melhor” ou “apenas a pena de prisão pode resolver o problema da criminalidade”, frases essas que são plantadas pela mídia, são falsas e não passam exatamente disso: de mitos.

A realidade é que mais punição ou punição através da privação de liberdade historicamente já se mostraram insuficientes e ineficazes. Necessita-se de um Direito Penal sério e comprometido, no qual se busque um processo de punição adequado, não só para crimes de apelo popular.

Não se quer negar que a criminalidade existe. Ela de fato existe e cresceu muito nos últimos anos. Efetivamente, é preciso ter receio. Agir com cautela e gerenciar condutas e comunicações de risco. O que não pode acontecer é aceitar uma manipulação dos fatos, para incutir um medo descabido que é usado a serviço de interesses individuais.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, V. R. P. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.
- BECK, U. **La sociedad del riesgo**: hacia una nova modernidad. Trad. NAVARRO, J.; JIMÉNEZ, D.; BORRÁS, M. R. Barcelona: Paidós, 1998.
- _____. **La sociedad del riesgo global**: amor, violencia, guerra. Trad. REY, Jesús Alborés. Madrid: Siglo, 2001.
- BOURDIEU, P. **Sobre a televisão**. Trad. MACHADO, Maria Lúcia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1997.
- BRASIL, Código de Trânsito Brasileiro. **Lei 9.503/1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm> Acesso em: 13/04/2015.
- CALLEGARI, A. L.; MOTTA, C. R. Estado e política criminal: a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social. In: CALLEGARI, A. L. (org). **Política Criminal, Estado e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.
- _____; WERMUTH, M. A. D. “Deu no Jornal”: notas sobre a contribuição da mídia para a (ir)racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do Direito Penal. In: **Revista Liberdades**. N 02. Setembro- Dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/02/artigo4.pdf> Acesso em: 13/02/2015.
- _____; _____. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.
- CORSI, G.; ESPOSITO, E.; BARALDI, C. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. México: Universidad Iberoamericana, 2006.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. In: CALLEGARI, A. L. (org.). **Política Criminal, Estado e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ISAZA, C. O. **Teoría de la pena y aumento de penas**. Disponível em: <http://www.congreso.gob.pe/historico.cip.materiales/extorsion/Teoria_aumento_penas.pdf> Acesso em: 05/02/2012.
- JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 4 ed. Tradução e organização: CALLEGARI, A. L.; GIACOMOLLO, N. J. Porto Alegre; Livraria do Advogado. 2010.

KELLNER, D. **A cultura da mídia. Estudos culturais**: identidade e política entre o moderno e o pós-moderno. Trad: BENEDETTI, I. C. Bauru/SP:EDUCS, 2001.

LUHMANN, N. **A improbabilidade dos meios de comunicação**. Lisboa: Passagens, 2006.

_____. **El Derecho de la Sociedad**. México: Univeridad Iberoamericana, 2002. p. 101

_____. **La Sociedad de la Sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2007.

_____. **Sociologia del Riesgo**. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

_____. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MENDONÇA, K. **A punição pela audiência**: um estudo do Linha Direta. Rio de Janeiro: Quartet, 2002.

PAVARINI, M. Entrevista concedida ao Instituto de Defesa do Direito de Defesa - IDDD - **Punir mais só piora e agrava a insegurança**. Disponível em <<http://iddd.org.br/imprensa/show/223>>. Acesso em 01/02/2015.

ROCHA, L. S.; SCHWARTZ, G.; KING, M. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; _____; CLAM, J. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROXIN, C. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução e Organização: CALLEGARI, A. L.; GIACOMOLLI, N. J.. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: ROCHA, L. O. de O. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

THOR BATISTA é **absolvido em caso de morte de ciclista por atropelamento**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/02/thor-batista-e-absolvido-em-caso-de-morte-de-ciclista-por-atropelamento.html>>, no dia 19/02/015. Acesso em 09 abril de 2015.

WAINBERG, J. A . **Mídia e terror**: comunicação e violência política. São Paulo: Paulus, 2005.

WARAT, L. A. **A ciência Jurídica e seus dois maridos**. 2.ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1985.

WEBBER, S. da S. **Decisão, Risco e Saúde**: O paradoxo da decisão judicial, frente a pedidos de medicamentos experimentais. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

_____; ROCHA, L. S. Um eterno retorno: A (I)Legitimidade sistêmica da tipificação dos delitos de trânsito no Brasil. **Revista Direitos Culturais**, v. 8, p. 46-65, 2013.

VEJA. **Edição 2187 – ano 43 – n 42**. 20 de outubro de 2010. Editora Abril.

VEJA. **Edição 2190 – ano 43 – n 45**. 10 de novembro de 2010. Editora Abril.

VEJA. **Edição 2193 – ano 43 – n 48**. 1 de dezembro de 2010. Editora Abril.

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA DESDE A VITIMIZAÇÃO: ABORDAGEM CRÍTICA A PARTIR DOS DADOS ESTATÍSTICOS DE HOMICÍDIOS DE HOMOSSEXUAIS NO BRASIL NO ANO DE 2013

Valquiria P. Cirolini Wendt,

RESUMO: O texto analisa os dados estatísticos sobre homicídios de homossexuais, apresentados a partir de levantamento de dados pelo Grupo Gay da Bahia – GGB, que apontam o Brasil na primeira colocação no ranking mundial de homicídios homofóbicos em 2013. Desde essa percepção, não oficial, e no contexto das mobilizações sociais e da Criminologia, discute-se sobre os altos índices ser um dos principais argumentos utilizados na campanha pela criminalização da homofobia. Ainda, questiona a necessidade de produção do Direito Penal, a fim de discutir se a estratégia normativa é a política adequada para o enfrentamento do problema.

PALAVRAS-CHAVE: Homossexuais; Homofobia; Homicídio; Teoria Queer; Criminalização.

1 INTRODUÇÃO

Há pelo menos três décadas o Grupo Gay da Bahia – GGB⁵³ faz levantamento de notícias relacionadas aos crimes de homicídios cometidos contra homossexuais no Brasil. Essas informações são organizadas e, posteriormente, divulgadas através de relatórios de dados estatísticos referente a este crime. O Brasil vem sendo apontado como um dos líderes do ranking de países com elevado índice de crimes homofóbicos⁵⁴ contra lésbicas, gays, bissexuais,

⁵³ O Grupo Gay da Bahia é a mais antiga associação de defesa dos direitos humanos dos homossexuais no Brasil. Fundado em 1980, registrou-se como sociedade civil sem fins lucrativos em 1983, sendo declarado de utilidade pública municipal em 1987. É membro da ILGA, LLEGO, e da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis (ABGLT). Em 1988 foi nomeado membro da Comissão Nacional de AIDS do Ministério da Saúde do Brasil e desde 1995 faz parte do comitê da Comissão Internacional de Direitos Humanos de Gays e Lésbicas (IGLHRC). Ocupa desde 1995 a Secretaria de Direitos Humanos da ABGLT, e desde 1998 a Secretaria de Saúde da mesma (GGB, 2003, s/p).

⁵⁴ Crime homofóbico é praticado “por um não homossexual, tendo como motivo ou inspiração do crime o fato da vítima pertencer a uma minoria sexual socialmente estigmatizada e extremamente vulnerável, ou por ostentar um estilo de vida diferenciado” (CARVALHO, 2014, p. 265).

transexuais, travestis e transgêneros – LGBTs. Essas pesquisas trazem resultados que apontam um aumento desse crime a cada novo período observado.

No entanto, é necessário resaltar que esses dados não são oficiais⁵⁵; ao contrário, são obtidos através de levantamento de notícias vinculadas na mídia sobre crimes praticados contra homossexuais, principalmente em relação ao crime de homicídio, pois não há uma apuração oficial a respeito desses “números”, de modo que, eles podem ser ainda maiores ou não⁵⁶.

Diante destes resultados, há aumento das manifestações para que seja criminalizada a homofobia no Brasil, sendo apontada esta como a principal maneira de diminuir os homicídios contra homossexuais no país.

Neste contexto será analisado, a partir da importância destes dados, a atuação da mídia e a pressão da população (a favor ou contra), o porquê da criminalização da homofobia ainda não ter sido aprovada. Seria o direito penal, utilizado como um mecanismo de contingenciamento jurídico, realmente fundamental para haver uma redução do número de casos, ou melhor, a política adequada para o enfrentamento do problema seria a estratégia normativa?

Deste modo, pretende-se analisar, a partir dessas questões, se a opção da criminalização da homofobia é a única ou a forma mais adequada a ser utilizada para se alcançar o reconhecimento dos direitos dos homossexuais ou são necessárias outras políticas públicas por parte de Estado.

2 PANORAMA SOBRE OS DADOS ESTATÍSTICOS (NÃO OFICIAIS) RELATIVOS A HOMICÍDIOS DE HOMOSSEXUAIS NO BRASIL NO ANO DE 2013

⁵⁵ No momento em que é realizado o registro policial em Boletins de Ocorrência (BOs) referente ao crime de homicídio não há nenhum “campo” específico para que seja indicada a homofobia como um motivo presumido, deste modo, com a falta desse dado, não há como se obter um levantamento oficial de quantas situações de violência acontece por motivação homofóbica. Os casos registrados são todos através de coletivos e organizações não governamentais (ONGs) (SANDER, 2014, s/p).

⁵⁶ O fato de ser noticiada a morte (homicídio) de um homossexual não significa que a causa/motivação para este crime tenha sido em razão da sua orientação sexual.

Atualmente, muito se tem falado e escrito na mídia sobre casos de violência envolvendo homossexuais, principalmente no que se refere ao crime de homicídio. Dados estatísticos são divulgados com informações de que a cada ano este tipo de crime vem aumentando consideravelmente.

Desde o início da década de 1980, movimentos sociais LGBTs (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis e Transgêneros) no Brasil, em iniciativa pioneira do Grupo Gay da Bahia, realizam o levantamento de notícias relacionadas a homicídios cometidos contra a população LGBTs no sentido de embasar estatísticas não oficiais sobre homofobia no Brasil. Estabeleceu-se, pois, uma série histórica de dados que permite comparar, se não o número real de assassinatos de caráter homofóbico no Brasil, pelo menos o volume de notícias relacionadas a este tipo de crime na mídia brasileira (RELATÓRIO SOBRE A VIOLÊNCIA HOMOFÓBICA NO BRASIL, 2012).

O Grupo Gay da Bahia – GGB (2014) divulgou o Relatório Anual de Assassinato de Homossexuais no Brasil (LGBT) relativo ao ano de 2013, informando que foram documentados 312 assassinatos de gays, travestis e lésbicas no Brasil, apontando que:

[...] a cada 28 horas um homossexual brasileiro foi barbaramente assassinado em 2013, vítima da homofobia. Nunca antes na história desse país foram assassinados e cometidos tantos crimes homofóbicos. A falta de políticas públicas dirigidas às minorias sexuais mancha de sangue as mãos de nossas autoridades. E 2014 começa ainda mais sanguinário: só neste último Janeiro foram documentados 42 homicídios, um a cada 18 horas [...].

Ainda de acordo com o referido relatório, o Brasil continua sendo o campeão mundial de crimes homo-transfóbicos: segundo agências internacionais, 40% dos assassinatos de transexuais e travestis no ano passado foram cometidos no Brasil. A região nordeste continua sendo a mais homofóbica do Brasil, concentrando 43% das mortes, seguido de 35% no Sudeste e Sul, 21% no Norte e Centro Oeste. Pernambuco e São Paulo são os estados com maior número de casos e os estados do Acre e Espírito Santo onde menos casos foram registrados. No Rio Grande do Sul, por sua vez, foram detectadas 1,16 mortes para cada milhão de habitantes.

Deste modo, embora os dados sobre homicídio possam sugerir um aumento da violência “antigays” no Estado, sendo apontado que em 2013 foram

13 casos de homicídios de homossexuais no RS, isso não quer dizer que os gaúchos estejam entre os mais homofóbicos do país. Comparando-se o número de registros com o tamanho da população, o Rio Grande do Sul fica abaixo da média nacional de 1,55 mortes por milhão de habitantes (GONZATTO, 2014).

Foi traçado o perfil dessas vítimas e verificou-se que 7% dos LGBTs tinham menos de 18 anos quando foram assassinados; 31% tinham menos de 30 anos e 10% mais de 50 anos. A faixa etária considerada com maior risco de assassinato (55%) está entre 20-40 anos.

Outro dado observado é quanto à violência extremada com que este tipo de crime é cometido, confirmando, desse modo, o que a Vitimologia costuma chamar de “crime de ódio”. Dos 312 homicídios analisados no relatório, a maioria foi praticado com arma branca e, em segundo lugar, com arma de fogo. Também foram identificadas mortes por espancamento, asfixia, fogo, entre outros meios.

Da mesma forma, traçou-se o perfil dos assassinos, embora com maior dificuldade diante da falta de dados, uma vez que apenas ¼ dos homicidas foram identificados nos inquéritos policiais. Entre os identificados, cerca de 17% tinham menos de 18 anos e 85% abaixo de 30 anos. Deste modo, como apontado pelo relatório do GGB (2014), fica demonstrado como é alto o índice de homofobia entre os jovens. Outro dado que chama a atenção é em relação ao fato de que 1/5 desses crimes terem sido praticados por 2 a 4 homens e, assim, fazendo com que a defesa da vítima se tornasse ainda mais difíceis.

No entanto, cumpre-nos observar, que os dados foram pautados em notícias coletadas pelo Grupo Gay da Bahia, referentes aos casos ocorridos durante o ano de 2013. É não consta nenhum dado ou confirmação oficial desta estatística, muito menos de como as polícias militares e civis costumam atender e tratar esses casos. Deste modo, estes números ainda podem ser diferentes, maiores ou menores, já que nem sempre a orientação sexual foi a razão do crime, e um grande número de outros casos não entra nessa estatística porque a vítima esconde sua condição ou, simplesmente, o crime não virou notícia.

Nesse sentido, afirma o secretário-geral do Nuances – Grupo pela Livre Expressão Sexual –, Célio Golln:

Faltam dados mais concretos. Por isso, uma das nossas batalhas é que a polícia tenha um olhar mais direcionado, ao registrar a ocorrência desse tipo de crime, se a motivação pode ter relação com a homossexualidade para que isso apareça claramente no inquérito (GONZATTO, 2014).

Ao analisar estes dados, Luiz Mott, antropólogo da Universidade Federal da Bahia (GONÇALVES, 2014), considerado um dos pioneiros do movimento no País, relatou que “nunca se matou tantos gays e, sobretudo, lésbicas, que teve um número muito maior de assassinatos do que em anos anteriores”. Para Mott, a única forma de redução dos crimes de homicídio de homossexuais seria a criminalização da homofobia.

Para o Presidente do GGB, Marcelo Cerqueira (MOTT; ALMEIDA; CERQUEIRA, 2010), há quatro soluções emergenciais para a erradicação dos crimes homofóbicos:

[...] educação sexual para ensinar aos jovens e à população em geral o respeito aos direitos humanos dos homossexuais; aprovação de leis afirmativas que garantem a cidadania plena da população LGBT, equiparando a homofobia e transfobia ao crime de racismo; exigir que a Polícia e justiça investiguem e punam com toda severidade os crimes homo/transfóbicos e finalmente, que os próprios gays, lésbicas e trans evitem situação de risco, não levando desconhecidos para casa e acertando previamente todos os detalhes da relação. A certeza da impunidade e o estereótipo do gay como fraco, indefeso, estimulam a ação dos assassinos.

Segundo o antropólogo Osvaldo Fernandez (2011) “será com a criminalização da homofobia e com uma política de educação sensível à diversidade sexual que conseguiremos transformar o contexto das atuais violações dos direitos humanos dos homossexuais no Brasil.”

Com relação à criminalização da homofobia, havia o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 122/2006 tramitando no Congresso Nacional há mais de uma década e foi arquivado recentemente (SENADO FEDERAL, 2015a). Sobre o tema da criminalização, voltar-se-á a discuti-lo posteriormente.

3 HOMOFOBIA SOB O OLHAR DA TEORIA *QUEER*

A teoria *queer* surge da cultura intelectual gay e lésbica a partir da metade dos anos 1980, inspirada especialmente pela crítica ao modelo de definição das identidades sexuais e de gênero como estáveis e fixas (heteronormatividade).

Ainda, procura concentrar-se menos às identidades e mais nas práticas sexuais, incluindo, dessa forma, tanto travestis e drag queens, quanto sadomasoquistas etc. (FURLANI, 2009).

O termo *queer* foi mantido no vernáculo inglês por assim já estar consolidado, entretanto, poderíamos traduzi-lo de várias formas, segundo Salo de Carvalho:

[...] como um adjetivo, se aproxima de estranho, esquisito, excêntrico ou original. Como substantivo normalmente é traduzido como homossexual; mas o seu uso cotidiano e a sua apreensão pelo senso comum denotam um sentido mais forte e agressivo, com importantes conotações homofóbicas: 'gay', 'bicha', 'veado', 'boneca' (CARVALHO, 2014).

Diferente não é o que acentua Anzaldúa (2009, p. 207), ao conceituar o termo *queer*:

Como es sabido, el término <<queer>> es rico em connotaciones. Si bien designa lo <<raro>> o <<extraño>> es también la palabra usada para designar de forma peyorativa a lãs personas homosexuales. Em esos casos, se há preferido La traducción al español. Sin embargo, queer adquiere también um uso político, y deviene um término que se apropia del insulto para reivindicar el carácter subversivo de toda práctica que desestabilice la moralidad convencional. Em los casos em que La palabra tiene este sentido, y dado que no hay um término em español que permita.

Portanto, *queer* engloba termos que são utilizados para insultar, falar mal e se referir aos homossexuais. Embora toda a sua carga de estranheza e de deboche, é assumido pelo movimento homossexual como uma forma de protesto contra a normalização e à estabilidade das propostas pela política de identidade. Deste modo, “*queer* passa a ser, também o sujeito da sexualidade desviante – bissexuais, homossexuais, transexuais, travestis, drag queens” (MASIERO, 2013).

Esta teoria surge como uma forma de chamar a atenção para o fato de como uma política de identidade pode se tornar cúmplice do sistema contra o qual ela pretende se insurgir e para isto se utiliza como foco principal a crítica à oposição heterossexual/homossexual, compreendida como a categoria central que organiza as práticas sociais, o conhecimento e as relações entre os sujeitos.

Dentro deste contexto de protesto, segundo Miskolci (2009, p. 169), é que surge a teoria *queer* no fim da década de 1980 nos Estados Unidos com uma proposta de mudança de foco dos estudos de minorias que caracterizaram a maioria dos empreendimentos na sociologia para os processos de construção da

sexualidade a partir da díade hetero/homossexualidade. Ainda, para o autor, “o *queer* mantém, portanto, sua resistência aos regimes de normalidade, mas reconhece a necessidade de uma epistemologia do abjeto⁵⁷, baseada em investigações interseccionais” (MISKOLCI, 2009, p. 173). Deste modo, com as pesquisas sociológicas focadas nos processos normalizadores resultariam na criação das identidades e sujeitos subordinados.

Neste sentido, como já mencionado, a teoria *queer*, surge como forma de oposição dos homossexuais com relação às instituições políticas tradicionais quanto à normalização e à estabilidade das propostas de política de identidade sexuais julgadas como “normais”, ou seja, a heteronormatividade e buscam ser reconhecidos como sujeitos de direitos.

4 A HOMOFOBIA E SUA CRIMINALIZAÇÃO

Antes de adentrar no estudo sobre a criminalização da homofobia, a primeira questão a ser enfrentada é acerca do significado e da extensão do termo homofobia. Este termo é geralmente utilizado para descrever uma atitude de hostilidade contra homossexuais, tanto homens quanto mulheres. Segundo Borillo (2010):

Homofobia pode ser definida como hostilidade geral, psicológica e social, contra aqueles e aquelas que, supostamente, sentem desejos ou têm práticas sexuais com indivíduos de seu próprio sexo. Forma específica do sexismo, a homofobia rejeita, igualmente, todos aqueles que não se conformam com o papel predeterminado para seu sexo biológico. Construção ideológica que consiste na promoção constante de uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquização das sexualidades e, dessa postura, extrai consequências políticas.

Ou seja, vivemos em uma sociedade em que a sexualidade “normal” em nosso meio é a heterossexual e, desta forma, constitui-se um padrão heteronormativo de mundo, onde há uma cultura que busca condicionar

⁵⁷ Segundo Butler (2010, p. 155), “o abjeto designa aqui precisamente aquelas zonas ‘inóspitas’, e ‘inabitáveis’ da vida social, que são, não obstante, densamente povoadas por aqueles que não gozam do status de sujeito, mas cujo habitar sob o signo do “inabitável” é necessário para que o domínio do sujeito seja circunscrito. [...] Neste sentido, pois, o sujeito é constituído através da força da exclusão e da abjeção, uma força que produz um exterior constitutivo relativamente ao sujeito, um exterior abjeto que está, afinal, ‘dentro’ do sujeito, como seu próprio e fundante repúdio”.

determinados comportamentos que visam à heterossexualidade e, deste modo, todas as outras orientações sexuais são vistas como anormais, desviantes, problemáticas, sendo, na melhor das hipóteses, entendidas como “diferentes” (WELZER-LANG, 2001).

Insatisfeita com esta situação e diante da apresentação de dados estatísticos que revelam, senão o aumento do número real de assassinatos de caráter homofóbico no Brasil, pelo menos o aumento no volume de notícias relacionadas a esse tipo de crime na mídia brasileira, a comunidade dos Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais mobiliza-se há muito, com o fito de conseguir tutela estatal⁵⁸. Uma das propostas é a utilização do Direito Penal, criminalizando condutas que se relacionem com o preconceito em virtude da orientação sexual.

Neste sentido, o Coordenador da pesquisa realizada pelo Grupo Gay de Bahia há mais de três décadas, Luiz Mott lamenta que, diferentemente de países como Argentina e Chile, onde o Legislativo e o Executivo abraçaram a causa, o Congresso brasileiro nunca tenha aprovado uma lei para os cidadãos LGBT.

Nossa última esperança continua sendo o Poder Judiciário, disse Mott, assinalando que, em dezembro passado, a criminalização da homofobia sofreu mais um golpe, ao ser excluído do texto do novo Código Penal (PLC 122) em tramitação na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal (FRANÇA, 2012, s/p).

Conforme referido anteriormente, com relação à criminalização da homofobia havia o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 122/2006, que buscava definir como crime a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero alterando a norma incriminadora dos arts. 1º, 3º, 4º, 8º e 20, da Lei 7.716/89, bem como § 3º do art. 140 do Código Penal. Este projeto vinha tramitando no Congresso Nacional há mais de uma década⁵⁹ e, por ter passado mais de duas legislaturas sem decisão, o PLC foi arquivado e o assunto poderá ser pauta no

⁵⁸ A criminalização da homofobia tem sido a pauta da maioria dos movimentos sociais dos homossexuais, especialmente os conhecidos como “Parada Gay”, exemplo que ocorreu na Parada Gay de São Paulo, em 2014, com o lema “País vencedor é país sem homolesbotransfobia. Chega de mortes! Pela aprovação da lei de identidade de gêneros!”, militantes cobraram a criminalização da homofobia e mais direitos para os transgêneros (ESTARQUE, 2014, s/p).

⁵⁹ Este projeto foi apresentado na Câmara em 2001, pela deputada Iara Bernardi (PT/SP), e lá aprovado em 2006, quando então seguiu para o Senado onde ficou aguardando ser votado até o início deste ano de 2015, quando foi arquivado (SENADO FEDERAL, 2015a).

projeto de reforma do Código Penal - PLS nº 236/2012 (SENADO FEDERAL, 2015b).

Esta situação torna-se curiosa, na medida em que, ao se analisar a política criminal brasileira dos últimos anos, percebe-se uma crescente tendência à expansão penal, com uma grande facilidade, por parte do parlamento, na aprovação de leis penais, pois os legisladores se deixam levar pela empolgação da mídia e a grande pressão exercida pela sociedade exaltada pelo sentimento de medo e insegurança e acabam por criar novos tipos penais de forma precipitada e sem uma discussão devida da matéria⁶⁰.

Como já mencionado, apesar da forte campanha, seja pela mídia (através de divulgações constantes de violência contra homossexuais, especialmente o crime de homicídio), seja por parte dos movimentos sociais dos LGBTs e parte da população, para que a homofobia seja criminalizada, não foi o suficiente e, após mais de uma década esperando por aprovação, o projeto acabou sendo arquivado. Uma explicação para isto pode ser intensa oposição de bancadas conservadoras, particularmente a religiosa com a matéria do PLC nº 122 e, ainda, a contrariedade de grande parte da sociedade que, por consequência dos preconceitos internalizados e crenças religiosas que se declaram como verdades absolutas, a admitir que os homossexuais sejam protegidos de uma maneira específica, como se fez com a lei de criminalização do racismo e/ou da Lei Maria da Penha (tratamento processual especial à violência doméstica). Não se admite no Brasil que a um negro possam ser atribuídas “características” negativas, mas aqueles acham válido fazer esse exercício a respeito de gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros (BAHIA e SILVA, 2015, s/p).

No entanto, embora tenha ocorrido o arquivamento do PLC nº. 122/2006, ainda persiste o intento na criminalização e a pergunta que se impõe, nas palavras de Salo de Carvalho, é quanto à legitimidade jurídica (constitucional) e política da tutela da livre orientação sexual e da identidade de gênero, ou seja, “se

⁶⁰ A produção legislativa penal brasileira caminha simultaneamente às pressões exercidas pelos veículos de comunicação em massa. Ocorre que essa produção não vem sendo acompanhada de avanços positivos, em virtude de o legislador atuar de forma imediatista, tentando ceder aos apelos da Mídia. A guerra comunicacional prejudica sobremaneira os profissionais do direito que se veem diante de leis espalhafatosas, produzidas diante do clamor popular ensejado por casos criminais célebres (MASCARENHAS, 2010, s/p).

é legítimo no Estado Democrático de Direito diferenciar os crimes em geral daqueles praticados por preconceito ou discriminação de orientação sexual ou identidade de gênero” (CARVALHO, 2012). Quanto a esta questão, ainda, a posição do autor:

Desde este ponto de vista (garantista), não percebo a priori como ilegítima a diferenciação qualitativa dos crimes homofóbico dos demais crimes. Entendo justificável, do ponto de vista da tutela dos direitos fundamentais, a motivação homofóbica adjetivar condutas que implicam em danos concretos a bens jurídicos tangíveis, como a vida (homicídio homofóbico), a integridade física (lesões corporais homofóbicas) e a liberdade sexual (violação sexual homofóbica). Inclusive porque estes bens jurídicos invariavelmente integram a restrita pauta de criminalização defendida nos programas de direito penal mínimo. Retorno (e adapto), portanto, uma conclusão que externei em outro momento, relativa ao debate sobre violência contra a mulher: a mera especificação da violência homofóbica em um nome *juris* próprio designado para hipóteses de condutas já criminalizadas não produz o aumento da repressão penal, sendo compatíveis, inclusive, com as pautas político-criminais minimalistas (CAMPOS e CARVALHO, 2011, *apud* CARVALHO, 2014, p. 269).

De qualquer modo, trata-se de uma questão muito polêmica, devendo ser amplamente debatida, como deveria ser, a propósito, de toda e qualquer legislação criminal, sobretudo a que pretenda instituir novos tipos penais, haja vista o elevado potencial de carregar consigo graves prejuízos político-criminais (MASIERO, 2013).

Ainda que se entenda como legítima a criminalização da homofobia, ela não resolve o problema, porque se deve avaliar qual estratégia normativa seria a mais adequada ao tratamento da matéria, tendo em vista as linhas já traçadas do que se entende como forma legítima de tutela penal diante do problema da população LGBTs (MASIERO, 2013).

Na avaliação de Carvalho (2014) uma reflexão sobre experiências penais de matérias semelhantes em vigor no Brasil se faz necessária, neste caso, da Lei n. 7.716/1989 (crimes raciais) e Lei n. 11.340/2006 (Lei da Violência Doméstica), por se tratar de dois casos distintos em termos de criminalização, e, que são referenciais.

É interessante notar as distintas configurações dos projetos político-criminais a partir da consolidação normativa das reivindicações do movimento negro e do movimento de mulheres. A Lei 7.716/89 simplesmente nomina as condutas lesivas resultantes de preconceito de raça e ou de cor e as insere dentro do tradicional sistema repressivo, ou

seja, trata-se de uma inovação de tipos incriminadores no âmbito do direito penal.

Em sentido distinto, a Lei 11.340/06 projetou a construção de um novo modelo de gestão de conflitos, com a intenção de superar e ultrapassar as estruturas dogmáticas que reduzem os problemas às esferas penal e civil [...] (CARVALHO, 2014, p. 269).

Mais recentemente, houve aprovação da Lei nº 13.104/2015, prevendo o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, portanto inserindo inciso VI no art. 121, § 2º, do Código Penal, quando o delito é cometido “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”. Também, alterou o art. 1º da Lei nº 8.072/1990, incluindo o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Portanto, mesma estratégia utilizada na Lei dos Crimes Raciais, Lei nº 7.716/1989, conforme a reflexão de Carvalho (2014, p. 269), já exposta anteriormente, qual seja, apenas se nominou novas condutas de violência contra a mulher e as inseriu dentro do “tradicional sistema repressivo”. Já há quem defenda ser inconstitucional a previsão do feminicídio (COSTA, 2015, s/p).

Deste modo, o PLC nº 122/2006, com proposta de alteração da Lei nº 7.716/89 como forma de inclusão dos termos relativos à orientação sexual e à identidade de gênero (criminalização da homofobia) não foi a mais adequada. Melhor seria seguir um caminho próprio, que tivesse criatividade para romper a racionalidade penal moderna, ou seja, no sentido de se apropriar do poder simbólico que o direito penal exerce perante a cultura social punitivista e utilizá-lo de forma a produzir o menor dano possível, dentro de uma pauta racional e democrática de política criminal (MASIERO, 2013). Este também é o entendimento de Salo de Carvalho:

[...] o problema da criminalização da homofobia no Brasil reside na estratégia utilizada pelo movimento LGBTs. Não vejo problemas de legitimidade jurídica ou de incompatibilidade com o projeto político-criminal garantista se a forma de nomeação (nomenjuris) de o crime homofóbico ocorrer apenas através da identificação de certos crimes em decorrência da motivação preconceituosa ou discriminatória quanto à orientação sexual – por exemplo, especificação da violência homofóbica nas estruturas típicas do homicídio, da lesão corporal, do constrangimento ilegal, do estupro. A técnica legislativa poderia ser restrita à identificação desta forma de violência – sem qualquer ampliação de penas, objetivando exclusivamente dar visibilidade ao problema – através da remissão da sanção ao preceito secundário do tipo penal genérico [...]. No máximo, seguindo o caminho trilhado pela Lei Maria da Penha, a inserção da motivação homofóbica como causa de aumento de pena no rol das agravantes genéricas. (CARVALHO, 2014, p. 270).

Mesmo que se considere o direito penal como um meio de poder facilitar e impulsionar a mudança relativamente à imagem social da comunidade LGBTs, pois a tipificação da homofobia daria um efeito simbólico (em inúmeros casos o efeito simbólico é o único que a criminalização possui), porém ele será ineficaz se não for acompanhada por um trabalho pedagógico, no sentido de demonstrar à população que a sexualidade heterossexual não é incontestável e tampouco compartilhada por todos e que a hierarquia de sexualidades é tão detestável quanto à de raças. Dessa maneira, compreende-se que não precisa, necessariamente, ser utilizado o direito penal, pois as políticas antidiscriminatórias não punitivas de reconhecimento dos direitos civis representa um impacto político muito maior do que qualquer criminalização, pois conseguem quebrar com muito mais vigor o preconceito e, contribuir, assim, para a diminuição da violência (CARVALHO, 2014).

Portanto, embora prepondere a “vontade social” de criminalização da homofobia, deve-se ter em conta aspectos outros que representem a fuga do direito penal como único mecanismo capaz de satisfazer e contingenciar os riscos relacionados à opção sexual diferente da heterossexual, riscos estes resultantes da não aceitação da diferença, da não concordância com os “outros” comportamentos sexuais, no caso os homossexuais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, buscou-se realizar a análise de dados estatísticos divulgados pelo Grupo Gay da Bahia, referentes aos homicídios de homossexuais ocorridos no ano de 2013 no Brasil a partir de levantamento de casos noticiados na mídia e que apontam o Brasil na primeira colocação no ranking mundial de homicídio homofóbico no período analisado e, também, observou-se que estes dados são “usados” como um dos principais argumentos na reivindicação pela criminalização da homofobia.

Realizou-se, de forma sucinta, uma abordagem sobre a teoria *queer* que surgiu no final da década de 1980, como uma forma de chamar a atenção para as reivindicações dos homossexuais e, também, como uma forma de criticar o

modelo de identidades sexuais e de gênero tidos como “normais”, ou seja, a heterossexualidade.

Como foco principal deste artigo, foi abordada a questão da criminalização da homofobia, discutindo-se sobre o projeto legislativo que se encontrava em pauta no Congresso Nacional, os possíveis motivos que fizeram com que esse projeto permanecesse por mais de uma década tramitando e que acabou sendo arquivado sem que fosse votado. A tendência é que este tema volte a ser apresentado, entretanto, salienta-se que, caso não seja debatido e sua análise realizada adequadamente com base nos dados não apenas divulgados pela mídia, mas correlacionado com os dados oficiais, poderá conduzir a uma decisão, gerida pela demanda social, mesmo que específica, que cultue o comando normativo penal, ou seja, de se criar um contingenciamento da homofobia que leve a expansão do direito penal, com mais crime e mais pena.

Dessa maneira, ainda que se entenda que a utilização da lei possa ser uma forma de facilitar e impulsionar os direitos almejados pela comunidade LGBTs, pois a nomeação da homofobia como crime daria um efeito simbólico, isto não bastaria para evitar a discriminação, pois não será a criminalização da homofobia que vai fazer com que os homofóbicos deixem de ter preconceitos. Ao contrário, vão procurar outras formas de manifestar esse sentimento que não pela via da agressão verbal ou física.

As pessoas tendem a acreditar nessa expansão do Direito Penal como única alternativa para amenizar o sentimento geral de impunidade, influenciados pelas estatísticas e notícias divulgadas através da mídia (muitas vezes especulativa), elementos que afirmam, e não necessariamente comprovam a existência de um grave problema pendente de solução.

No entanto, é preciso muito mais que a atuação coercitiva do Estado através do direito penal, pois se trata de um problema de origem social e, para isso, é necessária a atuação do Estado através de políticas antidiscriminatórias não punitivas e de reconhecimento dos direitos civis o que representará um impacto político muito maior do que qualquer criminalização, pois conseguem quebrar com muito mais vigor o preconceito e, contribuir, assim, para a diminuição da violência.

Deste modo, conclui-se, que não é a criminalização de práticas discriminatórias que fará diminuir estas atitudes e, conseqüentemente, os índices de violência contra os homossexuais, mas sim, por meio de mecanismos de conscientização e reconhecimento das diferenças será possível alcançar uma igualdade de direitos.

REFERÊNCIAS

ANZALDUA, G. Miedo a volver a casa: homofobia (1987). In: JIMÉNEZ, R. M. M. (ed.). **Manifiestos gays, lesbianos y queer**. Barcelona: Icaria, 1 ed., p. 207-208, 2009.

BAHIA, A. G. M. F.; SILVA, D. B. e. STF deve reconhecer demora do Congresso em criminalizar homofobia. **Consultor Jurídico (São Paulo. Online)**, v. 1, p. 1, 2015.

BORILLO, D. **Homofobia: História e crítica de um preconceito**. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BRASIL. **Relatório Sobre Violência Homofóbica no Brasil: Ano de 2012**. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

BUTLER, J. Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do “sexo”. In: **O corpo educado – pedagogias da sexualidade**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, p. 153-172, 2010.

CARVALHO, S. Sobre a criminologia da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. In: MEDEIROS, F. L. F.; SCHWARTZ, G. A. D. (Org.). **O direito da sociedade**. Canoas: Unilasalle, v. 1, p. 257-281, 2014.

_____. Sobre as possibilidades de uma criminologia queer. In: **Sistema de Penal & Violência**, v. 4, n. 2, p. 152-168, 2012.

_____. Três hipóteses e uma provocação sobre homofobia e ciências criminais: queer (ing) criminology. In: **Boletim IBCCRIM**, Ano 20, n. 238, p.2-3, 2012.

COSTA, P. C. da. **Lei do Femicídio é inconstitucional**. Disponível em: <<http://www.comerciodojahu.com.br/post?id=1323881&titulo=Lei+do+Femic%C3%ADdio+%C3%A9+inconstitucional%2C+por+Pedro+Cardoso+da+Costa>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

ESTARQUE, M. **Parada gay de São Paulo reúne milhares e pede criminalização da homofobia**. 05.05.2014. Disponível em: <<http://www.dw.de/parada-gay-de-s%C3%A3o-paulo-re%C3%BAne-milhares-e-pede-criminaliza%C3%A7%C3%A3o-da-homofobia/a-17612486>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

FERNANDEZ, O. **Igualdade na diversidade**: a luta pelo reconhecimento dos direitos dos homossexuais no Brasil. Disponível em: <<http://eduem.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/14332/7590>>. Acesso em: 3 mar. 2015.

FRANÇA, P. **Fundador do GGB critica poderes**. A Tarde UOL, 13/01/2015, 12h10min. Disponível em: <<http://atarde.uol.com.br/politica/noticias/1652298-fundador-do-ggb-critica-poderes>> Acesso em: 14 abr. 2015.

FURLANI, J. Direitos Humanos, Direitos Sexuais e Pedagogia Queer: o que essas abordagens têm a dizer à Educação Sexual? In: JUNQUEIRA, R. (Org.). **Diversidade sexual na educação**: problematizações sobre a homofobia nas escolas. Brasília: Ministério da Educação/UNESCO, p. 293-323, 2009.

GONÇALVES, C. País registrou 218 assassinatos de homossexuais este ano. **Agência Brasil**, 30/09/2014, 15h25min. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2014-09/pais-registrou-218-assassinatos-de-homossexuais-este-ano>>. Acesso em: 2 jan. 2015.

A SOCIEDADE DO RISCO, A MODERNIDADE REFLEXIVA E A REFLEXIVIDADE DO DIREITO CONTEMPORÂNEO: OS CLAMORES DA EFICÁCIA E A CONTEXTUALIZAÇÃO DO JURÍDICO

Natalia Brigagão Ferrer Alves Carvalho,

RESUMO: Há décadas, a sociologia vem apontando profundas mudanças na dinâmica social, que afetam da escala regional à internacional. O movimento duplo de contingência e internacionalização inerente ao aprofundamento da vida globalizada constitui um inevitável incremento à complexidade das relações intersubjetivas e intercoletivas, e a percepção de que os velhos mecanismos legais do direito positivo moderno clamam por revisões é cada vez mais forte. O Direito passa, hodiernamente, por uma crise estrutural e fundamental. Sob esta percepção e a partir dos estudos de Ulrich Beck, este trabalho objetiva analisar as consequências impostas pela “Sociedade do Risco” ao universo jurídico, orientando-se a partir de uma revisão bibliográfica crítica, centrada nos estudos de Ulrich Beck e seus livros "Sociedade do Risco: rumo a uma nova modernidade" e "O que é Globalização?", com o suporte de outros autores tais como Eduardo C. B. Bittar e seu "O Direito na Pós-Modernidade". É perceptível, pela análise das colocações destes autores, a necessidade de construção permanente de uma reflexividade do Direito em uma Modernidade Reflexiva, tendo como norte a eficácia. É imprescindível, assim, a constante construção de um universo jurídico dialógico e teleologicamente orientado, fundado nas necessidades concretas que ultrapassam os sistemas binários do Direito Estatal, tendo como pedra de toque um arcabouço de Direitos Humanos e Fundamentais de sólida teoria e desenvolvidos artifícios hermenêuticos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Contemporâneo; Modernidade Reflexiva; Globalização; Sociedade de Risco

1 INTRODUÇÃO

A partir da segunda metade do século XX, um expressivo número de sociólogos passou a alertar acerca de mudanças fundamentais e estruturais nas formas de organização social, que, para muitos, constituíam uma transição para uma nova era; para outros, representavam a reciclagem dos parâmetros de ordenação da modernidade. Em geral, essa corrente teórica é identificada como

“pós-modernismo” – expressão posta por Lyotard –, sendo que há variantes na utilização da expressão de acordo com a interpretação dos fenômenos indicados – lembremos da Modernidade Líquida de Bauman e da Modernidade Reflexiva de Ulrich Beck. Como coloca Bittar,

A pós-modernidade é discutida menos como um anseio teórico ou um fetiche acadêmico e mais como um estado de coisas assumido, pois inevitável, presente e fortemente sentido pela sociedade, como um conjunto de mutações que vêm sendo provocadas em diversas dimensões, projetando-se em abalos marcantes sobre os conceitos modernos, sob o manto dos quais se conduzia a vida, se organizavam as instituições, se agia socialmente, se estruturavam os relacionamentos humanos, se concebiam as regras morais e jurídicas etc. (BITTAR, 2014, p.1).

Os fenômenos da globalização são discutidos por cada corrente em seu particularismo, mas o que é consensual é que os modos de vida desse novo tempo se diferenciam e muito daqueles de algumas décadas atrás e isto impõe uma reavaliação dos parâmetros de convívio, da ética e das instituições, na forma de uma *transição paradigmática [...] cujo perfil é ainda imperscrutável e até imprevisível*. Trata-se de *um longo processo caracterizado por uma suspensão ‘anormal’ das determinações sociais que dá origem a novos perigos, riscos e inseguranças, mas que também aumenta as oportunidades para a inovação, a criatividade e a opção moral* (SANTOS, 2001, p. 186). Como afirma Bittar,

Em lugar das certezas modernas (verdade, ciência, ordem, regra, poder central, norma, código, capital, produção, propriedade, sistema[...]), um outro quadro se instaura em seu lugar, indícios e características de crise e mudança paradigmática, identificáveis a partir de algumas palavras: desmantelamento, descompasso, desestruturação; desagregação; banalização; abalo; incômodo; choque; contradição; desordem; ilegalidade; contracultura; ineficácia. [...] Mas, no momento da crise paradigmática, em plena expansão da crise, deve-se ter uma visão otimista desse processo de reversão de padrões, captando-se em tudo isto um momento privilegiado de reflexão, um momento de reavaliação de valores, um momento de ouvir vozes dissonantes e, enfim, um momento de transformar estruturas de justiça[...].”(BITTAR, 2014, p.146).

Neste contexto, o Direito ocupa uma posição estratégica e extremamente delicada, preso entre as rígidas construções clássicas e as necessidades de um palco cujos atores tem fobia à rigidez, mas clamam pela estabilização de seus fluxos efervescentes, imprevisíveis, atordoantes e aparentemente incontroláveis.

Há um desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu. O desassossego resulta de uma experiência paradoxal: a vivência simultânea de excessos de determinismo e excessos de indeterminismo. [...] A coexistência desses excessos confere ao nosso tempo um perfil especial, o tempo caótico onde ordem e desordem se

misturam em combinações turbulentas. Os dois excessos suscitam polarizações extremas que, paradoxalmente, se tocam. As rupturas e as descontinuidades, de tão frequentes, se tornam toina e a rotina, por sua vez, torna-se catastrófica (SANTOS, 2001, p. 41).

Há, portanto, uma metamorfose radical nas formas de interação e vivência, cuja instabilidade gera cada vez mais desconforto. Isso multiplica a quantidade e a complexidade dos conflitos e exaure os artifícios jurídicos clássicos, já insuficientes, e muitas vezes indesejados por estarem no cerne da Modernidade – situação originária que os tornaria responsáveis, em parte, pela própria situação de desamparo dos novos tempos.⁶¹

Ao mesmo tempo em que cresce a demanda pela atuação reguladora do direito, suas vias de oferta se esvaem, anêmicas, gerando uma crise de caráter eficaz.⁶² Como afirma Faria, a *decantada ‘crise’ jurídica ocorre, assim, no*

⁶¹ “No fundo, se trata de perceber que as promessas da modernidade haveriam, paradoxalmente, de conduzir à Auschwitz, este que pode ser considerado o trauma do século XX, quando os ideais de Aufklärung (corrigir) do século XVIII, foram transformados em aparato para a realização de *tánatos*. O pensamento de Freud não deixa de ser sensível a esta profunda contradição, o paradoxo da civilização moderna ocidental. Esse movimento próprio da dialética da modernidade, que ainda não cessou de operar, e que se desdobra com as mais recentes transformações do capitalismo toyotista mundializado, continua a produzir efeitos. Desta forma é que nosso tempo se torna uma sucessiva onda de manifestações de violência, atentados, genocídios, guerras e forma de dominação, que torna a assinatura deste tempo muito mais afim com a dimensão de *tánatos* do que de *éros*. Quando *tánatos* ecoa em nosso tempo, a condição hodierna se vê marcada pela indelével marca da ressonância do medo, do temor, da violência, do trauma psicossocial, de cujas ondulações não se pode libertar os indivíduos do hoje. Suas ressonâncias tornam inaudíveis as vezes que falam a favor de *éros*. Trata-se, portanto, de desmistificar a ideia moderna de progresso”. (BITTAR, 2014, p. 72) Sobre essa (des)mistificação, Beck afirma que o “‘Progresso’ pode ser compreendido como uma transformação legítima da sociedade sem legitimação político-democrática. A fé no progresso substitui o escrutínio. E mais: ela é um substituto para os questionamentos, uma espécie de consentimento prévio sobre metas e resultados que permanecem desconhecidos e indefinidos. Progresso é a tabula rasa assumida como programa político, diante da qual se exige uma aceitação global, como se se tratasse do caminho a ser seguido na Terra rumo ao paraíso celestial. As exigências fundamentais da democracia são viradas de cabeça para baixo no modelo do progresso. [...] “A fascinação que o deus substituto, o progresso, exercia sobre a humanidade na época da sociedade industrial revela-se tanto mais surpreendente quanto mais de perto se contemple sua construção, demasiado mundana. [...] O “progresso” é a transformação social institucionalizada na irresponsabilidade.” (BECK, 2010, p.314-315)

⁶² Deve-se ressaltar, contudo, que não se pode atribuir a crise de eficácia exclusivamente aos processos de metamorfose pós século XX. “As tentativas de formulação de novos paradigmas normativos, a partir das exigências decorrentes do desenvolvimento capitalista, enfrentam, assim, as tensões permanentemente existentes entre o comportamento real e a conduta juridicamente exigida, bem como entre a conduta juridicamente exigida e a conduta moralmente desejada. Mesmo porque, longe de se constituírem um problema, essas tensões estão na essência do próprio papel do direito, enquanto instrumento de controle social, não podendo ser

momento em que os mecanismos tradicionais de neutralização dos conflitos e trivialização das tensões já não conseguem mais rechaçar aquelas ameaças.

(FARIA, 1988, p.90). Bittar ainda completa que

A crise de eficácia é um ponto de comprometimento da própria existência e sobrevivência do contrato social, na medida em que a ausência ou inoperância prática das instituições conduz a um profundo abismo entre a legalidade e a facticidade das regras jurídicas. É desse abismo que se nutrem as desavenças sociais, os desvios, as condutas antijurídicas [...]. A crise pós-moderna de eficácia do ordenamento jurídico tornou-se tema de inúmeras reflexões na medida em que passou a representar um problema francamente sistemático [...] capaz de significar a desrazão de toda a arquitetura jurídica projetada para sua aplicação sobre a realidade social. Quando o sistema jurídico não está permeável para absorver identidades, mas apenas testemunha sua ampla defasagem em face dos avanços tecnológicos, reconhecendo a impossibilidade de atender a tantos e tão conflituosos fluxos de divergentes interesses, torna-se inábil para cumprir sua fundamental meta de pacificação do convívio social e da mediação regulamentada dos interesses sociais (convergentes e divergentes). (BITTAR, 2014, p.154-169).

Todo esse peso exige que a ciência jurídica se reinvente pela autocrítica, pela autoconstrução, tomando como referencial esta nova sociedade que se articula, superando as dificuldades geradas *pela erosão de valores, pela alteração de parâmetros de comportamento, pela decrepitude e pela inadequação das instituições aos desafios presentes, pelas mudanças socioeconômicas, bem como pela explosão da complexidade provocada pela emergência de novos conflitos socioinstitucionais, [...] e pelas alterações profundas nos modos tradicionais de se conceber o ferramental jurídico* (BITTAR, 2014, p.8).

Será que ainda se pode conviver, num contexto pós-moderno, com fluxos ininterruptos de mudança social, com uma estrutura jurídica inteiramente voltada para a neutralização, apenas ideológica, dos paradoxos sociais? A função do Direito não poderia deixar de estar sintonizada com as querências e necessidades da sociedade do século XIX, para estruturar-se, por ora, em torno de problemas conjunturais e históricos sensivelmente mais agudos na contemporaneidade? Não deveriam as estruturas conceituais dogmáticas e mas molduras legislativas de adaptarem para servir à realidade sócio histórica da pós-modernidade, em vez do contrário ser o tentado pelos Tribunais? Os paradigmas encontram-se em mutação, e os valores anteriormente consagrados como nucleares para o sistema jurídico erodiram. (BITTAR, 2014, p. 67).

É sob esta perspectiva que este trabalho propõe-se a analisar os desafios do Direito Contemporâneo a partir de um olhar geral sobre a ótica moderna-

reflexiva de Ulrich Beck – que aborda a percepção de que a modernidade se encontra em um processo de autodissolução e rearranjo, com base em duas dialéticas da modernidade, as ambivalências do mais-moderno e do antimoderno⁶³.

Este estudo se desenvolve pela análise das concepções de Globalização e Sociedade de Risco, chaves das duas principais obras do autor. Estas serão aqui analisadas em dois momentos, cada um associado a um tipo predominante de recomposição que traz desafios ao Direito – o primeiro à redinamização espacial, o segundo, à redinamização temporal do comportamento humano.

2 A REDINAMIZAÇÃO ESPACIAL DA MODERNIDADE REFLEXIVA: O DIREITO E A TOPOPOLIGÂMICA “GLOBALIZAÇÃO DAS BIOGRAFIAS”

Apesar das muitas divergências a respeito da exatidão do conceito de globalização, é consenso que ela se associa aos fluxos internacionais de capitais, mercadorias, informações e pessoas; representa, portanto, uma interconexão que transcende os limites do espaço físico geográfico. Na interpretação de Ulrich Beck,

A globalização significa: surgem alternativas de poder, de ação e de percepção da vida social que desmontam e confundem a ortodoxia da política e da sociedade nacional-estatal. [...] Os sonhos, as ambições, as utopias cotidianas dos homens já não estão mais presas aos espaços geopolíticos e às identidades culturais. (BECK, 1999, p.122-123).

Esses fluxos internacionais tão intensificados a partir do século XX, potencializados pela virtualização do mundo, ocasionaram profundas mudanças nas relações humanas, que, em termos espaciais, sofreram uma recomposição em formato de rede dinâmica e complexa de sujeitos que interagem entre si, presos entre as intersecções do global e do local. Na concepção de Beck,

⁶³ “No primeiro caso, a vitória dos princípios básicos modernos gera crises nas instituições básicas modernas. Há ao mesmo tempo crise e não-crise: a continuidade dos princípios modernos leva à descontinuidade das instituições básicas. No segundo caso, a modernidade contraria seus próprios princípios básicos. O autor cita o exemplo da bomba atômica. Da vitória da modernidade criou-se uma arma de sua destruição, transformando o apocalipse, de uma visão religiosa, em uma possibilidade real criada pelo progresso científico. Assim, do sucesso da modernidade criaram-se os riscos globais, os quais colocam os princípios básicos da modernidade à disposição: podem ser destruídos e essa possibilidade por si só já os destrói, em parte.” (MOTTA, 2009, p. 394)

Isto já havia disso entrevistado por Elizabeth Back-Gernsheim [...]: [...]Trata-se, nestes casos, de histórias de vidas muito embaraçadas, movediças e agitadas, que recusam um enquadramento nas categorias já estabelecidas [...]. [...] O local e o global, como argumenta Robertson, não se excluem. Pelo contrário: o local deve ser compreendido como um aspecto do global, Globalização também quer dizer: a conjunção e o encontro de culturas locais que deverão ainda ser conceitualmente redefinidas em meio a este *'clash of localities'*. Robertson propõe a substituição do conceito base de globalização cultural por glocalização [...]. (BECK, 1999, p. 91-95).

Surge, assim, uma sociedade mundial *não-territorial, não-integrada, não-exclusiva, o que não quer dizer que essa forma da diversidade social e da diferença cultural não possui ou não conhece nenhum vínculo local*. Essa nova organização não traz [...] *anomia, destruição, dissolução do social*. Nas biografias multilocais, transnacionais, glocais, os pontos de cruzamento e semelhança entre os homens se ampliam e se diversificam. (BECK, 1999, p. 185).

É nessa linha que o autor desenvolve os conceitos de “globalização das biografias” – que traduz a irrestricção geográfica das vidas humanas – e de “topopoligamia” – que interpreta as múltiplas relações entre o sujeito e os diferentes e distantes espaços como uma forma de estar casado com vários lugares e pertencer simultaneamente a distintos mundos, de forma que esses seres humanos compartilham internacionalmente *vivências de um destino comum, manifestas nas proximidades improváveis do distante em um mundo sem fronteiras* (BECK, 1999, p.99). Como o contemporâneo Bauman também chegou a afirmar, a proximidade física não se choca mais com a distância espiritual. (BAUMAN, 1935, 2005, p.33)

Quem deseja compreender a figura social da globalização das vidas individuais deve relativizar as contradições dos diversos locais entre os quais elas são apresentadas. E isto requer, entre outras coisas, uma nova compreensão da mobilidade. [...] Surge no primeiro plano a mobilidade interna da vida individual, que já se habituou a ir e vir, a estar simultaneamente aqui e ali. [...] A mobilidade interna não é, há muito tempo a exceção e sim a regra [...] significa a medida da flexibilidade física e espiritual necessária ou desejada para o domínio desta vida cotidiana entre mundos diferentes. [...] Se a vida individual se expande por diversos lugares, isto pode significar que estas biografias se desenvolvem num espaço comum [...]. A multilocalização não quer portanto dizer [...] nem emancipação e nem a não-emancipação, nem a anomia e nem a não-anomia, nem o automatismo da “visão cosmopolita” e nem um novo fundamentalismo, nem a banalização e nem o alarmismo, nem a difamação [...]. Ela quer dizer: há algo novo, que se tem a curiosidade se der ou experimentar para decifrar este(a) novo(a) (visão de) mundo. (BECK, 1999, p.38-41).

O desligamento da restrição “aqui e agora” – já que o aqui é múltiplo e o agora se esvai na busca pela apreensão dessa multiplicidade – e a consequente flexibilidade física e espiritual fazem com que os indivíduos sejam bombardeados de possibilidades, estas muito mais transcendentais que efetivas. É disso que se decorre o *primeiro impacto* da globalização (na perspectiva das biografias) ao âmbito jurídico: a complexização da individualidade⁶⁴.

Se a questão da identidade era minimamente previsível e uniforme há dois séculos atrás, hoje esse universo tão vasto de pretensas possibilidades que nos é exibido nas “vitrines” da globalização nos atordoa e faz buscar uma imensa diversidade de elementos para a construção do Eu.

Isso se agrava pelo fato de que se têm *perdido importância as formas tradicionais e institucionais de supressão do medo e da insegurança no interior da família, no casamento, nos papéis de gênero, na consciência de classe e nas instituições e partidos políticos nela apoiados.* (BECK, 2010, p.93) [...] *Dessa maneira, surgem sempre novos movimentos de busca, que em parte põem à prova modos experimentais de abordar as relações sociais, a própria vida e o próprio corpo, segundo diversas variantes de subculturas alternativas e juvenis.* (BECK, 2010, p.111)

O Direito, que se propõe a resguardar o desenvolvimento da personalidade, vê-se obrigado a resguardar também toda essa efervescência inconstante de um eu esparso em busca de si; vê-se impelido a acomodar uma pluralidade exponencialmente maior de sujeitos com ambições cada vez maiores e mais complexas. Quanto maiores e mais complexas essas ambições plurais, maior é o desafio jurídico de proporcionar um “*habitat*” propício e seguro para seu exercício simultâneo e maximizado – principalmente num contexto de

⁶⁴ “Repentinamente nos vemos lançados diante de um quadro [...]: as antinomias e as contradições dos continentes, culturas, religiões [...] transcorrem incessantemente na vida de cada pessoa. O global não espreita e ameaça sob a forma de Todo exterior – ele faz seu ninho e chama a atenção no espaço de origem da vida das pessoas. Mais ainda: constitui uma boa parcela da autenticidade e da particularidade da vida própria.” (BECK, 1999, p.136)

descentralização dos âmbitos de atuação e influência, o que Beck trabalha mais a fundo pelo conceito de subpolítica.⁶⁵

Ao mesmo tempo, a uniformidade das situações e casos jurídicos se esvai com a uniformidade dos sujeitos, exigindo uma flexibilização cada vez maior. Já afirmou Luiz Roberto Barroso, com enorme sensatez, que *o paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido.* (BARROSO, 2001, p. 3-4) Neste contexto de particularização, os princípios – normas mais porosas à flexibilidade da realidade concreta – tornam-se indispensáveis ao juízo, ao passo em que o perigo da relativização excessiva torna imprescindível o desenvolvimento hermenêutico.

Movamo-nos ao *segundo impacto* da globalização (na perspectiva das biografias) ao Direito – a complexização da sociabilidade –, que também se decorre desta supracitada pluralidade pulsante e glocalizada. Ao passo em que a diversidade de sujeitos e personalidades cresce, cresce também a potencialidade de conflitos e litigiosidade; ao passo em que isso se esparrama para além dos espaços sociais geográficos óbvios, esses conflitos são desencaixotados e desafiam a jurisdição clássica, cuja previsibilidade escapa à compartimentação do Direito. Temos, desta forma, uma demanda maior e primária, a quantitativa, que traz uma demanda secundária e qualitativa: a de mecanismos inéditos para resolução de dinâmicas conflituosas inéditas, não mais presas ao sistema binário que pressupõe o envolvimento simplificado de dois agentes únicos em polos antagonicos, circunscritos por um Estado soberano clássico.⁶⁶

Nesse contexto complexo, a demanda pela resolução judicial de conflitos não se restringe ao termo médio, rígido, artificial – o Estado – mas exige cada vez

⁶⁵ Sobre esse desafio de regulação da esfera de atuação não-central, melhor desenvolvido por ele em longas considerações no livro "Sociedade de Risco: rumo a uma nova modernidade", Beck afirma: "Minha resposta é a seguinte: por meio de uma ampliação e da garantia jurídica de possibilidades específicas de controle da subpolítica., assim como uma esfera pública forte e independente, com tudo o que isto pressupõe." (BECK, 2010, p. 340)

⁶⁶ "Juntamente com estes fatos, os conflitos deixam de ter a proporção e a perspectiva de serem conflitos individuais, e passam a se tornarem conflitos conjunturais, coletivos, associativos, difusos, transindividuais, motivando o colapso das formas tradicionais de se atenderem as demandas para as quais somente se conheciam mecanismos típicos do Estado liberal, estruturado sobre as categorias do individual e do burguês." (BITTAR, 2014, p.142)

uma intersecção da mínima e da máxima escala – do pluralismo jurídico intraestatal e do Direito Internacional, que florescem com a crise do Estado – já que são conflitos glocalizados, postos entre os paradoxos do local e do global. Ressalta a importância de um direito contextualizado espacialmente, já que a particularidade deve ser o enfoque, mas universalizado na interconexão global, ambas as dimensões em diálogo cujo árbitro potencial mais apto parece ser os Direitos Humanos⁶⁷.

Temos, portanto, os desafios:

- a) de uma pluralidade subjetiva cada vez mais aguda, que deve ser resguardada pelo Direito em sua proteção do desenvolvimento de personalidade, bem como de esferas de atuação igualmente difusas, no âmbito da subpolítica, que exigem Tribunais fortes, mas igualmente abertos e dialógicos;
- b) de casos cada vez mais complicados e desuniformes, que exigem uma ponderação muito mais atenciosa, fundada na porosidade normativa dos princípios e na hermenêutica;

⁶⁷ Em vários momentos, Ulrich Beck aborda com extrema sensatez a questão do universalismo e do relativismo dos Direitos Humanos. Para ele, os “direitos humanos não devem ser submetidos ao universalismo universalista da forma inventada pelo Ocidente que deveria ter validade em todo o globo [...] (e)xistem versões dos direitos humanos até mesmo nos diferentes cantos da Europa. [...] As reivindicações provenientes de outras partes do mundo remetem a outra compreensão dos direitos. [...] Com a curiosidade de outras tradições e concepções não ocorre, como teme o universalismo universalista, algo como o abandono da ideia da equidade de direitos para todos os homens. “Somente” pode começar, ou melhor: só agora começa uma disputa das culturas, dos povos, dos Estados e das religiões pelas mais ricas dentre as concepções de direitos humanos, E se inicia o enfeitado diálogo sobre o assunto. [...] O universalismo contextual afirma: é preciso abrir daquilo que possuímos de mais sagrado para a crítica dos outros”. (BECK, 1999, p. 153-155). Esta concepção mostra a possibilidade de conciliação jurídica entre o global e o local de forma não negligenciar nenhuma das duas perspectivas, já que o “universalismo contextual parte da constatação [...] de que a não-mistura é impossível [...] vivemos na era da semelhança, toda tentativa de manter seu isolamento e de buscar refúgio na ideia de que há mundos separados é grotesca, inadvertidamente cômica. O mundo é a caricatura de um incontestável (não)-diálogo consigo mesmo e com os outros. [...] Não existem mundos separados. Existe a multiplicidade de um contexto global descontextualizado diante do qual o retorno ao não-diálogo parece ser algo idílico. Em substituição ao pacto de não-mistura, considerado inviável, entra em cena a admissão da vida glocal. [...] Não está em discussão o se, mas o como da miscigenação, de tornar-se miscigenado, da contra – ou com-mistura. [...] O contextualismo absolutista afirma: deixe-me em paz! Mas não por ser proibida a perturbação da paz, mas por ela não ser capaz de transpor os abismos da não-comparabilidade. E no final, o resultado continua a ser o mesmo. Em contraposição, o princípio do universalismo contextual afirma: não há escapatória diante da falta de paz promovida pela mútua mistura, não há escapatória possível. [...] Mas surge esta possibilidade: há o meu e o seu universalismo – um universalismo plural. [...] (BECK, 1999, p.149-153)

- c) de uma litigiosidade crescente em magnitude e dinamicidade, não-binária e não-compartimentada como esperam os artifícios da jurisdição clássica, o que impõe uma visão cada vez mais ampla, flexível e dialógica da realidade e do Direito, para que ele supra as duas dimensões do crescimento da demanda judicial;
- d) de um necessário e constante escapamento do Direito das tradicionais vias estatais, que ressalta a imperiosidade de valorização das perspectivas jurídicas glocalizadas, interseccionando o pluralismo jurídico intraestatal e o Direito Internacional a partir da conciliação dos Direitos Humanos (vistos sob a ótica do que Beck denomina universalismo contextual).

Como é perceptível, o mínimo denominador comum entre tais realidades é a exigência cada vez mais aguda de um universo jurídico poroso, flexível, dialógico, sendo o grande trunfo do Direito Contemporâneo sua composição axiológica fundada nos princípios, nos Direitos Humanos e Fundamentais⁶⁸.

A redinamização temporal da Modernidade Reflexiva: o Direito, o determinismo do futuro, o "poder-ser" e o "dever-ser"

Segundo Ulrich Beck, *a sociedade do risco designa uma época em que os aspectos negativos do progresso determinam cada vez mais a natureza das controvérsias que animam a sociedade. Desta forma, não se trata, pois, de analisar os perigos como tais, mas de demonstrar que, diante da pressão do perigo industrial que nos ameaça [...] aparecem chances de novas configurações.* (BECK, 2010, p. 1) Sob esta perspectiva de renovação, analisaremos o deslocamento de referencial temporal dessa nova *conditio humanitas* descrita

⁶⁸ Como coloca o próprio Beck, "Direitos fundamentais são, nesse sentido, pontos decisivos para uma descentralização da política com efeitos amplificadores de longo prazo. Eles oferecem várias possibilidades de interpretação e, em situações históricas diversas, sempre novos pontos de partida para romper com interpretações restritivas e seletivas até então válidas. A mais recente variante desse aspecto verificou-se na ampla ativação política dos cidadãos, que, com uma diversidade de formas que ultrapassa todos os esquemas políticos habituais – de grupos de iniciativa, passando pelos assim chamados "novos movimentos sociais", até formas alternativas e críticas de atuação profissional (entre os médicos, químicos, físicos nucleares etc.) - , usufruem, com urgência extraparlamentar, de seus direitos antes de mais nada formais e dão-lhes a vida que faz com que sejam algo pelo que lutar." (BECK, 2010, p.290)

pelo autor e algumas possíveis perspectivas sobre os seus efeitos na dinâmica jurídica.

O conceito de Sociedade de Risco refere-se à uma situação histórica específica, característica da Modernidade Reflexiva, que impõe esforços teóricos e práticos para a adaptação dos modos de vida e das instituições às novas necessidades. Como esclarece Estevão Bosco,

a sociedade de risco designa uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna em que os sucessos da modernização industrial passam a gerar efeitos colaterais imprevisíveis, diagnosticados como causa de danos e destruições (ambientais, econômicos, políticos e individuais) e, num segundo momento, como riscos cientificamente projetados e social, econômica e politicamente percebidos e geridos. Efeitos estes que tendem a escapar dos mecanismos de controle e proteção institucional da sociedade industrial. A sociedade de risco é caracterizada por uma ambivalência expressa: o progresso técnico-econômico não necessariamente corresponde a progresso social. (BOSCO, 2012, p.5).

O que torna essa nova forma de percepção e relação com os riscos peculiar e imprescindível? *Todas as sociedades temem a morte, as doenças, os incêndios, as inundações, a fome, os temporais e a guerra; todas as sociedades conhecem os riscos que a ameaçam; todas as sociedades procura evitar danos (HERMITTE, 2005, p.7), mas só na sociedade moderna-reflexiva de risco essas percepções referem-se a consequências amplamente catastróficas e presentes de formas tão difusas e aparentemente inescapáveis, já que tão intrínsecas. A sociedade de risco é marcada fundamentalmente por uma carência: pela impossibilidade de imputar externamente as situações de perigo, vendo-se, ao lidar com riscos, confrontada consigo mesma. Riscos são um produto histórico, a imagem especular de ações e omissões humanas, expressão de forças produtivas altamente desenvolvidas.*” (BECK, 2010, p.275)

Na modernidade reflexiva, paira de maneira constante o fantasma da iminência. No terrorismo que apavora, nas catástrofes ambientais, no transgênico cancerígeno: a sensação de risco é tão intensa e onipresente que desloca o eixo de referência do passado para o futuro – um futuro não *em-si*, mas *em-potencialidade*. Há uma inflação da percepção do movimento ação-consequência, com simultâneo e paradoxal atordoamento, tanto pela inestimabilidade da

consequência, quanto pela indeterminabilidade da ação, em um mundo não mais binário⁶⁹ e compartimentado. Beck explica que

Sociedade de risco significa: o passado perdeu o seu poder de determinação sobre o presente. Entra no lugar o futuro – ou seja, algo que não existe, algo fictício e construído – como a causa da vida e da ação no presente. Quando falamos de riscos, discutimos algo que não ocorre mas pode surgir se não for imediatamente alterada a direção do barco. (BECK, 1999, p. 178).

É esse aspecto da sociedade de risco que este enfoque propõe abordar: essa redinamização temporal do comportamento humano, agora muito mais voltado ao futuro. A atenção que antes não vislumbrava de maneira tão sensível as consequências, não se voltava para o ser-no-futuro e nem agia tendo-o como norte, agora procura avaliar este espectro de probabilidades. O referencial para a ação no presente não é mais o passado, é o que está por vir, nisso inclusos de maneira especial e protagonista os riscos. A questão que redefine o comportamento é a difícil e turva escolha entre muitas possibilidades, entre muitos peculiares *poder-ser*.

O Direito, como *dever-ser* social – ou seja, como a busca de um *poder-ser* específico – tem então a incrível oportunidade de colocar-se em consonância com este paradigma e não só superar sua crise de eficácia, mas renovar-se observando seu enfoque central: a constante construção de uma ordenação social futura por ele regulada e estabelecida. A ciência jurídica tem, em seu cerne, o potencial para tornar-se um referencial na ponderação de escolha hoje-amanhã, ou seja, na gestão do probabilidades e riscos – agora tão inflados – de maneira reorientar-se para sua efetividade.

Para tal, é necessário que o Direito imponha a si mesmo algumas perspectivas. Primeiramente, é preciso que ele se veja, como o contexto em que se insere, reflexivo. Tendo sofrido os processos das duas dialéticas dessa fase da modernidade – a mais-moderna, pela crise de muitas das suas instituições, anêmicas demais para suportar a pressão da demanda pela eficácia dos princípios jurídicos, e a antimoderna, pelo uso de seus ferramentais contra estes

⁶⁹Enquanto anteriormente era simples a determinação do conjunto das causas em uma lógica binária quase que ao estilo agressor-vítima, hoje “a complexidade das causas leva a discussão do universo nas causas”, já que “a pluralidade das possíveis causas e ainda mais interações a forma com a qual produzem efeitos que se juntam a outras causas para produzir novos efeitos provocam um certo desânimo”. (HERMITTE, 2005, p. 11)

mesmos princípios⁷⁰ – a ciência jurídica vê-se em momento de autocrítica e renovação. Se o Direito é um *dever-ser*, seu *dever-ser* máximo é a organização da sociedade – como já entendeu Norberto Bobbio⁷¹ – e *deve-ser* este seu eixo de orientação para sua recomposição reflexiva.

Em virtude disso, é necessário que o Direito constitua-se como teleológico, em dois sentidos.

No primeiro e fundamental sentido, teleologicamente orientado pela busca da melhor eficácia na organização desta nova sociedade, adaptando-se às necessidades e ansiedades desta. Bittar nos lembra que a *crise que mais de perto se estará a discutir é aquela referente à eficácia do Direito, pois de nada adianta pensar-se no Direito como regra de dever-ser (Sollen) isolada do ser (Sein)* (BITTAR, 2014, p. 10). O objetivo máximo é a máxima harmonização das e com as necessidades sociais atuais e futuras.

No segundo e decorrente sentido – já contextualizado nessas necessidades específicas da sociedade reflexiva –, teleologicamente voltado ao manejo dessa nova disposição temporal que se coloca, ou seja, dirigido a

⁷⁰ Este movimento antimoderno, que é usualmente exemplificado pela bomba atômica, pode ser, no âmbito mais restrito do Direito, relacionado ao próprio uso do ferramental jurídico nas Grandes Guerras para a promoção de atrocidades. O sucesso do Direito Positivo acabou por esfacelar a própria segurança jurídica que era por ele proclamada. Já o primeiro movimento dialético entre os princípios e instituições jurídicas, o mais-moderno, é indiretamente abordado pelo autor: "[...] ambos os processos – o empaldecimento do intervencionismo do Estado Social na esteira de seu sucesso e as ondas de grandes inovações tecnológicas com ameaças futuras até o momento desconhecidas – somam-se a uma dissolução das fronteiras da política e, na verdade, em duplo sentido: de um lado, direitos estabelecidos e assim percebidos reduzem as margens de manobra no sistema político e fazem com que surjam fora do sistema político demandas por participação política sob a forma de uma nova cultura política (iniciativas da sociedade civil, movimentos sociais)". Ao mesmo tempo, "a perda em termos de poder estatal de conformação e realização não é, nesse sentido, expressão de um certo fracasso político, e sim produto da democracia e da política social realizadas, em meio às quais os cidadãos sabem dispor de todos os meios de intervenção e controle público e judicial para a defesa de seus interesses e direitos." (BECK, 2010, p.278) Em resumo, "quanto mais exitosamente direitos políticos foram conquistados, estabelecidos e avivados ao longo deste século, tanto mais energicamente foi questionado o primado do sistema político e tanto mais fictícia se tornou ao mesmo tempo a concentração decisória pretendida pela cúpula do sistema político-parlamentar" (BECK, 2010, p.285)

⁷¹ "Quem desejar compreender a experiência jurídica nos seus vários aspectos deverá considerar que ela é a parte da experiência humana cujos elementos constitutivos são: ideais de justiça a se realizar, instituições normativas para realiza-los, ações e reações dos homens frente àqueles ideais e a estas instituições. Os três problemas são três aspectos diversos de um só problema central, que é o da melhor organização da vida dos homens em sociedade" (BOBBIO, 2001, p. 53-54) (grifos meus).

atuar hoje pelo referencial da eficácia do dever-ser no amanhã, onde se encontra o risco, onde se encontra o *poder-ser* que *deve(-)ser* regulado. Essa imprescindibilidade do *Sein* abordada por Bittar, portanto, refere-se a um *Sein* não só presente mas também futuro, ocupado pelas peculiaridades da dinâmica ação-consequência da sociedade de risco.

O jurídico não pode, numa sociedade já tão repleta de iminências indesejáveis, dar-se ao luxo de ignorar a discussão acerca d'“o que queremos” e “como alcançaremos”, nem a riqueza de sua pluralidade, nem a oportunidade que deriva de sua ocorrência⁷². Há duas alternativas: adaptar-se à supremacia do futuro ou definhar no apego ao passado.

Não cabe mais, por exemplo, enxergar hoje que uma sanção tem (pre)dominância sobre uma medida reparadora qualquer, se aquela acarretará mais prejuízo futuro a à sociedade, em seu saldo negativo, enquanto esta sanará os prejuízos daquele dano e prevenirá sua recorrência. Em termos gerais, não cabe qualquer decisão que, em supervalorização do passado, se esqueça que este é imutável e, na sociedade do risco, *perdeu seu poder de determinação sob o presente* (BECK, 1999, p. 178) de tal forma que o que importa é o *Sein* de amanhã, entre seus muitos "podes" e "deves".

É necessário que as instituições jurídicas que objetivam se adaptar à modernidade reflexiva levem em consideração: o que trará efeitos mais adequados à eficácia do *dever-ser*? De que forma o Direito pode, tendo em vista um específico desvio do *dever-ser* para um não *dever-ser*, cumprir sua função primordial de ordenar, organizar, harmonizar o convívio social de forma alcançar o resultado almejado? Já foi citada a sensata afirmação de que *o paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido*. (BARROSO, 2001, p. 3-4). Devemos não só enfatizar o uso meticuloso da expressão "resolvido", que sugere um caráter quase que restaurativo, mas também acrescentar que este mesmo paradigma não se limita àquele caso

⁷² Como coloca o próprio autor, “por trás de todas as retificações, cedo ou tarde emerge a questão da aceitação e, com ela, a velha nova questão: como queremos viver? O que há de humano no ser humano, de natural na natureza, que é preciso proteger?” (BECK, 2010, p.34)

concreto em sua localização temporal passada, mas aos seus efeitos e possibilidades decorrentes da atuação e reverberação no futuro.

O foco do Direito moderno-reflexivo configura-se tendo pela eficácia constante (presente e futura) do *dever-ser*; por isso, o paradigma jurídico passa a constituir-se teleologicamente.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A modernidade reflexiva, em escala espacial e temporal, vive um constante paradoxo: o glocal. Biográfica, exacerba diferenças, acentua particularidades; internacionalizada, exerce pressões equalizadoras, acentua interdependências, torna complexo o movimento ação-consequência. Enquanto o *regresso (infinito) às questões “sou realmente feliz?”, “sinto-me realmente realizado?” e “quem é que aqui na verdade diz e pergunta ‘eu’? conduz a modos sempre novos de respondê-las (BECK, 2010, p. 145)* num individualismo e numa diferenciação peculiares, *amigo e inimigo, leste e oeste, em cima e embaixo, cidade e campo, preto e branco, sul e norte são todos submetidos, no limite, à pressão equalizante dos riscos civilizacionais que se exacerbam. Elas contêm em si uma dinâmica evolutiva de base democrática que ultrapassa fronteiras, através da qual a humanidade é forçada a se congregar na situação unitária das autoameaças civilizacionais. (BECK, 2010, p.57)*

A vida privada de fato se torna extremamente específica, mas seu individualismo esbarra nas circunstâncias de um contexto que esvai entre os seus dedos, sobre o qual se exerce ínfimo controle. Ínfimo também é o controle que se tem sobre o futuro, sobre o próprio *vir-a-ser*, sobre o próprio (auto)determinismo. Desta forma,

[...] surge uma nova imediação entre indivíduo e sociedade, a imediação entre indivíduo e sociedade, a imediação entre crise e enfermidade, na medida em que as crises sociais surgem como se fossem individuais, sendo que somente sob uma série de condições e mediações seu caráter social pode ser percebido. (BECK, 2010, p.110).

O fato é que a dinâmica social foi desterritorializada – principalmente no que concerne à dinâmica do risco –, o que tornou as relações humanas mais complexas, e, principalmente, complexas as decisões e as ações humanas. Há

novas fontes de conflito e consenso, a novas fontes de catástrofes e soluções, de forma que *as causas esfarelam-se numa vicissitude generalizada de atores e condições, reações e contrarreações*, o que *confere evidencia social e popularidade à ideia sistêmica*. (BECK, 2010, p.39)

Para a compreensão dos desafios desta nova sociedade, a expressão “sistêmica” é um conceito chave. As interconexões que compõem esse gigante e complexo sistema e aniquilam pretensões de estabilidade e compartimentação exigem ação pensada, cautelosa e flexível, que seja capaz de manter-se de maneira positiva num mundo que parece precisar do senso existencialista de responsabilidade para gerir a si próprio.

A imprescindibilidade desta revisão de responsabilidade emerge quando os maniqueísmos são dissolvidos, quando os laços se tornam embaraçados, quando cresce o sentimento de que “estamos todos no mesmo barco”. O *efeito socialmente circular de ameaça pode ser generalizado*, já que *cedo ou tarde se atinge a unidade entre culpado e vítima*, sendo que *no mais inconcebível dos casos – o cogumelo atômico -, isto é evidente: ele aniquila inclusive o agressor* (BECK, 2010, p.45); sob este risco, somos obrigados a redirecionar nossas ações com atenção ao *Sein* futuro. Como já afirmou Beck, *não é possível continuar a aceitar o mito da imprevisibilidade dos efeitos. Não é a cegonha que traz os efeitos – eles são feitos* (BECK, 2010, p. 262), e, num contexto tal como esse, a direção é regular quais deles desejamos e quais combateremos de forma evitar a latência do efeito circular de ameaça. Essa atitude teleológica, cuja necessidade já foi abordada, insiste que temos de lidar com uma

‘variável projetada’, com uma “causa projetada” da atuação presente, cuja relevância e significado crescem em proporção direta à sua incalculabilidade e ao seu teor de ameaça, e que concebemos para definir e organizar nossa atuação presente. [...] (BECK, 2010, p.40).

A grande questão é: como o Direito deve organizar sua atuação presente? Toda teleologia tem seu referencial, qual será o de uma ciência jurídica moderna-reflexiva?

Não há pretensão de precisar tal resposta. Num mundo tão complexo, a unificação de um valor universal parece um tanto forçada e ilusória; a discussão de tais objetivos deve ser central e incessante, nunca definitiva. O que podemos

afirmar se restringe ao fato de que, num contexto plural, biográfico e interdependente, não há alternativa senão manter uma flexibilidade controlada e não omissiva, ou seja, que se adapte à diversidade, à complexidade e à intensidade das vidas humanas.

Na visão sistêmica, é necessário que se regule com muita atenção as consequências – e, decorrentemente, a responsabilidade – de forma que todas estas biografias possam se desenrolar ao máximo, como é de seu desejo. É preciso gerar efeitos positivos, permitir o desenvolvimento da maneira mais próxima possível à plenitude de maneira aliar a auto realização individual a uma visão quase holística, de forma acalmar os conflitos, reduzir os danos e garantir que os anseios e interesses de todos esses sujeitos de direito sejam valorizados devidamente – daí a emergência do paradigma de valorização jurídica máxima da pessoa. Para isso, não há muitos caminhos senão a busca proativa de uma garantia universal de desenvolvimento que não rotule e estipule um conceito de desenvolvimento, mas procure conciliar a diversidade sistêmica dos projetos de vida, que, inegavelmente, não se harmonizam por si mesmos. Destaca-se a necessidade deste tipo de visão quando se percebe que

[...] se por um lado as biografias individualizadas seguem estruturalmente atadas à autoconfiguração, por outro lado elas se abrem até o limite do interminável. Tudo aquilo que parece isolado numa perspectiva teórico-sistêmica se converte em componente integral da biografia individual: família e trabalho assalariado, educação e ocupação, administração e transporte, consumo, medicina, pedagogia etc. [...] Visto dessa forma, trata-se de **situações institucionais individualizadas cujos nexos e fissuras, negligenciados no nível sistêmico, acabam gerando permanentemente, tanto nas biografias individuais quanto entre elas, pontos de fricção, empecilhos à harmonização e contradições. Sob tais condições, a condução da vida se converte na superação biográfica de contradições sistêmicas.** A biografia é – com base na formulação de N. Luhmann – a soma das racionalidades subsistêmicas, e de modo algum o meio ambiente que as envolve. Não é só que a compra do café na loja da esquina eventualmente se torna uma questão relativa à contribuição com o espólio dos trabalhadores rurais sul-americanos. Não é só que a onipresença dos pesticidas transforma uma formação básica em (anti)química num pré-requisito para a sobrevivência. (BECK, 2010, p.201) (grifos meus)

Caberia [...] proteger e ampliar o nível já alcançado de direitos sociais e democráticos contra investidas (BECK, 2010, p.341), no âmbito dos Direitos Humanos e Fundamentais, tendo em vista um Direito não só teleológico mas axiteleológico; construindo um sistema dialógico, poroso, que mantivesse, com os

devidos limites, a autonomia das margens decisórias judiciais⁷³ em *Tribunais fortes e independentes* (BECK, 2010, p. 340), de forma garantir o protagonismo da melhor decisão para o caso concreto⁷⁴. Esta decisão, por sua vez, – e aí está uma das (de)limitações a serem postas à autonomia – não deve ceder ao particularismo de ignorar ao seu entorno, mas sim considerar os amplos aspectos que se relacionam sistemicamente com aquela situação individual, levando em conta as complexidades da redinamização espacial de nossos tempos e orientando-se pelo referencial temporal que tal complexidade exige.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ, v.1, n.6, set. 2001.

BAUMAN, Z. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

BECK, U. **O que é a globalização? Equívocos do globalismo; respostas à globalização**. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECK, U. Política na sociedade de risco. Tradução de Estevão Bosco. Campinas: Ideias. Edição n. 1, nova série, 2º semestre, 2010.

BECK, U. **Sociedade de risco**: Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BITTAR, E. C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3. Ed. Modificada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014.

BOBBIO, N. **Teoria da norma jurídica**. 1.ed.São Paulo: Edipro, 2001.

⁷³ Afirma Beck que “na posição profissional de juiz, protegida na Alemanha pelo direito administrativo, tornam-se visíveis, em parte através de novas formas de percepção e interpretação e em parte através de alterações externas, margens decisórias parcialmente autônomas, que, conforme percebem com perplexidade uma comunidade de juizes e uma esfera pública surpresas, também vêm sendo utilizadas de modo controverso nos últimos anos.” (BECK, 2010, p.291)

⁷⁴ É interessante a colocação do autor que demonstra a flexibilização da norma positiva nessa busca pelo protagonismo do caso concreto – “Para o legislador, isto leva à seguinte consequência: ele vê-se cada vez com mais frequência colocado no banco dos réus nos tribunais.” (BECK, 2010, p. 292)

BOSCO, E. Reflexividade, incerteza e risco: uma crítica imanente da teoria da Sociedade de Risco Mundial de Ulrich Beck. **VII Congresso Português de Sociologia**. Porto, 2012.

FARIA, J. E. O. C. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social. São Paulo: EDUSP, 1988.

MOTTA, R. **Sociologia de risco**: globalizando a modernidade reflexiva. Sociologias, Porto Alegre, ano 11, nº 22, jul./dez. 2009.

SANTOS, B. de S. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001.

VARELLA, M. D. (org); HERMITTE, M. A. **Governo dos Riscos**. Brasília: Rede Latino-americana-europeia sobre Governo dos Riscos, 2005.

DIREITO, RISCO E SOCIEDADE INDUSTRIAL: O SISTEMA JURÍDICO NA PERSPECTIVA DE ULRICH BECK

Damáris Costa Ribeiro,
Rafael Lazzarotto Simioni,
Rodrigo Pedroso Barbosa,

RESUMO: Quando se pensa em risco, geralmente pensa-se em risco em plano individual. Mas quando se pensa na relação entre o Direito e a decisão jurídica, os riscos vão além destes limites. Direito acontece em um ambiente social e não matemático ou probabilístico. Por conseguinte, é preferível, que a noção de risco também seja fundada em riscos sociais, especialmente quando vivemos em uma sociedade globalizada onde riscos ultrapassam fronteiras, são não localizados e possuem contornos não delimitáveis. Quais os limites do risco de uma catástrofe ecológica? De um acidente nuclear? Como se pode mitigar a perda da camada de ozônio e o aquecimento global? Em menor escala, mas ainda de maneira mais ampla do que o antigo conceito de risco, estão os riscos de decisões jurídicas e atividade legislativa. O risco de uma nova lei ou de um novo precedente, que pode afetar milhares de pessoas, sua segurança, patrimônio, renda, saúde etc. Nessa perspectiva, a questão central desta pesquisa é qual a relação do risco com o direito? O presente artigo objetiva compreender a relação do risco com o Direito, especificamente nas questões do que representa o risco na sociedade contemporânea globalizada, a diferenciação entre risco e vulnerabilidade, e como o Direito pode funcionar como mecanismo de absorção de risco, algo não mais possível através dos mecanismos anteriores da sociedade industrial. Utiliza-se a metodologia analítica, em especial através do pensamento de Ulrich Beck. Na sociedade mundial de risco, as nações não conseguem, sozinhas, resolver os problemas. Devem dialogar para minimizar os riscos e perigos, assessorar umas às outras e aliarem-se, conforme *imperativo cosmopolita*. Vencer os problemas exige esforços políticos globais, no entanto, nada ocorrerá sem conflito. As soluções estão nas negociações e não nas guerras. A reflexividade da sociedade de risco global, a expansão dos riscos, a quebra de fronteiras dos estados-nações decorrentes da globalização, a quebra da fórmula do progresso tecnológico equivaler a progresso social, nos levam a uma ruptura com os mecanismos de gerenciamento e compensação de riscos existentes na sociedade industrial. Ulrich Beck propõe, então, como solução para esta auto incapacitação a própria responsabilidade pelos efeitos colaterais, ampliam-se e garantem-se juridicamente controles subpolíticos. E ainda aponta a importância de tribunais fortes e independentes e uma esfera pública forte e independente.

PALAVRAS-CHAVE: Risco; Direito; Globalização; Decisão Jurídica

1 INTRODUÇÃO

A noção de risco geralmente está associada a perigos em um plano individual. O risco de um acidente, de uma doença, de uma catástrofe, parecem poder ser calculados na forma das probabilidades e com contornos delimitados. Assim nos apresenta o chamado risco pessoal. O homem primitivo que empunhava sua lança e saía para caçar estava sujeito ao risco de ser morto por animais selvagens. O homem antigo que se engajava em um combate, com armas de cobre, estava sujeito ao risco do oponente ser mais habilidoso ou possuir armas de aço. O homem moderno que se lançava ao mar com pretensões expansionistas estava sujeito aos riscos inerentes de tal empreita: intempéries, doenças, fome. Eram todos riscos delimitados, ou ao menos delimitáveis, e de natureza pessoal, ainda que pudesse se expandir às pessoas próximas, como a família do caçador que, em face da morte do mesmo, corria o risco de fome. E esses riscos, antigamente, podiam ser enfrentados mediante a fé religiosa. Na modernidade, contudo, enquanto probabilidades, os riscos passam a ser calculáveis. E enquanto delimitados, parecem poder ser mitigáveis.

Cientistas ao longo dos séculos vêm estudando o risco, em suas diversas manifestações temporais. Assim como o caçador pode ir em bando, um homem contemporâneo pode analisar o mercado para calcular o risco de um determinado investimento ou de uma atividade. Esses cálculos são baseados em médias estatísticas e se fala em risco enquanto probabilidade de um evento. Casos que caem fora desses limites são tratados como anomalias estatísticas e, se necessário, mitigados. Fala-se de risco aceitável, controle e gerenciamento de riscos, seguros e garantias. Unidades de análise de risco, com o micromort (HOWARD, 1980, p. 89-113), foram criadas com o maior rigor científico. Um cidadão comum nos EUA, em 2010, tem um risco de morte, por qualquer causa, de 22 micromorts por dia (MURPHY; XU; KOCHANNEK; 2014).

Entretanto, todos estes estudos foram focados em riscos individuais, localizados, delimitados. Quando se pensa no Direito e na decisão jurídica, os riscos vão além destes limites individuais delimitáveis e mitigáveis. O Direito acontece em um ambiente social, e não matemático e probabilístico. Por conseguinte, é preferível, e não premente, que a teoria de risco também seja fundada em riscos sociais, especialmente quando vivemos em uma sociedade globalizada onde riscos ultrapassam fronteiras, são não localizados e possuem contornos não delimitáveis. Afinal, quais os limites do risco de uma catástrofe ecológica? De um acidente nuclear? Como se pode mitigar a perda da camada de ozônio e o aquecimento global? Em menor escala, mas ainda de maneira mais ampla do que o antigo conceito de risco, estão os riscos de decisões jurídicas e atividade legislativa. O risco de uma nova lei ou de um novo precedente, que pode afetar milhares de pessoas, sua segurança, patrimônio, renda, saúde etc. Recorre-se então ao pensamento de Ulrich Beck, sociólogo do risco, com a ajuda do qual é possível perguntar: qual a relação do risco com o Direito?

O presente artigo objetiva estabelecer uma reflexão sobre a relação do risco com o Direito. Nessa perspectiva, a pesquisa procura inicialmente a) distinguir as diferenças entre a concepção de sociedade industrial e sociedade de risco, para depois b) analisar o problema da relação entre a globalização do risco e a territorialidade das jurisdições; em um segundo momento, c) explicita-se a diferença entre perigo e vulnerabilidade e d) a identificação de possíveis mecanismos sociais contemporâneos de mitigação ou absorção de riscos.

A questão central é como o Direito pode funcionar como um mecanismo social de absorção de riscos, já que os mecanismos tradicionais, como a fé religiosa ou a “fortuna” já não são mais mecanismos suficientes de justificação das condutas arriscadas. E para serem alcançados esses resultados, esta pesquisa utiliza a metodologia analítica, através do estudo das obras do referencial teórico da sociedade do risco de Beck e obras afins, visando assim questionar e expandir o conhecimento jurídico na área.

2 SOCIEDADE INDUSTRIAL E SOCIEDADE DE RISCO

A transição da primeira modernidade – sociedade industrial clássica - para a segunda - sociedade mundial de risco - traz como problema central e consequência: uma sociedade construída por riscos incontroláveis, em nome do progresso, e desestruturada pelas incertezas.

[...] assim como no século XIX a modernização dissolveu a esclerosada sociedade agrária estamental e, ao depurá-la, extraiu a imagem estrutural da sociedade industrial, hoje a modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge uma outra configuração social. (BECK, 2011, p. 12-13).

A ruptura que indica a passagem da sociedade industrial clássica para a sociedade mundial de risco define-se por ter ocorrido de forma "indesejada, despercebida e compulsiva no despertar do dinamismo autônomo da modernização." (BECK; GIDDENS; LASH, 2012, p. 18).

A sociedade industrial clássica ostenta estas características: sociedade nacional, crença no progresso, exploração econômica da natureza com consequências "invisíveis", oferta de tecnologia advinda da industrialização, distribuição de seguridade social, pleno emprego (e conflitos das suas relações), sociedade de classes ou camadas sociais, antagonismo entre os interesses conflitantes dos partidos políticos, grandes grupos, ciência institucionalizada, continuidade, concretização (ou instabilidade em sua própria concretização), tradição familiar, união da escassez - produção e distribuição de riquezas, utopia da segurança científica dos riscos vinculados aos lugares em que foram gerados - riscos controlados tanto geográfica como economicamente e linearidade.

Na sociedade industrial clássica, a produção de certezas é cega às ameaças. A segurança propagada carrega um risco intrínseco, até então "inconsequente" e gerado aos "outros". E, assim como os riscos a riqueza, é licitamente distribuída de forma socialmente desigual.

As "sociedades de classe são sociedades nas quais, para além das trincheiras de classe, a disputa gira em torno da conspícua satisfação das necessidades materiais. Contrapõem-se fome e fartura, poder e impotência" (BECK, 2011, p. 54). Para Ulrich Beck é a primeira modernidade. "A força motriz na sociedade de classes pode ser resumida na frase: *tenho fome!* O movimento

desencadeado com a emergência da sociedade de risco, ao contrário, é expresso pela afirmação: *tenho medo!*" (BECK, 2011, p. 60).

Na segunda modernidade, a produção de riqueza acompanha sistematicamente a produção social de riscos. Mas o que são riscos?

O conceito de riscos é moderno. Riscos referem-se à antecipação, com destruições que ainda não ocorreram, mas são iminentes (BECK, 2011, p. 39). São as consequências "permitidas" por decisões "calculáveis", sem avaliação dos seus reflexos, em nome do progresso.

Sociedade de risco significa: o passado perdeu seu poder de determinação sob o presente. Entra em seu lugar o futuro – ou seja, algo que não existe, algo fictício e construído – como a causa da vida e da ação no presente. Quando falamos em riscos, discutimos algo que *não* ocorre, mas que *pode* surgir se *não* for *imediatamente* alterada a direção do barco. (BECK, 1999, p. 179).

Na sociedade de risco, assinalam-se os seguintes aspectos: autonomia inconsequente, que ganha o processo de modernização; ameaça, que surge para toda a humanidade; ubiquidade dos riscos gerada pela imprevisibilidade nuclear; força atômica, que gera a possibilidade de destruição de qualquer tipo de vida no planeta terra; riscos que se esgueiram da consciência; quebra das fronteiras; mundo à mercê da contaminação; incalculabilidade dos efeitos nocivos da modernização; intenso crescimento econômico; instabilidade dos mercados financeiros globais; alta velocidade do desenvolvimento tecnológico; engenharia genética; individualização; dinamismo; abstração; velocidade das transformações atreladas à falta de controle, que leva às incertezas; dissolução da família nuclear e dos papéis dos sexos na família, etc.

A segunda modernidade é caracterizada pela incerteza. A "*classe*" torna-se um conceito insuficiente perante as dificuldades das desigualdades da sociedade mundial de risco (BECK, 2011, p. 366). Nesta sociedade a visibilidade das diferenças da sociedade industrial clássica dá lugar à invisibilidade dos riscos que ameaçam e transcendem quaisquer fronteiras, no entanto, não exclui que alguns sejam mais afetados pelos riscos que outros. Nos "*efeitos colaterais imperceptíveis*" existem os que têm poderes para decidirem quem serão os mais afetados pelos riscos, trata-se da "*vulnerabilidade social*".

O que se anuncia sobre riscos para a sociedade já foi discutido a portas

fechadas pelos que lucram com os riscos, pois, à medida que há a percepção pública dos riscos surge uma sociedade autocrítica (BECK, 1999, p. 177). Existe a necessidade de politização decorrente da percepção pública dos riscos.

Há a necessidade de mobilização política para que a população mais vulnerável tenha consciência dos riscos, visto que não são iguais para todos. A população mais afetada não tem essa noção, quais poderão ser as consequências. Os segredos entre os poluidores e os potenciais receptores tendem a diminuir quando o direito, a economia, a ciência, a política trabalham em conjunto e refletem sobre a questão ecológica, descobrindo-a como poder (BECK; GIDDENS; LASH, 2012, p. 86).

Na sociedade de riscos, antecipam-se danos ecológicos, nucleares, genéticos, bioquímicos, econômicos, industriais, militares, informacionais, científicos, políticos, sociais e individuais, que se revelam como consequências incontroláveis das decisões humanas como civilização e se acumulam diante de um futuro produzido pela modernização. A sociedade de riscos não quantifica ou qualifica.

Beck distingue *risco* de *catástrofe*. “Risco não significa catástrofe; significa *antecipação* da catástrofe” (BECK, 2011, p. 362). Entende por riscos a encenação do futuro no presente (presente do futuro), já as catástrofes são desconhecidas para o futuro (futuro do futuro). A antecipação das catástrofes futuras para o presente pode se transformar em uma força política. O autor difere os *riscos* das “*incertezas fabricadas*”. As “*incertezas fabricadas*” são impostas pela sociedade, de forma que são imprevisíveis, inevitáveis, incalculáveis, incontroláveis e incomunicáveis. São provocadas pelas respostas sociais à velocidade do desenvolvimento tecnológico, além de identificar também, as *ameaças*, que são incertezas que o mundo não está preparado para enfrentar. Ameaças não são riscos, são os desastres naturais que vem de fora, são atribuídos a Deus ou à natureza (BECK, 2011, p. 362-363). Aumentam-se os riscos, aumentam-se as ameaças.

Na distinção entre a sociedade clássica industrial e a sociedade de riscos, é importante destacar que existem sociedades com ambas as características. Ulrich Beck, em desenvolvimento à linearidade proposta no início da sua teoria,

reconhece que a desigualdade de classes sociais continua existindo concomitantemente a um mundo globalizado pela sociedade de riscos. Para os países mais pobres a linearidade existente na sociedade de industrial convive com a sociedade de risco (BECK, 2011, p. 365). Os conflitos da sociedade industrial clássica entre trabalho/capital, esquerda/direita permanecem (BECK; GIDDENS; LASH, 2012, p. 63).

Na proporção em que, na sociedade industrial, a “lógica” da produção de riqueza domina a “lógica” da produção de riscos, na sociedade de risco a “lógica” da produção de riscos domina a “lógica” da produção de riqueza (BECK, 2011, p. 15). Enquanto a sociedade industrial distribui riquezas e a classe de baixa renda sofre com a falta de capital, emprego e seguridade social, na sociedade de riscos, a classe menos favorecida financeiramente continua sofrendo restrições, no entanto, os riscos não abrem exceções, são distribuídos democraticamente.

3 GLOBALIZAÇÃO DO RISCO E TERRITORIALIDADE DA JURISDIÇÃO

Na segunda modernidade, o Estado é de ordem transnacional, caracterizado pela unificação global dos riscos. As relações sociais e de poder, ao contrário da unidade entre Estado, sociedade e indivíduo proposta pela primeira modernidade, são desvinculadas dos Estados nacionais (BECK, 1999, p. 181).

A globalização é precursora da segunda modernidade apresentada por Ulrich Beck, a qual, como um dos fenômenos da sociedade mundial de risco, ocorre de forma não controlada e descentralizada, tendo como um dos seus desafios a territorialidade da jurisdição.

Os riscos têm uma tendência globalizante, são onipresentes, caracterizam-se pela sua *deslocalização*, por não haver “porta de saída”, barreira jurídica, política, econômica, cultural, lingüística ou religiosa que os detenha. “Reduzindo a uma fórmula: *a miséria é hierárquica, o smog é democrático*” (BECK, 2011, p. 43). Na sociedade industrial clássica, os riscos eram divididos em classes e aos mais poderosos era permitida a proteção, no entanto, na sociedade de risco há o “efeito bumerangue”, isto é, mais cedo ou mais tarde, todos serão afetados pelos riscos, e nem aos mais ricos, que lucraram com eles, é garantida a segurança

(BECK, 2011, p. 44).

Na globalização, a soberania dos países sofre interferência cruzada de atores transnacionais (BECK, 1999, p. 30). A transição dos riscos restringidos geograficamente pelas fronteiras nacionais para os riscos democraticamente distribuídos a uma sociedade global exige do direito novos desafios e interpretações.

Para Ulrich Beck, existem dois tipos de globalização, uma simples, linear e outra reflexiva. A globalização simples é ameaçadora à medida que homogeniza a cultura e a identidade das nações. A globalização reflexiva ultrapassa a relação contígua (BECK, 2014).

Globalização significa a experiência cotidiana da ação sem fronteiras nas dimensões da economia, da informação, da ecologia, da técnica, dos conflitos transculturais e da sociedade civil, e também o acolhimento de algo a um só tempo familiar mas que não se traduz em um conceito, que é de difícil compreensão mas que transforma o cotidiano com uma violência inegável e obriga todos a se acomodarem à sua presença e a fornecer respostas. Dinheiro, tecnologia, mercadorias, informações e venenos "ultrapassam" as fronteiras como se elas não existissem. (BECK, 1999, p. 47).

É uma quebra de fronteiras que alia Estados através dos perigos e riscos da segunda modernidade. Ulrich Beck questiona como é possível fazer política na era da globalização. E responde: "percibiendo la globalidad de los peligros, globalidad que funde el aparentemente férreo sistema de la política internacional y nacional haciéndolo maleable" (BECK, 2003, p.20). A globalização é um processo ambivalente e irreversível, afirma o autor, pois os pequenos países, que dela são vítimas, abandonam suas políticas de autarquia nacional e conectam-se ao mercado mundial (BECK, 2003, p. 46). A democracia, na segunda modernidade, é transnacional; a política, cosmopolita.

As mudanças climáticas decorrentes das ações humanas ameaçam o planeta e demandam implementação de políticas e vínculos com organizações internacionais. Os países com maior "*vulnerabilidade social*" e com recursos naturais sofrem pressões internacionais por parte dos mais poderosos, no entanto, desertificados, que impõem uma "globalização" diante de favores econômicos na condição de que não haja desmatamento. Ulrich Beck levanta questões como: até que ponto os países industrializados podem reivindicar que outros em vias de desenvolvimento protejam seus recursos naturais e lhe

garantam os recursos energéticos (BECK, 2003, p. 24).

Na estrutura de poder, riscos não são apenas riscos. São também *oportunidades de mercado*. Na sociedade de risco existem aqueles que são *afetados* pelos riscos e aqueles que *lucram* com eles. Por exemplo, na World Wide Web (www – rede de alcance mundial), a criminalidade informática é transnacional, de modo que um ilícito penal pode ser praticado de qualquer lugar da sociedade mundial de riscos, o que dificulta a definição da jurisdição.

Na globalização dos riscos, estão presentes a instabilidade do mercado financeiro global, a velocidade das mudanças na tecnologia da informação, o desenvolvimento das tecnologias sem fronteiras, os crimes ambientais transnacionais, as ameaças terroristas, a plurimodernidade, o pluriuniversalismo, a pluridimensionalidade etc.

A impotência das autoridades diante dos acidentes tóxicos e escândalos de lixo tóxico, assim como a avalanche de questões de legalidade, competência e indenização [...] (BECK, 2011, p. 47) são exemplos da criminalidade transnacional que demanda um direito transnacional.

Na sociedade mundial de risco, as nações não conseguem, sozinhas, resolver os problemas. Devem dialogar para minimizar os riscos e perigos, assessorar umas às outras e aliarem-se, ‘conforme o *imperativo cosmopolita* - cooperamos todos ou fracassamos todos! (BECK; ZAPEDA, 2014) O autor enfatiza a necessidade da presença de Estados que atuem cooperando entre si, visando a soluções ambientais, políticas, jurídicas e sociais, pois todos serão afetados, as gerações presentes e as futuras. Vencer os problemas exige esforços políticos globais, no entanto, nada ocorrerá sem conflitos. As soluções estão nas negociações e não nas guerras (BECK, 2003, p. 23-26).

A perda da soberania e a solidariedade entre os Estados decorre de uma sociedade globalizada pela necessidade da modernização e unida por riscos e perigos incontroláveis. A transnacionalização da Economia, do Direito, da Cultura, da Política, se ainda não é uma realidade posta, é uma realidade vindoura.

4 PERIGO E VULNERABILIDADE

"A definição de perigo é sempre uma construção *cognitiva e social*" (BECK; GIDDENS; LASH, 2012, p. 19). O perigo é imprevisível, imperceptível, incontrolável. É uma das consequências incalculáveis das decisões humanas na sociedade mundial de riscos. Pode ser entendido como produto do desenvolvimento mais avançado da modernidade. O seu diagnóstico corresponde à sensação de inelutável desamparo diante dele (BECK, 2011, p. 8).

Desde meados do século XX, as instituições sociais da sociedade industrial enfrentam a possibilidade de destruição da vida no planeta (BECK, 2002, p. 83). Os riscos da modernização, quando os perigos da sociedade industrial se tornam iminentes, somam-se a estes e forma-se "uma peculiar carga de dinamite política" (BECK, 2011, p. 95). É importante o entendimento da dificuldade que a linguagem humana encontra em informar sobre os perigos da sociedade mundial de riscos, uma vez que a sua conscientização é perturbadora para toda a sociedade.

Pues la otra cara de admitir la presencia de peligros es reconocer el fracaso de las instituciones, cuya legitimidad se deriva de su afirmación de dominar el peligro. Por eso, el <<nacimiento social>> de un peligro global es un acontecimiento tan poco probable como dramático, más bien, traumático, un acontecimiento que sacude a la sociedad mundial. (BECK, 2003, p. 16-18).

A outra face da presença dos perigos é a falência das instituições de domínio do perigo. A sociedade mundial de risco mostra-se vulnerável, pois os perigos são consequências imprevisíveis, deles só elas restam.

Assim como os riscos, os perigos da era nuclear também não podem ser segregados. A violência do perigo suprime todas as zonas de proteção e todas as diferenças entre classes da primeira modernidade. Para uma contaminação nuclear, inexistente uma "*saída possível* para regiões, países ou continentes inteiros" (BECK, 2003, p. 7). Uma simples virada no tempo pode ser suficiente para que a toxicidade atinja o "outro", pois o perigo viaja com o vento, com a água, com os alimentos, com os objetos etc.. Por uma contaminação nuclear, pode não haver sobreviventes no mundo inteiro. A sensação é de desamparo (BECK, 2011, p. 7-10).

Os perigos ambientais apresentam um horizonte de conflito: sempre há perdedores e ganhadores. Os interesses dos que contaminam enfrentam os dos demais. À medida que o perigo se concretiza, aumenta-se o interesse de preveni-lo, de evitá-lo, de eliminá-lo, no entanto inclui-se um fatalismo negativo “nada se pode fazer, já é tarde demais” (BECK, 2002, p. 162-163).

Os países mais pobres atraem mais os riscos. As indústrias químicas altamente tóxicas tendem a instalarem-se nos países subdesenvolvidos por possuírem uma população desempregada que aceita inconscientemente os riscos em troca de empregos. Todavia, à medida que os riscos se potencializam, tudo se converte em perigo (BECK, 2011, p. 49-53). “As anteriormente celebradas fontes de riqueza (energia atômica, indústria química, tecnologia genética etc.) transformam-se em imprevisíveis fontes de perigos.” (BECK, 2011, p. 62)

O perigo transpassa tudo o que lhe poderia opor resistência. Para o perigo não há barreiras, não há controle pela modernidade. O perigo tem acesso a tudo, ao ar, à água, ao solo, aos alimentos, às plantas, aos animais, aos seres humanos (BECK, 2011, p. 9)

Na sociedade global de risco, existem três dimensões de perigo, cada uma seguindo uma lógica singular: a crise ecológica, a crise financeira global e o perigo terrorista da rede transnacional que age nesses parâmetros. Nas três dimensões apresentadas, a globalidade do perigo abre oportunidades de ações geopolíticas (BECK, 2003, p. 19).

Para Ulrich Beck, o problema do perigo global tem solução global e demanda cooperação global. A ideia dos países de que podem sozinhos dar respostas às questões é a grande ilusão do século XXI. A persistência dos países na individualização das questões faz com que ao invés de evitar as catástrofes, elas sejam multiplicadas. O perigo tende a ser maior à proporção que se nacionalizam as tentativas de soluções para ele. As fusões sociais tendem a serem positivas na busca de respostas (BECK; ZEPEDA, 2014).

Na segunda modernidade, a sociedade é interdependente, é autocrítica. Na modernidade reflexiva, apresentada por Ulrich Beck, devemos encontrar respostas aos riscos produzidos. A modernização torna-se “reflexiva” ao passo que se transforma em um problema para ela mesma. Para Beck, é a etapa da

modernidade em que o progresso se autodestrói. Necessária se faz a reflexão das consequências do progresso. Questiona-se: as intervenções irreversíveis e incalculáveis do progresso compensam à existência humana, à natureza etc.

Quais são os limites da ciência para lidar com a incerteza a longo prazo? Quais os riscos que o consumo dos transgênicos traz à saúde dos seres humanos?

Os cientistas querem evoluir seus trabalhos independentemente do quanto precisam potencializar os riscos em contextos precários. O ser humano e a natureza são vulneráveis àquilo que não é considerado tóxico e tem circulação livre. A ciência considera como risco apenas o que comprovadamente já foi registrado como nocivo aos seres humanos e à natureza, deixando livre para consumo toda e qualquer outra substância.

As substâncias tóxicas utilizadas no processo de envenenamento dos alimentos geram riscos e perigos globais e demandam limites de tolerância. Ulrich Beck alerta que a expressão “pouquinho” torna-se “normal”, mas, na verdade, trata-se de um “envenenamento admissível”, coberto pelas lacunas do silêncio (BECK, 2011, p. 79-80). Relevante e especificamente grave também é o problema das concentrações tóxicas nos seres humanos, pois os estudos isolados da toxicidade dos produtos não garantem sua inocuidade (BECK, 2011, p. 31). Mesmo quando são fixados os limites de tolerância para substâncias isoladas, desconsidera-se o envenenamento total.

Ademais, não se pode estender o resultado com as experiências em animais para testar os riscos futuros de uma substância isolada, se os efeitos reais serão postos a prova de forma particular e cumulada com outras substâncias nos seres humanos.

A verdade científica tem validade finita, sendo constantemente questionada pela própria ciência. Do que é que se deve ter medo ou não são os especialistas a tentar responder, no entanto, foge à capacidade humana dar respostas àquilo que é imprevisível e incontrolável sendo que a possibilidade que resta é sonegar o perigo, que gera menos pânico na população, que é mantida na paz da ignorância e longe da verdade da percepção dos riscos e perigos.

A impotência e a vulnerabilidade dos seres vivos em relação à energia nuclear, às indústrias químicas, à engenharia genética, ao terrorismo e às mudanças climáticas fazem com que uma situação de “normalidade” seja convertida em perigo em questão de segundos. A mutação tende à alteridade, que conduz os seres humanos a aprenderem a lidar com o medo e a insegurança, suportar os perigos e superar as consequências como realidade. “Quando tudo se converte em ameaça, de certa forma nada mais é perigoso” (BECK, 2011, p. 43). Quando não há solução, solucionado está!

5 MECANISMOS DE ABSORÇÃO DOS RISCOS (ECONOMIA, CIÊNCIA, INDIVIDUALIDADE, POLÍTICAS LOCAIS)

Com o advento da segunda modernidade e o fim da sociedade industrial, a partir da qual esta nasceu, a maneira como os riscos se disseminam e seus efeitos mudaram. Porém, a demanda da sociedade por garantias e controles continua existindo, muitas vezes ignorando as mudanças na própria realidade do risco. Ulrich Beck indica, diretamente, que a sociedade demanda e confia no controle (BECK, 2014), mesmo com o advento de riscos inconhecíveis. Riscos surgem que não são mais compensáveis, catástrofes novas, inconhecíveis e, principalmente, incompensáveis (BECK, 2014).

Ulrich Beck nota, frequente e enfaticamente, que as instituições que desenvolvemos para lidar com a incerteza que é criada pela modernidade não são capazes de produzir esta certeza, porque são tão bem-sucedidas, porque têm consequências que vão além dos estados-nações (BECK, 2014). Ora, a economia, ciência, individualidade e políticas locais, bem como várias outras sub-políticas, se encaixam nessa categoria. Vemos o modelo de “seguros” e contingenciamento local, já não são mais possíveis, quando os riscos são globalizados e ultrapassam fronteiras. Vemos claramente isso no clássico exemplo de Chernobyl, mas também em exemplo mais recentes como Fukushima, a crise econômica russa e posteriormente do mercado imobiliário americano e, principalmente, a mudança climática.

A própria ideia de individualização como mecanismo de absorção de riscos não é apenas inefetiva, porém irreal. Na atual modernidade, com a universalização das comunicações e a internet, vamos até além da descrição oferecida por Ulrich Beck sobre a televisão (BECK, 2011, p. 196), quando já indicava que a mesma isola e padroniza. Ao mesmo tempo que temos uma individualização, temos uma padronização que faz com que “circunstâncias individuais, mesmo em sua dependência institucional, já não podem ser limitadas pelas fronteiras dos Estados Nacionais.” Ou seja, mesma tal individualização ainda exista – mesmo que superficialmente – ela não mais representa um isolamento e, na falta deste, não mais opera como mecanismo de absorção de riscos. Nenhuma individualização permite se proteger de catástrofes globais. Nenhuma medida individual (ainda que este “indivíduo” seja um grupo) pode, por exemplo, isolá-lo das consequências das mudanças climáticas globais.

Outros mecanismos de absorção tradicionais da sociedade industrial, como a economia e as ciências também caem por terra. Estes, outrossim, acabam se tornando fontes originadoras de riscos. O progresso e o desenvolvimento deixam de ser unicamente mecanismos que evitam, por exemplo, o risco de que uma dada sociedade não tenha alimentos suficientes, através de práticas de aumento de produtividade, e passa a se tornarem riscos devido a estas mesmas práticas, em uma escala ou outra. Alguns falam até mesmo de uma extinção em massa de espécies, apesar de, em termos científicos, isto ainda não estar totalmente caracterizado (DELL’AMORE, 2014). Temos a mudança climática, e mesmo os tão discutidos alimentos geneticamente modificados (GMOs). Como Beck bem indica, de uma sociedade industrial obcecada com o progresso, hoje este progresso se precariza com a ampliação dos riscos (BECK, 2011, p. 296). Temos os efeitos sociais da transformação tecnológica. Talvez um dos casos mais exemplificativos da reflexibilidade da sociedade de risco global seja a recente descoberta de amostras do vírus da varíola em um depósito da FDA (*Food and Drug Administration*) dos Estados Unidos (EUA, 2014). A ciência então fracassa como fonte legitimadora do progresso, e como mecanismo de absorção do risco, uma vez que quanto maior o progresso, maior o risco gerado por ele próprio. O

consenso cultural sobre o desenvolvimento técnico-econômico se perde, e cada vez mais somos advertidos sobre as ameaças.

A economia pode ser vista pelo menos prisma da ciência, em que de tem a “fórmula pacífica partilhada por todos de que ‘progresso econômico é igual a progresso social’”, o que leva novamente ao conceito de efeitos sociais. Nota-se que nas avaliações de efeitos sociais, sejam eles positivos ou negativo, pressupõem-se o consenso em torno da consumação do desenvolvimento econômico (BECK, 2011, p. 299). E uma vez que tal consumação é desejável, cabe ao estado realizar tarefas indiretas, como o controle de riscos. Porém, com a ampliação dos riscos, as premissas dessas fórmulas são suspensas, da unidade entre progresso tecnológico e social.

No caso da economia, temos ainda um outro desdobramento. A globalização permitiu que corporações transnacionais utilizem a ameaça de dano econômico como fonte de poder (BECK, 2005, p. 122), como por exemplo a transferência de empregos para outros países, fazendo com que a economia não apenas deixe de ser um possível mecanismo de absorção, e passe a ser um mecanismo de extrapolação de riscos.

Por último, outro mecanismo de controle e compensação de riscos oriundos da sociedade industrial é o de políticas, especialmente políticas locais. Porém, a “política não é mais a única e nem mesmo a mais importante instância em que se decide sobre a configuração do futuro social” (BECK, 2011, p. 338). Isto é uma autolimitação historicamente consumada, que precisa ser compreendida. O poder decisório proposto pela política, e pelos políticos, é muitas vezes simulado, especialmente durante campanhas eleitorais. É uma lenda determinada pelo sistema. “Essas ficções têm sua realidade na encenação e na estrutura de poder funcional da sociedade industrial” (BECK, 2011, p. 338). E, se o poder não é real, a capacidade de absorção de riscos pela política também não pode sê-lo.

6 DIREITO COMO MECANISMO DE ABSORÇÃO

A reflexividade da sociedade de risco global, a expansão dos riscos, a quebra de fronteiras dos estados-nações decorrentes da globalização, a quebra da fórmula do progresso tecnológico equivaler a progresso social, nos levam a uma ruptura com os mecanismos de gerenciamento e compensação de riscos existentes na sociedade industrial. Porém, a sociedade demanda e confia no controle. Como riscos não são mais compensáveis, tais acidentes, catástrofes, não podem acontecer. É a precaução por prevenção (BECK, 2014). E assim novos mecanismos de controle e absorção se tornam necessários, onde o risco pode ser visto como um ônus social. “[S]empre que direitos são garantidos, que ônus sociais são redistribuídos, que a participação é viabilizada, que cidadão se tornam ativos, a política avança um pouco mais na dissolução de suas fronteiras e em sua generalização” (BECK, 2011, p. 287). A democracia implica em uma autodesautorização e de deslocalização da política. Economia, ciência não podem mais fazer política com seus meios. Uma vez que os riscos estão distribuídos e são, agora, gerais, os mecanismos de controle inevitavelmente também devem assim se tornarem, uma vez que não temos mais a ficção de um centro de comando da sociedade moderna.

Em outras palavras, com a mudança dos riscos pessoais para as ameaças globais, a transição da sociedade industrial para a sociedade de risco global, é necessário que os riscos também sejam tratados de forma mais ampla, e não local ou pontual. Não pode mais se falar em controle ou gestão de riscos, e muito menos compensação, pois as catástrofes não são compensáveis. Uma vez que o resultado de tais catástrofes é inaceitável, elas simplesmente não podem acontecer, e a maneira de manter o controle que a sociedade demanda é distribuindo-se o ônus social na mesma. Como os riscos são globais, as fronteiras e barreiras da política devem se tornar tão rarefeitos como as fronteiras e barreiras dos riscos. Sistemas políticos apenas formalmente democráticos não são mais suficientes, e devemos ter não uma democracia usufruída, mas sim uma democracia estabelecida. “Nesse sentido, a democracia estabelecida, na qual os

cidadãos são conscientes de seus direitos e lhes dão vida, exige uma compreensão da política e instituições políticas diferentes daquelas da sociedade que ainda caminha nessa direção” (BECK, 2011, p. 288).

Porém, uma solução política de distribuição do ônus não é sustentável, pois a política é autoincapacitativa, limitando-se a propagandista do processo e a propaganda oficial, quando abertamente questionada, pode se converter em ameaça aos resultados eleitorais. Assim, riscos que existem, não deveriam existir, e revela-se a impotência da política. Temos então o desencontro ainda mais dos riscos com a economia e a política. “A economia não tem responsabilidade sobre algo que ela desencadeia, e a política é responsável por algo sobre o que ela não tem qualquer controle” (BECK, 2011, p. 329-331).

Ulrich Beck propõe, então, como solução para esta autoincapacitação a própria responsabilidade pelos efeitos colaterais, “uma ampliação e da garantia jurídica de possibilidade específicas de controle da subpolítica” (BECK, 2011, p. 339). E ainda aponta a importância de tribunais fortes e independentes e uma esfera pública forte e independente. No topo disso, ele ainda aponta a necessidade de autocrítica dentro do progresso, como contralaudos, discussões interprofissionais e interempresariais a respeito do risco do próprio desenvolvimento etc, ou seja, a medicina contra a medicina, a física contra a física, a ciência contra a ciência, a economia contra a economia. Algo que poderíamos até chamar de autoreflexão crítica dos mecanismos de progresso, “provavelmente a única a maneira pela qual poderia ser desvelado de antemão o erro que, de outro modo, faria com que, mais cedo ou mais cedo ainda, o mundo nos passasse em branco” (BECK, 2011, p. 340).

Porém, vale notar que mesmo sendo o Direito o único mecanismo que possui a possibilidade de absorver os riscos, estes ainda persistem, e qualquer atitude em contrário, tentando indicar que o Direito elimina os riscos, ou mesmo os compensa, é um retorno a uma realidade utópica não mais condizente com a sociedade contemporânea.

7 CONCLUSÃO

As sociedades estratificadas do mundo medieval não tinham um conceito de risco tal qual temos hoje. No mundo medieval, as catástrofes, as doenças, os acontecimentos indesejados eram explicados e entendidos como castigo divinos, como “fortuna” ou simplesmente como dádiva ou provação mística. Na modernidade, contudo, a fortuna começa a ser imputada ao resultado das ações humanas. “O futuro depende do que fazemos hoje”, diz o ditado popular moderno. Fruto do Renascimento e do humanismo, é na Modernidade que os riscos e perigos vão deixar de ser entendidos como castigos divinos e passarão a ser compreendidos como efeitos colaterais das ações ou decisões da sociedade.

Na sociedade pós-industrial, na modernidade reflexiva, como a denomina Ulrich Beck, a noção de risco ultrapassa os limites das cadeias de ações e reações. Pois agora, os riscos já não possuem mais fronteiras. Não possuem mais limites, nem geográficos, tampouco temporais. Um risco de catástrofe ecológica pode desencadear perigos incontroláveis em termos não apenas geográficos ou espaciais, mas também em termos de tempo, de gerações, de história.

A noção de risco, com efeito, rompe com as noções tradicionais de tempo e de espaço. Pois a extensão espacial e temporal dos perigos já não é mais controlável, nem previsível. Entretanto, os impactos dessa noção não se limitam apenas a essa reflexão científica da sociedade do risco. O risco rompe também com as tradições categorias sociológicas de entendimento e de organização da sociedade. Conceitos como modernidade central e modernidade periférica, países de primeiro e países de terceiro mundo, classes sociais, grupos sociais, campos simbólicos, enfim, os riscos já não se encontram delimitados por esses conceitos sociológicos.

Uma guerra não afeta apenas os países envolvidos, como a escassez de água não afeta apenas a região com a estiagem. Os riscos econômicos, ecológicos, políticos, religiosos, são questões que podem afetar todas as classes sociais. Ricos ou pobres, todos se encontram igualmente submetidos aos riscos – embora, como demonstrado nessa pesquisa, em países de modernidade

periférica, como o Brasil, podem existir grupos de maior vulnerabilidade a riscos do que outros.

O Direito se torna importantíssimo em uma sociedade do risco pois ele produz confiança. Quanto mais correto é o funcionamento do Direito e das instituições jurídicas, mais confiança a sociedade produz para enfrentar os seus riscos. O direito trabalha com as expectativas da sociedade. Ele afirma o que podemos esperar uns dos outros, apesar do risco de frustração, apesar das coisas poderem sair de modo diferente do que era esperado. O Direito não garante que as expectativas sociais que ele consubstancia vão ser efetivadas tal como esperadas pela sociedade. Mas ele garante a diferença entre o que deve ser esperado de modo contrafático e o que deve ser abandonado pelo aprendizado.

Assim o Direito funciona como um importante mecanismo social de absorção de riscos. Ele não evita, tampouco controla, muito menos prevê a produção de riscos. Mais importante do que isso, o Direito produz a confiança institucional necessária para que a vida continue apesar da sempre presente probabilidade de efeitos colaterais, de consequências indesejadas e de frustrações nas expectativas. As expectativas jurídicas imunizam a frustração, gerando, assim, confiança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, U. **La sociedad del riesgo global**. Traducción de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2001.

_____. **O que é globalização? Equívocos do globalismo**: respostas à globalização. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **What is globalization?**. Translation Patrick Camiller. USA: Polity Press, 2005

_____. **Sobre el terrorismo y la guerra**. Traducción de R. S. Carbó. Barcelona: Paidós Asterisco, 2003.

_____. **Sociedade de risco**: Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2ª Edição. São Paulo: Editora 34, 2011.

_____. **Keynote Address:** Living in and Coping with World Risk Society. 42nd St. Gallen Symposium. 4 de Maio de 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PeKiD5JLGIE>>. Acesso em: 8 de Julho de 2014.

BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. **Modernização Reflexiva:** Política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

BECK, U.; ZEPEDA, J. **Entrevista al filósofo Ulrich Beck.** RNW Radio Nederland Internacional, 2008. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=djycVmNA_P4>. Acesso em: 02 jun 2014.

BECK, U. **La società globale del rischio:** Una discussione fra Ulrich Beck e Danilo Zolo. Sito Web Italiano per la Filosofia, 1999. Disponível em: <<http://lgxserver.uniba.it/lei/filpol/zolobeck.htm>>. Acesso em: 18 jun 2014.

DELL'AMORE, C. Species Extinction Happening 1,000 Times Faster Because of Humans? **National Geographic.** Disponível em: <<http://news.nationalgeographic.com/news/2014/05/140529-conservation-science-animals-species-endangered-extinction/>>. Acesso em: 2 de Julho de 2014.

EUA. Center for Disease Control and Prevention. **CDC Media Statement on Newly Discovered Smallpox Specimens.** Disponível em: <<http://www.cdc.gov/media/releases/2014/s0708-NIH.html>>. Acesso em: 12 de Julho de 2014.

HOWARD, R. A. On making life and death decisions. In: RICHARD, J.; SCHWING, C.; ALBERS, Walter A. (ed.). **Societal Risk Assessment:** How Safe Is Safe Enough? New York: Plenum Press, 1980

MURPHY, S. L.; XU, J.; KOCHANNEK, K. D. Deaths: Final Data for 2010. **National Vital Statistics Reports,** Hayattsville, v.61, n.4, 2013. Disponível em: <http://www.cdc.gov/nchs/data/nvsr/nvsr61/nvsr61_04.pdf>. Acesso em: 7 dez. 2014.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

**GT – IMIGRAÇÃO, TRÁFICO DE PESSOAS E
REFÚGIO**

CANOAS, 2015

CONDIÇÃO JURÍDICA DO IMIGRANTE NO BRASIL: UMA REFLEXÃO SOBRE AS CAUSAS MOTIVADORAS DA MIGRAÇÃO E A REGULAÇÃO DO VISTO HUMANITÁRIO COMO MEDIDA DE COMPLEMENTAR

Victor Matheus Portela Ribeiro

RESUMO: Este artigo tem por objetivo informar sobre as políticas referentes às questões migratórias discutidas e elaboradas no Brasil, com ênfase na implementação e extensão do conceito de *visto humanitário* a nacionais de países em que se configura a questão humanitária como motivação da saída de seu território de origem. Para tal, promove-se uma revisão sobre as diferentes migrações à luz do direito internacional e nacional e as soluções que demandam. Por meio das resoluções relativas aos processos referentes ao *visto humanitário*, pretende-se traçar um rápido panorama das situações que motivam a configuração de questão humanitária e justificam devidamente a concessão do visto humanitário a estes nacionais. O estudo das resoluções publicadas pelo CNlg em conjunto do conhecimento da realidade então motivadora dos relativos processos migratórios, torna-se essencial para a compreensão e reflexão de tais políticas, a fim de legitimá-las no seio da sociedade civil, visto que a desinformação motiva, não raro, uma percepção distorcida e que alimenta processos discriminatórios em relação a muitos destes migrantes. Esta modalidade de visto se faz essencial para reforçar a via de acesso legal de imigrantes para o país a fim de inibir a migração clandestina que ocorre por meio do tráfico humano realizado pelas redes de coiotes, que submete estas pessoas a processos de extorsão e condições de risco de vida e a dignidade destas pessoas.

PALAVRAS-CHAVE: visto humanitário; proteção complementar; políticas de migração; direito internacional.

1 INTRODUÇÃO

Em 12 de janeiro de 2010, um terremoto de magnitude 7.0 de acordo com a escala Richter assolou o território haitiano. Segundo dados do Escritório das Nações Unidas para a Coordenação de Assuntos Humanitários (OCHA¹), cerca

1 Haiti: One Year Later. Portal OCHA. Janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www.unocha.org/issues-in-depth/haiti-one-year-later>>. Acesso em: 05 de abril de 2015.

de 3 milhões de pessoas foram atingidas, sendo 2,8 milhões residentes apenas da capital. As cidades principal e diretamente atingidas foram *Port-au-Prince*, *Léogane*, *Petit and Grand Goave* e *Jacmel*. Como consequência do desastre, mais de 222,570 mil pessoas faleceram, cerca de 300,572 mil ficaram feridas e, ainda, 2,1 milhões ficaram desabrigadas, sendo que, dessa monta, 302,000 mil eram crianças.

A destruição foi tamanha que cerca de 403,176 mil prédios foram seriamente danificados ou completamente destruídos, os quais abrigavam escolas, hospitais e outras entidades imprescindíveis ao funcionamento estatal e atendimento da população. No que se refere à saúde, 30 hospitais restaram destruídos. Quanto à educação, 80% das escolas da capital e 60% das pertencentes aos departamentos sul e oeste foram também significativamente danificadas ou destruídas. Cabe mencionar que a referida catástrofe acentuou problemas preexistentes no país como a severa pobreza, baixo desenvolvimento e acesso muito limitado à educação, saúde e saneamento.

Passados cinco anos do desastre, mesmo após significativos investimentos, assim como missões humanitárias enviadas ao Haiti, a fim de auxiliar o reestabelecimento nacional, a situação ainda continua extremamente precária. Há cerca de 79,397 mil pessoas vivendo distribuídas em 105 campos destinados aos deslocados internos, também 5,939 mil famílias desabrigadas distribuídas em 21 campos considerados de alto risco e passíveis de despejo e, ainda, 41,045 mil indivíduos vivendo em 26 campos considerados de risco devido a iminente inundação. Vale ressaltar que 15,515 mil lares ou 62,637 mil indivíduos deslocados internos não foram realocados por quaisquer programas.

A epidemia de cólera também se mostra como uma realidade muito infeliz que acaba por agravar a situação daqueles que lá permaneceram, pois, embora os organismos internacionais tenham se juntado e cooperado com a finalidade de erradicar a moléstia, esta continua vitimando vários haitianos atualmente. De

acordo com os dados levantados pelo OCHA², no período compreendido entre janeiro a dezembro de 2014, 27,753 mil casos da enfermidade foram diagnosticados. Apesar da redução de 53% na incidência de casos em comparação a 2013, o número de suspeitos aumentou para 27,750 mil, uma vez que o esperado eram 15,000 mil vítimas.

Quanto à condição alimentar, ainda cerca de 605,000 mil se encontram severamente inseguras, sendo que 16,5000 mil estão no estágio agudo e outras 44,000 mil no crônico. A desnutrição, portanto, é uma consequência que acomete não só aos adultos, como, sobretudo, às crianças, que montam entre 5,100 mil e 6,300 mil, pertencentes à faixa etária abaixo dos 05 anos de idade. Além disso, a instabilidade climática que culminou nas chuvas de novembro de 2014 vitimou cerca de 22,000 mil famílias.

O cenário de crise no Haiti, país historicamente assolado pela desigualdade e injustiça, teve sua situação agravada pelo impacto do terremoto e gerou efeitos que ultrapassariam as suas fronteiras.

O impacto fora sentido em âmbito regional nos países da América do Sul que passaram a receber um grande fluxo de migrantes provindos do Haiti e que fugiam da crise lá instaurada, indo para a Guiana Francesa, Venezuela, Equador, Colômbia, Peru, Bolívia, Chile, Argentina e Brasil.

Na região, o Brasil passou a ser, então, um destino altamente buscado por migrantes haitianos. Em março de 2011, a quantidade de haitianos que estavam no Brasil era similar ou inclusive maior do que os números registrados no Chile e no Equador³.

Este movimento exigiu uma nova reflexão para o tema da migração no Brasil, especialmente aquela resultante de crises humanitárias. Era preciso compreender o caso dos haitianos que aqui chegavam e encontrar uma solução jurídica que norteasse uma política de acolhimento por parte do Estado.

² HAITI : Humanitarian Dashboard (January - December 2014). Fevereiro de 2015. Disponível em: <http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/HAITI%20Dashboard%20Jan-Dec%202014_ENG.pdf>. Acesso em: 05 de abril de 2015.

³ Los flujos haitianos hacia América Latina: Situación actual y Propuestas. Disponível em <http://www.entreculturas.org/files/documentos/estudios_e_informes/Flujos%20haitianos%20haciaAL.pdf> Acesso em 14/08/2013

Quais mecanismos os jurídicos previstos no direito internacional e no direito nacional poderiam dispor as medidas mais adequadas a serem tomadas? Para responder a esta pergunta propõe-se uma breve revisão sobre os dispositivos que regem a questão dos movimentos migratórios.

2 O ATUAL REGIME INTERNACIONAL NO ÂMBITO DA MIGRAÇÃO

A migração pode ser conceituada como o processo de deslocamento humano para outro lugar que não o de sua origem. Esta conceituação, dado seu caráter genérico, pode incluir o movimento de migrantes econômicos, refugiados e pessoas deslocadas.

Todavia, na prática um migrante é, em geral, considerado como um migrante econômico ou um trabalhador migrante que voluntariamente decidiu deslocar-se a outro país, em busca de melhores condições sociais e materiais, em contraposição ao refugiado ou outras pessoas que foram forçadas a se deslocar devido à intervenção de um fator externo à sua vontade.

Pese o risco de discriminação dessa distinção, é contundente a eficiência de seu papel didático e mesmo pragmático, uma vez que, na prática jurídica, a proteção que será concedida às pessoas em cada uma dessas situações é distinta.

Para tanto, as migrações são classificadas como voluntárias nos casos em que a decisão de migrar é espontânea, em proveito próprio e sem a interferência de um fator externo. A regularidade da entrada e permanência no país de residência, nestes casos, fica subordinada ao cumprimento dos requisitos legalmente estabelecidos no país.

Por sua vez, as migrações forçadas são caracterizadas pela inexistência ou submissão de um elemento volitivo, envolvendo situações outras que impelem o indivíduo ao deslocamento.

Desse modo, configura-se o refugiado em conformidade ao disposto na Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, como aqueles que tiveram ou têm de deixar seu país de origem ou residência habitual (se apátrida) em virtude de bem fundado temor de perseguição devido a sua raça, religião,

nacionalidade, opinião política ou de pertencimento a um grupo social. Percebe-se, pois, que se tratam de indivíduos que não tiveram outra escolha senão deixar seu local de origem, ficando em condições de extrema vulnerabilidade.

Já em 1985, com o relatório do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que objetivou estudar a migração causada por questões ambientais, pensou-se em uma possível nova categoria de refúgio, o ambiental. Esse segmento seria composto pelos indivíduos forçados a cruzar fronteiras devido a mudanças climáticas ou catástrofes, em busca de uma vida digna.

Entretanto, à luz do direito internacional, tal categorização não é correta, uma vez que a palavra refugiado engloba critérios específicos para que uma pessoa receba a proteção devida. Ressalta-se que o elemento imprescindível para sua configuração é o “temor de perseguição” e, uma vez sendo o deslocamento motivado meramente por motivo de ordem ambiental, inexistente o mesmo. Cabe referir ainda que a Convenção de 1951 não foi redigida para abranger pessoas deslocadas por questões ambientais, independentemente do modo de interpretação adotado, por mais ampliativo que seja. Portanto, é vedado aos países o desrespeito ao instituto.

Há ainda o entendimento da caracterização do instituto do refúgio violação de direitos humanos, conforme ampliação recomendada na Declaração de Cartagena⁴, ao recomendar que sejam considerados refugiados aqueles que tenham deixado seu país porque sua vida, segurança ou liberdade estejam ameaçadas pela violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação maciça de direitos humanos ou circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

Conforme exposto, na ampla gama de movimentos migratórios, o instituto do refúgio é o que concede a mais ampla proteção. Este sistema traz uma delimitação precisa de sua configuração e dos direitos e deveres que atribui.

Contudo, ressalta-se a importância da flexibilização no modo de acolhida daqueles que se veem desamparados, de modo que a categorização em um tipo

⁴ http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1

migratório ou outro não os submeta a qualquer tipo de discriminação, assim como obste seu acesso aos direitos mínimos necessários à existência digna.

3 A BUSCA DE UMA SOLUÇÃO JURÍDICA AO CASO DOS NACIONAIS DO HAITI

Tendo por base os princípios do Direito Internacional e da legislação interna brasileira tal como discorrido anteriormente, seriam três as possibilidades de ação do Estado perante a situação dos haitianos que chegavam ao Brasil após o terremoto de 2010: (1) considerá-los migrantes econômicos que buscavam melhores condições de trabalho no Brasil e adotar as tradicionais medidas previstas pelo Estatuto do Estrangeiro; (2) considerá-los refugiados devido à motivação de caráter forçado, em acordo com a concepção constante na Declaração de Cartagena, ou; (3) viabilizar meios de proteção humanitária complementar aos haitianos.

A primeira possibilidade de ação mostrava-se claramente inadequada, pois o grande fluxo do deslocamento de haitianos para o Brasil não era formado por migrantes meramente voluntários, mas sim por vítimas de uma crise humanitária então agravada pelos efeitos do ocorrido terremoto. Assim, não poderiam estar simplesmente submetidos ao regime jurídico da Lei 6.815/80 que, em seu artigo 26º, configura o visto como “mera expectativa de direito”, não estando configurada a obrigatoriedade do Estado em concedê-lo. A sua concessão é, ainda, condicionada ao disposto no artigo 7º, no qual se inclui a primazia pela segurança nacional e o interesse do Estado, caracterizando-se, assim, como um mero favor, em total dissonância com a perspectiva dos direitos humanos. Perante esta concepção, os haitianos estariam sujeitos à deportação. Diante da situação em questão, cabia, portanto, considerar a segunda hipótese anteriormente apontada referente à concessão do refúgio.

A Lei 9.474/97 além de definir os mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e do seu Protocolo de 1967, amplia a definição do termo “refugiado”, aproximando-se daquela adotada pela Declaração de Cartagena de 1984, ao incluir todas aquelas pessoas que "devido a grave e

generalizada violação de direitos humanos, é obrigada a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país⁵.

Diante a possibilidade do reconhecimento da condição de refugiado aos solicitantes haitianos tendo base o inciso III da Lei 9474/1997, coube ao Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) do Ministério da Justiça decidir sobre a sua aplicabilidade. No entanto, segundo o entendimento do CONARE, o conceito de grave e generalizada violação de direitos humanos funciona como consequência das próprias condições clássicas pertinentes ao instituto do refúgio. Assim, a prática jurisprudencial do CONARE considera para sua materialização, três relevantes condições especialmente consideradas:

1) A total incapacidade de ação ou mesmo a inexistência de entes conformadores de um Estado Democrático de Direito, como podem ser as instituições representativas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de um Estado qualquer. Ou seja, a dificuldade mesmo em se identificar a existência de um Estado, tal qual conceituado pelo direito internacional público, em um território específico. 2) a observação naquele território da falta de uma paz estável e durável. 3) o reconhecimento, por parte da comunidade internacional, de que o Estado ou território em questão se encontra em uma situação de grave e generalizada violação de direitos humanos. (LEÃO, 2010, p. 89).

Tendo por base estes três aspectos, o CONARE publicou o ofício de nº 42 em 03 de fevereiro de 2012⁶, informando que a possibilidade de aplicação do inciso III, do artigo primeiro da Lei Nº 9.474/97 no caso dos haitianos vinha sendo discutida desde o primeiro semestre de 2010. No entanto, desde os últimos meses de 2011, a comissão estaria firme em sua opinião da não inclusão dos solicitantes haitianos na condição de refugiados à luz do referido inciso.

O documento expedido pelo órgão deixa claro que os princípios norteadores da prática em relação ao instituto jurídico do refúgio são aqueles concernentes à Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, somados à Lei Nº. 9.474/97, porém em detrimento da ampliação do termo refugiado presente na Declaração de Cartagena, de 1984:

Em que pese a precariedade da situação objetiva do Haiti, que se arrasta até os dias atuais, milhares de haitianos continuam a viver em abrigos, contando com a comunidade internacional para a reconstrução do país. Entretanto, à luz do direito internacional dos refugiados, o atual drama humanitário do Haiti, fincado em pilares naturais e econômicos, não é capaz de levar aos haitianos a serem reconhecidos como refugiados. Eis

5 BRASIL, 1997, Lei 9.474, art. 1, inciso III

6 CONARE, Ofício nº 042, 2012.

que nem a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e tampouco o seu Protocolo de 1967 estabelecem os desastres naturais e/ou dificuldades econômicas como fatores capazes de ensejar o refúgio. (CONARE. Ofício nº 042, 2012, item 3).

Torna-se evidente que a decisão do CONARE se posicionou em restrito acordo com as normas já cogentes, desconsiderando os princípios contidos na Declaração de Cartagena, pelo fato desta não ter sido incorporada ao sistema jurídico brasileiro, assim ficando decidido:

Portanto, não há fatos que sustentem a existência de um fundado temor de perseguição por parte desses solicitantes nos termos da Lei 9.474/97, e tampouco uma situação capaz de caracterizar o Haiti como um Estado que experimenta uma situação de grave e generalizada violação de direitos humanos, tal qual atualmente considerada pelo Direito Internacional dos Refugiados e acompanhada pelo CONARE. Afastadas, pois, as condições capazes de incluir o solicitante haitiano como refugiado à luz dos três incisos, do artigo primeiro da Lei brasileira de refúgio. (CONARE. Ofício nº 042, 2012, item 8).⁷

No entanto, o não reconhecimento dos haitianos como refugiados pelo CONARE, não significava deixá-los desassistidos, uma vez que havia a possibilidade de viabilizar os meios da proteção humanitária complementar.

Assim:

O Comitê houve por bem encaminhar todas as solicitações procedentes de nacionais do Haiti recebidas entre o ano de 2010 até 13 de janeiro de 2012, ao Conselho Nacional de Imigração (CNIg) com fulcro na Resolução Normativa nº 13, de 23 de março de 2007, para serem analisados com fundamento na Resolução Normativa nº 27, de 25 de novembro de 1998, que trata das situações especiais e casos omissos. (CONARE. Ofício nº 042, 2012, item 3).

A partir de então, o caso dos cidadãos haitianos passaria a ser tratado pelo Estado brasileiro por meio da implementação de uma proteção jurídica complementar de viés humanitário tal como veremos a seguir.

4 O “VISTO HUMANITÁRIO” COMO MEDIDA DE PROTEÇÃO COMPLEMENTAR

Embora não esteja prevista na Lei 9.474/97 a concessão do refúgio no caso de catástrofes naturais ou mesmo de calamidade social e econômica generalizada, e tendo o CONARE considerado crucial a necessidade da configuração de perseguição materializada e/ou o fundado temor de perseguição,

⁷ Obstante esta decisão, o órgão se comprometeu a seguir analisando as solicitações individuais enviadas por cidadãos haitianos, valendo-se da situação e percurso de cada solicitante.

o Estado brasileiro não ignorou as correntes migratórias em virtude da crise humanitária profundamente agravada pelo terremoto de 2010 no Haiti.

Comitê Nacional de Refugiados (CONARE) é um órgão vinculado ao Ministério da Justiça que reúne segmentos representativos da área governamental, sociedade civil e das Nações Unidas. É composto por representantes do Ministério da Justiça, das Relações Exteriores, do Trabalho e do Emprego, da Saúde, da Educação, bem como pelo Departamento da Polícia Federal, ONGs que se dedicam à atividade de assistência aos refugiados (Cáritas Arquidiocesana de São Paulo e Rio de Janeiro) e, ainda, pelo ACNUR. Tem por finalidade mais significativa a análise dos pedidos sobre o reconhecimento de refúgio, mas também a orientação e coordenação de ações que visem à proteção dos refugiados e a aprovação de instruções normativas que efetivem os preceitos da Lei 9.474 de 1997.

Quando um pedido de refúgio é negado, mas trata-se de um situação especial que não atende aos requisitos de elegibilidade previstos na Lei nº 9.474/97, tal como o caso dos haitianos, o CONARE pode encaminhá-lo para o CNlg, conforme disposto na Resolução Normativa nº 13, de 23 de março de 2007⁸, do próprio CONARE.

Destarte, todas as solicitações procedentes de nacionais do Haiti recebidas entre o ano de 2010 até 13 de janeiro de 2012, foram então transferidos à apreciação do CNlg, com base na Resolução Normativa CNlg nº 27, de 25 de novembro de 1998⁹, que dispõe sobre situações especiais e casos omissos.

O Conselho Nacional de Imigração (CNlg) é um órgão colegiado instituído pela Lei nº 6.815 de 1980 e vinculado ao Ministério do Trabalho e do Emprego. É formado por representantes deste, bem como do Ministério da Justiça, das Relações Exteriores, da Agricultura, da Saúde, da Indústria e Comércio, além de representantes da sociedade civil e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Tecnológico e Científico. Esse Conselho é responsável, em sentido amplo, por criar e coordenar as atividades referentes à imigração, como promoção de estudo para a elaboração de políticas voltadas para a mesma. Além disso, estabelece

8 COMITÊ NACIONAL PARA OS REFUGIADOS (Brasil), Resolução Normativa nº 13, 2007.

9 CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO (Brasil), Resolução Normativa nº 27, 1998.

normas de seleção de imigrantes visando à mão-de-obra qualificada, soluciona casos omissos no que diz respeito aos imigrantes e opina sobre a alteração da legislação relativa à imigração.

Previamente à Resolução Normativa CONARE nº 13, de 23 de março de 2007, o CNIG já havia publicado a Resolução Recomendada nº 08, de 19 de dezembro de 2006¹⁰, recomendando ao CONARE, que lhe fossem encaminhados os pedidos de refúgio não passíveis de concessão, mas que, a critério do referido Comitê, os migrantes pudessem permanecer no país por razões humanitárias.

Estes migrantes poderiam ser beneficiados pelo visto humanitário, uma espécie de visto permanente, conforme previsto no art. 16 da Lei nº 6.815/80, mas especialmente concedido ao migrante solicitante de refúgio em necessidade de proteção humanitária que não se inclui nos critérios estabelecidos pela lei Nº 9.474/1997, a qual implementa o Estatuto dos Refugiados. A sua validade é condicionada ao prazo de cinco anos, em conformidade com art. 18 da mesma Lei, circunstância que constará da *Cédula de Identidade do Estrangeiro*.

No entanto, apenas em 2012, por meio da Resolução Normativa nº 97 de 12 janeiro de 2012, é estabelecido um instrumento jurídico nacional especialmente destinado a nacionais do Haiti que almejassem à migração ao Brasil com a previsão de concessão do visto permanente especial por razões humanitárias. Até então, esta medida de proteção era excepcional, porém, a partir da adoção da referida resolução, este passou a ser o procedimento padrão adotado no caso da imigração de nacionais do Haiti *com o objetivo de estimular a via de acesso legal e combater a ação de redes de traficantes de pessoas*.

O porte do visto de residência permite ao migrante a obtenção de documento de identidade e inscrição no CPF, podendo assim ter acesso aos serviços públicos de saúde e educação fundamental, bem como da carteira de trabalho.

A adoção da Resolução Normativa nº 97 de 12 janeiro de 2012¹¹, estabelecia a concessão de 1200 vistos permanentes por razões humanitárias a

10 CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO (Brasil), Resolução Recomendada nº 08, 2006.

11 CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO (Brasil), Resolução Normativa nº 97, 2012.

haitianos por ano durante dois anos (totalizando 2400 vistos ou 100 por mês), disponíveis apenas na Embaixada brasileira em Porto Príncipe.

A restrição da concessão do visto humanitário prevendo uma cota numérica, no entanto, *poderia servir de barreira ao fluxo migratório, contrariando os padrões internacionais que reconhecem a migração como um direito humano*, e a exclusividade de concessão desta modalidade especial de visto permanente apenas à Embaixada do Brasil em Porto Príncipe, excluía os haitianos que já se encontravam em território brasileiro e mesmo aqueles em trânsito quando anunciada a medida, conforme ponderado pela ONG Conectas, em denúncia enviada a ONU (VERIFICAR), em agosto de 2013.

Apenas em abril de 2013, a Resolução Normativa CNlg nº 102 viria a revogar a referida cota, bem como a exclusividade da Embaixada em Porto Príncipe para concessão do visto humanitário.

O prazo de vigência da Resolução Normativa nº 97 de 12 janeiro de 2012, conforme previsto em seu artigo 4º, seria de dois anos, com a possibilidade de prorrogação. No entanto, antes que findasse este prazo, foi publicada a RN 106, de 24/10/2013, prorrogando a v da primeira mais por doze meses. Esta ainda voltou a ser prorrogada, por meio da RN 113, de 30/10/14 até 30 de outubro de 2015.

Em justificativa à deliberação de outubro de 2010, o presidente do CNlg, Paulo Sérgio Almeida, alegou que as razões humanitárias ainda persistiam e *que pesou na decisão dos Conselheiros a possibilidade de se reforçar a via de acesso legal de imigrantes haitianos para o país de forma a desestimular a migração indocumentada que ocorre pelas fronteiras terrestres*¹².

Esta medida tem sido a maneira como o Estado brasileiro têm consolidado sua prática de oferecer proteção humanitária complementar não somente aos

12 Portal do Conselho Nacional De Imigração. **CNlg estende visto especial a haitianos**. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/imprensa/cnig-prorroga-concessao-de-visto-especial-a-haitianos.htm>>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

haitianos, mas também a outros nacionais, conforme a Base Estatística disponibilizada pelo CNlg¹³ em 2014, conforme quadro a seguir.

| País | 2011 | 2012 | 2013 | 2013 | 2014 |
|----------------------|------|------|------|------|------|
| Haiti | 709 | 682 | 2070 | 1670 | 1891 |
| Bangladesh | 0 | 0 | 35 | 35 | 530 |
| Senegal | 0 | 0 | 6 | 6 | 240 |
| Gana | 0 | 0 | 3 | 3 | 104 |
| Paquistão | 0 | 0 | 17 | 17 | 73 |
| Guiné Bissau | 0 | 0 | 1 | 0 | 58 |
| República Dominicana | 0 | 0 | 1 | 1 | 31 |
| Angola | 0 | 1 | 0 | 0 | 23 |
| Serra Leoa | 0 | 0 | 0 | 0 | 17 |
| Burkina Fasso | 0 | 0 | 0 | 0 | 16 |
| Nepal | 0 | 0 | 0 | 0 | 9 |
| Não informado | 0 | 0 | 1 | 1 | 1 |
| Outros | 2 | 24 | 23 | 38 | 80 |
| Total | 711 | 4707 | 2157 | 1771 | 3073 |

De acordo com estes dados, outros imigrantes advindos de diversos países, além do Haiti, também foram beneficiados pela concessão de visto permanente em caráter humanitário desde 2011. Conforme se depreende do quadro, esses indivíduos montam em 1.397, que estão distribuídos principalmente nos estados do Amazonas, Acre, Santa Catarina e Distrito Federal.

Recentemente, por meio da Resolução Normativa CONARE nº 17, de 20/09/2013, o visto humanitário também tem sido concedido aos nacionais da Síria, país assolado pelo conflito armado, que também apresenta um expressivo número de pessoas afetadas que buscam refúgio em território brasileiro.

13 CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO. Base Estatística – CNlg. 2014. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A4A5E01F7014A770DB50E7B7D/ESTAT%C3%8DSTICAS%20-%20CNIG%20-%20SETEMBRO.pdf>>.

A medida, além de simplificar a documentação exigida, busca garantir a proteção dos nacionais da Síria durante o deslocamento até o território brasileiro. Para tanto, referida Resolução possibilita que os mesmos deixem seu país de origem pela via regular e, estando aqui protegidos, possam solicitar o refúgio, que é demorado e de trâmite mais complexo. Desse modo, evidente a postura humanitária e prudente adotada pelo Brasil no sentido de agilizar a entrada dos imigrantes em território nacional, minimizando seu sofrimento e assegurando seus direitos fundamentais.

Em suma, o “visto humanitário” concedido primeiramente aos haitianos e, mais recentemente, aos sírios no Brasil tem funcionado como uma resposta complementar no caso de fluxos acentuados, tendo como principal finalidade combater o tráfico ilegal de pessoas e facilitar a chegada destas pessoas meios legais ao território brasileiro.

Cabe esclarecer que não existe nenhum dispositivo que impeça os beneficiados pelo visto humanitário de entrar com processo de solicitação de refúgio no Brasil, conforme compromisso assumido no ofício de nº 42 em 03 de fevereiro de 2012¹⁴, por meio do qual o CONARE se compromete a seguir analisando as solicitações individuais, conforme os princípios e as normas internacionais sobre solicitação de refúgio, que determinam que cada caso deve ser analisado individualmente.

Assim, mesmo o caso dos haitianos, cujo entendimento é de que não se configura a concessão do refúgio com base somente na crise humanitária agravada por um desastre natural, ainda é possível a entrada de pedido individual, valendo-se da situação e percurso de cada solicitante, podendo ser alegado e comprovado fundado temor de perseguição.

O visto humanitário, inclusive, vem a contribuir nos processos de concessão do refúgio, dado que, para solicitá-lo, é preciso estar em território nacional, onde a pessoa deverá dirigir-se á qualquer posto da Polícia Federal.

Ademais cabe mencionar que os solicitantes do visto humanitário são isentos da apresentação de carta-convite, passagem de ida e volta, prova de

14 CONARE, Ofício nº 042, 2012.

capacidade financeira, comprovante de emprego e/ou de atividade econômica, quando submetem seus respectivos pedidos.

O chamado Estatuto do Estrangeiro no Brasil (Lei 6.815/80), embora tenha criado o Conselho Nacional de Imigração, cuja prerrogativa é o estudo e desenvolvimento de medidas que resolvam as demandas imigratórias, não previu mecanismos claros de proteção humanitária para a efetivação da mesma, que foi sendo consolidada posteriormente. Essa realidade pode ser alterada com a aprovação do Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil, do Poder Executivo (Portaria nº 2.162/2013) que trará em seu texto a acolhida humanitária como um princípio norteador da política migratória nacional (Art 3º, inc. VI); bem como um capítulo próprio para tratar do mecanismo de acolhida humanitária (Capítulo X), sendo o visto para fins humanitários outorgado pelo prazo de até um ano, prorrogável pelo período que persistirem as razões humanitárias que motivaram sua concessão, quando o requerente não reunir as condições para obtenção de outra categoria de visto. (Art. 27, §1º).

Importante dizer que essa reforma legislativa é de extrema importância para a própria segurança jurídica dos migrantes, pois não ficarão sujeitos a soluções discricionárias ou dependentes de normas aleatórias.

Ainda, conforme essa prática de concessão do visto humanitário avance de modo a tornar-se formalizada, pode vir a integrar um sistema protetivo que, conjunto à lei de refúgio, assegure e vede violações aos direitos humanos dessas pessoas forçadas a abandonar seu país de origem. Isto porque a sua concessão demonstra o respeito aos direitos humanos e tal prática deve ser replicada por outros Estados na região. É evidente que esta modalidade de proteção complementar revela potenciais enormes que deverão ser revelados com a consolidação de sua aplicação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caso de concessão de vistos humanitários no Brasil constitui-se como modelo de proteção complementar, permitindo regularizar a permanência dos migrantes que não atendam aos requisitos de elegibilidade à luz da Lei nº

9.474/97, tal como o caso dos haitianos, cujo retorno seria, no entanto, contrário ao princípio de *non-refoulement*, base fundamental do direito do refugiado nos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte.

Nesse sentido, a opção escolhida pelo Estado brasileiro mostrou-se consistente com os princípios do direito humano. Adotando medidas complementares de proteção, o Estado brasileiro abre espaço para uma discussão na região sobre uma política de proteção humanitária àqueles que se encontram em migração forçada.

No mais, o Brasil tem-se mostrado empenhado na inclusão das questões relativas à proteção dos direitos humanos dos migrantes na agenda internacional a nível regional, em especial os nacionais do Haiti, que possuem como destino os países da América do Sul.

É importante considerar que os países que fazem parte da rota Porto Príncipe-Brasília, assim como o Brasil, também assumem obrigações claras no que diz respeito aos direitos humanos dos imigrantes, sendo parte da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

Definitivamente o visto humanitário deve ser aperfeiçoado e consolidado como proteção complementar, não apenas no território brasileiro, mas como uma política regional em matéria de refugiados e direitos humanos que assegure na América do Sul a proteção à vida, à integridade física e a liberdade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 9.474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

COMITÊ NACIONAL PARA OS REFUGIADOS (Brasil). **Resolução Normativa nº 13, de 23 de março de 2007**. Dispõe sobre o encaminhamento, a critério do Comitê Nacional para Refugiados – CONARE, ao Conselho Nacional de Imigração, de casos passíveis de apreciação como situações especiais, nos termos da Resolução Recomendada CNlg nº 08, de 19 de dezembro de 2006.

Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/asilos-refugiados-e-apatridas/resolucao-normativa-conare-no-13-2007>>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

CONARE. **Ofício nº 042**. Resposta Requerimento de informações sobre os haitianos. Brasília, 03 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos-site/multimedia/PDF/65.pdf>>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO (Brasil). **Resolução Recomendada nº 08, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre pedidos de refúgio apresentados ao Comitê Nacional para os Refugiados - CONARE, que a critério deste, possam ser analisados pelo Conselho Nacional de Imigração - CNIG como situações especiais. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/legislacao/resolucao-recomendada-n-08-de-19-12-2006.htm>>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO (Brasil). **Resolução Normativa nº 27, de 25 de novembro de 1998**. Disciplina a avaliação de situações especiais e casos omissos pelo Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/trab_estrang/resolucao-normativa-n-27-de-25-11-1998.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO (Brasil). **Resolução Normativa nº 97, de 12 de janeiro de 2012**. Dispõe sobre a concessão do visto permanente previsto no art. 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a nacionais do Haiti. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC8820135687F345B412D/RESOLU%C3%87%C3%83O%20NORMATIVA%20N%C2%BA%2097.pdf>>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

LEAO, R. Z. R. O reconhecimento do refugiado no Brasil no início do Século XXI. In: **Refúgio no Brasil**: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas, p. 89. BARRETO, L. P. T. F. (Org.). Brasília: ACNUR e Ministério da Justiça, 2010.

PORTAL DO CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO. **CNIG estende visto especial a haitianos**. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/imprensa/cnig-prorroga-concessao-de-visto-especial-a-haitianos.htm>>. Acesso em: 14 de abril de 2015.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

GT – LAW AND POLITICS

CANOAS, 2015

GOOD GOVERNANCE AND THE DEMOCRATIZATION OF THE JUDICIARY: SOME REMARKS FROM BRAZIL¹

José Querino Tavares Neto

Claudia Maria Barbosa

Katya Kozicki

ABSTRACT: The Brazilian Constitution of 1988 established the democratic rule of law in Brazil. Since that time, civil society and political institutions are facing social, political and economic challenges to make more effective civil and social rights guaranteed by the Constitution. The right to access to justice and democratic mechanisms to improve the fair access to the judiciary are necessary to ensure the constitutional rights established by the constitution, which have been expanding the political scope of the judiciary. Although social rights such as health, education, housing, food, can have an individual dimension, they also have a strong collective dimension that arises especially when they become object of public policies. Thus, one big challenge is incrementing policies centered on the enlargement of deliberative spaces. This is especially difficult within the judiciary, which is the branch of government least permeable to social movements. Indeed, the legitimacy of adjudication process depends on the juridical order providing spaces to guarantee that divergent interests will be fairly and equally represented. This implies that all litigants (individual or collective) should be able to equitably expose their arguments and defend their interests, which would result in increasingly inclusive democratic governance. Public hearings held by the judiciary favors this approach and are important tools toward the judicial good governance. Another important aspect of the good governance is that it favors the practice of resistance, which is more typical of social movements, to surpass uneven social relations, as denounced by Bourdieu. Judicial good governance is then an important way towards the legitimacy of the Judiciary.

KEYWORDS: judiciary, good governance, legitimacy, public hearing

¹ This article is a partial result of the research "Limits and Possibilities of the Effectiveness of Jurisdictional Provision in Brazil", funded by CAPES (Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel) and CNJ (National Council of Justice -CNJ, Brazil).

1 INTRODUCTION

The recent political role of the judiciary in contemporary societies living under the democratic rule of law, particularly in civil law countries, is a fact that is being scrutinized by political science, sociology, law and other sciences.

This new role of the judiciary is upheld by a constitutional theory that insures the justiciability of a vast cast of fundamental rights guaranteed in constitutions and also seems to have the support from civil society, which increasingly seeks the judiciary to access health, education, housing and other social rights that the state fails to implement. On the other hand, for some scholars the spread of the judiciary undermines the representative democracy as well as the legitimacy of the legislative and executive branches.

Anyway, this is a new scenario that presents different plots. This article is based on the idea that the possibility established by democratic governance on the participation of "other actors" (from public, private and third sector) on issues involving public interest, can contribute to democratize judicial decision-making process and consequently the judiciary itself.

Democratizing the judiciary is important because, unlike government (executive and legislative), its legitimacy's sources do not come from the public election. It was usually connected to the technical character of the decisions taken by the courts, as well as the supposed impartiality of judges. However these arguments lose force in the scenario of judicialization of politics, thus the judiciary needs to find other sources of legitimation.

what measure the civil society's participation in debates and on judicial decision-making process could face the role of the reproduction process of domination that Bourdieu attributes to the legal field is an important issue for the legitimacy and to the strengthening of the judiciary. Public hearing can be an interesting mechanism to assess the good governance of the judiciary in Brazil and can be an efficient way to ensure the participation of civil society in the so-called "political questions" taken to the judiciary.

2 PAPER DEVELOPMENT

2.1 Governance and public policy

The current interest in governance emerges from the changes in the ruling public sector of the 1980s and 1990s in the context of the neoliberalism, first in the UK, then Germany and the US, with widespread all over the world in the last decade of the past Century. It is referred to the role of the state in managing and delivering public services. For those who advocate neoliberalism, the state should concentrate on making policy decision rather than delivering services. They think markets and entrepreneurs would be more efficient in providing public services.

Besides strong economic reasons, the neoliberal's call to "less state" reverberated in the so emerging discussion on globalization, where different levels of decisional instances and new political actors could be easily justified under weaker states. It is also a claim to think about new ways to manage public services and state's power, a task to the governance.

Although established under economic background, governance's concept goes, bit by bit, taking apart from the neoliberal economic conception. Political science and social scientists start discussing its potential to improve the way in which government and other social organizations interact, the relationship among political institutions, how decisions concerning public interest are taken, and better manners of rendering account.

While some scholars define governance as a process (Graham, Amos and Plumptre, 2003), others believe it is a new method by which society is governed. A third group, notably international agencies such as the International Monetary Fund and the World Bank, conceives governance as quality of a specified government to establish checks on executive power, barriers to corruption, independent judiciary, open market, etc. (Bevir, 2008).

Although governance can sometimes be seen as an empty canvas on which you can paint in whatever you want, the concept raises issues about public policy and democracy, especially the role of the state, private and non-profit sectors and citizens in deciding the matters of society and fulfilling the public

interest. In a context of judicialization of politics it is increasingly important to understand the role of the judiciary in this connection.

The concept of governance may be usefully applied in different contexts - global, national, regional and local -, but in all cases it implies structural arrangements among state and non-state actors, citizens, as well as the ways they interact in delivering public services and taking decisions.

The global level results primarily from the confluence of interests centered in the old nation-state, and it gradually strengthens the role of various multilateral institutions, such as the United Nations, MERCOSUL (Southern Common Market), European Union, G5, G8, G20, International Monetary Fund, World Bank, Organization of American States, World Economic Forum, World Social Forum, which mutually support their interests.

Although they are all multi-state institutions, principles of governance are still incipient within, such is the case of the UN: despite its allegedly real and feasible good intentions, and recognition by the improvement of cooperative, environmental and humanitarian action, it has not been able to build global governance, once dependent on the willingness of its non-representative Security Council. Exceptions could be the World Social Forum, as a forum of non-governmental institutions and some social movements to think differently and innovatively the role of state and civil society nowadays.

However, even considering the importance of global governance stated by the current proposition, the article is focused on two basic issues: i. Local governance and its legitimacy when facing society; ii. How the idea of governance can work as conditioning elements of judicial decision-making processes and its potential to produce a rupture in the process of domination in the juridical field, as denounced by Bourdieu.

Thus, governance is mostly emphasized as a pattern or rule characterized by networks that connect civil society and the state (Bevir et al. 2003). In this sense Esteve (2009) focuses governance as a decentralized version of democratic process based on qualified participation as well as interdependence among actors as the main government's tool.

There are at least three aspects to be considered in order to better analyze the governance and the increasing role of the judiciary over public policies: the interplay among state, NGOs, social movements and vulnerable groups in defining public interest; the depletion of positivist paradigm, especially important in civil law countries; the rise of a constitutional theory that enlarges the judge's role as the interpreter of the law.

According to Santos (2005, p.13), governance “procura aliar a exigência de participação e de inclusão – reivindicada pela perspectiva que encara a crise social pelo lado da legitimidade – com exigência de autonomia e de autoregulação, reivindicada pela perspectiva da governabilidade”²

So, how to proceed to become the judiciary - not moored to democratic traditions, and scarcely transparent in its actions and procedures -, more democratic and clear? Despite a discourse towards democracy and accountability, the judiciary smoothly acts against any status changes.

Weber (1993) pointed out that the object of Law “sustenta-se na consciência do *formalismo*, que afirma a autonomia absoluta da forma jurídica em relação ao mundo social, e do *instrumentalismo*, que concebe o direito como um reflexo ou um utensílio ao serviço dos dominante”³. Kelsen (1999) warned of the excessive and narcissist self-comprehension of the autonomous and closed judicial system conception that works in an internal and conditioning logic of concepts, dynamics and procedures. Even Luhmann's conception of self-reference states the decreasingly possibilities of the state's rupture, as aspires the juridical pluralism and other propositions which claims a more conscious citizen's power (Grun, 2006).

The main thesis is that governance can be a tool for democratization of the judiciary and to enhance the process of rupture of the symbolic violence that reproduces the power relations within the Bourdieu's juridical field. Besides, public

² [...]seeks to combine the requirement of participation and inclusion - claimed by the perspective that sees the social crisis by the legitimacy side - with demand for autonomy and self-regulation claimed by the prospect of governance.

³ lays on the awareness of formalism, which reinforces the absolute judicial autonomy of the social world, and instrumentalism, which conceives law as a reflex or an apparatus used by dominant actors”.

hearing held by the judiciary can be very efficient mechanisms to ensure principles of good governance within the judiciary. For this reasons it must be a determinant element in the judicial decision-making process.

Thus, the central object to be considered is not law, not even justice, but actually judiciary and its role on managing public policies, as revealed by the phenomena of the judicialization of politics (Carbonnel, 2007)⁴.

There are many usages for the term “policy”, such as: field of activity; expression of general purpose; specific proposals; decision concerned to programs of government; theory or model (Hogwood and Gunn, 2012). Just as there are many usages, there are elements and distinctions that have to be considered in order to define public policy. Hogwood and Gunn analyze some elements and summarize them in such terms:

“Any public policy is subjectively defined by any observer as being such is usually perceived as comprising a series of patterns of related decision to which many circumstances and personal, group, and organizational influences have contributed. The policy-making process involves many sub-processes and may extend over a considerable period of time. The aims of purposes underlying a policy are usually identifiable at a relatively early stage in the process but these may change over time and, in some cases, may be defined only retrospectively. The outcomes of policies require to be studied and, where appropriate, compared and contrasted with the policy-makers’ intention. Accidental or deliberate inaction may contribute to a policy outcome. The study of policy requires an understanding of behavior, especially behavior involving interaction within and among organizational memberships. For a policy to be regarded as a “public policy” it must to some degree have been generated or at least processed within the framework of governmental procedures, influences and organizations” (2012, p. 23-24).

⁴ The theme has been seen in Tate and Vallinder’s (1995) discussions, to which judicialization has two meanings: 1. The process by which courts and judges develop or conduct the elaboration of public policies that had been previously defined by other governmental bureaus, specially the legislative and executive branches; ii. The process by which non-judicial negotiations and decision-making forums are controlled by “quasi judicial” rules and procedures. To illustrate it, Barbosa and Pamplona (2009) refer to the ADI 3510 (Direct action of unconstitutionality) judgment, in which STF (Brazilian Supreme Court) recognized the constitutionality of the “bio safety” act, which allows the research on embryonic stem cells. It was an act passed by the Parliament and taken to the Supreme Court by groups of interests connected to some religious beliefs opposed to this kind of research. Judicialization, in this sense, is a reflex of a constitutionalizing process due to rights described in post war constitutions, covered by a moral reading of the Constitution itself and a constitutional theory that supports it” (Barbosa and Pamplona, 2009). Following the same path, Garapon (1999), shows that reinforcing the judiciary, when putting political policies into practice, changes the conceptual model of the modern state power, traditionally concentrated on the executive and on the legislative branches.

Public policy can also be studied from different perspectives, including the functionalist and instrumental. The former emphasizes what is public policy for, the latter analyzes how does it is managed to achieve specific goals (Lascoumes and Gales, 2007).

Maria Paula Bucci (1997) puts these two perspectives together defining politics as

instrumentos de ação de governos – o *government by policies* que desenvolve e aprimora a *government by law* (p. 90)⁵.

and also,

Public policies as a função estatal de coordenar as ação públicas (serviços públicos) e privadas para a realização de direitos dos cidadãos - à saúde, à habitação, à previdência, à educação (p. 90)⁶

Public policies hold a state character, whether it comes from legitimacy, legality or planning. It deals with income distribution policies and, in some cases, with state intervention in production factors aiming at the development of citizenship. Then it means that political activities derived from official actions that set, implement and ensure that public policies are followed (Dye, In. Heidemann and Salm, 2009, p.101).

Decision about public policies used to be the concern of the legislative and executive branches. However, the phenomenon of judicialization of politics has also shifted this responsibility to the judiciary.

Indeed, defining and implementing public policies are cardinal tasks of the state, but problems arising from its planning and execution have been increasingly transferred to the judiciary. Although there are other economic, political and cultural factors to be considered, the constitutionalization of rights, which implies the growing irradiation of constitutional values to the judiciary, is one of the most important factors to transfer issues concerning to public policies from the legislative and executive branches to the judiciary.

The Brazilian Constitution, besides political rights and individual freedoms, recognized a very large cast of economic and social rights, such as health, education, housing, food, as well as some collective rights like healthy

⁵ instruments of government actions - the government by policies that develops and evolves the government by law (p. 90).

⁶ Public policies as a state function of coordinating public actions (public service) and private for the realization of the citizens' rights - health, housing, welfare, education (p. 90)

environment and consumer guarantees, to its cast of fundamental rights, derived by the major principle of human dignity.

Once social rights are constitutional rights, they are enforceable. So, since 1988, but specially in the last decade, social movements, non-profit organizations, political institutions started looking for judicial assistance to compel executive and legislative branches to take actions in order to turn those social rights and the dignity of the human being principle more effective.

Consequently, many social problems are being taken to the judiciary. Debate and deliberation, which should be preferred in the political sphere, are now shifting towards the judicial system. Judges, who are not elected, decide based on the Constitution. But, because constitutional provisions are usually very principalogical, it happens that the judiciary, in fact, has been called to decide social problems based on social values and personal preferences without having the legitimacy to act like that.

Sometimes they face individual suits, but there is a growing number of class actions that affect public policies. So, issues about health, food, education, among others, which were traditionally decided by the public sphere (specially legislative and executive branches), are now being transferred to courts.

Gradually, in order to solve conflicts involving social rights and public policies, the judiciary has been assuming a political protagonist place that was not natural, especially in civil law countries. This situation implies the redefinition of the republican power's theory. Bit by bit the judiciary abandons its role as a supporting actor to become the star on the stage.

What are the effects of this behavior over the governance is an important problem. Judicial decisions usually do not have to take into account budgets restraints, so its tendency is to provide social rights in individual claims aiming medical supply and treatment, vacancies in public schools, etc. There is no clear majority position of the judicial branch when taking decisions involving social rights in class actions, but some of them affect local public policies, such as municipal health system and education's budget.

The legitimacy of non-elected judges deciding according to a principalogical constitution, and judge's power to manage public policies that cannot be

scrutinized or easily overruled without previous discussion by citizens and other branches of government, is a growing concern.

So, the matter lays on answering to which extent it is possible to have governance being built on the judiciary, as a way to resist to symbolic violence structures, ultimately helping to widen decision making fields and recognizing the new actors as relevant subjects in conceptualizing, constructing and taking part in democracy (Greene, 2006).

2.2 The Bourdieu's approach to analyze governance and its applications to policy decision-making processes.

Complex societies such as the Brazilian one, is broadly opened to judicialization of politics. The crisis of democratic representation in which legislature and executive lay its legitimacy enlarges judicial power. Bourdieu's method⁷ offers an important contribution to comprehend how law really functions in society and what are the ways to make the judiciary more democratic.

Bourdieu gives an important contribution to the discussion of power - it goes beyond reductionisms and strict categories, extending his analysis to structures (systemic) and agents (subject). His treatment exceeds power acquisition, perpetuation and configurations, bringing a strong criticism against scientific production and domination models as a whole. To him, it is impossible to share values and representations. According to Bourdieu, there are no concessions to power, but, actually, strategies, gain and perpetuation of symbolic capitals in a legitimacy chain (Bourdieu, 1994, 2000).

Bourdieu's theory is based on some key concepts such as: orthodoxy (representing the dominant social agents and symbolic capital holders), that is moored in authority's ideal and holds a large amount of symbolic violence; heterodoxy (the dominated social agents), which holds little structured capital, and

⁷ It is considered, in the current article, the idea of method as an analytic tool, in the sense of reference. It is verified that law, as a social science, might be one of the sectors less influenced by method matters as analysis' tool, once there is a small group standing for such proposition, but it is just a flash, in order not to say throes, when trying to change such frame, but yet not enough; probably because the core element dues to the conscious demand for a method, as an academic juridical analysis' element, seen in graduation courses that do not face it as a determinant factor

consequently, gets closer to heresy and subversion; *doxa*, an universe of agent's assumptions and strategies developed by those who fight in the field; field, which lays on social positions deriving from laws and proper rules, meaning objective relation structures derived from invisible symbolic powers that come from the complicity among those who put it into action and those who submit to it; *habitus*, a set of reality categorization schemas which are embed by the most structured and structuring distinct processes, all of them related to practices and behavior regularities.

Thereby, according to Bourdieu,

O campo de discussão que a *ortodoxia* e a *heterodoxia* desenham, através de suas lutas, se recorta sobre o fundo do campo da *doxa*, conjunto de pressupostos que os antagonistas admitem como sendo evidentes, aquém de qualquer discussão, porque constituem a condição tácita da discussão: a censura que a ortodoxia exerce – e que a heterodoxia denuncia – esconde uma censura ao mesmo tempo mais radical e invisível porque constitutiva do próprio funcionamento do campo, que se refere ao conjunto do que é admitido pelo simples fato de pertencer ao campo, o conjunto do que é colocado fora da discussão pelo fato de aceitar o que está em jogo na discussão, isto é, o consenso sobre os objetos da dissensão, os interesses comuns que estão na base dos conflitos de interesse, todo o não-discutido, o não-pensado, tacitamente mantidos fora dos *limites* da luta⁸ (1994, p. 145 – 146).

Specific interactions among those elements define the symbolic violence, one key concept that holds all Bourdieu's thoughts structure, working as a determining, structural and equalizing element, considering its subsistence to all its other conceptions, even depending on them, but never the opposite.

Symbolic violence according to Bourdieu is

(...) violência suave, insensível, invisível a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento (1999, p. 8-9)⁹

⁸ The field of discussion that orthodoxy and heterodoxy draw, through their struggles, it is cut on the bottom of the field of *doxa*, a set of assumptions that antagonists admit as being obvious, short of any discussion, because they constitute the tacit condition of the discussion : censorship that orthodoxy exercises - and the heterodoxy denounces – hides a censorship at the same time more radical and invisible because it is constitutive of its own functioning of the field, which refers to the set of which is admitted by the mere fact of belonging to the field, the set that is placed outside of the discussion because of accepting what is at stake in the discussion, that is, the consensus about the objects of dissent, the common interests that underlie conflicts of interest, all non-discussed, the non-thought, tacitly kept off the limits of the struggle

⁹ (...) mild violence, insensible, invisible to its own victims, that is exercised primarily through purely symbolic ways of communication and knowledge, or, more precisely, the lack of knowledge, recognition or, ultimately, of feeling.

Its effectiveness does not depend on objective structure, which in the juridical field would be easily detected on the coercion element, but also in structured and structuring cognitive frames. Both, on the other hand, use symbols, in order to follow their legitimizing duty of imposition and domination, ensuring symbolic violence inside the field (Bourdieu, 2000).

It is pointed out that such domination process is effective if it is followed by an ideological system, promoted by experts who fight for ideological production monopoly's legitimation, aiming to set a structured and structuring dominance discourse (orthodoxy) in order to tame the dominated ones (Bourdieu, 2000). This is not more than mooring habitus to standardize thinking¹⁰.

Symbolic violence operates in juridical field with great efficiency because it legitimates its acts, by means of legality and rule of law's principles taken as justice standards. In contrast, the concept subtracts from social movements, traditional communities - indigenous people, "*quilombolas*" (former slaves) and social nets - the rights/duties to promote an active and participatory democracy, as can be seen in the always-delicate land's reform theme case.

Regarding juridical fields, Bourdieu heads his proposition categorizing society, which connects categories to specific ideal types, such as Law. Is his opinion:

A constituição do campo jurídico é um princípio de constituição da realidade (isto é, verdadeiro em relação a todo o campo). Entrar no jogo, conformar-se como o direito para resolver o conflito, é aceitar tacitamente a adopção de um modo de expressão e de discussão que implica a renúncia à violência física e às formas elementares da violência simbólica, como a injúria. É também, e, sobretudo, reconhecer as exigências específicas da construção jurídica do objecto: dado que os factos jurídicos são produto da construção jurídica (e não o inverso). (Bourdieu, 2000, p. 229-230)¹¹.

It is also important to keep in mind, due the previous concepts of field and habitus, how the author explains its operation.

¹⁰Any similarity with "unified jurisprudence" will be a mere coincidence.

¹¹ The constitution of the legal field is a constitution of the principle of reality (that is, true for any field). Enter the game, to settle for the right to solve the conflict, it is to tacitly agree to adopt a mode of expression and discussion that involves the renunciation of physical violence and elementary forms of symbolic violence, as the injury. It is also, and above all, to recognize the specific requirements of the legal construction of the object: as the legal facts are the product of juridical construction (and not the reverse) (BOURDIEU, 2000, p.229-230).

A estrutura do campo é um estado da relação de força entre os agentes ou das instituições envolvidas na luta ou, se se preferir, da distribuição do capital específico que, acumulado no decorrer das lutas anteriores, orienta as estratégias posteriores¹². (Bourdieu, 2003, p. 120).

O habitus, sistema de disposições adquiridas pela aprendizagem implícita ou explícita, que funciona como um sistema de esquemas geradores, é gerador de estratégias que podem estar, objectivamente em conformidade com os interesses objectivos dos seus autores sem terem sido expressamente concebidos para esse fim¹³. (Bourdieu, 2003, p. 125).

According to that, the field is an environment structured by positions where dominant and dominated social agents fight to obtain and maintain specific functions and where agent's positions are set *a priori*; and *habitus* is the individual's place where they express their most diverse modes regarding conditioned and oriented actions, to specific means.

The symbolic violence is developed by *orthodoxy* inside the field. However, symbolic violence is an “instrumento de violência real que tem efeitos simbólicos por intermédio da manifestação, da afirmação do grupo, da ruptura colectiva, com a ordem comum que ela produz, etc”.¹⁴ (Bourdieu, 2003, p. 271).

It is clear that, whether orthodoxy, once playing the dominant role, holds a self-referent symbolic capital, based on authority - law, jurisprudence, doctrine-, heterodoxy as the dominated, holds little structured capital - organization, mobilization (Bourdieu, 1994, 2000, 2003).

Thus, focusing on juridical field and considering governance as a process of symbolic resistance, it is possible to state that symbolic assets' production is linked to the awareness of social actors' on how symbolic violence is processed, rather than processes of resistance. It happens due to the fact that the Judiciary - as a looming and eminent doxa's representative - presents a structured and structuring discourse, tending to perpetuate its primary assumptions.

¹² The structure of the field is a state of the power relationship between the agents or the institutions involved in the struggle or, if preferred, the distribution of the specific capital that accumulated during the previous struggles, orients subsequent strategies (BOURDIEU, 2003, p.120).

¹³ The habitus, a system of dispositions acquired by implicit or explicit learning, which acts as a system of generators schemes is generating strategies that can be objectively in accordance with the objective interests of their authors without having been expressly designed for this purpose (Bourdieu, 2003, p. 125).

¹⁴ instrument of real violence that has symbolic effects through the manifestation, of the group assertion, the collective break with the common order it produces, etc.

The domination's process remains intact because in the field holds, in a systemic way, the existence of a set of written *corpus* crowns rightful and fair views of a social world (Bourdieu, 2000, p.212).

After all, disagreements between "authorized interpreters" are limited or sidelined, and the coexistence of a competing juridical rules' plurality is drastically reduced. Just as it happens in religious, philosophical or literary texts, legal literature implies divergent meanings. Nevertheless they got hidden in precedents, doctrine and costumes, which constitute themselves as modes of symbolic appropriation.

2.3 Governance as a conditioning element to the judicialpolicy-making process

Almost 25 years of dictatorship silenced social movements that had some strength in Brazil during the 1970s and 1980s. The constituent process that resulted in the Brazilian constitution of 1988 had barely been able to mobilize society toward its own rights achievement.

In recent years the situation has moved quickly and in 2011 it had a very strong plea that will probably have a great influence in the presidential election in Brazil that year. Politics and Law have complement roles in this path. While social policies focused on social rights have been assigning more dignity to people, there is also a constitutional theory that recognizes the enforceability of social rights and, doing so, makes legitimate the pursuit to the Judiciary to guarantee them. Besides social rights, the Brazilian constitution also established a large cast of rights that, by their own nature, are collective, such as healthy environmental, food safety, water and traditional knowledge.

All those rights' implementation imposes challenges to government that shall balance political interests, social demands and budget restraints. The best ways to legitimate its choices is sharing decisions with the civil society, being accountable with transparent decision-taking processes and being responsive about social demands. Unfortunately none of the three is often seen in the day-by-day politics.

As a consequence interest groups, NGO's and groups of citizens with the same interests or necessities, are more and more looking for judicial assistance, to put pressure and to make more effective social and collective rights guaranteed in the Constitution.

Typically, contemporary constitutional theory identifies two systems of judicial review. The North American, which is characterized as a diffuse model exercised through concrete cases, and the Germanic system, wherein control is essentially abstract and concentrated. Brazil adopts what is called a mixed system of judicial review, which combines the traditional concrete and diffuse system, typical from the US, and the German abstract and concentrated control, particularly to the Supreme Federal Court of Brazil. As a result, in their zeal to protect the new Charter, the Brazilian magistrates, particularly the Supreme Federal Court Justices, accumulate power similar to North American and German judges without the typical restraints existing in both systems, such as *stare decisis* and concentrated jurisdiction, respectively (BARBOSA, 2006). This mixed system attaches to the Ministers a huge power to interpret the constitution and decide whether law and actions are consistent with it or not.

Supreme Court Justices are supposed to analyze and decide all questions according to the Constitution, but once it is a very principalogical and "opened" Chart, any decision can virtually be extracted by the document. Thus the decision is always, in some degree, a political decision, even being a constitutional one.

In fact, some of the most important political decisions involving fundamental rights has been made by the Supreme Court in the last few years, as showed below:

1. Pregnancy of anencephalic fetuses — On April 2012 Brazil's Supreme Court (STF) ruled that abortions of anencephalic fetuses could not be penalized. Although the Constitution protects life as well as potential life, justices have understood that in the case of anencephalic fetuses even the potential life does not exist. On the other hand, they considered that the dignity of the human being (in case, the potential mother's) would be hurt and should also be protected under the Constitution. The decision concluded a strong battle between pro-

choice and pro-life groups, both very strong represented in the public hearing held by STF in April 2007.

2. Stem cell research – On March 2008, the STF decided that the law that allowed stem cell research was constitutional. A public hearing where a hard dispute was fought among scientists, scholars and representatives from different religions concerning to ethical and protection of life problems preceded this important decision.

3. Same-sex union – Although the Constitution states that marriage is between man and woman, it also defines sex and gender discrimination as a crime. The decision recognizing the union to some civil effects was taken on June 2011, after great pressure from pro-GLBT and homophobic groups, as well as media and churches.

4. Clean record law (Lei Ficha Limpa) – It was a people's initiative law, which is still rare in Brazil. The judicial case addresses the balancing of the constitutional right of presumption of innocence until proven guilty, versus the need to sanction a politician who has potentially committed a criminal offense. Politicians decided to take the case to the Supreme Court because the law established that any politician convicted by a judicial or an administrative court would be disqualified as a potential candidate for political office for any level of government for a period of eight consecutive years. The law applies to candidates even if a conviction is pending a decision by a higher court and politicians argued that, according to the Constitution a person is considered innocent until the final judgment. STF ruled that a person who has been convicted by a judicial authority once is already guilty, although he has the right to appeal.

All these decisions were based on the interpretation of the Constitution, but opposite understanding could also have been expressed, that emphasizes the strong political role of the decisions.

Besides these cases, the Supreme Court analyses everyday many issues arising from the conflict of interest based on two or more different constitutional principles, such as private property and social function of property, development and healthy environment, universal health system and special treatment or medicine supplier for patients, public education and vacancies in public schools,

housing and poor condition of lodge, and so on. These are all questions involving social and/or economical rights in collective or individual dimensions that have been more and more decided by the judiciary.

In all those issues, the Supreme Court was called to analyze and decide political questions. Unlike the US, the Brazilian judicial review does not allow the Supreme Court to decline to adjudicate evoking the doctrine of political questions. This is one element that favors the process of judicialization of politics.

Once the Supreme Court is compelled to take political decisions, it arises the question of legitimacy. Where does the justices' legitimacy come from?

The Supreme Court justices are not elected and, different from lower level judges, who assume the position after being approved in high difficult tests that take about two years, their appointments are overall a Presidency's choice. The Senate must also approve the nomination, but this is usually just a formal procedure in Brazil. Civil society usually does not participate on the debate. Once they are appointed, they have lifetime tenure until mandatory retirement at 70 years old. On one side, this is a guarantee of judicial independence, but it is also an easy path to the abuse of power.

The increasingly political role of the judiciary contrasts with the lack of consult and participation by the civil society over its decisions, over the legitimacy of the decision-making process and about the personal interpretation that Justices make of the Constitution.

Civil law countries, especially those under the presidential system, still have their government's structure strongly based on the Montesquieu's theory regarding separation of power. Although there should always have always had cooperation, "political engineering" regarding to establish effective mechanisms of checks and balances among the legislative, executive and judiciary branches envision permanent challenges. As much as limits of cooperation and control are fuzzy, so are their fields of action. This is more evident in the context of judicialization of politics in which the judiciary takes a growing political role.

Representative democracy on contemporary and complex societies still has a leading role in defining, controlling and legitimating political decisions. Although citizens and civil society claim better ways to participate of political decisions,

mainly representatives still play this role. They are elected and could easily be substituted when acting in opposition to the interest of their voters.

Different from the legislative and executive branches, the nature of the legitimation of decision-making process by Brazilian judiciary has other roots. It used to be strongly based on the technical knowledge of judges as well as on impartiality regarding to parts involved in a lawsuit. Nowadays, it is more and more based on the legitimation of decision-making process.

In this context, it becomes increasingly important to criticize the process of legitimation, which occurs within the juridical field where, through legal reasoning and juridical tools, it's usually reproduced the power's structure and kept the status quo, using just the symbolic violence. Because it is an invisible and smooth process, it is more easily acceptable and reproduced, in a vital cycle that guarantees the authority of the judiciary. It helps to generate, regulate and perpetuate the various practices that constitute social life and, especially, "juridical life".

However, legal reasoning and symbolic violence are not enough to support and justify "political questions", such as those related, even when they got hidden in constitutional and legal provisions. Once the Supreme Court recognizes that those claims reach different and somehow conflictive rights, both established and protected by constitutional principle provisions, the institution decided to open debates to the civil society trough public hearings.

Public hearings are mechanism embraced by Law 8.068/99 to facilitate discussion before the Supreme Federal Court in exercising concentrated control over constitutionality. Through public hearings, groups defending opposite interests, public institutions and citizens can apply to be heard by the Court and expose their pros or cons arguments over rights, duties and interests that are at stake in the claims.

Between 2007 and 2014 the Supreme Federal Court in Brazil held thirteen public hearings (STF, 2013), mostly of them concerned with fundamental rights or involving demands that should be debated in the political sphere. Debates about interruption of pregnancy in case of anencephalic fetuses, stem-cell research, penalties for drinking and driving, prison regimes, electoral public financing,

authorial rights, are among those, which are being discussed through public hearings.

Besides public hearings, the Federal Supreme Court in a specific demand can also allow the figure of the *amicus curiae*, which has the power to extend the debate to society, and contribute to the balance between opponents defending divergent interests.

The two initiatives, public hearing and *amicus curiae* can contribute to the democratization of deliberative process. Public Hearing and *amicus curiae* are important in at least three aspects: i. Providing information and expert knowledge to inform judicial decisions; ii. Exposing the society to the complexity of such situations and informing it on the goods and rights affected to facilitate reflection on the issues raised; iii. Enabling transparent debate with representation and participation by groups with diverging interests to discourage “officious” action that typically manage such interests through the Brazilian legislature and executive branch. Measures to broaden such processes and render them more representative may effectively aid in legitimizing the judiciary.

Opposed opinions and contrasting points of view can loudly be heard in public hearings, and equity is more probable achieved with the *amicus curiae* in a process. The parts can better express their concerns and what they think are the consequences of pros and cons in debate.

Eventually, media play also an important role in the debates, as a kind of “mirror” of society. Once adjudication of cases involving “political questions” is mostly political, even when supported by legal arguments, bringing society to the court is a positive step to legitimize juridical decisions.

Making decisions is one of the most important actions to inform the judicial good governance, so mechanisms that enlarge democratic participation to inform the decision-making process are very welcome.

Thus, the democratic governance core, as considered by Almeida, lays on decentralization, as well as on the civil society’s participation and cooperation to government’s actions (Esteve, 2009). Such concept is focused on the need and materialization of environs legitimated by means of discursive validating processes

which depend on the participation of individuals involved and affected by democratic processes, including law (Habermas, 1989).

By means of public hearing and *amicus curiae*, and through the recognition of a collective dimension of social rights involving large groups of people, interest groups, NGO's, vulnerable group's associations, social movements, unions and citizens, have better ways to express their concerns about political questions taken to the judiciary.

As active members of society all these groups are somehow inserted in the process that re(produces) its *statu quo ante*. However, these "new actors" representing landless or homeless groups, consumers, taxpayers, elderly people looking for health, children asking for education, have historically been kept apart from the political debate over social problems. So they never performed a main or active role within judicial field, as described by Bourdieu. Instead, they have been acting through a watchful method to avoid some standard's traps such as public safety, certifications, indexes, or even the representative democracy, all of them rationalized forms to justify and to (re)produce the exploitation process (Bourdieu, 2000, p. 212-214).

Doing so, they act as resistance movements facing the symbolic violence produced in the juridical field, hopefully being able to assist the democratization of the Judiciary by the good governance.

3 CONSIDERATIONS

Governance arises in the context of economic neoliberal proposal for "less state", but distances itself from the economic background to the extent that social and political scientists begin to discuss their potential to enhance the relationship between government and other social organizations in questions involving public interest and delivering public services.

The idea of "less government" implies by contrast "more" other institutions from the public sector, private and third sector, to analyze "social issues", make decisions and deliver public services. Governance then refers to democracy and public policy.

Good governance, indeed, although has emerged as a way of managing public affairs, became linked to the dialogue through networks, the participation of State and No-state actors in decisions involving public interests and increasing accountability and responsiveness of the decisions taken.

Public policies usually concerned to the political sphere, but the constitutionalization of social rights has gradually transferred matters relating to the implementation of social rights to the judiciary, in the context of the judicialization of politics.

Overcoming the democratic deficit and disrupt the process of domination assigned to the judiciary, as well as explained by Bourdieu's theory, it becomes more important to the extent that the judiciary takes an unprecedented political role.

In parallel, the Brazilian judiciary, compelled by its own model of judicial review to decide "political issues", begins to open space for civil society participation in decision-making process through public hearings and *amicus curiae*.

These mechanisms bring together "new actors", such as NGO's, social movements, interest groups, and judiciary. Once those are not "traditional actors" in the judicial field, they can become more able to resist to the domination process denounced by Bourdieu, leading to democratization of the judiciary.

Thus, governance through this "new actors" acting through public hearing, *amicus curiae* and other mechanisms of direct expression to the judiciary, can assist in the process of democratization of the judiciary as well as to legitimate its decisions in the public sphere. So, it is mandatory that governance transcends the regulating paradigm connected to neo-liberals and concentrates its actions not on state's overtaking, but in its own relations with civil society. Its virtue is its feelings and ethos towards the public interest.

REFERENCES

- ALMEIDA, P. R. de. O Brasil no contexto da governança global. In: **Cadernos Adenauer IX (2008) n. 3.** Governança Global. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, março, 2009. ISBN 978-85-7504-136-9, p. 199-219.
- ALTHUSSER, L.. **Aparelhos Ideológicos de Estado.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.
- ARENDT, H.. **A Condição Humana.** Tradução, Roberto Raposo. Rio de Janeiro: ForenseUniversitária, 1997.
- ARNAULD, A. J.. **O Direito entre a Modernidade e Globalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CARBONELL, M. (Org.) **Teoría del neoconstitucionalismo.** Madri: Editorial Trotta, 2007, nº p. 334.
- BARBOSA, C. M.. Reflexões para um Poder Judiciário socioambientalmente responsável. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.** Vol. 48. Curitiba, SER/UFPR, 2008.
- _____. O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro. In: **Anais do XIV Congresso Nacional do Conpedi.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- BARBOSA, C. M.; PAMPLONA, D. A.. **A Judicialização da política e as audiências públicas no Supremo Tribunal Federal.** RevistaParadigma, 2009.
- BECK, U.. **La Sociedad Del riesgo: hacia un nuevo mundo moderno.** Barcelona: Paidós, 2006.
- BEVIR, M.. Key concepts in governance. SAGE Publications Ltd., p. 35.
- BOURDIEU, P.. **Questões de sociologia.** Lisboa: Fim de Século, 2003.
- _____. **O poder simbólico.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- _____. **A dominação masculina.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
- _____. **O que falar quer dizer.** Portugal: Difel 82 – Difusão Editorial S. A., 1998.
- _____. **A Economia das Trocas Simbólicas.** São Paulo: Perspectiva, 1987, nº p. 361.
- _____. O campo científico. In: ORTIZ, Renato (org.) **Pierre Bourdieu. Sociologia.** São Paulo: Editora Ática, 1994.

BUCCI, M. P. D.. **Políticas públicas e direito administrativo**. In: Revista de informação legislativa. Brasília, n. 133, jan/mar.1997, p. 89-98.

CASCATE, J.. **El poder de La calle**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

CASTELLS, M.. **O poder da identidade**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

CAPELLA, J. R.. **Os cidadãos servos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

CHEVALLIER, J.. A Governança e o Direito. In: **Revista de Direito Público da Economia**. PDPE, ano 1, n.º.1, jan/mar. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 129-146.

DYE, T. R., Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. In. HEIDEMANN Francisco G. e SALM, José Francisco (org.). **Políticas públicas e desenvolvimento**: bases epistemológicas e modelos de análise. Brasília: UnB, 2009, p. 99-132.

ESTEVE, J. M. P.. **Governança democrática**: construção do desenvolvimento das cidades. Belo Horizonte: Fundação Astrojildo Pereira/UFJF, 2009.

FERNANDES, R.. **Privado, porém público**: o terceiro setor na América Latina. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

FEYERABEND, P.. **Contra o método**. São Paulo: Editora da UNESP, 2003.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia?** O guardião de promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GRAHAM, J.; AMOS, B.; PLUMPTRE, T.. Principles for good governance in the 21st Century. Policy brief n. 15. **Institute on governance**. Ontario, Ca, 2003.

GREENE, I.. **The Courts**. Printed in Canada: Library and Archives Canada Cataloguing in Publication - UBC Press - The University of British Columbia, 2006.

GOHN, M. da G.. **Teorias dos movimentos sociais**: paradigmas clássicos contemporâneos. São Paulo: Loyola, 1997.

GRÜN, E.. Las globalizaciones jurídicas. In: **Revista FACULTAD DE DERECHO E CIENCIAS POLÍTICAS**. Vol. 36, No. 105. Medellín: Colômbia, Julio-Diciembre, 2006, p. 323-338.

HOGWOOD, B. W.; GUNN, L. A. **Policy analysis for the real world**. Oxford University Press, UK, 2012.

HOUTART, F.. Los movimiento ssociales y La construcción de um nuevo sujeto histórico. In. BORON, Atilio A.; AMADEO, Javier e GONZÁLEZ (Compiladores).

La teoria marxista hoy. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2006, p. 435-444.

LASCOURMES, P.; LE GALES, P.. Introduction: understanding public policy through its instruments – from the nature of instruments to the sociology of public instruments. In: **Governance: An international journal of policy, administration, and institutions.** v. 20, n. 1, Jan. 2007, p. 1-21.

MARÉS, C. F.. **A liberdade e outros direitos** – ensaios socioambientais. Curitiba: Letra da lei, 2011.

_____. **Prefácio à "Contribuição à Crítica da Economia Política"**. [s.d.].

MONTOVANELI JUNIOR, O.. **Políticas Públicas no século XXI: a perspectiva da gestão multicêntrica (à luz da experiência de Porto Alegre).** Blumenau: Edifurd, 2006.

MORIN, E.; Participação de Marcos Terena. **Saberes locais e globais: o olhar transdisciplinar.** Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

_____. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

OFFE, C.. **Partidos políticos y nuevos movimientos sociales.** Madri: Sistema, 1992.

RICHARDSON, R. J.; Colaboradores SOUZA PERES, J. A. de; (et al.). **Pesquisa social: métodos e técnicas.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ROBERTS, A.. Geometria variável. In. **Cadernos Adenauer IX (2008) n. 3. Governança Global.** Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, março, 2009. ISBN 978-85-7504-136-9, p. 11-19.

SACHS, Y.. **Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado.** Rio de Janeiro; Garamond, 2008.

SANTOS, B. S.. A crítica da governação neoliberal: O Fórum Social Mundial comopolítica e legalidade cosmopolita. In. **Revista Crítica de Ciências Sociais.** No. 72. ISSN 0254-1106. 2005, p. 7-44.

_____. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, nº 79, novembro 2007, pp. 71-94.

TATE, C. N.; VALLINDER, T.. **The global expansion of judicial power.** New York, New York University Press, 1995.

TOURAINE, A.. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje.
Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

VIANA, V. M. Envolvimento sustentável e conservação das florestas brasileiras.
Ambiente e Sociedade – ano II – nº 5 – 2º semestre de 1999.

WEBER, M.. **Economia e Sociedade**. Vol. 2. Brasília: Editora da Universidade de Brasília. 1999.

_____. **Metodologia das Ciências Sociais**. Tradução de Augusti Wenet, 2ª ed.
São Paulo: Cortez; Campinas: Editora da Universidade Estadual de Campinas,
Parte 1, 1993.

REVOLUCIÓN Y REFORMA JUDICIAL EN VENEZUELA

Laura Louza Scognamiglio¹⁵

ABSTRACT: Se pretende determinar si las reformas que, a partir del régimen político instaurado por el presidente de Venezuela, Hugo Chávez Frías (1999 hasta 2014), se hicieron en el poder judicial venezolano, lograron el impacto esperado. Chávez prometía erradicar la corrupción, la inseguridad y la desigualdad social, que en buena medida los venezolanos atribuían a la ineficiencia del poder judicial, siendo en consecuencia ésta un área clave de su gobierno y en particular, de su “revolución”. Aunque Chávez no es el Presidente del país desde 2013, Maduro ha continuado con su política. Para lograr el objetivo propuesto se hace un análisis documental (documentos jurídicos y no jurídicos) El periodo de análisis abarca, especialmente, desde finales de 1998 hasta 2014, aunque se hace referencia al periodo anterior de la democracia de partidos (1958-1998) como causa probable de lo ocurrido en Venezuela en lo sucesivo. El estudio muestra que no se logró lo prometido: la situación en los ámbitos que se pretendían mejorar ha empeorado y el poder judicial ya no cumple su rol: Venezuela es un país cada vez más conflictivo, inseguro y corrupto. Pareciera que si se emprende una reforma judicial, sin cumplir las reglas del Estado de derecho, se mina la independencia judicial, y sin esta, peligra la democracia.

PALABRAS CLAVE: Poder judicial, revolución, reforma judicial, democracia.

1 INTRODUCCIÓN

En las democracias contemporáneas se concibe a la Justicia como uno de los servicios públicos esenciales del Estado¹⁶, a tal punto que en la actualidad está demostrado que “sin control judicial de los poderes públicos no hay Estado

¹⁵ Abogada, egresada de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, Venezuela. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Panthéon Assas, Paris II. Magister en análisis económico del derecho y políticas públicas del Instituto Ortega y Gasset de la Universidad Complutense, Madrid. Directora de Acceso a la justicia. Autora de publicaciones sobre Estado de derecho y justicia. Profesora de sociología jurídica de la UCV. Ex gerente entre 1996 y 2004 de los proyectos de reforma judicial en Venezuela, financiados por el Banco Mundial.

¹⁶ LOUZA, Laura, (2007), *La sociedad civil y el ciudadano en Venezuela frente al sistema de justicia a partir de la nueva Constitución*, Revista “Derecho y Democracia”, Cuadernos Unimetanos N° 11 de la Universidad Metropolitana, Caracas, p. 27.

de derecho”¹⁷ y sin Estado de derecho no hay libertad ni democracia¹⁸. En efecto, en el Estado de Derecho o en el Estado Constitucional¹⁹, -como se le prefiere llamar en la doctrina continental europea, así como en los países herederos de esta como es el caso de Venezuela- el Derecho se transforma en el instrumento esencial para limitar el poder del Estado y garantizar la libertad del ciudadano frente al ejercicio del poder, y para que ello ocurra, es necesario que el juez sea independiente política y económicamente, así como imparcial²⁰.

Por ello, es que los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura de las Naciones Unidas, establecen, entre otras cosas, que: “1. [...] Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura. [...]”.

A la importancia de la Justicia en el ámbito de los derechos humanos y de la democracia, la evidencia empírica muestra la relación entre, por una parte, la transparencia, la independencia y la eficiencia del sistema judicial, y por la otra, la riqueza social medida en Producto Interno Bruto (PIB) per cápita²¹. Venezuela es un buen ejemplo de la existencia de esta interconexión, así como de su importancia.

A pesar de ser un país desde 1958 con una de las democracias mejor establecidas de América Latina, a partir del inicio de la década de 1990, el sistema político se hizo inestable y su economía, ya desde la década de los ochenta, recesiva. Buena parte de la crisis se debió a la generalizada percepción de corrupción y derroche que los venezolanos tenían de sus gobernantes. El sector público era relacionado con corrupción, manejo clientelar e ineficiencia. El Poder Judicial fue considerado como responsable en buena medida por ser

¹⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, 30 de diciembre de 2009, p. 294

¹⁸ “Un poder judicial independiente es sólo característico de un régimen democrático” (GUARNIERI y PEDERZOLI, (1999), *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, Ediciones Grupo Santillana S.A, Madrid, p. 29).

¹⁹ “Generalmente, la expresión estado de derecho es equivalente a la del rule of law del ámbito anglosajón y la de estado constitucional es la de la doctrina continental europea”, MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, (2014), *La situación del estado de derecho en el país*, publicado en la obra colectiva: “Títulos Valores, contratos mercantiles”, V Jornadas Anibal Dominici, FUNEDA; p. 34.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi, (2006), *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta, Madrid, p. 27.

²¹ DE LEÓN, Ignacio, 2008, *La propiedad privada como causa del progreso*, editado por CEDICE Libertad, Caracas, pp. 32 y 33.

incapaz de impartir justicia y estar altamente orientado por el Ejecutivo o por el poder económico²². En este sentido, Venezuela aparecía en los informes del Banco Mundial como el penúltimo país en vías de desarrollo en cuanto a la credibilidad de su Poder Judicial²³. Lo que estaba ocurriendo para ese momento en Venezuela, Cabrujas lo describió así:

“El país se atascó... El país está saturado de vicios que provienen del estado. Probablemente lo que sucede es que es muy difícil en Venezuela percibir la noción de estado. En Venezuela... El gobierno es el primer agresor del estado”²⁴.

En 1985, la democracia de partidos, que era el régimen político imperante desde 1958²⁵, consciente de sus errores y de la poca sostenibilidad de su régimen democrático, creó la Comisión Para la Reforma del Estado (COPRE), con la finalidad de recuperar la institucionalidad perdida, fortalecer el Estado de derecho y poder mantener la democracia en Venezuela.

No obstante estos esfuerzos, la precaria institucionalidad, la importante debilidad del Estado de derecho y sobre todo, la enorme desigualdad social, impulsada en buena medida por el régimen político existente, junto con una economía que empezó a hacerse recesiva, condujeron a un enorme descontento de la población que vivía en zonas populares.

Para inicios del siglo XXI, se estimaba que el 48 por ciento de la población venezolana vivía en pobreza, y una parte importante de ese porcentaje en pobreza extrema, es decir, sin dinero suficiente para cubrir la cesta básica alimentaria²⁶. El desempleo alcanzaba al 17 por ciento y el empleo en el sector informal, el 51.2 por ciento²⁷.

²² PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, 1998, *Justicia y Gobernabilidad*, Venezuela: una reforma judicial en marcha, Editorial Nueva Sociedad, Caracas

²³ CHAVERO, Rafael, La justicia revolucionaria. Una década de reestructuración (o involución) judicial en Venezuela, 2011, publicado por la Editorial Aequitas C.A., Caracas, p. 42.

²⁴ Citado por Carlos Blanco en su obra “Un programa de cambio. Economía para ciudadanos” (ver: <http://www.entorno-empresarial.com/archivo/articulo/4982/las-dimensiones-del-estado-venezolano>).

²⁵ “El periodo 1958-1998 es generalmente considerado como una democracia en la cual los partidos políticos tenían un papel muy importante.... También se estima que los partidos políticos tenían una injerencia en la sociedad mayor que en otros sistemas democráticos y que la participación ciudadana y el funcionamiento institucional era relativamente débil” (PEREZ PERDOMO, Rogelio, OBCIT, p. 169).

²⁶ Hay discrepancias en los datos según los analistas. El dato del 48 por ciento de pobreza es del Instituto Nacional de Estadísticas (<http://www.sisov.mpd.gov.ve/indicadores/desarrollohumano> y desigualdad). El estudio sobre pobreza de la Universidad Católica Andrés Bello reporta cifras

Según un informe gubernamental, el 61% de la población (unas 10.000.000 de personas para ese momento), vivía en asentamientos populares o “barrios”, y de esa población, el 40% estaba ubicada en la Gran Caracas y el Estado Vargas²⁸. Estas zonas se caracterizaban por tener una vialidad del 5%, el 80% de sus habitantes no pagaba luz y casi el 100% de los comercios eran ilegales²⁹, y no tenían casi acceso servicios adecuados de salud.

En estas zonas además se habían instalado medios de control social informales y muchas veces violentos, que se financiaban con el narcotráfico y el tráfico de armas, estando cautiva de esa situación la población que allí vivía.

Evidentemente las diferencias socio-económicas de esas ciudades “informales” habían creado un gran resentimiento en sectores de escasos recursos con el resto de la población y con los gobiernos de turno.

Por su parte, en los sectores de clase media y alta también existía un gran descontento con el régimen político imperante por su notoria corrupción, impunidad, pésimo nivel de prestación de servicios públicos y por la inseguridad jurídica y personal imperantes.

Estos sentimientos confluyeron con un deseo común de la sociedad venezolana de un gran cambio a nivel político e institucional, que obviamente las reformas iniciadas en la década de los noventa no habían satisfecho, por no ser suficientemente profundas.

Hugo Chávez Frías fue el candidato presidencial que capitalizó esas frustraciones, al prometer una sociedad más igualitaria y justa, así como la eliminación de las cúpulas de poder partidistas corruptas. Su gobierno proponía una verdadera “revolución”³⁰, y a finales de 1998, ganó las elecciones con el

mayores de pobreza, distinguiendo entre pobreza crítica (33 por ciento) y pobreza relativa (37 por ciento).

²⁷ Según DATANALISIS para octubre de 2002.

²⁸ Citado por CLICHEVSKY, Nora, *Pobreza y acceso al suelo urbano. Algunas políticas sobre los procesos de regularización en Venezuela*, Naciones Unidas CEPAL, diciembre de 2003, Santiago de Chile, p. 52.

²⁹ IDEM.

³⁰ “Revolución”, según el Diccionario de la Real Academia es un “cambio rápido y profundo en cualquier cosa” y también un “cambio violento en las instituciones políticas, económicas o sociales de una nación”. Según veremos a lo largo de esta obra, ambas acepciones se corresponden a lo ocurrido en Venezuela en el Poder Judicial a partir de la década de los noventa hasta la actualidad”. LOUZA, Laura, (2011), *La revolución judicial en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, p.12.

segundo mayor porcentaje de voto popular en Venezuela de las últimas 4 décadas (56,20%).

Para comprender mejor el contexto en que se llevó a cabo la “revolución” y la reforma judicial, es necesario hacer referencia primero a cómo se manejaba la justicia antes de la “revolución”, es decir, en la época de la democracia de partidos, entre 1958 y 1998. Sucesivamente, analizar qué sucedió desde la victoria del nuevo régimen hasta la puesta en vigencia de la Constitución (1999-2000). Luego, hacer mención a lo establecido por la nueva constitución y examinar cómo se fue ejecutando la “revolución” y la reforma judicial durante el gobierno de Chávez (2000-2012). Finalmente, qué ocurrió con la revolución y la reforma judicial cuando Chávez murió y Maduro fue electo como presidente de Venezuela. En este punto, va a ser importante hacer un balance de la situación en la actualidad y comparar el nivel corrupción, impunidad, Estado de derecho y pobreza, en Venezuela en la actualidad respecto a cuándo comenzó la “revolución” y la reforma judicial, para determinar si se lograron las mejoras prometidas.

Debe alertarse que la “revolución” y la reforma judicial ocasionaron importantes cambios en Venezuela en innumerables aspectos. Se hará referencia en especial a la forma de aplicar el Derecho, de concebir el Estado de derecho, al rol del poder judicial, al papel del Estado frente al ciudadano. Estos cambios han tenido un impacto importante en los derechos de los venezolanos, la situación de las empresas y de la propiedad privada, a la forma de hacer política, y muchos otros aspectos que han ido afectando cada vez más la vida cotidiana de la persona. Venezuela paulatinamente ha pasado de ser una democracia³¹ a ser una democradura³², luego una “hibridocracia”³³ y ahora, un Estado cívico militar³⁴, con

³¹ De hecho de las mejor establecidas y duraderas en América Latina, entre 1958 y 1998. De 1998 a 2003, algunos expertos la calificaron de “semidemocracia” (SMITH, Peter H., 2009, *La democracia en América Latina*, Universidad de Alcalá, Instituto de Estudios Latinoamericanos, Trad. Carmen Martínez Gimeno, Marcial Pons, Madrid, Barcelona y Buenos Aires.

³² Según informe de la Internacional Socialista de 2010 (elaborado en Caracas del 20 al 23 de enero de 2010), la democradura es un gobierno de origen democrático con un ejercicio real autoritario, p. 4.

³³ CORRALES, Javier y PENFOLD, Michael, *Un dragón en el trópico*, Editorial Melvin, 2012, Caracas.

todo lo que esto implica. Lo que se persigue con este trabajo es sobre todo analizar el impacto de la “revolución” en la judicatura, así como sus reformas, y comparar en este ámbito el antes de la “revolución” y el después, para determinar qué es clave en una reforma judicial y también, qué no debe hacerse.

En cuanto a fuentes y metodología, este trabajo retoma datos y análisis de trabajos previos sobre el tema, y en especial, las siguientes obras: “La revolución judicial en Venezuela” de mi autoría, publicado por FUNEDA en 2011 en Caracas; “La justicia revolucionaria. Una década de reestructuración (o involución) judicial en Venezuela”, de Rafael Chavero, publicado por la Editorial Aequitas C.A., en Caracas, 2011; “Justicia e Injusticias en Venezuela. Estudios de historia social del derecho”, de Rogelio Pérez Perdomo, publicado por la Academia Nacional de la Historia en Caracas, 2011, y “El TSJ al servicio de la Revolución. La toma, los números y los criterios del TSJ venezolano (2004-2013)”, de Antonio Canova et alia, publicado por la Editorial Galipán en Caracas, 2014. También, se ha consultado la obra de un reconocido jurista venezolano, Allan Brewer-Carías, quien describe de manera muy clara lo que ha ocurrido en Venezuela con el poder judicial y el Estado de derecho³⁵.

Adicionalmente, se ha acudido a los informes de PROVEA, una organización no gubernamental de derechos humanos, que especialmente en su informe anual en la sección “derecho a la justicia” describe con mucho detalle lo que ocurre cada año en Venezuela en este ámbito y hace un riguroso análisis de la situación³⁶. Asimismo, se han consultado artículos de prensa y documentos oficiales.

2 LA JUSTICIA EN LA DEMOCRACIA DE PARTIDOS (1958 HASTA 1998)

Si analizamos la historia judicial desde 1958 hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, existen diferentes fuentes que mencionan la falta de

³⁴ CAMERO, Ysrael, *Entre el rojo y el verde olivo: Venezuela militarizada*, publicado en: <http://deveniresysrael.blogspot.com/2015/04/entre-el-rojo-y-el-verde-olivo.html>, 14 de abril de 2015, Caracas.

³⁵ Por cierto perseguido por el gobierno venezolano, vive en el exterior y su voluminosa obra se puede consultar en: <http://www.allanbrewercarias.com/>

³⁶ Ver: <http://www.derechos.org.ve/informes-anauales/>

independencia judicial durante este periodo.

Desde 1958 hasta 1969, el Ministro de Justicia era el encargado de la administración y gobierno del Poder Judicial y se ocupaba del nombramiento de los jueces. En términos políticos, “el sistema judicial era marginal y relativamente cómplice del régimen. No podía esperarse de él el control de la legalidad de los actos de los poderes públicos o la garantía de los derechos individuales”³⁷.

Cuando entró en vigencia la Constitución de 1961, fusionó la Corte Federal y la Corte de Casación en un solo órgano: la Corte Suprema de Justicia. A ésta le atribuyó importantes funciones de control de la constitucionalidad y legalidad de los actos de los Poderes Públicos, así como de protección de los ciudadanos en caso de violación de sus derechos constitucionales (artículos 206 y 215). Pero la función de gobierno y administración de los tribunales de la República, se otorgó a un órgano ajeno al Poder Judicial: el Consejo de la Judicatura (artículo 217). Su creación respondió a la idea de liberar a los jueces de la interferencia del Poder Ejecutivo y profesionalizar la judicatura. Sin embargo, el Consejo de la Judicatura no empezó a funcionar inmediatamente con la entrada en vigencia de la Constitución, sino en 1969.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia era la más alta instancia judicial del país y era administrativamente diferente e independiente del Consejo de la Judicatura y del resto de los tribunales.

Tampoco, estos cambios garantizaron la independencia judicial, ni dieron lugar a un Poder Judicial particularmente fuerte. En los años ochenta, era pública la repartición de los puestos entre los partidos políticos en el Consejo. Para ser designado, sobrevivir como juez o ascender lo más importante era tener relaciones en el Consejo. La dotación del tribunal también dependía de ello³⁸.

La Corte Suprema de Justicia se percibía como un órgano débil e ineficiente. Su desprestigio era tan importante, que, en diciembre de 1991, circuló un documento público llamado “la Carta de los Notables” en que se solicitaba la

³⁷ PÉREZ PERDOMO, Rogelio, 2007, *Medio siglo de historia judicial en Venezuela (1952-2005)*, Revista Derecho y Democracia, Cuadernos Unimetanos, Año II, N° 11, Universidad Metropolitana, Caracas, p. 7.

³⁸ PÉREZ PERDOMO, Rogelio, 2007, OBCIT, p. 10.

renuncia de los magistrados³⁹.

A pesar de ello, los jueces tenían bastante estabilidad. La mayor parte de los titulares habían ingresado antes de 1980 y su titularidad fue reconocida por el Consejo de la Judicatura cuando se regularon los concursos de oposición en virtud de la Ley de Carrera Judicial. Los jueces superiores permanecían aproximadamente 21 años como jueces; los de primera instancia, 16 y los jueces que hoy se llaman de municipio, un poco más de 13 años⁴⁰.

En cuanto a los magistrados en esa época, un focus group que realizó la ONG Acceso a la justicia⁴¹ en la sede la Universidad Católica Andrés Bello en octubre de 2010 con abogados y ex magistrados reconocidos por su honestidad y brillante carrera profesional, se explicó:

“Antes de la década de los noventa había políticos magistrados, había magistrados que no eran políticos pero postulados por algún político y había magistrados que eran independientes. Pero no hay que generalizar, porque todos estaban preparados y había políticos magistrados que se comportaban con independencia y había magistrados independientes que no demostraban ninguna independencia. Hay que analizar persona por persona.

Los políticos magistrados actuaban como juristas, pero probablemente, dentro del marco del Derecho buscaban una salida política y lo que estaba claro es que nunca eludían el Derecho”.

También aclararon que, cuando comenzó el decaimiento de los partidos políticos, “la elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia tuvo que ver más con la búsqueda de poder y se eligió a personas más políticas que juristas, con menos conocimientos que las de antes, pero que, aún en ese período, había jueces que decían que no aceptaban presiones e incluso lo demostraban”.

Frente a esas explicaciones, surgió la pregunta sobre cuándo comenzó el deterioro del Consejo de la Judicatura y los participantes señalaron que ocurrió

³⁹ PÉREZ PERDOMO, Rogelio, 2007, OBCIT, p. 14.

⁴⁰ IESA: *Estudio diagnóstico de necesidades educativas del Poder Judicial y proyecto académico para la Escuela de la Judicatura*. Presentado al Consejo de la Judicatura en julio de 1996. Coordinado por Rogelio Pérez Perdomo, p. 49.

⁴¹ Asociación civil sin fines de lucro y fines académicos, presidida por Laura Louza, que da información sobre el sistema de justicia venezolano y su Estado de derecho (<http://accesoalajusticia.org>), auspiciada por la Universidad Metropolitana y la Academia de Ciencias Sociales y Políticas. Acceso a la justicia es parte de la biblioteca de la Academia: <http://www.acienpol.org.ve> y de la Universidad Metropolitana:

cuando se introdujo lo político y las llamadas tribus judiciales que se constituyeron a través de lo político, en los siguientes términos:

“La tribu operaba de esta manera: unos bufetes que dominaban jueces intervenían para asegurar el voto a favor de sus casos. Y trataban de postular como magistrados del Consejo de la Judicatura a abogados de un bufete que controlaba un área completa del poder judicial. Y entonces un bufete político manejaba el nombramiento de los jueces superiores, de instancia, fiscales, inspectores de tribunales, etc.”.

Ante la duda de si se trataba de un asunto más económico que político, se opinó que el asunto era económico, pero también político, tanto a nivel nacional, como regional, porque tenía que ver con poseer influencia política y con la aspiración a cargos políticos y a cargos en el sistema de administración de justicia.

Pérez Perdomo citado por Chavero (2011)⁴² describe de manera clara lo que ocurrió en ese periodo de la siguiente manera:

“El hecho es que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de la Judicatura y el Poder Judicial en su conjunto son vistos como apéndices de los partidos principales y dentro de ellas, de las redes informales que lo penetran y que el público denomina tribus. Por supuesto, no todos los jueces pertenecen a tribus ni son fieles a grupos políticos, pero lo escándalos de la prensa son lo suficientemente numerosos para que la imagen general del Poder Judicial sea negativa. La partidización del Consejo de la Judicatura y de la Corte Suprema, por el contrario, son innegables. Mientras que en los partidos y entre los partidos predominaban relaciones de cooperación sobre las de conflicto, la situación dentro de la administración de justicia fue tolerada, pues en el fondo las soluciones se negociaban, como en el Parlamento, si es que el conflicto se traducían en uno judicial. En cambio, cuando el conflicto político se hizo más agudo y hubo más necesidad de verdaderas adjudicaciones judiciales, la penosa situación de la administración de justicia se hizo evidente. El descaecimiento de las funciones fomentistas del Estado hace también más agudo el conflicto entre particulares, especialmente entre empresas, y la necesidad de una verdadera administración de justicia se ha hecho patente (ej., Naim y Piñango, 1989)” (p. 41).

Con este panorama, es evidente que ya para la década de los noventa, el Poder Judicial se percibía como un ente plagado de corrupción, con jueces incompetentes, muy poco eficiente e inaccesible para la mayoría de la población. Se consideraba igualmente que el sistema judicial no garantizaba los derechos humanos de los ciudadanos, y el Consejo de la Judicatura era un *elefante blanco*, es decir, un órgano altamente burocratizado y poco funcional, donde lo que

⁴² Se trata del trabajo de Rogelio Pérez Perdomo, titulado: Crisis política y sistema judicial en Venezuela, publicado en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, septiembre-diciembre de 1993, Caracas.

predominaba era el clientelismo, familismo y amiguismo como criterios de asignación de recursos a los jueces, así como de nombramiento y ascenso.

Esto condujo a que se adoptaran un conjunto de medidas e iniciativas en el ámbito judicial de tipo normativo y funcional.

En cuanto a las reformas normativas, la década de 1990 fue especialmente fértil en estos cambios que, en orden cronológico, fueron: la Ley Orgánica de la Justicia de Paz (1994), el Código Orgánico Procesal Penal (COPP, 1998), la Ley Orgánica del Poder Judicial (1998), la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura (1999), la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente (1998), La Ley de Carrera Judicial (1998)⁴³.

En el aspecto funcional, tuvo un gran impacto la ejecución de dos convenios con el Banco Mundial para la modernización del Poder Judicial. El primero fue el N° 3514-VE, firmado en diciembre de 1993. Su monto total fue de 60 millones de dólares de los Estados Unidos, de los cuales el Banco Mundial aportaría como préstamo la mitad. El ente ejecutor fue el Consejo de la Judicatura. En agosto de 2000, el ente ejecutor pasó a ser la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

Durante el periodo en que el Consejo de la Judicatura se encargó de este proyecto, no se percibió un cambio real de la judicatura. La opinión general era que el Consejo había invertido como siempre sus recursos en sí mismo y no en los tribunales. De hecho, los resultados del convenio hasta ese momento eran la adquisición y remodelación de una sede para el Consejo de la Judicatura en una de las mejoras zonas de oficinas de Caracas y la construcción de sedes para los tribunales penales sin la infraestructura tecnológica necesaria para la puesta en marcha de los procesos previstos en el nuevo Código Orgánico Procesal Penal.

El otro convenio fue el N° 4270-VE, suscrito en diciembre de 1997, por un total de 7.300.000 dólares de los cuales el Banco Mundial aportó 4.700.000 con

⁴³ Se indican los años en que se publicaron estas leyes, en su mayoría entraron en vigencia el año siguiente a su publicación en Gaceta Oficial. Una excepción es el Código Orgánico Procesal Penal (1998), que entró plenamente en vigencia en julio de 1999 y fue substancialmente modificado en 2001.

resultados muy exitosos⁴⁴, ya que dio lugar a la automatización de los procesos judiciales del máximo tribunal, aparentemente mayor eficiencia en la gestión judicial⁴⁵ y la publicación en Internet de sus sentencias y casos⁴⁶.

El resultado de las acciones del Consejo y de la Corte (las del primero, poco efectivas y las de la segunda, exitosas), llevó paulatinamente a la conclusión de que la causa fundamental del fracaso institucional del Poder Judicial se debía a la estructura y organización de la administración y gobierno judicial, porque un ente ajeno al Poder Judicial como era el Consejo de la Judicatura no podía tener la capacidad ni el liderazgo necesario para resolver sus problemas⁴⁷. Así, lo expresó la Comisión Andina de Juristas en el informe sobre Venezuela de 1997:

“La crisis judicial se manifiesta en expresiones de desaprobación ciudadana y cuestionamiento institucional, **por la disfuncionalidad en su estructura y en la prestación de servicios**. Una encuesta aplicada en 1996 reveló que el 87% de los venezolanos considera que los tribunales no los protegen frente a violaciones de sus derechos y **sólo el 1 % consideró que existen jueces honrados”** (Resaltado nuestro)⁴⁸.

Se empezó a manejar la hipótesis, fundamentada en algunas leyes que otorgaban competencias de gobierno y administración a la Corte Suprema de Justicia, que ésta se ocupara de la coordinación de la política judicial nacional y ejerciera un mayor control sobre el Consejo.

Esto dio origen a un cambio institucional: la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁹ y de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura⁵⁰, donde se

⁴⁴ Ver: PÉREZ PERDOMO, Rogelio, *Reforma judicial, estado de derecho y revolución en Venezuela*, (2003) en Luis Pásara (ed.), *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*, Consorcio Justicia Viva, Lima, p. 361. PONCE, Carlos, 2007, *Justicia de paz en Venezuela: Buenas prácticas y lecciones aprendidas con la aplicación de la justicia de paz*, publicado en la obra colectiva “Propuesta de justicia de paz para el Ecuador”, Projusticia, Quito, p. 150. <http://www.pogar.org/publications/judiciary/wmalik/ejustice.pdf>, march 15-17, 2002.

⁴⁵ No se han hecho estudios serios sobre ello; se deduce la mayor eficiencia de las cifras que publica el Tribunal Supremo de Justicia en su informe anual.

⁴⁶ Ver la página web del Tribunal Supremo de Justicia: www.tsj.gov.ve. De hecho, según el Centro de Estudios Judiciales de las Américas (CEJA), el poder judicial venezolano tiene un alto índice de accesibilidad a la información judicial en internet, en que se le da un puntaje de 63,40 que la ubica en un nivel medio, y en el puesto 14 de 34 países (ver: Informe de 2012, disponible en: <http://www.cejamericas.org/Documentos/librosvirtuales/InformelAcc8vaversion/index.html>, p. 102).

⁴⁷ Ver por ejemplo el Informe del seminario sobre la Administración de Justicia, realizado por el International Bar Association/Human Rigth Institute en 1999. .

⁴⁸ Disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/reforma/VEN.htm>.

⁴⁹ Publicada en Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.262 de fecha 11 de septiembre de 1998

⁵⁰ Publicada en Gaceta Oficial N° 36.534 de fecha 8 de septiembre de 1998.

otorgaba a la Corte competencias para asumir un papel más importante en materia de políticas judiciales. De acuerdo a la nueva legislación, el Consejo de la Judicatura continuaba siendo el órgano de gobierno, dirección, administración y vigilancia del Poder Judicial, pero la Corte Suprema de Justicia tenía una nueva competencia para elaborar el presupuesto del Poder Judicial conjuntamente con el Consejo de la Judicatura.

No obstante las importantes iniciativas antes descritas, se seguía considerando que los jueces y, en particular, el Consejo eran la fuente del problema de la administración de justicia y que las reformas llevadas a cabo en la década de los noventa, respondían todavía a una visión parcial de la justicia, ya que “no se pensaba en la justicia y en el Poder Judicial, como parte de un sistema en que hay distintas partes mutuamente condicionadas, que deben regirse por un principio común”⁵¹.

3 LA JUSTICIA DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (1999-2000)

Lo primero que hizo el nuevo gobierno electo a finales de 1998 fue proponer una nueva constitución. Así, los venezolanos fueron convocados a un Referéndum Consultivo el 25 de abril de 1999.

Para dar inicio a tan ardua labor, se eligió una Asamblea Nacional Constituyente, que dictó un decreto de reorganización del Poder Judicial (publicado en Gaceta Oficial N° 36.772 de fecha 25 de agosto de 1999, reimpresso el 8 de septiembre en Gaceta Oficial N° 36.782).

Dicho decreto declaró al Poder Judicial en emergencia y creó una Comisión de Emergencia Judicial. Esta Comisión debía funcionar hasta la entrada en vigencia de la nueva constitución y a ella quedaban subordinados el Consejo de la Judicatura y el Inspector General de Tribunales.

Este decreto dio origen además a la Comisión Coordinadora de Evaluación y Concursos para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial para apoyar a la Comisión de Emergencia Judicial en la organización de los concursos públicos

⁵¹ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, 1998, OBCIT, p. 16.

para la selección de los jueces. En efecto, en el decreto mencionado, se suspendió la estabilidad de los jueces y se ordenó la depuración de la judicatura. Como consecuencia de ello, durante los meses finales de 1999, fueron destituidos casi 200 jueces. También, se destituyó a más de 50 funcionarios judiciales (Rogelio Pérez Perdomo, 2003).

Aunque la intención era aparentemente buena, los jueces, durante este periodo, sintieron que había un clima de persecución en su contra y muchos solicitaron su jubilación o renunciaron.

La nueva constitución aún no había sido aprobada y la Constitución de 1961 garantizaba su estabilidad, pero ésta ya no se aplicaba, sino lo que dictaminara la Asamblea Nacional Constituyente. Este proceso dio como resultado que la judicatura venezolana prácticamente se renovara a partir de la entrada en vigencia de la nueva constitución.

También, la Corte Suprema de Justicia se sintió amenazada por la creación de la Comisión de Emergencia Judicial y la declaración del Poder Judicial en emergencia. Esto dio lugar a un pronunciamiento sobre la validez de la medida de la Asamblea Nacional Constituyente en una decisión de 8 magistrados a favor y 7 en contra, que ocasionó la renuncia de la Presidenta de la Corte Suprema de Justicia. Aún así al haber votado a favor la mayoría de los magistrados, la Corte Suprema de Justicia aceptó la legitimidad de la Asamblea Nacional Constituyente y de la Comisión de Emergencia Judicial.

El 15 de diciembre de 1999 se aprobó la nueva Constitución, que fue publicada por primera vez en la Gaceta Oficial N 36.860 del 30 de Diciembre de 1999, y luego, con algunos cambios, en fecha 24 de marzo de 2000 en la Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.453⁵².

4 LA REVOLUCIÓN Y REFORMA JUDICIAL (2000-2012)

La nueva Constitución asignó al Tribunal Supremo de Justicia importantes

⁵² Esta versión no es idéntica a la anterior, que es la aprobada por referéndum. Esta práctica de cambiar los textos aprobados con una nueva publicación por supuestos errores materiales se fue haciendo muy común durante el régimen revolucionario.

competencias, constituyéndolo en el órgano rector del Poder Judicial (artículo 267 de la Constitución) y eliminando al Consejo de la Judicatura. En varias normas, resaltó la importancia de la justicia (artículos 2, 3, 26), de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (artículo 258), de la justicia de paz (178 numeral 7 y 258), de la simplicidad de los procesos judiciales (26 y 257), y sobre todo, de la independencia del Poder Judicial (artículos 26, 254, 255 y 256).

Se previó la creación de un órgano administrativo en la propia estructura del Tribunal Supremo que lo apoyara en las nuevas tareas de gobierno y administración del Poder Judicial: la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (Constitución, artículo 267).

A los magistrados del Tribunal Supremo se les dio un período de 12 años de permanencia en el cargo sin reelección. Con este largo período sin reelección, la constitución trataba de evitar que los magistrados fueran presionables y, a la vez, evitaba los escollos de la designación vitalicia. Para la elección de los magistrados se creó un sistema de participación ciudadana que pretendía lograr la transparencia, siendo su remoción sólo posible por causas extremadamente graves y previo cumplimiento de un procedimiento (artículos 263, 264 y 265).⁵³

Para garantizar la autonomía de los jueces, la Constitución se refiere a la carrera judicial, la estabilidad en los cargos y al sistema de concursos de oposición para el ingreso a la carrera judicial (artículo 255). La innovación respecto de la situación anterior fue la obligación de realizar los concursos para el ingreso queda claramente establecida y tiene rango constitucional. La parte más novedosa fue que “la ley garantizará la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de jueces o juezas” (artículo 255).

Se prohibió la asociación de jueces en la Constitución (artículo 256, último aparte), lo que – a diferencia de las demás normas mencionadas- es negativo, porque debilita su independencia institucional.

Se erigió al Tribunal Supremo de Justicia en el máximo y último intérprete de la Constitución, y se determinó que las sentencias de su Sala Constitucional

⁵³ LOUZA, Laura, 2001, *El Tribunal Supremo de Justicia*, Revista de Derecho N° 4 del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, pp. 386.

sobre el contenido y alcance de la Constitución serían vinculantes, incluso para las otras Salas, (artículo 335), con lo cual la nueva constitución cambió en parte la tradición venezolana del *civil law*, según la cual el precedente no es vinculante. Adicionalmente, la Constitución otorgó a la Sala Constitucional la potestad de revisar sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad (artículo 336 numeral 10).

A pesar del mandato constitucional de dictar distintas leyes en materia judicial en el periodo de un año a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, entre 2000 y 2004, la Asamblea Nacional sólo dictó una ley relativa al Poder Judicial. Esta fue llamada: la “Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para su Primer Período Constitucional”, publicada en fecha 14 de noviembre del año 2000, en Gaceta Oficial N° 37.077.

De conformidad con esa ley, la Asamblea Nacional debía nombrar a los magistrados por mayoría absoluta, con base en una lista del Comité de Evaluación de Postulaciones, creado dentro de la misma Asamblea Nacional por quince diputados, y no constituido por la sociedad civil, como indica la Constitución (artículos 264 y 270).

La International Bar Association en su informe de marzo de 2003⁵⁴ señaló que en este proceso, la Asamblea Nacional no sólo violó la Constitución al establecer un procedimiento distinto al consagrado en la misma, sino que no en todos los casos cumplió con los requisitos constitucionales relacionados con la formación exigida para ser magistrado (artículo 263 de la Constitución).

Al no haber una ley que regulara al nuevo poder judicial, el Tribunal Supremo de Justicia, en su función de rector del Poder Judicial, dictó la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial⁵⁵ (en lo sucesivo, la Normativa), mediante la cual lo organizó y creó la Dirección Ejecutiva de la Magistratura. A ésta, le asignó la administración del Poder Judicial y la ejecución

⁵⁴ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION/HUMAN RIGHTS INSTITUTE, 2003, *Informe sobre la situación de la Administración de Justicia en Venezuela*, Caracas, p. 22.

⁵⁵ Publicada en Gaceta Oficial N° 37.014 de fecha 15 de agosto de 2000.

de su presupuesto. La dirección y administración del Tribunal Supremo de Justicia se mantuvo separada, es decir, con la misma estructura organizativa que existía en la antigua Corte Suprema de Justicia⁵⁶.

Además, la Normativa creó un órgano del Tribunal Supremo de Justicia, la Comisión Judicial, no previsto por la Constitución, integrada por seis magistrados, uno por sala, con importantes funciones administrativas y de gobierno del Poder Judicial⁵⁷.

La máxima autoridad de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura estaba constituida por un comité directivo de tres miembros, de libre nombramiento y remoción por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.

La Normativa declaró adscritos al Tribunal Supremo de Justicia también los siguientes organismos: la Escuela Judicial, el Servicio de Defensa Pública, la Inspectoría General de Tribunales y la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración. Ésta última se mantuvo en funcionamiento de forma temporal con la importante función de ocuparse del régimen disciplinario de los jueces, “hasta que la ley sobre la materia creara los tribunales disciplinarios”⁵⁸.

Asimismo, continuó existiendo la Comisión Coordinadora de Evaluación y Concursos para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial, que había tenido su origen en el Decreto de agosto de 1999⁵⁹, para apoyar al Tribunal Supremo de Justicia a organizar los concursos de oposición para el ingreso y selección de los jueces, ya que este puso en marcha un programa de concursos públicos para jueces en noviembre de 2000. Fue el programa más ambicioso de este tipo que había visto Venezuela. De hecho, aunque la Ley de Carrera Judicial⁶⁰ lo

⁵⁶ Integrada por la Junta Directiva del Tribunal Supremo de Justicia, y el apoyo de una dirección administrativa del máximo tribunal, ubicada en su sede: la Gerencia General de Administración y Servicios. Ver LOUZA, Laura, OBCIT, 2001, p. 396.

⁵⁷ Debe aclararse que los magistrados de la Comisión Judicial conservaron también sus funciones jurisdiccionales en sus respectivas salas.

⁵⁸ Artículo 24 del Decreto mediante el cual se dicta el Régimen Transitorio del Poder Público y artículo 267 de la Constitución. El Código de Ética del Juez venezolano o Jueza venezolanas no entró en vigencia sino en 2009, fue publicado el 6 de agosto de 2009 en Gaceta Oficial N° 39.236. Hubo por ello un régimen transitorio con un órgano administrativo creado mientras se aprobara la nueva constitución, que funcionó por 9 años. Durante ese periodo no hubo tribunales, ni una ley en la materia, como indicaba la Constitución.

⁵⁹ Artículo 26 del Decreto.

⁶⁰ La ley vigente es del 11 de septiembre de 1998 (Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.262) pero la

estableciera, nunca antes se habían hecho concursos de oposición para la selección de los jueces.

Sin embargo, sólo se ofrecieron en el concurso 486 plazas para más de 1000 jueces, y aunque concursaron 3.180 abogados, únicamente 270 aprobaron (Pérez Perdomo, 2007, p. 18). El escaso número de plazas ofrecidas durante los años indicados tuvo que ver con que la Comisión de Evaluación y Concursos nunca contó con los recursos necesarios para desarrollar cabalmente su función.

Para finales de 2003, sólo el 20 por ciento de los 1.732 jueces del país gozaban de estabilidad en sus cargos, por ser titulares, al haber ingresado por concurso público de oposición. El 80 por ciento restante estaba conformado por jueces provisionales (52%), jueces temporales (26%) y por quienes ocupaban otros cargos sin ninguna estabilidad (2%).⁶¹

El panorama empeoró cuando en marzo de 2003 se suspendió el programa de concursos públicos. En efecto, a partir de ese momento se verificó el despido de numerosos jueces sin procedimiento alguno.

En ese mismo año, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, el segundo máximo tribunal del país, fue cerrada y sus magistrados destituidos. Esto ocurrió en octubre de 2003. Debe decirse que esta Corte había decidido ese año y en el anterior, varios casos contra el gobierno y uno de los más notorios fue el de los médicos cubanos, en el que la Corte decidió que no podían ejercer la medicina en Venezuela sin una certificación del colegio venezolano de médicos, lo que provocó que el Presidente de la República se refiriera a esos juristas como “magistrados que no deben ser magistrados”⁶².

Un mes después, agentes de la Dirección de los Servicios de Inteligencia y Prevención arrestaron al chofer de uno de los magistrados por entregar un documento judicial (un expediente) a alguien fuera de la sede. Éste pasó treinta y cinco días en la cárcel y luego fue puesto en libertad. Esto no fue suficiente,

primera ley en esta materia fue de 1980.

⁶¹ Los jueces provisionales son aquellos que antes de la intervención del Poder Judicial eran titulares pero que aún debían realizar el concurso. Los temporales eran los nuevos ingresados sin concurso o los que cubrían alguna vacante temporalmente (HUMAN RIGHTS WATCH, 2004, Manipulando el Estado de Derecho: Independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela, Vol. 16. No. 3 (B), Caracas., p. 11 y 12).

⁶² Esto lo dijo en el programa de radio y televisión Aló Presidente No. 161, 24 de agosto de 2003

sucesivamente, un fiscal acompañado de agentes de la policía hizo un allanamiento en la Corte. El Inspector General de Tribunales recomendó al Tribunal Supremo de Justicia la destitución de los cinco magistrados, porque el Tribunal Supremo de Justicia en una sentencia de mayo de 2003 había dicho que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo había incurrido en un “error inexcusable” en una sentencia de 2002. Tras revisar los cargos y la defensa de los magistrados, el máximo tribunal destituyó a cuatro de los magistrados y al quinto le fue aprobada su jubilación.

Los magistrados afectados recurrieron contra las decisiones y para junio de 2004 no habían recibido respuesta, según palabras del Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, por no ser casos prioritarios. Este asunto no “prioritario” fue llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tres de los magistrados suspendidos; las otras dos no sólo fueron reincorporadas en la judicatura, sino además que fueron designadas magistradas del Tribunal Supremo de Justicia y una fue presidenta de la Sala Político Administrativa y la otra de la Sala Constitucional, siendo esta última una importante conocida por ser con el tiempo una importante activista política del chavismo⁶³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos el 5 de agosto de 2008 condenó al Estado venezolano por la violación al debido proceso y ordenó la inmediata restitución de los magistrados a sus cargos, así como el pago de los salarios caídos. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1939 de fecha 18 de diciembre de 2008 declaró que esa sentencia no iba a ser ejecutada⁶⁴, porque violaba la soberanía nacional, y que para ejecutar lo establecido en decisiones internacionales era necesaria una sentencia venezolana o una ley, con lo cual en la práctica quedaron anulados parcialmente los artículos 23 y 31 de la Constitución, relativos al rango constitucional de los

⁶³ Luis Estela Morales es quien dijo: "No podemos seguir pensando en una división de poderes porque eso es un principio que debilita al Estado...el principio de colaboración entre poderes es muy sano..." (Declaración de mayo de 2009, disponible en: http://www.eluniversal.com/2009/12/05/pol_art_morales:-la-divisio_1683109.shtml).

⁶⁴ Sobre las implicaciones de esta sentencia y de otras del Tribunal Supremo de Justicia se recomienda ver la obra de Carlos Ayala Corao, titulada “La inexecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009), editada por la Fundación Manuel García Pelayo, 2009, Caracas.

tratados en derechos humanos y a la ejecución inmediata en Venezuela de las decisiones internacionales sobre derechos humanos.

En 2004, entró en vigencia una nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁶⁵, cuya mayor innovación fue ampliar el número de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia veinte a treinta y dos, así como facilitar el camino para anular sus designaciones, al establecer causales que daban gran discrecionalidad a la Asamblea Nacional.

Ya antes que esta ley entrara en vigencia, el proyecto era visto por organismos internacionales como Human Rights Watch como un verdadero atentado a la democracia, porque en distintos países presidentes elegidos democráticamente habían usado este mecanismo de aumentar sus magistrados para debilitar la separación de poderes y el Estado de derecho y degradar sus propias democracias, al permitirle nombrar nuevos magistrados partidarios del gobierno y así tener mayoría en el Tribunal Supremo de Justicia. Fueron los casos de Argentina con Menem y de Perú con Fujimori.

Por esta razón, en el año 2004 con ocasión de la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica del Tribunal, Human Rights Watch presentó un informe al gobierno en el que indicó lo siguiente:

“...con la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ), la coalición gobernante podrá usar su escasa mayoría en la Asamblea para obtener una mayoría abrumadora de magistraturas en el Tribunal Supremo. ... esta Ley le permitirá al gobierno y a su coalición en la Asamblea Nacional copar y purgar el Tribunal Supremo. La toma política del Tribunal Supremo agravará aún más la falta de independencia judicial que ya han causado algunas medidas adoptadas por el propio Tribunal” (p. 1).

La predicción del organismo internacional se cumplió. Casi inmediatamente después de la entrada en vigencia de la nueva ley se destituyó a un magistrado, usando los mecanismos de la ley; específicamente, el 15 de junio de 2004 el Vicepresidente del Tribunal Supremo de Justicia, Franklin Arrieche, fue destituido por la Asamblea Nacional con ocasión de la aprobación de un informe que investigaba la crisis del Poder Judicial.

La situación de los jueces también empeoró. En el año 2005, se destituyeron a más de doscientos jueces, lo que representaba más del 10% del

⁶⁵ Publicada en Gaceta Oficial N° 37.042 de fecha 19 de mayo de 2004.

total de los jueces. En el año 2006, el magistrado que ejercía la función de Director Ejecutivo de la Magistratura destituyó a 400 jueces⁶⁶, lo que representaba un quinto de los jueces para ese momento⁶⁷.

A pesar de ello, el Tribunal Supremo de Justicia en un aparente esfuerzo por dar estabilidad a los jueces, organizó la Escuela Nacional de la Magistratura y un Programa Especial de Capacitación para la Regularización de la Titularidad⁶⁸. Con este programa, se prometió que se harían titulares a los jueces provisorios con un curso de dos semanas, siempre que tuvieran más de tres meses en el cargo.

Durante el periodo de 2000 a 2003, se llevó adelante un importante proceso de modernización tecnológica de los tribunales.

Los resultados de las experiencias piloto en Barquisimeto y Barcelona fueron alentadores. La reducción del personal de oficina fue del orden de las dos terceras partes, lo que permitió el incremento del número de jueces y alguaciles. La duración de los juicios disminuyó de un tercio, la congestión judicial prácticamente desapareció. Un estudio de opinión mostró que el 62 por ciento de las personas que usaron los tribunales consideraron excelentes sus servicios y el 22 por ciento los consideraron buenos; el resto, según el caso, los consideró regular o deficiente⁶⁹.

La evaluación fue tentativa y no se realizó con el rigor deseable, pero los datos existentes confirmaron la percepción general de éxito de la experiencia. De hecho, con financiamiento del Banco Mundial, se replicó el Juris 2000 en el año 2002 en cinco circuitos penales adicionales y una extensión de circuito, en las ciudades de Mérida, Trujillo, Barinas, San Felipe, Acarigua y Ciudad Bolívar, así

⁶⁶ Publicado en El Nacional, 23 de enero de 2006, p. A-2

⁶⁷ PEREZ PERDOMO, Rogelio, OBCIT, p. 19.

⁶⁸ Esto fue aprobado en las "Normas de Evaluación y Concurso de Oposición para el Ingreso y Ascenso a la Carrera Judicial", mediante el acuerdo de 6 de julio de 2006. Debe aclararse que estas normas no derogan expresamente las "Normas de Evaluación y Concursos de Oposición para Ingresos y Permanencia en el Poder Judicial" de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del año 2000.

⁶⁹ Esta encuesta realizada entre 2002 y mediados de 2004 en 15 sedes judiciales, que representaban para ese momento el 70% del total de los tribunales con Juris 2000, fue aplicada a 469 funcionarios judiciales (lo que representaba el 13% de los jueces y funcionarios judiciales del total de sedes con Juris 2000) y a 960 usuarios externos.

como en un circuito civil, el de Ciudad Bolívar⁷⁰. La evaluación que se hizo en mayo de 2003, en que se pretendió medir la duración de los juicios antes y después de la implantación del Juris 2000⁷¹, mostró un gran éxito en la reducción del tiempo de los juicios.

Una evaluación adicional sobre los costos-beneficios del Juris 2000, que se hizo en el año 2004, en que se compararon los juicios resueltos en cada instancia antes de la implantación del Juris 2000, es decir, desde mediados de 2001 hasta mediados de 2002, y después de su implantación, es decir, desde mediados de 2002 y 2003, corroboró que el impacto más importante fue en la reducción de la duración de los casos, que representó en un promedio un 57 por ciento menos de lo usual, es decir, una disminución de la duración del proceso de 145 días⁷². En los juicios civiles llegó a ser de hasta un 68 por ciento (1ª Instancia), en los juicios laborales hasta de un 61 por ciento y en los penales de hasta un 37 por ciento⁷³.

Asimismo, al analizarse los costos y beneficios del Juris 2000 se demostró un incremento de casos terminados en un 534,12% y un aumento de casos procesados y resueltos en 4,34 veces, siendo para el año 2001 el costo unitario

⁷⁰ Ver en la página de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura más información: <http://www.dem.gob.ve/modernizacion/index.do>.

⁷¹ Se tomó una muestra al azar de 50 juicios terminados en primera instancia penal y en segunda instancia penal anteriores al año 2001 en Barquisimeto y en Barcelona y una muestra de 50 expedientes a partir de 2002. El problema en materia penal en estos tribunales fue que como entró en vigencia el Código Orgánico Procesal Penal en la misma fecha que se inició la implantación del Juris 2000 es difícil determinar hasta qué punto la celeridad se debió sólo al Juris 2000. Pero los resultados en otras ciudades donde sí se pudo establecer la diferencia y se tomó una muestra de casos al azar a partir de la entrada en vigencia del Código hasta el 2001 y se comparó con juicios cuya tramitación inició en el 2002 con la implantación del JURIS 2000 demuestra que en buena medida la celeridad se debe al Juris 2000. Esta evaluación se hizo en los tribunales ubicados en los Palacios de Justicia de Barquisimeto, Barcelona y Ciudad Bolívar y en las Sedes Alternas de Acarigua, San Felipe, Barinas, Trujillo y Mérida.

⁷² Esta evaluación, como ya se dijo, se hizo en los tribunales ubicados en los Palacios de Justicia de Barquisimeto, Barcelona y Ciudad Bolívar y en las Sedes Alternas de Acarigua, San Felipe, Barinas, Trujillo y Mérida, donde se tomó una muestra de 50 juicios por órgano jurisdiccional por instancia y materia y se compararon los casos antes de la implantación del JURIS 2000, es decir, iniciados y terminados antes de 2001, y con 50 juicios en los mismos órganos jurisdiccionales después de su implantación, es decir, posteriores a 2002. Para ese momento los tribunales ubicados en esas ciudades representaban el 52% de tribunales con JURIS 2000 y el 13% del total de tribunales del país.

⁷³ PIMENTEL, Eduardo (2004), *Estudio Económico para efectuar el análisis beneficios-costos del proyecto Juris 2000*, trabajo no publicado. Este trabajo fue encargado por la Unidad Coordinadora del Proyecto de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

de los casos resueltos de Bs.76.204⁷⁴ (equivalente sin tomar en cuenta la devaluación que ha habido en los últimos años a Bfs. 76,204).

Lo descrito hasta ahora muestra que entre 2000 y 2003, hubo grandes avances, sobre todo en la operatividad de los juicios del Poder Judicial, sin embargo, también importantes retrocesos, especialmente en lo relativo a la carrera judicial y al rol del Poder Judicial como garante del Estado de derecho, y esto empeoró aún más, cuando a finales de 2006, Hugo Chávez fue electo nuevamente presidente de Venezuela e hizo otra propuesta de reforma constitucional.

Lo que más llama la atención es que el procedimiento que inició para materializar esta reforma fue muy distinto al de 1999. No propuso un referéndum para conocer la opinión de los venezolanos, ni la consecuente creación de una Asamblea Nacional Constituyente como en 1999, sino que designó un “Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución”. Este Consejo debía estar presidido por la Presidenta de la Asamblea Nacional e integrado por los representantes de todos los demás poderes del Estado, entre los cuales se encontraba el Poder Judicial con la participación de la presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, Luisa Estela Morales⁷⁵. En el decreto de creación del Consejo, el Presidente indicó en forma expresa que el trabajo se debía realizar “de conformidad con los lineamientos del Jefe de Estado en estricta confidencialidad”⁷⁶.

El proyecto de reforma constitucional proponía un nuevo modelo de Estado y de sociedad; planteaba la creación de un estado socialista, policial, militarista y centralizado, con una doctrina oficial bolivariana, que se identificaba como el “Socialismo del siglo XXI” y un sistema económico de capitalismo de Estado⁷⁷. La propuesta de reforma de la Constitución dejaba atrás el Estado liberal, el individuo, y creaba una sociedad en que predomina lo colectivo sobre lo individual, así como un gobierno en que el partido está sometido al Poder Popular,

⁷⁴ IDEM.

⁷⁵ Decreto N° 5138 de fecha 17-1-2007, Gaceta Oficial N° 38.607 de 18-1-2007.

⁷⁶ Artículo 2 del decreto mencionado.

⁷⁷ BREWER-CARÍAS, Allan, 2007, *Hacia la consolidación de un Estado socialista, centralizado, policial y militarista. Comentarios sobre el alcance y sentido del anteproyecto de reforma constitucional de 2007*, Colección textos legislativos N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

que está representado únicamente por los consejos comunales adscritos al Poder Ejecutivo⁷⁸.

El cambio de la Constitución de 1999 era tan radical que los expertos advirtieron que no era una simple reforma, sino una nueva constitución, y por ello, no sólo la reforma en sí misma atentaba contra el tipo de Estado y sociedad que ha existido en Venezuela desde su creación, sino que el procedimiento de la reforma no era el adecuado según lo establecido en la constitución vigente⁷⁹.

Sin embargo, el Presidente de la República había advertido que aún en el caso en que no fuera aprobada por referendum, como en efecto ocurrió, la pondría en vigencia por vía legal⁸⁰, y así lo hizo. En agosto de 2008, dictó 26 decretos-leyes que pusieron en vigencia parcialmente su propuesta⁸¹. Estos decretos-leyes fueron dictados sobre la base de una ley habilitante, la del 1° de febrero de 2007, publicada en Gaceta Oficial N° 38.617, que como dijeron expertos en la materia se trataba de una “delegación de competencias plenas (“plenos poderes”) por tanto inconstitucional, sin precedente y contraria al Estado de derecho”⁸² (María Amparo Grau, 2008, p. 57).

En contra de los decretos-leyes fueron intentados un sinnúmero de acciones y recursos ante el Tribunal Supremo de Justicia, que fueron declarados sin lugar. Estas negativas no deben causar sorpresa porque el propio Poder Judicial ya había advertido, poco después de rechazada la reforma constitucional, más precisamente en la apertura del año judicial 2008, que cambiaría la

⁷⁸ DÁVILA FERNANDEZ, Pedro, 2008, *Consejos Comunales*, Panapo, Caracas.

⁷⁹ BREWER-CARIÁS, Allan, 2007, OBCIT.

⁸⁰ PABÓN RAYDAN, Jorge (2009), *Los 26 decretos leyes y el socialismo de Hugo Chávez: un golpe a la Constitución*, en la obra colectiva: “La muerte de la Constitución. Los 26 decretos leyes revisados por el M/2D, editado por El Nacional, Caracas, p. 34..

⁸¹ Los decretos-leyes se dictaron de una forma que demuestra una absoluta irreverencia hacia la Constitución y el Estado de derecho. Se publicaron sólo los títulos en la Gaceta Oficial N° 38.984 del 31 de julio de 2008 sin el contenido, haciéndose mención en esa gaceta a los números de Gaceta Oficial Extraordinario de esa misma fecha en que serían publicados los contenidos, aunque obviamente esas Gacetitas se publicaron días después. Para ser más precisos, el 4 de agosto de 2008. Lo que llama la atención es que el Presidente de la República habiendo tenido un año y medio para dictarlos publicara sólo los títulos el último día en que tenía autorización para hacerlo y unos días después de vencida dicha autorización, los publicara realmente, creando gran sorpresa en la sociedad venezolana, no sólo por ser aprobados fuera del lapso de la Ley Habilitante, sino además por la forma en que manipuló la forma de hacerlos públicos para hacer ver que se cumplía con la Constitución y la Ley.

⁸² GRAU, María Amparo, 2009, *Separación de poderes y leyes presidenciales en Venezuela*, Oxford.

Constitución vigente para adaptarla a “la realidad social”. En este sentido, el magistrado Francisco Carrasquero declaró lo siguiente:

"No es cierto que el ejercicio del poder político se limite al Legislativo, sino que tiene su continuación en los tribunales, en la misma medida que el Ejecutivo, la aplicación del Derecho no es neutra y menos aun la actividad de los magistrados, porque según se dice en la doctrina, deben ser reflejo de la política, sin vulnerar la independencia de la actividad judicial. La política no tiene por qué ser injusta, ni la justicia apolítica"⁸³.

Debe aclararse que ese magistrado había sido el presidente del Consejo Nacional Electoral, que había llevado adelante el proceso electoral para que se aprobara la reforma constitucional.

A partir de 2009, la situación se fue agravando aún más. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó un informe cuyo título es de por sí ilustrativo: “Derechos Humanos en Venezuela (publicado el 30 de diciembre de 2009)”.

Se hizo cada vez más común escuchar al Presidente de la República dando órdenes a la Fiscalía para que privara de libertad a algún empresario o ciudadano por traición a la patria (CIDH, diciembre de 2009).

En los informes anuales de Provea se puede apreciar que cada año se destituían nuevos jueces por decisión de casos políticos. También la obra de Rafael Chavero, mencionada en la introducción constituye un importante testimonio de ello. Aunque lo que ocurrió con la Juez Afiuni es la demostración más clara de la vulnerabilidad de los jueces para este periodo y la injerencia política.

El 8 de diciembre de 2009, María Lourdes Afiuni, juez 31º de control (penal), liberó al ex empresario Elías Cedeño y le ordenó al comparecer ante el tribunal cada 15 días, así como la prohibición de salida del país.

El Presidente de la República el 12 de diciembre de 2008 exigió que la juez fuera condenada a 30 años de prisión en los siguientes términos: "Es una juez bandida todo estaba montado, la juez violó la ley porque llamó a Cedeño a una audiencia sin la presencia de los representantes del Ministerio Público y lo sacó por la puerta de atrás"...” que pague con todo el rigor de la Ley"⁸⁴.

⁸³ Esto lo reportó María Daniela Espinoza en el Universal del 29 de enero de 2008.

⁸⁴ Ver: http://www.eluniversal.com/2009/12/12/pol_art_chavez-exige-prision_1692554.shtml

Ya había ocurrido antes que se tomaran medidas contra otros jueces que dictaban decisiones contrarias al régimen político, pero hasta ahora los destituían, no los privaban de su libertad. Sobre las amenazas a la independencia judicial en Venezuela, personificadas en el caso de la juez Afiuni, se pronunciaron la Organización Mundial contra la Tortura, la Comisión Internacional de Juristas y Human Rights Watch, tres ONG internacionales con estatus consultivo ante la ONU, y sin embargo, la juez siguió en prisión.

Incluso un Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, creado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, solicitó al Gobierno venezolano resolver el caso de la jueza María Lourdes Afiuni Mora por considerar que la privación de libertad de esta funcionaria era arbitraria y contraviene la Declaración Universal de Derechos Humanos, en sus artículos 3, 9,10,11,12 y 23; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 9,10 y 14; y los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En el informe de opinión, que fue enviado al Gobierno nacional el 17 de marzo de 2010, se solicitó que se procediera a su liberación inmediata y a la restitución en su cargo "con derecho a percibir los salarios que ha debido percibir durante el tiempo de la separación forzada de su puesto. También, que se solicitaba que se le sometiera a un proceso en el cual se garanticen su derecho procesal y que goce de la libertad provisional, así como que le sean reparados efectivamente los daños causados por la detención arbitraria"⁸⁵.

En febrero de 2011, se le concedió el arresto domiciliario y no fue puesta en libertad condicional, sino el 14 de junio de 2013, es decir, ya después que Chávez muere.

A la alarmante situación hasta ahora descrita, se añade la entrada en vigencia de varias leyes relativas al sistema de justicia que se aprobaron a partir de 2009, que pusieron fin de manera definitiva a la supuesta autonomía e independencia del Tribunal Supremo de Justicia consagrada en la Constitución, entre otras razones, porque lo subordinaban a otros órganos.

⁸⁵Ver: http://politica.eluniversal.com/2010/10/15/pol_art_la-detencion-de-afiu_2070313.shtml

En este sentido, destacó, la Ley del Sistema de Justicia (publicada en Gaceta Oficial N° 39.276 del 1° octubre de 2009), que creó una Comisión Nacional del Sistema de Administración de Justicia, no prevista por la Constitución e integrada por todos los poderes públicos de la siguiente manera: dos diputados, el Fiscal General de la República, el Defensor del Pueblo, el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, el Ministro de Interior y Justicia y el Procurador General de la República; y además, por un representante de un nuevo poder, el Poder Popular⁸⁶.

Se observa que en esa Comisión prevalece el Poder Ejecutivo con tres representantes: dos son sus órganos directos, el Ministro de Interior y Justicia y el Procurador General de la República; y el otro, el Poder Popular, que no es parte integrante de su estructura, pero es creado, promovido y financiado por éste (ver los artículos 35 al 55 de la Ley de Participación Ciudadana y del Poder Popular y 28 y siguientes de la Ley de Consejos Comunales), por lo que se puede decir que también actúa en su representación.

El principal objetivo de esta Comisión era generar las políticas requeridas para el funcionamiento del Sistema de Justicia y supervisar a sus órganos (artículo 10 eiusdem). Esta Comisión tiene la competencia para revisar y aprobar el presupuesto del Tribunal Supremo de Justicia, así como su gestión. Las potestades de esta Comisión son tan amplias que dan pie a una gran discrecionalidad y eliminan la autonomía funcional, administrativa y financiera del Tribunal Supremo de Justicia, establecida en el artículo 254 de la Constitución.

Sobre esta Comisión nunca se habló a nivel gubernamental. Sin embargo, las declaraciones del 12 de abril de 2012 de un ex magistrado de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, Eladio Aponte, son ilustrativas en cuanto a cómo en la práctica estuvo funcionando desde su creación:

“...principalmente los viernes en la mañana hay una reunión en la vicepresidencia... que es la que maneja la justicia en Venezuela, con la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, la Fiscal General de la República, con el Presidente de la Asamblea Nacional, con la Procuradora General de la República, con la Contralora General de la República, y unas que otras veces va uno de los jefes de los cuerpos

⁸⁶ Artículo 9 de la Ley del Sistema de Justicia.

policiales. De ahí es que realmente salen las líneas conductoras de la justicia en Venezuela”⁸⁷.

El 29 de julio de 2010 es publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.991 una nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que deroga la de mayo de 2004.

Debe destacarse que esta ley fue reimpressa por error material el 9 de agosto de 2010 en Gaceta Oficial N° 39.483; y sucesivamente, se volvió a imprimir y se publicó el 1° de octubre de 2010 en la Gaceta Oficial N° 39.522. Al respecto se observa que la “reimpresión por error material... se concibe como el defecto obvio, lo indiscutible, lo detectable con la sola vista, además siempre está referido a hechos y no a interpretaciones ni a cuestiones de derecho”⁸⁸.

En el caso de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia su reimpresión no fue por un error obvio, las razones fueron políticas y el Derecho se dejó de lado. Alberto Arteaga, reconocido jurista venezolano, explicó que la reimpresión por error material de la ley fue hecha para lograr que se designaran a los magistrados antes que los nuevos diputados ocuparan sus puestos en la Asamblea Nacional en enero de 2011⁸⁹, y de hecho, esta nombró a 9 magistrados principales y a 32 suplentes.

Evidentemente la realidad antes descrita paulatinamente fue afectando los derechos humanos y libertades de los venezolanos. Así, por ejemplo, el 21 de abril de 2011, Venezuela dejó de ser parte de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) tras haberse separado 5 años atrás, es decir, el 21 de abril de 2006⁹⁰.

⁸⁷ La declaración que hizo este magistrado sobre la situación de la justicia en Venezuela es muy alarmante. El ex magistrado confesó que su actuación era leal al gobierno, mas no a la Constitución;

que recibía órdenes de la Presidencia sobre qué decidir en los casos, porque si no quedaba afuera (“¡lay del juez que se negara a ejecutarlo!”); aclaró que el propio Presidente de la República lo llamaba directamente para que “condujera de una manera conveniente hacia el gobierno, las investigaciones”, afirmó que “la justicia no vale... es una plastilina...se puede modelar, a favor o en contra” (Entrevista del 12 de abril de 2012 al ex magistrado de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, Eladio Aponte; publicada en la obra titulada: *Independencia Judicial*, de la Colección Estado de derecho, en el apéndice del artículo de Allan Brewer Carías, editada por FUNEDA, Acceso a la justicia, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y la Universidad Metropolitana, Caracas, 2012, pp. 85-103.

⁸⁸ GRAU, María Amparo, 2009, OBCIT, p. 54.

⁸⁹ Entrevista de Roberto Giusti de El Universal del 17 de octubre de 2010 a Alberto Arteaga, titulada “El Gobierno desea tener un TSJ leal antes de diciembre”.

⁹⁰ Ver la nota de prensa del 21 de abril de 2011: “Venezuela se separa de la Comunidad Andina”, publicada en: <http://www.eluniversal.com/2011/04/21/venezuela-se-separa-de-la-comunidad->

El 10 de abril de 2012, el gobierno venezolano denunció la Convención Americana de Derechos Humanos con la terrible consecuencia para los venezolanos, de que a partir del 10 de septiembre de 2013, no podrían acudir ante la Corte Interamericana a hacer efectivos sus derechos.

5 LA JUSTICIA DEL “PLAN DE LA PATRIA”⁹¹

Con la muerte de Chávez, llegó al poder de una manera muy peculiar Nicolás Maduro⁹². El presidente Chávez fue reelecto el 7 de octubre de 2012 para ejercer la presidencia durante el periodo 2013-2019. Sin embargo, estaba muy enfermo y no estaba en el país para la fecha establecida en la Constitución para la toma de posesión de su cargo, el 10 de enero de 2013. Así, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 2 del 9 de enero de 2013 afirmó que no era necesaria la toma de posesión formal de Chávez en la fecha establecida en el artículo 231 de la Constitución.

Sucesivamente, esa misma sala, en sentencia del 9 de enero de 2013 declaró que el gobierno anterior debía seguir por el “principio de continuidad administrativa”, y no podía declararse siquiera la falta temporal del presidente electo, porque se desconocería la voluntad popular y esta se subordinaría a una “técnica operativa”, por lo que se ratificó al Vicepresidente Ejecutivo, Nicolás Maduro, en su cargo.

Nada de esto aparece en la Constitución. Según una interpretación restringida del artículo 233 constitucional, si el presidente electo no toma posesión

andina. Esto afectó a los venezolanos en cuanto a sus derechos a la alimentación y a la salud, ya que los productos de los países de la CAN se podían importar sin el pago de aranceles, por lo cual tenían menor precio para el consumidor y fomentaban la competencia, lo que redundaba en una mejor calidad de los productos y por ello, beneficia al consumidor.

⁹¹ Es el plan de gobierno, publicado en Gaceta Oficial N° 6.118 Extraordinario de fecha 4 de diciembre de 2013. Llama la atención que este Plan se publicó en Gaceta Oficial como un acto con fuerza de ley, pero no es una ley en sí. No se siguieron los procedimientos constitucionales para su aprobación. Esto es extraño, porque el gobierno cuenta con la mayoría en la Asamblea Nacional para aprobar una ley ordinaria, sin embargo, probablemente, no todos los diputados oficialistas estaban de acuerdo con este Plan porque plantea la implantación del régimen marxista como su real objetivo.

⁹² LOUZA, Laura, *El golpe de estado popular*, Ámbito jurídico, febrero de 2013, p. 13.

en la fecha prevista, el Presidente de la Asamblea Nacional debe suplir sus funciones y convocar a elecciones dentro de los 30 días siguientes.

Una interpretación más laxa de la Constitución exige que haya por lo menos una declaratoria de la falta temporal del presidente electo por parte de la Asamblea Nacional, y que luego de su declaratoria, pasados hasta 180 días máximo, se decida si hay falta absoluta o no y en caso afirmativo, se llame a elecciones dentro de los 30 días siguientes (artículos 233 y 234).

Otra opción constitucional es que en caso de incapacidad física o mental del presidente electo, el Tribunal Supremo de Justicia con la aprobación de la Asamblea Nacional nombre una junta médica para determinar la incapacidad y declarar la falta absoluta (artículo 232, tercer aparte).

El 14 de abril de 2013 se hicieron elecciones populares y Nicolás Maduro resultó vencedor por medio punto frente a su opositor, Henrique Capriles.

El socialismo del siglo XXI ha continuado siendo el régimen de gobierno imperante en Venezuela, de hecho, el sucesor de Chávez, Nicolás Maduro no ha hecho sino invocarlo como base de su política. A este respecto, su plan de gobierno, el “Plan de la Patria” (Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y social de la Nación, 2013-2019), establece como uno de sus objetivos principales: “Continuar construyendo el socialismo bolivariano del siglo XXI”. Su gobierno ha radicalizado la “revolución” y ha acelerado la implantación de los postulados del socialismo del siglo XXI.

La doctrina del socialismo bolivariano del siglo XXI, se fundamenta, entre otros aspectos, en que el Estado de derecho es una creación del Estado liberal-burgués, y como Venezuela es un Estado social, pues no es un Estado de derecho⁹³; y más bien, es un Estado de justicia, que garantiza una verdadera justicia social.

Esto conduce a que, como se afirma claramente en sentencia de la Sala Constitucional N° 115 del 16 de noviembre de 2010, recaída en el caso José Guerra y otros, el juez puede cambiar la norma, aun cuanto ésta tenga una solución clara y expresa, con base en las siguientes consideraciones:

⁹³ Ver declaración publicada en: <http://www.aporrea.org/actualidad/a39870.html> y http://www.minci.gob.ve/alocuciones/4/11842/juramentacion_del_consejo.html

“...esta Sala ha fijado en algunos casos que normas bajo el examen jurisdiccional, no admiten interpretaciones gramaticales ya que las mismas no son las jurídicamente posibles -en la medida que contrariarían el sistema de principios constitucionales-; por ello, incluso si la norma plantea una solución que no se corresponda con la esencia axiológica del régimen estatutario aplicable, la interpretación contraria a la disposición normativa será la correcta, en la medida que es la exigida por el Derecho Constitucional, en su verdadera y más estricta esencia”⁹⁴. (Resaltado nuestro).

Esto lo confirma esa sala en la sentencia N° 635 del 30 de mayo de 2013, recaída en el caso: Santiago Barberi Herrera, aunque va un poco más allá y declara:

“... esta Sala incluso en supuestos en los que la norma plantea una solución que no se corresponda con la esencia axiológica del régimen estatutario aplicable, ha considerado que la interpretación contraria a la disposición normativa será la correcta, en la medida que es la exigida por el Derecho Constitucional, en su verdadera y más estricta esencia”. (Resaltado nuestro).

En este sentido, el Estado de justicia se refiere precisamente al predominio de lo que diga el juez sobre el Derecho, incluso con la presencia de norma expresa. Flavia Pesci Feltri (2012) define el Estado de justicia de la siguiente forma:

“El Estado de justicia se concibe como un instrumento dirigido a establecer una relación integral entre la justicia formal (derecho positivo) y la justicia material (valores absolutos, derecho natural); lo cual permitiría afirmar la necesidad de que los órganos a quienes les compete la interpretación y aplicación del derecho (concretamente los jueces), puedan cambiar su contenido en aras de proteger aquellos valores que pudiesen verse afectados por la norma a aplicar”. (Resaltado de la autora)⁹⁵.

La justificación para establecer un Estado de justicia por encima de un Estado de derecho es para garantizar que prevalezca la realidad social sobre el Derecho, y en particular, sobre el derecho positivo para evitar su rigidez y su anacronicidad, y así, lograr la mayor justicia material y social posibles.

Lo más alarmante de la idea que el juez es quien determine el Derecho a su juicio y además, lo adecúe a la realidad social según su criterio, no es sólo el poder que se le da, quien bajo este fundamento puede cambiar cualquier norma a

⁹⁴ Ver en el mismo sentido las siguientes sentencias de la Sala Constitucional: N° 1.488/2006, N° 2.413/2006, N° 1.974/2007, N° 5.379/2007, N° 700/2008, N° 49/2009, N° 53/2009, N° 635/2013.

⁹⁵ PESCI FELTRI, (2012), Hacia la implementación incostitucional del Estado de justicia, contenida en la obra colectiva: “Justicia constitucional”, coordinada por Laura Louza, Colección Estado de derecho, editada conjuntamente por FUNEDA, Acceso a la justicia, la Universidad Metropolitana y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2012, p. 13.

su antojo, incluso la Constitución, sino que esto también puede ocasionar que con el tiempo se despoje al Derecho de su contenido y fines.

En este sentido, la presidenta del Tribunal Supremo de Justicia ha aclarado que las acciones desarrolladas en el 2013 por el Poder Judicial servirán de base a los fines y objetivos propuestos en el marco del Plan de la Patria 2013-2019⁹⁶, inspirado “en la acción socialista del Comandante Supremo y Líder de la Revolución Bolivariana, Hugo Chávez Frías”⁹⁷. Es decir, el “Derecho” para el Poder Judicial es el Plan de la Patria.

Lo expresado hasta ahora muestra que en Venezuela el papel del juez ha sido cambiado bajo el pretexto de hacer justicia social por encima del Derecho para así implantar un “Estado de justicia”, con lo cual el Derecho ha sido vaciado de su contenido para tener un contenido político, como bien se indicó en la sentencia N° 1547 de fecha 17 de octubre de 2011, antes parcialmente citada, y de esa manera, el juez se ha constituido en un instrumento político que debe colaborar en la construcción del “socialismo bolivariano del siglo XXI”, que se constituye ya no en un medio para lograr una mejor sociedad, sino un fin en sí mismo sin importar el medio.

Así, lo que ocurre en la práctica del Estado venezolano es que con el Estado de justicia, como anuncia Flavia Pesci Feltri (2012): su “definición dependerá definitivamente de la postura o ideología que se tenga con relación a la noción de Estado (liberal o marxista) y con relación a la noción de Justicia (iusnaturalismo o iuspositivismo)”⁹⁸.

Esta nueva concepción del juez venezolano y del Derecho como instrumentos políticos llama la atención, no sólo porque viola lo establecido en la Constitución, en particular, en el artículo 256 sobre la prohibición de activismo político de los jueces, sino además todos los principios internacionales sobre el Estado de derecho, la independencia judicial y el rol del juez constitucional.

⁹⁶ Discurso de la presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, con ocasión de la apertura del año judicial 2014, publicado en nota de prensa del 24 de enero de 2014, <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=11690>

⁹⁷ Plan de la Patria, p. 1.

⁹⁸ PESCI FELTRI, OBCIT, p. 12.

El poder judicial venezolano, como se ha visto a lo largo de este trabajo, a los efectos de implementar un supuesto Estado de justicia, siguiendo la doctrina del socialismo bolivariano del siglo XXI, no ejerce el control sobre los demás poderes que le otorga la Constitución, sino que colabora con los demás poderes, actuando de forma coordinada y armónica, con independencia del apego a la legalidad o constitucionalidad de las acciones que convalida, por lo que no utiliza el Derecho como medio de control del poder político, como prescribe la tesis de la separación de poderes y lo obliga su rol constitucional de garante del Estado de derecho.

En este sentido, no debería llamar la atención que PROVEA declare que en el 2013, no logró tener acceso a la información sobre las cantidades de jueces titulares y provisorios existentes en Venezuela⁹⁹. Es decir, que no haya cifras oficiales sobre algo tan importante para el Estado de derecho, pero probablemente no para el Estado de Justicia según la concepción política que se le ha dado en Venezuela. Tampoco debe ser causa de asombro que un tercio de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia esté en condición de suplente, por cuanto está vencido el periodo de varios y sigue pendiente la designación de los titulares por parte de la Asamblea Nacional¹⁰⁰. Esto se logró resolver en fecha 28 de diciembre de 2014 (son 12 magistrados titulares y cuatro suplentes que estarán al frente del máximo tribunal del país durante 12 años, es decir, hasta el año 2027), pero sin tener que la Asamblea Nacional tuviera la mayoría requerida para ser nombrarlos según lo que establece la Constitución.

Tampoco debe causar sorpresa que la Sala Constitucional haya dictado una sentencia, como la N° 516 del 7 de mayo de 2013, mediante la cual dismanteló la jurisdicción disciplinaria judicial, suspendiendo normas del Código de Ética del juez y jueza venezolanos, porque a su criterio dicho instrumento normativo no es aplicable a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, ni a los jueces temporales, ocasionales, accidentales y provisorios, que son casi todos.

⁹⁹ PROVEA, (2013) Informe anual, p. 344.

¹⁰⁰ IDEM; p. 345.

Para 2014, según un informe de la Comisión Internacional de Juristas, los jueces titulares son sólo aproximadamente 20%¹⁰¹.

El resultado de todo esto es que en Venezuela desde 2013 prácticamente legisla el Presidente de la República¹⁰², así como la Sala Constitucional, aunque va más allá porque también cambia la Constitución según lo que le piden los líderes del partido de gobierno¹⁰³, y de esta manera restringe derechos constitucionales¹⁰⁴, elimina a la oposición política¹⁰⁵ y avala decisiones y actuaciones del Ejecutivo y del Legislativo, así como de otros poderes, como el Ciudadano y el Electoral.

La consecuencia de ello, es que la situación se ha agravado cada vez más en materia de derechos humanos, y más específicamente desde febrero de 2014, porque el gobierno ha tomado acciones sumamente represivas respecto de los

¹⁰¹ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Fortaleciendo el Estado de derecho en Venezuela*, mayo de 2014, Ginebra, p. 2.

¹⁰² La Asamblea Nacional aprobó el proyecto de Ley Habilitante presentado semanas antes por el presidente Nicolás Maduro para combatir la corrupción. Se publicó en la Gaceta Oficial N° 6112 del 19-11-2013. A raíz de este proyecto el presidente de Venezuela dictó 57 decretos-leyes entre noviembre de 2013 y noviembre de 2014 (de los 57 decretos-leyes, el presidente derogó 3 de los dictados en 2013 al año siguiente). Nuevamente, en sesión extraordinaria la Asamblea Nacional aprobó la Ley Habilitante Antiimperialista para la Paz, con la cual el presidente Nicolás Maduro podrá, hasta el 31 de diciembre de 2015, dictar decretos con rango, valor y fuerza para defender la soberanía de acciones injerencistas.

¹⁰³ Un caso ilustrativo es el que el Presidente de la Asamblea Nacional, luego de constatar que no se lograba el consenso para designar a rectores del Consejo Nacional Electoral, presentó ante la Sala Constitucional una solicitud de declaratoria de omisión por parte de la Asamblea Nacional. El numeral 7 del artículo 336 de la Constitución sólo otorga competencia a la Sala Constitucional para (i) declarar la inconstitucionalidad de la omisión y (ii) establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección. Sin embargo, la Sala Constitucional dictó la sentencia N° 1865 de 26 de diciembre en la que procedió a nombrar unilateralmente a los 3 rectores del CNE de la lista de 33 personas elegibles según el Informe Final del Comité de Postulaciones Electorales. Tomado de *¿Qué papel tuvo la Sala Constitucional en 2014? 6 sentencias claves para 4 conflictos políticos*, de Carlos García. Otro caso es el relativo a la designación del Contralor, del Fiscal General y del Defensor del Pueblo en que la Sala Constitucional dictó la sentencia N° 1864 de 22 de diciembre 2014 para que se designen con un procedimiento distinto al constitucional y lo haga el partido de gobierno a su conveniencia.

¹⁰⁴ Sentencia N° 276 de la Sala Constitucional de 23 de abril de 2014 en que se cambia el contenido del derecho a manifestar pacíficamente, consagrado en el artículo 68 de la Constitución.

¹⁰⁵ Ver sentencia N° 207 de 31 de marzo de 2014 de la Sala Constitucional, caso María Corina Machado; la sentencia N° 245 de la Sala Constitucional, publicada el 9 de abril de 2014, caso del Alcalde Scarano y Director Luchesse; sentencia N° 263 de la Sala Constitucional de 10 de abril de 2014, caso alcalde Ceballos.

ciudadanos con el beneplácito del Poder Judicial¹⁰⁶ frente a las masivas protestas y manifestaciones que presentaron desde febrero de 2014¹⁰⁷.

A pesar de ello, el gobierno venezolano se autodefine democrático¹⁰⁸, defiende categóricamente su independencia judicial¹⁰⁹ y su respeto a los derechos humanos¹¹⁰.

5 BALANCE ACTUAL

Venezuela tiene un régimen político desde 1999 en virtud del cual el Derecho ha ido perdiendo importancia y los principios relativos al Estado de derecho también. Se ha considerado que lo válido es hacer justicia social con base en principios de igualdad y solidaridad, pero no según lo que establecen las normas de derecho positivo al respecto, ni las de la Constitución, y menos aún las de los tratados internacionales de derechos humanos, salvo que el gobierno venezolano así lo considere, porque en caso contrario se viola su soberanía.

El juez es quien debe darle contenido a la norma, y hasta puede cambiarla, haciéndose así prevalecer un supuesto Estado de justicia por encima de un Estado de derecho. Esto le ha quitado independencia al juez, porque al no ser electo popularmente no tiene apoyo suficiente para la toma de sus decisiones, por lo que se ha plegado cada vez más al poder político. En efecto, es un juez que tiene como rol apoyar a construir el socialismo bolivariano del siglo XXI y no ser garante de la Constitución ni de los derechos humanos, que es, en cambio, lo que

¹⁰⁶ La ONG Foro Penal ha contabilizado 3718 (360 Menores de edad), personas detenidas por protestar desde febrero de 2014, ver: <https://foropenal.com/>

¹⁰⁷ Ver el boletín de Crisis International Group, titulado: Venezuela: punto de quiebre, de fecha 21 de mayo de 2014, publicado en: http://www.crisisgroup.org/en/regions/latin-america-caribbean/andes/venezuela/b030-venezuela-tipping-point.aspx?alt_lang=es

¹⁰⁸ "En Venezuela hay una democracia legítima, con un respeto a las garantías fundamentales como todo el mundo lo ha podido constatar", aseguró a la televisora rusa RT el canciller de Venezuela Elías Jaua el 9 de mayo de 2014, nota de prensa publicada por VTV en: <http://www.vtv.gob.ve/articulos/2014/05/09/elias-jaua-a-rt-venezuela-no-acepta-amenazas-ni-condicionamientos-de-nadie-2606.html>.

¹⁰⁹ La presidenta del Tribunal Supremo de Justicia en la entrevista antes comentada del 30 de marzo de 2014 en Globovisión dijo que el Tribunal Supremo de Justicia "actúa con independencia y sin sesgo político", publicado en: <http://globovision.com/articulo/gladys-gutierrez-el-tsj-actua-con-independencia-y-sin-sesgo-politico>

¹¹⁰ Ver, por ejemplo, el informe de febrero de 2014 de la Defensoría del Pueblo, titulado: "Febrero: Un golpe a la paz", Parte I, publicado en <http://www.defensoria.gob.ve/dp/phocadownload/userupload/varios/27F2014.pdf>

le corresponde en un mundo como el actual en que el Derecho y el Estado de derecho tienen una importancia sin precedentes¹¹¹. y son los únicos que pueden garantizar una verdadera democracia y justicia social¹¹².

A pesar de ello, los jueces no tienen estabilidad alguna, ni existe ley que garantice la carrera judicial, ni es una práctica del Poder Judicial protegerla, sino más bien violarla¹¹³, con lo que se ha estado vulnerando la independencia profesional del Poder Judicial¹¹⁴.

A esto se añade que el Tribunal Supremo de Justicia da instrucciones a los jueces sobre cómo deben sentenciar, y además, revoca sus nombramientos o los destituye cuando estos no las cumplen¹¹⁵, lo que compromete su independencia funcional y profesional¹¹⁶.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, permite que la Sala Constitucional revise incluso sentencias definitivamente firmes, hasta de oficio¹¹⁷, con lo cual acaba con la seguridad jurídica que es un requisito esencial del Estado de derecho y además, con la independencia funcional de cada juez al perder su libertad de criterio. En este sentido, el Poder Ejecutivo ha presionado al Poder Judicial para que decida de una determinada manera, lo que ha afectado además

¹¹¹ PÉREZ PERDOMO, 2014, *Discurso de incorporación como miembro de la Academia de la Historia*, p. 11.

¹¹² BOBBIO, Norberto, 1992, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino.

¹¹³ Ver: "The government of judges, and democracy" y "The tragic institutional situation of the Venezuelan judiciary", de Allan Brewer Carías, ambos publicados en su página web: <http://allanbrewercarias.com/>.

¹¹⁴ Según Alejandro Nieto, esta es una modalidad de la independencia judicial y garantiza los derechos personales derivados de su condición de funcionarios (*El desgobierno judicial*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, pp. 119).

¹¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "Democracia y derechos humanos en Venezuela", 2009.

¹¹⁶ Según Alejandro Nieto, esta es una modalidad de la independencia judicial y garantiza la libertad de criterios a la hora de actuar y decidir (*El desgobierno judicial*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, pp. 119).

¹¹⁷ Este tipo de competencia es aceptada en un sistema de precedentes, que no ha sido tradicionalmente el venezolano, aunque se podría decir que a partir de la constitución de 1999, es una suerte de híbrido entre el sistema de derecho codificado y el de precedentes. Sin embargo, la Sala Constitucional la ha usado de otra manera como lo veremos en el caso de María Corina Machado. Sin duda, las causales para actuar de oficio o avocarse son sumamente amplias (ver artículos 106 al 109 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), pero esto no le da la facultad a la Sala para crear nuevos procedimientos, conocer de casos en ausencia de las partes, cambiar la constitución, como en cambio ha hecho a través de su jurisprudencia. Ver por ejemplo las sentencias: N° 7 del 1-2-2000, caso José Armando Mejía; N° 1077 de fecha 22 de septiembre de 2000 caso Servio Tulio León; N° 93 de fecha 6 de febrero de 2001, caso Corpoturismo; N° 85 del 24 de enero de 2002, caso de los créditos indexados.

la independencia institucional del Poder Judicial¹¹⁸. Esta interferencia se inició con hechos aislados, pero, en la actualidad es el *modus operandi* del gobierno, y la Sala Constitucional dicta decisiones “a la carta”, según lo que se requiera para “legalizar” o “constitucionalizar” una actuación del gobierno actual¹¹⁹.

Aunque de conformidad con la Constitución, el Tribunal Supremo de Justicia es el órgano rector del Poder Judicial y tiene autonomía financiera, administrativa y funcional; la Ley del Sistema de Justicia, le quita estas atribuciones y se las otorga a un órgano ajeno al Poder Judicial, en el que prevalece el Poder Ejecutivo: la Comisión Nacional del Sistema de Justicia¹²⁰.

Como consecuencia de todo lo anterior, el Derecho ha perdido su esencia, es un mero instrumento del cambio social y político que quiere llevar adelante el gobierno. Al haber cada vez menos “Derecho”, hay menos medios efectivos de resolución de conflictos y de protección de los derechos. Esto explica la alta conflictividad que hay en Venezuela, su alto porcentaje de impunidad y la casi desaparición del Estado de derecho. Todo lo que se prometía mejorar con la “revolución” ha empeorado, porque se ha usado el Derecho y el Poder Judicial como instrumentos políticos, que es precisamente lo que había conducido a la crisis política e institucional de las décadas de los ochenta y noventa, y a la elección de un nuevo gobierno con una propuesta “revolucionaria” de cambio, con el agravante que además ahora se usa ahora el Derecho y el Poder Judicial contra el ciudadano, lo que no ha hecho sino acrecentar el poder del Estado, ya demasiado grande en la democracia de partidos. A continuación esto se muestra en cifras.

La conflictividad ha crecido: el Observatorio Venezolano de Conflictividad Social (OVCS) registró en el mes de enero de 2015 al menos 518 protestas, lo

¹¹⁸ Según Alejandro Nieto, esta es una modalidad de la independencia judicial y garantiza un funcionamiento sin fricciones con el Poder Ejecutivo (*El desgobierno judicial*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, pp. 119).

¹¹⁹ Ver las decisiones citadas en el capítulo anterior.

¹²⁰ Órgano no previsto en la constitución, que está por encima del Tribunal Supremo de Justicia, integrado por: dos diputados, el Fiscal General de la República, el Defensor del Pueblo, el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, el Ministro de Interior y Justicia y el Procurador General de la República y por un representante del Poder Popular.

que equivalente a 17 protestas diarias en todo el país. 16% más que en enero de 2014 cuando fueron 445, que ya eran altas¹²¹.

Venezuela es el segundo país en el mundo con más homicidios (el primero es Honduras)¹²². Según los estudios del Observatorio Venezolano de Violencia, “en 1998 había más delincuentes presos por asesinato que asesinatos cometidos. Impunidad en negativo. Al año siguiente, primero del gobierno revolucionario, la impunidad salta hasta el 19% y comienza una subida que no se detiene. En 2008 está ya en el 80% y en 2014 llega a 91%”¹²³.

El Estado de derecho ya no existe, tiene un nivel de 0,5/100; en 1996 tenía más de 25%. La justicia penal es la peor catalogada en el mundo, la civil en la región y ocupa el puesto 93 de 97 países evaluados¹²⁴. Venezuela ocupa el puesto 161 de 177 en cuanto a su nivel de corrupción, es decir, es de los más altos del mundo.

En cuanto a la pobreza, llega a 48,4% de los hogares según estudios recientes y reconocidos en la materia, es decir, un punto por encima que a principios del siglo XXI¹²⁵.

Venezuela aparece en el capítulo IV.B del informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos desde 2010, donde se ubican países con regímenes no democráticos y violaciones muy graves a los derechos humanos. En 2014, es catalogado como un país semilibre por Freedom House en su Informe mundial de ese año.

No obstante la nefasta realidad descrita, para mantener el optimismo hay que tener presente lo que le dijo José Gil Fortoul, presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, a sus estudiantes en 1916:

“... el hombre y los pueblos viven y adelantan atraídos por tres grandes ideales: el Derecho, la Libertad, la Justicia; ideales, señores, que pueden pasar por paréntesis o eclipses, pero que renacen todas las mañanas, como la conciencia y como el sol”.

¹²¹ Ver: <http://www.observatoriodeconflictos.org.ve/category/tendencias-de-la-conflictividad>

¹²² Ver: <http://observatoriodeviolencia.org.ve/ws/wp-content/uploads/2015/02/OVV-INFORME-DEL-2014.pdf>

¹²³ <http://observatoriodeviolencia.org.ve/ws/impunidad-cero/>

¹²⁴ Fuente: http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/WJP_Index_Report_2012.pdf, p. 253.

¹²⁵ Ver: <http://www.eluniversal.com/economia/150129/pobreza-en-venezuela-llega-a-484-de-los-hogares>

REFERENCIAS

La bibliografía se indica en las notas al pie del trabajo.

CITIZEN VIEWS ON PUNISHMENT - THE DIFFERENCE BETWEEN TALKING AND DECIDING¹²⁶

María Inés Bergoglio

ABSTRACT: In Argentina, provincial initiatives in Judicial Reform have included jury trials projects. Lay participation in judicial decisions is frequently justified as a tool to adjust punishment levels to social demands and a way to correct the guarantee-based approach generally held by magistrates, considered to be too benign. The paper reviews the case of Córdoba, province where trials by jury started in 2005. Information obtained in two public opinion studies, conducted in 1993 and 2011 is used to analyze trends in attitudes towards penal punishment, including issues such as the image of criminals or attitudes towards penal punishment in general, including views on capital punishment. Data show that on both dates, the majority of respondents prefer harsh penal policies that emphasize offender accountability, but this does not translate into extreme measures in terms of punishment. The study also revises trends in feelings of insecurity, and explores the connection between sense of insecurity and punitiveness. The analysis of citizen views on punishment is not limited to public opinion data, but extends to the judicial field, reviewing how these views are expressed during jury service. Using a set of 213 sentences pronounced between 2005 and 2012, juror and judge decisions on the same cases are compared.

KEYWORDS: Lay Participation in Judicial Decisions, Attitudes towards penal punishment, Feelings of insecurity

RESUMEN: En Argentina, las iniciativas de Reforma Judicial han incluido el juicio por jurados en tres provincias. La participación leiga en la Administración de Justicia es muchas veces justificada como respuesta a las demandas de mayor seguridad frente al delito. En este contexto, el endurecimiento penal es planteado como una herramienta para reducir el comportamiento desviado, percepción que choca con la perspectiva garantista de los juristas. El presente artículo analiza la situación en Córdoba, provincia donde los juicios por jurado se iniciaron en 2005. Empleando datos de encuesta recogidos en 1993 y 2011, se analiza la evolución de la demanda social de castigo, revisando temas como la imagen social de los

¹²⁶ For the English version of this article, please contact the author (mibergoglio@gmail.com)

Se agradece los apoyos para este proyecto otorgados por la Secretaría de Ciencia y Técnica Universidad Nacional de Córdoba.

delincuentes, la conformidad con los niveles de castigo penal o las opiniones respecto a la pena de muerte. Se toma en cuenta especialmente la influencia de la sensación de inseguridad sobre las actitudes respecto del castigo. El análisis de las actitudes ciudadanas ante el castigo no se limita a los datos de opinión, sino que se extiende hacia el terreno judicial, revisando el modo en que se manifiestan en la dureza de sus decisiones como jurados. Para ello, se comparan las decisiones de jueces y jurados, tal como han sido registradas en 213 sentencias emitidas por este procedimiento entre 2005 y 2012.

PALABRAS CLAVE: Participación ciudadana en las decisiones judiciales - Actitudes hacia el castigo penal – Sensación de inseguridad

1 INTRODUCCIÓN

En Córdoba, la participación lega en la Administración de Justicia nace en 2004, a instancias de un movimiento social nacional nucleado en torno a la sensación de inseguridad frente al delito, liderado por Blumberg, cuyas peticiones de endurecimiento punitivo estaban asociadas a una visión crítica del accionar judicial. Quienes proponían esta medida concebían la intervención ciudadana en las decisiones penales como un modo de ajustar los niveles de castigo a las demandas de los ciudadanos comunes, así como un correctivo al garantismo supuestamente excesivo de los magistrados¹²⁷.

Es necesario observar, sin embargo, que las razones esgrimidas por los legisladores para respaldar la iniciativa fueron, sin embargo, bastante distintas. Tal como pudo verse durante el debate parlamentario, el propósito de relegitimar al poder judicial a través de la participación ciudadana en las decisiones penales resultó fundamental para decidir la incorporación de la institución (Urquiza y Rusca 2009, Bergoglio 2012).

Cuando la participación lega lleva ya nueve años en funcionamiento en la provincia, vale la pena revisar hasta qué punto la institución ha respondido a las expectativas en ella depositadas por quienes promovieron su creación. La relevancia de tal análisis resulta mayor si se considera que en el período

¹²⁷ Para un análisis más detallado del discurso de este movimiento social puede verse Pegoraro (2004) y Tufro (2007).

considerado, la preocupación por la seguridad frente al delito se ha convertido en un tema permanente en la agenda pública. El presente artículo se concentra en el análisis de las actitudes hacia el castigo penal, y cómo se manifiestan en la práctica de los juicios por jurado¹²⁸.

En la primera parte se resume la evolución de la preocupación por la seguridad ante el delito, una cuestión cuyos efectos sobre la demanda de castigo ha sido observada en Córdoba hace ya veinte años (Bergoglio y Carballo, 1993). Las tendencias en actitudes hacia el castigo se exploran a través de temas como la imagen social de los delincuentes, la opción por una política penal de “mano dura” o la opinión respecto a la pena de muerte. En esta sección se emplean datos de encuestas de población general, realizadas en Córdoba capital. La primera de ellas abarcó 400 casos y tuvo lugar bastante antes de la introducción de la participación lega, en 1993. El segundo estudio se realizó cuando los tribunales mixtos llevaban ya siete años en funcionamiento, en 2011; y abarcó 434 encuestas. Ambos fueron realizados con muestras aleatorias, cuyos detalles pueden verse en el apéndice.

Finalmente se analiza cómo se manifiestan las actitudes ciudadanas ante el castigo en la práctica de los juicios por jurado, comparando sus decisiones con las que adoptan los magistrados frente a los mismos casos. Se utilizan para ello 213 sentencias emitidas en la provincia por este procedimiento entre 2005 y 2012¹²⁹.

2 LA INSEGURIDAD ANTE EL DELITO

El ambiente social y político marcado por el movimiento Blumberg coincide con lo que se ha descrito en diversas sociedades como “populismo penal”: un reclamo creciente de acción del Estado en el campo penal, entendida como único medio de compensar la sensación de inseguridad frente al delito, estimulada

¹²⁸ Para un análisis acerca de la contribución de la participación lega en las decisiones penales sobre la legitimidad del poder judicial, uno de los propósitos centrales de la norma para los legisladores, ver Bergoglio (2012).

¹²⁹ El acceso a esta documentación fue posibilitado por la Oficina de Jurados del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, cuya cooperación en este y otros sentidos resultó decisiva para el éxito del presente trabajo.

continuamente por la espectacularización del crimen en los medios. En este contexto, las promesas de reforma de la justicia penal son usadas políticamente para canalizar las preocupaciones de un público crecientemente frustrado por la inacción gubernamental frente a las inseguridades de la vida en las sociedades tardo-modernas. El populismo penal aparece así conectado con los sentimientos de inseguridad derivados de la fragmentación social y erosión de las redes sociales características de la política neoliberal moderna¹³⁰.

La cuestión de la inseguridad ha generado variados debates metodológicos en la criminología, procurando dilucidar la mejor forma de medir un fenómeno que no se agota en las dimensiones emocionales. Kessler (2009) señala que el tratamiento actual de esta cuestión ha llevado a diferenciar entre preocupación (dimensión política, que implica la atención a un problema social), percepción de riesgo (dimensión cognitiva, que evalúa la probabilidad de ser victimizado) y temor (dimensión emocional, que se conecta con el temor de que uno mismo o uno de sus seres queridos sea víctima de un delito). La distribución de estas dimensiones puede no coincidir en diversos grupos sociales, lo que añade complejidad a la investigación de esta cuestión. Sin embargo, el autor indica que, en nuestro país, para los grandes centros urbanos de los cuales se dispone de series de datos adecuadas, las tres dimensiones arrojan valores altos en la última década.

Por otra parte, relevamientos recientes - realizados por el Observatorio de la Deuda Social Argentina- que monitorean tanto los niveles de victimización como el miedo al delito desde 2004, indican que ambos indicadores han continuado altos en años recientes (Salvia 2013).

Dada la extensión del sentimiento de inseguridad frente al delito, no sorprende la importancia que el tema ha adquirido en la agenda pública. Mientras que en 1995 sólo el 2% de los argentinos colocaban a la inseguridad al tope de la lista de problemas a resolver, en 2011 la cuestión ha desplazado en importancia al desempleo, y es seleccionada como la más importante por el 34% de los

¹³⁰ La descripción del populismo penal fue iniciada por John Pratt en 2007. Para un análisis detallado de los supuestos básicos de este enfoque y sus consecuencias sobre la política penal, ver Dzur (2012).

consultados¹³¹. Aunque los niveles de inseguridad muestran cierta autonomía respecto a la variación de las tasas delictivas, no se trata de una evolución sorprendente, ya que desde comienzos de los años noventa las tasas de delito se han prácticamente doblado, tanto en el país como en la provincia¹³².

En esta investigación se consultó acerca de la dimensión emocional de la inseguridad, entendida como temor ante el delito, tanto en general como durante los desplazamientos nocturnos en el vecindario. Si bien las investigaciones recientes suelen incluir también otros indicadores, vinculados a las dimensiones cognitiva y política de la inseguridad, la necesidad de preservar la comparabilidad de los datos llevó a mantener la formulación de las preguntas realizadas durante la encuesta de 1993.

Tabla 1 - Sensación de inseguridad, 1993-2011

| Variables | | Año | | Chi-cuadrado |
|--|----------|--------|--------|------------------|
| | | 1993 | 2011 | |
| En relación a esta cuestión de la seguridad, Ud. se siente | Seguro | 22,1% | 23,0% | No significativo |
| | Inseguro | 77,9% | 77,0% | |
| Total | | 100,0% | 100,0% | |
| Si Ud. debe salir de noche solo en su barrio, se siente | Seguro | 26,6% | 30,6% | No significativo |
| | Inseguro | 73,4% | 69,4% | |
| Total | | 100,0% | 100,0% | |

Como puede verse en la tabla 1 adjunta, los niveles de inseguridad eran ya altos en 1993; las cifras para 2011 son sustancialmente similares. Cabe observar que, de acuerdo los informes del Observatorio de la Deuda Social,- que utilizan una formulación de la pregunta ligeramente distinta de la empleada en esta

¹³¹ Datos de Latinobarómetro, accesibles en www.latinobarometro.org

¹³² En 1993, la tasa nacional de delitos llegaba a 1650 hechos por cada 100.000 habitantes. En la provincia ese valor llegaba a 2.413. Los datos más recientes publicados por la Dirección Nacional de Política Criminológica (<http://www.jus.gob.ar/areas-tematicas/estadisticas-en-materia-de-criminalidad.aspx>) corresponden a 2008, fecha en que la tasa nacional se ubicaba en 3.298,42 y la provincial en 4.307,73.

investigación - los niveles de inseguridad para Córdoba eran iguales a los del país en esta última fecha (Moreno, 2013).

3 TENDENCIAS EN LAS MIRADAS SOBRE EL CASTIGO

En esta sección se revisan las tendencias en las actitudes hacia el castigo penal en los ciudadanos comunes. Antes de analizar el modo en que contemplan el funcionamiento de los procesos penales, corresponde observar cómo ha cambiado en estos años su experiencia con el mundo jurídico, pues esta es una de las fuentes sobre las que se construyen las interpretaciones de los significados propios de la cultura jurídico-penal.

En primer lugar, cabe notar que la experiencia directa con la administración de justicia se ha vuelto más frecuente: el porcentaje de población que ha tenido contacto con tribunales ha pasado del 33% al 45% en los dieciocho años transcurridos. Lo mismo ha ocurrido con el contacto con abogados, que ha crecido significativamente en este período: la proporción de población que ha consultado a un abogado ha pasado del 40% al 63%, un cambio que sin duda se conecta con la multiplicación del número de estos profesionales¹³³.

La mayor frecuencia de contacto con la administración de justicia y sus operadores es un signo claro del creciente papel del poder judicial en la vida social y política, una tendencia asociada a la profundización democrática, descrita tanto para el país como para América Latina en los últimos años (Smulovitz 2008, Domingo 2009). La influencia que la consolidación institucional tiene sobre la cultura jurídica – un fenómeno indudable cuando se trabaja con comparaciones interculturales – resulta también observable en el análisis longitudinal de las actitudes hacia la ley.

Tabla 2 - Actitudes ante la ley, 1993-2011

¹³³ La provincia de Córdoba tenía 284 abogados matriculados en los colegios profesionales por cada 100.000 habitantes en el año 2000, cifra que llegaba a 391 en 2010. (Fuente: Indicadores Judiciales, publicados por el Poder Judicial de Córdoba para la primera fecha, y por la Junta Federal de Cortes para la segunda).

| Actitudes ante la ley | 1993* | 2011* | Chi- cuadrado |
|--|-------|-------|---------------------------------------|
| Debemos obedecer a la ley aún contra nuestros intereses | 49,1% | 57,5% | 8,918, significativo para $p < 0,012$ |
| Las leyes deben ser obedecidas porque son leyes | 39,2% | 48,4% | 9,989 significativo para $p < 0,007$ |
| No debemos obediencia más que a las leyes razonables | 25,1% | 18,1% | 6,040 significativo para $p < 0,049$ |
| Las leyes benefician a unos pocos y por eso no merecen respeto | 22,1% | 13,6% | 11,448 significativo para $p < 0,003$ |
| *Porcentaje de entrevistados que declararon estar muy de acuerdo | | | |

En ambas encuestas se indagó acerca de las motivaciones de la obediencia a la ley¹³⁴. Como puede verse en la tabla 2, la adhesión al carácter universal de la ley, un elemento esencial del Estado de Derecho, ha crecido significativamente entre los cordobeses. La proporción de quienes creen que debemos obedecer a las reglas aun cuando se opongan a nuestros intereses pasó del 49% al 57% en los últimos dieciocho años. Por otra parte, el acuerdo con la afirmación “*Las leyes deben ser obedecidas porque son leyes*” creció de 39% a 48% en el mismo período. Ambos cambios alcanzan significación estadística.

Al mismo tiempo, el acuerdo con la obediencia a las leyes condicionada a una evaluación personal del carácter de éstas, sea su razonabilidad o su imparcialidad, que resultaba ya bastante bajo en oportunidad de la primera medición, ha continuado descendiendo, tendencia que alcanza significación estadística.

¹³⁴ La creencia en la universalidad de la ley ha sido objeto de análisis cultural comparado desde hace tiempo. Ver por ejemplo Gibson y Gouws (1997), Gibson y Caldeira (1996), de donde se tomaron estos indicadores. Para estudios de este tema en el ámbito latinoamericano, ver Concha Cantú, Fix Fierro, Flores y Valadés (2004) y Hernández y Zovatto (2005).

En este contexto de creciente valorización de la legalidad, es interesante observar cómo han cambiado las actitudes ante el castigo penal a lo largo de estos dieciocho años.

Tabla 3 - Actitudes ante el castigo, 1993-2011

| Variable | | Año | | Chi-cuadrado |
|---|---------------------|--------|--------|---|
| | | 1993 | 2011 | |
| Con más mano dura se acabaría el problema de la delincuencia | De acuerdo | 51,1% | 53,3% | 9,782 significativo para $p < 0,008$ |
| | Acuerdo/Desacuerdo | 24,8% | 16,6% | |
| | En desacuerdo | 24,1% | 30,1% | |
| Total | | 100,0% | 100,0% | |
| Los delincuentes deberían ser tratados más como enfermos que como criminales | De acuerdo | 21,4% | 20,8% | 20,323 significativo para $p < 0,000$ |
| | Acuerdo/Desacuerdo | 31,5% | 18,8% | |
| | En desacuerdo | 47,1% | 60,4% | |
| Total | | 100,0% | 100,0% | |
| Se castiga suficientemente a quienes cometen delitos? | Sí | 10,0% | 15,4% | 5,422 significativo para $p < 0,020$ |
| | No | 90,0% | 84,6% | |
| Total | | 100,0% | 100,0% | |
| En relación a la pena de muerte, Ud. está | Muy de acuerdo | 15,8% | 13,4% | 9,644, significativo para $p < 0,020$ |
| | Bastante de acuerdo | 16,6% | 14,4% | |
| | Poco de acuerdo | 27,1% | 21,2% | |
| | Nada de acuerdo | 40,5% | 51,0% | |
| Total | | 100,0% | 100,0% | |
| En ningún caso puede estar justificado el tomarse justicia por su propia mano | De acuerdo | 38,4% | 46,7% | 18,493 significativo para $p < 0,000$ |
| | Acuerdo/Desacuerdo | 32,3% | 19,4% | |
| | En desacuerdo | 29,3% | 33,9% | |

| | | | |
|-------|--------|--------|--|
| Total | 100,0% | 100,0% | |
|-------|--------|--------|--|

Los datos consignados en la tabla 3 indican que la opción por las políticas penales caracterizadas por su dureza resulta mayoritaria en ambas fechas. La tabla permite observar que la insatisfacción con el nivel de castigo penal de nuestra sociedad es general. Prácticamente la mitad de los encuestados acuerdan con la idea de que la “mano dura” es la solución al problema de la delincuencia, proporción que no ha variado sustancialmente en estos años. Igualmente, las actitudes que subrayan la responsabilidad del delincuente sobre sus acciones resultan mayoritarias.

Sin embargo, estas preferencias por una política penal firme no se traducen en actitudes extremas. Así, la mayoría de los encuestados se oponen a la imposición de la pena de muerte. Igualmente, el rechazo a la justicia por propia mano, a la venganza privada alcanza valores significativos, signo claro de la consolidación institucional.

La tabla permite observar la evolución de estas actitudes hacia el castigo a lo largo de este tiempo, caracterizado por niveles altos de sensación de inseguridad. Pese a que el acuerdo con una imagen del delincuente como plenamente responsable por sus acciones ha crecido significativamente, la adhesión a las políticas de mano dura para combatir la delincuencia ha permanecido básicamente estable. La disconformidad con los niveles de castigo penal se ha reducido en una proporción pequeña, aunque estadísticamente significativa.

Al mismo tiempo, el rechazo al punitivismo extremo se ha profundizado: la opinión contraria a la pena de muerte ha crecido significativamente, así como el rechazo a las opciones que implican tomar justicia por mano propia (cambios estadísticamente significativos).

La tabla adjunta permite observar igualmente cómo ha avanzado la polarización de las opiniones sobre la política penal en estos años en que la cuestión de la seguridad ha pasado a ocupar un lugar central en la agenda política: la reducción de las respuestas indefinidas, que implican cierta ambigüedad es clara en los diferentes temas.

Puede decirse, en síntesis, que las políticas penales duras, que enfatizan la responsabilidad del delincuente son mayoritarias en ambas fechas, sin que ello implique la adhesión a opciones extremas en términos de castigo. Al mismo tiempo, las actitudes ante el castigo revelan la lenta, aunque progresiva consolidación institucional, expresada en el crecimiento de la satisfacción con el nivel de castigo penal actual, así como en el rechazo de la justicia por mano propia.

4 ACTITUDES HACIA EL CASTIGO Y SENSACIÓN DE INSEGURIDAD

Cabe preguntarse ahora cuál es la influencia de los niveles altos de inseguridad sobre las actitudes hacia el castigo penal. La preocupación de que el temor al delito induzca un endurecimiento punitivo es frecuente, y es posible encontrar ejemplos históricos notables al respecto en nuestro país¹³⁵.

Investigaciones previas realizadas en Córdoba han indicado que si bien la sensación de inseguridad ante el delito no está asociada a posiciones extremas, como la adhesión a la pena de muerte, mantiene conexiones significativas con las preferencias por un sistema penal que no deje escapar ningún culpable, aún a costas de condenar por error a un inocente (Bergoglio et al. 1991, Bergoglio y Carballo 1993).

Por su parte Kessler (2009), sugiere que la conexión entre sensación de inseguridad y la punitividad ha cambiado a lo largo del tiempo. Analizado la historia reciente del sentimiento de inseguridad en Argentina, realiza un contrapunto entre las encuestas de opinión y las presentaciones mediáticas de los delitos, lo que le permite identificar tres fases diferentes. En la primera, que se extiende desde la recuperación de la democracia hasta 1989, la preocupación central eran los delitos vinculados con la experiencia de la dictadura, sea por su formato o por sus autores. Desde 1989, y en un contexto signado por la experiencia hiperinflacionaria, se produce una asociación entre cuestión social y sentimiento de inseguridad, en tanto se subraya la conexión entre tasas delictivas

¹³⁵ Baste recordar las propuestas del entonces presidente Menem de instaurar la pena de muerte, tras el asesinato seguido de muerte de Diego Ibáñez, en agosto de 1990.

y desempleo. A partir de 2003, y a pesar de la recuperación económica, la cuestión de la inseguridad se afianza, tanto en los medios como en la agenda pública, en parte debido a la perdurabilidad del problema en el tiempo, y a la sensación de que las soluciones ensayadas no son suficientes.

Su análisis sugiere que la extensión del sentimiento de inseguridad hace que actualmente se lo encuentre en grupos sociales y sectores con ideologías políticas diferentes, marcando el fin de una relación muy directa en Argentina entre preocupación por la seguridad y autoritarismo, en una evolución similar a la experimentada por Francia en tiempos recientes.

Tabla 4 - Relación entre actitudes frente al castigo y sensación de inseguridad - 1993-2011

| Variables | | 1993 | 2011 |
|--------------------------------------|------------------------|------------------------|------------------------|
| | | Sensación de seguridad | Sensación de seguridad |
| Se castiga suficientemente al delito | Correlación de Pearson | ,085 | ,113(*) |
| | Sig. (bilateral) | ,095 | ,020 |
| | N | 389 | 421 |
| Mano dura | Correlación de Pearson | -,085 | -,315(**) |
| | Sig. (bilateral) | ,093 | ,000 |
| | N | 397 | 439 |
| Delincuente enfermo | Correlación de Pearson | -,046 | -,032 |
| | Sig. (bilateral) | ,356 | ,509 |
| | N | 396 | 432 |
| No justicia por mano propia | Correlación de Pearson | ,033 | ,029 |
| | Sig. (bilateral) | ,510 | ,544 |

| | | | |
|--------------------------------|------------------------|----------|-----------|
| | N | 394 | 439 |
| Opinión ante la pena de muerte | Correlación de Pearson | -,099(*) | -,142(**) |
| | Sig. (bilateral) | ,050 | ,003 |
| | N | 396 | 439 |

** La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).

* La correlación es significativa al nivel 0,05 (bilateral).

Como se puede ver en la tabla 4, en nuestros datos, el análisis de correlación entre la sensación de inseguridad y las actitudes hacia el castigo muestra diferentes situaciones. En 1993 no se encuentran prácticamente asociaciones significativas, salvo en el caso de la opinión ante la pena de muerte, aunque ésta resulta muy débil.

En cambio, en 2011 las conexiones entre temor al delito y actitudes ante el castigo resultan más definidas. La demanda de una política penal de mano dura, la acentuación de la responsabilidad del delincuente y la opinión ante la pena de muerte presentan correlaciones estadísticamente significativas con el temor ante el delito, que siguen la dirección esperada.

Los datos confirman que, al menos en el contexto cordobés, quienes se sienten inseguros frente al delito tienen más probabilidad de sostener opciones más duras de política penal. En este sentido, la generalización de la sensación de inseguridad parece tener consecuencias claras sobre la punitividad, estimulando la adopción de políticas más estrictas en términos de castigo. Al mismo tiempo es posible, que como señala Kessler, que dada la generalización de la preocupación por la seguridad, ésta ya no sea exclusiva de los grupos caracterizados por su ideología autoritaria. Justamente por esta razón, los efectos de la inseguridad sobre las actitudes ante el castigo resultan preocupantes.

Es verdad que, considerado en conjunto, el endurecimiento de las miradas sobre el castigo a lo largo de estos dieciocho años ha sido relativamente modesto, y se ha visto acompañado de una tendencia al fortalecimiento de las instituciones, así como por el rechazo a las actitudes extremas. No obstante, el vínculo entre

sensación de inseguridad y punitividad revelado por el análisis comparado 1993-2011 resulta claro. Por ello es importante revisar el modo en que estas actitudes ante el castigo se manifiestan en a través de la participación lega en las decisiones penales.

5 LAS ACTITUDES ANTE EL CASTIGO EN LA PRÁCTICA DE LOS JUICIOS POR JURADO

Cuál es la actitud ante el castigo que sostienen los ciudadanos comunes cuando la pena deja de ser un tema de conversación y pasa a ser una decisión cuya responsabilidad se comparte? Cómo se manifiestan estas opciones por una política penal de mano dura en la práctica de los juicios por jurado?

Para responder estas preguntas, hemos comparados las decisiones de jueces y legos, tal como han sido registradas en 213 sentencias emitidas en los tribunales mixtos cordobeses entre 2005 y 2012¹³⁶.

5.1 La participación ciudadana en Córdoba

Cabe aclarar que la participación ciudadana establecida en Córdoba a través de la ley 9182 no sigue el modelo anglosajón clásico, sino el tipo europeo de tribunal mixto, vigente actualmente en países como Alemania, Italia, Polonia, y adoptado recientemente por Japón y Corea del Sur¹³⁷. Los ocho miembros del jurado - elegidos aleatoriamente del padrón electoral- tienen la responsabilidad de decidir sobre la existencia de los hechos llevados a proceso, así como sobre la participación de los imputados en ellos.

¹³⁶ Para estimar el grado en que los resultados de este estudio pueden ser extendidos al conjunto de decisiones judiciales adoptadas con participación lega, conviene tomar en cuenta que, según las estadísticas del poder judicial el total de sentencias adoptadas con la participación de jurados entre 2005 y 2011 llega a 215. (Ver <http://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/>). Para ese período, el corpus de sentencias incluido en la investigación registra 189 casos, lo que constituye el 87% del total.

¹³⁷ Para un análisis detallado de las diferencias entre jurados clásicos y tribunales mixtos, ver Goldbach y Hans (2013).

Tabla 5 - Características de los casos revisados – 2005-2012

| Las causas | | |
|---|-----|-------|
| Total de casos analizados | 213 | |
| Total de víctimas | 229 | |
| Total de imputados | 364 | |
| Los delitos | | |
| Homicidio <i>criminis causa</i> | 18 | 5,0 |
| Homicidio calificado, agravado, diversos tipos | 109 | 30,3 |
| Homicidio en ocasión de robo | 128 | 35,6 |
| Abuso sexual seguido de muerte | 7 | 1,9 |
| Homicidio simple | 10 | 2,8 |
| Tentativa de homicidio | 23 | 6,4 |
| Lesiones, diversos tipos | 11 | 3,1 |
| Robo, efectivo o tentado, diversos tipos | 17 | 4,7 |
| Delitos contra la administración pública | 33 | 9,2 |
| Encubrimiento | 4 | 1,1 |
| Total | 360 | 100,0 |
| Las decisiones | | |
| Total de decisiones | 360 | |
| Absoluciones | 75 | |
| Condenas | 285 | |
| Condenas a cadena perpetua | 65 | |
| Nota: el número de imputados no coincide con el de las decisiones, ya que en el caso Maldonado (Cám. 11ª, Córdoba Capital, 19.10.2012) tres de los imputados no | | |

fueron juzgados por estar prófugos; lo mismo ocurre en el caso Bellido (Cruz del Eje, 20.10.2008)

Toman estas decisiones conjuntamente con dos de los tres jueces técnicos que componen las Cámaras en lo Criminal, por simple mayoría. El vocal restante, presidente del tribunal, sólo vota en caso de empate, y es responsable de fundamentar el voto de los legos cuando éstos deciden en un sentido diferente al de los camaristas. Las decisiones relativas a la pena son tomadas por los jueces técnicos de manera exclusiva.

La tabla 5 presenta las principales características de estas causas, en las que se resolvió la situación de 364 imputados. El homicidio – efectivo o tentado – es el principal tipo delictivo presente en estos procesos, ya que abarca el 81% de los casos. Los casos de corrupción son muy poco frecuentes: en los primeros años de vigencia de la ley han llegado al jurado apenas veintiuna causas por este tipo de delitos, involucrando a treinta y cuatro funcionarios, la mayoría de ellos de baja jerarquía.¹³⁸ Las absoluciones alcanzaron el 21%; se decidieron 65 condenas a cadena perpetua.

5.2. Comparación de las decisiones de jueces y jurados

El interés por las diferencias entre los veredictos de jueces y jurados ha motivado desde hace tiempo estudios empíricos en el mundo anglosajón, principalmente en los EEUU, algunos de amplio alcance. En 1966, Kalven y Zeisel pidieron a los jueces que reexaminaran casos resueltos por jurados. Trabajando con 3500 casos penales, encontraron una tasa de acuerdo del 78% y que, tal como la concepción tradicional lo sostenía, los legos decidían con menor severidad en un 16% de los casos¹³⁹.

¹³⁸ Un análisis detallado de los casos de corrupción llevados ante el jurado puede verse en **Rusca, 2013**.

¹³⁹ Para una revisión reciente de este estudio, que confirma básicamente las conclusiones originales de sus autores, ver Farrell y Givelber (2010).

Investigaciones más recientes contradicen esa información. Trabajando con los datos de más 75.000 causas penales federales decididas entre 1945 y 2002, Leipold (2005) mostró la evolución histórica de las diferencias en las decisiones adoptadas por jueces y jurados. Hasta 1964, se encuentra mayor proporción de condenas en los casos decididos por jueces únicamente (*bench trials*), respecto a aquellos decididos por los jurados. El segundo período, que se extiende entre 1964 y 1988, puede considerarse de transición, con rasgos poco definidos. Desde 1988 en adelante, la severidad de las condenas decididas por los jueces se reduce drásticamente frente a las decisiones de los jurados.

Cabe observar igualmente que análisis recientes atribuyen la responsabilidad sobre las tendencias de largo plazo al endurecimiento penal registradas en Estados Unidos, a la generalización del *plea bargaining* y el escaso uso de los jurados, que intervienen apenas en un 5% del total de casos. Para Dzur (2012), el crecimiento del estado penal en las últimas décadas ha estado asociado a una mayor burocratización de la administración de justicia, que ha acentuado la impersonalidad de los castigos, diluyendo la responsabilidad moral individual sobre las penas. Por ese motivo propone acentuar la participación democrática a través de los jurados como antídoto contra la burocratización excesiva.

Son menos frecuentes los estudios realizados en el campo de los tribunales mixtos según el modelo europeo. La evidencia disponible sobre este tema en países donde la participación lega sigue el formato de jueces y jurados decidiendo conjuntamente, es limitada. En el ámbito latinoamericano, la investigación realizada por Han, Párraga y Morales (2006), que analiza la experiencia de inclusión de jurados escabinos en el estado venezolano del Zulia entre 2001 y 2004, concluye que la participación ciudadana no ha producido modificaciones en las tendencias al castigo. En Bolivia, Orías Arredondo (2013) reporta diferentes patrones de respuesta en jueces y jurados. Mientras que los ciudadanos comunes suelen reaccionar más severamente en los casos de homicidio, su actitud es mucho más blanda en los que involucran tráfico de sustancias.

La experiencia cordobesa provee una excelente ocasión para analizar las diferencias entre las decisiones de jueces y jurados, puesto que las sentencias proporcionan un registro escrito de las decisiones tomadas por cada uno de los jurados y jueces que intervinieron en la deliberación. Esta disponibilidad de información no existe donde se implementa el modelo anglosajón, en el que los ciudadanos comunes deliberan solos e informan simplemente la decisión a la que han llegado conjuntamente. La tabla 6 muestra cómo se obtuvieron las 360 decisiones en las que intervinieron legos y jueces técnicos revisadas durante la investigación.¹⁴⁰


El hecho de que, en los tribunales mixtos, la deliberación de jurados y jueces ocurra en forma conjunta genera un espacio en el que es posible para los jueces influenciar las opiniones de los ciudadanos comunes. Revisando los resultados de investigaciones acerca del funcionamiento de los tribunales mixtos en diversos países, Hans (2008) señala que es común que la tasa de unanimidad en estos tribunales exceda el 90%, lo que plantea dudas acerca de los niveles reales de participación de los legos en las deliberaciones. Por su parte, Orías Arredondo (2013), analizando el funcionamiento de los tribunales mixtos en Bolivia, informa un porcentaje de unanimidad del 89%.

El nivel de coincidencia entre las opiniones de magistrados y ciudadanos comunes en Córdoba resulta bastante menor: en 79% de los casos los veredictos son adoptados por unanimidad. Si se consideran conjuntamente las decisiones unánimes, y las tomadas por mayorías compuestas por los dos jueces técnicos y la mitad o más de los jurados, la convergencia de opiniones entre legos y letrados es verdaderamente muy significativa: supera el 90% (ver tabla 6).

El grado de autonomía experimentado por los legos es, por supuesto, una cuestión debatible, respecto a la cual caben múltiples interpretaciones. En la encuesta realizada por Tarditti et al. (2012), liderando un equipo de investigación perteneciente al Poder Judicial, se consultó a 715 ciudadanos comunes que habían actuado como jurados acerca de esta cuestión; en esta ocasión el 84% declaró que había podido exponer sus conclusiones durante la deliberación.

¹⁴⁰ El número de decisiones adoptadas es mayor al de deliberaciones, ya que en un mismo veredicto puede resolverse la situación de más de un acusado.

Tabla 6 - Resultados de la votación en los tribunales mixtos cordobeses



| Decisión obtenida por | No. | % |
|---|-----|-------|
| Unanimidad | 284 | 78,9% |
| Mayoría compuesta por | 76 | 21,1% |
| Todos los jueces técnicos y al menos 4 jurados | 50 | 13,8% |
| Un juez técnico y al menos 5 jurados | 16 | 4,43% |
| Al menos 6 jurados | 2 | 0,60% |
| Sin datos | 8 | 2,21% |
| Total | 360 | 100,0 |
| Fuente: elaboración propia sobre 213 sentencias registradas en el período 2005 – 2012, en las que se tomaron decisiones sobre 360 imputados | | |

Por su parte, Amietta (2011), trabajando desde una perspectiva foucaultiana, ha señalado diversas prácticas a través de las cuales los magistrados utilizan sus mayores conocimientos y experiencia para incidir en la decisión final. Colocarse en la posición del maestro que orienta al que no sabe y canalizar las deliberaciones hacia el resultado percibido como correcto son algunas de las estrategias que siguen para ello.

En nuestras entrevistas, la gran mayoría de los jurados expresaron igualmente que durante las deliberaciones se habían sentido en condiciones de formular libremente su opinión. No obstante, se recogieron también testimonios acerca de dos casos donde los jurados informaron haber recibido presiones de los funcionarios para cambiar su voto. Asimismo, tuvimos ocasión de registrar abundantes testimonios, tanto por parte de funcionarios judiciales como por parte de los legos, de la extensión que alcanza la práctica de facilitar a los jurados populares la lectura del expediente - una práctica vedada por la ley 9182, también

observada por Amietta- para que se impregnen de los puntos de vista de los profesionales del derecho sobre la cuestión en debate¹⁴¹.

5.3. La dureza de las decisiones de jueces y jurados

La significativa proporción de decisiones unánimes sugiere frecuentes coincidencias en los puntos de vista de técnicos y legos. Para analizar la dureza de las decisiones de legos y letrados frente a las mismas situaciones, es necesario revisar las posturas de magistrados y ciudadanos comunes en los casos resueltos por mayoría. La tabla 7, que informa la composición de mayorías y minorías así como la orientación de su voto, permite observar la dirección de esas diferencias.

En veinte de las sentencias decididas por mayoría (sombreadas en gris en la tabla), encontramos un juez técnico en la mayoría y el otro alineado con la minoría. Las diferentes opiniones de los magistrados intervinientes en el caso indican que nos encontramos frente a casos límite, donde las argumentaciones posibles son variadas y las diferencias, sutiles. En los restantes, en cambio, la oposición entre la opinión de los juristas y los ciudadanos comunes es clara: los dos magistrados votan en el mismo bloque, enfrentados a un grupo compuesto exclusivamente por jurados. En cuarenta y seis de estos casos los legos configuraron la minoría, y sólo en dos ocasiones impusieron la decisión final contra la opinión de los magistrados.

Tabla 7 - Composición de las mayorías

| Composición mayoría | No. de decisiones | Posición mayoría | Composición minoría | Posición minoría |
|-------------------------|-------------------|------------------|------------------------|------------------------|
| Jueces técnicos y 4 o + | 10 | Absolución | Jurados exclusivamente | Más dura: La prueba es |

¹⁴¹ Para un análisis detallado de la función cumplida por las constancias escritas y los debates orales en los juicios por jurado cordobeses, ver Bergoglio (2010).

| | | | | |
|---|----|------------|---|---|
| jurados | | | | suficiente para condenar |
| Jueces técnicos y 4 o + jurados | 31 | Condena | Jurados exclusivamente | Más blanda: insuficiencia de pruebas o cargos menores |
| Jueces técnicos y 4 o + jurados | 1 | Condena | Jurados exclusivamente | Más dura: condena mayor |
| Jueces técnicos y 4 o + jurados | 4 | Condena | Jurados exclusivamente | Dividida |
| Jueces técnicos y 5 o + jurados | 1 | Condena | Un camarista solo | Más dura : condena mayor |
| Jueces técnicos y 5 o + jurados | 3 | Condena | Un camarista solo | Más blanda: insuficiencia de pruebas o cargos menores |
| Uno o dos jueces técnicos y jurados | 7 | Condena | Uno o dos jueces técnicos y 1 o + jurados | Más blanda: Insuficiencia de pruebas o cargos menores |
| Uno o dos jueces técnicos y jurados | 2 | Condena | Uno o dos jueces técnicos y 1 o + jurados | Condena mayor |
| Uno o dos jueces técnicos y 5 o + jurados | 7 | Absolución | Uno o dos jueces técnicos y 1 o + jurados | Más dura: La prueba es suficiente para condenar |
| 6 jurados o | 1 | Absolución | 2 jueces técnicos, | Más dura: |

| | | | | |
|---|----|---------|-------------------------------|----------------------|
| más jurados | | | y 2 jurados | Corresponde condenar |
| 6 jurados o más jurados | 1 | Condena | 2 jueces técnicos, y 1 jurado | Absolución |
| Total | 68 | | | |
| Fuente: elaboración propia sobre 213 sentencias registradas en el período 2005 – 2012, en las que se tomaron decisiones sobre 360 imputados | | | | |

Es interesante observar que en treinta y dos de los cuarenta y ocho casos (66%) en que los jurados han disentido con los jueces – en la minoría o integrando la mayoría –, las decisiones de los legos resultaron menos severas que las adoptadas por los magistrados. Entendemos aquí por “más blanda” a toda decisión en que o bien se sostuvo una postura absolutoria contra la condenatoria de la mayoría, o bien aun decidiendo condenar, la decisión resultó menos rigurosa para el imputado (por ejemplo, al no tenerse por acreditados los hechos que darían lugar a un agravante).

Desmintiendo –afortunadamente– los temores expresados por juristas de vocación garantista, estos datos sugieren que la participación lega en las decisiones judiciales no ha conducido, a lo largo de estos ocho años, a un endurecimiento de las decisiones finalmente adoptadas. Los jurados tienden a coincidir con los jueces y, cuando su opinión difiere, se han inclinado en general hacia decisiones menos severas.

6 COMENTARIOS FINALES

El análisis realizado en las páginas precedentes ha puesto a la luz la tendencia al endurecimiento de las miradas sobre el castigo registrado en los últimos años. Los cambios son relativamente modestos, y se han visto acompañados de una tendencia al fortalecimiento de las instituciones, así como por el rechazo a las actitudes extremas. Al mismo tiempo, la conexión entre sensación de inseguridad y actitudes hacia el castigo resulta significativa,

confirmando que la generalización de la sensación de inseguridad estimula la adopción de políticas penales más estrictas.

Por otra parte, el análisis detallado de las posiciones de jueces y ciudadanos comunes, tal como se expresan en las sentencias adoptadas con jurado, ratifica que la participación penal de los ciudadanos comunes no ha producido un endurecimiento de los castigos, cuando el jurado lleva ocho años funcionando en la provincia. Pese a que tanto el contexto de surgimiento de la ley, como la generalización de la demanda de severidad en las penas asociada a la inseguridad frente al delito hacían temer que ello ocurriera, los datos analizados no revelan una evolución en esa dirección. Las decisiones contenidas en las sentencias registran altos niveles de unanimidad, y, donde técnicos y legos difieren, la postura de los jurados es generalmente más blanda.

El contrapunto entre los datos de opinión pública y los provenientes del análisis de las sentencias ha puesto de relieve la brecha existente entre comentar y decidir, entre expresar un punto de vista sobre una cuestión en política y tomar una decisión significativa sobre ella¹⁴², dejando en evidencia que los espacios deliberativos promueven la participación ciudadana responsable.

Estos resultados son interesantes, en un momento en que las iniciativas para el juicio por jurados se multiplican en diferentes puntos del país. Ratifican la contribución de esta institución para la construcción de una sociedad genuinamente democrática, pues al involucrar a los ciudadanos en la discusión de las decisiones sobre las penas, contribuye a que la responsabilidad moral por el castigo sea asumida conjuntamente, moderando las actitudes extremas. En este sentido, se confirma que, tal como sostiene Anitúa (2011, p.370), *los rituales comunicativos de la justicia penal son ceremonias que despiertan compromisos de valor específicos en los participantes y en el público, y actúan así con un importante contenido legitimante y pedagógico, reproduciendo los valores*

¹⁴² Esta distancia ha sido puesta a la luz también en otras investigaciones. Analizando las actitudes hacia el castigo de los españoles, a partir de una amplia variedad de fuentes empíricas, Varona Gómez (2009), ha marcado el contraste en las respuestas a preguntas de opinión generales, y las que se obtienen en respuesta al análisis de un caso hipotético presentado por el investigador.

republicanos y democráticos, y a la vez generando y regenerando una concientización y sensibilidad mayores ante el conflicto y la violencia.

REFERENCIAS

AMIETTA, S. (2011) "Poder y Saber en la experiencia de juicios con jurados en Córdoba, Argentina. Un estudio sobre la microfísica del poder" **CD de Actas del XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica**. Universidad Nacional de La Pampa, Noviembre 2011.

ANITÚA, G. I. (2011), Juicio por jurados y Constitución Nacional, en **La Constitución en 2020**, Roberto Gargarella (ed.), Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, p. 363- 371`

BERGOGLIO, M. I. (2010) "Oralidad y escritura en los juicios por jurados", capítulo en **Subiendo al estrado: La experiencia cordobesa de juicio por jurados** Ed. Advocatus, Córdoba, pp. 223- 238.

BERGOGLIO, M. I.(2012) "Lay participation in Judicial Decision-making Processes and Legitimacy of the Judicial System in Córdoba, Argentina", **Buenos Aires ISA FORUM**, Universidad de Buenos Aires, Agosto 2012.

BERGOGLIO, M. I.; CARBALLO, J. (1993) **Inseguridad creciente, estructura social y cultura jurídica**, contribución al Congreso Internacional de Sociología Jurídica, Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñati, España, 1993.

BERGOGLIO, M. I.; CARBALLO, J.; GÓMEZ DEL, R. M. E.; DE MASSA MERCEDES, S. (1991), **La pena de muerte: aproximación a la cultura jurídica**, Ed. Lerner, Córdoba.

HUGO, C. C.; FIERRO, H. F.; FLORES, J.; VALADÉS, D. (2004). **Cultura de la Constitución en México**, Universidad Autónoma de México, México. Accesible en <http://www.bibliojuridica.org>

DOMINGO, Pilar, "Ciudadanía, derechos y justicia en América Latina Ciudadanización-judicialización de la política", **Revista CIDOB d'Afers Internacionals**, núm. 85-86, p. 33-52, Barcelona, 2009, accesible en http://www.cidob.org/es/publicaciones/revistas/revista_cidob_d_afers_internacionals/

DZUR, A. W. (2012). **Punishment, Participatory Democracy and the Jury**, Oxford University Press, New York.

FARRELL, A.; GIVELBER D. (2010). "Liberation Reconsidered: Understanding Why Judges And Juries Disagree About Guilt", **The Journal of Criminal Law**

and Criminology, Vol. 100, No. 4, pp. 1549-1586, Fall 2010. Accesible en <http://ssrn.com/abstract=1973117>

GIBSON, J.; GOUWS, A. "El apoyo al imperio de la ley en la joven democracia sudafricana", **Revista Internacional de Ciencias Sociales**, N° 152, Junio 1997, accesible en Internet.

GIBSON, J. L.; CALDEIRA, G. A. The legal cultures of Europe, **Law and society Review**, 30,1 :55-85, 1996.

GOLDBACH, T. S.; HANS, V. P.; JURIES (2013), "Lay Judges, and Trials" **Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice** (Gerben Bruinsma and David Weisburd, eds.). NY: Springer Science and Business Media, Forthcoming. ; **Cornell Legal Studies Research Paper No.** 13-87. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2298428>

HAN, P.; PÁRRAGA, J.; MORALES J. (2006) "**La Participación Ciudadana en la Justicia Penal Venezolana: Formulación Teórica Vs. Realidad Práctica**". CENIPEC, N° 25, pp. 247-269

HANS, V. (2008). Jury Systems Around the World, **Annual Review of Law and Social Science**, Vol. 4: 275-297.

HERNÁNDEZ, A. M.; ZOVATTO, D.; MORA Y ARAUJO, M. (2005). **Encuesta de Cultura Constitucional. Argentina: Una Sociedad Anómica**, Universidad Autónoma de México, México. Accesible en <http://www.bibliojuridica.org>.

KESSLER, G. (2009) **El sentimiento de inseguridad: Sociología del temor al delito**, Buenos Aires, Siglo XXI.

LEIPOLD, A. D. (2005) "**Why are the Federal Judges so Acquittal Prone?**", 83 Washington University Law Quarterly, No. 1.pp. 151-227.

MORENO, C. (2013) "Cultura democrática, confianza institucional, seguridad y vida cotidiana", en Salvia Agustín (coord.) (2013) **Desajustes en el desarrollo humano y social (2010-2011-2012):** Inestabilidad económica, oscilaciones sociales y marginalidades persistentes en el tercer año del Bicentenario. Buenos Aires: Educa, pp.235-284/

ORIAS ARREDONDO, R. (2013) "Jueces ciudadanos: democratizando la justicia en Bolivia", **Revista Sistemas Judiciales**, Vol. 9, No. 17, pp. 26 - 38

PEGORARO, J. (2004), "Resonancias y silencios sobre la inseguridad" **Revista Argumentos**, No. 4, Octubre 2004, Edición electrónica accesible en: <http://argumentos.fsoc.uba.ar/n04/articulos4.htm>

RUSCA, B. (2013). Sobre la efectividad de los procesos de reforma judicial. A propósito de la utilización del juicio por jurados en casos de corrupción. **Contribución al XIV Congreso Nacional de Sociología Jurídica**, Córdoba, 2013.

SALVIA, A. (coord.) (2013) **Desajustes en el desarrollo humano y social (2010-2011-2012)** : Inestabilidad económica, oscilaciones sociales y marginalidades persistentes en el tercer año del Bicentenario . Buenos Aires: Educa.

SMULOVITZ, C. (2008). “La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en Argentina.” **Desarrollo Económico** 48(190):287–305.

TARDITTI, A. et al. (2012) Análisis del funcionamiento del sistema de jurados en la provincia de Córdoba desde su implementación en 2006, en el marco de la ley 9182, en **Investigaciones aplicadas en el ámbito del Poder Judicial de Córdoba** Colección Investigaciones y Ensayos, Centro de Perfeccionamiento Ricardo Núñez, Córdoba, Argentina, pp. 52 – 96

TUFRÓ, M. (2007) “Apoliticismo y antipoliticismo en el reclamo por seguridad. Un acercamiento discursivo-comunicacional.”, **Revista Argumentos**, Universidad de Buenos Aires No. 8, Octubre 2007, accesible en <http://argumentos.fsoc.uba.ar/n08/articulos8.htm>

URQUIZA, M. I.; RUSCA, B. (2009). “Y seréis como dioses”. El juicio por jurados en Córdoba en los discursos de los debates constitucionales de 1987 y parlamentarios de la ley N° 9182,” **Anuario XI del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales** – pp. 791-808, Ed. La Ley.

VARONA GÓMEZ, Daniel (2009) “**¿Somos los españoles punitivos?**: Actitudes punitivas y reforma penal en España”, InDret, Barcelona, 1/2009, accesible en www.indret.com.

REFORMAS LEGAIS E IMPACTO CARCERÁRIO NO BRASIL NOS ANOS 2000 - SUPERENCARCERAMENTO E ALTERNATIVAS PENAIS

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo

RESUMO: O presente trabalho busca conectar a questão das transformações atuais das políticas criminais e de segurança frente ao delito no Brasil, indagando em que medida as experiências dos governos nacionais que tiveram a frente os Presidentes Lula e Dilma, alimentados pela tradição da esquerda latino-americana, reagiram no terreno das políticas de segurança frente ao delito, que mudanças e que continuidades tem ocorrido frente ao período anterior, no plano da legislação penal, processual penal e de execução penal. No presente artigo, nosso objetivo é o de apresentar as principais reformas legais ocorridas no Brasil durante os governos Lula e Dilma, em matéria de política criminal, e identificar o seu impacto sobre as taxas e encarceramento, assim como sobre os programas de alternativas penais implementados durante o período que vai de 2003 a 2014. A análise das principais reformas legais e seu impacto carcerário permitirá identificar as principais linhas de política criminal adotadas pelo governo federal durante este período, as justificativas apresentadas para a aprovação das mesmas pelo Congresso Nacional, e sua relação com o crescimento constante do número de presos e de pessoas submetidas a penas e medidas alternativas no Brasil na última década.

PALAVRAS-CHAVE: política criminal; encarceramento; reformas penais.

1 INTRODUÇÃO

Desde o início da década de 1990, os problemas da violência, da insegurança e da criminalidade constituem-se como questões centrais nos grandes e médios centros urbanos da América do Sul. No caso brasileiro, o crescimento das taxas de homicídio ocorre desde o início dos anos 80, chegando no início dos anos 2000 à marca de 50.000 mortes por ano, e uma taxa de cerca de 25 homicídios a cada 100.000 habitantes, mas que em algumas capitais chega a impressionantes 90 homicídios a cada 100.000 habitantes¹⁴³. Dados mais

¹⁴³ Para um estudo sistemático e estratificado sobre a evolução das taxas de homicídio no Brasil, vide: < <http://www.mapadaviolencia.org.br/>>./

recentes dão conta que, depois de um período de leve queda, entre 2003 e 2007, a curva dos homicídios no Brasil novamente adquiriu um sentido ascendente, chegando a um total de 56.337 mortes por homicídio no ano de 2012, com taxa de 29 mortes por 100.000 habitantes¹⁴⁴. A ampla maioria dos mortos é de classe baixa, com baixa escolaridade, jovem, masculina, negra e residente na periferia dos grandes centros urbanos.

As taxas de criminalidade têm crescido pelo menos desde os anos de aumento da pobreza e hiperinflação que marcaram a transição da ditadura militar para a democracia em meados da década de 80. O retorno à democracia efetivou-se com a intensificação sem precedentes da criminalidade. Segundo Kant de Lima, Misse e Miranda,

A maior parte dos estudos tende a localizar, entre meados e o final dos anos 70, uma mudança de padrão na criminalidade urbana, especialmente no Rio de Janeiro, em São Paulo e em Belo Horizonte: aumento generalizado de roubos e furtos a residências, veículos e transeuntes, um grau maior de organização social do crime, incremento da violência nas ações criminais; aumento acentuado nas taxas de homicídio e de outros crimes violentos e o aparecimento de quadrilhas de assaltantes de bancos e instituições financeiras. Essa mudança de padrão se consolidaria e se expandiria nos anos 80, com a generalização do tráfico de drogas, especialmente da cocaína, e com a substituição de armas convencionais por outras, tecnologicamente sofisticadas, com alto poder de destruição.¹⁴⁵

O gráfico a seguir apresenta as taxas de homicídio no Brasil, no período de 1980 a 2012. Verifica-se uma tendência de crescimento, iniciando em torno de 11 homicídios por 100 mil habitantes no início dos anos 80 e chegando a quase 30 homicídios por 100 mil habitantes no ano de 2012.

Percebe-se ainda uma leve tendência de queda e estabilização a partir do ano de 2003, quando alguns estados importantes como São Paulo e Rio de Janeiro começam a apresentar uma queda significativa das taxas de homicídio, que acaba não tendo um impacto maior pelo fato de que em estados do Sul e do Nordeste a situação é inversa, com aumento das taxas. De qualquer forma, a

¹⁴⁴ WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Prévia do Mapa da Violência 2014*. Os jovens do Brasil. Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais – FLACSO. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Previa_mapaviolencia2014.pdf>. Acesso em: 12 maio 2014.

¹⁴⁵ KANT DE LIMA, Roberto; MISSE, Michel; e MIRANDA, Ana Paula Mendes. *Violência, Criminalidade, Segurança Pública e Justiça Criminal no Brasil: Uma Bibliografia*. BIB, Rio de Janeiro, nº 50, 2º semestre de 2000, p. 49.

partir daquele momento há uma clara mudança na curva de homicídios, que tem sido tratada por pesquisadores como fruto de diferentes políticas e dinâmicas sociais, entre as quais se destacam a entrada em vigor do Estatuto do Desarmamento, que estabeleceu uma política efetiva de controle de armas e proibiu o porte para a população civil, assim como a consolidação, em São Paulo, do Primeiro Comando da Capital, facção criminal surgida no interior dos presídios paulistas e que passou a monopolizar o mercado de drogas naquele estado, contribuindo assim para a redução dos homicídios provocados por disputa de território em torno do tráfico.

O ano de 2012 marca uma nova inflexão da curva no sentido de um aumento das taxas de homicídio, alcançando o patamar mais elevado em toda a série histórica.



Fonte: Weiselfiz, 2014.

Este componente objetivo tem sido acompanhado também de um componente "subjetivo", o "sentimento de insegurança", que traduz uma virada nas expectativas e sentimentos dos moradores das grandes e médias cidades no que diz respeito à possibilidade de ser vítima de um crime. Este desconforto, por sua vez, se comunica-se com a realização de inúmeros comportamentos de

autoproteção e evitamento, que têm um forte impacto sobre o desenvolvimento da vida cotidiana e constituem um novo componente objetivo da crise de insegurança.

É um grande desafio compreender melhor os fatores que podem levar a uma maior sensação de segurança da população. No caso brasileiro, ela está realmente muito relacionada com as taxas de homicídios dolosos. Conforme estudo realizado pelo IPEA¹⁴⁶, (2011), essas taxas são maiores atualmente nas regiões Nordeste e Norte, regiões do país onde a sensação de segurança é a menor. O estudo demonstra, no entanto, que a relação entre os dois fatores existe em alguma medida, mas não se trata de uma relação direta ou imediata. Ou seja, aumento de investimentos e de efetivos policiais não necessariamente se traduzem em baixas taxas de criminalidade e, por outro lado, a diminuição dessas taxas também não se reflete, de forma imediata, na sensação de segurança da população.

Observe-se, por exemplo, que na Região Centro-Oeste se encontra a maior disponibilidade de policiais em relação ao número de habitantes e o mais alto índice de confiança nas polícias, mas com uma taxa de homicídios dolosos acima da média nacional. Ao mesmo tempo, os dados sugerem que os gastos com segurança pública no Sudeste realmente ajudaram a diminuir a criminalidade violenta na região. No entanto, essa diminuição não conseguiu fazer com que a sensação de segurança da população se tornasse muito melhor que a média nacional.

Esses componentes objetivo e subjetivo da crise de insegurança tem sido recorrentemente matéria para notícias e debates nos meios de comunicação, tornando-se uma das questões fundamentais de produção de sentido pela mídia. Assim como nos demais países da região, esta crise de insegurança resultou em um sentido generalizado de crise dos atores estatais que têm sido tradicionalmente responsáveis pelas políticas públicas de segurança e justiça

¹⁴⁶ IPEA. *Sistema de Indicadores de Percepção Social – Segurança Pública*. Março de 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/110330_sips_seguranapublica.pdf>. Acesso em: 18 jun 2014.

criminal, normalmente localizados no nível estadual de governo (polícias, poder judiciário e sistema penitenciário). Como resultado, para além do crescimento da insegurança, tem havido uma crescente "politização" da questão, o que significa que mais e mais, o braço "político" das estruturas de estado se encontra vinculado ao problema, como aquele que deve tomar decisões que são consideradas chave, e deslocando para uma posição secundária o braço "administrativo"¹⁴⁷, (Garland, 2005, 190-194), e, com ele, aqueles que até então atuavam como "especialistas" nesta matéria (penalistas, criminólogos)¹⁴⁸. (Garland, 2005, p. 251-254).

Embora muitos considerem que alguma coisa deve ser feita em relação ao crime, a confiança no sistema de justiça criminal é muito baixa. Ele é visto como lento, ineficaz, e parcial em favor dos ricos e poderosos¹⁴⁹. Os brasileiros raramente encaminham seus conflitos ao sistema formal de justiça, dependendo mais de redes de relações interpessoais para a sua resolução. Uma das consequências é o isolamento das classes média e alta em condomínios fechados com muros e portões eletrônicos e seguranças privados. A indústria da segurança privada emprega mais gente do que o sistema de segurança pública. Em várias regiões do país não é incomum o recurso a matadores profissionais para eliminar supostos assaltantes ou mesmo políticos rivais, e nos últimos anos surgiram as "milícias" urbanas em favelas do Rio de Janeiro, controladas por policiais, que cobram dos moradores para garantir a segurança da comunidade frente aos grupos de traficantes e pequenos assaltantes.

Tanto em São Paulo como no Rio de Janeiro, os primeiros governadores eleitos depois da ditadura militar, em meados dos anos 80 (Franco Montoro e Leonel Brizola), estavam determinados a reduzir as violações aos direitos humanos e a reformar as polícias para minimizar a tortura e as execuções sumárias. No entanto, o crescimento da criminalidade, associado com a crise econômica, e a não efetivação de mecanismos de justiça de transição, mantendo

¹⁴⁷ GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 190-194.

¹⁴⁸ *Ibid*, p. 251-254.

¹⁴⁹ Sobre a percepção social sobre o sistema de justiça, vide as recentes pesquisas trimestrais da Fundação Getúlio Vargas, que criou o ICJ – Índice de Confiança na Justiça.

intocados no exercício de suas funções policiais que haviam praticado toda sorte de abusos durante o período militar, resultou em uma grande resistência da polícia contra as reformas, e a defesa dos direitos humanos foi responsabilizada pelos agora opositores e por boa parte da opinião pública como responsável pelo crescimento da criminalidade¹⁵⁰.

Os esforços por construir uma política de segurança pública comprometida com a garantia dos direitos civis e o controle da atividade policial, e voltada para a qualificação das funções de investigação policial e policiamento preventivo, têm sido desde então bloqueados pelo populismo punitivo e pela dificuldade política para enfrentar as resistências corporativas de estruturas policiais muitas vezes corruptas e violentas. Durante a ditadura militar, os assassinatos políticos eram secretos, atos que o governo não podia admitir publicamente. Sob os governos eleitos, os homicídios praticados pela polícia em ações violentas e pouco profissionais nas periferias urbanas, quase sempre impunes, ganharam a legitimidade do apoio popular, com o propósito ostensivo de controlar a criminalidade em uma situação onde não há confiança na justiça, mas servindo na prática como moeda de troca nos acordos entre policiais e grupos de traficantes, caracterizando o que Misse denomina mercadorias políticas¹⁵¹.

A percepção cada vez maior de uma crise da segurança pública obrigou o governo federal, desde a segunda metade da década de 90, a assumir um protagonismo maior na elaboração e indução de políticas de segurança nos estados, com a criação da Secretaria Nacional de Segurança Pública (1996) e do Fundo Nacional de Segurança Pública R: esto ocorreu em el mismo año?, e a edição de sucessivos planos nacionais de segurança pública.

Estas políticas tiveram início no primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso, do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), que governou com

¹⁵⁰ Para uma análise das políticas de segurança pública pós ditadura militar, vide MINGARDI, Guaracy. *Tiras, Gansos e Trutas – Cotidiano e Reforma na Polícia Civil*. São Paulo: Scrita Editorial, 1992; SOARES, Luiz Eduardo. *Meu Casaco de General*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2000. ADORNO, Sérgio[...] *Insegurança versus direitos humanos: entre a lei e a ordem*. Revista Tempo Social, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 129-153, 1999; e ADORNO, Sérgio. *Lei e Ordem no segundo Governo FHC*. Tempo Social nov. 2003, vol.15, n. 2, p. 103-140.

¹⁵¹ MISSE, Michel. *A construção social do crime no Brasil: esboços de uma interpretação*. In: Michel Misse (Org.). *Acusados e acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 13-32.

uma coalizão de partidos de centro-direita, e foram aprofundadas pelos governos de Luís Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores (PT), a frente de uma coalizão de centro-esquerda. De alguma forma, é possível vincular o aumento do protagonismo do governo federal nesta área com o ascenso de políticas de caráter “pós-neoliberal” e “pós-conservador”, que, capitaneadas pelo Partido dos Trabalhadores, colocaram em marcha estratégias e iniciativas governamentais que recorreram, para sua formulação e legitimação, a vocabulários provenientes de uma rica e complexa tradição política de esquerda.

2 POLÍTICA CRIMINAL E REFORMAS LEGAIS

Analisar os movimentos de política criminal e seu impacto sobre as taxas de encarceramento no Brasil implica em dar conta da grande complexidade do campo do controle do crime, no qual atuam órgãos vinculados ao Poder Executivo Federal (Ministério da Justiça, Polícia Federal), aos governos estaduais (Polícias Civil e Militar, administração carcerária), ao Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Justiça Federal e Justiça dos estados) e ao Poder Legislativo (Congresso Nacional – Câmara dos Deputados e Senado Federal).

A competência exclusiva para legislar em matéria penal no Brasil é do Congresso Nacional, não tendo os estados autonomia para definir condutas criminalizadas para além daquelas estabelecidas em lei federal, nem para a criação de normas processuais.

É importante considerar que uma característica marcante do sistema político brasileiro pós-ditadura, especialmente após o governo Collor de Mello, é a consolidação de um sistema presidencialista de coalizão, derivado de uma grande fragmentação do espectro partidário e da necessidade de compor alianças para garantir a maioria no parlamento. Nesse sentido, a forma de governo adotada é o presidencialismo e governos recorrem à formação de coalizões para obter apoio

para suas iniciativas¹⁵². Na verdade, este é o modo de operar da maioria das democracias contemporâneas, pelo qual governos minoritários apresentam graves problemas de governabilidade, enquanto os governos com coalizões majoritárias atenuam tais dificuldades. No Brasil, as coalizões atuam como pressuposto básico do funcionamento do presidencialismo e o governo é bem sucedido na seara legislativa quando conta com o apoio consistente de uma ampla coalizão partidária. Assim, deputados filiados aos partidos que fazem parte da coalizão de apoio ao presidente em geral seguem a recomendação de voto do líder do governo¹⁵³.

Limongi demonstra, com base em pesquisa empírica, que o governo Lula contou com o apoio médio de 89,1% dos deputados dos partidos da base de apoio ao governo em 164 votações, garantindo assim a manutenção da governabilidade. Ademais, constata-se que as derrotas do Executivo não são resultado da indisciplina dos parlamentares da base, mas da sua divisão interna, ou seja, situações em que pelo menos um partido não seguiu a orientação do líder do governo¹⁵⁴.

Evidencia-se assim que o sucesso das proposições do Executivo não é resultado de negociações caso a caso, mas sim que o governo controla a produção legislativa e esse controle é resultado da interação entre poder de agenda e apoio da maioria. Ou seja, como o processo decisório legislativo favorece o Executivo, tornando previsíveis as objeções do Congresso, ele é capaz de estruturar e preservar sua base de apoio encaminhando a plenário somente propostas de provável aceitação, e não enfrentando o debate sobre temas em que há risco de ruptura da coalizão de governo¹⁵⁵.

Em matéria de reformas legais no âmbito da justiça criminal, as pesquisas tem apontado, de um modo geral e não apenas no Brasil, para a existência de uma hipertrofia ou inflação de normas penais, que invadem campos da vida social

¹⁵² LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos*, CEBRAP, vol. 76, nov. 2006, pp. 17-41. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Limongi/A_Democracia_no_Brasil_Presidencialismo__Coalizao_Partidaria_e_Processo_Decisorio.pdf>. Acesso em: 17 jun 2014.

¹⁵³ *Ibid*, p. 24.

¹⁵⁴ *Ibid*, p. 25.

¹⁵⁵ *Ibid*, p. 28.

anteriormente não regulados por sanções penais. O remédio penal é utilizado pelas instâncias de poder político como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais. A resposta penal se converte em resposta simbólica oferecida pelo Estado frente às demandas de segurança e penalização da sociedade, expressas pela mídia, sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito, sem a análise do seu impacto direto sobre o sistema carcerário e de outros possíveis efeitos da entrada em vigor de uma nova previsão de criminalização.

Campos¹⁵⁶ apresenta um amplo panorama das leis relacionados com o sistema de segurança pública e justiça criminal, aprovadas no Brasil desde a democratização, e propõe uma tipologia para sua classificação. A tipologia é composta por sete tipos principais de leis: mais punitivas, de ampliação de direitos, de arranjos institucionais reativos às organizações, de arranjos institucionais alternativos das organizações, de criminalização de novas condutas, que privilegiam alguma categoria específica, e leis mistas (com viés punitivo e ampliador de direitos embutidos no mesmo diploma legal).

Para a sistematização da legislação, foi definido pelo autor o período entre 1989 e 2006, sendo identificadas 148 leis no total. Descartando aquelas que tratavam exclusivamente de matéria orçamentária e outras consideradas pouco relevantes, restaram 84 leis aprovadas no período que foram consideradas relevantes e compuseram o universo de análise.

Os principais resultados apresentados pelo autor são no sentido de que, no período analisado, os primeiros anos em que governos de partidos diferentes assumiram o governo federal foram os de maior número de aprovações na área de segurança pública e justiça criminal; não há um partido que proponha mais leis de um determinado 'tipo punitivo', mas PMDB e PT tiveram o maior número de propostas sancionadas; o Executivo detêm 42,9% da agenda na temática e o Congresso Nacional 54,8%; as leis mais punitivas aprovadas são majoritariamente de origem do Executivo; tramitam mais rapidamente, caracterizando uma legislação penal de emergência; as leis que ampliam direitos

¹⁵⁶ CAMPOS, Marcelo da Silveira. Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

tem longo tempo de tramitação (80% de 1 a 5 anos) e são originárias (73,7%) da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; as leis que criminalizam novas condutas tramitaram em média de 1 a 3 anos (57,9%) e tiveram como proponente igualmente o Executivo (47,4%) e o Congresso Nacional (47,3%).

Quanto à competência para a coordenação das políticas de segurança pública no país, o panorama no Brasil foi marcado pela rígida divisão de competências, conferindo aos estados grande autonomia na concepção e execução de suas próprias políticas e iniciativas no setor. Segundo Sá e Silva (2012), a ação do governo federal resumia-se à mobilização da Polícia Federal (responsável pela apuração dos crimes de competência da Justiça Federal) e da Polícia Rodoviária Federal. A segunda característica apontada era a centralidade da ação ostensiva das polícias estaduais, endossada, ainda que por omissão, pelo governo federal.

O panorama começa a mudar já no governo de Fernando Henrique Cardoso (1994-2002), que criou a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), vinculada ao Ministério da Justiça, lançou o I Plano Nacional de Segurança Pública, em 2000, e criou o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), viabilizando um maior poder de indução e articulação sistêmica de iniciativas no setor por parte do governo federal.

3 LEI DE DROGAS E LEI DAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL

Em muitos de seus discursos e textos à imprensa, o ex-ministro da Justiça Marcio Thomaz Bastos costumava dizer que, em aspectos relacionados à justiça e à segurança, o arcabouço normativo vigente no Brasil era, em geral, suficientemente avançado, razão pela qual o “fortalecimento das instituições” – e não a mudança das leis – seria o principal desafio de sua gestão à frente daquela pasta. Sendo ou não de todo correta essa avaliação, fato é que ela orienta fundamentalmente a promoção de mudanças incrementais e de longo prazo, sem a intenção ou o compromisso de promover grandes rupturas. Não por coincidência, ao longo da gestão do ex-ministro Marcio Thomaz Bastos, o discurso orientado à reforma das organizações da segurança pública foi perdendo

força, sendo substituído, pouco a pouco, por um discurso orientado à “integração operacional” das forças, respeitadas as configurações existentes¹⁵⁷.

Do ponto de vista das reformas da legislação penal, para além do grande número de leis propostas e aprovadas pelo governo ou pelos partidos da base do governo, é possível identificar um fio condutor que articula as propostas programáticas do PT para a segurança com as prioridades identificadas e encaminhadas ao parlamento. Tendo em vista sua importância para o incremento das taxas de encarceramento, optamos aqui por analisar especificamente a Lei de drogas aprovada em 2006 (Lei 11.343/2006) e a Lei das Cautelares no Processo Penal (Lei 12.403/2012).

3.1 A Nova Lei de Drogas – Lei 11.343/2006

Em 23 de agosto de 2006 entrou em vigor no Brasil a Lei nº 11.343, que atualmente disciplina a questão das drogas. Referida lei instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreveu medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabeleceu normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; definiu crimes, bem como deu outras providências.¹⁵⁸ O Parágrafo Único do artigo 1º assim define a expressão *drogas*: “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. Ainda no Título VI da Lei de Drogas, é feita a observação de que o vocábulo droga pode aparecer, também, intitulado como: substância entorpecente, psicotrópica, precursora ou sob controle

¹⁵⁷ SÁ E SILVA, Fábio. “Nem isso, nem aquilo”: Trajetória e Características da Política Nacional de Segurança Pública (2002-2012). Revista Brasileira de Segurança Pública, São Paulo v. 6, n. 2, 412-433 Ago/Set 2012, p. 426.

¹⁵⁸ BRASIL. [Lei de Drogas]. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad [...] [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 30 mar. 2014.

especial, conforme a Portaria SVS/MS¹⁵⁹ n° 344, de 12 de maio de 1998 (artigo 66 da Lei n° 11.343/2006).

Pelo exposto, percebe-se que a Lei de Drogas trabalha a partir da ideia de norma penal em branco, que precisa de regulamentação complementar. Em vista disso, importante frisar que, atualmente, as drogas controladas ou proscritas, vêm listadas na Resolução da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária n° 39 de 09 de julho de 2012¹⁶⁰, a qual dispõe sobre a atualização do Anexo I (Listas de Substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e Outras sob Controle Especial) da Portaria supracitada. É possível dizer que muito embora determinada substância seja capaz de causar dependência, enquanto não estiver catalogada em lei ou em lista elaborada pelo Poder Executivo da União, não haverá tipicidade na conduta daquele que pratique qualquer dos ilícitos previstos na Lei n° 11.343/2006.

Para Luciana Boiteux, um dos maiores destaques da atual Lei de Drogas é a previsão de forma expressa dos princípios do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas, dado que a sua positivação reflete “uma nova abordagem, que marca um paradigma proibicionista moderado, com reconhecimento de estratégias de redução de danos”¹⁶¹.

Segundo Boiteux, ocorreram “profundas mudanças no tratamento penal legislativo da questão das drogas”, em destaque para: “i) a distinção entre o “traficante profissional” e o “traficante ocasional”, por força da previsão contida no art. 33, § 4º; ii) a diferenciação entre estes e o mero usuário e, finalmente; iii) o fim da pena privativa de liberdade na hipótese do porte de droga para uso próprio.”¹⁶² Complementa o seu ponto de vista, referindo a importância da distinção entre “traficante” e “não traficante”, ressaltando, porém, que “a forma como foi redigido

¹⁵⁹ Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde.

¹⁶⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Anvisa. **Resolução da Diretoria Colegiada n° 39 de 09 de Julho De 2012**. Dispõe sobre a atualização do Anexo I, Listas de Substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e Outras sob Controle Especial, da Portaria SVS/MS n° 344, de 12 de maio de 1998 e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/sngpc/Documentos2012/rdc39.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

¹⁶¹ BOITEUX, Luciana [coord.]. Tráfico de drogas e Constituição. Pensando o Direito, Brasília, n. 1, 2009, p. 35.

¹⁶² Ibidem, p. 36.

o dispositivo tem trazido dificuldades para essa diferenciação na prática da Justiça Penal”¹⁶³.

Ademais, da leitura do novo texto legal sobre drogas, ao manter a incriminação do tráfico ilícito, percebe-se que optou o legislador por uma política criminal de “dupla mão para o enfrentamento do complexo problema relacionado ao crime mais grave: em determinados casos, a lei abrandou e, em outros, endureceu o sistema de controle das condutas relacionadas ao tráfico.”¹⁶⁴

Como exemplo da última situação, temos o maior rigor na resposta punitiva, com o aumento da pena mínima de reclusão – passou de três para cinco anos – e da pena pecuniária mínima e máxima, agora estipulada entre 500 (quinhentos) e 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. De outro lado, a lei estipulou um abrandamento da resposta legal em relação ao condenado primário e de bons antecedentes na forma de causa de redução de pena. Referida minorante, que pode ser operada nos patamares de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), de acordo com a prescrição do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, serve para, “beneficiar o delinquente do primeiro crime e distingui-lo do traficante reincidente e integrante de quadrilhas ou organizações criminosas”.¹⁶⁵

No caso da Lei de Drogas, portanto, é possível identificar a adoção de duas tendências de política criminal, a proibicionista e a prevencionista, além de uma inclinação às políticas de atenção e de reinserção social do usuário e do dependente. Nas palavras de Alice Bianchini, “a proibicionista dirige-se contra a produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, enquanto que a prevencionista é aplicada para o usuário e para o dependente”.¹⁶⁶

Marcelo Mayora, em entendimento semelhante, assevera que a Lei 11.343 de 2006 trouxe inovações em relação à Lei 6.368 de 1976, “mas manteve a mesma lógica, justamente porque partiu da mesma premissa político-criminal,

¹⁶³ Ibidem, p. 37.

¹⁶⁴ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Controle penal das drogas: estudo dos crimes descritos na lei 11.343/06. Curitiba: Juruá, 2010, p. 75.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 82.

¹⁶⁶ BIANCHINI, Alice. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). Lei de drogas comentada artigo por artigo: lei 11.343/2006, de 23.08.2006. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35.

qual seja à perspectiva de ‘guerra às drogas’, mediante persecução e punição violentas ao tráfico, e tratamento em relação ao usuário”.¹⁶⁷

A respeito da evolução legislativa em matéria de drogas, Luciana Boiteux e João Pedro Pádua fazem um breve retrospecto levando em conta o tipo e o quanto de pena cominada para esse delito, nos seguintes termos:

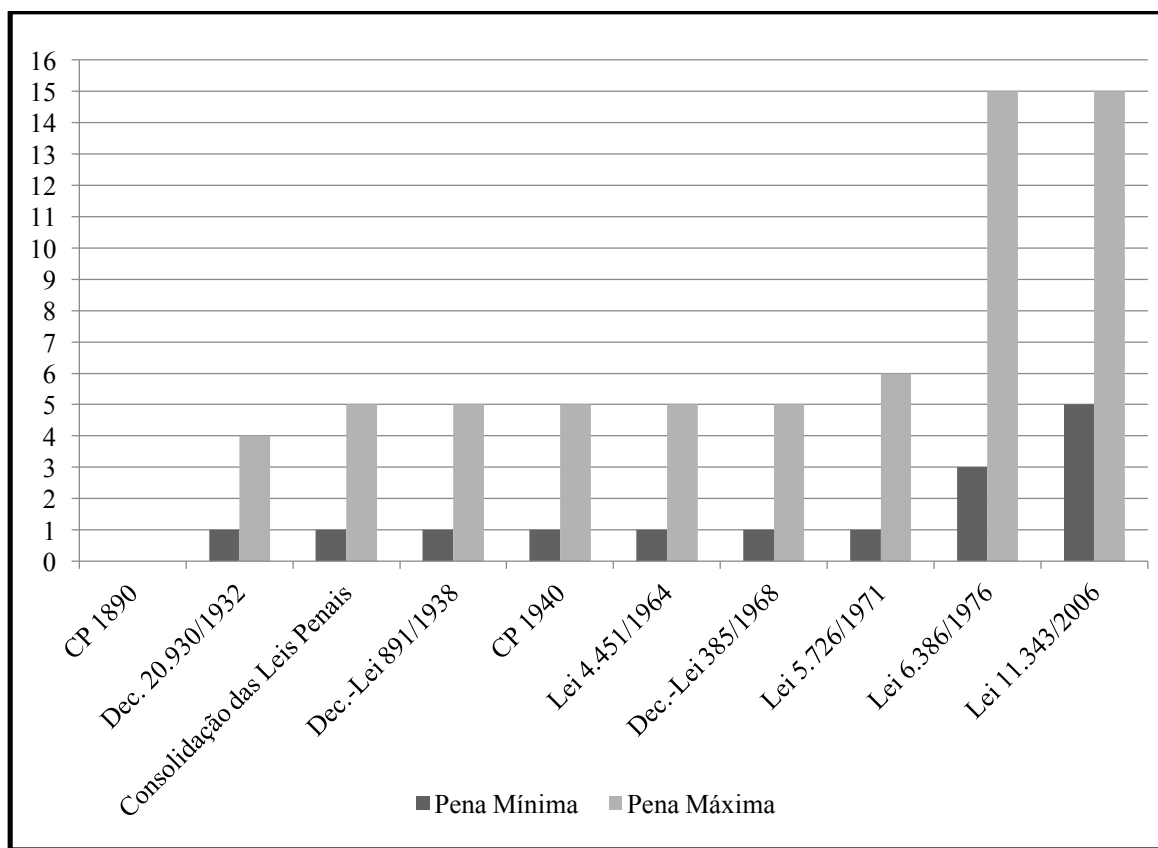
Na redação original do fato criminoso, que deu origem ao que hoje se denomina de tráfico de drogas no direito brasileiro, prevista no primeiro Código Penal da República, de 1890, ainda não havia distinção entre substâncias lícitas e ilícitas, e a única pena prevista era a de multa. De lá para cá, foram nada menos que nove alterações legislativas (dez leis no total), em um forte movimento de aumento da quantidade de penas e adição de novas condutas à incriminação.¹⁶⁸

Para ilustrar o aumento gradativo das penas previstas para o crime em tela, os mesmos autores apresentam a evolução legislativa em relação às penas mínima e máxima para o delito de tráfico de drogas no Brasil:

¹⁶⁷ MAYORA, Marcelo. Direito penal das drogas e Constituição: em busca de caminhos antiproibicionistas. In: FAYET JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado (Org.). Ciências penais e sociedade complexa II. Porto Alegre: Nuria Fabris, p. 241-257, 2009, p. 245-246.

¹⁶⁸ BOITEUX, Luciana; PÁDUA, João Pedro. A desproporcionalidade da lei de drogas. Disponível em: <<http://drogasyderecho.org/assets/proporcionalidad-brasil.pdf>>. Acesso em: 13 abr 2014, p. 14-15.

Gráfico: Evolução histórica do apenamento para o delito de tráfico de drogas



Fonte: BOITEUX e PÁDUA, 2014, p.14.

Analisando os efeitos da nova lei de drogas sobre a repressão legal ao consumo de substâncias ilícitas e o processamento formal dos casos encaminhados ao sistema de justiça criminal, Grillo, Policarpo e Veríssimo¹⁶⁹ buscaram compreender as práticas dos atores envolvidos com o controle social ou legal do uso de drogas e elucidar as dinâmicas das negociações envolvidas no processo de incriminação dos usuários, à luz do debate em torno das mudanças trazidas pelo novo diploma legal. Os autores identificaram uma redução dos números de casos que entram no sistema como uso de drogas, desde a entrada em vigor da nova lei, o que não se explicaria somente pela mudança na lei, mas pela interpretação de que esse crime teria se descaracterizado.

Segundo os mesmos autores, o descaso com o processamento legal desse tipo de crime teria deixado sua administração a cargo dos policiais militares que

¹⁶⁹ GRILLO, Carolina Christoph; POLICARPO, Frederico; VERISSIMO, Marcos. A "dura" e o "desenrolô": efeitos práticos da nova lei de drogas no Rio de Janeiro. Rev. Sociol. Polit. [online]. 2011, vol.19, n.40, pp. 135-148.

fazem o policiamento ostensivo nas ruas, que ganharam um aval implícito para negociar o encaminhamento ou não do usuário para a delegacia e até mesmo influenciar o tipo penal em que ele será classificado. A imprecisão dos critérios legais para distinguir entre usuários e traficantes, somada à imensa disparidade entre as penas previstas para esses crimes - acentuada pela nova lei -, contribuiria para a negociação informal da maior ou menor punição dos indivíduos e reificaria os estereótipos policiais, favorecendo a arbitrariedade.

Lembre-mo-nos de que, apesar do fim da pena de prisão, foram mantidos os demais procedimentos criminais previstos para o tratamento legal desses casos, de modo que os acusados ainda estão sujeitos às seguintes medidas: advertência verbal, prestação de serviço à comunidade, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo e, em último caso, multa.

Para Grillo, Policarpo e Veríssimo, a *mercadoria política* em jogo não é apenas o registro ou não do flagrante, mas também o tipo criminal em que a situação de porte ilegal de drogas vai ser classificada, se *uso* ou *tráfico*. Quando esses flagrantes chegam à delegacia, são os delegados e policiais civis de plantão que fazem a tipificação criminal, com base, porém, na descrição oferecida pelo "condutor", normalmente um policial militar. As suas declarações orientam a formulação da "dinâmica do fato" e, se enquadrado como usuário, o acusado deverá apenas assinar o Termo Circunstanciado, sendo logo liberado, ao passo que, se configurar um caso de tráfico, inicia-se a lavratura de um Auto de Prisão em Flagrante e o acusado vai para a prisão, onde aguardará pelo julgamento.

Os parâmetros para a realização da tipificação criminal encontram-se no parágrafo 2º do artigo 28 desta mesma lei: *Artigo 28, § 2º: Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.*

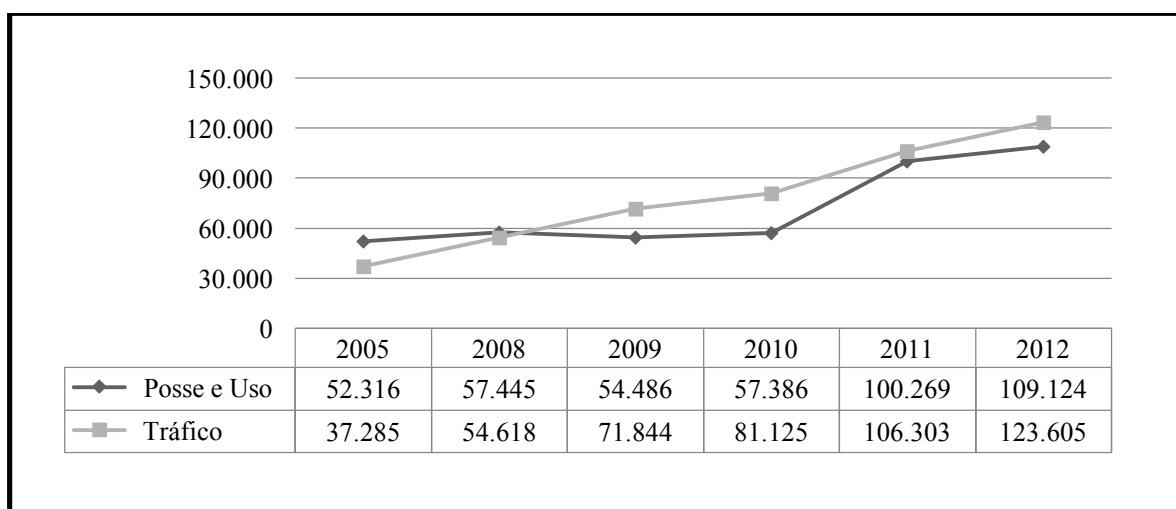
A subjetividade dos critérios abre espaço para a reificação das pré-concepções policiais sobre quem sejam os traficantes e os usuários. Tanto os procedimentos de vigilância quanto os de incriminação dos suspeitos recaem sobre indivíduos já identificados na malha policial ou sobre aqueles que se

enquadram nos tipos sociais potencialmente criminosos, criminalizando-os preventivamente. Trata-se da *sujeição criminal*, "processo social que incide sobre a identidade pública, e muitas vezes íntima, dos indivíduos"¹⁷⁰, que subjetivam os rótulos a eles atribuídos.

A construção da narrativa dos fatos é mediada por todas as referidas disputas e negociações e remete ao processo da *criminação-incriminação*, definido pelo enquadramento de um curso de ação na classificação criminalizadora típico-idealmente definida, isto é, a criminação de um evento, e a atribuição do fato criminal a um suposto sujeito-autor, enfim, a sua incriminação. A elaboração do texto oficial final, que descreve as circunstâncias do flagrante, vai encaixar um indivíduo nas categorias de usuário ou traficante que, apesar da imprecisão nos parâmetros que as separam, possuem previsões de pena tão díspares.

Das considerações lançadas, imprescindível a verificação do número de ocorrências registradas pelas Polícias Civas Brasileira envolvendo entorpecentes, nas modalidades de posse, uso e tráfico de drogas. A seguir, a distribuição dos casos nos anos de 2005 e 2008 a 2012:

Gráfico: Número ocorrências cadastradas pelas Polícias Civas, no território brasileiro, nos anos de 2005 e 2008 a 2012, sob a classificação de *tráfico de drogas e posse e uso de drogas*.



¹⁷⁰ MISSE, Michel. *Malandros, marginais e vagabundos & a acumulação social da violência no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 1999. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, p. 212.

Fonte: Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, edições de 2009 a 2012.

Constata-se o crescimento significativo das ocorrências pelo delito de tráfico de drogas, e a estabilização inicial, e depois também o crescimento, do enquadramento do delito de porte para uso pessoal. O que chama a atenção é que em 2005 e 2008 o número de casos de posse e uso eram superiores aos de tráfico; por outro lado, a partir de 2009 ocorre uma inversão, o tráfico supera a posse/uso. Em uma interpretação combinada dos dados, o número de ocorrências por posse e uso de entorpecentes em 2012, praticamente dobrou em relação aos valores de 2005. Já as ocorrências por tráfico de drogas mais do que triplicaram no mesmo intervalo.

3.2 A nova lei das cautelares no Processo Penal

A última década foi marcada por um crescimento constante do número de presos provisórios. A utilização das medidas cautelares, em especial a prisão preventiva, torna-se rotineira, contrariando o entendimento de que deveriam ser restritas a casos excepcionais¹⁷¹. Com uma clara intenção descarcerizadora, em maio de 2011 foi sancionada a Lei n. 12.403, que, entre outras disposições, passou a prever medidas cautelares alternativas à prisão. Importante destacar que, antes da edição da nova lei, o juiz não contava com opções intermediárias, é dizer, ou concedia a liberdade provisória ou decretava a prisão preventiva do acusado.

¹⁷¹ Segundo a CIDH, a natureza excepcional da aplicação da prisão preventiva, em conformidade com os critérios de necessidade e proporcionalidade, é um elemento que deve, necessariamente, estar presente em toda política criminal que leve em consideração os princípios do Sistema Interamericano. A Convenção Americana estabelece que ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrário (art. 7.3), bem como toda pessoa terá direito de ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser colocada em liberdade, sem prejuízo da continuidade do processo e da cumulação da liberdade com outras medidas que assegurem seu comparecimento à juízo (art. 7.5). Assim, estar em liberdade durante o processo é um direito do acusado e, como tal, somente pode ser restringido de forma excepcional e justificada com base nas normas estabelecidas juridicamente. Não se trata de um benefício, mas de um direito estabelecido com a finalidade de se proteger bem jurídicos fundamentais, como a liberdade e a integridade pessoal. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Organização dos Estados Americanos, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

A reforma legal foi encaminhada ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo em 2001, havendo sido elaborada por uma comissão composta por juristas¹⁷² constituída pela Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2000¹⁷³. Após a edição da nova lei, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais dedicou um boletim ao tema, destacando que a reforma legal foi formulada na direção oposta das tradicionais respostas punitivas emergenciais, demonstrando a existência da possibilidade de elaboração de uma política criminal consistente. Ressaltou-se, ainda, que o processo que levou à elaboração da lei, com uma discussão séria e ponderada, deveria servir de exemplo aos legisladores brasileiros¹⁷⁴.

Com a reforma legal, a prisão preventiva deixou de ser a medida cautelar pessoal por excelência, situando-se (ao menos formalmente) na *ultima ratio* do sistema cautelar criminal. Sua função é eminentemente processual, é dizer, destina-se a tutelar o processo (nas hipóteses de fuga do imputado; assegurar sua presença no processo; garantir a incidência da potestade punitiva, em caso de eventual condenação; assegurar o desenvolvimento das atividades das partes e sujeitos processuais – depoimentos de vítimas e testemunhas, por exemplo)¹⁷⁵.

Porém, não se pode desconsiderar a centralidade do cárcere na lógica contemporânea, podendo a alteração legislativa não gerar os efeitos esperados. Segundo Giacomolli, a estratégia normativa de determinar a prisão como última opção não seria suficiente para manter o encarceramento a níveis aceitáveis. De acordo com o autor, isso se dá diante do fato de que, no Brasil:

[...] os aplicadores da legislação foram forjados na ideologia inquisitorial da década de quarenta (criminoso é inimigo), na concepção de que o recolhimento ao cárcere soluciona os problemas, diminui a criminalidade.

¹⁷² Ada Pellegrini Grinover, Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Sidney Beneti e, posteriormente, Rui Stoco.

¹⁷³ A proposta foi alvo de diversos debates, principalmente entre os atores envolvidos com a temática, sendo amplamente discutida na ocasião das III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal, ocorridas em Brasília em agosto de 2001.

¹⁷⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Um oásis no deserto punitivo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, n. 223, jun./2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4369-EDITORIAL---Um-o%C3%A1sis-no-deserto-punitivo>. Acesso em 25 jan. 2014.

¹⁷⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

Olvida-se que a lei não possui a potencialidade suficiente para fazer o que os homens não conseguem realizar.¹⁷⁶

O Código de Processo Penal (CPP) vigente no país foi editado por Getúlio Vargas e inspirou-se no Código Processual italiano (Código de Rocco) da década de 30, momento em que o fascismo já estava definido tanto como regime como quanto doutrina. A minimização das garantias individuais pode ser observada na própria exposição de motivos do CPP, as quais são referidas como “pseudodireitos”, veja-se:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.¹⁷⁷

Percebe-se, assim, que a invocação de direitos e garantias fundamentais até hoje são descritos na lei processual penal em vigor como artifícios para livrar os imputados da persecução estatal e, ainda, que o interesse na aplicação da lei deveria ser maior que o respeito aos direitos individuais. O que tais ditames levam a crer é que as garantias fundamentais constituem-se num obstáculo antiético à aplicação da lei, racionalidade que ainda influencia decisões arbitrárias no âmbito da justiça criminal.

Segundo Giacomolli, a perspectiva inquisitorial buscava a verdade a qualquer preço, ainda que fosse a partir da tortura, além de partir do pressuposto de que os acusados deveriam provar sua inocência caso quisessem esquivar-se da pena (presunção de culpa). Segundo o autor, a incorporação dessas perspectivas gerou um paradigma difícil de ser superado: “é melhor investigar quando o sujeito está preso; primeiro se decreta a prisão, e depois se verifica o resultado.”¹⁷⁸. Além disso, a percepção de que a prisão é um remédio para curar a violência (ou, ao menos, a insegurança pública) e que os índices de

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 67.

¹⁷⁷ Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁷⁸ GIACOMOLLI, *op. cit.*, p. 96.

aprisionamento seriam capazes de rechaçar a ideia de impunidade cobram um preço muito caro em termos de pessoas privadas de liberdade ilegalmente. Os resquícios inquisitoriais na práxis forense podem ser exemplificados a partir de expressões recorrentemente utilizadas na fundamentação da decretação da prisão preventiva, tais como: “perigo para a sociedade/ordem pública”, “alarde social”, “clamor público”, “proteção do próprio criminoso”, “periculosidade do agente”, etc¹⁷⁹.

Entre as principais disposições da nova lei, está a determinação de que a prisão preventiva poderá ser decretada somente quando não for cabível a imposição de outra medida cautelar¹⁸⁰, constituindo-se como medida de *ultima ratio* não mais apenas da leitura constitucional e convencional do processo penal (a partir da garantia da presunção de inocência), mas dos princípios e regras gerais da Lei 12.403/2011. A lei determina a apreciação da necessidade da medida (para a investigação, instrução processual, aplicação da lei penal e para evitar a reiteração criminosa) e de sua adequação ao caso concreto (gravidade do delito, circunstâncias do fato e condições pessoais do imputado). Assim, a prisão preventiva só poderia ser determinada quando não houver outra medida cautelar cabível. Vale ressaltar que a imposição de medidas distintas da prisão não é obrigatória na concessão da liberdade provisória, podendo ser concedida a liberdade sem a imposição de qualquer medida. Dessa forma, o legislador deixou margem para a atuação do juiz ao não atrelar, obrigatoriamente, a liberdade provisória à imposição de outra medida cautelar¹⁸¹. Porém, segundo Lopes Jr., há o temor de que ocorra uma utilização massiva e indevida das medidas de controle¹⁸².

Com efeito, a Lei 12.403/2011 trouxe ao sistema jurídico-criminal brasileiro medidas cautelares diversas prisão, a principal inovação da reforma legal. Vale ressaltar que elas não constituem medidas substitutivas da prisão preventiva, mas alternativas ao encarceramento. Ocupam, assim, uma posição intermediária entre

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ O §6 do art. 282 do CPP determina o seguinte: *A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).*

¹⁸¹ GIACOMOLLI, *op. cit.*

¹⁸² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

a prisão preventiva e a liberdade provisória. Porém, embora mais amenas que o cárcere, as medidas também limitam direitos do imputado. Por isso, para a determinação da medida aplicável, o magistrado deve considerar a adequação da cautelar às necessidades do caso concreto e às consequências do crime praticado, sempre optando pela via menos gravosa ao sujeito¹⁸³.

Algumas das medidas alternativas já se encontravam dispostas na legislação extravagante de forma não sistematizada e eram aplicadas em situações específicas, como nos casos de violência doméstica¹⁸⁴. Desta maneira, a edição da Lei 12.403/2011 também trouxe a sistematização das medidas cautelares pessoais penais diversas da prisão, quais sejam: a) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; b) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; c) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; d) proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; e) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; f) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; g) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; h) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; e i) monitoração eletrônica.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ O art. 22, inciso III, alínea 'a', da Lei 11.340/2006 já previa medida cautelar protetiva, como a proibição do autor do fato aproximar-se da ofendida, seus familiares e testemunhas.

As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, segundo o disposto no §1º do art. 282 do CPP. Ainda, no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva. Vale ressaltar, porém, que, antes de decretar a prisão preventiva, há necessidade de serem ultrapassados, ao menos, três filtros: a) ausência de justificação do descumprimento; b) possibilidade de substituição da medida descumprida por outra; e c) cumulação de outra medida alternativa à descumprida. De acordo com Giacomolli, a motivação fática é “o descumprimento injustificado da medida cautelar anteriormente fixada, a insuficiência de ser substituída a cautelar descumprida e a insuficiência de ser cumulada outra cautelar àquela descumprida.”¹⁸⁵. Ainda, o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista¹⁸⁶, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. A nova lei também determinou que as medidas cautelares não se aplicam à infração a que não for cominada pena privativa de liberdade. Ou seja, nos delitos que não sejam apenados com a privação de liberdade, não poderá o juiz determinar qualquer medida cautelar.

A reforma legal ainda deixa claro que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá: relaxar a prisão, converter a prisão em flagrante em preventiva (quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP¹⁸⁷, e se revelarem inadequadas ou

¹⁸⁵ GIACOMOLLI, *op. cit.*, p. 86.

¹⁸⁶ Lopes Jr. critica a ausência de necessidade de o magistrado determinar prazo máximo para a duração das cautelares, o que pode gerar graves abusos.

¹⁸⁷ Art. 312 do CPP: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão) ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Ademais, a autoridade policial poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos, nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz. Contudo, não será concedida fiança nos crimes de racismo; nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, nos definidos como crimes hediondos e nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Ainda, não será concedida fiança aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, as obrigações de comparecer perante a autoridade quando intimado, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar à autoridade o lugar onde será encontrado, bem como nos casos de prisão civil e militar¹⁸⁸.

A nova lei também regulamentou a prisão domiciliar¹⁸⁹, determinando que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: a) maior de 80 (oitenta) anos; b) extremamente debilitado por motivo de doença grave; c) imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; d) gestante a partir do 7^o (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Desta forma, após a decretação da prisão preventiva, analisando o caso concreto o juiz poderá determinar o recolhimento do imputado em sua residência. Segundo Giacomolli, “trata-se de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, por razões humanitárias”, fundada na proteção da dignidade da pessoa humana e na saúde do preso, distinta do recolhimento

¹⁸⁸ Vale ressaltar que, diante de um crime inafiançável, não estando presente o *periculum libertatis*, requisito da prisão preventiva, poderá o juiz conceder a liberdade provisória sem fiança, mas com medida(s) cautelar(es) alternativa(s), como o monitoramento eletrônico e a proibição de ausentar-se da comarca ou do país, por exemplo. De acordo com Lopes Jr., “o que não se pode tolerar é simplesmente manter alguém preso por ser o crime inafiançável. Não, isso não pode ocorrer, pois o sistema cautelar possui diversas alternativas para tutelar uma situação de perigo e não há possibilidade de execução antecipada da pena.”. Portanto, a inafiançabilidade vedaria apenas a concessão da liberdade provisória com fiança, podendo a liberdade ser vinculada a medidas cautelares diversas, algumas inclusive mais gravosas do que o pagamento da fiança. LOPES JR., *op. cit.*, p. 894.

¹⁸⁹ Art. 317 do CPP: A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

domiciliar previsto nas medidas alternativas. O cumprimento da prisão domiciliar se dá com o recolhimento do imputado à sua residência, não podendo de lá sair sem autorização judicial¹⁹⁰.

Temos que a reforma legal ora analisada se insere no ordenamento jurídico brasileiro como um avanço, no sentido de prover os magistrados de instrumentos diversos da prisão do imputado para a garantia da persecução penal. Obviamente, as medidas distintas da prisão são sempre mais positivas do que o encarceramento, porém, passados mais de três anos da edição da lei, ainda é necessário verificar se a reforma legal realmente diminui o impacto do cárcere e constituíram-se verdadeiras alternativas ao aprisionamento provisório ou se estabeleceu como uma medida que possibilitou a ampliação do controle punitivo estatal. Pelo que se pode observar da jurisprudência dos tribunais brasileiros, a resistência em relação às medidas alternativas ainda é grande, o que nos leva a pensar que a ampliação do controle punitivo é, por ora, a consequência predominante da nova lei. Conforme aponta Lopes Jr.:

O maior temor é que tais medidas sejam deturpadas, não servindo, efetivamente, como redutoras de danos, mas sim de expansão de controle. O problema reside exatamente na banalização do controle, de modo que condutas de pouca reprovabilidade e que até agora não ensejariam qualquer tipo de controle cautelar (até pela desnecessidade), passem a ser objeto de incidência de restrições. O que se busca com a reforma é reduzir o campo de incidência da prisão cautelar e não criar um maior espaço de controle estatal sobre a liberdade individual.¹⁹¹

Assim, destaca-se o risco de aumento do controle sobre os sujeitos selecionados pelo sistema de justiça penal e o entendimento de que uma interpretação equivocada da lei poderá levar à banalização das medidas cautelares alternativas, na medida em que os danos causados por essas são inferiores a prisão preventiva. Contudo, não se pode desprezar a gravidade das restrições impostas pelas medidas alternativas, já que acabam por controlar a vida cotidiana dos acusados, como as medidas de proibição de frequentar determinados lugares, equiparada à pena de banimento por Lopes Jr., na medida em que impõe rígidas restrições ao direito de circulação do imputado¹⁹².

¹⁹⁰ GIACOMOLLI, *op. cit.*, p. 93.

¹⁹¹ LOPES JR., *op. cit.*, p. 854.

¹⁹² *Ibid.*

Com efeito, apenas a estratégia normativa não será suficiente para alterar a caótica situação do sistema penitenciário brasileiro e do elevado número de pessoas presas preventivamente, passando a mudança desde o desenvolvimento de políticas públicas integrais até a criação de uma estrutura (de fiscalização e implementação) necessária à efetividade da legislação. Ademais, a racionalidade punitiva presente na cultura jurídica também revela a necessidade de que os envolvidos no processo penal transgridam as bases forjadas na década de quarenta, quando da elaboração do CPP brasileiro, em que a prisão preventiva era obrigatória para certos delitos. Ainda que a produção legislativa em matéria penal seja muitas vezes atravessada por uma espécie de populismo punitivo, os aplicadores do direito são os responsáveis por lhe dar efetividade¹⁹³. Ao menos, a partir da edição da Lei 12.403/2011, o magistrado brasileiro conta efetivamente com medidas cautelares que não implicam, necessariamente, na restrição absoluta da liberdade do acusado.

Contudo, até o momento, não foi possível perceber o pretendido rompimento do binômio prisão preventiva/liberdade provisória, sendo a prisão preventiva cotidianamente aplicada nos tribunais do país¹⁹⁴, muitas vezes sequer verificando o cabimento de medidas alternativas e em desrespeito a garantias fundamentais como a legalidade, a presunção de inocência, a proporcionalidade, o devido processo legal e sua razoável duração. Ou seja, ainda há muito que se avançar para que o cárcere passe a representar uma medida efetivamente excepcional no Brasil.

¹⁹³ CARVALHO, S. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo*. O exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁹⁴ Analisando decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Cazabonnet verificou que 77,72% dos julgados que compuseram o banco de dados da pesquisa (no total, 573 decisões) referiam-se à determinação da prisão preventiva. Revelador o fato de que entre as 392 decisões que aplicaram a prisão preventiva, 351 tenham tido como único fundamento a garantia da ordem pública, conceito extremamente vago, que oferece ampla possibilidade de discricionariedade ao julgador. As medidas cautelares alternativas foram aplicadas em 20,19% das decisões. Por sua vez, a liberdade provisória ficou restrita a somente 1,95% dos casos. Ainda, 64% dos julgados que aplicaram medidas cautelares distintas da prisão referiam-se a crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa. CAZABONNET, Brunna Laporte. *Punitivismo e medidas cautelares pessoais: uma análise criminológica e processual da expansão do controle penal*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Mestrado em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2013.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, S. Insegurança versus direitos humanos: entre a lei e a ordem. **Revista Tempo Social**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 129-153, 1999.
- ADORNO, S. Lei e Ordem no segundo Governo FHC. **Tempo Social** nov. 2003, vol.15, n. 2, p. 103-140.
- BIANCHINI, A. In: GOMES, L. F. (Coord.). Lei de drogas comentada artigo por artigo: **lei 11.343/2006, de 23.08.2006**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BOITEUX, L. [coord]. **Tráfico de drogas e Constituição**. Pensando o Direito, Brasília, n. 1, 2009.
- BOITEUX, L.; PÁDUA, J. P. **A desproporcionalidade da lei de drogas**. Disponível em: <<http://drogasyderecho.org/assets/proporcionalidad-brasil.pdf>>. Acesso em: 13 abr 2014.
- BRASIL. [Lei de Drogas]. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 30 mar. 2014.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Anvisa. **Resolução da Diretoria Colegiada nº 39 de 09 de Julho De 2012**. Dispõe sobre a atualização do Anexo I, Listas de Substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e Outras sob Controle Especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998 e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/sngpc/Documentos2012/rdc39.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.
- CAMPOS, M. S. **Crime e Congresso Nacional**: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2010.
- CARVALHO, S. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo**. O exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas**. Organização dos Estados Americanos, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA - FBSP. **Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, edições de 2007 a 2014. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/>>. Acesso em: 26 abr 2014.

GARLAND, D. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

GIACOMOLLI, N. J. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GRILLO, C. C.; POLICARPO, F.; VERISSIMO, M. **A "dura" e o "desenrolo": efeitos práticos da nova lei de drogas no Rio de Janeiro**. Rev. Sociol. Polit. [online]. 2011, vol.19, n.40, pp. 135-148.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Um oásis no deserto punitivo**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 19, n. 223, jun./2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4369-EDITORIAL---Um-o%C3%A1sis-no-deserto-punitivo>. Acesso em 25 jan. 2014.

IPEA. **Sistema de Indicadores de Percepção Social – Segurança Pública**. Março de 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/110330_sips_seguranapublica.pdf>. Acesso em: 18 jun 2014.

KANT DE LIMA, R.; MISSE, M.; e MIRANDA, A. P. M. **Violência, Criminalidade, Segurança Pública e Justiça Criminal no Brasil**: Uma Bibliografia. BIB, Rio de Janeiro, nº 50, 2º semestre de 2000.

LEAL, J. J.; LEAL, R. J. **Controle penal das drogas**: estudo dos crimes descritos na lei 11.343/06. Curitiba: Juruá, 2010.

LIMONGI, F. A democracia no Brasil. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Novos Estudos - CEBRAP**, vol. 76, nov. 2006, pp. 17-41. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Limongi/A_Democracia_no_Brasil_Presidencialismo__Coalizao_Partidaria_e_Processo_Decisorio.pdf>. Acesso em: 17 jun 2014.

LOPES JR., A. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAYORA, M. Direito penal das drogas e Constituição: em busca de caminhos antiproibicionistas. In: FAYET JÚNIOR, N.; MAYA, A. M. (Org.). **Ciências penais e sociedade complexa II**. Porto Alegre: Nuria Fabris, p. 241-257, 2009.

MINGARDI, G. **Tiras, Gansos e Trutas – Cotidiano e Reforma na Polícia Civil**. São Paulo: Scrita Editorial, 1992.

MISSE, M. A construção social do crime no Brasil: esboços de uma interpretação. In: Michel Misse (Org.). **Acusados e acusadores**: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

MISSE, M. **Malandros, marginais e vagabundos & a acumulação social da violência no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 1999. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro.

SÁ E SILVA, F. “Nem isso, nem aquilo”: Trajetória e Características da Política Nacional de Segurança Pública (2002-2012). **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo v. 6, n. 2, 412-433 Ago/Set 2012.

SOARES, L. E. **Meu Casaco de General**. São Paulo: Cia. Das Letras, 2000.

WASELFISZ, J. J. **Prévia do Mapa da Violência 2014**. Os jovens do Brasil. Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais – FLACSO. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Previa_mapaviolencia2014.pdf>. Acesso em: 12 maio 2014.

RESISTANCE AND EMANCIPATION THROUGH LAW? THE INFLUENCE OF FOUCAULT'S BIOPOLITICS ON BRAZILIAN LAW RESEARCH

José Rodrigo Rodriguez

Taysa Schiocchet

ABSTRACT: Critical Thought is not prepared to see law under and emancipatory light. Brazilian dictatorship produced non-democratic institutions criticized since by Scholars influenced by Marx, Foucault other critical thinkers. These critiques consider Law as an instrument of dominant classes and Law's grammar as essentially oppressive. After Brazilian 1988 Constitution, the relation between Law and Society changed, mostly due to the 1987-1988 Constitutional Assembly, a massive experiment in participatory democracy. The result of this process was an extensive and contradictory text that made social forces feel represented by it. Brazilian politics after this has been mostly a debate on how to ameliorate and to enforce constitutional norms. Social movements as feminism, LGBTI and MST (Deprived Land Workers) started to fight for rights and not against it. This text is a partial result of a joint research program on Foucaultian and Marxist influence on Brazilian Law Research and to propose theoretical alternatives to it based on an original view on the concepts of resistance and emancipation and their relation with Law. This paper presents a preliminary analysis of Master's Dissertations and PhD Thesis from 2006 until today that utilized Foucault's concept of Biopolitics. Our analysis aims to investigate if these works open or not the possibility to think of Law in an emancipatory sense. Critical thinking must transform its framework to be able to see Law under a positive light and to evaluate alternative institution designs under the rule of Law. If critical thinking continues to see Law as necessarily oppressive, it will not be able to access the current rationality of social movements. It will repeatedly denounce it from the outside as reactionary.

KEY WORDS: law; Foucault; Marx; Neumann; resistance; emancipation.

1 INTRODUCTION

Brazilian critical thought lacks a conceptual framework to see law under and emancipatory light. Brazilian dictatorship produced non-democratic institutions criticized since by several critical Scholars. Most of the times, these critiques

consider Law merely as an instrument of the dominant classes and Law's grammar as essentially oppressive.

During the Brazilian Dictatorship, it seems to be precise to define law as essentially oppressive. However, after Brazilian 1988 Constitution, the relationship between Law and Society has been changing significantly, mostly due to the 1987-1988 Constitutional Assembly.

Brazilian Constitutional Assembly was a massive experiment in participatory democracy that still waits for detailed studies. As result of political maneuvers perpetrated by left-wing politics, common citizens and representatives of civil society were present in the public session of the several groups responsible to write the chapters of the constitution.

The outcome of this almost two years process was an extensive and sometimes contradictory text that despite its evident logical flaws, made social forces feel represented by it. One can find disciplined by the Brazilian Constitution almost all social conflicts, from labor to land conflicts, including feminism, antiracism side by side with the norms that regulate State Powers, tax collections, the police, the army, and many other subjects.

After this moment, Brazilian politics has been mostly a debate on how to interpret and enforce constitutional norms. Social movements as feminism, LGBTI and MST (Deprived Land Workers) started to fight for rights and not against it. Even new social forces, for example, the ones that emerged, during the impressive national manifestations of 2013, demand rights and mention the Constitution on their public interventions.

The democratization of Brazilian law brings a challenge to any radical critique of the Brazilian law. In our opinion, critical thought should consider these changes either to maintain its radical position or to reevaluate the role of law in contemporary society. As if one wants to describe Brazilian law oppressive in the same sense before and after democratization, it should develop a convincing argumentation.

Evidently, one could describe Brazilian law as oppressive, even after the democratization. We do not deny that. Our point is the following: it seems

necessary to justify if and why such a major historical change does or does not an impact on the critical evaluation of law.

The attitude of simply continuing to think law critically as if nothing have changed, without evaluating these change in the relation between Law and Society, simply using the theory of some authors without considering its historical context and the Brazilian one, does not sound to be fair.

As Foucault and Critical Theory have thought us, one should address any theme historically, paying attention to the rationality of the institutions and to the disputes and partial changes that occur. Instead of thinking about “the Law”, one should address “the Laws” that transforms themselves though several disputes that occur in society.

This text is a partial result of a joint research program on Foucaultian and Marxist influence on Brazilian Law Research that aims to propose theoretical alternatives Critical Theory based on an original view on the concepts of resistance and emancipation and their relation with Law.

This project has a theoretical and an empirical branch. The theoretical branch will address Foucault’s and Frankfurt School writings on law to develop a conceptual framework useful to criticize law in the context of empirical research projects. The empirical branch will evaluate the influence of Foucault and of Marxist authors on Law academic research in Brazil, and will develop empirical researchers on themes as gender and bioethics and its relation to law.

The first part of this paper “Taken history seriously: Michel Foucault and Franz Neumann”, we present the preliminary results of our theoretical reflection on the importance of history to the critical analysis of law. Its second part “4 PhD Thesis” presents a preliminary analysis of four PhD Thesis on Foucault and Biopolitics found in the public depositories of Thesis and Dissertations. After a research in three public depositories of academic works, we have found already 3 PhD Thesis and 36 Masters Dissertations on Foucault and Biopolitics.

According to Brazilian Law, before 2006 it is mandatory to all Universities publishing all PhD Thesis and Masters Dissertations on an on line public depository. That is why one should expect to find all academic works made in Brazil through a research in these sources.

Our analysis of these aims to investigate how they evaluate Law critically, mainly, if they use theory in a contextualized historical way or not.

Our secondary hypothesis on this part of the research is the following: theoretical work on Law in Brazil in general does not dialogue with empirical data at all. Theory of Law in Brazil does not aim to reflect on the Brazilian Law and its institutions. It is mostly destined to provide authority to the author of the research. Its function is to strengthen its author *ethos* to provide him symbolic power as a Jurist.

In fact, the separation of theory of law, history and empirical data is necessary for the theory to play its role in Brazilian society. If one could test or to refute the claims made by the author of a theoretical work it would completely change its nature. The theoretical work would cease to be a rhetoric means to provide symbolic power to its author and would transform itself in an analytical tool, useful to society to evaluate rationally the qualities and flaws of Brazilian Law.

2 TAKING HISTORY SERIOUSLY: MICHEL FOUCAULT AND FRANZ NEUMANN

Foucault's work is a major reminder of the necessity of taking history seriously. Foucault's work is vast and does not always present its fundamental categories in the form of a Cartesian systematization. This, by itself, already demands reflection and suggests an approach to the author's work by multiple paths. One could focus on certain themes, for example, madness, prisons, sexuality or the abnormal. On the other hand, one could examine his work via the archeology of knowledge or the genealogy of power. One could follow the path that starts on the analysis of the individual body and finishes in the population body, with all its political and economic implications.

To our aims, it is relevant to examine some Foucauldian categories, more specifically, resistance as it appears on his power analytics. To do this, we will focus on the book "The History of Sexuality I: the will to know."

First, let us say something about Foucault's denial of the repressive hypothesis of power regarding sexuality. According to Foucault, this repressive

power discourse would be easier to be mastered (p.11). In addition, there would be the "benefit of the caller, to the extent that" the simple fact of speaking "sex" and its repression has as an air deliberate transgression. Who uses this language arises, to some extent, beyond the reach of power; clutters the law; anticipates, at least, the future freedom "(p.12). Nevertheless, to undertake an analytics of power, one must abdicate representation the " legal and discursive" representation of power, which sees it from the repression and the theory of law point of view, which would lead to two opposite consequences: "the promise of a release "or the claim that one is always entangled in power (p. 80-81).

In this sense, the power would be seen from the point of view of an essentially legal model, focused exclusively on the statement of the law and the functioning of interdiction. All modes of domination, submission, bondage, could be reduced then to the obedience effect "(p.83). Here we see Foucault analyzing the law from a normative / legalistic model and the prohibition / interdiction.

For Foucault (1988, p. 88) power is not a "set of institutions and apparatus that guarantee the subjection of citizens in a particular state"; it is not a "subjection that, as opposed to violence, has the form of the rule" or "a general system of domination exercised by a member or group over another and whose effects, by successive derivations, go through the entire social body". For Foucault to the sovereignty of the state, the law and the rule are only terminal forms of power. Positively, the author defines the power in terms of correlations and struggles or forces that transforms it continuously.

The radical nature of Foucault's view of power lies in the fact that it is everywhere; but "not because it encompasses everything, but because it comes from everywhere (p.89). Foucault presents power as "something that is exercised" in mobile relationships, which escape the binary logic dominant / dominated. Power is not an exterior position to other types of relations (economic, know, sex).

For Foucault (1988, p. 92), saying that power relations "are at the same time, intentional and non-subjective" means that they do not result from "choice or decision of a subject, individually." Perhaps the most important of his propositions is the following: "where there is power there is resistance, and yet (or rather because of this) this is never in position of exteriority in relation to power" (p.92).

C'est la vie beaucoup plus que le droit qui est devenue alors l'enjeu des luttes politiques, même si celles-ci se formulent à travers des affirmations de droit. Le droit à la vie, au corps, à la santé, au bonheur, à la satisfaction des besoins, le droit, par-delà toutes les oppressions ou aliénations, à retrouver ce qu'on est et tout ce qu'on peut être, ce droit si incompréhensible pour le système juridique classique, a été la réplique politique à toutes ces procédures nouvelles de pouvoir qui, elles non plus, ne relèvent pas du droit traditionnel de la souveraineté. (FOUCAULT, M. L'histoire de la sexualité: la volonté de savoir. Paris: Gallimard, 1976, p.191).

In the Critical Theory tradition, one can mention Franz Neumann's critique of Karl Marx's view of Law as merely oppressive is a good example of the necessity to take history seriously in the critical evaluation of law.

Franz Neumann interpreted Nazism as the dismantling of Law's capacity to allow society to control economic and political power. Nazi "state" was not a state at all and his "Law" was actually non-Law. Nazi "state" is in fact "Behemoth", an instable system of partial agreements between the army, the bureaucracy, the party and the captains of industry, mediated by the Führer. Nazism had to destroy the Rule of Law to establish its totalitarian regime.

According to Neumann, the "Behemoth" destroyed the tension between sovereign power and society. In "Behemoth" there was neither State nor civil society. The traditional liberal vocabulary does not apply to this form of governance. In this context, Law does not institutionalize the tension between sovereign power and society, but it is only a means to transmit the wills of sovereign power.

This institutional form immunizes power from social control. The agreements celebrated between industry, the party, bureaucracy and the army are not accountable and it is impossible to legally resist the will of the Führer. Power can act unilaterally, avoiding the social control of their actions.

Based on Neumann's analysis of Nazism, one can say that power has the tendency to avoid social control by destroying or escaping from Law. As Law acquired historically the capacity to protect and transmit the wills of citizens to the sovereign power without destroying social pluralism, anyone interested in establishing a unilateral mode of rule will try to escape from it. Law's capacity to control political, social and economic power may be a problem to social agents pursuing an authoritarian agenda.

Law has historically acquired the capacity to institutionalize the tension between State and civil society. The first episode of this process was the Bourgeois Revolutions. The bourgeois demanded civil rights and political rights that allowed social agents to organize and claim for new rights and created channels to transmit social demands to sovereign power.

When the proletariat emerged in history and started to demand for rights, Law addresses different objectives. Workers conquered the right to organize themselves and to claim for social rights, protected by civil and political rights.

Nevertheless, social rights, unlike the others, directly imply the distribution of wealth.

Workers demanded less working hours, higher wages; social protection, health protection etc. and all these demands were demands to redirect the social surplus to fulfill their interests.

These demands resulted, for example, in the change of the legal concept of private property. Originally, private property was seen an individualistic right. The social struggle or worker resulted in its limitation by statutes, with the creation of the legal concept of “social function of private property”.

Property could not be described anymore as an individualist legal right as its exercise and extension were both subjected to limits in the name of social interests. The reaction to this change in function of Law was an era of authoritarian and totalitarian regimes.

According to Neumann, the bourgeoisie abandoned the defense of the Rule of Law when it became clear that it had the potential to change society. Currently, there is a trend to avoid the transformative potential of the Rule of Law by the creation of exceptional measures and regimes of exception. Anyway, the potential of Law to be a vehicle to “undesirable” or “inconvenient” social demands is an evidence of its transformative potential.

It is not necessary to destroy Law to implement radical social changes. Neumann’s analysis of the beginnings of German Welfare State suggests that the possibility to establish the social control of the means of production through Law was real. Historical changes on the Law can open space to new demands.

Conversely, the phenomena of escape from Law suggests that the project of the Rule of Law should not be abandoned by anyone interested in controlling power and implementing social changes.

3 THREE PHD THESIS

The PhD Thesis found in our preliminary research are:

- BRAGA JÚNIOR, João Marcos de Araújo. *Direito, Estado e Biopolítica. Governo e soberania na sociedade pós-moderna*. 2009.
- MENDES. F. A. *Para além da tragédia do comum: conflito e produção de subjetividade no capitalismo contemporâneo*. 2012.
- SILVA, Luana de Carvalho. *Carne e Culpa: Notas sobre a gestão penal do sexo*. 2012.

BRAGA JÚNIOR work, in his own words, “The reflection in the fields of political philosophy and law often slips in the seizure of difficulty of a concept recognized as central axis where the different analyzes intersect; this concept is sovereignty. To today's events, endowed with notorious uniqueness, relaunching this issue in all its complexity, allowing for a renewed interest in their understanding. Traditional conceptions, however, preserve the perspective of a certain continuity in their understanding. This work seeks a different characterization of sovereignty as a political and legal element that defines modernity, based upon the principles of the philosophy of Michel Foucault. This philosophy is a critical and historical reflection in the search of new instruments; and it is a transversal approach able to diagnose intricate dynamics of the relationship between power and right, highlighting the end of his problematic the issue of biopolitics, as emblematic of today thesis and turning point for its intelligibility and transformation.”

MENDES' work “investigates the dimensions of historical, philosophical and political concept of the common, from a problematization influenced by heterodox Marxist studies and the thought of Michel Foucault. The theoretical approach begins with an analysis of the hypothesis of the "tragedy of commons", represented by Garrett Hardin in a famous article in Science Magazine in 1968.

The further development seeks to understand such a formulation from the foucaultian analysis on the art of liberal and neoliberal governing, with emphasis on the concept of biopolitical production of subjectivity. This terrain of analysis is supplemented by studies of an economic approach called "bio-economy", which seeks to weave biopolitics with an understanding of current forms of capitalist accumulation and its crisis. From a research which is directed to the terrain defined as "heterodox marxism," one seeks to study the relationship between the common and new forms of primitive accumulation, seeing how the former has increasingly appeared in this branch of critical studies. In this field, one emphasizes the concept of "primitive social and subjectivity accumulation", based on studies of Karl Marx (Grundrisse), Antonio Negri and Jason Read. The last chapter is devoted to the concept of "production of common", taking as its starting point the work of Jean-Luc Nancy, and especially the investigations of Antonio Negri and Michael Hardt. The common appears as a central concept for understanding the biopolitical production of social wealth in contemporary capitalism, and also its expropriation by new modes of accumulation. On the other hand, the common also emerges as antagonism to capital and public-private dichotomy, pointing to new ways of understanding communism."

Finally, SILVA's work: "A look at the discourse about sexual crimes allows the unveiling of the knowledge and power relations that are invested in the bodies, through the training and control of sexuality, as a strategy for submitting and controlling subjects. This look is one of the major theoretical contributions of Michel Foucault to the reflection upon power relations and criminal law. The discourse of the Criminal Law, analyzed through the rule of law and the normalizing powers (biopolitics and discipline), comprises sexuality as an instrument for controlling the populational life as well as for economic profitability over the body, to reassert its symbolic function of protecting the "legal interests" and to disguise its selectivity and the neutralization of the most vulnerable populations. The criminalization of sexuality, under biopolitics, would allow a "penal management of sex" derived from a two-pronged analysis: the *aggression towards useful flesh* and the *blame on useless flesh*. These aspects are based on the intensification of control by the criminal law, forming a sort of "legislative body"

in which new actors, behaviors and victims appear as recipients of new criminal laws on sex. And by the norm, before the convergence of public policies and criminal policies, a model of "security" linked to the seizure of the discourse of citizenship and human dignity is defined, as a strategy for legitimizing power, as well as emphasizing the laying of blame on individuals by employing neutralization strategies on unproductive people. Thus, there is a search for responses to the sexual violence, which may encounter in the discourse of dignity the emergence of a space for the resistance to the power control over life. Dignity, whose discourse should not be the support for the new legitimacy of punitive control, but concatenated with the recognition of new subjectifications, faces and legal limits related to the preservation of and regard to human flesh – not only the useful one.”

BRAGA JÚNIOR's work is a commentary on Foucault's work, namely, its concept of sovereignty. MENDES and SILVAS's Thesis apply Foucault's concepts to enlighten concrete legal problems, respectively, “the tragedy of commons” and “Brazilian criminal law”.

All three authors seem to give more emphasis to a negative view of the institutions and a negative view of the law. They seem to be preoccupied to denounce a situation that they present as extremely negative, not to explore the ambiguities of their object of study. For example, SILVA says in its conclusion:

[...] an entire social apparatus of control over life and, following on sexuality, is orchestrated in order to improve the body, select it, confiscate it and perhaps neutralize it. Criminal management of sex, politics of human life, seeks to integrate the legislative, with the expansion of criminal law and criminal procedure, to update it as your power devices. The reform of criminal law about sex is one of its expressions. However, the rise of this "mass" does not reduce legislative control strategies. Rather, it turns it into total. The very legal discourse is incorporated by a kind of "security order" that in the case of sexuality, involves the conversion of public policy strategies in criminal policies, providing forms of power a sort of crowd control by selecting useless bodies.

MENDE's work is equally pessimistic:

Perhaps the publication of "Tragedy of commons" has been the most immediate and almost unnoticed "counter-revolutionary act" since 1968. Their arguments have spread during the long neoliberal period to support any kind of "enclosure" of the ordinary. Nevertheless, the counter-revolution is deeper. Hardin not only spoke of "goods" or "common features". He rebelled, ever more intensely against any form of multiplicity that could cross the "social ground". The "tragedy" is now shifted to the space of "biopolitics", the own production of social life.

EDIÇÃO E RECEPÇÃO DE KELSEN NO BRASIL

Paula Campos Pimenta Velloso

RESUMO: A importância e influência da obra de Hans Kelsen no Brasil se evidenciam na enorme atenção editorial e bibliográfica que recebe no país. Entretanto, as versões disponíveis ao leitor brasileiro das edições de 1934 e 1960 de seu livro mais famoso, *Teoria Pura do Direito*, jamais receberam traduções brasileiras. Tampouco se criou uma tradição analítica da recepção da obra. Sem análise circunstanciada, restou negligenciado o aproveitamento brasileiro de um de seus traços mais característicos, o generalismo universalista. Esta sugestão está presente num episódio famoso da história política pátria, no qual protagoniza a dimensão generalista da teoria pura: o parecer de Kelsen acerca da competência da Assembléia Constituinte de 1933, cujo contexto de solicitação e consequência ainda não foi esclarecido.

PALAVRAS-CHAVE: Kelsen; recepção; Brasil.

ABSTRACT: The themes surrounding Kelsen's thought have received considerable specialized attention in Brazil. Among them, its resource to the critical philosophy tradition may well be the most controversial. There are many reasons to introduce oneself into Kelsen's works, but a specially neglected one by an otherwise attentive bibliography is the comprehension of the author as a reference for Brazilian Juridical Thought. This is of consequence. The generalistic features of Kelsen's thought, and its result, the relativism of values and a tolerance to different contents of the different juridical orders has had very curious uses, one of them quite famous and specially contrary to Kelsen's convictions. The author also does not receive qualitative attention from the editors, whom have never made available a Brazilian translation of the *Pure Theory of Law*, distributing for over 80 years a Portuguese translation that does not even take into account Kelsen's own notes on the translation of his work.

KEYWORDS: Kelsen; editions; reception; Brazil.

1 APRESENTAÇÃO

A importância do teórico do direito Hans Kelsen é conhecida. Foi contemporâneo de uma geração de intelectuais austríacos que se destacaram

para além do contexto europeu, herdeiros do desenvolvimento social e cultural da capital do Império Austro-Húngaro: de Viena saíram orientações artísticas, filosóficas e científicas que influenciaram toda Europa¹⁹⁵. Em razão da influência teórica e prática de sua obra, Kelsen tornou-se um dos pensadores mais importantes do século XX. No Brasil, sua presença se verifica na profusa produção analítica que tem seu pensamento como objeto, ou que o mobiliza como aporte para reflexão de problemas teóricos e práticos. Kelsen também recebe imensa atenção editorial, tendo muitos de seus livros sido disponibilizados para o leitor brasileiro, os quais constantemente recebem novas reimpressões.

Duas curiosidades orientam o presente estudo. Apesar do lugar prestigioso ocupado por Kelsen internacionalmente e no Brasil, sua obra de maior repercussão, *Teoria Pura do Direito*¹⁹⁶, jamais recebeu uma tradução brasileira. A primeira ocorrência do livro no país não apresenta a tradução do texto original de 1934, mas uma tradução portuguesa de um ensaio publicado por Kelsen em 1933. Tal equívoco jamais foi saneado, pelo que jamais chegou ao leitor brasileiro uma tradução para o português da primeira edição da *Teoria Pura*. Em 1985, veio a público uma versão em português da segunda edição do livro, de 1960. Embora tenha sido o suporte disponível para gerações de juristas dedicados à leitura de Kelsen, a versão jamais recebeu uma tradução brasileira, assim como nunca foi produzido um número que aproveitasse a atenção dada pelo próprio Kelsen ao esforço de tradução de sua obra.

Acredita-se que é possível interpretar esses dados como sintoma. A indisponibilidade de uma tradução para o português da primeira edição da *Teoria Pura*, bem como a ausência de uma versão brasileira da segunda não colaborariam para o esforço de interpretação que a bibliografia pátria certamente realiza. Ao contrário, contribuiria para que impasses que há décadas rondam a obra de Kelsen e sua presença no Brasil restassem sem solução. Até o momento,

¹⁹⁵ MÉTALL, R. A. *Hans Kelsen, vida y obra*. México, UNAM; ZWEIG, S. ([1943] 1964). *The world of yesterday*. Nebraska, Nebraska University; UNAM, GAY, P. (2001). *Weimar culture*. Nova Iorque, WW Norton. 1976

¹⁹⁶ Doravante, citar-se-á *Teoria Pura do Direito* como *Teoria Pura* e o conjunto de teses que culminaram na publicação do livro que leva este nome, mas que lhe antecederam, como *teoria pura*.

o conhecido episódio do parecer de Kelsen acerca das competências da Assembléia Constituinte de 1933, que viria a pôr a malfadada Constituição Brasileira de 1934 segue sem análise circunstanciada.

Não há dados sobre a solicitação e a consequência do referido parecer. O que há é certo consenso acerca de que trata-se do momento em que Kelsen passa a ser um autor influente da vida pública brasileira¹⁹⁷. Não obstante, trata-se de um episódio instigante da história político-jurídica brasileira. Em sua análise, a consequência do parecer esvazia de autoridade a Constituinte face ao Governo Provisório que chefiava o Brasil desde a Revolução de 1930. Causa espécie que um parecer que reconhece poderes a um governo de exceção tenha sido produzido por um autor que dedicou a vida a refinar uma teoria do direito de matiz liberal, o qual produziu, além disso, uma importante teoria da democracia. Neste ensejo, propõe-se uma exposição da presença do pensamento de Kelsen no Brasil desde três problemas: um editorial, um teórico e um político.

DISPONIBILIDADE EDITORIAL COMO SINTOMA DA RECEPÇÃO DA OBRA DE HANS KELSEN

A *Teoria Pura* teve duas edições originais em alemão: uma em 1934 e uma em 1960, ambas editadas pelo editor vienense Franz Deuticke¹⁹⁸ que, em 1905, publicara o primeiro trabalho de Kelsen, *A filosofia Política de Dante*. A primeira apresentação completa da teoria pura foi traduzida para italiano, japonês, coreano e espanhol¹⁹⁹. De fato, ela já estava presente quase inteira em *Teoria Geral do Estado*, de 1925, mas só foi publicada com o título *Teoria Pura do Direito* em 1934. Uma versão em francês foi publicada em 1953 com algumas alterações,

¹⁹⁷ Cf. Alencar, Ana Valdez A. N. “A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados constitucionais”. *Revista de Informação Legislativa*, v. 15, n. 57, jan.-mar.1978, pp. 239-43; Prutsch, Ursula. “Instrumentalisierung deutschsprachiger Wissenschaftler zur Modernisierung Brasiliens in den dreißiger und vierziger Jahren”. In: Lechner, Manfred; Seiler, Dietmar (orgs.). *Zeitgeschichte*. at. 4. österreichischer Zeitgeschichtestag 99. Innsbruck: Studienverlag, 1999, pp. 361-69. Apud. BATALHA, Carlos Eduardo. “O jurista como verdadeiro teórico do Estado”. In: *Novos estud. - CEBRAP*, n.91, p. 202. 2011

¹⁹⁸ Responsável pela publicação da maior parte dos escritos de Sigmund Freud.

¹⁹⁹)” MÉTALL, Rudolf Aladár. *Hans Kelsen: vida y obra*. Op. cit. p. 72. 1976

mas a autêntica segunda edição, amplamente revisada e ampliada, só foi a publicada em 1960.

Em 1933, publicou-se o que Rodolf Aladár Métall, discípulo e mais famoso biógrafo de Kelsen, classificou como um ensaio, no qual o Kelsen traçava as linhas gerais do que, no ano seguinte, sairia como a primeira edição da *Teoria Pura*. Este ensaio não se confunde com a referida primeira edição, a qual, segundo Métall, não foi traduzida para o português. Entretanto, em 1939, a Livraria Acadêmica tornou publicou o ensaio de 1933 sob a designação de *Teoria Pura do Direito*, apresentando-o ao leitor pátrio, portanto, como a tradução da obra de 1934²⁰⁰.

Seria possível arguir que, de fato, a caracterização do momento editorial de um livro varia enormemente de acordo com onde e quando ele foi editado. Uma primeira edição francesa do oitocentos pode ser identificada a partir de características completamente distintas daquelas de uma primeira edição americana do mesmo período, ou de uma francesa de alguns anos depois. Entretanto, se as variações se restringissem ao lugar e ao ano em que o livro foi publicado, a tarefa de identificar sua edição seria muito mais fácil do que de fato é. Há muita liberdade na caracterização que o editor faz do momento do livro. É muito comum, por exemplo, que o termo “reimpressão” seja substituído por “edição”. Assim, a expressão primeira edição pode referir-se ao texto original ou à 1ª reimpressão da versão revista do texto. Naturalmente, todas as caracterizações tem suas razões, mas o fato de que não há padrão torna a identificação de uma primeira edição especialmente problemática.

Nos termos técnicos pertinentes à atividade de publicar livros, uma primeira edição corresponde a todas as cópias de um livro que foi impresso desde a mesma configuração de tipos²⁰¹. Esta é uma maneira de se referir à forma para falar do conteúdo. Isto é, as reimpressões de um livro que observam a mesma

²⁰⁰ “Em 1933, como preparação à esta obra, havia publicado um amplo ensaio sobre o método e os conceitos fundamentais da teoria pura, o qual foi traduzido para nove idiomas (búlgaro, inglês, francês, italiano, polonês, português, sueco, espanhol e tcheco)” MÉTALL, Rudolf Aladár (1976). *Hans Kelsen: vida y obra*. Op. cit. p. 72

²⁰¹ AHEARN, Patricia. *Collected Books: The guide to identification and values*. Maryland: Quill & Brush. 2011

configuração tipográfica, não apresentariam alterações substanciais e seriam, portanto, apenas a 2^a, 3^a etc. reimpressões de uma mesma edição.

Dessa maneira, ainda que um livro seja apresentado de forma significativamente distinta da original, só seria descrito como segunda edição, se fossem feitas alterações substanciais. Por exemplo, a cada vez que um editor lança um mesmo título, mas sob um formato diferente - como um livro originalmente lançado com capa dura e, posteriormente, disponibilizado como brochura - poderá ainda descrevê-lo como primeira edição²⁰².

O editor pode incluir a informação primeira edição na página de direitos autorais, o que facilita a identificação. Também pode escolher identificar a primeira edição inserindo na mesma página uma sequência de números. Normalmente, se o número 1 começa a sequência, trata-se de uma primeira edição. Há vezes em que uma sequência numérica, da qual não consta o número 1, é acompanhada da expressão “primeira edição”. Trata-se de uma primeira edição que já não se encontra na sua primeira impressão. Neste caso, o primeiro número da sequência corresponde ao momento das reimpressões. Por outro lado, se a data constante da página de direitos autorais for a mesma da que consta da página do título do livro – prática comum no século XIX – provavelmente se trata de uma primeira edição.

Muitos elementos podem se somar na identificação de uma primeira edição. Os mencionados indícios formais podem ser confirmados por relatos e citações dos leitores, que tornariam possível estimar o momento em que o livro tornou-se acessível. Não por acaso, para um colecionador, a primeira edição de uma obra corresponde à sua primeira aparição. Por este mesmo motivo, é possível falar – coloquialmente – em “primeira edição brasileira”, por exemplo.

O que há no Brasil é, portanto, uma versão do ensaio de 1933, do qual não houve reimpressões. A versão brasileira de 1939 compõe a portuguesa Coleção Studium e representa um dos primeiros investimentos editoriais da Livraria Acadêmica, fundada pelo “Conselheiro” Saraiva, em 1914. Desde 1917, a famosa livraria do Largo do Ouvidor havia estendido suas atividades comerciais,

²⁰² Como ocorre, por exemplo, com a coleção Penguin Classics, cuja versão em brochura (*first paperback edition*) é descrita como *first edition thus*.

passando a editar livros jurídicos sob os auspícios de sua vizinha, a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, na cidade de São Paulo. A versão de 1939 é uma impressão em solo pátrio da versão portuguesa do ensaio, o qual, em Portugal, também saiu como primeira edição da *Teoria Pura*. A tradução é de Fernando de Miranda, e o longo prefácio é de Fernando Pinto Loureiro, ambos da Universidade de Coimbra.

Comparada à versão argentina da primeira edição da *Teoria Pura*, publicada dois anos depois, em 1941, o fato de que a publicação luso-brasileira é uma versão do ensaio de 1933 fica evidente. Não há referência acerca do texto traduzido, isto é, se o ponto de partida do tradutor foi ou não o original em alemão. Tampouco há indícios de que se trata da primeira versão, pois não há página de direitos autorais, tornando também impossível compará-la com a página do título. Da mesma forma não se encontra qualquer pista no texto do prefaciador, a exceção da sua extensão²⁰³, que pode indicar o esforço de tornar clara uma obra densa que estaria sendo disponibilizada pela primeira vez para o público de língua portuguesa. O livro apresenta apenas oito capítulos, um menos que o texto de 1934. Falta-lhe o nono capítulo, destinado ao estudo do Estado e do Direito Internacional. Com 110 páginas, foi disponibilizado ao leitor pela parceria entre a Editora Porto e a paulista Acadêmica/Saraiva, traduzido pelo jurista português Fernando de Miranda e precedido pelo prefácio de Fernando Pinto Loureiro.

Segundo o prefaciador, em 1939, Kelsen já era estudado em Portugal há cerca de 10 anos. Mas, “segundo indica o Sr. Prof. Dr. Cabral de Mendonça”²⁰⁴, a presença de Kelsen autor até aquele momento entre os autores brasileiros “a muito pouco se reduz(ia)”. Apesar de indicar que a primeira obra traduzida a chegar ao público brasileiro ser a tradução do ensaio de 1933, em 1938, a presença do pensamento de Kelsen já era sentida há mais tempo nos meios jurídicos. Evidência disso é o debate em torno da Constituinte de 1933, no qual, como se viu, a presença de Kelsen é amplamente reconhecida pela bibliografia.

²⁰³ O prefácio desse livro tem setenta e uma páginas.

²⁰⁴ MENDONÇA, Cabral de. *Subsídios para uma História da Filosofia do Direito em Portugal (1772-1911)*. Coimbra Editora, Ld.^a. p. 211. 1938

Ao contrário, a versão argentina de 1941 é claramente a primeira versão argentina do livro de 1934, cuja tradução do original em alemão se evidencia pelo uso da expressão “Traducción directa por Jorge Tejerina”. Esta é também, muito provavelmente, a primeira versão em língua espanhola do livro, já que está indicado nela que se trata da primeira edição “castellana” e porque consta dela um prólogo de autoria de Carlos Cossio, que manteve com o autor da *Teoria Pura* uma interação alongada, polêmica e cortês, tendo seu prólogo sido autorizado pelo próprio Kelsen em 1940.

Não surpreende que a versão brasileira deixe a desejar quando comparada à argentina. Já se viu que o livro que, em 1939, levou o nome de *Teoria Pura*, não continha o texto de 1934, mas um estudo preliminar, elaborado em 1933. Além disso, o editor da versão argentina foi Gonzalo Losada, espanhol que chegou a Buenos Aires nos anos 1920, antes mesmo do estabelecimento na cidade de refugiados espanhóis, cuja experiência em diferentes áreas da atividade editorial impulsionou ainda mais a indústria que vinha florescendo no país. Portanto, antes da Guerra Civil, Losada já participava do desenvolvimento da atividade editorial na Argentina, onde chegou como representante da editora espanhola Espasa Calpe.

É digno de nota que, em 1936, quando a editora espanhola anunciou sua simpatia por Franco, Losada não hesitou em abandonar seu posto. Em 1938 fundou uma editora própria, dirigida por ele e outros intelectuais de projeção. De fato, das editoras fundadas na Argentina por espanhóis ligados à causa republicana, a Editorial Losada foi a que mais claramente imprimiu em seu catálogo as marcas dessa convicção política, tornando-se a grande editora dos exilados. Aí se publicaram obras censuradas pelo regime franquista de autores como Rafael Alberti, Federico García Lorca e León Felipe, as quais haviam penetrado e passaram a circular clandestinamente.

A acolhida da obra de Kelsen por Losada é uma notícia de interesse. Kelsen já foi objeto de associações infelizes com a possibilidade de justificação teórica de formas autocráticas de Estado. Não obstante, foi publicado, desde as primeiras versões latinas da *Teoria Pura*, por uma editora cuja orientação republicana se evidencia, inclusive, no fato de que seu fundador havia tornado a

editora uma espécie de trincheira editorial do exílio, onde tinham casa os autores malditos de Franco.

Embora a versão brasileira não corresponda ao texto de 1934, o fato é que o leitor pátrio já tinha acesso ao pensamento de Kelsen em português desde 1939. Ao contrário, tal pensamento chega aos EUA praticamente pelas mãos do próprio Kelsen, quando de seu exílio. Não surpreende que o pensamento de Kelsen seja muito mais influente na América Latina do que nos Estados Unidos. De fato, a versão americana da primeira edição, por exemplo, é ultra tardia, tendo sido traduzida e organizada por Bonnie e Stanley Paulson e publicada em 1992. Não obstante, seus organizadores reconhecem a centralidade do texto para a compreensão do pensamento de Kelsen, em razão de inscrever-se na segunda fase da vasta produção do autor, a fase, neo-kantiana, na qual a teoria pura se encontra em sua forma mais característica e acessível.

Os organizadores chamam atenção para o fato de que houve traduções anteriores do tratado de 1934, entre as quais incluem equivocadamente a brasileira, que apareceram poucos anos depois da versão original em alemão. Isto é, incluem a tradução do estudo preliminar elaborado por Kelsen no rol de traduções da primeira edição. Quando o fazem, entretanto, estão a tratar da localização do texto na classificação que operam entre as três fases do pensamento de Kelsen. Tradução da primeira edição ou de outro texto, a versão brasileira de 1939 incluir-se-ia na fase clássica, ou neokantiana da produção do autor.

Na primeira década após a Segunda Guerra, a *Teoria Pura* também foi traduzida para o chinês, o coreano, o italiano e o francês. Neste momento, Kelsen encontrava-se entre a segunda e a terceira fase, isto é, entre a atitude epistemológica de incorporar elementos da teoria da causalidade humeana, distanciando-se do apriorismo kantiano, e a posterior introdução de elementos de uma teoria da vontade, o que, para muitos, implica uma revisão ampla dos fundamentos da teoria pura.

Por esse motivo, a versão francesa da *Teoria Pura*, traduzida por Henri Thévenaz e publicada, em 1953, pela Éditions de la Baconnière, Neuchâtel – reimpressa com apêndices em 1988 – por contar com algumas alterações de

Kelsen é por vezes interpretada como a segunda edição francesa do texto. Não obstante, assim classificá-la parece impróprio, já que nem as alterações são suficientemente significativas para caracterizar uma segunda edição, nem se verifica a falta de uma segunda edição pronunciada que justificasse a tomada da versão francesa como segunda edição. Houvesse reconhecimento do próprio Kelsen de que a versão francesa equivalia à segunda edição, e considerando que a teoria pura é uma só, a publicação de 1960 sairia como terceira edição e não como segunda.

Kelsen tinha o que pode ser chamado de estilo parentético, o que o levava a qualificar uma ideia várias vezes no curso de uma mesma frase, seja repetindo as frases chave, seja combinando trechos de ideias – o que fazia mais frequentemente. O alemão estimula essa prática, através de sua capacidade para formulações com adjetivação estendida e cláusulas relativas. Essa característica foi objeto de visível atenção dos tradutores do texto, que foi produzido por Kelsen sem recurso a quaisquer notas.

A edição é aberta por uma introdução de Stanley Paulson, o qual parte de uma tentativa de localizar Kelsen na tradição da jurisprudência. Em seguida, Paulson examina o argumento kantiano ou neo-kantiano do meio termo de Kelsen na jurisprudência, reconhecendo que, embora haja outras influências sobre Kelsen, entre as quais está o publicista Georg Jellinek, o filósofo Ernst Mach e o teórico do direito Adolf Julius Merkl, a maior parte dos scholars de Kelsen concordam que é a dimensão kantiana ou neo-kantiana que é o traço distintivo de Kelsen no positivismo legal.

A segunda edição da *Teoria Pura*, completamente revista e ampliada, resultou num trabalho muito mais longo que o da primeira edição. Surgiu ao final da terceira fase, refletindo alterações doutrinárias no pensamento de Kelsen. As diferenças entre as duas edições são geralmente tratadas pela bibliografia secundária como responsáveis por trabalhos separados e distintos²⁰⁵.

²⁰⁵ Por essa razão, Bonnie Paulson, tradutora da primeira edição, quando de seu lançamento em língua inglesa, optou por manter apenas o subtítulo, *Introdução aos Problemas da Teoria do Direito*, reservando à segunda edição título *Teoria Pura do Direito*.

A versão brasileira da segunda edição da *Teoria Pura* chegou ao Brasil em 1985, portanto, vinte e cinco anos após o lançamento do texto original em alemão. Apesar do acesso tardio à obra, sobre ela debruçaram-se gerações de especialistas. Literalmente sobre ela, pois a versão de 1985 não mudou ao longo dos anos, embora já se encontre na segunda tiragem da 11^a reimpressão.

Supõe-se que um texto importante e polêmico como o da *Teoria Pura* mereceria mais atenção do empreendimento editorial. Jamais recebeu uma tradução feita por brasileiros, o que não se justifica pela qualidade da tradução portuguesa, cuja escolha dos termos dificulta a leitura. Uma ocorrência frequente é o repetido uso da mesma palavra mobilizada, entretanto, para expressar coisas diferentes, ou, ao contrário, o uso de palavras distintas para dizer a mesma coisa. Logo no primeiro capítulo da versão de 1985, *sentido*²⁰⁶ e *significado*²⁰⁷ são termos apresentados como intercambiáveis, embora o autor sublinhe a necessidade da distinção como ferramenta analítica e embora o equívoco não se repita na tradução americana de 1967, a qual foi acompanhada por Kelsen. Obviamente, poder-se-ia argumentar que essas são escolhas de Kelsen. O trecho da tradução portuguesa teria as seguintes escolhas de Kelsen:

“*significação* jurídica não pode ser percebida no ato por meio dos *sentidos*, tal como nos apercebemos das qualidades naturais de um objeto, como a cor, a dureza, o peso. Na verdade, o indivíduo que atuando racionalmente põe o ato, liga a este um determinado *sentido* que se exprime de qualquer modo e é entendido pelos outros. Este *sentido* subjetivo, porem, pode coincidir com o *significado* objetivo que o ato tem de um ponto de vista do direito, mas não tem necessariamente de ser assim.”

Entretanto, trata-se de um dado instigante que não tenham sido essas as escolhas da tradução a qual acompanhou. Na edição americana, sobre o mesmo trecho foram feitas as seguintes escolhas:

“O *significado* de um ato, como ato externo, não é imediatamente perceptível pelos *sentidos* – como a cor, a dureza, o peso, ou outras propriedades físicas de um objeto podem ser percebidas. Precisamente, o homem agindo racionalmente, conecta seu ato com um *significado* que

²⁰⁶ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 2-6.

²⁰⁷ “Mas esta *significação* jurídica não pode ser percebida no ato por meio dos *sentidos*, tal como nos apercebemos das qualidades naturais de um objeto, como a cor, a dureza, o peso. Na verdade, o indivíduo que atuando racionalmente põe o ato, liga a este um determinado *sentido* que se exprime de qualquer modo e é entendido pelos outros. Este *sentido* subjetivo, porem, pode coincidir com o *significado* objetivo que o ato tem de um ponto de vista do direito, mas não tem necessariamente de ser assim.”

se expressa de determinada maneira e é entendido pelos outros. Esse *significado* subjetivo pode, mas não necessariamente, coincidir com seu *significado* objetivo, a saber, o *significado* do ato de acordo com o direito”²⁰⁸.

Significação, sentido e significado são, na tradução portuguesa, termos que expressam a mesma ideia, traduzida, sob o acompanhamento de Kelsen, como significado. Nesse momentos iniciais da *Teoria Pura*, delimitam-se noções elementares da afirmação do direito como esquema de interpretação, que introduzem a distinção entre ser e dever ser que o autor conduzirá a seguir, a qual é chave para algo que em na da é trivial na epistemologia presente na ciência do direito de Kelsen: de que se trata de uma ciência normativa, mas que não lhe cabe descrever fenômenos normativamente, isto é, de que o papel da ciência do direito é descrever o fenômeno jurídico a partir da norma, sem fazer sobre o direito descrito juízos valorativos. Tratam-se de pontos densos que dependem da leitura atenta e de que o leitor participe da bibliografia que instrui Kelsen em sua reflexão²⁰⁹. De sorte que toda colaboração das escolhas do tradutor são bemvindas.

Poder-se-ia argüir também que a simplificação se deve às diferenças da língua, ou às necessidades contingenciais de tornar o texto palatável ao mercado americano quando Kelsen ainda não se fixara profissionalmente no exílio. A hipótese é razoável, mas não justifica negligenciar as contribuições do próprio Kelsen, bem como as da pesquisa pátria, na elaboração de uma edição compreensiva, com notas que esclareçam o texto e os desafios que toda tradução sempre impõe.

A chegada da tradução ao Brasil coincide com a da chegada Livraria Martins Fontes à capital paulista. Tendo começado no ano de 1960, na cidade de Santos, a livraria mudou de endereço, chegando a São Paulo, duas décadas depois. Desde 2005, foram criadas duas editoras, a Selo Martins e a WMF Martins.

²⁰⁸ the legal *meaning* of an act, as an external act, is not immediately perceptible by the *senses* - such as, for instance, the color, hardness, weight, or other physical properties of an object can be perceived. To be sure, the man acting rationally, connects his act with a definite *meaning* that expresses itself in some way and is understood by others. This subjective *meaning* may, but need not necessarily, coincide with its objective *meaning*, that is, the meaning the act has according to the law.”

²⁰⁹ Nesse caso, Weber e o Kant da *Crítica da Razão Pura*.

A primeira edita e distribui os títulos da coleção Justiça e Direito, composta por obras de diversos autores, entre as quais *A Ilusão da Justiça*²¹⁰, *O que é justiça?*²¹¹, *O Problema da Justiça*²¹² e *Teoria Geral do Direito e do Estado*²¹³, de Kelsen. A WMF Martins hoje mantém a coleção Biblioteca Jurídica, que disponibiliza a segunda edição da *Teoria Pura*. A atual Saraiva já não publica livros de Kelsen, senão um resumo da teoria pura, apenas distribuindo as obras. E a Martins Fontes não disponibiliza em seu catálogo a versão de 1939, nem jamais investiu em uma tradução da primeira edição. Da Biblioteca Jurídica constam *A Paz pelo Direito*²¹⁴, *Direito Internacional e Estado Soberano*²¹⁵, *O Estado como Integração*²¹⁶ - um confronto de princípios e *A democracia*²¹⁷ e, exatamente como apresentada ao público no início dos anos 80, a *Teoria Pura*²¹⁸.

Recentemente saíram traduções brasileiras de dois livros importantes. Talvez o mais esperado fosse a Autobiografia, publicada em 2011 pela primeira vez no Brasil, com tradução de professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Da edição constam dois textos de Kelsen, a *Autoapresentação*, de 1927, e a *Autobiografia*, de 1947. Ambos preciosos para a compreensão da obra, não só pelos dados meramente biográficos que oferece, mas, sobretudo, pela a biografia intelectual que se esboça pela memória do autor. Os textos foram reunidos em conjunto pela Gen Editorial e Forense Universitária, cujo resultado é uma edição que oferece pouco conforto ao leitor, mas que vem acompanhada da introdução instrutiva de Matthias Jestaedt, membro do corpo de diretores do Kelsen-Institut. Além da *Autobiografia*, em 2012, o leitor brasileiro recebeu da Editora Via Verita, do Rio de Janeiro, *Teoria das ficções jurídicas*²¹⁹,

²¹⁰ KELSEN, Hans. *A ilusão da justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2008

²¹¹ KELSEN, Hans. *O que é a justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2001

²¹² KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2001

²¹³ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes. 2005

²¹⁴ KELSEN, Hans. *A paz pelo direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2011

²¹⁵ KELSEN, Hans. *Direito internacional e Estado soberano*. São Paulo: Martins Fontes. 2003

²¹⁶ KELSEN, Hans. *O Estado como integração - um confronto de princípios*. São Paulo: Martins Fontes. 2003

²¹⁷ KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes. 2000

²¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1981

²¹⁹ KELSEN, Hans. *"Sobre a Teoria das Ficções jurídicas - com especial consideração da filosofia do "como se" de Vaihinger*. (Vinicius Matteucci de Andrade Lopes, trad.). Rio de Janeiro: Via Verita. 2012

um texto de Kelsen publicado pela primeira vez em 1919²²⁰. Da edição consta a tradução do original alemão e uma introdução analítica bastante esclarecedora sobre o recorrente tema do positivismo kelseniano.

Viu-se que, até o momento, não há uma tradução brasileira da *Teoria Pura*. Desde a primeira versão em português disponibilizada ao leitor pátrio pela Acadêmica, em 1939, até a última reimpressão da Martins Fontes, em 2014, os textos a que se tem acesso foram traduzidos por portugueses. Traduzida por brasileiros, somente a já referida versão da *Teoria Pura*, elaborada por Kelsen e traduzida por Agnes e José Cretella, e *Sobre a Teoria das Ficções jurídicas*, traduzida por Vinicius Matteucci de Andrade Lopes. A versão da segunda edição da *Teoria Pura*, publicada WMF tem os mesmos problemas desde 1985: a diagramação pouco amigável, com fontes pequeníssimas, papel branco, linhas impressadas e perto de nenhum espaço para notas; e um texto confuso, que torna mais difícil distinguir pontos fundamentais à compreensão da obra.

Comparada à tradução para o português, a edição americana oferece uma série de vantagens. Sem incorrer no recurso à simplificação, do que os americanos são frequentemente acusados e ao qual a língua inglesa convida, a tradução é claríssima e, porque está disponível na versão fac-símile, é encontrada a preços muito acessíveis – embora seja rara a disponibilidade em uma biblioteca do Brasil.

A versão americana da segunda edição da *Teoria Pura*, de 1967, é a tradução para o inglês da segunda edição alemã da obra, publicada, em 1960, por Franz Deuticke, a mesma editora que publicara, vinte e seis anos antes, a primeira edição. A tradução é de Max Knight, foi acompanhada e chancelada pelo próprio Kelsen. O tradutor reitera as palavras de autor ao afirmar que trata-se de uma versão completamente revista da edição de 1934. O que justifica com a afirmação de que, em 1934, Kelsen teria se limitado a formular os “resultados característicos” da *Teoria Pura*. Na segunda edição, ele teria tentado “resolver os problemas fundamentais de uma teoria geral do direito de acordo com os

²²⁰ KELSEN, Hans. “Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob”. In: *Annalen de Philosophie, Mit besonderer Rücksicht auf die Probleme der Als-Ob-Betrachtung*. Erster Band. Leipzig: Felix Meiner, pp. 630-658. 1919

princípios de pureza metodológica da cognição jurisprudencial, bem como determinar com mais extensão que antes a posição da ciência do direito no sistema das ciências”²²¹.

Algumas alterações, presentes na *Teoria Geral do Direito do Estado*, de 1945 (Cambridge) e na tradução da Primeira edição para o francês, de 1953 (Paris) encontram desenvolvimento na segunda edição alemã. Nesta, as mudanças mais importantes são apontadas nas notas de rodapé e pretendem uma exposição mais rigorosa dos princípios da teoria pura, a qual “permaneceu essencialmente a mesma”.

O aumento da diversidade de conteúdos das ordens de direito positivo pôs para uma teoria geral o perigo de perder de vista as partes do fenômeno legal na definição de seus conceitos fundamentais. Alguns deles podem ser demasiado estreitos, outros muito amplos. Kelsen esteve ciente desse perigo. De fato, estar ciente desse problema pode ser o que o levou a incorporar ao texto da segunda edição reflexões que são respostas às críticas dirigidas à teoria pura, o que pode mesmo ser uma das razões da publicação de sua segunda edição. Uma teoria elaborada nos moldes generalista e universalista teoria pura, bem como o comportamento insistente do autor em sustenta-la no tempo, pode pretender substituir todas as outras. A *Teoria Pura* de 1960 poria, então, os termos para toda a teoria do direito futura. Absorver as críticas na reelaboração do texto é uma estratégia astuta para lograr tal objetivo.

A tradução para o inglês representa um meio termo entre sua natural atenção ao conteúdo e as preocupações formais do tradutor. A imensa experiência de Kelsen com interpretações equivocadas da obra com traduções que operaram sobre ela alterações demais foram decisivas na escolha pela manutenção do estilo aparentemente repetitivo próprio do alemão e de traduções que preferem correr o risco de espelhar muito literalmente o texto original.

3. GENERALISMO UNIVERSALISTA E SENTIDO POLÍTICO DA TEORIA PURA

²²¹ KNIGHT, Max. “Preface”. In: KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. p. v. 1967

A teoria pura de Kelsen é teoria geral que guarda notas da teoria do conhecimento de Immanuel Kant, mas não sua filosofia moral. Seu cosmopolitismo realiza a interessante operação de opor ao absolutismo axiológico o universalismo relativista, numa espécie de teoria geral da diferença. Boa parte de suas principais teses, repousam sobre o generalismo universalista, o qual representa uma das dimensões mais importantes da reflexão de Kelsen sobre a missão e os limites da ciência do direito²²². As teses da ciência consolidada na *Teoria Pura* são conhecidas: a hierarquização das normas remontada à norma fundamental de um ordenamento, a identificação do Estado com o direito (ou a dissolução daquele neste), a exclusão da noção de direito (e, portanto, de Estado) de qualquer referência a valores, em especial aos de justiça, porque irracionais, a impossibilidade de que o direito sirva de instrumento de fixação ideológica ou política, a substituição do princípio da causalidade das ciências naturais, pelo da imputação, que orienta especificamente a ciência do direito e a elaboração de um modelo normativo geral (e de submodelos) válido para todas (ou quase todas) as ordenações jurídicas. Como método, Kelsen estabeleceu as condições mínimas para a elaboração de uma ciência do direito: a colocação entre parêntesis dos conteúdos “nominais” desta ou daquela ordenação em favor do estudo das estruturas formais das ordenações.

Tem-se em conta que não é possível tratar de argumentos teóricos sem aludir ao que estava em jogo quando a teoria foi produzida e recebida. Menos para dizer sobre o significado dado pelo autor à obra, do que para dizer sobre aquele que lhe foi dado pelo contexto que a recebeu. Sobre isto, tomar-se-á a indicação do próprio Kelsen de que o período de produção da teoria pura não era o mais próprio para sua recepção. Segundo o autor, a teoria que vinha construindo desde 1911, com *Problemas Capitais de Teoria do Direito Público*, não poderia encontrar boa acolhida em 1934, quando chegaria ao público com o nome de *Teoria Pura*, num contexto de instabilidade e política e cultural. Para

²²² GOYARD-FABRE, S. *Filosofia Crítica e Razão Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p 111.

Kelsen, a teoria pura só seria reconhecida em uma época de normalidade e de equilíbrio social²²³.

Em 1934, iniciava-se o Terceiro Reich de Hitler. No ano seguinte, o nazismo iniciaria o processo que culminaria com o extermínio de milhões de judeus. Os próximos anos seriam, com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, ainda mais tormentosos. De fato, já na República de Weimar, contexto de formação de Kelsen, não havia falar-se em estabilidade. A orientação democrática e liberal da Constituição de Weimar não foi recebida sem resistência.

Nesse contexto, o pensamento de Kelsen encontrava forte resistência. A Constituição adotara o Estado de Direito, embora essa escolha não tivesse sido acompanhada pelo pensamento em vigência à época. A teoria do direito tradicional continuava a seguir o modelo do Direito de Estado²²⁴. A chamada Escola Alemã do Direito Público, de Gerber, Laband e Jellinek havia se esforçado para construir uma teoria do Estado adaptada às mudanças históricas e ao declínio do modelo então vigente na Alemanha, de traço senhorial e feudal. À ordem política caracterizada pela hierarquia, pela supremacia das famílias tradicionais e da nobiliarquia, deveria seguir-se um modelo de Estado de base legal. Essa transição não se deu, entretanto, sem recurso a um elemento autoritário, pois o Estado seguia visto como uma instituição “natural” que encarnava a nação. Os atributos outrora associados ao Imperador foram atualizados no Estado, o qual se legitimou, então, por sua substância. A operação fixou sua correspondência com os interesses e sentimentos populares, estabelecendo o Estado pelo vínculo emotivo e pela representação fundada na comunhão do povo com as instituições, em vez de por vias procedimentais, fundar uma representação formal.

A oposição entre Estado de Direito e Direito de Estado havia gerado um debate que, em princípio, se apresentava apenas metodológico, mas que

²²³ KELSEN, H. “Prefácio à primeira edição”. In. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

²²⁴ Essa foi a grande dicotomia do período no campo da teoria do Direito. MÜLLER, I. Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht. In: Leviathan, n.7, 1979, p. 309 e ss e WALTHER, M. Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im “Dritten Reich” wehrlos gemacht? Zur Analyse und Kritik der Radbruch-These. In: DREIER, R. SELLERT, W, (orgs). Recht und Justiz im “Dritten Reich”. Frankfurt-am-Main: Suhrkamp, p. 323-354, 1989, p. 325 e ss.

continha questionamentos ideológicos e políticos. Para Jellinek, o Estado tinha uma dimensão dual: ao lado da face normativa e institucional, possuía natureza física, isto é, além de ser institucionalidade e juridicidade, o Estado era um ser em si mesmo, o qual, mediante normas de direito, se autorregulava em suas relações com os cidadãos. Esse ponto era incompatível com a tese kelseniana de que o Estado não contém qualquer faticidade pré-jurídica, porque, ainda que a ação de seus órgãos e instituições sejam da ordem dos fatos, elas só existem em razão do direito. O Estado está no tempo na medida em que, como um artifício jurídico, é como construção e, como tal, dependerá sempre de conjunturas históricas, jamais podendo pretender-se acima do devir histórico em nome de uma configuração necessária, ou natural.

O caráter antimetafísico da concepção de Estado de Kelsen distingue seu positivismo daquele do século XIX, seja da Escola da Exegese ou da Jurisprudência dos Conceitos, seja da Escola Alemã. Entre as concepções idealizadas de Estado daquelas, e a pretensão desta de validar um esquema análogo para o Direito Público, o esquema de Kelsen se apresentava como uma forma de antiestatismo. Por este motivo, sua teoria do direito e, por consequência, sua teoria política antimetafísica foram duramente criticadas durante a República de Weimar. Poucos autores prescindiriam do estatismo numa Alemanha derrotada pela Primeira Guerra e marcada pela nostalgia. Assim, durante a República de Weimar, as teses de Kelsen eram minoritárias, e constantemente atacadas pelo estatismo, pelo nacionalismo e pelo autoritarismo nostálgico.

Tendo sido um instituto da Constituição de Weimar o instrumento mobilizado para normalizar a exceção do nazismo, a *Teoria Pura* pode ser lida como uma longa resposta de Kelsen ao “assalto à razão” que representava o contexto de “tentação das ideologias”, propício ao surgimento dos regimes totalitários e ditaduras que resultariam nas duas Guerras Mundiais²²⁵.

225 SQUELLA, Augustin. ¿Que queda de la teoría pura del derecho? Belo Horizonte: Del Rey, 2006. apud. MATOS, A. “Prefácio”. In. *Contra o absoluto*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 14.

A posição intelectual de Kelsen, contrária a absolutos, é tributária de sua formação e se manteve por toda sua longa e produtiva carreira²²⁶. Mesmo no exílio ao qual fora forçado pela perseguição nazista, Kelsen manteve os traços do intelectual da Viena na qual se formou. Estudou e lecionou na Universidade de Viena no começo do século e herdou a tradição de reunião de várias nacionalidades e línguas em torno do Estado multinacional do Império Austro-Húngaro reunia.

De certa forma, a queda do Império não representou somente uma derrota militar, mas a ascensão dos particularismos que opuseram austríacos, húngaros, romenos, sérvios, búlgaros etc. O “cosmopolita Kelsen²²⁷” respondeu aos eventos com uma teoria “igualmente cosmopolita”. Com sua teoria geral do direito, resistia aos particularismos dos nacionalismos e aos seus modos de construção de identidades por meio da negação da diferença²²⁸. Com isso, antecipou, ao mesmo tempo, as consequências dessas ideologias. De fato, o que separa o generalismo universalista de Kelsen do absolutismo ideológico dos movimentos que lhe foram contemporâneos é a astúcia de Kelsen de, ao aproximar-se da realidade, antever suas possibilidades e oferecer-lhe uma resposta teórica. Em que pesem as tradicionais acusações de que a teoria pura teria fornecido as bases teóricas para o nazismo, e que Kelsen era uma espécie de irrealista ingênuo, a ideia de que a teoria pura foi uma resposta é poderosa.

Não é incomum que contextos que sucedem a circunstâncias históricas em que os homens demonstram seu potencial destrutivo produzam pensamentos investidos em apontar a necessidade de conter, através da razão, os avanços da vontade humana. Não foi outra a natureza do argumento histórico filosófico contido na obra de Kant diante dos descaminhos de terror da Revolução

²²⁶ Em 1930, dirigiu-se à Alemanha, mas sua origem judaica e sua imagem pública de redator e guardião judicial da primeira Constituição democrática da Áustria o tornaram vulnerável à perseguição nazista. Após buscar refúgio em outros países, chegou aos Estados Unidos em 1940, onde se estabeleceu e se aposentou como professor da Universidade da Califórnia, vindo a falecer em 1973.

²²⁷ Sobre a essa inscrição intelectual de Kelsen, talvez a melhor definição seja o paralelo entre a orientação católica do vienense e a personalidade universalista de Kelsen. KUNZ, Josef. La teoría pura del derecho: cuatro conferencias en la escuela nacional de jurisprudencia. México: Nacional, 1974, p. 11-12.

²²⁸ MATOS, A. “Prefácio”. In. *Contra o absoluto*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 15.

Francesa. Cada uma das duas edições da *Teoria Pura* foi produzida após guerras mundiais. Em ambas, o generalismo universalista característico daquele tipo de pensamento, e típico do esclarecimento do século XVIII, é vertebrado pela razão científica capaz de tornar o direito autônomo diante da vontade política. Desta maneira, a missão da teoria pura pode ser remontada ao episódio de apropriação nazi do Art. 148 da Constituição de Weimar, ao qual se atribui a legitimação jurídica da exceção do regime nazista²²⁹. Isto é, impedir que o direito se tornasse instrumento de usos ideológicos e, com isto, impedir a atualização de seus efeitos devastadores.

A teoria do conhecimento a qual recorre a ciência do direito de Kelsen torna possível lidar com a constatação de que homens creem no que sentem. Mesmo de boa fé, advogam suas crenças como se fossem verdades, levando-as às últimas consequências. Ao se moverem de forma interessada, podem chegar a adotar quaisquer meios para ver contemplados seus interesses. Para a teoria pura importa, portanto, saber que tudo quanto for conhecido passará pelos filtros impuros da experiência humana. Assim, conhecer um objeto depende do reconhecimento de que ele será reconstruído pelas crenças e interesses do sujeito. Depende da ciência, reconstruí-lo de forma pura, científica.

Por supostamente advogar a obediência à lei, independentemente de seu conteúdo, a teoria de Kelsen teria sido cúmplice do poder que realizou a obra de destruição da Europa a partir da década de 1930. Trata-se de uma tese popular entre os juristas que, no pós-guerra, procurando devolver ao direito um componente de justiça, se mantiveram fiéis aos postulados jusnaturalistas²³⁰. E não se restringe ao pensamento de Kelsen, reunindo sob a acusação a orientação positivista como um todo.

Sob o nazismo, a teoria do “perigoso judeu liberal” foi objeto de desprezo geral. Não obstante, no pós Segunda Guerra, se impoiam às teses kelsenianas toda culpa pelas práticas do nazismo. Boa parte dos professores que escreveram textos de exaltação ao Führer como suprema fonte do direito alemão dirão que

²²⁹ MATOS, A. “Prefácio”. In. *Contra o absoluto*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 13.

²³⁰ MATOS, A. “Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da *reductio ad Hitlerum*”. In: DIMOULIS, D; DUARTE, É. *Teoria do direito naeoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, p. 103-127, 2008.

tudo se deveu a uma espécie de ofuscamento operado sobre suas consciências pelo pensamento kelseniano e seu suposto lema de que lei é lei, não podendo ser atacada e devendo ser rigorosamente cumprida. Foram os casos de Hermann Weinkauff e Karl Larenz. Havia também quem, como Gustav Radbruch, buscasse uma maneira de reprovar as ações dos funcionários e juizes e, ao fazê-lo, conduzisse a argumentação atacando as teses por eles mobilizadas. Isto é, para reprovar as ações do nazismo, atacavam as teses que os atores do nazismo utilizavam para se defender e, com isto, atacavam as teses de Hans Kelsen.

Consolidou-se uma leitura de Kelsen que confundia, propositadamente, validade jurídica com obrigação moral. Quando o positivismo kelseniano traçou sua teoria da validade do direito, pretendeu oferecer um critério que permitisse diferenciar o direito dos demais sistemas de normas, isto é, distinguir, no plano da descrição, as normas jurídicas das normas morais, religiosas e sociais. Mas, em razão da separação conceitual entre direito e moral, confundiu-se a autonomia das normas que definem a validade, com a obrigação moral de obedecer o direito. A tese de Kelsen afirma que as normas de validade são estabelecidas autonomamente por cada sistema normativo, pelo que, uma norma jurídica não deixa de ser válida (jurídica) por não ser moral, da mesma forma que uma norma moral não é menos válida (moral) por não ser jurídica. Kelsen jamais afirmou a exigência moral de obedecer a normas jurídicas ou a obrigação jurídica de obedecer a normas morais. Aqueles que, durante o nazismo, sentiram-se impelidos a obedecer às normas jurídicas do regime, fizeram-no por outro motivo.

Também a doutrina jurídica alemã do pós-guerra responsabilizou Kelsen pela submissão dos juristas aos ditames do nazismo. Essa ideia pôs a possibilidade de renascimento do jusnaturalismo de base religiosa. Entretanto, a bibliografia sobre o assunto está assentada na posição de que o nazismo não só distanciou-se verbalmente do positivismo, negando-lhe compatibilidade com o povo ariano, como as estratégias adotadas pelo regime para legitimar seus crimes foram todas veementemente antipositivistas. De sorte que fala-se num “embuste do positivismo” para tratar das estratégias discursivas da teoria do direito do pós-

guerra²³¹ e para livrar de responsabilidade autores e funcionários do regime, os quais nunca foram kelsenianos ou positivistas²³². Superada a tese de responsabilidade do positivismo do episódio do nazismo, a qual não resiste ao exame histórico, evidencia-se a razão final da acusação: determinar como fundamento de cientificidade a inscrição jusnaturalista do pensamento e excomungar do campo científico toda orientação positivista.

Como se viu, não surpreende a presença da epistemologia de matriz kantiana em uma obra cujos momentos de publicação sucedem a contextos de guerras mundiais. Sabe-se da dimensão finalística da filosofia kantiana e que, historicamente, os pós-guerra são momentos acolhem argumentos histórico filosóficos. Ao se pretenderem adequadas a quaisquer circunstâncias, tais teorias tendem a supor que o universal tem morada em qualquer lugar, sendo uma perspectiva teórica alentadora para o futuro de um cenário cujo presente é a destruição. Entretanto, surpreende que uma tradição filosófica que tem essa consequência normativa seja a escolha de um autor como Kelsen.

Reagir ao absoluto, mesmo quando aparentemente benfazejo, como nas justificações da validade do direito associadas a uma concepção de justiça, típicas da jurisprudência positivista tradicional²³³, é uma espécie de missão de Kelsen. Objetivo, aliás, associado ao desejo de realizar completamente o projeto positivista, livrando-o do resíduo de direito natural irracional que, para ele, é a ideia de justo. Assim, não obstante o caráter generalista universalista do projeto de Kelsen, qualquer recurso ao absoluto e, portanto, a uma consequência finalista ou normativa *da Teoria Pura* é algo expressamente rechaçado pelo autor.

Entretanto, a legitimação de um sistema de pensamento depende de certo número de condições. Não podendo contar com um fundamento moral, Kelsen funda sua teoria pura no objetivo de distanciar dela o direito e, com isto,

²³¹ RÜTHERS, B. "Geschönte Geschichten, Geschönte Biographien: Sozialisationskohorten". In: *Wendeliteraturen – ein Essay*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 93. Apud. GARCIA AMADO, J. "É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen?" In: MATOS, A. (org.) *Contra o absoluto*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 236.

²³² GARCIA AMADO, J. "É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen?" In: MATOS, A. (org.) *Contra o absoluto*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 236.

²³³ A expressão *jurisprudência tradicional* é de Kelsen, a qual utiliza sempre que quer se referir à tradição da jurisprudência que antecede ou resiste à teoria pura e que, portanto, não participa de seus postulados de pureza metodológica e de autonomia face a valores.

neutralizar os usos políticos das formas jurídicas, bem como indicar a inviabilidade de fixar como absolutos valores que são sempre, por natureza, relativos. A legitimação teórica de seu sistema, desde uma epistemologia em cujo centro está uma discussão sobre o limite da possibilidade de conhecer sem recurso à metafísica (no caso de Kelsen, ao justo), denuncia o desejo de participar da realização de uma ordem que abra caminho para a coexistência pacífica de valores plurais. A adoção de tal epistemologia pode indicar, portanto, o desejo pela ordem que melhor exponha suas preocupações.

Kelsen põe ambas as edições da *Teoria Pura* em diálogo com as conseqüências que ele atribui ao cenário de pós-guerras²³⁴. Isto poderia não ter importância. Mas é possível notar que os momentos que sucedem conflitos políticos que assumem a dramática expressão violenta das guerras são dados a produzir pensamentos em pânico. E isso não é verdadeiro somente acerca das Grandes Guerras Mundiais. Note-se o exemplo da Revolução Francesa e o pensamento de um autor como Joseph De Maistre, cujo reacionarismo alarmado é exemplar do ponto que se pretende fazer.

Quando se fala em reacionarismo alarmado, ou em pensamento em pânico, faz-se referência a duas coisas. O pânico se deve à atitude compreensível de querer, com máxima rapidez, explicar os acontecimentos e postular, através das explicações, formas de impedir repetições futuras. Os autores estão ou envolvidos com isso, ou com a antipática missão de sanear suas produções anteriores que fracassaram em antever, prevenir ou impedir tais acontecimentos. O resultado é frequentemente um pensamento que quer algo do passado. Mas não de forma conservadora, vinculada à regularidade da história. O reacionário não quer voltar ao momento que antecede a revolução. Ele recusa esse momento maldito que, afinal, franqueou sua possibilidade. Neste ponto - e só neste -, um reacionário está mais perto de um revolucionário do que de um conservador. Ele quer romper, só que para trás.

²³⁴ “Antepus a esta segunda edição o prefácio da primeira. Com efeito, ele mostra a situação científica e política em que a Teoria Pura do Direito, no período da Primeira Guerra Mundial e dos abalos por ela provocados, apareceu, e o eco que ela então encontrou na literatura. Sob este aspecto, as coisas não se modificaram muito depois da Segunda Guerra Mundial e das convulsões políticas que dela resultaram.” KELSEN, Hans., *Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. XVII.

Kelsen é um autor do pós-Primeira Guerra, na qual atuou como conselheiro jurídico do Ministério da Guerra Austro-húngaro. Sua experiência não foi de trincheira, como a de um autor como Louis Ferdinand Céline que, a par de ser um grande ficcionista, apresentou sobre a experiência da guerra reações análogas em gravidade as de De Maistre, do qual era voraz leitor. Obviamente, esses contextos não produzem só o desejo pelo Deus temível do Antigo Testamento de De Maistre, ou colaboracionismo infame de Céline. Mas parecem fazer terreno fértil para uma opção teórica que é, no Direito, recorrente: as formas teóricas que surgem nesses momentos apresentam o retorno à metafísica jusnaturalista e o desejo de fixar o direito desde um absoluto justo.

Isso se evidencia nas formas segundo as quais a *Teoria Pura* foi recebida em ambos os pós-guerras. Após a Primeira Guerra, os abalos sociais por ela provocados impactaram também a acolhida de uma teoria que pretendia isolar a reflexão sobre o direito de imprecisões políticas através do tratamento científico. Após a Segunda, os limites entre ciência e política voltam a ser borrados no campo do conhecimento sobre o direito. Reconhecida a potência argumentativa e legitimadora de posições do direito no embate político, os horrores da guerra voltam a provocar nos teóricos o desejo de prescrever ao direito um conteúdo, protege-lo através da moral de apropriações violentas.

Para Kelsen, uma opção assim não é mais do que fixar uma moral em detrimento de outras. Para Kelsen, isso pode ter perigosa importância política. Por isso recebe o nome de política jurídica. E pretender fazê-lo revestindo a reflexão de status científico é uma aberração. Se uma ciência objetiva reduz-se a descrever de forma isenta seu objeto, a operação de moralizar de forma parcial, mas científica, o direito é uma contradição em termos.

Talvez seja possível supor que, segundo o preceito kelseniano de que ciência do direito é o mesmo que teoria pura do direito, o gesto de fixar um conteúdo moral geral para o direito, denominando-o justo e revestindo-o de status científico é análogo ao de justificar uma posição política abjeta reivindicando para ela alguma sorte de juridicidade. São todos gestos de *política jurídica*. É por meio desta esta operação intelectual que Kelsen é capaz de acolher o Kant da *Crítica*

da *Razão Pura*, mas não o da *Metafísica dos Costumes*. Em Kelsen a razão é uma só, mas os valores não.

Proteger o direito para Kelsen é garantir que ele possa ser descrito sem que a forma da descrição necessite recorrer a seu conteúdo. E só assim esse conteúdo, que varia de ordenamento para ordenamento, pode ser descrito. Precisamente por este motivo, a teoria de Kelsen é geral e mobilizável para apreciação de qualquer ordenamento. Entretanto, exatamente por ser generalista, ela é tolerante. Os diferentes usos dessa tolerância à variedade de valores, o relativismo axiológico kelseniano, tem um episódio famoso no Brasil.

4. PARECER DE KELSEN ACERCA DA COMPETÊNCIA DA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE DE 1933

Em outubro de 1933, Kelsen elaborou um parecer acerca da competência da Assembleia Constituinte, a qual seria instaurada logo depois, em 15 de novembro do mesmo ano. Trata-se de um documento famoso, embora ainda pouco estudado. Nele, Kelsen oferece argumentos de teoria pura²³⁵, refletindo sobre a soberania da Constituinte, concluir pela identificação entre o Regimento²³⁶ posto em 5 ou 7 de abril de 1933²³⁷ por Decreto do Governo Provisório²³⁸ e a norma fundamental. Desta maneira, a Constituinte seria posta por aquele governo através daquela norma, razão pela qual não se caracterizaria, por tratar de norma hierarquicamente superior, ingerência do Governo Provisório na Assembleia Constituinte. Tampouco haveria prejuízos à sua soberania, pois, afinal, de acordo com a teoria monista de Direito Internacional de Kelsen, não há falar-se nem na soberania daquela Assembleia, nem na soberania dos Estados Nacionais.

²³⁵ “Respondo aos quesitos, não do ponto de vista político ou de direito natural, mas exclusiva e unicamente do ponto de vista do direito positivo.”

²³⁶ “Deduzo as minhas conclusões admitindo que para a situação da competência da Assembléia Nacional Constituinte não pode ser considerada outra norma de direito que o Regimento 22.621, de 7 de abril de 1933.”

²³⁷ A todo momento o texto do parecer se refere ao Regimento de 7 de abril, quando só se encontra um regimento decretado em 5 de abril de 1933 e publicado no DO no dia 8 de abril de 1933, o qual só tem 5 artigos, 97 menos do que as referências feitas ao longo do parecer.

²³⁸ O Governo Provisório pôs, através do Decreto 22.621 de 7 de abril de 1933, o Regimento da Assembléia Nacional Constituinte.

Kelsen responde a cinco quesitos ao logo do parecer. O primeiro interpela sua posição acerca da possibilidade do Governo Provisório, sendo governo de fato, originado de uma revolução, impor um regimento à Assembleia Nacional Constituinte. O ponto aqui é se isto representaria uma ofensa à soberania da Assembleia e se esta, por definição soberana, não poderia rejeitar o regimento. Ao primeiro quesito, Kelsen respondeu que “não existe diferença essencial entre um governo de fato e um governo “de jure” em direito das gentes e menos ainda no domínio do direito constitucional”. E que o Governo Provisório era a *mais alta autoridade legislativa*, em razão mesmo de ser decorrência direta da Revolução de 1930.

A interpretação de Kelsen acompanha um ponto que se tornou popular na interpretação que se consolidou da Revolução de 1930. Desde 11 de novembro de 1930, o líder da revolução e chefe do Governo Provisório, Getúlio Vargas, baixou decreto²³⁹, assinado pelos novos ministros, e vigente à época da Constituinte, que dava ao governo o direito de exercer não apenas o poder executivo, mas também plena autoridade legislativa, “até que, eleita a Assembleia Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país”²⁴⁰. Através desse decreto a revolução começava a, pelo direito, legitimar-se. O lapso entre o momento em que tem início a revolução e instauração da Assembleia não é lido meramente como processo revolucionário, mas como se a ruptura se afirmasse através daquele governo novo, e não através do movimento que o pôs. Por este motivo, o Governo Provisório foi lido como a mais alta autoridade legislativa. De um ponto de vista de teoria pura, a lei que ele punha era hierarquicamente superior a todas as outras.

Por este motivo, dependeria “sem dúvida” daquele governo determinar *a convocação e a competência da Assembléia Nacional Constituinte*. Obviamente, o fato de que o instrumento legislativo que põe a Assembleia ser um Decreto não representa prejuízo para sua identificação como norma, haja vista que o Governo Provisório, em razão de sua excepcionalidade natural, acumula as funções

²³⁹ NOGUEIRA FILHO, Paulo. *Idéias e lutas de um burguês progressista: O Partido Democrático e a Revolução de 1930*. pp. 741-3.

²⁴⁰ SKIDMORE, Thomas E. *Brasil : de Getúlio a Castello (1930-64)*. São Paulo: Companhia das Letras. p. 46. 2010

legislativas e governa por decreto. Acerca da suposta incursão na autoridade da Assembleia Constituinte, Kelsen afirma sua concepção de soberania²⁴¹, a qual, “no verdadeiro sentido da palavra”, não poderia ser enquadrada no domínio do direito positivo. Para afirmá-lo, o autor avança que “nem mesmo o Estado como tal é soberano, pois acima dele se encontra o direito das gentes, que lhe confere direitos e obrigações”. Assim, não sequer haveria falar-se em soberania nacional, pois o direito das gentes, ou o direito internacional, é hierarquicamente superior ao direito posto pelos Estados nacionais. E como para Kelsen direito e Estado são uma coisa só, não há falar-se em soberania do Estado e, por este motivo, em prejuízos a ela.

Em suma, o ponto de Kelsen é que a Assembleia tem natureza de órgão do Estado²⁴², o Estado é igual ao direito, o direito põe a Assembleia, a qual é, portanto, uma previsão normativa hierarquicamente inferior à lei que lhe pôs. Mas nada disso importa quando o que se discute é incursão na soberania, porque nem o Estado é soberano. Ainda assim seria o caso de saber se a Assembleia Nacional Constituinte possui qualidades de órgão originário e supremo, a quem cabe fazer as leis e cuja competência é ilimitada. Em tal circunstância, não seria o Governo Provisório competente para impor limites à atividade da Constituinte. Mas este seria o caso de uma Assembleia que tivesse sido originada diretamente da revolução. Neste caso, ela seria constituinte do direito e não mais o Governo Provisório. Para Kelsen, não é o que ocorre no Brasil de 1933. Segundo o autor, a existência legal e a competência da Assembleia Nacional Constituinte fundam-se no regimento de 7 de abril de 1933. Ela é um órgão criado por um outro órgão, tendo se formado pelo caminho legal, isto é, por uma previsão legal que lhe é superior. E isto não se modifica pela “circunstância de a Assembleia ter o nome

²⁴¹ A investigação sobre a soberania, que veio a público em 1920 com o título *O Problema da Soberania*, levou Kelsen à idéia de unidade entre direito e Estado, o que o conduziu ao conhecimento de que o direito só pode ser pressuposto como direito positivo. Isto, por seu turno, recuperou a investigação sobre duas dimensões do *geral* no tema dos sistemas de normas: a possível relação entre os sistemas de normas, já enfrentado em 1914, e a necessária *unidade sistemática* de todo o direito positivo, entendido como o *todo* das normas supostamente válidas. Essas são duas teses centrais da teoria pura e, não por acaso, o livro sobre o problema da soberania trouxe, em seu subtítulo, a primeira aparição da expressão “teoria pura do direito”. Está nele também o primeiro aproveitamento kelseniano da doutrina da estrutura hierárquica de Adolf Merkel²⁴¹, o qual organiza o ponto da norma fundamental.

²⁴² “Ainda menos se poderia dizer que qualquer órgão do Estado seja soberano.”

de “Assembleia Nacional Constituinte”.

Portanto, a Assembleia não possuiria outros direito além dos que lhe foram outorgados pelo Regimento de 7 de abril de 1933. Por isso ela não poderia revogar o regimento e substituí-lo por outro. O regimento obriga a Assembleia Nacional Constituinte no sentido em que lhe regula e lhe determina a competência. De sorte que o regimento não pode ofender a competência da Assembleia porque é ele quem lhe atribui e delimita a competência. Mais do que isto, segundo Kelsen, o regimento era um elemento essencial da organização naquele tempo vigente. E, em razão disto, a Assembleia não teria o caráter de criadora da Constituição, mas de executora da elaboração da Constituição. A rigor, o que se dava era o contrário do que o sugerido no quesito 1: ofendendo as disposições do regimento, a Assembleia ofenderia a organização em vigor. A única hipótese em que a Assembleia poderia revogar ou substituir o regimento, seria mediante circunstâncias que revogassem a “organização”, a saber, outra revolução. Neste caso, a Assembleia tornar-se-ia “um órgão sob todos os pontos de vista constituinte, isso é originário e supremo criador da Constituição.”

No Quesito II, Kelsen é interpelado sobre os arts. 101 e 102, constantes das Disposições gerais do referido regimento, os quais limitam a competência da Assembleia Nacional Constituinte, vedando-lhe discutir e votar projetos de lei. A ela incumbiria apenas tratar das questões referentes à elaboração da Constituição, eleição do Presidente da República e aprovação dos atos do Governo Provisório. Argüiu-se no quesito II se tal limitação não representaria nova ofensa à soberania da Assembleia, a que Kelsen respondeu que os arts. 101 e 102 significam a limitação da competência da Assembleia, não existe, porém, incursão na soberania, pois, de acordo com os motivos por ele anteriormente salientados, a Assembleia nem é soberana, no verdadeiro sentido da palavra, nem é órgão originário e supremo criador da Constituição.

No mesmo quesito, argüiu-se sobre a eleição do Presidente da República, a qual, prevista pelo regimento, importaria a adoção da Assembleia pelo regime republicano e, novamente, uma ofensa à sua soberania. A isto Kelsen respondeu que a disposição que se refere à eleição do Presidente da República significa igualmente a limitação da competência da Assembleia que tem poderes para

adotar a forma de estado republicana, mas não a incursão na soberania pelas mesmas razões que expusera anteriormente.

No Quesito III, está em questão o art. 14 do Regimento, o qual dispõe sobre a forma do compromisso a ser prestado pelos deputados à Assembleia de observar para a Constituição a forma Federal. A expressão contida no regimento é “Constituição Federal”, a qual faria prejudicar a adoção obrigatória “regime federativo”, o que representaria nova ofensa à soberania da Assembleia. A isto Kelsen respondeu que o caráter federativo da futura Constituição representa a forma republicana do Estado. Representa também uma necessária limitação à atividade legislativa da Assembleia, cuja não observância equivaleria à quebra da organização em vigor²⁴³.

O Quesito IV trata abertamente do objetivo de conter o avanço do Governo Provisório, ou de legitimá-lo através da resposta de Kelsen. A questão que se coloca refere-se a um governo que, tendo sido originado de uma revolução para ser provisório, não sendo pensado com vistas à instituição de um regime ditatorial “permanente”, ao convocar uma Assembleia Constituinte, transmitiria a ela, por essa circunstância, a plenitude de seus poderes, razão pela qual ela se tornaria soberana. A isto Kelsen responde que as capacidades do poder de um governo originado de uma revolução não podem ser determinadas do ponto de vista do direito positivo pelos objetivos que teve o movimento revolucionário no início. A denominação de um governo como “provisório” tem geralmente uma significação política e de nenhum modo uma de direito positivo. Kelsen segue na resposta com as teses da primeira edição da teoria pura de que um governo possui os poderes que quer possuir sob a condição de que possa obter geralmente a obediência às suas prescrições. É o princípio da efetividade que vale para um governo originado de uma revolução como princípio de direito positivo. A indicação sobre as intenções do movimento revolucionário não fundamento

²⁴³ Kelsen segue dizendo que “as disposições do Regimento de 7 de abril de 1933 que se referem à forma republicana do Estado e ao caráter federativo da futura Constituição são previstas, não direta, mas indiretamente. É um método jurídico-técnico que, apesar de ser muito duvidoso, é sempre possível e, infelizmente, representa, não raro, o meio de dar expressão à vontade legislativa”. Com o que demonstra considerável tolerância ao que se pode chamar de certo informalismo jurídico.

suficiente para que possa obrigar o governo a transmitir a totalidade dos seus poderes a uma Assembleia Nacional Constituinte por ele próprio criada.

O tema segue no Quesito V, no qual argui-se sobre o Governo Provisório continuar a conservar os poderes ditatoriais que tinha conquistado por meio da vitoriosa revolução após promulgada a Constituição, ao que Kelsen responde com um categórico “a resposta a este quesito é dada já na resposta ao quesito IV”. De acordo com as conclusões de Kelsen, o teor da futura Constituição já estava prejudicado pelo Regimento de 7 de abril de 1933. Não há falar-se em incursão na soberania, porque nem o Estado é soberano, de sorte que há, antes de mais nada, o emprego impróprio do termo. Além disso, e talvez mais importante, a revolução de 30 se realizou através do direito. Direito posto pelo Governo Provisório, o qual, por seu turno, pôs a Assembleia. A julgar pelas considerações de Kelsen, o resultado do parecer é de que a nova ordem não seria posta pela Constituição da 1934, mas já havia sido posta desde a expedição do primeiro decreto de Vargas.

Até agora não se tem controle sobre as circunstâncias de solicitação do parecer. A pedido de Tercio Sampaio Ferraz, o texto foi disponibilizado pelo Kelsen-Institut e publicado no Brasil em 1995 na Revista Trimestral de Direito Público²⁴⁴. Posteriormente, foi inserida como anexo na tese de doutorado de seu então orientando, Ari Marcelo Sólton²⁴⁵. Em ambas as publicações, a análise oferecida é a mesma e de autoria deste último, sendo dedicada a uma reflexão jusfilosófica sobre Kelsen. Na dissertação de mestrado de Roseli Torrezan²⁴⁶ esboça-se uma apreciação circunstanciada do parecer, provavelmente interrompida pela ausência de fontes que sobre ele forneçam mais dados.

Tal como foram formulados, os quesitos não poderiam ter prestado pior serviço à Constituinte, ou favorecido tanto a autoridade do Governo Provisório. Ou

²⁴⁴ KELSEN, Hans. “A competência da assembléia nacional constituinte de 1933/34”. Revista. Trimestral de Direito Público, São Paulo, n.9, p.5-8. 1995

²⁴⁵ 1997: KELSEN, Hans. “A competência da Assembléia Nacional Constituinte de 1933/34” (Parecer). In: SOLON, Ari Marcelo. Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, pp. 215-219. 1997

²⁴⁶ TORREZAN, Roseli. *O Governo Provisório na Constituinte de 1933/34*. Dissertação de Mestrado (Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie - São Paulo. 2009

se desconhecia a concepção kelseniana de soberania, recorrendo constantemente ao termo para reconhecer à Assembleia o que de um ponto de vista kelseniano ela não tem, ou se controlava de forma aguda as possíveis adulterações da vontade de tolerância da teoria pura. Ou a solicitação dirigida a Kelsen representa mais uma derrota do constitucionalismo liberal brasileiro da década de 30, ou a escolha do liberal e democrata Kelsen para legitimar a ingerência de um governo de exceção sobre o momento de constitucionalização da ordem foi deliberada e, àquela altura, operada por alguém ligado ao Governo Provisório e dotado de clarividente astúcia político-jurídica.

Apesar de constantemente reafirmar a necessidade de tratar o direito desde um ponto de vista politicamente neutro, o vínculo de Kelsen com a legalidade liberal e com a teoria democrática são conhecidos. Kelsen é autor de uma teoria da democracia²⁴⁷, na qual afirmou tratar-se da forma de governo mais afinada com o relativismo axiológico, operador teórico da necessidade de impedir que o cientista do direito se imiscuísse com a política e participasse da fixação de valores particulares como absolutos.

De sua afinidade liberal o autor também ofereceu, ao longo de sua vida profissional, diversas manifestações. Quando, ao final das primeiras décadas do século XX, o “colapso de Weimar” deu lugar a um governo por decreto presidencial, Kelsen, pouco antes do exílio, vislumbrou onde terminaria a linha de raciocínio de seu opositor, Carl Schmitt, então o mais importante jurista da direita alemã. Consta do clássico ensaio de 1930, o argumento de Kelsen de que a revisão constitucional dos atos do executivo pelos juízes era o caminho lógico para garantir que a ação do governo obedecesse a limites legais²⁴⁸. Curiosamente, o texto em que argumenta em favor de uma revisão que garantisse o princípio da “máxima legalidade” precede o texto do parecer em apenas dois anos.

O que se evidencia sobre a posição de Kelsen no episódio narrado acima é verdadeiro sobre a teoria liberal em geral. O princípio da legalidade obedece à necessidade liberal de estabelecer limites jurídicos à ação dos chefes de

²⁴⁷ KELSEN, Hans. *A democracia*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²⁴⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

governo²⁴⁹. De fato, pelo menos dois componentes são centrais à teoria liberal, a qual se desenvolve quando da resistência às formas absolutas de governo: uma teoria do poder e uma teoria da justiça. Assim, o liberalismo se desenvolveu, em todas as suas expressões, como uma teoria sobre como a autoridade se constitui e uma teoria sobre as formas de constrangê-la²⁵⁰.

Entretanto, esses são todos argumentos de circunstância. Eles resistem porque a dimensão universalista do pensamento de Kelsen, a qual já foi salientada e será desenvolvida a diante, é um dos elementos cardeais da teoria liberal clássica. Também o debate contemporâneo indica que, como um corpo de ideias e aspirações, o liberalismo é profundamente universalista. É egresso da compreensão do esclarecimento acerca dos direitos naturais e da razão humana. Mas se deve, sobretudo, à presunção de superioridade de sistemas sociais, econômicos e políticos construídos desde ideias e experiências liberais, decorrente ascensão de Estados liberais democráticos ao final do século XVIII como os Estados mais ricos e poderosos²⁵¹.

Embora liberal e democrata, e embora os problemas que envolvem a atividade discricionária de um governo provisório lhe calassem fundo nos anos 30, Kelsen produziu um parecer sobre a competência da Assembleia Nacional Constituinte brasileira de 1933 para auxiliar a mensurar o quão soberana face ao Governo Provisório era a Assembleia. Nele, reconheceu ao Governo de exceção chefiado por Getúlio Vargas a possibilidade jurídica de intervir na atividade da Constituinte.

O contexto de tal solicitação ainda é incerto, mas a conclusão do parecer dá suporte à tese do Governo Provisório de que, tendo sido um instrumento normativo revolucionário que pôs a Constituinte, seria ele o soberano, não ela. Não causa espanto que a legalidade imposta aos atos do governo, característica da teoria constitucional, não valesse antes de posta a Constituição. Mas é de se

²⁴⁹ DUZENHAUS, David. "Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?". In: *The American Political Science Review*. Vol 91. No. 1 (Mar, 1997), p. 127

²⁵⁰ STAR, P. "North America". In: *The Europaeum co-sponsored conference Liberalism in East and West*. Geneva: Graduate Institute, 2009, p. 15.

²⁵¹ DWORKIN, R. "Concluding Debate". In: *The Europaeum co-sponsored conference Liberalism in East and West*. Geneva: Graduate Institute, 2009, p. 145.

estranhar que a tese da possibilidade de ingerência do chefe do Governo Provisório sobre os atos da Constituinte fosse procurar, e viesse a encontrar, abrigo em um teórico liberal e democrata.

Talvez se tenha operado no Brasil uma curiosa equivalência entre o positivismo sociológico e o jurídico. Uma das finalidades daquele é organizar a sociedade, ao passo que o objetivo deste é organizar o conhecimento do direito. Caso se tenha equivocadamente inscrito o Kelsen, porque reconhecidamente positivista, no primeiro tipo, a solicitação de um parecer seu para reconhecer poderes ao Governo Provisório não surpreenderia. Como consequência, embora os referidos positivismos correspondam a orientações teóricas distintas, pertinentes a campos diferentes e que, sobretudo, não visam aos mesmos resultados, Kelsen poderia ter sido lido como um positivista cuja teoria se prestaria a fundamentar formas (autoritárias) de Estado.

A par do flagrante equívoco de confundir o positivismo sociológico com o jurídico, o parecer efetivamente reconheceu poderes ao Governo Provisório, e o fez desde as teses clássicas da teoria pura. Importa, portanto, saber que dimensão da teoria pura de Kelsen deu passagem a uma interpretação desse tipo. Possivelmente, uma das características mais tipicamente liberais de seu pensamento, o generalismo universalista.

O que permitiu que a teoria do direito de Kelsen tivesse a pretensão de servir à interpretação de quaisquer ordenamentos jurídicos existentes e vindouros, isto é, o que lhe permitiu propor a universalidade da teoria pura, foi o fato de que toda apreciação deve submeter os conteúdos variáveis a um esquema constante, lógico. Em razão desse objetivo, e por ser fiel a ele, Kelsen teria podido identificar em um decreto do Governo Provisório a norma fundamental a reger a ordem social brasileira em 1933. E, em respeito ao postulado de neutralidade da ciência e do cientista, pôde fazê-lo a despeito de suas convicções pessoais.

Cada um desses aspectos precisa de desenvolvimento próprio. O que se pretendeu fazer foi examinar o universalismo como o que caracteriza a afinidade liberal da teoria pura e, ao mesmo tempo, a torna vulnerável a apropriações espúrias, isto é, antiliberais. Sobre esses usos no Brasil, analisou-se o parecer de

Kelsen acerca da competência da Assembleia de 1933 tão detidamente quanto possível, tendo em vista a ausência de documentos que elucidem sobre seu contexto de solicitação, assim como sobre suas consequências.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presença de Kelsen no pensamento jurídico brasileiro antecipou um equívoco de interpretação. A influência de Kelsen no Brasil, quando dos eventos que antecedem a elaboração da Constituição de 1934, se verifica no parecer produzido por Kelsen no contexto que antecede à Constituinte de 1933. Tal parecer, ao versar sobre os limites da competência da Assembleia, indicou que a norma posta pelo Governo Provisório tinha precedência hierárquica face às decisões e escolhas da Constituinte. Desta forma, segundo Kelsen, a norma fundamental a reger a organização social brasileira seria aquela posta pelo Governo Provisório, o qual teria, portanto, a possibilidade de intervir nas atividades da constituinte.

Entretanto, Kelsen foi um autor que dedicou sua vida intelectual a pensar a característica do direito que mais coloca desafios à reflexão científica sobre o fenômeno jurídico: os fatos de que o direito vertebrava ordens políticas e que os homens que pensam essas ordens, mesmo quando tentam fazê-lo de forma técnica e com isenção, são quase sempre muito próximos das burocracias do Estado. A ideia mesma de que seu pensamento seria responsável pela legitimação da experiência autoritária do país entre as décadas de 1960 e 1980, não é problemática, se o enfoque da acusação repousa sobre os usos da teoria pura, e não sobre ela mesma. Mas o parecer, ao legitimar juridicamente um governo de exceção, recoloca o problema das implicações autoritárias de uma teoria liberal e democrática em duas frentes: em primeiro lugar, porque o pensamento jurídico brasileiro teria se apropriado do pensamento de Kelsen, para fins legitimadores do autoritarismo, antes das operações que, de forma análoga, mobilizaram-no no contexto do pós Segunda Guerra; em segundo, porque impõe a revisitação ao parece problematizando o fato de que tal resultado teria sido

produzido por um texto de circunstância, o que afastaria a tese de que são os usos, e não a teoria pura, que legitimam ordens autoritárias.

Procurou-se verificar, em que pese o caso brasileiro, a procedência das teses de que a teoria pura fornece, de fato, fundamento teórico para formas autoritárias de Estado. A pesquisa que melhor poderia lançar luz sobre o episódio é a de reconstituição da rede de atores envolvidos com a vida pública brasileira em 1933. Esta pesquisa ainda está por fazer. É este o campo de investigação para o qual este estudo pretende contribuir. Entretanto, o espaço disponível em um artigo acadêmico não suporta uma pesquisa dessa natureza. Assim, analisou-se a possibilidade de remontar ao generalismo universalista a razão das consequências do pensamento de Kelsen contrárias às suas posições.

BIBLIOGRAFIA

AHEARN, P. **Collected Books**: The guide to identification and values. Maryland: Quill & Brush. 2011

ATIAS, C. **L'évolution de la philosophie du droit**. PUF. 1991

DYZENHAUS, D. "Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?" In: **The American Political Science Review**, Vol. 91, No. 1 (Mar, 1997), 121-134.

GAY, P. **Weimar culture**. Nova Iorque, WW Norton. 2001

GOYARD-FABRE, S. **Filosofia Crítica e Razão Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HART, L. A. H. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2006

_____. "Kelsen Visited", *UCLA LAW Review*, 10, 709-28, at 728, In: **Essays in Jurisprudence and Philosophy** (Oxford: Clarendon Press, 1983), 283-308, at 308. 1962-3.

_____. "Positivism and the Separation of Law and Morals". **Harvard Law Review**, 71 (1957-8), 593-629.

HELLER, H. **Teoria del estado**. Granada: Editorial Comares, 2004. p. 198.

HUME, D. Enquiry concerning Human Understanding, In: **Enquiries concerning Human Understanding and concerning the Principles of Morals**, edited by L. A. Selby-Bigge, 3rd edition revised by P. H. Nidditch, Oxford: Clarendon Press, 1975.

JELLINEK, G. **Teoría General del Estado**. Tradução Fernando de los Ríos Urruti. Buenos Aires: Albatrós, 1943.

KANT, I. **O Conflito das Faculdades**. Lisboa: Edições 70, 1993

_____. **Crítica da Razão Pura**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian. 2010

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Coimbra: Atlântida. 1960

_____. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. São Paulo: Editora Brasiliense. 1986

_____. **A Paz Perpétua e outros opúsculos**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Ed. 70. 1995

_____. **Prolegômenos a toda metafísica futura que possa apresentar-se como ciência**. São Paulo, Comp. Ed. Nacional. 1959

KAUFMANN, A. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Coleção Studium. São Paulo: Saraiva e C.A Editores. 1939.

_____. **Teoría Pura del Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Lousada, 1946

_____. **Introduction to the Problems of Legal Theory**. Clarendon Press: Oxford. 1992

_____. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado. 1976

_____. **Teoria Pura del Derecho**. 9. ed. México: Porruá. 1997

_____. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. São Paulo: Armênio Amado, 1987

_____. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2011

_____. **Pure Theory of Law**. Berkeley: University of California Press. 1970

KELSEN, H. "Philosophical Foundations of Natural Law Theory and Legal Positivism" [1928] In: **General Theory of Law and State**. Cambridge: Harvard University Press. Apêndice. p. 389-445. 1945

_____. **Teoria Geral do Estado**. Coleção Studium, no 8. São Paulo: Saraiva e C.A Editores. 1925

LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989

LEBRUN, G. "Uma escatologia para a moral". **A Filosofia e sua história**. São Paulo: Cosac Naify. 2006

LEGAZ Y LACAMBRA. **Kelsen, estudio crítico de la Teoria pura del Derecho de la Escuela de Viena**. Barcelona. 1933

LOUREIRO, F. P. "Prefácio". In: **Teoria Pura do Direito**, São Paulo: Saraiva. 1939

MÉTALL, R. A. **Hans Kelsen: vida y obra**. México: UNAM. 1976

MUSIL, R. **O homem sem qualidades**: romance. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1989

NETO, A. L. M. "A lógica deôntica de Kelsen e Cossio." **Scientia Iuridica XIX** (107): 3-12. 1970

PAULSON, S. (1993) Continental Normativism and Its British Counterpart: How Different Are They?, **Ratio Juris** Vol. 6:3, p. 240

_____. **Normativity and Norms**. Oxford: Clarendon Press. 2007

_____. "The very idea of legal positivism". In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte: no 102, pp. 101-137, jan./jun. 2011

_____. "The End of the Pure Theory of Law? Factors leading to Kelsen's 'Late Period' with its Will Theory of Law", organizado pelo Grup de Recerca de Filosofia del Dret, ministrado em 28 de novembro de 2011 na Facultat de Dret da Universitat de Girona. 2011

_____. "A 'Justified Normativity' Thesis in Hans Kelsen's Pure Theory of Law? Rejoinders to Robert Alexy and Joseph Raz", In: **Institutionalized Reason**. The Jurisprudence of Robert Alexy, ed. Matthias Klatt (Oxford: Oxford University Press), 61-111. 2012

POUND, R. "Law and Science or Law in Recent Theories", **Yale Law Journal**, 43, 525-36, at 532. 1933-4

RADBRUCH, G. **Filosofia do Direito**. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor. 1974

_____. "Le relativisme dans la philosophie da droit". In: **Archives de Philosophie du Droit e de Sociologie Juridique**. 1934

RAZ, J. **The Authority of the Law**. Oxford: Clarendon Press, 1979, 144.

_____. **Ethics in the public domain**. Oxford: Claredon. 1994

RECASÉNS SICHES. **Los temas de la Filosofía del Derecho, en perspectiva histórica y visión de futuro**. Barcelona: Bosh, 1934.

STAMMLER, R. **Tratado de Filosofía del Derecho**. trad. W. Rocés. Madrid: Reus, 1930.

VENERIO, C. M. S. **A Concepção de Democracia de Hans Kelsen: Relativismo Ético, Positivismo Jurídico, Reforma Política**. Santa Catarina: Ed. UNESC. 2010

VERDÚ, P. L. El orden normativista puro: supuestos culturales y politicos en la obra de Hans Kelsen. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, Nueva Época, n. 68, p. 53, abr/jun. 1990.

VERNENGO, R. J. **Curso de Teoría General del Derecho**. 2. Ed. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. 1976

VINX, L. Legality and Legitimacy In: Hans Kelsen's Pure Theory of Law. PhD, University of Toronto. 2006

WAGNER, F. S. **Maestros Alemanes de del derecho público**. VII. Madrid: Marcial Pos, 2004.

WARAT, L. A. W. **A pureza do poder**. Florianópolis: Editora da UFSC. 1983.

JUDICIARY AND PUBLIC POLICY IN BRAZIL

Alvaro Filipe Oxley da Rocha

ABSTRACT: The aim of this article is to display the reflection on the democratic role of the Judiciary Within the Brazilian political system, especially about its influence on the formulation of public policies, through the prism of the political sociology of the Judiciary.

KEYWORDS: judiciary; democracy; public policies; fundamental rights.

1 INTRODUCTION

The purpose of this paper is to propose a reflection on the Judiciary of the democratic role within the Brazilian political system, highlighting its legitimacy and influence over the formulation of social, or public policy (TAYLOR, 2007). Many works have been published in Brazil in recent years, on Judiciary and the "legalization" of politics in Brazil, focusing on the ways in which this human influence, as the Legislature and the Executive. It is worth noting, however, that although today there are research on the subject, this still does not get enough attention in the research. In part, this effect can be credited as a result of a traditional attitude in Social Sciences Brazilian, who used to disparage the judiciary as an object of analysis in the dynamics of government decisions, inserted in the political system as a whole. Although few teams and Brazilian social scientists do, and there are progress, is not new to concern over the issue. In contrast, however, the scientific work of the Social Sciences, out of the country for decades already incorporates the judiciary to their analysis of the democratic process, including the case of Brazil, and therefore its role in the definition of feasibility, design and implementation public policies. The legal-political scenario in Brazil has shown in recent years, a clear transition between the actions resulting from the positions derived from the influence of traditional liberal state, and the pursuit of the implementation of a democratic state. You can, from this premise,

stating that the Federal Constitution of 1988 left an indifferent attitude to the wishes of the majority.

To reflect a new attitude, more intervention in the economic and social field, The 1988 Brazilian Constitution places in act by increasing the actions of public officials, the proposal to implement the "positive fundamental social rights," or citizenship (MARSHALL, 1969), guidelines it it lays down. This context, however, to highlight the actions of government or "public policy,"(MELO, 1999) implies its control, not only in bureaucratic-administrative level but also, and primarily on the Judiciary of the ball, as it is a function not only political, but also social(ROCHA, 2008), the same, the realization of constitutional principles, whose realization implies remarkable transfer of political power, the spheres of the executive and legislature to the Judiciary(ROCHA, 2007).

For the proposed objective, this paper is organized into two parts; the first seeks to make a brief survey of the literature in Political Sociology and Science Brazilian and foreign policy, on the influence of the judiciary in the political arena. In the second part, we try to point out the main possibilities and possible approaches to this influence, directly in public policy, establishing, as far as possible, future research directions. First, it is worth noting that in terms of political system, the judiciary action can be classified into three perspectives: the Smithian dimension, the Hobbesian and in particular for its size Madisonian said, the first concerning the operating rules of the economy , the second on the monopoly of violence by the state, and the third (MAGALONI, 2003), the balance of the dimensions of economic and social control, with emphasis on communicative means, the development of the judiciary's relations with the legislature and the executive in relation to policies public. This last dimension is central here. To this end, we seek to contribute to a better understanding of the role of social actors concerned that the improvement of these relations, the results are not restricted to institutional political level, but expand, with obvious consequences for the collective. The results of the dynamic between social actors, referred to herein, for the realization of citizenship in the broad sense in Brazil are evident, since the success or failure of public policies, especially in sub-area of social policies depends on the development of social dynamics between us, in a positive sense.

Reducing inequalities for the balance of material and cultural conditions is a prerequisite for the inclusion of individuals as citizens in social life, and from this, the inclusion of citizens in political participation in order to influence the conduct of their future.

2 THE INFLUENCE OF THE JUDICIARY ON BRAZILIAN PUBLIC POLICY

Preliminarily, we will expose, for work purposes, some concepts of public policy and citizenship. In this sense, one can conceptualize public policy as a set of actions and non-actions that a public authority decides to implement to intervene (or not act) in a specific domain, for example, economic, financial, social, education, technology, etc .. The problem of government work is connected, thus a better understanding of social change and economic development. The way was opened by authors like Lerner and Lasswell(1951), who, in the 50s of the twentieth century, prescribe the professionalization of the social sciences in the sphere of government. Arises from this work, the branch of "policy sciences", advocating the notion of "public management", initially in the United States and then in Western Europe. It sets out the causal relationships between actions (political) public, and their effects on the social fabric; from this, the evaluation of public policies becomes raised theme in public administration studies.

But the concept of citizenship, the traditional legal point of view, is connected, first of all, the city dweller condition, and by extension, the country, demonstrating the effectiveness of residence. Thus, the individual has natural citizenship born in Portugal, who can participate in the political life of the country, as opposed to foreign individual, especially in the territory, but also holder of rights though more limited, including to get Brazilian citizenship so called legal citizenship, although many positions and rights remain reserved for so-called born citizens. This sense of the word citizenship is therefore linked to the exercise of political rights, how to vote and be voted (FREY, 2000). In this sense, rather limited, it is customary to cite the case of illiterates, who would become active citizens when registered as voters but may not become passive citizens because of lack of eligibility, that is, not the same can apply for political mandates elective.

Many legal approaches contain this point the debate, leaving the wish for a more extensive discussion of the concept, as to the condition of citizens also correspond rights and duties, which seems to require a more complete conceptualization. It is not easy, however, to reach a broad concept of citizenship. Today is the voice current use of the term when speaking of participation in the processes of making decisions that are reflected in the community, especially in the face of great popular mobilizations. Seems to be spreading, especially through the media (ROCHA, 2004), the notion that citizenship is a kind of right to immunity against the authoritarian actions. At the same time, this concept refers to the problem of income distribution, setting for purely economic criteria an idea of "classes" hierarchical social, actually only two, one holder of income, political power, and the good life, linked to such conditions, and other "class," alienated from not only these factors, but also of all that is affection to the possession of financial resources such as housing, health, etc., but fundamentally, without access to adequate education and, therefore, without access to social and political life as a citizen. , Mutatis mutandis, the discussion of this concept is present since the formation of the roots of Western thought. Recalling that the meaning of the Greek democracy was not of the same nature as today we attach to the word (FINLEY, 1988), we can mention the work of Aristotle, in which it asks who becomes the citizen, stating that "citizen is one who has a legal part the deliberative authority and judicial authority of the city ", as the assembly of which the citizen participated had the power both to decide how to legislate and judge. Participating in the meeting meant to be seen by others as one of equals, the participant may take the floor to criticize, propose, give opinions, expressing by all means your interest for the present and future of the city. It could also, in this sense, take positions in public administration, as part of a participant, did not mean, in fact, that the same rights willing to limit the power of the assembly, but only by agreeing to participate, also accept the duty to commit to decisions, in any sense that would be taken by the community.

The concept of citizenship (*civitas*) among the Romans, will be greatly expanded, starting from peer recognition for all the other rights of civilian life, including in the private sphere, property rights, family, and contracts in the public

sphere, the right to political participation (GILISSEN, 1995). In the eighteenth century, however, the definition of citizenship shall become important again, for as fruits of the Enlightenment, the French Revolution and the Declaration of Independence of the United States recognizes equal rights to all people, establishing the ideal of freedom as the basic concept on which to establish other rights, as Kant later comes to objectively express in his work. The author tries to base law on freedom, proposing to harmonization between individual freedom and the rights of others, which, however, remains under discussion. Habermas (1997) takes up the discussion by stating that it is not possible citizenship rights without a sphere of freedom, objecting, however, that this aim can only be from the existence of a community which holds mechanisms of political participation. The broad concept of citizenship only comes to acquire the contours we now know from the establishment of a new paradigm: the idea that there is a social element (MARSHALL, 1969) inserted in this concept, which originates from the transition of the liberal state model for the welfare state, occurred in nineteenth-century Europe and early twentieth century. This element includes from the minimum economic welfare to participate in social heritage, and especially to have the life of a civilized being, in accordance with the standards of today's society; and points the most connected institutions with this element as the education system and social services. The effect of this notion of social thought was to make clear that there is no citizenship in the broad sense without there being a set of democratic mechanisms, supported on a solid legal system, which allows the individual or subject, be included in all spheres of social life . This brings into existence, and we can see, more directly, the implementation of social policies. It is worth noting, however, that Brazilian law (VIEIRA, 2006) formally maintains its traditional strict conceptualization and although many jurists recognize a greater extent in the interpretation of citizenship rights, it is clear that the broad concept of the discussion did not change here the letter of the law, which follows associating the term citizenship mainly to political participation. This limitation of terminological, however, does not have the power to end the discussion. In contrast, a sociological approach allows us to observe that, generalizing the broad concept, it is very likely that the legal text, and even constitutional law, will adapt in the future,

since the resistance is much more due to the particularities dynamics of the legal field, that even for the maintenance of its legitimacy, find ways to adapt, appropriating the results of this social dynamic in his speech, so going to impose them, "normalizing" them (BORUDIEU, 1983) and making them understand implicitly as yours forever.

From the concept of public policy and citizenship, until now exposed, we started you can start the relationship between them and the action of the judiciary. It is observed in the foreground, that the relationship between the concepts of citizenship and public policy are bound by the "social element" cited by Marshall, from which it follows, for the state, the premise of execution of duty to certain conditions of material and cultural nature for the realization of citizenship in the broad sense, which is to say that the mere existence of fundamental social rights, the legal system, even in constitutional law, does not make sense without the realization of these rights through public policies, especially social policies, which become an integral part of the concept of a democratic state. The realization of these rights, then, becomes very often, electoral exchange currency as it is defined in the political struggle, the struggle between the executive and the legislature, and internally to this, a dynamic permeated by civil society actions, social movements, and various other pressure factors related to sophisticated and comprehensive way by the studies on the functioning of political and institutional system Brazilians, which ignore, however, the strength of a social actor of enormous relief, the judiciary, described as a social actor with veto power, decision-making power, which is presented as an impartial arbitrator and often as a representative of society in disputes public involving policies (SOUSA, 2007). It is significant that most of the Brazilian studies in Social Sciences does not incorporate the judiciary, as before mentioned. The classic argument is that the judiciary is, by definition, a passive social actor, should be driven from external actors to come to act. In this sense, the way you give the lawsuit will depend on the development and level, more or less sophisticated, the political struggle. Ignore the judiciary is not, however, a given behavioral among us, since, from its historical formation, on the outskirts of the western state of development momentum, Brazil, in terms of policy, does not exhibit persistent contempt of the

courts, settled in the core countries by the French Revolution, so that, between us, as already mentioned, many papers have been published on the political action of the judiciary. However, the lack of an approach in political sociology, methodologically more defined, resulting in the emergence of unforeseen problems arising from the relevant judicial data, which has not received due attention. It is noteworthy that the Brazilian political field requires, and has already received much attention due to its complexity. We highlight two main approaches in national science policy. The first, more pessimistic, sees the political system as a set of extreme seek agreements, which operates a very high number of social actors with veto power, which makes this dynamic extremely unpredictable and barely able to allow the progress decision making in acceptable level. This current is opposed by a second, which states that the Brazilian political system would be majority to what the other group, so that the decision-making process, although work and complex, it is possible, and occurs. Although there are exalted defenders of each posture, indicating times when each side was right, today is observed that the contradiction between the decentralized electoral system and the centralization of decision making, safely controlled by the internal rules of Congress, balance is given by the legislative and budgetary allocation of powers to the Executive, resulting in a very fragile balance, and dependent on unpredictable factors such as the "charisma" presidential, election campaigns, etc. This dynamic, as hitherto seen, seems entirely exclude the judiciary of the Brazilian political system dynamics. The political analysis of judicial influence is not entirely ignored, but is restricted to a few fields, such as public safety (PEREIRA, 2000), or support contracts, in a modern market economy. However, there was indirect political action of the judiciary, in the post-constitutional period, which did not act counter-mainly, failing to use its power of veto over constitutional political reforms, not causing uncertainty or risk governance will. The result of the judiciary's actions on federal public policy is significant, which was then driven very often to act on proceedings in public policy. His performance in this regard has been of extreme caution in order to preserve itself of clashes with the Executive. But by no means is less active. According to Matthew Taylor.

During the 15 years between 1988 and 2002, the Supreme Court - only through the direct action of the instrument Unconstitutional - Adin - granted injunctions or merit decisions invalidating partially over 200 federal laws. In comparison, between 1994 and 2002, the Mexican Supreme Court ruled the constitutionality of a little over 600 laws in that country using two similar instruments with Adin, but invalidated only 21 federal laws; throughout its history, the US Supreme Court invalidated around 135 federal laws only (Taylor, forthcoming). Even the government of Fernando Henrique Cardoso - one supported President (at least initially) by a wide reformist coalition - the federal judiciary as a whole was called by external actors to judge all major public policies adopted by the Executive and its allies in Congress. The Cardoso government bargained hard to produce legislative majorities that would overcome the rigid rules for the approval of constitutional amendments or additional laws in the Senate and in the House. But at the end of this immense political effort, the legal challenge of the reform was a chronic event [...] (TAYLOR, 2007).

The author's reference to the Fernando Henrique Cardoso is very important because, in addition to highlighting the strong performance of the Brazilian Judiciary, in comparison, also marks the precise moment of national politics in the judiciary seems to be "discovered", not only by traditional political actors, but all other groups legitimized by the Constitution to begin a direct law action of unconstitutionality (ADIN) (ROCHA, 2002). In this sense, the federal public policy can be, and most likely will be, challenged in judicial proceedings, especially by social actors that are not normally taken into account in policy analysis, that is: the defeated or ignored in internal negotiations of Congress, or in its dynamics related to the Executive, are the groups that make use of the judiciary, and with very high chances of getting favorable effects of changing the policies mentioned.

3 HOW THE JUDICIARY ACTS ON PUBLIC POLICY?

An early form of judicial action is the administration of the moment, or timing, actions in charge. These resources can be accelerated decisions, by granting injunctions, or postponement of decisions, which can be accomplished by constant application process views. Thus, the Judiciary agents can support policies that consider relevant or postponing the objective consequences that these could arise, due to the rejection of appeals.

The judiciary, thereby constitutes political actor almost comparable to traditional; and with respect to public policy, nothing changes about the possibilities and strength of his performance.

The political struggle has rules, as well as judicial action. The latter, however, creates the expectation that it will only take place after the event, from the moment a bill, or provisional measure, or other legal vehicle for implementation of public policies already have findado the legislative process, entering into force. Close observation of the dynamic Brazilian politics, however, reveals the opposite: it is common to Judiciary agents influence the dynamics of approval of policies, or even stop them before their approval. One can cite, for example, the suspension clause of the Consumer Protection Code and the damage caused by the widespread cutting off the supply of electricity (the "provisional measure of the blackout), which was never proposed, due to the result an informal meeting between a representative of the Executive, with the Ministers of the Supreme Court (Supreme Court), which shows, clearly that the judicial policy action takes place often without the available legal mechanisms are used. In this sense, the effect is the elimination of alternatives to political actors, and therefore constraining their freedom of action. Another determining given the way the Judicial political activity, relates to the motivations of judges. Several authors deal to develop what might be called "legal culture" of judges. Thus, it can be stated that the training of Brazilian judges, to integrate your social field creates a more formal arrangement, attached to the texts of codes, usually emphasizing more the form 9CASTELLAR PEREIRA, 2000) (or process) that results, or individual rights over of collective interests. Although the official discourse of the group, highlighting the neutrality of judges, is highly criticized, the consensus among lawyers also states that the recognition of the judge depends on their attachment to the legal text, which is supported by the legal duty to justify decisions in law. However, with regard to public policies, this attitude changes, in view of the extreme flexibility in the performance of judges, above. It is noteworthy that not only the decisions that judges act politically, using sometimes pressure strategies, media-resources, or rising up as the decisions under which were disadvantaged, as has often occurred as refers to actions by the CNJ (National Council of Justice). The sociology and

political science produced, about the judges, three relevant guidelines, institutional called, strategic and attitudinal.

In this sense, only the institutional approach (CLAYTON, 1999), or that you want to find in-depth knowledge of the institutions the determinants of the actions of its agents, seems to give results between us. The attitudinal analysis (SEGAL, 1993) does not give results, due to the complex political system, which prevents the reduction of all attitudes of judges to an opposition system. The strategic approach (FINKEL, 2007) is related to the judiciary fight the idea to support their political power, in the dispute with the other powers, which legitimize the vote. Does not apply between us, on the grounds that the Brazilian judiciary did not have open space between the powers and received them formally, without a fight, grid measure, just needing to protect itself, in its exercise, do not offend the legitimate powers the polls.

There are many external factors or social actors that may influence or attempt to enforce the Judiciary the power to try to achieve their goals, dodging the political arena. The origin of these actors can be in the political field, or in civil society. The judiciary, by definition, can not avoid to receive and have to process the views of minority groups, which often challenge the consensus guidelines formed in the clash between the Legislative and Executive. Knowledge of law enforcement and the ability to aguns agents may allow the use of the judiciary, and its veto power as recovery tool and often the reversal of the results that the political game determined. It is the research knowledge the identity of social actors related to the use of certain legal instruments. As for Adins, we highlight the OAB and the Brazilian Prosecutors (ARANTES, 1997); in civil class actions, the prosecutor is the most significant author; and popular Shares, the most representative authors are politicians and lawyers. In a nutshell, we can say that the greater the scope and binding capacity of the legal instrument, the greater the possibility of obtaining the veto effect of the judiciary. It should be emphasized, however, that the lack of access to this mechanism, leads the other political actors to improvise, based on the interpretation of the procedural requirement of the time, making use of the judiciary itself, whatever the outcome, an instrument of struggle policy. Opposition groups can easily, at the federal level, use up resources

injunctions to stop actions of the federal government, even though the decision will not be sustained, here comes the use of media, the "public opinion" (THOMPSON, 1993), by whose strength is sought press or "wear" the occupant of the Executive, or his party, or both. We highlight the research that points the tendency of political parties to appeal to the Judiciary only to mark contrast with most position and demonstrate their members and the general public its willingness to exhaust, the institutional terrain, all possibilities will open its intervention (WERNECK VIANNA, 1999).

In the absence of objective data, a research still to be done, one can only speculate as to the real consequences of judicial action on public policy. Assuming this effect was small, this finding does not rule out the potential power held by the judiciary. In this sense, its action towards the maintenance of the policies, establishing the legitimacy of the executive and legislative action, or it can also occur otherwise, given the legitimacy of the judiciary, already firmly established in our democracy. However, if the opposite hypothesis is established, there is a mystery, which would establish or why the judiciary has been obeyed by the Brazilian Executive, even when the contrary, often at great financial cost or investment negotiations and planning . In this sense, Taylor rescues several possible explanations: The first result from an alternation in power, it would take the Executive today to obey the judiciary, safeguarding the possibility of the same power usage when not exercising political power (GINSBURG, 2003). It would also be possible that, according to Whittington (2005), there are always benefits the action of an independent judiciary, because, first, it may review the rules of previous governments, and thereby improve the conditions of implementation of public policies of the current government; and second, the fact of being a defeated government subsector by the Judiciary, legitimizes all other actions of that government. This line of considerations, according to the author, can lead to establish a self-regulatory system that would allow the Executive, as well as the legislative, to see advantages in obedience to the Judiciary. These considerations, however, are speculative and depend on research that will in future be carried out.

FINAL CONSIDERATIONS

The judicial power is recognized in the Brazilian political game, even if it has no access to the budget, or of the Executive driving powers. The judiciary's role in maintaining belief in the legitimacy of the state and democracy is key role. The fact recognize that rules are not legitimate or from a constitutional point of view determines the judiciary a line of idealized political action, but focused on the state's goals, which naturally leads to action on public policies implemented both from the Executive as the legislature. In this sense, the Judiciary assumes the role of democratic decision-maker end, for the questions at issue, in which the Executive and the Legislature can not reach a decision. Even if the judiciary is often seen and used by stakeholders in public policy changes as just another political struggle instance, this allows many times greater affordability criteria intervene in the decision-making process, avoiding the imposition often tyrannical most legislative, or even the limits of cool, cool text, saving, however, the constitutional parameters. The action of the judiciary with regard to public policies, however, it is still healthy and important from a democratic point of view, but it should be noted that this work does not replace the necessary corrections in public policy, which the lawsuit is not intended nor will replace. Moreover, as Werneck Vianna out and Burgos, the democratizing role - or "civilization", in our view - the judiciary has an double effect: "wailing wall" and the "effective arena for the exercise of democracy" based the premise of the existence of a democracy in which the relationship between the executive and the legislature are far from ideal.

REFERENCES

- ARANTES, R. B. **Judiciário e Política no Brasil**, São Paulo: Idesp, 1997.
- BAUMAN, Z. **Comunidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- BADIE, B. e HERMET, G. **Política Comparada**, México: Fondo de Cultura Economica, 1993.

BENEVIDES, M. V. M. **Reforma Política e Cidadania**. São Paulo: Ed. Perseu Abramo, 2003, p. 91.

BOURDIEU, P. O que falar quer dizer. In: **A Economia das Trocas Lingüísticas**. São Paulo: Edusp, 1998.

_____. "A opinião pública não existe". In: **Questões de sociologia**. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983, p. 173.

_____. A força do Direito. In: **O Poder Simbólico**. Lisboa: DIFEL, 1983, p. 209.

CASTELAR PINHEIRO, A. (org.), **Judiciário e Economia no Brasil**. São Paulo, Sumaré, 2000.

CLAYTON, C. W. e GILLMAN, H. (orgs.). (1999), **Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches**. Chicago, University of Chicago Press.

CUNHA, L. G., "Juizado Especial: Ampliação do Acesso à Justiça?", In: SADEK, M. T. (org.), **Acesso à Justiça**. São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2001.

EPSTEIN, L., KNIGHT, J. e SHVETSOVA, O. "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government". **Law and Society Review**, vol. 35, n° 1, 2001, pp.117-164.

FARO DE CASTRO, M. "The Courts, Law, and Democracy in Brazil". **International Social Science Journal**, vol. 49, n° 152, pp. 241-252,1997,

FAVETTI, R. T. **Controle de Constitucionalidade e Política Fiscal**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2003,

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. Atual. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 99.

FINKEL, J. (2007), **Judicial Reform as Political Insurance: Latin America in the 1990s**. Notre Dame, University of Notre Dame Press.

FINLEY, M. I. **Democracia antiga e moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FREY, K. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil, In: **Planejamento e Políticas Públicas**, 21: 211-259, 2000.

GILISSEN, J. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995, p. 82.

GINSBURG, T. **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. New York, Cambridge University Press, 2003.

HABERMAS, J. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 124.

HABERMAS, J. **A Inclusão do Outro**. São Paulo, Edições Loyola, 2002, p. 272.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: edições 70, 1995.

KOERNER, A. "Decisão Judicial, Instituições e Estrutura Socioeconômica: Por uma Análise Política do Pensamento Jurídico Brasileiro", In: KOERNER, A. (org.), **História da Justiça Penal no Brasil**: Pesquisas e Análises. São Paulo, IBCCRIM, 2006. pp. 259-281.

_____, **Direito e Modernização Periférica: Por uma Análise Sócio-Política do Pensamento Jurídico Constitucional Brasileiro Pós-1988**. Trabalho apresentado no **XXIX Encontro Anual da Anpocs**, Caxambu, 25-29 de outubro, 2005.

LERNER, D., & LASSWELL, H. **The Policy Sciences**. Recent Developments in Scope and Methods. Stanford, Stanford University Press, 1951.

MAGALONI, B. Authoritarianism, Democracy, and the Supreme Court: Horizontal Exchange and the Rule of law in Mexico., In: MAINWARING, S. e WELNA, C. (orgs.) **Democratic Accountability in Latin America**. Oxford, Oxford University Press, 2003.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, Classe Social e "Status"**. Rio de Janeiro, Zahar, 1969, p. 64.

VIEIRA, O. V. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006, p.628.

MELO, M. A. "Estado, governo e políticas públicas", In: Sérgio Miceli (org.) **O que ler em Ciência Social Brasileira (1970-1995)**: Ciência Política. São Paulo/Brasília, Ed.Sumaré/CAPES, 1999.

OLIVEIRA, V. E. "Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização da Política?". **Dados**, vol. 48, nº 3, pp. 559-587, 2005.

PEREIRA, A. W., "An Ugly Democracy: State Violence and the Rule of Law in Postauthoritarian Brazil", In: KINGSTONE, P. e POWER, T. (orgs.), **Democratic Brazil**: Actors, Institutions and Processes. Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2000.

ROCHA, A. F. O. **Sociologia do Direito**: a magistratura no espelho. São Leopoldo, Ed. UNISINOS, 2002, p. 42.

_____. Direito e Mídia: uma convivência difícil. In: **Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. N°93, março de 2004, p.25.

_____. “A realização da Cidadania como função social do Judiciário; efeitos da EC n°45”. In: **Inclusão Social – IBICT / OIT**. Brasília – DF, v.2, n°2, p. 148/155, abr./set. 2008.

_____. O Direito na obra de Pierre Bourdieu: os campos jurídico e político. In: **Revista Estudos Jurídicos – UNISINOS**. V. 38, n° 1, janeiro-abril 2005, p.46.

_____. A linguagem jurídica. In: **Sociologia do Direito: a magistratura no espelho**. São Leopoldo, Ed. UNISINOS, 2002, p. 42.

_____. Judiciário, mídia e cidadania, In: MORAIS, J.L. e STRECK, L. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** – Anuário do PPG – Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SADEK, M. T. "A Crise do Judiciário Vista pelos Juizes: Resultados da Pesquisa Quantitativa", In: SADEK, M. T. (org.), **Uma Introdução ao Estudo da Justiça**. São Paulo, Sumaré, 1995.,

_____ & ARANTES, R. B. “A Crise do Judiciário e A visão dos Juizes”, In: **Revista USP** - Dossiê Judiciário n° 21, março/abril/maio 1994, pp 35-45.

SCHATTSCHEIDER, E. E. The Semisovereign People: A Realist’s View of Democracy. In: **America**. New York, Holt, Rinehart and Winston, 1960.

SEGAL, J. A. e SPAETH, H. J. (1993), **The Supreme Court and the Attitudinal Model**. New York, Cambridge University Press.

SOUSA, M. “Judicial Reforms, the PMP and Public Policy”. Washington DC, BID, 2005, In: **A Política das Políticas Públicas: progresso social e econômico na América Latina: Relatório 2008**. [...] Rio de Janeiro, Elsevier, Washington DC: BID, 2007.

STEPAN, A. Brazil’s Decentralized Federalism: Bringing Government Closer to the Citizens? In: **Daedalus**, vol. 129, n°2, 2000. p.145-169.

TAYLOR, M. M. “O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil”. In: **Dados – IUPERJ**. Vol. 50, n°2: Rio de Janeiro, 2007.

THOMPSON, J. B. **O escândalo político: poder e visibilidade na era da mídia**. Petrópolis, Vozes, 2002.

VIANNA, L. W. **A Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999

WERNECK VIANNA, L. e BURGOS, M. B., "Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva", In L. Werneck Vianna (org.), **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2002.

_____, CARVALHO, M. A. R. de, MELO, M. P. C. e BURGOS, M. B. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro, Revan, 1999.

_____, e BURGOS, M. B. (2005), "Entre Princípios e Regras: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública". **DADOS**, vol. 48, n° 4, pp. 777-843.

_____, CARVALHO, M. A. R.; MELO, M. P. C. e BURGOS, M. B. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira** (2ª ed.). Rio de Janeiro, Revan, 1997, Brasileiro, 1997.

WHITTINGTON, K. E. (2005), "'Interpose Your Friendly Hand': Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court". **American Political Science Review**, vol. 99, n° 4, pp. 583-596.

LAW, POLITICS, GLOBAL GOVERNANCE AND LATIN AMERICAN SOCIETY

José Alberto Antunes de Miranda,

ABSTRACT: The relationship among law, politics and global governance in Latin America has deepened. In recent years, the region has undergone important transformations, which include the expansion of democracy, difficulty to control over populism, corruption, drug traffic and the greater integration of the region in the international legal framework.

There was an important maturity in politics and law, albeit often fragile and insufficient in the context of the region. Debates such as the right to development, participatory democracy, the new constitutionalism and the greater presence of the countries in international regimes of the global governance region contributed to the advance of the Latin American society. This study analyzes in the past ten years the major advances that Latin American society got among law, politics and global governance.

KEYWORDS: latin America; law; politics; global governance.

1 INTRODUCTION

The relationship among law, politics and global governance in Latin America has deepened. The region in recent years has undergone important transformations, which include the expansion of democracy, although it is difficult to control over populism, social inequality, corruption, drug traffic and the integration of the region in the international legal framework.

There was an important maturity in politics and law, albeit often fragile and insufficient in the context of the region. Debates such as the right to development, participatory democracy, the new constitutionalism and the greater presence of the Latin American countries in international regimes of global governance contributed to the advance of the Latin American society, although it is still not enough to promote more social equality in the region. This study analyzes the major advances that Latin American society got among law, politics and global governance in the past twenty years.

Regarding the approach, have three theoretical and methodological lines,

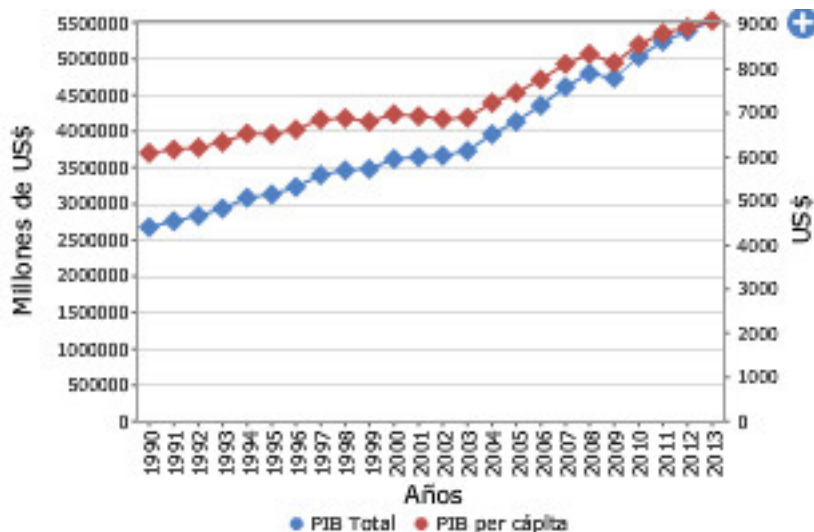
which can be combined with each other or with other parts: dogmatic or instrumental research; socio-legal research; epistemological research. The study uses dogmatic doctrine; socio-legal and epistemological research. It aims to verify the consistency of law, politics and global governance and its elements in Latin America society.

2 PAPER DEVELOPMENT

In recent years, most Latin American countries, with the exception of Cuba, updated their constitutions and their ordinary laws. In addition, most of them are signatory countries to the main international human rights treaties and are integrated to political structures such as the United Nations (UN), the Organization of American States (OAS), the South American Union of Nations (UNASUR) among others that defend democratic values, human rights and the search for peaceful conflict solutions.

In the political point of view, there is more stability. Over the past 20 years, 14 presidents were elected. In 10 out of 34 countries, the president left office by resignation or removal, namely: Argentina in 1989 and 2001, Brazil in 1992, Venezuela and Guatemala in 1993, Dominican Republic in 1996, Ecuador in 1997, 2000 and 2003, Paraguay in 1999, Peru in 2000, Bolivia in 2003 and 2005, Haiti in 2004. Furthermore, there was a failed coup attempt in Venezuela in 2002 with instability that persists until now. In no case, however, we had exceptional regimes. Even with deviant attempts as Fujimori in Peru and the coup in Venezuela, the succession in power has been done by the institutional channels. Countries such as Bolivia, Haiti and Ecuador with long-term governability crisis accommodate up to legal rules. Ecuador had seven presidents between 1997 and 2005 and Bolivia four between 2001 and 2005. In all cases, however, they have tried to address the issues of authority through elections and constitutional means (D'ARAUJO, 2006).

Although economic growth in the region in recent years has not been enough to change the reality of inequality and to generate more equality of all social groups in the countries, there have been important advances²⁵².



Advances of total GDP per capita in Latin America and the Caribbean in the last 20 years (CEPAL).

According to the Economic Commission for Latin America there has been an increase of GDP in the region in the last 20 years, but this increase does not have the desired reflection in reducing social inequalities.

Globalization, as a broad international tendency toward greater interaction of people across national boundaries of all types, such as economic, cultural, natural and others, is associated with free flows of trade and communication among nations, but we can already see that it is a much broader phenomenon. The informational revolution has made it possible to promote extraordinary changes in the production of goods and services in the global economy. Latin America was not paralyzed with all those changes that occurred as a consequence of globalization. Good or bad, the region had to adapt to global governance and to what it brought to Latin American society.

When most political scientists and political leaders in North America speak of democracy they mean something like Robert Dahl's conception of polyarchy.

²⁵² According to the Economic Commission for Latin America there has been an increase of GDP in the region in the last 20 years, but this increase has not had the desired reflection in the reduction of social inequalities, although there has been an improvement.

Given the brutality and atrocities committed by the military dictatorships that rule most of Latin America in the 1970`s, few people who live in that region would take lightly the rights they have under polyarchy. However, we should bear in mind that polyarchies have not yet delivered the kinds of social and economic basic changes that might reverberate positively in the lives of most Latin Americans. However, some political scientists believe that globalization works against a lapse back into nurtured social and economic conditions favorable to democracy. Critics of liberal democracy and polyarchy stress participation and equality as democratic hallmarks and urge us to keep an open mind about alternative forms of democracy. (HELLINGER, 2011).

Latin America might be seen as a museum of politics, having experienced just about every form of state categorized by political scientists. Military governments, electoral democracies, revolutionary regimes, charismatic dictatorships, and even monarchies have existed, sometimes side by side in their history. There are several features of Latin American political culture and its social structure that have been visible in just about all types of regimes in the region.

The region progressed to varying degrees in the task of building legitimate, representative, and effective democratic and political institutions. The political and institutional reforms adopted across the region have pursued different and sometimes conflicting purposes. If reforms are to be adopted into law, they must be compatible with the interests of leading political and social groups. Thus, reform processes are inevitably driven, or at least constrained, by the narrow motives of power and privilege. In some instances such motives are more transparent than in others, though proponents of reforms inevitably portray reforms as a means to enhance democratic governance in one way or another. (PAYNE, 2002).

But reforms of political institutions are at times also prompted—especially during a political crisis or dramatic shifts in the status of political groups—by demands from citizens and civil society organizations for more effective and representative democratic governance, very common in Latin America.²⁵³ At least

²⁵³ Brazil and Argentina, for example, spend that time with a reflection on the need to reform their institutions. The two countries live at the same time crises with different characteristics, demanding the need for reflection and change.

for brief periods of time, such demands change politicians' calculus of the costs and benefits of reform in the region. This, in turn, makes it possible to pass reforms with the prospect of producing more general benefits for the democratic system and its citizens.

Several factors complicate an analysis of the effects of political reforms and the task of developing reform recommendations. First, there is limited agreement on the ultimate objectives of reform and on how those objectives should be prioritized. Considering them separately, most analysts and citizens would agree on the merits of several objectives, including the following: political stability, political freedom, decision-making efficiency, inclusive political participation, law and order, responsive and equitable representation, political legitimacy, transparency, and accountability.

But it is more difficult to obtain agreement on the main deficiencies of democratic functioning in a given country and on how the above objectives should be ranked. Second, given the inherent trade-offs—such as between more inclusive representation and decision-making efficiency—one must calibrate the reform so that correcting one perceived deficiency does not harm other aspects of the democratic system. Third, designing reforms and predicting their effects are factors which are impeded by inadequate theory related to the interactions among different institutional factors as well as contextual ones, such as socioeconomic structure, political culture, and history (IDB, 2006).

The importance of narrow political interests and customary practices (or political culture), the trade-offs among competing reform objectives, and the uncertainty surrounding the effects of reform help explain not only the frequent and sometimes contradictory nature of reform efforts in the region, but also the limited number of reforms that succeed in producing broad benefits for the democratic system and the frequent slippages and backslides in reform implementation. In addition, these factors complicate the task of evaluating the effects of political reforms in the region and setting forth recommendations.

One of the major achievements of the process of democratic consolidation in Latin America has been the establishment of horizontal accountability agencies, such as audit institutions, public prosecutor's offices, and human rights

ombudsmen. Several semi-autonomous agencies overseeing the exercise of public authority have been developed in Latin American democracies, in part due to the ineffectiveness of more traditional sources of accountability, such as elections and representative institutions. Reforms have aimed to improve the functioning of these institutions in relation to others and to develop their independence, capabilities, and legitimacy. In order for them to gain legitimacy, the citizens must see that investigations eventually lead to clear findings of fact, prosecution where appropriate, and sanctions. In each case, the agency must possess the authority and capability to exercise its functions autonomously in order to earn the respect of citizens and successfully carry out its constitutional mission.

In general, the record in most cases in Latin America gives little indication that the arrangements for direct democracy have had the desired impact on the expansion of representativeness or participation. Nor is it evident that these arrangements have helped to reduce discontent with politics and parties; rather, in many cases they have served as channels, separate from regular elections, to express public disenchantment. The record of referendums, “popular consultations,” and other such schemes has been one of little substantial impact, for good or for bad, on political stability. As with any component of the electoral structure, these mechanisms are part of a larger framework, and their function in practice has to be considered as such (IGLESIAS, 2004).

In terms of the state’s relationship with its citizens, the fundamental requirements for establishing an effective rule of law are still absent in many countries. Justice is neither impartial nor trusted, access is impeded or denied to large portions of the population, and the judicial system is incapable of providing legal protections such as safeguarding the exercise of rights and obligations and controlling illegal behavior enough to limit growing incidents of crime and threats to public safety. The limited redistributive capacity of the state is witnessed in the inadequate provision of basic social services, including those that would enable citizens to productively take part in both the economic and political system.

It is clear that politics matters in the process of creating, implementing, and sustaining sound institutions and adopting public policies that work for the benefit

of all citizens. More precisely, however, it is the quality of democracy that matters. Not only is the exercise of democratic freedom and civil rights intrinsically valuable in expanding the range of possibilities and choices open to citizens, it is also instrumental in identifying and conceptualizing citizen needs and building the policies and institutions that will most effectively address them (SEN, 1999).

The traditional concept of democratic accountability includes the supervision and control of public authority both by citizens (through elections) and other branches of government. Though important, elections have long been recognized as insufficient in the provision of full accountability. Where representative institutions are inadequately developed and the legislator's accountability mechanisms poorly configured, there is a particular need for additional layers of protection against the abuse of public authority (O'DONNELL, 1994).

In hopes of increasing government accountability, over the past two decades countries in the region have adopted constitutional and institutional reforms affecting both traditional instruments and innovative institutions. In addition, far-reaching judicial reforms in the region have helped redefine the role of the judicial system. Though the process is ongoing and the changes required profound, rules and codes—as well as the administration and management of the system itself—have been reformed in many countries. Such reforms have been necessary to respond to the need for more secure and legally predictable property rights, greater citizen access to and trust in the judicial system, and the improved efficiency and quality of judicial decisions. Legal system reform has been seen as an essential part of the broader processes of democratic consolidation and economic reform (HAMMERGREN, 1998).

An important objective of many of the judicial reforms that have been carried out in the region has been to establish a more independent judiciary that can better exercise legal accountability and ensure adherence to constitutional precepts and universal protection of civil rights. An independent and effective judiciary is necessary to protect against public authority infringement of the constitution and other laws, to provide for evenhanded interpretation and enforcement of laws, and to administer criminal justice in an unbiased fashion. As

is evident in still-lagging perceptions of judicial independence, this is an area where ongoing and long-term efforts are needed (DOMINGO, 1999).

Even though there were significant reforms, democratization and liberalization were not sufficient to overcome difficulties against the implementation of the rule of law. Many Latin American countries have failed to improve in a more forceful way the distribution of resources and break the strong hierarchical tissue that prevented the law from fulfilling its role in society.

According to Guillermo O`Donnell (1998) most Latin American countries failed to consolidate the rule of law system after the transition to democracy. O`Donnell argues that extreme inequality throughout the region is one of the obstacles.

Social Justice

In Latin America, the moderate left has pursued distinct strategies. One main reason why the moderate left has acquiesced in the fundamental framework of the market system and has sought economic reforms inside these confines has been the hope to stimulate lasting economic development and thereby to lay a sustainable foundation for social progress - directly by boosting employment and income growth among poorer sectors, and indirectly by increasing tax revenues. The growth in fiscal resources can fund upgrades in existing social programs and new initiatives to increase human capital and provide some degree of income security to poorer segments. In these ways, the moderate left has hoped to alleviate one of the major gulfs in Latin American societies, namely to allow more and more people to move from the informal sector of precarious, often low-paying work to the formal sector of steady, well-remunerated employment coupled with social benefits.

Experiences of Brazil and Chile show this gradualist strategy has indeed produced substantial reductions in poverty (especially) impressive in Chile, important equity-enhancing extension in the coverage of social transfers and services, and a slight reduction in inequality. It is important to highlight that the expansion and reform of social programs has had a solid fiscal foundation, fairly efficient administration, and the necessary level of institutionalization to make progress sustainable. Bolivia and Ecuador also have implementing reforms that

although considered radical by the economic elite of these countries brought important changes bringing more inclusion to the minorities and poor population.²⁵⁴

Our institutional systems follow elitist characteristics. Most of our founding constitutions that established the foundations of the current institutions were the product of a pact between liberal and conservative elites that organized a contra majority power structure, clearly opposed to massive intervention of citizens in policy. The role of our progressive forces in the constitutional reform process proved not to be, so far, very relevant, often due to lack of training of its members, others by their lack of knowledge of attractive institutional alternatives or lack of genuine egalitarian convictions.

Contestatory left efforts have also reduced the space for political pluralism and put pressure on liberal safeguards by strengthening the majoritarian aspects of democracy. Thus, they have run the risk of undermining rather than deepening democracy. This danger is particularly acute because these inclusionary, participatory initiatives of the contestatory left often face political opposition from actors that benefit from the status quo and that worry about the hegemonic repercussions of mobilization efforts. Concern about these tendencies has triggered a great deal of political polarization in Venezuela, for example, which has done further damage to democracy and weakened economic and social development prospects as well.

By contrast, the moderate left is content with the predominance of representative principles and procedures, which avoid the risk of populism mass manipulation. Although citizens in many countries maintain a fairly high level of principled commitment to democracy, they are discontented with the way decisions are made and hold crucial mechanisms of representative democracy, especially political parties and parliaments, in dangerously low esteem.

²⁵⁴ Many Latin American countries held constitutional reform processes: Nicaragua in 1987, Brazil in 1988, Colombia in 1991, Paraguay in 1992, Peru in 1993, Argentina in 1994, Venezuela in 1999, Ecuador in 2008 and Bolivia in 2009. Mexico, Costa Rica, Chile and Venezuela have also implemented important reforms.

3 GOVERNANCE AND POLITICS

Following the work of Renate Mayntz (1998), we define *governance* as the various institutionalized modes of social coordination to produce and implement collectively binding rules, or to provide collective goods. Thus, governance consists of both structure and process. Governance as *structure* relates to institutions and actor constellations. The literature usually distinguishes the state from competition systems and networks (negotiation systems). As to actor constellations, state governance involves exclusively governments, while both competition and negotiation systems consist of configurations of state and non-state actors (firms, interest groups, non-governmental organizations [NGOs], and so forth).

Governance as *process* pinpoints the modes of social coordination by which actors engage in rulemaking and implementation and in the provision of collective goods. Hierarchical coordination usually takes the form of authoritative decisions with claims to legitimacy (e.g. laws, administrative ordinances, court decisions; for a discussion regarding hierarchy in international relations). Hierarchies are based on institutionalized relationships of domination and subordination, which significantly constrains the autonomy of subordinate actors.

Non-hierarchical coordination, by contrast, is based on voluntary commitment and compliance. Conflicts of interest are solved by negotiation. Voluntary agreement is either achieved by negotiating a compromise and granting mutual concessions (side-payments and issue-linkage) on the basis of fixed preferences (bargaining), or actors engage in processes of non-manipulative persuasion (arguing) through which they develop common interests and change their preferences accordingly. Actors may differ with regard to their bargaining power, but no actor is subject to the commands of others. Non-hierarchical coordination can either be formalized in negotiation systems or it can be organized in informal networks. Public private partnerships (PPP) are a typical example of governance institutions based on non-hierarchical coordination (BORZEL; RISSE, 2010).

Latin America as a whole has participated more actively in global

governance, specifically South America mainly through its international organizations. One example in which South American countries can contribute to global governance, being in constant contact with each other through presidential summits under the auspices of UNASUR, is the improvement of regional governance mechanisms. By getting settlement of disputes among its members and harmonizing their relationships using communication channels and its own institutional frameworks, without that any of their countries need to appeal to global multilateral forums, South America collaborates directly with global governance. As recalled by Malamud and Castro (2007, p. 111), "regionalism was once thought to be an intermediate step toward global governance" (MALAMUD, CASTRO, 2007).

These are the two ways in which the integration of South American countries around the UNASUR can increase the participation of the continent in global governance (on the one hand, the political coalition of its participants for the treatment of global issues in multilateral institutions and on the other the resolution of the regional controversies with the means).²⁵⁵ And they are present in Article 14 of the Constitutive Treaty of UNASUR, which deals with the political dialogue:

The political concertation between the Member States of UNASUR will be a factor of harmony and mutual respect, strengthening regional stability and supporting the preservation of democratic values and the promotion of human rights. Member States will reinforce the consensus-building practice as the central themes of the international agenda and promote initiatives that affirm the identity of the region as a dynamic factor in international relations (UNASUR, 2008, p. 9-10).

Nowadays, in Latin America, in every country there are local civil society actors who defend local or sectorial interests, as well as specific values against or beyond the formal political process. Examples of this subset of civil society include

²⁵⁵ Regional integration in Latin America faces unfavorable conditions, although not as harsh as in the past. The triumph of political democracy and market economy throughout the continent has turned integration feasible, although many structural restrictions remain. A major pitfall continues to be the poor level of economic interdependence, be it related to trade or investment. Although it has risen in recent years, the figures still are extremely low. A second setback is the closure of most domestic economies: integration means, by definition, tearing borders down and opening up to the neighbors. This has seldom occurred, and public opinion as well as business people in many countries continue to see protectionism as a valid defense against the threat of international competition. Last but not least, the largest Latin American economies have not undergone a process of growing complementarity; on the contrary, they remain frequently competitive both regarding products and markets.

grassroots organizations, community groups, labor unions, interest groups, religious groups, and civic associations. This is a very old social practice in all societies, and some analysts, particularly even argue that this form of civic engagement is on the decline, as individualism becomes the predominant culture of our societies.

In fact, the health of these groups varies widely according to country and region. For instance, in almost every country of Latin America, community organizations have become a very important part of the social landscape. The difference between these groups in varying nations is that the sources of social organization are increasingly diversified: religion, for instance, plays a major role in Latin America, particularly non-Catholic Christian religious groups (CASTELLS, 2008).

Besides the structural dimensions mentioned above, a series of policy factors lay behind the difficulties at promoting integration. Although in recent years macroeconomic policies have somewhat converged in key countries such as Argentina and Brazil, this was due not to policy coordination but to the unplanned simultaneity of the economic turbulence undergone in those countries. Recurrent political conflicts have not been uncommon either: Venezuela's Bolivarian revolution, Argentina's rambling foreign policy, and Bolivia's new approach to foreign investment in the energy sector have distressed even more the traditionally tumultuous regional landscape (AYERBE, 2008, p.265- 298).

Given the resilience of both structural and policy obstacles to integration, regional attempts at regional integration would need to produce an institutional configuration able to enforce minimum collective disciplines while accommodating to national heterogeneity and a large degree of political uncertainty. However, the institutional architecture of most Latin American blocs has failed to deliver: not only was it unable to overcome pre-existing problems, but it has even turned itself into an additional obstacle to further integration as its dysfunctionality contributed to delegitimizing the whole enterprise.

From this, we do not believe that regional integration in Latin America is doomed to failure. Our argument can be summarized in two points. First, regional attempts have been burdened with unrealistic expectations, against which any

outcome would always be judged as failure. Second, they have recurrently been endowed with the wrong institutions, further diminishing their already moderate prospects. The endeavor of integrating countries as badly interconnected as the Latin American ones should start by fostering interdependence through simultaneous economic growth, not by feeding a common identity, creating a supranational community or establishing a joint foreign policy.

Law

Regarding law, the daily practice of legal actors is deeply globalized. It proliferated regional and global networks of judges and scholars of law, whose channels are transmitted in amounts and speeds like never before. We observe a share of ideas, pedagogical models and institutional design, from the teaching method based on cases to the accusatory penal system or control constitutional laws. Social movements take at least two decades forging legal strategies across borders as indicated, for example, the central role of Latin American feminist organizations with the appearance of international law for gender justice. However the Latin American legal thought remains deeply restricted to the region (GARAVITO, p.69, 2011).

In the present context of Latin America, the type of justification of the rule of law one prefers is likely to make a significant difference in terms of the policies that might be advocated. In particular, there is the danger derived from the fact that nowadays legal and judicial reforms are strongly oriented toward the perceived interests of the dominant sector basically domestic and international commercial law, some aspects of civil law, and the more purely repressive aspects of criminal law. This may be useful to foment investment, but it tends to produce a dualistic development of the justice system, centered on those aspects that concern the modernizing sectors of the economic elite in matters of an economic, business or financial nature while other areas of litigation and access to justice remain untouched, corrupted persistently lacking in infrastructure and resources. For societies that are profoundly unequal, these trends may very well reinforce the exclusion of many from the rule of law while further exaggerating the advantages that the privileged enjoy by means of laws and courts enhanced in their different interest (O'DONNELL, 1998).

In response to the new political, economic, and law challenges of globalization, the relevance of the nation-state has been called into question. Clearly, states are neither homogeneous nor static and the ability of state leaders to push for their agenda may vary substantially at different scales of governance (from the local to the global), from time to time, and from sector to sector. Yet, globalization is having undeniable implications for nation-states and governance systems, in their diversity of forms and structures. The integration of markets, the extension and complexity of environmental change, and the increasing homogenization of culture and the lifestyle expectations that accompany these changes have expanded the scope of what formerly were considered primarily domestic problems while creating new challenges to governance that are only now being recognized (HURRELL, 2000, p. 337).

This examination of how nation-states of Latin America are managing their insertion into global markets and of how they are putting new governance paradigms into practice illustrates that the benefits of globalization for the adaptive capacity of national governments are unlikely to be immediate or necessarily easily obtained.

At the heart of the problem may be the inability of the reconfigured state to tackle the growing social and political inequality that is central to the vulnerability problem. As long as inequality persists, it is unlikely that the picture of increased vulnerability and low adaptive capacity among the poor in Latin America will change. While the pressure increases for states to manifest the concrete actions they have taken towards adaptation, the persistent high human and material losses to climate hazards around the globe reveals disturbing deficiencies in national capacities to address the underlying drivers of vulnerability. Efforts to facilitate adaptation to climate change cannot be divorced from the processes of policy reform that have long been underway in both developing and industrialized countries.

While the prediction of the “withering away” of the nation-state during this latest phase of global economic integration may have been exaggerated, it is clear that globalization has had important effects on what is considered the responsibilities of nation-states, their institutional form and their scope and

capacity for action. The wide diffusion of new ideas about governance, participation, environmental management and human rights and welfare has contributed to change the ways policies are conceived and implemented. In relatively short timeframes, across Latin America, the landscape of government institutions has been transformed.

At the heart of the problem may be the inability of the reconfigured state to tackle the growing social and political inequality that is central to the vulnerability problem. As long as inequality persists, it is unlikely that the picture of increased vulnerability and low adaptive capacity among the poor in Latin America will change. While the pressure increases for states to manifest the concrete actions they have taken towards adaptation, the persistent high human and material losses to climate hazards around the globe reveals disturbing deficiencies in national capacities to address the underlying drivers of vulnerability.

Efforts to facilitate adaptation to global governance cannot be divorced from the processes of policy reform that have long been underway in both developing and industrialized countries. It is clear that part of the source of the problem of capacity deficiency is tied to its proposed solution: the ways in which administrative and policy reforms have been implemented over the last decade in the name of “good governance” and institutional efficiency (HALLIE, 2006).

Latin America can contribute to the formation of global governance and, therefore, have greater influence in international relations. On the one hand, from the debate between their countries on these issues in the international political agenda, the continent can form a positioning set to be adopted in global multilateral arenas where the rules of global governance are formed in each subject area. On the other hand, from the institutionalization of regional integration, the Latin American countries can increase their ability to resolve these disputes in the region with their means - namely maintaining peace and political stability in the region, regardless of the call for global Forums (DESIDERÁ NETO, 2011).

Over the past two decades, a scholarly consensus has emerged around the centrality of political institutions. In Latin America, recent research on executive-legislative relations, electoral and party systems, judicial politics, bureaucracies and

federalism has shed new light on how institutional design affects the stability and quality of democracy.

Nevertheless, persistent problems of corruption, clientelism, executive legislative conflict, and the unrul of law cast doubt on whether an exclusive focus on parchment institutions is sufficient to understand what drives politics in the region. Informal institutions or rules and procedures that are created, communicated and enforced outside the officially sanctioned channels are often as important as their formal counterparts in structuring the rules of the game. In parts of Bolivia, Ecuador, Mexico, Peru and Guatemala, where state judicial institutions are often absent or ineffective, local communities solve conflict through indigenous law and other informal justice systems (HELMKE; LEVITTKY, 2006).

4 FINAL CONSIDERATIONS

While the prediction of the “withering away” of the nation-state during this latest phase of global economic integration may have been exaggerated, it is clear that globalization has had important effects on what is considered the responsibilities of nation-states, their institutional form and their scope and capacity for action. The wide diffusion of new ideas about governance, participation, environmental management and human rights and welfare has contributed to change the ways policies are conceived and implemented in Latin America.

In relatively short timeframes, across Latin America, the landscape of government institutions has been transformed. Public agencies have been slimmed and state-owned enterprises have disappeared, new institutions have arisen, and the language of sustainability and shared governance is now permeating public discourse, media reports, and policy.

At the heart of the problem may be the inability of the reconfigured state to tackle the growing social and political inequality that is central to the vulnerability problem. As long as inequality persists, it is unlikely that the picture of increased vulnerability and low adaptive capacity among the poor in Latin America will change. While the pressure increases for states to manifest the concrete actions

they have taken towards adaptation, the persistent high human and material losses to climate hazards around the globe reveals disturbing deficiencies in national capacities to address the underlying drivers of vulnerability.

Efforts to facilitate adaptation to climate change and human rights cannot be divorced from the processes of policy reform that have long been underway in both developing and industrialized countries. It is clear that part of the source of the problem of capacity deficiency is tied to its proposed solution: the ways in which administrative and policy reforms have been implemented over the last decade in the name of “good governance” and institutional efficiency.

While there is much to advance towards the relation law, politics and global governance in Latin America, society has changed a lot in the last twenty years. A share of ideas, pedagogical models and institutional design, debates on the control of constitutional laws and, social movements take at least two decades forging legal strategies across borders. The most important role for the region is to set its own path from a democratic discussion of what is better for its future.

REFERENCES

AYERBE, F. L. **Novas Lideranças Políticas e Alternativas de Governo na América do Sul**. São Paulo : Ed. Unesp, 2008.

BARCENA, A. Structural constraints on development in Latin America and the Caribbean: a post-crisis reflection. **CEPAL Review**, n 100, April 2010.

BORZEL, T. A. and RISSE, T. Governance Without a State: Can it work? In: **Regulation & Governance**, n. 4, p. 113–134, 2010.

CASTELLS, M. The New Public Sphere: Global Civil Society, Communication Networks, and Global Governance. **The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science** 2008, p. 616.

D'ARAUJO. M. C., **Prospéctos da Democracia na América Latina, Plataforma Democrática**, Instituto Fernando Henrique Cardoso, FHC, 2006. Disponível em: <www.offnews.info/downloads/democraciaAmericaLatina2006.pdf> Acesso em: 2 Abril 2015

DESIDERÁ NETO, W. A. Integração Sul-Americana: oportunidades e desafios para uma maior participação do continente na governança global. p. 65. In: VIANA, A.; BERROS, P.; CALIXTRE A. **Governança Global e Inegração na América do Sul**. IPEA, 2011 Disponível em: <www. repositórioipea.gov.br>, Acesso em 24 de marco de 2015.

DOMINGO, P. 1999. Judicial Independence and Judicial Reform in Latin America. In: Andreas Schedler, Larry Diamond, and Marc Plattner (eds.), **The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies**. Boulder, CO: Rienner.

GARAVITO, C. E, **Derecho en America Latina**: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI, Madrid, Siglo Veintiuno Editores, p. 69, 2011.

HALLIE, E., LEMOS, M. C. **Adaptation and the State**: Latin America and the Challenge of Capacity-building Under Globalization. *Global Environmental Change*, p. 7-18, 2006.

HAMMERGREN, L. Institutional Strengthening and Justice Reform. **Center for Democracy and Governance**. Washington, DC: U.S. Agency for International Development. 1998.

HELLINGER, D. **Comparative Politics of Latin America**: Democracy at Last? New York : Routledge, 2011.

HELMKE, G.; LEVITTKY, S. **Institutions and Democracy**: Lessons from Latin America, Baltimore : The John Hopkins University Press, 2006.

HURRELL, A. International Law and the Changing Constitution of International Society. In: BYERS, M. **The Role of Law in Internacional Politics**: essays in International Relations and Internacional Law. New York : Oxford University Press, 2000.

IGLESIAS, E. V. Democracia y desarrollo: la política importa. In: **La Democracia en América Latina**. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. Contribuciones para el debate. New York: United Nations Development Programme, 2004 (LATINOBAROMETRO 2008, 85-88)

MALAMUD, A., CASTRO, P. Are Regional Blocs Leading From Nation States to Global Governance? A Skeptical View from Latin America. **Nordic Journal of**

Latin American and Caribbean Studies, Vol. XXXVII: 1, p. 111 - 130, 2007.
Disponível em:

<[http://apps.eui.eu/Personal/Researchers/malamud/Iberomericana37-1\(Malamud-Castro\).pdf](http://apps.eui.eu/Personal/Researchers/malamud/Iberomericana37-1(Malamud-Castro).pdf)>. Acesso em 2 abril 2015.

MAYNTZ, R. New Challenges to Governance Theory. **Jean Monet Chair Papers No. 50**, European University Institute. 1998.

O'DONNELL, G., Delegative Democracy, **Journal of Democracy**, 5:1, p. 55-69, 1994.

O'DONNELL, G. Polyarchies and the Rule of Law in Latin America. **Working Paper 254**, The Helen Kellog Institute for International Studies, University of Notre Dame, 1998.

PAYNE, M. **Democracies in development: politics and reform in Latin America**. New York. IDB Publications, 2002.

SEN, A. K. **Development as Freedom**. New York: Knopf. 1999

IDB, The Politics of Policies: Economic and Social Progress in Latin America, **Report**. Cambridge, MA: Harvard University Press. 2006.

Tratado Constitutivo da União das Nações Sul Americanas, p. 9-10, 2008.
Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 30 março de 2015



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

GT – GENDER

CANOAS, 2015

**A IDEIA DA PARTICIPAÇÃO NA VENEZUELA E NO BRASIL:
O ESPAÇO COMO UMA DIMENSÃO RELEVANTE NAS DINÂMICAS DE
PODER**

**QUANDO A ANTIGUIDADE QUEBRA O TELHADO DE VIDRO: MAGISTRADAS
NA ADMINISTRAÇÃO DAS CORTES NO BRASIL**

Roberto Fragale

Rafaela Selem Moreira

Ana Paula Sciammarella

RESUMO: Este artigo explora a ascensão de mulheres na carreira da magistratura brasileira a partir da hipótese do “telhado de vidro” – possíveis barreiras a chegada à cúpula. Por meio da análise de dados quantitativos – censo do judiciário e quantitativo de mulheres nas cúpulas de tribunais brasileiros - e qualitativos – entrevistas com magistradas - estudamos as intersecções de gênero, profissionalismo, vida privada e relações de poder na carreira da magistratura.

PALAVRAS-CHAVE: gênero; mulheres; judiciário; poder; administração; corte.

**1 INTRODUÇÃO: QUANDO AS MULHERES BATEM NA PORTA DO
JUDICIÁRIO**

Em 2012, no dia Internacional da Mulher, uma chamada de reportagem pressagiava que, “em pouco tempo, [as] mulheres estarão na cúpula da Justiça.”¹ Com tal vaticínio, a reportagem sugeria que o comando da Justiça no Brasil em pouco tempo seria exercido por mulheres. O discurso otimista evidenciava verdadeira descrença na hipótese de um “telhado de vidro” - identificada por Boigeol (1996) -, ou seja, a existência de um limite prático, invisível, para a progressão das mulheres na magistratura. Esse otimismo instigou-nos a analisar a aplicação da hipótese suscitada por Boigeol - no contexto francês - à

¹ <http://www.conjur.com.br/2012-mar-08/aumenta-numero-mulheres-direito-sao-chegam-cupula>, acesso em: 01 fev. 2014.

magistratura brasileira. Neste artigo, encontram-se descritos os esforços de coleta e análise de dados quantitativos e qualitativos com vistas a levantar pistas sobre a existência, ou não, dessa limitação.

As pesquisas populacionais (INEP, 2012) não deixam margem à dúvida quanto ao predomínio feminino na educação superior. Com efeito, a presença feminina predomina na quantidade de ingressos (54,6%), no número de matrículas (55,5%) e no número de concluintes (59,6%). No curso de direito, ao responderem por 391.272 das 737.271 matrículas, as mulheres são responsáveis por 53% do alunado². Ainda que esse percentual não transforme o curso jurídico em um curso predominantemente feminino, é inequívoco que o curso jurídico vem sofrendo uma mudança em seu perfil, em relação ao sexo, bastante pronunciada. Na verdade, essa mudança já era perceptível desde 1998, quando o número de mulheres concluintes superou o número de concluintes masculinos (BRUSCHINI, 2007b).

Naturalmente, essa ampliação da participação feminina nos cursos jurídicos propiciou um incremento de sua participação nas carreiras jurídicas. Na advocacia, elas já representam quase 45% do total de inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB, 2014). Na magistratura, nas últimas três décadas houve um aumento do número de mulheres. O ingresso das mulheres na carreira cresceu pelo menos 10% em relação às décadas anteriores. Apesar disso, atualmente, elas não chegam, como veremos mais detalhadamente, à proporção de 40% em relação aos homens magistrados (CNJ, 2014). Neste cenário, daremos seguimento a estes estudos examinando o modo como se interseccionam gênero, profissionalismo, vida privada e relações de poder na carreira da magistratura.

Utilizando-nos de revisão bibliográfica, dados censitários, levantamento primário de dados e entrevistas este trabalho propõe o estudo mais detalhado do processo de feminização da magistratura no Brasil.

² http://download.inep.gov.br/download/superior/censo/2004/resumo_tecnico_050105.pdf, acesso em: 10 abr. 2014.

2 NOTA METODOLÓGICA

Quanto aos dados censitários, primeiro censo feito no sistema judicial brasileiro realizado entre os anos 2013 e 2014. A adesão dos magistrados foi de 64% (10.796) dos 16.812 em atividade (CNJ, 2014). Desta forma, podemos dizer que os números que analisaremos a seguir compõem amostra significativa e válida para efeitos estatísticos. Vale registrar ainda que, apesar dos números, quadros e figuras, o censo do judiciário publicado pelo CNJ não contém um tópico analítico ou reflexivo. Em meio às mais de 200 páginas de dados contidos no Censo do judiciário, há um capítulo exclusivamente dedicado à cruzamento de dados sob perspectiva de gênero – números e gráficos. Para nosso estudo, filtramos esses dados sob duas perspectivas: quantitativos simples – quantitativo de mulheres no ingresso e presença na carreira, maternidade, estado civil, entre outros - e dados cruzados com elementos subjetivos -que relacionavam a percepção das magistradas segundo categorias analíticas como, por exemplo, idade, cargo hierárquico, ramo da justiça, maternidade, estado civil, entre outros. Analisamos essas informações de forma intercorrelacionada.

Quanto ao levantamento de dados primários, nosso foco foi a cúpula do poder judiciário, aspecto não abordado pelo censo (CNJ,2014). O método utilizado foi o levantamento do quantitativo de mulheres nas cúpulas do poder judiciário no Brasil em âmbito federal e estadual³ ao longo de dois biênios⁴. A investigação teve como foco a distribuição de gênero na cúpula diretora eleita: presidente, vice-presidente e corregedor, os três cargos mais elevados de poder político nos tribunais brasileiros. Isto significa uma amostra de 180 cargos de comando no primeiro biênio e 180 no segundo biênio, um total de 360 cargos em exercício.

³ A pesquisa foi feita com a consulta às páginas eletrônicas dos Tribunais de Justiça Estaduais e, no âmbito da Justiça Federal, dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e dos Tribunais Regionais Federais (TRFs). No âmbito da Justiça Estadual, cada estado da federação possui um tribunal estadual com administração e jurisdição própria. Ao todo, 27 tribunais estaduais e 29 tribunais federais (24 TRTs e cinco TRFs) foram investigados.

⁴O primeiro biênio (biênio I) refere-se aos dados coletados em 2014, em geral para mandatos de 2013-2014. O segundo biênio (biênio II) traz a atualização destes dados realizada no ano de 2015, em geral para mandatos 2015-2016.

Os dados coletados e analisados nos instigaram a aprofundar a análise em uma dimensão qualitativa. Considerando que a principal hipótese que pretendíamos enfrentar, “*glass ceiling*”, em outras palavras, a barreira invisível da chegada das mulheres aos tribunais, nosso enfoque foi entrevistar magistradas que integravam ou haviam integrado cargos de direção de tribunais. Mulheres que em sua trajetória profissional tivessem ocupado cargos de presidência, vice-presidência, corregedoria das diferentes áreas do poder judiciário. Por razões práticas e orçamentárias, restringimos o recorte geográfico da pesquisa qualitativa ao estado do Rio de Janeiro, local de atuação dos pesquisadores.⁵ Nesta primeira etapa, focamos nas presidentes e ex-presidentes de tribunais. A amostra a que chegamos foi de oito magistradas - presidentes e ex-presidentes de tribunais no estado do Rio de Janeiro - considerando os seguintes ramos da justiça: federal, do trabalho e estadual⁶. Até o momento foram entrevistadas três das oito presidentes⁷. Além destas, tivemos a oportunidade de conversar com Andréa Pachá, magistrada que atua no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e que no período de 2007 à 2009 exerceu cargo de conselheira do Conselho Nacional de Justiça. Realizamos entrevistas semi-estruturadas, a partir de questionário que nos permitiu de explorar questões centrais para nosso estudo.⁸

⁵ A realização de entrevistas com estas magistradas exigiu trabalho de levantamento, investigação de contatos e acesso às mesmas, o que nem sempre é simples. Muitas já estão aposentadas e as que ainda atuam têm agenda bastante indisponível. Por isso, neste aspecto, os resultados aqui apresentados referem-se ao pontapé inicial para este aprofundamento qualitativo.

⁶ Entre as oito magistradas, presidentes e ex-presidentes de tribunais consideradas em nossa amostra estão as quatro ex-presidentes do Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro (TRT 1ª. Região) - Ana Maria Cossermelli (2001-2003); Maria das Graças Paranhos (2015-2017); Doris Castro neves (2007-2009); Maria de Lourdes Sallaberry (2011-2013) - três ex presidentes do Tribunal Regional Federal da 2ª. Região - Julieta Lídia Machado (1993 - 1995); Tânia de Melo Bastos Heine (1997-1999); Maria Helena Cisne (2011 - 2013) - e a então atual presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Leila Mariano (2013-2014).

⁷ Todas as entrevistas apresentadas neste estudo foram realizadas entre fevereiro e março de 2015. Houve bastante dificuldade de localização das magistradas. Em geral os acessos foram efetivados por meio de amigos em comum entre membros da equipe de pesquisa e estas magistradas.

⁸ Foram feitas perguntas sobre: (1) formação - contexto político ao tempo da graduação, proporção mulher/homem na academia, discriminação por ser mulher na academia e formação complementar, por exemplo; (2) carreira profissional tanto na advocacia como na magistratura - apoio familiar na carreira profissional, estágio e ingresso no mercado de trabalho, tratamento de colegas e clientes/jurisdicionados, relação entre vida pessoal e carreira, por exemplo; (3) carreira política na magistratura - a chegada na cúpula, impressões sobre proporções de gênero no comando da justiça, diferença entre homens e mulheres na gestão, relação com os subordinados

3 O LUGAR DA MULHER “NO MUNDO DO DIREITO”

No processo de revisão bibliográfica, retomamos a retrospectiva histórica realizada Boigeol (1996), que analisou as dificuldades das mulheres no acesso à magistratura francesa. A pesquisa concluiu que, no período do pós-guerra, o acesso das mulheres à magistratura foi obtido pela sua origem social mais elevada e pela excelente qualificação que as candidatas possuíam. Foi esse capital que permitiu a elas superar a “debilidade de seu sexo”, compensando o que era considerado uma inferioridade (BOIGEOL, 2005, p. 24)⁹. O acesso das mulheres à magistratura constituía uma ameaça as estruturas profissionais, considerado um atentado ao modelo familiar tradicional e aos atributos constitutivos da profissão. A autora conclui, ainda, que, o ingresso das mulheres na magistratura, contribuiu para alterar o *status* social da magistratura, na medida em que rompeu com o monopólio masculino¹⁰. A pesquisa apontou que, embora recentemente o acesso e a presença feminina na magistratura já não sejam mais questionados, o acesso às posições hierárquicas superiores constitui ainda uma

na perspectiva do gênero, qualidades necessárias ao exercício da presidência, discriminação e o eventual diferencial de uma gestão feminina; (4) perspectivas de futuro para uma magistratura cada vez mais feminina.

⁹ Neste sentido, em entrevista, uma ex presidente de Tribunal Regional do Trabalho nos contou: *Eu sempre me impus. O esforço é igual ao que o homem faz? Não é[...] é um pouquinho mais. Na segunda instância [...] Nunca [se sentiu constrangida frente a outros desembargadores]! Nunca por que eu sempre fui muito boa juridicamente. Sempre fui muito respeitada juridicamente .Nunca ouvi. O que já ouvi, ‘você é muito boa para fazer o bolo [...] fulana é ótima cozinheira[...] do vatapá você entende, mas disso aqui[...]’ [se referindo a forma de tratamento de desembargadores homens para juízas mulheres, quando discordavam de suas opiniões jurídicas]. Acontecia, mas comigo nunca [...]* **(Maria de Lourdes Sallaberry, ex-presidente do TRT da 1ª. Região entre 2011 e 2013. Entrevista realizada em março de 2015).**

¹⁰ Neste sentido, quando indagadas sobre as conseqüências da entrada de mulheres para o *status da magistratura* as opiniões das entrevistadas divergiram: Enquanto ex-presidente da justiça federal afirmava “ [...] *Eu discordo, se houver uma representação correta e hígida da categoria, o poder judiciário, é um dos braços da democracia. E aviltar o vencimento de uma categoria essencial ao exercício da democracia a pretexto de que é exercido por mulher, é desdenhar muito à democracia, que com todos os defeitos, sem ela, nós vamos assistir ao império da barbárie.*” **(Julieta Lunz, ex-presidente do TRF-2 entre 1993 e 1995. Entrevista realizada em fevereiro de 2015)**, ex-presidente da justiça do trabalho afirmava “*Você sabe que isso acontece em todos os lugares [se referindo a queda de salário em ofícios de majoritária presença feminina]. Por que isso ainda não aconteceu no judiciário. Por que as mulheres agora é que estão chegando ao topo.*” **(Maria de Lourdes Sallaberry, ex-presidente do TRT da 1ª. Região entre 2011 e 2013. Entrevista realizada em março de 2015).**

sutil prática de discriminação que impede que as mulheres atinjam com maior preponderância o topo hierárquico da carreira (BOIGEOL, 2005, p. 25). Este achados nos auxiliam na compreensão de muitas das questões atuais que seguem atravessando as trajetórias profissionais das magistradas.

Outros estudos internacionais e nacionais, dedicados a identificar o lugar da mulher no mundo do direito e o processo feminização das carreiras jurídicas, apoiaram a pesquisa aqui apresentada. As hipóteses levantadas nestas investigações e os aspectos nela identificados foram usados como referência para a análise dos dados coletados no contexto brasileiro, como veremos a seguir.

O estudo comparativo¹¹, realizado por Schultz (2003), com foco nos advogados e nas demais profissões jurídicas, ressalta as diferentes culturas jurídicas para justificar algumas diferenças e semelhanças nas características identificadas. Apesar dessas diferenças, a autora encontra alguns achados comuns aos diversos países pesquisados, no que diz respeito ao componente de gênero nas carreiras, são eles: as posições/ áreas de prestígio das profissões predominantemente assumidas por homens; a ampliação do acesso às carreiras jurídicas proporcionada pela abertura dos sistemas educativos e expansão das carreiras públicas; dificuldade de acesso de mulheres à cargos superiores - preenchidos por designação/ nomeação; diferenças salariais para trabalhos equivalentes quando desempenhados por mulheres; “penalização” de mulheres em decorrência da responsabilidade familiar. A pesquisa conclui que, embora do ponto de vista legal, seja assegurado o igual acesso das mulheres às profissões jurídicas, na prática, a igualdade de acesso e progressão por mérito é compartilhada somente entre os homens. Tal como informa notícia que abre este artigo, a autora (Schultz, 2003) faz prognóstico otimista quanto à superação de barreiras “informais” ou “invisíveis” ao acesso de mulheres à cargos de poder.¹²

¹¹A pesquisa foi realizada em maior profundidade nos países anglo-saxônicos como Estados Unidos, Reino Unido, País de Gales, Austrália Nova Zelândia e Canadá, mas a publicação reuniu, também, estudos sobre Israel, Holanda, Polônia, Finlândia, França, Itália, Brasil, Coreia do Sul.

¹² Estas seriam rompidas a médio/longo prazo, considerando, especialmente, a predominância de mulheres nos cursos jurídicos, o que deverá promover a ocupação dos cargos de poder pelo mérito. (Schultz, 2003)

Ao analisar o processo de feminização da magistratura portuguesa, Duarte et al. (2014) analisam o paradoxo entre o fato de que algumas mulheres, individualmente alcançam sucesso nas carreiras da magistratura, embora persistam barreiras de gênero na profissão. Nas carreiras públicas as diferenças de condições de trabalho entre homens e mulheres seriam menos evidentes - em função dos concursos públicos e da igualdade de salários – o que mascara diferenciações na prática. Os profissionais entrevistados (Duarte et al, 2014) admitem que exigências profissionais da carreira dificultam a gestão da vida familiar. É nesse aspecto que as diferenças se evidenciariam com maior clareza.¹³

No Brasil, os estudos de referência sobre as profissões jurídicas realizados por Bonelli, retomam o “profissionalismo” de Freidson (2001) para analisar como o poder profissional, a autonomia, o controle jurisdicional, a definição e o insulamento das carreiras delimitam as diferenças entre a magistratura estadual e federal no estado de São Paulo (BONELLI, 2011). A autora relaciona profissionalismo à barreiras para progressão profissional de juízas. O uso de estratégias de fechamento das profissões jurídicas também é analisado. Este seria possível barreira em relação à entrada das mulheres nas carreiras.¹⁴ Em outra análise a autora (BONELLI, 2010) verifica limites e possibilidades da construção do “ser magistrado” tendo como referência o conceito da diferença nas formas como a carreira é experimentada segundo o gênero e a sexualidade.¹⁵ Na pesquisa os resultados apontam que o apagamento e visibilidade do gênero se dão ao apontar o preconceito ou ao essencializar o gênero, “atribuindo às magistradas as marcas do feminino que fragilizam a carreira.” (BONELLI, 2010: 05).

Apesar da revisão bibliográfica realizada ainda são poucos os estudos dedicados a relacionar gênero e magistratura no Brasil. Não existem dados ou

¹³ O que entre os entrevistados não é visto com discriminação, mas como consequência da “condição de mulher”, que assume maior ônus para conciliar a vida familiar e o profissional. (Duarte et al, 2014).

¹⁴ Embora o “discurso” dos magistrados naturalize as desigualdades e afirme que, com o tempo e com a progressão profissional feminina, elas irão desaparecer. (BONELLI, 2011).

¹⁵ Segunda a autora, as narrativas negam que as diferenças de gênero persistam. O apagamento dessas diferenças é relatado pelas entrevistadas a partir de experiências de conquista de posições de poder. (BONELLI, 2010)

estudos precisos sobre mulheres em cargos de poder do Judiciário, o que demonstra ser esta uma área de estudos com campo para exploração.

4 PANORAMA GERAL: O JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A PERSPECTIVA DE GÊNERO

Passaremos, neste tópico, à análise dos dados do censo (CNJ, 2014), interrelacionando e discutindo alguns achados.

4.1 Composição e distribuição (por sexo) da magistratura brasileira

Em combinação com a variável idade, o censo (CNJ, 2014) revela que, em geral, as mulheres ingressam na magistratura mais jovens que os homens, uma diferença de idade relativamente próxima, mas mantida, mesmo com o passar dos anos nas últimas três décadas.

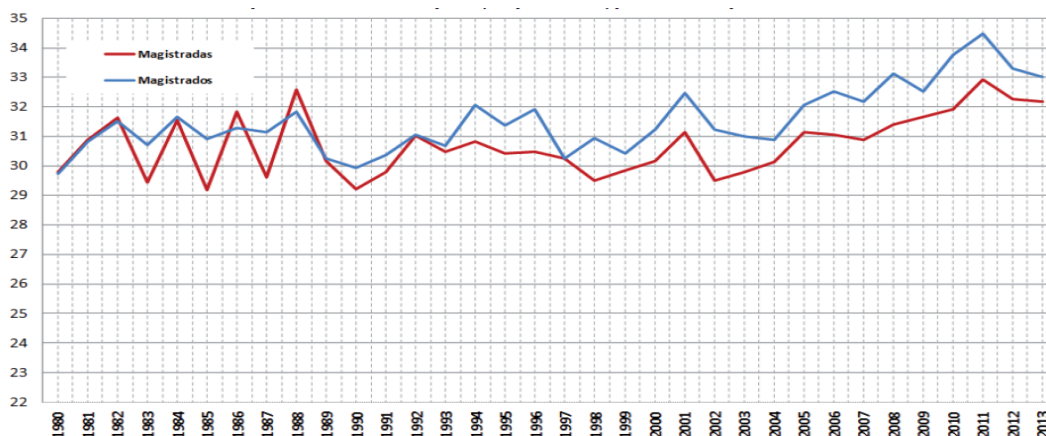


Figura 1 - Idade média dos magistrados, segundo sexo, por ano de ingresso na magistratura. Fonte: CNJ, 2014

No entanto, embora cheguem ao judiciário mais jovens, elas chegam em números significativamente menores que os homens, como mostra a figura 2. Vale notar que, nas últimas três décadas, embora o número de mulheres que ingressam na carreira tenha crescido pelo menos 10% em relação às décadas

anteriores, elas não chegam, no quadro geral, à proporção de 40% em relação aos homens¹⁶.

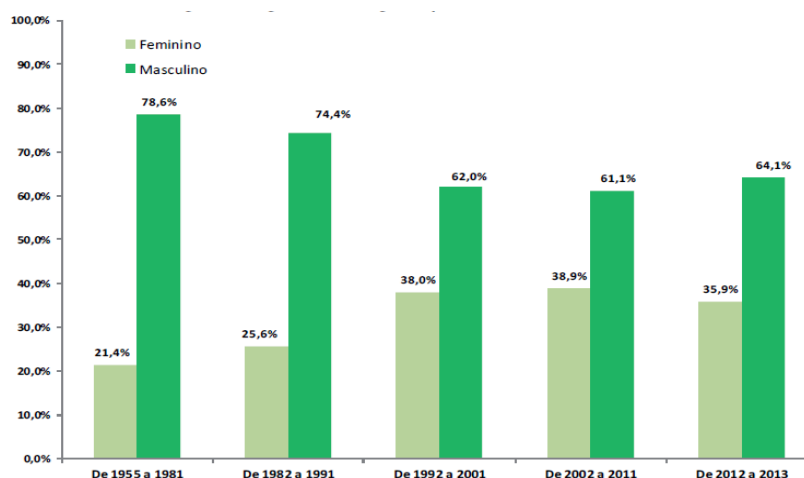


Figura 2 - Percentual de magistrados, por sexo, segundo ano de ingresso no judiciário. Fonte: CNJ, 2014

Este cenário pode, no entanto, ser bastante diferente se assumirmos separadamente a presença de mulheres por ramo da justiça. Isto por que, enquanto na justiça estadual militar estas são 16,2% no quadro de magistrados, na justiça do trabalho, chegam a quase 50%. Apesar desta variação, para a maioria dos demais ramos da justiça – federal, eleitoral, conselhos e tribunais superiores – a média da presença feminina não chega a 30%.

¹⁶ Em relação a desproporção de gênero verificada por ex-presidentes de tribunais em suas trajetórias, destacamos a fala de ex-presidente da justiça federal, que corrobora a fala de ex-presidente da justiça do trabalho. “Já na faculdade [...] Eu estudei na UEG. Em 1961[...] Então você contava à dedo a cabeça das meninas. Éramos poucas [...]”. **(Julieta Lunz, ex-presidente do TRF-2 entre 1993 e 1995. Entrevista realizada em fevereiro de 2015)**. “Eu entrei para a graduação em 1968 [...] Bom, nesta época a faculdade já era frequentada por mulheres assim, numa grande quantidade [...] 40% já era de mulheres [...] a gente não podia ir de calça comprida. [...] Eu resolvi um dia, eu ir de calça comprida, um dia eu falei assim, ‘eu vou de calça comprida ver o que que é[...] o que que acontece’ [...] no outro dia estavam todas as mulheres de calça comprida.” **(Maria de Lourdes Sallaberry, ex-presidente do TRT da 1ª. Região entre 2011 e 2013. Entrevista realizada em março de 2015)**

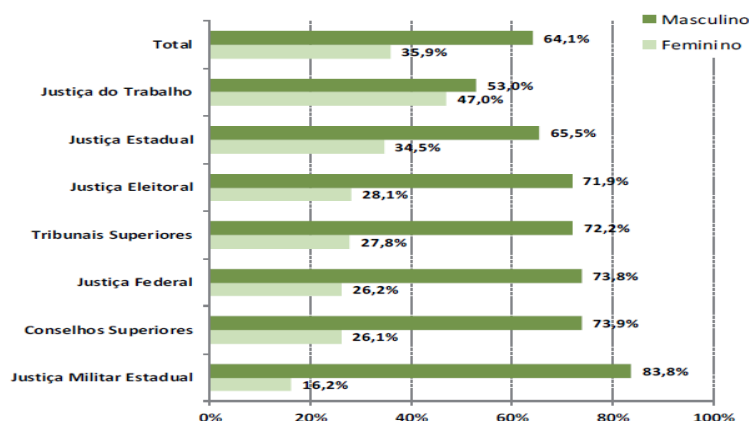


Figura 3 - Percentual de magistrados, segundo o sexo, por ramo da justiça. Fonte: CNJ, 2014

Em suma, em termos de igualdade de gênero, a situação geral do sistema judiciário ainda é bastante distinta entre homens e mulheres, tanto no cenário da magistratura em exercício quanto em relação aos ingressantes na carreira – ainda que este último aspecto sugira, por meio de prospecção temporal, em breve, uma equiparação de gênero no ingresso na carreira, o que parece ser ratificado à luz da atual presença feminina nas faculdades de direito. O censo (CNJ, 2014) revela ainda que atualmente apenas 35% do quadro geral do judiciário no Brasil é composto por mulheres,¹⁷ e que, hoje, o ingresso de mulheres é aproximadamente 25% menor que o de homens.

4.2 Relações de gênero no contexto institucional

Passaremos neste tópico ao aspecto subjetivo das inter-relações nas instituições judiciais e como estas são vividas e percebidas pelas mulheres. No cenário do quadro geral - incluindo todos os ramos da justiça analisados no censo - aproximadamente 70% das magistradas afirmam não sentirem por parte de colegas, discriminação de gênero¹⁸. No entanto, observando este número à luz do

¹⁷ No contexto institucional, a maior parte destas mulheres ocupa cargos de juíza substituta (CNJ, 2014).

¹⁸ O censo (CNJ, 2014) também traz os dados da relação entre as magistradas e os jurisdicionados. Além deste não ser o aspecto central da nossa análise, os dados são semelhantes àqueles apresentados para o tratamento percebido pelas magistradas em relação

ramo da justiça onde as magistradas se inserem, o cenário pode ser bem diferente. Em tribunais esmagadoramente masculinos esta percepção muda.¹⁹ Na justiça militar, por exemplo, 50% das mulheres se sentem discriminadas e ainda, nos conselhos superiores, 40% das mulheres afirmam sentir o mesmo, como podemos conferir na figura 4.

aos colegas magistrados. Neste sentido, o aspecto mais interessante de relatar, ainda que como nota, é o fato de que quanto mais poder possui a mulher frente ao jurisdicionado – em segunda instância e especialmente, em tribunais e conselhos superiores - menor é a percepção de reação negativa ou de discriminação de gênero por parte do jurisdicionado.

¹⁹ Apesar de afirmarem não perceber a discriminação de gênero, na prática, as magistradas entrevistadas nesta pesquisa narram episódios de discriminação. Julieta Luntz, por exemplo, foi a primeira juíza federal aprovada no primeiro concurso público para juízes federais no TRF-2. Quanto à discriminação no período de faculdade afirma “*eu não me recordo*”. Apesar de situar a discriminação de gênero como aspecto da violência *lato senso* nos conta: “*Eu cheguei a ouvir “Julieta, você não pode ir para o Tribunal, pois o Tribunal não dispunha de banheiro para mulheres” (risos) Mesmo assim, entende que no contexto institucional do judiciário, foi mais respeitada do que no mercado privado, na prática da advocacia: “Eu diria que foi mais fácil na magistratura, por que [no escritório] eu me sentia muito espoliada no escritório. Exigiam de uma jovem, vai ao fórum e volta, eu não quero nem lembrar muito*”. Um aspecto interessante da discriminação trazido por esta magistrada é a postura das próprias mulheres: “*O maior problema é o comportamento das próprias mulheres[...] se elas fossem unidas[...] entre ser discriminada pelos homens e pelas mulheres, não tem muita diferença não (Julieta Luntz, ex-presidente do TRF-2 entre 1993 e 1995. Entrevista realizada em fevereiro de 2015)*. Experiência semelhante foi compartilhada por ex presidente do TRT “*Nos bancos escolares nunca. Na hora de procurar emprego, na hora de estagiar, aí sim[...] ‘ah, é mulher[...] ah, é mulher[...]’” (Maria de Lourdes Sallaberry, ex-presidente do TRT da 1ª. Região entre 2011 e 2013. Entrevista realizada em março de 2015)*.

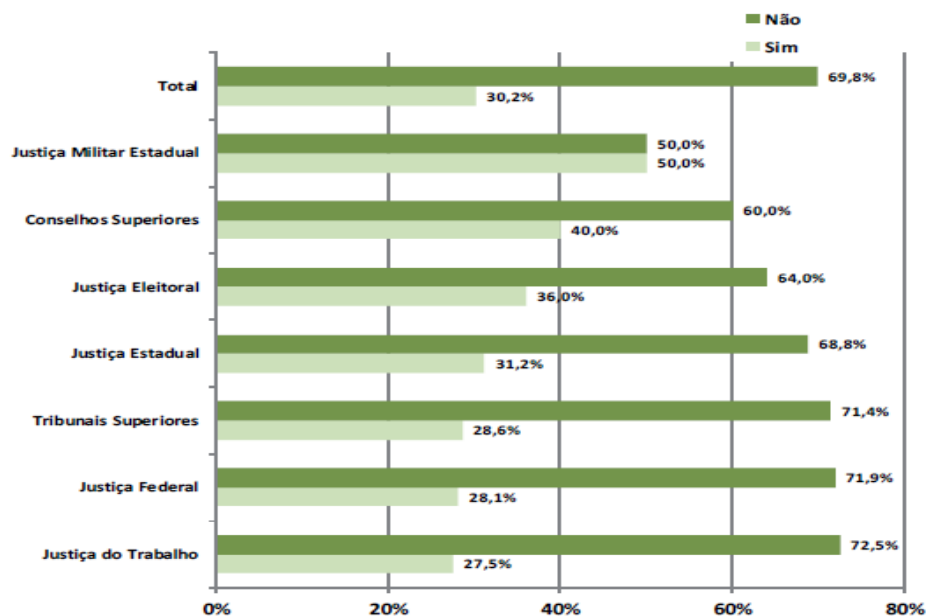


Figura 4 - Percentual de magistradas por ramo de justiça segundo a identificação de reação negativa por parte de outros profissionais do sistema pelo fato de serem mulheres. Fonte: CNJ, 2014

Apesar dos números no quadro geral indicarem um cenário aparentemente positivo quanto à aceitação e respeito da atuação de mulheres na magistratura, estes mesmos números podem omitir cenários obscuros de certos ramos da justiça e ainda, aspectos de uma realidade que apenas a análise qualitativa revela.²⁰

Quanto à percepção de discriminação de gênero no momento do concurso para admissão na carreira, com exceção da justiça eleitoral, em todos os ramos da justiça, inclusive na justiça militar e tribunais superiores, as mulheres afirmam haver imparcialidade de gênero no tratamento dos candidatos (CNJ, 2014: 87).²¹

²⁰ Uma entrevistada, sobre este aspecto, no diz que: “Então[...] tudo que a gente fala dessa questão de gênero, especialmente na magistratura, a nossa tendência é sempre afirmar que é igual, que é da mesma maneira que as oportunidades acontecem, que as promoções acontecem, que os espaços políticos são ocupados, mas quando se confronta isso com a realidade você vê que não é assim.” (Andrea, Pachá, ex-conselheira do CNJ entre 2007 e 2009, entrevistada em fevereiro de 2015).

²¹ Sobre este aspecto uma das entrevistadas afirmou: “Olha, eu não me lembro de ter sofrido nenhuma espécie de discriminação. Na verdade, os cargos que exigem concurso, eles são mais favoráveis as mulheres. As mulheres quando casam cedo ficam em casa e tem mais tempo para estudar. Os homens tem que trabalhar, tem que estudar, então essa é a figura que se faz desde sempre é o homem como mantenedor, provedor e as mulheres ficam na retaguarda cozinhando,

Percepção semelhante a esta é a que vigora entre as juízas quando a pergunta é sobre a promoção na carreira e os pedidos de remoção. As mulheres percebem que as dificuldades vivenciadas são equiparáveis às dos colegas homens. Em um quadro geral, 86% das juízas compartilham esta resposta (CNJ, 2014: 88). No entanto, mais uma vez, o ramo da justiça parece ser uma variável relevante: 50% de mulheres magistradas na justiça militar e quase 30% de magistradas na justiça federal dizem ter mais dificuldade de ascensão na carreira que os colegas homens.²²

Quando a análise do aspecto profissional cede lugar à análise do aspecto pessoal, números se invertem. Quase 70% das mulheres acreditam que sua carreira afeta negativamente a vida pessoal mais do que aos colegas homens.²³ Este percentual analisado a luz da figura 06 – que trata do estado civil das magistradas – e ainda sob a perspectiva qualitativa - das entrevistas - sugere que por “vida pessoal” basicamente estão em jogo maternidade²⁴ - a criação dos filhos versus a carreira – e ainda, a vida conjugal (CNJ, 2014: 89).

preparando o jantar[...] Aliás, eu não sei cozinhar”. Apesar disso, a entrevistada afirma que na época do seu concurso [1968] apenas 4 das 20 Varas do Trabalho possuíam juízas mulheres e que ela era a única mulher, entre os 10 componentes da diretoria da Associação de Magistrados Brasileiros, no ano de 1996. **(Doris Cunha, ex-presidente do TRT, entrevistada em fevereiro de 2015).**

²² Estes números são maiores do que os apresentados pelos tribunais e conselhos superiores nos quais em média 20% das magistradas compartilham a percepção de ter uma maior dificuldade de ascensão profissional que os colegas homens (CNJ, 2014: 89).

²³ Narrativas sobre este aspecto são compartilhadas por nossas entrevistas. Algumas situações e falas emblemáticas destacamos aqui. *“Eu diria que um lado saiu sacrificado, não dá para esticar muito, é um cobertor curto. Mas eu nunca entreguei meus filhos na mão de babá, como eu vejo hoje as mães [...]”* **(Julieta Lunz, ex-presidente do TRF-2 entre 1993 e 1995. Entrevista realizada em fevereiro de 2015).**

²⁴ Outra entrevistada afirma que: *“Um mês depois de ter filho, voltando a trabalhar [muda a entonação]. [...] um horror né, um horror[...] por que a pessoa não tem a menor sensibilidade[...] se eu sou advogada eu tenho que ser igual a todo mundo e nenhum homem parava de trabalhar quando tinha filho, eu tinha colegas que tinham tido filhos também naquela época e nunca ninguém parou de trabalhar...] e eu parei um mês. Eu tinha que voltar e pronto, tá acabado. Eu sentia que minha continuidade no escritório dependia disso. Quer dizer, nunca ninguém me falou isso, mas eu sabia. Quer dizer, um horror[...] Ai, por conta disso, eu pensei, quer saber de uma coisa, vou fazer concurso para a magistratura, por que aí eu sou servidora pública, aí eu vou ter férias, aí eu vou ter licença maternidade[...] aí eu vou ter tudo. Eu adorava a advocacia. O que me levou a magistratura foi o conforto de poder também ser mãe. Ao final, da entrevista, o filho da entrevistada chegou. Neste momento a entrevistada, emocionada disse querer fazer uma declaração, chorou. Com dificuldade de fala informou que se arrependia de não ter sido uma “boa mãe” de não ter estado mais presente. E de não ter estudado mais. **(Maria de Lourdes Sallaberry, ex-presidente do TRT da 1ª. Região entre 2011 e 2013. Entrevista realizada em***

Voltando ao exercício profissional da magistratura, em geral, aproximadamente 70% das mulheres acreditam enfrentar os mesmos desafios que os colegas homens. Observando este número sob a perspectiva dos ramos da justiça, mais uma vez, a justiça militar chama a atenção com um percentual de 50%. Aqui, a justiça do trabalho também se destaca com o indicador de 64,1% de mulheres percebendo enfrentar as mesmas dificuldades que colegas homens. Nestes dois ramos da justiça, parece que as mulheres enfrentam mais desafios no dia a dia do trabalho pelo fato de serem mulheres.

4.3 Magistratura feminina, vida profissional e privada: quando idade, maternidade e hierarquia afetam as percepções

Idade

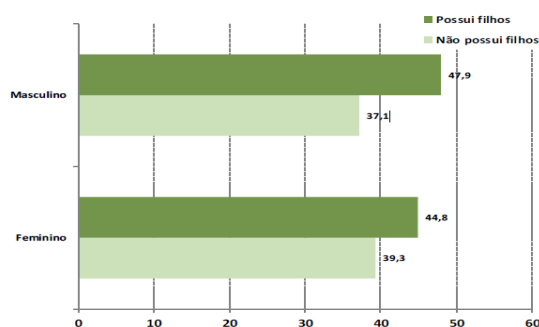


Figura 5 - Idade média dos magistrados, segundo sexo, que possuem ou não filhos. Fonte: CNJ, 2014

No sistema de justiça brasileiro, a paternidade é proporcionalmente um pouco maior que a maternidade. Apesar da diferença percentual entre os magistrados que tem filhos não chamar muita atenção, é interessante notar que as magistradas são mães com mais idade que os homens. Quase 40% das magistradas até aproximadamente 40 anos não tem filhos. Neste sentido, ainda

março de 2015). Em uma outra entrevista, a magistrada deixa claro que a carreira pode representar a estabilidade necessária para concretizar projetos pessoais: *“o que me levou a voltar para o Direito [referindo-se ao concurso da magistratura] pode ser sim uma demanda feminina - foi a urgência da maternidade num momento da minha vida. Eu estava casada e trabalhando com teatro no Brasil, que era uma profissão superinstável [em termos financeiros] (Andrea, Pachá, ex-conselheira do CNJ entre 2007 e 2009, entrevistada em fevereiro de 2015).*

sobre o possível impacto da profissão na vida pessoal, é interessante observar a diferença do estado civil entre homens e mulheres na magistratura. Este dado pode ser lido à luz do desafio que representa a maternidade, mesmo para as mais desbravadoras magistradas, conforme verificado nas entrevistas com ex-presidentes mulheres de tribunais.

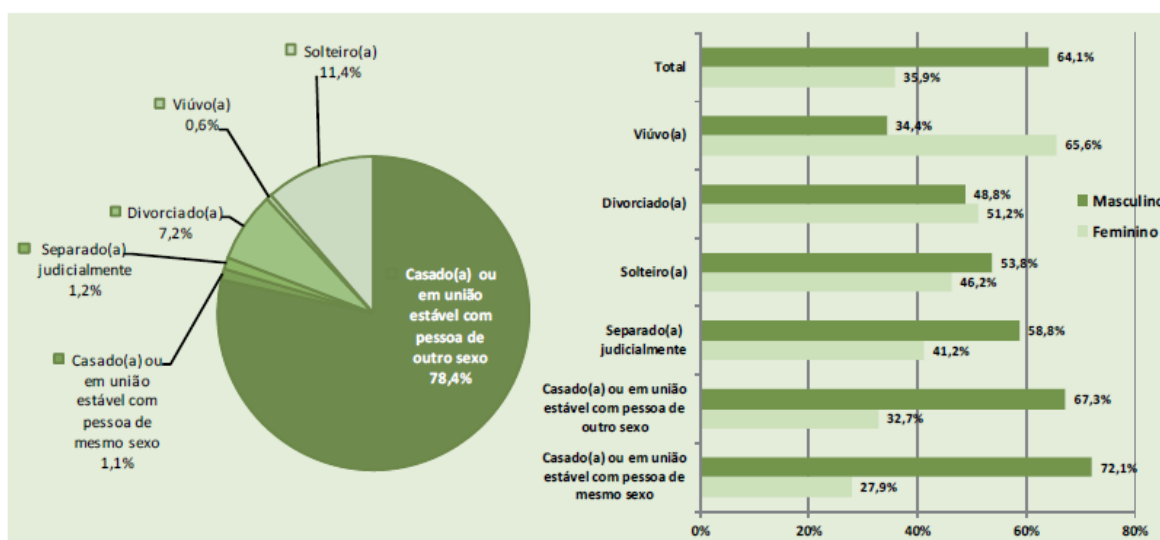


Figura 6 - Percentual de magistrados, por sexo, segundo o estado civil e percentual geral de magistrados segundo o estado civil. Fonte: CNJ, 2014.

Se em números gerais, 78,4% dos magistrados são casados, 67,3% são homens e 32,7% mulheres. Em sua maioria, as magistradas do sistema de justiça brasileiro são divorciadas ou viúvas, sendo considerável o número de juízas separadas judicialmente e solteiras. Para as magistradas, maternidade e vida conjugal parecem, portanto, sofrer um impacto importante com o exercício profissional. A conquista de novos territórios profissionais pelas mulheres parece acarretar uma nova organização do trabalho com a redefinição de temporalidades e tarefas - familiares e profissionais.

Idade

Entre as três categorias apresentadas neste tópico – idade, maternidade e hierarquia - a faixa etária parece afetar mais significativamente a percepção subjetiva das magistradas (CNJ, 2014: 91-96). Em geral, as magistradas com até 30 anos de idade e aquelas com mais de 60 anos percebem o tratamento recebido por outros magistrados de forma positiva. Nestas duas faixas etárias a visão sobre a ascensão na carreira também não percebe distinção de tratamento segundo gênero. Quanto ao quesito “afetação da carreira na vida pessoal”, nas faixas etárias mais elevadas, a partir dos 56 anos de idade, as mulheres não sentem tanto o impacto ou efeito negativo da carreira na vida pessoal. Segundo estas mulheres de faixas etárias mais avançadas, a carreira afeta suas vidas pessoais tanto quanto aos seus colegas homens (CNJ, 2014). De uma forma mais ampla, é possível sugerir que quanto mais idosas as magistradas, mais equiparadas estas estariam aos colegas homens na carreira, tanto no aspecto do respeito de colegas, quanto no aspecto do equilíbrio entre carreira e vida pessoal.

Maternidade

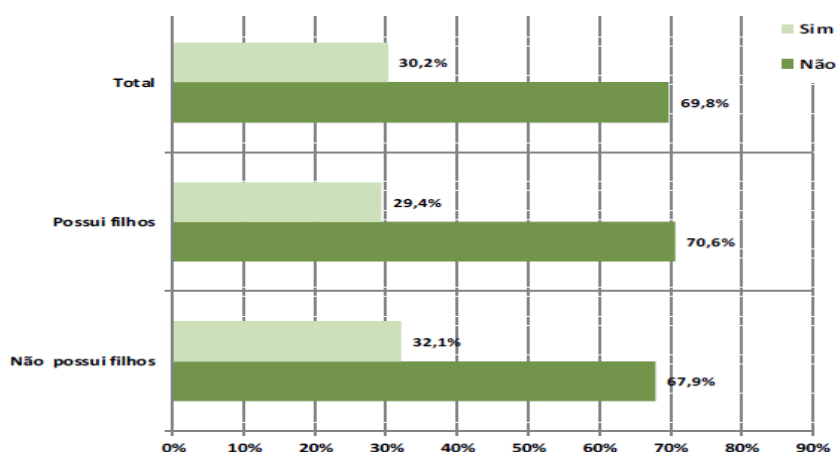


Figura 7 - Percentual de magistradas, com ou sem filhos, segundo identificação de reações negativas por parte de outros profissionais do sistema de justiça pelo fato de ser mulher. Fonte: CNJ, 2014

Independente de serem ou não mães, em média 30% das magistradas percebem reações negativas de outros profissionais do sistema de justiça pelo fato de serem mulheres. Neste sentido, os dados desmistificam um possível tratamento diferenciado e discriminatório focado em magistradas que são mães conforme podemos ver na figura abaixo.

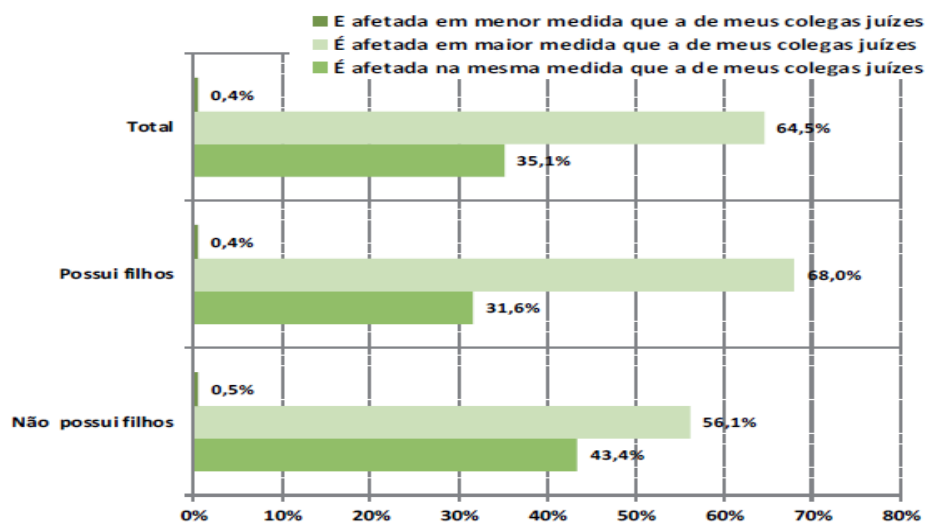


Figura 8 - Percentual de magistradas, com ou sem filhos, segundo a identificação dos efeitos da carreira na vida pessoal em comparação com colegas homens.

Fonte: Censo, 2014

Quando questionadas sob o aspecto afetação da carreira na vida pessoal, 31,6% das magistradas - que são mães - acreditam que há esta afetação, enquanto 43,4% que não são mães têm a mesma crença. Em outras palavras, mais magistradas que não exercem a maternidade afirmam que a carreira afeta na vida pessoal do que magistradas que exercem. Mais uma vez, os dados desmistificam a ideia de que a carreira afeta mais a vida pessoal de mulheres que são mães. Não podemos perder de vista, no entanto, o fato de que a maioria das mulheres na magistratura não perceber que a carreira venha a afetar suas vidas pessoais, sejam elas mães ou não.

Hierarquia

O censo analisa as reações negativas por parte de profissionais do sistema de justiça às magistradas, à luz do cargo ocupado. Conforme podemos ver na figura abaixo, os resultados chamam a atenção para dois lócus de concentração de poder político no sistema judiciário: o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores.

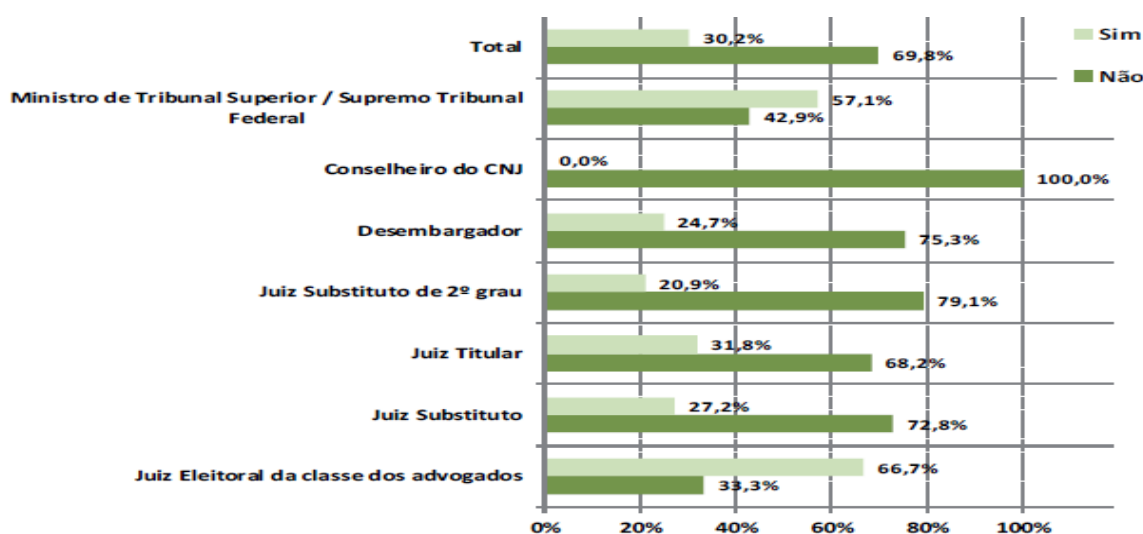


Figura 9- Percentual de magistradas segundo identificação de reações negativas por parte de outros profissionais do sistema de justiça por ser mulher, considerando o cargo ocupado pela magistrada. Fonte: CNJ, 2014.

Enquanto no Conselho Nacional de Justiça nenhuma magistrada percebe qualquer reação negativa de colegas pelo fato de serem mulheres, nos tribunais superiores, quase 43% das magistradas sentem-se afetadas por esta diferenciação.²⁵

²⁵ A conselheira entrevistada afirma que: “há alguns espaços que não é o fato da mulher estar ocupando aquele espaço que torna aquele espaço feminino, pelo contrário, né? A gente tem uma tendência, especialmente na magistratura de repetir o modelo que é absolutamente machista. Então, esse discurso de afirmação que nós somos todos iguais, porque aqui ninguém é diferente, porque eu mando igual você manda, porque a minha sentença vale tanto quanto a sua, a minha decisão vale tanto quanto a sua. É uma forma de afirmar um espaço de poder que não é exatamente um espaço onde o poder se legitima, né? É onde o poder se impõe. (Andrea, Pachá, ex-conselheira do CNJ entre 2007 e 2009, entrevistada em fevereiro de 2015). A entrevistada reforça ainda a importância da presença feminina neste espaço de

5 QUANDO AS MULHERES SOBEM NO TELHADO: REPRESENTATIVIDADE FEMININA NA CÚPULA DO PODER JUDICIÁRIO

Em um quadro geral, no Brasil, a eleição da cúpula dos tribunais é pautada por uma lógica de exclusão que ganha ares homologatórios, reduzindo drasticamente as possibilidades de institucionalização de um efetivo debate sobre os rumos do tribunal, bem como um efetivo diálogo entre a cúpula e as bases dos tribunais.²⁶ Esse macro modelo jurídico arquitetou um judiciário centralizador e rigidamente hierarquizado (Fragale, 2012). Dominado há décadas por homens, é neste cenário que analisaremos a chegada das magistradas: a cúpula dos tribunais.

Apesar do sistema de progressão na carreira buscar critérios objetivos de ascensão - antiguidade e mérito - como vimos, percentual significativo das magistradas acredita que enfrentará mais dificuldade que colegas homens para ascender profissionalmente (CNJ, 2014). A combinação dessas circunstâncias subjetivas com as restrições normativas - condições de elegibilidade que restringem as candidaturas aos membros mais antigos do tribunal – parecem, apenas, adiar a “inevitabilidade feminina nas cúpulas”, é o que veremos.²⁷

deliberação de políticas judiciárias: “*Eu nunca tive resistência quando eu levava as propostas, mas as propostas nunca era trazidas senão por causa da presença de uma mulher lá. Porque eu acredito que se não tivesse uma mulher lá quando que isso ia ser votado no plenário como uma pauta nacional. Essa agenda quem levou fui eu, eu levei por causa da minha participação lá.*” (Andrea, Pachá, ex-conselheira do CNJ entre 2007 e 2009, entrevistada em fevereiro de 2015)

²⁶ O artigo 102 da Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN) estabelece que a escolha dos tribunais para os cargos de direção deverá recair sobre seus juízes mais antigos, ficando vedada a eleição daqueles que tiverem exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou o de Presidente, salvo se já tiverem esgotados todos os nomes, na ordem de antiguidade.

²⁷ Sobre as dificuldades enfrentadas para chegar na cúpula escutamos percepções que corroboram este cenário: “[...] a nossa carreira é horrível. Você demora cinquenta mil anos para chegar ao topo da carreira. [...] Para você chegar lá você demora muito, e nos primórdios não havia mulher. Agora é que esta, desde os anos 70, é que começamos a ser alimentados por mulheres, então agora é que estão começando a chegar”. (Maria de Lourdes Sallaberry, ex-presidente do TRT da 1ª. Região entre 2011 e 2013. Entrevista realizada em março de 2015).



Figura 10 – Fotografia da porta do gabinete da ministra Nancy Andrighi, no Superior Tribunal de Justiça. (Fonte: Mídia Jota)

Fato é que nunca, em toda a história do poder judiciário brasileiro, houve mais mulheres em suas cúpulas.²⁸

Quadro 1 – Quadro geral da representatividade feminina nas cúpulas do poder judiciário, considerando a justiça federal, do trabalho e estadual ao longo de dois biênios, em números absolutos e percentuais.

| Quadro Geral da Cúpula do Judiciário no Brasil | | | | | |
|--|-----------------|---|--|---|--|
| Categoria | Total de Cargos | Cargos ocupados por mulheres – Biênio I | Cargos ocupados por mulheres – Biênio II | Percentual da representação feminina – Biênio I | Percentual da representação feminina – Biênio II |
| Cargos de Diretoria | 180 | 53 | 51 | 29,44% | 28,33% |

²⁸ Contudo, como alerta uma das entrevistadas: “Não é o fato de uma mulher ocupar os lugares que transforma esse espaço num espaço de afirmação feminina. Porque a repetição o modelo e a repetição é muito forte. Eu acho que com relação ao exercício e a administração não foi perceptível a presença feminina você pode perceber uma mudança na presença de uma mulher na forma de se relacionar com as pessoas, com os servidores, mas não com pauta política, ou de agenda. O que você tem como pauta em relação a afirmação da igualdade, ao respeito pelo acesso igual de todo mundo, pela servidora e servidor, pelas promoções, pela remoções. Isso eu não percebi mudança nem no supremo, nem aqui.” (Andrea, Pachá, ex-conselheira do CNJ entre 2007e 2009, entrevistada em fevereiro de 2015)

| | | | | | |
|-----------------------------|----|----|----|--------|--------|
| <i>Presidência</i> | 56 | 16 | 11 | 28,57% | 19,64% |
| <i>Vice Presidência</i> | 67 | 21 | 23 | 31,34% | 34,32% |
| <i>Corregedori a</i> | 57 | 16 | 17 | 28,07% | 29,82% |

Dos 180 cargos de direção nos tribunais brasileiros, 53 foram comandados por mulheres no primeiro biênio e 51 no segundo biênio. A ascensão de mulheres à diretoria de tribunais brasileiros tem nestes tempos as proporções mais notáveis de toda a história, ainda que seja um status marcado pela sub-representação e ineditismo.

Conforme vimos no censo do judiciário, a presença feminina no sistema de justiça é de 35,9%. Um cenário bastante compatível com o cenário das cúpulas onde a média de representatividade aproxima-se de 30%.²⁹ As percepções e vivências profissionais e pessoais de magistradas, como vimos a partir da análise do censo no tópico anterior, varia significativamente de acordo com o ramo da justiça analisado.³⁰ Por este motivo, assumiremos esta variável para melhor detalhar os números gerais ora apresentados no quadro 1.

5.1 Mulheres na cúpula da Justiça Federal

Na justiça federal, há 15 cargos de cúpula, cujo detalhamento encontra-se no quadro 2.

²⁹ Na análise das cúpulas foram levantados dados apenas da justiça federal, do trabalho e estadual enquanto que o Censo do judiciário (CNJ, 2014) considera um universo mais amplo com dados destes ramos e ainda, a justiça eleitoral, estadual militar e conselhos e tribunais superiores. A média da representatividade feminina no judiciário considerando apenas os três ramos ora analisados quanto às cúpulas é de 35,9%, igual a média geral, considerando todos os ramos da justiça.

³⁰ Entre todas as variáveis testadas – idade, maternidade, hierarquia entre outras – como vimos no tópico anterior sobre o censo do judiciário (CNJ,2014), o ramo da justiça foi a categoria que mais gerou diferenciação nas respostas das magistradas quanto à percepções e experiências profissionais e pessoais no sistema judiciário.

Quadro 2 – Quadro da representatividade feminina na cúpula do poder judiciário, considerando a justiça federal (TRF) ao longo de dois biênios, em números absolutos e percentuais.

| Quadro Geral da Cúpula do Judiciário na Justiça Federal (TRF) | | | | | |
|--|------------------------|--|---|--|---|
| Categoria | Total de Cargos | Cargos ocupados por mulheres – Biênio I | Cargos ocupados por mulheres – Biênio II | Percentual da representação feminina – Biênio I | Percentual da representação feminina – Biênio II |
| Cargos de Diretoria | 15 | 2 | 4 | 13,33% | 26,66% |
| <i>Presidência</i> | <i>5</i> | <i>0</i> | <i>0</i> | <i>0%</i> | <i>0%</i> |
| <i>Vice Presidência</i> | <i>5</i> | <i>1</i> | <i>2</i> | <i>20%</i> | <i>40%</i> |
| <i>Corregedoria</i> | <i>5</i> | <i>1</i> | <i>2</i> | <i>20%</i> | <i>40%</i> |

A justiça federal apresenta um número de cargos de cúpula muito pequeno quando comparado a outros ramos da justiça. São ao todo apenas 15 cargos de comando. Neste sentido, qualquer cargo considerado individualmente tem peso muito grande na conformação dos percentuais finais de representatividade. Isto é o que podemos ver com a comparação dos biênios I e II onde, com a entrada de duas mulheres na cúpula da justiça federal, há um crescimento de representatividade de 10 pontos percentuais. Enquanto no atual biênio há uma marca de 26,66% de mulheres na cúpula, no biênio anterior este número era de 13,33%. Se considerarmos que o total de mulheres na justiça federal é o correspondente à 26,2%, a atual representatividade feminina na cúpula parece coerente com o contexto institucional.

5.2 Mulheres na cúpula da Justiça do Trabalho

Na justiça do trabalho, há 76 cargos de cúpula, cujo detalhamento encontra-se no quadro 3.

Quadro 3 – Quadro da representatividade feminina na cúpula do poder judiciário, considerando a justiça do trabalho (TRT) ao longo de dois biênios, em números absolutos e percentuais

| Quadro Geral da Cúpula do Judiciário na Justiça do Trabalho (TRT) | | | | | |
|--|------------------------|--|---|--|---|
| Categoria | Total de Cargos | Cargos ocupados por mulheres – Biênio I | Cargos ocupados por mulheres – Biênio II | Percentual da representação feminina – Biênio I | Percentual da representação feminina – Biênio II |
| Cargos de Diretoria | 76 | 35 | 27 | 46,05% | 35,52% |
| <i>Presidência</i> | <i>24</i> | <i>9</i> | <i>7</i> | <i>37,5%</i> | <i>29,16%</i> |
| <i>Vice Presidência</i> | <i>26</i> | <i>14</i> | <i>11</i> | <i>53,84%</i> | <i>42,30%</i> |
| <i>Corregedoria</i> | <i>26</i> | <i>12</i> | <i>9</i> | <i>46,15%</i> | <i>34,61%</i> |

Em um cenário diferente do apresentado no quadro 2 acima, a justiça do trabalho apresentada no quadro 3 permite um estudo de representatividade em uma amostra mais ampla, com 76 cargos de cúpula espalhados por todo o país. Neste sentido, o que mais nos chama a atenção são os altos números de presença feminina na cúpula quando comparados às cúpulas de outros ramos da justiça. No atual biênio 35,52% da cúpula da justiça do trabalho é composta por mulheres e este número chegou a ser mais elevado no biênio anterior, com 46,05%.³¹ Quando analisamos esta representatividade à luz da presença feminina na instituição justiça do trabalho – 47% segundo o censo (CNJ, 2014) -

³¹ Um número este que chega a ser maior que a presença feminina no quadro geral da magistratura segundo o censo (CNJ, 2014).

percebemos mais uma vez uma cúpula que reflete o quadro geral institucional dentro de um respectivo ramo da justiça.

5.3 Mulheres na cúpula da Justiça Estadual

Na justiça estadual, há 88 cargos de cúpula, cujo detalhamento encontra-se no quadro 4.

Quadro 4 – Quadro da representatividade feminina na cúpula do poder judiciário, considerando a justiça estadual (TJ) ao longo de dois biênios, em números absolutos e percentuais

| Quadro Geral da Cúpula do Judiciário na Justiça Estadual (TJ) | | | | | |
|--|------------------------|--|---|--|---|
| Categoria | Total de Cargos | Cargos ocupados por mulheres – Biênio I | Cargos ocupados por mulheres – Biênio II | Percentual da representação feminina – Biênio I | Percentual da representação feminina – Biênio II |
| Cargos de Diretoria | 88 | 18 | 20 | 20,45% | 22,72% |
| <i>Presidência</i> | <i>26</i> | <i>7</i> | <i>4</i> | <i>26,92%</i> | <i>15,38%</i> |
| <i>Vice Presidência</i> | <i>36</i> | <i>6</i> | <i>10</i> | <i>16,66%</i> | <i>27,77%</i> |
| <i>Corregedoria</i> | <i>26</i> | <i>5</i> | <i>6</i> | <i>19,23%</i> | <i>23,07%</i> |

De forma semelhante à justiça do trabalho, a amostra levantada na justiça estadual é ampla, com 88 cargos de cúpula espalhados por todo o país. No atual biênio a representatividade feminina é de 22,72%, apenas dois pontos percentuais superior a do biênio anterior com 20,45% de magistradas no comando. Apesar do estatisticamente insignificante crescimento de mulheres no

comando da justiça estadual, é significativo observar que este número é inferior a presença geral de magistradas no sistema de justiça – como um todo - em quase 15 pontos percentuais. Ainda que comparemos os dados da cúpula da justiça estadual com os dados da presença feminina neste mesmo ramo, ainda há um déficit de representatividade de quase 15 pontos percentuais. Enquanto a cúpula atual apresenta 22,72% de participação, as magistradas hoje são 34,5% da justiça estadual.

5.4 Análise comparativa da representatividade nos diferentes ramos da justiça

A figura 11 abaixo apresenta um panorama comparativo dos dados apresentados nos quadros acima.

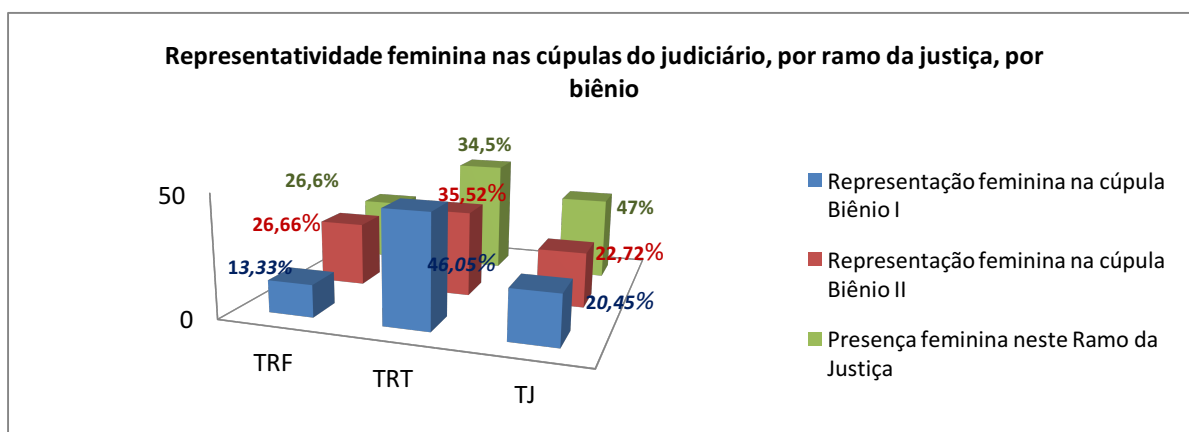


Figura 10 - Quadro comparativo da representatividade feminina na cúpula do poder judiciário, considerando os ramos da justiça – federal, do trabalho e estadual - ao longo de dois biênios, em números percentuais.

A figura 10 mostra certa proporção na representatividade de mulheres na cúpula, quando comparado ao número de mulheres na carreira. Como vimos antes, apenas no contexto da justiça estadual é que ainda há uma significativa sub-representação feminina na cúpula, mesmo com uma possibilidade de cargos ampla, com 88 postos de comando. Apesar da sub representação mais notória na justiça estadual, quando lembramos a pesquisa do censo (CNJ,2014) não há qualquer dado que indique um tratamento mais diferenciado às mulheres na

justiça estadual vez que suas respostas – vivências e percepções de relações de gênero na carreira - são semelhantes às magistradas da justiça do trabalho e da justiça federal.

As magistradas que chegaram à cúpula, em entrevistas nos narraram que o aspecto da firmeza e rigidez foram marcas de suas trajetórias. Firmeza e rigidez, além do fato de a todo tempo, precisar demonstrar a capacidade de fazer seu ofício, não igual, mas melhor que os homens.³²

6 CONCLUSÕES

Ao examinarmos a hipótese da inevitabilidade em relação à presença de mulheres nas cúpulas judiciais brasileiras, verificamos que o impacto do sistema de organização da magistratura brasileira, em especial do acesso por concurso público e dos critérios de promoção alternados entre antiguidade e merecimento, parecem indicar que seja uma questão de tempo a ocupação dos espaços das cúpulas pelas mulheres. Atualmente essa ocupação, apresenta distinções, mais marcadas segundo segmentação funcional. A análise dos dados coletados, tanto do ponto de vista quantitativo como qualitativo sugerem a ratificação desta hipótese - a chegada das mulheres aos tribunais e aos órgão de cúpula do poder Judiciário é uma questão de tempo.

³²“É evidente que você, não só eu, qualquer pessoa, para você se destacar, você tem que ser melhor que os homens. Para os homens se destacarem, basta ele ser bom. A mulher para se destacar, pelo menos no meu meio, ela tem que ser mais que boa e ela tem que mostrar, demonstrar e ficar o tempo todo mostrando [...] você tem que ser firme. [...] As mulheres não podem demonstrar fraqueza.” **(Maria de Lourdes Sallaberry, ex-presidente do TRT da 1ª. Região entre 2011 e 2013. Entrevista realizada em março de 2015)** “[...] Eu tenho a regra como norte, mas em determinados casos eu flexibilizo a regra [...] eu não tinha pensado nisso, estou vendo que essa presidente [referindo-se a presidente anterior], quer dizer as duas, a primeira muito mais que a segunda [se referindo a rigidez], talvez[...] é acho que é isso mesmo[...] a primeira foi de uma insensibilidade a toda prova [...]é para mostrar que era dura, para se impor, para mostrar que era capaz de estar naquele lugar. [...] Eu sou mulher, mas[...], essa [se referindo a primeira presidente] só se admitia ser chamada de juiz [...] Não juíza. Por que ela foi uma das primeiras mulheres a entrar na justiça do trabalho.[...] Quando chegou a minha vez, já fui a terceira. Disputei com uma mulher a presidência. E a presidência foi uma consequência, não foi um ideal de vida. Foi ótimo, foi uma circunstância que me fez concorrer [...] e foi uma presidência muito tranquila. Foi uma disputa razoável.” **(Maria de Lourdes Sallaberry, ex-presidente do TRT da 1ª. Região entre 2011 e 2013. Entrevista realizada em março de 2015)**

Contudo, as percepções coletadas pelos censo do poder judiciário, em conjunto com as análises qualitativas realizadas a partir das entrevistas, chama a atenção para três aspectos significativos da perspectiva de gênero: (i) a relação entre profissionalismo e vida privada; (ii) o paradigma masculino de atuação profissional;³³ (iii) o fato de que a chegada das mulheres aos tribunais não assegura, necessariamente, “pautas femininas” ou um modo de administração “feminino”.

Assim, embora o cenário sugira que a ascensão de mulheres ao comando do poder judiciário seja uma questão de tempo, no interior das instituições judiciais ainda há tensões. Há necessidade de uma constante “militância” das mulheres para a conquista de respeito ao exercício de sua subjetividade no contexto institucional.

O discurso da “igualdade”, muito relacionado com o ideal de “neutralidade” do profissionalismo – que ressalta competências e expertises – contrasta as evidências sobre as possíveis dificuldades encontradas no interior das instituições. As experiências do cotidiano do trabalho, ou as dificuldades para o acesso aos cargos de poder, revelam um paradoxo entre o discurso e a prática.

O impacto da carreira na vida privada, evidenciado pela dificuldade de articulação entre os papéis profissionais e familiares, sugere a persistência de um modelo de família no qual cabe às mulheres as responsabilidades domésticas.³⁴ A maternidade interfere no trabalho feminino, especialmente entre as mulheres mais jovens, quando os filhos, provavelmente, são pequenos. Desta forma, a disponibilidade das mulheres para o investimento na carreira depende de uma complexa combinação de características pessoais, dentre elas o estado civil e a maternidade. Como afirmou uma magistrada entrevistada, “o cobertor é curto”. Apesar disso, a carreira de magistrada, na qualidade de emprego público, é percebida como um ambiente menos hostil e mais estável para conciliar a carreira e vida privada, especialmente no que diz respeito ao planejamento familiar.

³³ Que faz com que as mulheres, ainda hoje, precisem demonstrar muita competência para ocupar estes espaços.

³⁴ Isso sempre foi um dos determinantes da posição secundária ocupada por elas no mercado de trabalho.

As dificuldades inferidas no aspecto hierarquia, denotam que, apesar do processo de feminização a magistratura esta inserida, enquanto profissão, em um “sistema de gênero”.³⁵ No caso da magistratura há o paradoxo da invisibilidade da discriminação – dados negam sua existência e as percepções afirmam as “dificuldades” e “diferenciações” na ocupação dos cargos de poder, especialmente nos tribunais superiores.

Nota-se, ainda, a predominância de um paradigma masculino no exercício profissional. Isso impõe as magistradas posturas profissionais mais rígidas e a necessidade constante - ainda hoje - de afirmação de sua competência para ocupação o cargo. Essa observação desdobra-se em outro dado interessante: a ocupação dos cargos de direção pelas mulheres, não significa necessariamente que estes espaços estejam se tornando espaço “mais femininos” - do ponto de vista subjetivo - ou que neles se apresentem pautas de interesse das mulheres. Quando isso acontece, está muito mais relacionado a uma trajetória individual da magistrada do que o simples pertencimento ao sexo feminino.

Por fim, conquanto a chegada de mulheres às cúpulas judiciais brasileiras pareça ser uma simples questão de tempo, o significado e o alcance dessa chegada ainda constitui um espaço de contenda. Em suma, a luta continua e muito ainda resta a ser feito.

BIBLIOGRAFIA

BOIGEOL, Ane. **“Les femmes et les cours: La difficile mise en œuvre de l'égalité des sexes dans l'accès à la magistrature.”** Genèses, 1996.

BOIGEOL, Ane, Las Mujeres y la Corte. **La difícil implementación de la igualdad de sexos en el acceso a la magistratura, Academia.** Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires, Año 3, Número 6, Primavera, 2005.

BONELLI, M. G. . **Carreiras jurídicas e vida privada: interseções entre trabalho e família.** In: 37^o Encontro Anual da Anpocs, 2013, Águas de Lindóia. Anais do 37o Encontro Anual da Anpocs. São Paulo: Anpocs, 2013.

³⁵ Um sistema socialmente construído, que coloca mulheres e homens em lugares bem determinados nas instituições e na sociedade.

BONELLI, M. G.. **Profissionalismo e diferença de gênero na magistratura paulista**. Civitas. Porto Alegre, v. 10, n. 2, maio/ago, 2010.

BRUSCHINI, C. **Trabalho Feminino**: trajetória de um tema, perspectivas para o futuro. Revista Estudos Feministas, p. 17-31, n.1, 1994.

BRUSCHINI, M. C. A. **Trabalho e gênero no Brasil nos últimos dez anos**. Cadernos de Pesquisa, v. 37, set/dez, p. 537-572, 2007a.

BRUSCHINI, M. C. A. **Elas chegaram para ficar**. Difusão de Ideias. Fundação Carlos Chagas, outubro, 2007b, p. 1-7. Disponível em: http://www.fcc.org.br/conteudos especiais/difusaoideias/pdf/materia_elas_chegaram_para_ficar.pdf, acesso em: 01 fev. 2014.

DUARTE, M.; FERNANDO, P.; GOMES, Conceição; OLIVEIRA, A. (2014), **The Feminization of the Judiciary in Portugal: Dilemmas and Paradoxes**", Utrecht Law Review, Volume 10, Issue 1, 29-43.

Ordem dos Advogados do Brasil (2014). Quadro de advogados. Brasília: OAB. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadro advogados](http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadro_advogados)> acesso em: 01 maio 2014.

SCHULTZ, U.; SHAW, G.. **Women in the World's Legal Professions**. Oxford and Portland, OR: Hart Publishing, 2003.

ANNEX I

- PREAMBLE OF THE CONSTITUTION

*“The Recommendation (2002 12) of the Ministers Committee of the Council of Europe to the members states on the Education for the Democratic Citizenship, October 16, 2002, points out that the education for the democratic citizenship is essential to promote a free, tolerant and fair society and that helps to defend the values and principles of freedom, pluralism, human rights and the empire of the law, which are the foundations of the democracy”.*³⁶

- ARTICLE 1.1

“Spain is constituted in a social and democratic Rule of Law, which supports as main values of its juridical classification the freedom, the justice, the equality and the political pluralism.”

- ARTICLE 2

“The Constitution is based on the indissoluble unit of the Spanish Nation, common and indivisible motherland of all the Spanish, and recognizes and guarantees the right to the autonomy of the nationalities and regions that integrate it and the solidarity between all of them.”

- ARTICLE 3.2

“Other Spanish languages will be also officials in the respective Autonomous Communities according to their Statutes.”

- ARTICLE 3.3

“The richness of the different linguistic modalities of Spain is a cultural patrimony that will be an object of special respect and protection.”

- ARTICLE 10.2

³⁶ Part of the Preamble of the Spanish Constitution of 1978. Translation made by the writer. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.t1.html (last checked in February 2015).

“The procedure relative to the fundamental rights and to the freedoms that the Constitution recognizes will be interpreted according to the Universal Declaration of Human rights and other international agreements on the same matters ratified by Spain.”

- ARTICLE 14

“The Spanish citizens are equal in the eyes of the law, without any discrimination because of birth, race, sex, religion, opinion or any other condition or personal or social circumstance.”

The Article 14 defend the equality and nondiscrimination (in Franco’s regime the Basque language was totally discriminated) and this right is reinforced by the Article 10.2 when it is said that all the fundamental rights are interpreted based on the Declaration of the Human Rights (declaration that Spain has to respect because of its ratification).

- ARTICLE 20.1

“This article recognizes and protects the rights:

a) To express and spread freely the thoughts, ideas and opinions by means of the word, the writing or any other way of reproduction.

b) To the literary, artistic, scientific and technical production and creation.”

ANNEX II

- ARTICLE 2

“The language of the Basque Country is the Basque language.”

- ARTICLE 3

“The official languages in the Autonomous Community of the Basque Country are the Basque and the Spanish languages.”

- ARTICLE 4

“The public power will veil and adopt the opportune measures in order that nobody is discriminated because of the language in the Autonomous Community of the Basque Country.”

- ARTICLE 15

“Every student has the right to receive the education both in Basque and in Spanish in the diverse educational levels.

The Parliament and the Government, they will adopt the opportune measures tending to the progressive generalization of the bilingualism in the educational system of the Autonomous Community of the Basque Country.”

- ARTICLE 20.1

“The Government, in order to bring into force the right to the education in Basque, will establish the means to teach Basque language to all the staff of the public education system.”

- ARTICLE 26

“The public Basque authorities will take the opportune measures and the necessary means to promote the use of the Basque language in all the areas of the social life, in order to make the development possible to the citizens in the above mentioned language in the diverse mercantile, cultural, associative, sports, religious and others different activities.”

- ARTICLE 28

“The Basque Government will promote the education of the Basque language for adults and the literacy of the basque-speakers population by means of the creation of a Public Entity to such an effect. By means of law of the Basque Parliament the corresponding rules will be regulated.”

- ARTICLE 29

“The Government, in order to facilitate the task of normalization of the use of the Basque language, will create an organ of meeting, whose goal will be to study, canalize and coordinate the efforts and the activities of the diverse institutions, in what concerns to the application and development of this law.”

EL DISCURSO DE LA DIVERSIDAD EN LAS GRANDES FIRMAS JURÍDICAS DE ARGENTINA

THE DISCOURSE ON DIVERSITY IN LARGE LAW FIRMS OF ARGENTINA

María Eugenia Gastiazoro

RESUMEN: Actualmente se observa el surgimiento de un discurso dirigido a la diversidad de género dentro de las firmas jurídicas centrado en retener mujeres. Se describen los factores que están incidiendo en su surgimiento. Se analiza como las categorías sobre las que se sostiene implican una reproducción de las desigualdades de género más que una mejoría. Se llevó a cabo un análisis cualitativo sobre el discurso de las grandes firmas jurídicas de Argentina. Se encuentra que el discurso de la diversidad aparece hoy en las firmas jurídicas vinculado a condiciones materiales -cambios en el orden de lo económico- sumado a los cambios culturales que traen las nuevas generaciones - necesidad de balance de su vida privada y trabajo y satisfacción con el trabajo-, sin embargo la segregación vertical en las firmas todavía se sostiene. La cuestión requiere ser entendida en el marco del impacto negativo de la recesión del 2008 iniciada en U.S.A. que tuvo su efecto en la firmas de América Latina también. A lo que se agrega en Argentina el cambio en las políticas económicas. La necesidad de las firmas de retener su fuerza de trabajo lleva a generar un discurso de diversidad y flexibilidad para retener a los profesionales jóvenes como a las mujeres que son los que conforman el grueso de los asociados. El concepto de diversidad es utilizado para reestructurarse y situarse frente a sus clientes y profesionales salarizados y retener así a ambos, sobre la base de una estructura piramidal de segregación vertical entre socios y asociados que todavía se mantiene.

PALABRAS CLAVES: firmas jurídicas; desigualdades de género; discurso de la diversidad; desigualdades

ABSTRACT: Currently, the emergence of a discourse on gender diversity, focussed on retaining professional woman, has been observed in law firms. This study describes the elements that configure this discourse and analyses how the categories on which it is built imply the reproduction of gender inequality instead of an improvement in the case of woman lawyers. The research includes a qualitative study on the big Argentinian law firms discourse. The discourse on diversity in law firms emerges today attached to material conditions – transformations in economy

– joined with cultural transformations linked to new generations – need of a balance between private life, work and satisfaction. However, the issue must be understood in the frame of the negative impact of 2008 recession, initiated in the U.S.A. on law firms. The firms necessity of retaining their labor force leads to the production of a diversity and flexibility discourse with the aim of preserving young professionals and woman, which make up the bulk of associates. The diversity concept is used by the firms to restructure and situate in front of clients and salaried professionals, retaining both of them on the basis of a pyramidal structure of vertical segregation which still endure between partners and associates.

KEYWORD: Law firms; gender inequalities; discourse on diversity.

1 INTRODUCCIÓN

La inserción de las mujeres en las grandes firmas jurídicas empieza a ser una preocupación dentro de las mismas. En este sentido, se observa el surgimiento de un discurso dirigido a la diversidad de género dentro de las firmas centrado en la necesidad de retener a las mujeres dentro de estas organizaciones (Cresswell, 2013; Levit, 2011; Scharf y otros, 2009).

Con el objetivo de comprender la producción y/o transformación de las desigualdades de género en las grandes firmas jurídicas de Argentina, se analizan los factores más generales –ligados a transformaciones sociales económicas y culturales- que están incidiendo en el surgimiento de este discurso de la diversidad dirigido a retener a las mujeres dentro de las firmas.

Si bien estos cambios se dirigen a destacar la importancia de las mujeres en estos ámbitos, todavía se evidencia que estas organizaciones siguen estructuradas en base a la segregación vertical sostenidas en el perfil del profesional “*abogado de negocios*”. A su vez, se interpreta cómo este discurso se articula con la categoría de mujeres, centrando la noción de diversidad en categorías esencialistas y heterosexuales.

Se realizó un análisis cualitativo sobre las grandes firmas jurídicas de Argentina³⁷. Se conformó un corpus de datos con texto escrito como imágenes de

³⁷ El estudio se realizó sobre las grandes empresas jurídicas de Argentina. En su selección se utilizó el Directorio Martindale – Hubbell para identificar el listado de las empresas jurídicas con más de 50 abogados. Las 12 empresas identificadas que se encuentran en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sostienen páginas en Internet de las cuales se extrajeron los datos.

fotos que ilustran y acompañan el diseño de los sitios web de las firmas en su presentación, también se tomó la información publicada en los C.V. de los miembros como en las ofertas de trabajo realizadas por las firmas. Además se armó un segundo corpus con entrevistas a Socias de firmas jurídicas de Argentina publicadas por Latin Lawyer 250 en el año 2013. Se recurrió también a entrevistas realizadas a abogados y abogadas de Córdoba y Buenos Aires en el año 2006 lo que permitió la comparación en el transcurso de esos años.

2 PROFESIONALISMO Y GÉNERO EN LAS FIRMAS JURÍDICAS

2.1 Valores y cultura de las firmas jurídicas

Si bien el perfil profesional de las firmas muestra una organización que enfatiza la neutralidad del saber y la impersonalidad de los criterios de la “expertise”, identificando lo profesional con la abstracción, la igualdad y objetividad en el ámbito de su trabajo (Bonelli, 2009), la orientación masculina se evidencia no solo en datos cuantitativos respecto de los cargos jerárquicos (Gastiazoro, 2014; Bergoglio y Gastiazoro, 2013) sino también en las imágenes que sostienen en sus sitios web.

Así, cuando se publican imágenes que muestran el trabajo en equipo donde los profesionales están sentados alrededor de una mesa en una reunión, se encuentra que en todos los casos está dirigida por un profesional que en ningún caso son mujeres. Las mujeres aparecen generalmente en situaciones subordinadas, atendiendo a quien habla en la reunión, consultando a un socio, o como secretarias de la oficina o haciendo consultas en la biblioteca. En este mismo sentido, las imágenes de personas trabajando en la oficina están todas representadas por hombres quienes están sentados en su escritorio ya sea con su celular, frente a la computadora, con lapicera o con escritos en la mano.

Las imágenes permiten mostrar las posiciones de mujeres en las empresas y dan cuenta de la cultura organizacional de estas firmas jurídicas en las que si

bien el modelo profesional en el discurso escrito se muestra general y abstracto, en las imágenes está construido sobre estilos y valores masculinos, centrados por ejemplo en la disponibilidad full time y largas jornadas laborales o en la jerarquía vertical (socios/asociados). En este sentido, identificarse con los valores y cultura de la firma es también un requisito para acceder a los cargos de socio/a y no solo cumplir con los objetivos y aptitudes requeridos para esa instancia, incluso también contar con el respeto y aprecio dentro de la firma puede ser considerado a la hora del ascenso. En consecuencia, no solo los méritos son los que llevan a que las personas asciendan en las jerarquías.

La construcción de una identidad profesional adecuada a la cultura y valores de la firma también incide en el ascenso profesional, las mujeres pueden asumir una corporalidad adecuada a los valores masculinos o buscar diferenciarse a partir de la valorización de su diversidad dentro de la empresa. Se recrea, dentro de las firmas jurídicas una división del trabajo no solo a partir del sistema sexo- género (Rubin, 1986) sino también a partir de la edad de los profesionales, determinando la estratificación interna de la organización.

Las mujeres jóvenes abogadas son un número creciente dentro de las empresas jurídicas en comparación a sus pares masculinos, su cantidad ha aumentado en forma significativa en el último tiempo, tendencia que no parece reducirse, engrosando de esta manera el piso de *asociados* (Bergoglio y Gastiazoro, 2013).

2.2 Disponibilidad horaria

Una característica en las firmas jurídicas es cómo esta forma de trabajo tiene un impacto significativo sobre la organización temporal de las actividades (Thornton, 2007; Gastiazoro, 2007). Profesionales entrevistados en el año 2006 daban cuenta de la presión del tiempo como parte de la intensificación del modo de trabajo, donde la disponibilidad en definitiva queda sujeta a los ritmos de trabajo de la economía ligada a los negocios de los clientes.

los ritmos de los negocios y los ritmos de la economía se mueve diferente de lo que se movía antes la profesión de abogados, y necesitan que el abogado sea mucho más expeditivo y mucho más rápido a la hora

de aconsejar y a la hora de decir que es... que hay que hacer y si se trabaja bajo presión y se trabaja muchísimas horas, no creo que sea todavía el nivel que se trabaja en Estados Unidos, pero si los estudios que trabajan con clientes que tienen temas internacionales por ejemplo, tienen un ritmo mucho más acelerado que el que pueden tener otros estudios más chicos o más tranquilos, y...³⁸

Es una característica del modo de trabajo en las firmas, la intensificación del ritmo de trabajo como el alargamiento de la jornada, siendo *“los jóvenes y las mujeres, que forman la mayor parte de los asalariados, quienes resultan más afectados”* (Bergoglio, 2011:566).

La presión del tiempo requiere de un esfuerzo mayor para el caso de las mujeres que buscan compatibilizar el modo de vida profesional con su familia, lo que de alguna manera incide en sus ascensos (Bergoglio, 2007; Kohen, 2008). Este modelo de trabajo centrado en la disponibilidad total del profesional para con la firma donde la jornada de trabajo puede extenderse hasta 14 horas de trabajo incide negativamente en algunas mujeres. Se observa la necesidad de postergar la vida familiar como modo de ganar terreno dentro del Estudio, o el desacelere de la vida profesional, por medio de trabajo part-time lo que reduce la competitividad de las profesionales en su trabajo:

me parece que la mujer que tiene que satisfacer todas esa demanda de horas tiene que dejar de lado muchísimas, me parece que las mujeres sobre todo que llevan muchos este ritmo de vida postergan muchísimo más tiempo el casamiento, postergan mucho más tiempo la hora de tener hijos... me parece que...En Estados Unidos por ejemplo la mujer que trabaja a este ritmo y tiene ganas de ser socia en un estudio y que están en la competencia de competir contra todos los otros abogados, dejan de lado muchísimas cosas que son de una sociedad machista, digamos, pero que también son del lado de la mujer, hay muchísimas mujeres en el estudio que se le permitió hacer trabajo part-time entonces trabajan hasta las cuatro de la tarde, igual se quedan hasta las siete, que es mucho más temprano de lo que se van todos los demás, pero que tuvieron que renunciar a su carrera, llegar a ser socias³⁹.

Así por ejemplo, una de las grandes firmas analizadas se precia en su política de recursos humanos de contar desde hace ya más de una década con un régimen de maternidad, lo que parece no reflejarse de manera positiva en la cantidad de mujeres socias, ya que este Estudio solo cuenta con una mujer como sócia:

³⁸ Caso 4: Abogado junior, estudio de cincuenta abogados, Buenos Aires.

³⁹ Caso 4: Abogado junior, estudio de cincuenta abogados, Buenos Aires.

[...] la única firma de abogados en la Argentina que cuenta, desde hace ya más de una década, con un régimen de maternidad (para madres con hijos menores) regulado por directrices detalladas, claras y transparentes, conocidas por todos los miembros del Estudio (Firma jurídica, A5).

Sin embargo, hoy este modelo de ejercicio profesional centrado en la lógica *“trabajo más trabajo y no un equilibrio privado – público”* (Thornton, 2007:3), empieza a ser un problema para las firmas siendo uno de los motivos de rotación cuando las mujeres comienzan a tener familia.

Los temas más importantes aparecen cuando las mujeres empezamos a considerar la posibilidad de tener familia. Este es uno de los motivos de rotación clásicos que se mantienen. Una de las principales formas de retención es admitir esquemas más flexibles de trabajo, con la posibilidad de trabajar a distancia, sin tanta dependencia de la presencia física en la oficina... De hecho esta mayor flexibilidad hoy es pretendida por todos los abogados jóvenes, no solo las mujeres⁴⁰.

Las demandas de dedicación y tiempo de los y las profesionales para la firma, incide hoy en las elecciones que llevan tanto las mujeres como los hombres de las nuevas generaciones de profesionales, quienes muchas veces deciden dejar las firmas jurídicas y desarrollarse en otras áreas u ocupaciones:

Algunas eligen enfocar sus carreras hacia ocupaciones menos demandantes, para tener más tiempo libre para desarrollar otras actividades o estar con sus familias”...“es cierto que muchos hombres deciden que la vida en un Estudio grande no ofrece el estilo de vida que quieren y buscan otros horizontes. Esto se da cada vez más con las nuevas generaciones⁴¹.

Como bien señala una miembro socia, las condiciones más flexibles de trabajo, como trabajar a distancia es requerido hoy por los hombres también y no solo por las mujeres, y son mecanismos que las firmas empiezan a pensar como forma de retener a sus profesionales para que la rotación de personal no sea tan alta. Lo que se conecta con las exigencias de los clientes de bajar los costos en el pago de sus servicios jurídicos (Barton, 2013), los clientes ya no quieren correr con el costo de pagar por el tiempo de aprendizaje de los abogados asociados, y los Estudios procuran por lo tanto conservar los/as abogados/as ya formados.

⁴⁰ Abogada Senior, miembro de un estudio de más de cincuenta abogados/as en Buenos Aires. Distinguida en 2013 por Latin Lawyer 250 como una de las 50 mujeres más inspiradoras en la actualidad en la práctica del Derecho en América Latina.

⁴¹ Abogada Senior, miembro de un estudio de más de cincuenta abogados/as en Buenos Aires. Distinguida en 2013 por Latin Lawyer 250 como una de las 50 mujeres más inspiradoras en la actualidad en la práctica del Derecho en América Latina.

Esto se contrapone a lo que en el 2006 una entrevistada señalaba como parte de la organización de las empresas jurídicas donde los gastos se trasladan al cliente:

[...] del vamos el estudio grande con el tema de los gastos ya ni si quiera lo comparte, porque los paga el cliente. Lo que es el gasto de alquiler, teléfono, luz, si por supuesto eso lo paga cada estudio pero desde una cédula de notificación, a los gastos de la traba de una medida cautelar, a un taxi para un registro a trabar justamente un embargo por ejemplo, no lo paga el estudio, lo paga el cliente, es decir los estudios grandes tienen clientes grandes, lo que pasa es que todo es una seguidilla de cosas que conllevan a este cambio y el tema de las ganancias yo ya ahí soy soldado raso en el estudio[...]⁴².

2.3 Vínculos sociales

El capital social ha sido uno de los elementos que distintas investigaciones han puesto en evidencia a la hora de comprender las desigualdades en el acceso de las mujeres a los altos puestos de las firmas jurídicas (Kay y Hagan, 1998; Schultz, 2007; Kohen, 2008). Las pasantías en estudios jurídicos del exterior como los posgrados internacionales llevan a la conexión con redes internacionales de abogados importante a la hora de captar clientes en el ámbito de los negocios (Engelmann, 2011).

La parte social (que se desarrolla por medio de deportes –torneos de golf, fútbol- o salidas –un almuerzo, una salida nocturna-) dentro de la profesión se torna importante a la hora de desarrollar contactos comerciales y traer clientes para la firma, esto tiene peso en la carrera para ser socio/as. En este sentido las mujeres presentan todavía ciertas dificultades para esto, por un lado todavía el mundo de los negocios se representa como masculino, por el otro, como señala una socia de un estudio de Buenos Aires, las mujeres tienen que aprender a desarrollarlo.

Las mujeres somos nuevas en este ambiente, por lo que tenemos mucho que aprender...creemos que con trabajar mucho y bien llegaremos. Somos hamsters haciendo dar vuelta la rueda. Nos cuesta la política interna y el networking⁴³.

⁴² Caso 3: Abogada junior, estudio de diecinueve profesionales, Córdoba.

⁴³ Abogada Senior, miembro de un estudio de más de cincuenta abogados/as en Buenos Aires. Distinguida en 2013 por Latin Lawyer 250 como una de las 50 mujeres más inspiradoras en la actualidad en la práctica del Derecho en América Latina.

Sin embargo, algunos entienden que la disponibilidad de tiempo es diferente y al buscar un equilibrio entre familia-profesión la creación de vínculos sociales en el horario fuera del trabajo se reduce.

2.4 Apoyo profesional: mentores y formadores

De acuerdo a distintas investigaciones los sesgos de género hacia las mujeres en la profesión tienden a ser menores cuando trabajan en ambientes donde las mujeres líderes están institucionalizadas, o que deciden en los ascensos o son clientes influyentes (Kay y Gorman 2008).

En Brasil algunas firmas han implementado programas dirigidos a retener a las mujeres creando un ambiente más favorable, se han focalizado en la flexibilidad, en el mentoring -apoyo y dirección para las mujeres en sus carreras- como en el networking -desarrollo de redes de mujeres de trabajo- (Cresswell, 2013).

Por otra parte las mujeres en lugares de poder como *socias senior* pueden jugar el rol de inspirar a las más jóvenes en el desarrollo de su carrera. En este sentido su identificación con mujeres que están en lugares de poder y prestigio incide en la construcción de su profesionalidad.

El componente inspirador de la cuestión es crucial para conseguir que más mujeres asociadas se involucren. Las mujeres en mi posición, tenemos que ser socias para inspirarlas a ellas y no para ser reconocidas por los hombres⁴⁴.

Como indica otra socia, su toma de consciencia sobre las cuestiones de género en el mundo de los negocios la llevó a darse cuenta de la importancia de apoyar a las mujeres profesionales en sus carreras.

sponsorear es ayudarlos a avanzar en sus carreras, dándoles acceso a oportunidades. Mentorear es dales información y consejos para el desenvolvimiento profesional. A partir de los 40 tomé conciencia de los temas de género en el mundo de los negocios y acentué el sponsoreo y mentoreo a las mujeres profesionales⁴⁵.

⁴⁴ Abogada Senior, miembro de un estudio de más de cincuenta abogados/as en Buenos Aires. Distinguida en 2013 por Latin Lawyer 250 como una de las 50 mujeres más inspiradoras en la actualidad en la práctica del Derecho en América Latina.

⁴⁵ Abogada Senior, miembro de un estudio de más de cincuenta abogados/as en Buenos Aires. Distinguida en 2013 por Latin Lawyer 250 como una de las 50 mujeres más inspiradoras en la actualidad en la práctica del Derecho en América Latina.

2.5 El discurso de la diversidad

El discurso de la diversidad aparece hoy en las firmas jurídicas, principalmente a través de los reconocimientos otorgados por publicaciones internacionales a partir del 2013⁴⁶, dirigida a las mujeres abogadas, lo que es publicado en los *newsletters* de los Estudios. Sin embargo, esta diversidad se reduce a la dicotomía de género, la que se sostiene en asignaciones binarias heterosexuales (Butler, 2008; Wittig, 2006) dejando de lado la diversidad sexual. Solo un Estudio de los analizados hace referencia específicamente a los diversos orígenes y procedencias de sus miembros:

Porque tenemos como premisa contratar a los mejores especialistas en base a sus méritos académicos y laborales, por lo cual nos preciamos de contar con abogados de los más diversos orígenes y procedencias, más allá de todo género, raza, religión, ideología política, condición social y orientación sexual (Firma jurídica, A5).

Sin embargo esta diversidad no se refleja a nivel de socios, solo una mujer es socia de la misma y las imágenes que muestran no dejan de salirse de la figura del *hombre de negocios*.

Esto se observa también en uno de los grandes estudios, que cuenta con una de las primeras mujeres socias en la historia de los grandes estudios, reconocida en su trayectoria por promocionar la formación de redes de mujeres abogadas como por sostener la importancia de la responsabilidad de las mujeres que llegan a posiciones de liderazgo de ayudar a otras mujeres.

Por otra parte parece que el gran interés de las firmas por las mujeres no deja de estar ligado a las exigencias de los abogados/as internos de las empresas o compañías, clientes de las firmas jurídicas que ya no quieren contratar servicios jurídicos que no cuenten con mujeres socias (Cresswell, 2013). Por lo tanto esto está empezando a determinar el interés de las grandes firmas jurídicas por la retención de mujeres dentro de sus organizaciones.

⁴⁶ Como se ve en la publicación de Latin Lawyer 250 (2013) o de Lawyer Monthly Women in Law Awards 2014.

2.6 Estrategias de retención de profesionales

Una de las cuestiones que presentan algunas investigaciones en U.S.A es el problema de cómo retener no solo a las mujeres sino también a los jóvenes abogados dentro de las firmas jurídicas (Levit, 2011; Scharf y otros, 2009). El nivel de rotación de profesionales dentro de las firmas pasa a ser un problema, y la cuestión se evidencia en Argentina también. Por lo tanto, se empieza a tomar en cuenta esquemas más flexibles de trabajo, como por ejemplo el trabajo a distancia que la tecnología permite. Como indica una socia estas pretensiones forman parte no solo de las mujeres que tienen familia sino también ahora de los abogados jóvenes:

los temas más importantes aparecen cuando las mujeres empezamos a considerar la posibilidad de tener familia. Este es uno de los motivos de rotación clásicos que se mantienen. Una de las principales formas de retención es admitir esquemas más flexibles de trabajo, con la posibilidad de trabajar a distancia, sin tanta dependencia de la presencia física en la oficina. Esto se ha visto muy favorecido con el desarrollo de las nuevas tecnologías de información y comunicación. De hecho esta mayor flexibilidad hoy es pretendida por todos los abogados jóvenes, no solo las mujeres⁴⁷.

Además en Argentina, las firmas compiten con el sueldo que se paga en tribunales, donde lo que se paga para iniciar en la carrera judicial es mucho mayor que lo que ofrecen las firmas jurídicas.

En las firmas las nuevas tecnologías son vistas actualmente como un medio para retener profesionales, y no sólo como en el 2006 donde el uso de la tecnología era referido por los entrevistados, solo en relación a los clientes, lo que permitía el contacto rápido con clientes locales o internacionales o era un medio que agilizaba el trabajo:

[...] tiene todas las cosas de tecnología, de hecho ahora renovaron todas las computadoras para todos los abogados, hay posibilidad de hacer video-conferencia, tele-conferencia, presentaciones a los clientes. Y me parece que la tecnología te ayuda muchísimo más al marketing frente a los clientes y... me parece que te permite tener contacto más fluido con los clientes, sobre todo con los clientes internacionales. Pero te permite, además, agilizar los tiempos para trabajar, para intercambiar las cosas,

⁴⁷ Abogada Senior, miembro de un estudio de más de cincuenta abogados/as en Buenos Aires. Distinguida en 2013 por Latin Lawyer 250 como una de las 50 mujeres más inspiradoras en la actualidad en la práctica del Derecho en América Latina.

vía mail, que es lo más precario de todas las cosas que hay ahora de tecnología, y que ayuda muchísimo a la profesión⁴⁸.

Sin embargo, la retención de mujeres profesionales por medio de la flexibilidad respecto de la presencia física en el trabajo como la reducción de horas no tiene que implicar un estancamiento en la carrera de las mujeres que en definitiva vaya en contra de la retención que se pretende. Se trata mejor de impedir lo que ya señalaba un entrevistado en el año 2006 quien veía que los trabajos part-time para mujeres implicaban una detención para la carrera de las mujeres. Así por ejemplo, en Argentina una de las grandes firmas declara ser la primera en contar con un régimen de maternidad para madres con hijos menores, hace más de diez años sin embargo como se dijo arriba solo cuenta con una sola mujer como socia.

Además también hay otros mecanismos de retención, como los programas de mentores para guiar en la carrera a los jóvenes profesionales, haciendo hincapié en las mujeres, otorgar reconocimientos económicos, posibilidades para formarse y hacer prácticas en el exterior (Cresswell, 2013).

2.7 Mujeres, maternidad y cuidado

Como ya se señaló más arriba, el modelo de carrera profesional en las firmas jurídicas está centrado en la disponibilidad *full-time* (para la empresa en la que el compromiso y dedicación se mide por el tiempo que la persona pasa en el Estudio) como en la autogestión que cada persona hace de sí misma ligada a la exigencia de excelencia profesional por medio de la formación académica y prácticas en el exterior. Lo que implica que una persona que quiera llegar al puesto de jerarquía en la empresa, tendrá que exigirse con un alto ritmo de trabajo, dedicación y compromiso a tiempo completo. El promedio para que una persona pueda llegar a convertirse en socio/a de la empresa son 10 años, momento que en muchas personas coincide con la constitución de una familia y el nacimiento de hijos.

⁴⁸ Caso 4: Abogado junior, estudio de cincuenta abogados, Buenos Aires.

Como indican algunas socias para muchas mujeres esto implica un desacelere en los ritmos o complicaciones para seguir con sus Carreras:

No es fácil, es muy difícil, porque entre los 30 y 40 la mujer piensa en tener hijos, hay años que son una pesadilla, seguir adelante con la carrera en forma comprometida es complejo y tampoco es justo cargar a la organización con esa culpa⁴⁹.

En otros casos seguir en carrera significa postergar la hora de formar pareja y de tener hijos, ya que la conciliación de estos dos aspectos implica la renuncia a la Carrera:

si quieren tener una carrera en un estudios de estos tienen que renunciar y no conciliar, de hecho yo conozco muchas mujeres que están en carrera, digamos, tienen 34 años, no están casadas están solteras no tienen familia... y...estoy convencido que renuncian a muchas cosas que la sociedad dice que son de mujer, hay otras que si son obviamente de la mujer, pero...si como conclusión te podría decir que a una mujer le puede resultar mucho más difícil que a un hombre conseguir cumplir con los ritmos que exige la profesión en este tipo de lugares que a un hombre⁵⁰.

La dirección que hombres y mujeres le dan a su carrera profesional como su interés y compromiso profesional está condicionado por la división sexual del trabajo familiar, división del trabajo que se traslada al ámbito de la empresa y se revela en los puestos y lugares diferenciables por género.

Los hombres no realizan una carrera en la que tengan que plantearse la necesidad de compatibilizar su vida profesional y familiar, sus carreras están centradas en la lógica trabajo más trabajo, sostenida en la división sexual del trabajo en el seno familiar. En este sentido cuentan con una mujer que se encarga de la esfera doméstica y ven que el problema de la doble o triple carga lo tienen las mujeres cuando forman una familia y tienen hijos, que es cuando se produce el estancamiento de las carreras femeninas:

yo noto que la gente se casa más grande, que se casan a los treinta años más o menos, las mujeres, o más o menos a esa edad, pero, bueno, el período biológico no le permite más que la década de entre los 30 y 40 para tener hijos. Y esa profesional que había tomado un cierto, un cierto ritmo del ejercicio de la profesión de golpe se ve que tiene que cumplir con su nuevo rol de madre, nuevo rol de esposa, lo que sea, y

⁴⁹ Abogada Senior, miembro de un estudio de más de cincuenta abogados/as en Buenos Aires. Distinguida en 2013 por Latin Lawyer 250 como una de las 50 mujeres más inspiradoras en la actualidad en la práctica del Derecho en América Latina.

⁵⁰ Caso 4: Abogado junior, estudio de cincuenta abogados, Buenos Aires.

bueno, pasa de ser una abogada de tiempo completo a una abogado de medio tiempo, y ser competitivo a medio tiempo es muy difícil⁵¹.

Por otra parte el logro de una carrera exitosa depende de cómo las mujeres logran resolver las necesidades del ámbito de lo doméstico, sobre todo por medio de conseguir servicios de cuidado pagándolos en el mercado y el apoyo del cónyuge, esto les permite adaptarse a las exigencias profesionales dentro de este tipo de firmas jurídicas:

creo que están en una desventaja con relación al hombre, no sé si ahí apunta tu pregunta, pero no por una cuestión querida o no querida, forma parte también de la, digamos, de la cultura de nuestro país, es así, y tampoco creo que la mujer reniegue de eso, de hecho la mujer que no le gusta, lo hace, muchas mujeres dejan a los hijos doble escolaridad, y bueno porque no tienen problema, con sólo resolver eso, están a la misma altura. Ahora, si se dan con hombres más machistas que otros, que les gustan que estén, ya serán más problemas domésticos pero no profesionales⁵².

Lo mismo sostiene una socia de las grandes empresas jurídicas para quien las posibilidades de sostener una carrera dentro de estos ámbitos implica que se den las condiciones en el ámbito de lo doméstico como una familia funcional para sostener a la mujer profesional en el afuera:

Detrás de toda mujer profesional de éxito con una familia funcional hay una empleada eficiente y un hombre orgulloso de su mujer. De lo contrario no es sostenible⁵³.

Como afecta el cuidado y crianza de niños en la carrera de las mujeres es visto como una cuestión individual y personal que las propias profesionales tienen que resolver, no se ve como un problema social sostenido en la división sexual del trabajo:

creo que para ser incorporado como socio en un estudio la igualdad es de un 100%, creo que... como dije hace un rato, a la mujer se le complica, se le puede complicar en algunos casos para los que tienen hijos, [...] conozco mujeres abogadas de muy diferentes edades, desde recién recibidas hasta mujeres grandes abogadas, o sea mujeres con hijos pequeños y mujeres con hijos grandes, y bueno por ahí veo que hay un momento en la vida en la que se le puede complicar más, es sobre todo cuando los hijos son más chicos ... es un problema personal

⁵¹ Caso 9: Abogado Senior, estudio de cinco abogados, Córdoba.

⁵² Caso 31: Abogado Senior, estudio de 2 abogados, Córdoba.

⁵³ Abogada Senior, miembro de un estudio de más de cincuenta abogados/as en Buenos Aires. Distinguida en 2013 por Latin Lawyer 250 como una de las 50 mujeres más inspiradoras en la actualidad en la práctica del Derecho en América Latina.

de la mujer, no hacia el que la tiene que tomar, creo que en la oferta que puede tener sería, sería, está en igualdad de condiciones⁵⁴.

En este sentido, el discurso de las mujeres socias distinguidas por Latin Lawyer 250 en el 2013 que trata de visibilizar la situación desigual de las mujeres en las firmas jurídicas, sigue considerándolo como una cuestión individual de las mujeres quienes tienen que perfeccionar su autogestión u organización individual para adaptarse a la lógica y a la cultura de las firmas. Sólo una de estas socias dice que la responsabilidad es cincuenta y cincuenta: del profesional y del Estudio.

3 CONSIDERACIONES FINALES

Si bien las diferencias en el acceso a los puestos de mayor poder y decisión se justifican en la posesión de competencias específicas dentro de una lógica meritocrática, hay otros componentes que forman parte y contribuyen (o limitan) en el acceso y selección de los profesionales promovidos como socios. Por un lado la división sexual del trabajo es un componente central que afecta todavía a las mujeres dentro de las grandes firmas. La particular relación que se establece entre la vida laboral y familiar para las mujeres se encuentra atravesada por la lógica de la división sexual del trabajo. En este sentido, el discurso de la *autogestión* que implica que el individuo es responsable de sí y está librado a su iniciativa, es afín a la privatización del cuidado, como cuestión individual a resolver, que recae principalmente sobre las mujeres, sin ver el aspecto social y de conjunto que implica. Por otra parte las mujeres que no tienen familia-hijos también experimentan trabas en sus carreras, siendo que el modelo profesional dentro de las firmas se identifica con rasgos que son identificados con lo masculino.

En consecuencia, la estructura y pautas de trabajo en las organizaciones de las firmas jurídicas son un componente que importan en la profundización de las desigualdades de género. Esto se reafirma en datos cualitativos que dan cuenta de los componentes que no se encuentran objetivados en el discurso de

⁵⁴ Caso 9: Abogado Senior, estudio de cinco abogados, Córdoba.

las firmas, pero que inciden en la profesionalización y en la inserción profesional. La cultura organizacional de estas firmas jurídicas está construida sobre estilos y valores masculinos, centrados por ejemplo en la disponibilidad full time y largas jornadas laborales o en la jerarquía vertical (socios/asociados).

Por otra parte la diferencia entre hombres y mujeres basada en la división sexual del trabajo se reorganiza en el ámbito de las firmas jurídicas creándose una división del trabajo estratificada no solo a partir del sistema sexo-género (Rubin,1986) sino también a partir de la edad.

La lógica del profesionalismo empresarial-comercial que inculca identidades, conductas y prácticas que ponen el acento en la autogestión y autonomía, refuerza la división sexual del trabajo quedando las mujeres en posiciones menos rentables. Las pautas de trabajo en las firmas jurídicas como la extensa jornada laboral y la consecuente superposición creciente de la vida con el trabajo son barreras que potencian las desigualdades en detrimento de las mujeres.

En estos ámbitos las estrategias de inserción de las mujeres van desde la invisibilización de la diferencia para asimilarse a la cultura masculina del *hombre de negocios*, a las estrategias que acentúan las diferencias y aquellas otras que implican la esencialización y reproducción de estereotipos.

Sin embargo, desde la estructura de las firmas jurídicas, se revela un incipiente discurso que comienza a discutir la diversidad en la conformación de sus estudios, para generar cambios en las desigualdades de género. Esto se encuentra ligado a la necesidad de reducir costos ante los clientes, lo que lleva a las firmas a generar estrategias para retener a los profesionales, ya que la alta rotación de asociados no le es rentable (Fernandez Madero, 2013). Por otra parte los abogados internos de las empresas están aplicando políticas de diversidad a la hora de contratar servicios jurídicos (Cresswell, 2013), lo que exige por parte de las firmas, poner el foco en la retención de las mujeres.

Por lo tanto las firmas están empezando a cambiar (o a preguntarse) su discurso organizacional hacia la diversidad y la flexibilidad para retener a los profesionales jóvenes (su fuerza de trabajo).

El discurso de las firmas piensa la diversidad a partir de las mujeres y las limitaciones que encuentran dentro del esquema tradicional de las firmas para generar una flexibilización en las horas de trabajo. Toma el concepto de diversidad para reestructurarse y situarse frente a sus clientes y profesionales salarizados y retener así a ambos. Condiciones materiales sumados a los cambios culturales de las nuevas generaciones que manifiestan otras aspiraciones, (balance de su vida privada y trabajo y satisfacción) configuran la movilidad ocupacional en las firmas.

En conclusión, las iniciativas llevadas a cabo en algunas firmas con el objetivo de retener mujeres dentro de sus firmas o destacar su presencia (Cresswell, 2013), no dejan de estar ligadas a la lógica del mercado y a la rentabilidad de las propias firmas, más que a centrarse y pensar seriamente en políticas privadas (y públicas) de inclusión e igualdad.

REFERENCIAS

BARTON, B. H. (2013). "A Glass Half Full Look at the Changes in the American Legal Market". **Legal Studies Research Paper Series**. [En línea] http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2054857 [consulta 22 de enero de 2014].

BERGOGLIO, M. I.(2009). "Diversidad y desigualdad en la profesión jurídica: consecuencias sobre el papel del Derecho en América Latina". **Vía Iuris**. Num.6:10-28.

BERGOGLIO, M. I.(2011). "Cambios en la organización temporal del trabajo jurídico". **Anuario XII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales**, Num. 12: 553-568.

BONELLI, M. da G. (2011) "Profissionalismo, gênero e significados da diferença entre juízes e juízas estaduais e federais". **Contemporânea**. Vol. 1: 103-123.

BOURDIEU, P. (2005). La dominación masculina. Barcelona: Anagrama.
Cresswell, Rosie (2013). "Women in Law". **Latin Lawyer**. Vol. 12, Num. 9:5-27. [En línea] <http://latinlawyer.com/features/article/45203/women-law/> [consulta 2 de Marzo de 2014]

DE LAURETIS, T.(1996). "La tecnología del género". Mora. **Revista del Área Interdisciplinaria de Estudios de la Mujer**. Num. 2: 6-34.

ENGELMANN, F.(2011). “Abogados de negocios y la Rule of Law en Brasil”. **Revista Política**. Vol. 49, Num.1:21-41 [En línea] <http://www.revistapolitica.uchile.cl/index.php/RP/article/viewPDFInterstitial/16274/16856>[consulta 15 de enero de 2012]

FERNÁNDEZ MADERO, J.(2013). **Auno abogados**. Año 3, Num. 10: 26-27, [En línea] <http://www.aunoabogados.com.ar/index.php/numero-10> [consulta 3 de mayo de 2013]

GASTIAZORO, M. E. (2007). “Diferencias de género en la profesión jurídica”. **Anuario X del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales**. Num. 10: 680-694.

GASTIAZORO, M. E. (2014). **Profesiones jurídicas. De la dominación masculina al discurso de la diversidad**. Tesis de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

KAY, F. and GORMAN, E. (2008). “Women in the Legal Profession”. **Annual Review of Law and Social Science**. Num.4: 299-332.

LEVIT, N. (2011). “Lawyers suing law firms: the limits on Attorney employment discrimination Claims and the prospects for creating Happy lawyers”. **Law Review**. Vol. 7: 66-106.

RUBIN, G. (1986). “Tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo”. **Nueva Antropología**. Vol. VIII, Num. 30:95-145.

SCHARF, S. A.; Oblander Cheryl Tama; Trost, Marianne and Tipton Elizabeth (2009). **Report of the 2009 Nawl Survey on the Status of Women in Law Firms**, The National Association of Women Lawyers and The NAWL Foundation. [En línea] <http://ms-jd.org/library/abstract/report-2009-nawl-survey-status-women-law-firms> [consulta 13 de abril de 2014].

SCHULTZ, U. (2003a). “Introduction: Women in the World’s Legal Professions: Overview and Synthesis”. En Shultz, U. y Shaw, G. (edits.) **Women in the World’s Legal Professions**. Oxford-Portland-Oregon: Hart Publishing.

SOMMERLAD, H.; Webley, L; Muzio, D; Tomlinson, J and Duff, L (2010). **Diversity in the legal profession in England and Wales: a qualitative study of barriers and individual choices**. London: University of Westminster [En línea] <https://research.legalservicesboard.org.uk/wp-content/media/2010-Diversity-in-the-legal-profession.pdf> [consulta 15 de agosto de 2011]

THORNTON, M. (2007). “The Gender Refrains of Contemporary Legal Practice”. **Contribución al Seminario Internacional sobre Mujeres en las Profesiones Jurídicas**. Buenos Aires: UBA. Abril de 2007.

WITTIG, M. (2006). **El pensamiento heterosexual y otros ensayos**. Barcelona-Madrid: Egales.

IDENTITY AND RECOGNITION OF TRANSEXUALS IN BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: THE RECTIFICATION OF PUBLIC REGISTRY AND SOCIAL NAME PORTFOLIO

Paulo Adroir Magalhães Martins,

ABSTRACT: This paper has as scientific objective to analyze the status of transsexuals according their right to express their sexual identity, based the construction of that identity in the process of recognition. For this, was analyzed the exercise of identity, on the grounds of sexual characteristic of transsexuals in Brazilian law, in particular the possibility of changing their public record, as well as the innovation of social name portfolio created by the laws of the State of Rio Grande do Sul. The method of research was intuitive, as the approach and analytical-descriptive as to the procedure, and the research technique was bibliographic and documental research. It was seen that the protection of identity, in particular due to sexuality, highlighted transsexuals, begins in the recognition of such individuals in the social environment, such recognition must, also, be by the State in the form of legal understanding. The implementation of legislation and public policies is needed for the inclusion of transgender individuals that are unsecured the exercise of their identity, by seeking to ensure their right to freedom of personal choices, which in failing generates countless demands in the Judiciary, to ensure transgender's rights of identity. However, the integration of transsexuals is possible only when the recognition process of those individuals ensures respect for those differences..

KEYWORD: Transsexuality; Identity; Recognition; Rectification of Public Registry; Social Name Portfolio.

1 INTRODUCTION

The legal science adapts to the society in which it is inserted, operating within the limits of social space. This aims the formation of the social peace, because the law must follow the social-political changes in the communities, ensuring full coexistence of people. Starting from the modernity, were created series of individual rights and duties between the legal subjects, avoiding the citizen's abuse by the State and others, and, in a second moment, protecting those considered more economically weak from those who hold economic power, these

are the so-called human rights. Among these human rights, there are a number of established principles which implies the recognition and inclusion of the different in all social spaces.

It happens that in contemporary society, which should appreciate the diversity and multiculturalism, increasingly there are new identities modeled upon features that composes the personal identity of individuals and that are not recognized. And that, gained ground in discussions on social media, especially those that relate to sexual characteristic in the most diverse sexualities existing in the society: heterosexual, homosexual, transsexual, among others.

Among the manifestations of sexualities, the transsexuality is object of debates among various forums for discussion both in academia and in other spheres of society. There have been some acceptance of various sexual identities, even tacitly, by various segments of society. However, there is still substantial discrimination against transsexuals. Therefore, we question what is, effectively, the legal treatment of identity, in particular sexual characteristic of transsexuals in the Brazilian legal system?

The transsexuality is a cause that generates great distress to transsexuals individuals face their non-recognition in the social environment, and the disrespect to their identity right and its exercise. Although the issue is neglected in the Brazilian legal system, including as an object of study for most of the academic research, the right to identity, especially in relation to the sexual characteristic of the individual composition, in the case of transsexuals, is of utmost importance in order to help the difficulties and permits the inclusion of different according to the constitutional requirements.

So, at first, the research aims to address issues related to identity, its formation from a recognition process. After, it is analyzed the identity of the transsexual, and its formation process. Finally, it is present the treatment of the sexual identity of transsexuals in Brazilian legal system due to the possibility of civil registry change, as well as the creation of the Social Name Portfolio and its use in the state of Rio Grande do Sul.

2 IDENTITY AND RECOGNITION

Initially, to speak of identity, it is necessary to make the conceptual distinction between this and identification. The identity, in principle is intended to identify a similarity, but turns out to be a cause for unrepeatability of exclusivity, individuals who should be approximated by their similarity, ends up excluding the different. Already the identification is a process that involves the partial loss of individual identity for the benefit of confusion into something or someone (RESTA, 2014).

Each individual has different characteristics that compose the identity that in the perception of Eligio Resta (2014) are the profession, state, class, sexual, conscious, unconscious and private. In the course of this work, there will be a review on the grounds of a social group whose distinction is by sexual characteristic, the transsexuals. Again, the sense of identity occurs by a process in which the individual defines himself from his history (RESTA, 2014).

Identity can not be reduced to a mask, a cliché imposed by *publicum theatrum* but it lives something that needs to be done with authenticity in a private mode because secret and hardly exposed to the four winds (RESTA, 2014). The scientific definition of identity refers to an external look of the settings that entails, and precisely in this evaluation of a third party lies a problem of identity (RESTA, 2014), as this analysis will be loaded with an exhaustive valuation that does not take into account the sense of identity.

Another key parameter for the definition of identity is the social environment and social relations, since identity is what is socially recognized as such, it is bound to continue a fiction of the individual imagination if not communicated to others by readable social terms and expressed in socially understandable symbols (BAUMAN, 2000).

The identity, in short, means the search for a somewhat random and uncontrolled balance among individuals in their private sphere and the predictability and his perception in a public (RESTA, 2014). For construction of the individual identity of someone inserted in the social environment is required recognition through an inter-subjective process. This recognition process is the extent to which it is known and recognized a subject by another in some of his

capabilities and properties, a subject will always come to know simultaneously the parts of its unmistakable identity and thus will also be individualized when opposed to other (HONNETH, 2003).

The development of personal identity of a subject is fundamentally linked to the assumption of certain forms of recognition by other subjects. The recognition process can occur by different modes (HONNETH,2003), however, to the free exercise of identity, whatever it may be, the main mode for such recognition is the evolutionary potential whose social esteem is the individualization and the equalization in the social environment.

Thus, from human life in society to the construction of identity, recognition is necessary. This occurs through a process of mutual and reciprocal elementary statement accompanied by individual voluntary restraint (HONNETH, 2003), and all this is only possible through something beyond tolerance, that is, through respect.

To the right, mutual recognition does not admit the limitations of personal social relations (HONNETH, 2003), that it is not possible to not-recognize someone based on individual pre-constituted assumptions, since each person has the right to express themselves due to their desires in the social environment. Moreover, in seeking recognition, the individual assimilates and externalized social standards imposed by the society in which he is inserted, since he does not want to delete, and at the same time, seeks to maintain the recognition of their identity (DUTRA in MADERS; ANGELIN [Orgs.], 2014).

Moreover, due to the interaction society-subject, Axel Honneth (2003) teaches that the individual no longer attributes to an entire group enjoys the respect for his achievements as socially cultural standards, but it can mentioned it himself. However, it is common in social environments occur denial or deprivation of recognition and therefore of identity, through disrespect which are forms of relegation that affect the moral self-respect of individuals. This refers to the ways of disrespect inflicted on subjects because they remain structurally excluded from the possession of certain rights within a social space (HONNETH, 2003). The disrespected is unable to play an equal part of the social order because it is

implicitly associated with the claim that he is not granted moral accountability to the same extent as other members of society (HONNETH, 2003).

José Francisco Dias da Costa Lyra (in HOMMERDING; ANGELIN [Orgs.], 2013) teaches that the excluded are not vested with rights within an “integrated” population in the required condition and not on fundamental rights holder status, that are not available to excluded groups. It is evident a legal nature exclusion of marginalized people in society, manifested by a delegitimization of the law towards the categories of persons not included in metacode inclusion/exclusion inherent in the Brazilian Federal Constitution (LYRA in HOMMERDING; ANGELIN [Orgs.], 2013). And because of this disrespect of the different, it is necessary to search legal coercion to guarantee them their right to identity and personality (HONNETH, 2003), in particular regarding the exercise of sexual characteristic identity.

The right to identity consists in the right of everyone to be himself and therefore protected from assignments strange connotations to own personality, capable of transfiguring it and misrepresent it (RESTA, 2014). The exercise of the right of identity occurs at the time of synthesis of all the distinctive elements that compose it, and its protection is related to the image of the individual as such, as well as participant and community in the social environment (RESTA, 2014).

This right to identity that is part of the fundamental rights, is the result of development of individuals and collectivity in order to build autonomy spheres in which each subject would have his space (RESTA, 2014). But this fundamental right holds the various aspects of identity, including the sexual issue and the exercise of sexuality. In the contemporary society, people seek not only the right to identity but also the respect in the recognition interface which is accompanied by feelings of social participation (HONNETH, 2003).

Moreover, as asserted by Eligio Resta (2014), when in the social environment, the identity is closely related to the dominant values in society, and when the dominant values in society do not allow the inclusion of different, it's seen the gap in the exercise of identity social as with what occurs to transsexuals, who are seen as marginalized groups, and worse, treated as the old roman figure of “the sacred man”, and most often segregated from other social groups, living with great difficulties of inclusion.

It is demonstrated that the contemporary society, mostly of it does not recognize nor tolerate transsexuals. It happens that these as well as the ancient roman sacred men portrayed in the book of Giorgio Agabem (2002) whose driven out of society by committing a crime, are marginalized in relations members. This is not only disrespect to their identity, but also the neglect of the government in general and the lack of public policy, leaving transsexuals at the mercy of other society members that promote aggressions in different levels.

The bio-politic, politicization of interactions that the factual world in which the mechanisms and calculations of state power include the relationships of natural life, in order to discipline the individual, combating all abnormalities and diseases, and not treating him as someone who goes beyond mere taxation without historical reference of each (LYRA in HOMMERDING; ANGELIN [Orgs.], 2013).

Furthermore, society has begun a process of change in the treatment of the excluded (LYRA in HOMMERDING; ANGELIN [Orgs.], 2013), the old prerogative to exempt and exclude the different from the sovereign state biopolitics was revised. Thus, there is a concern with the inclusion of marginalized individuals, but the state post-panoptic power still objective the maintenance of these out of the social resources necessary rather than seeking their inclusion (LYRA in HOMMERDING; ANGELIN [Orgs.], 2013).

It is needed to ensure the recognition of the identity of transsexuals individuals in various branches of society, including their treatment in public institutions by their social name, recognizing and respecting them. Due to the purposes of biopolitics and its close relationship between power and knowledge, it is clear that new forms of discipline and social control (LYRA in HOMMERDING; ANGELIN [Orgs.], 2013) by the State, must meet the inclusion and respect for different desires.

3 IDENTITY AND TRANSEXUALITY

Sexual characteristic is an integral part of the identity of any human being, and therefore, this has the right to exercise it freely, being guaranteed that

freedom from elements in the Brazilian legal system, more specifically, Article 3, paragraph IV of its Federal Constitution. The right to free expression of sexual identity expression is a fundamental right of any democratic state, since the denial of such a precept would be a restriction of the right to personality and private life of each individual.

According to the Medical Sexology-legal, the sex characteristic of a person's identity is determined by four factors: genetic, endocrine, morphological and psychological. Nevertheless, sex can no longer be considered outside of a pluralistic appreciation (ROMANO, 2009). In other words, sex is the result of a balance of different factors that act concurrently in the plans physical, psychological and social.

The transsexual finds it difficult to be sure of the identity on grounds of sexual characteristic, due to the existence of a common fixation of the idea that sexual identity is considered only by specific characteristics by biological factors and not the result of several factors that go beyond the form human physical, as highlighted by Ana Romano (2009). The legal sex, the one contained in the Civil Registry, exemplifies the preference to biological sex over the psychological, as this depends on the parents' statement in relation to the child's morphological sex.

In most individuals, the psychic sex is a reflection of biological sex and, when that determines their sexual identity, there is perfect synchronization between their anatomical characteristics and their gender behavior is which it belongs. This doesn't occur with transsexuals, because in the transsexual's normal development happens the repudiation of their anatomical sex characteristics, generating intense suffering due to the discrepancy between their appearance and their emotional state.

Part of the doctrine understands transsexuality as the third sex, while others believe overcome rigid gender identities, since they are unnecessary to ensure the dignity of the human person (HOGEMANN; CARVALHO, 2011). Other authors still consider the transsexual as a genetic disease carrier or a brain sick which identity would be expressed simplistically as "shamelessness" (GARCIA, 2010).

It is emphasized that, contrary to what you think of common sense, with regard to affective-sexual orientation transsexual, this is not just heterosexual, it can be homosexual or bisexual (VIEIRA in DIAS [Coord.], 2011).

The distinction between the transsexual, and transvestite and homosexual occurs by several factors. The transsexual has ongoing great psychological aversion to sexual anatomical characteristics, justifying, under the medical point of view, the realization of treatment of sex reassignment, aiming to ensure their mental and physical integrity (avoiding even attacks against their own life). Meanwhile, the transvestite, regardless of their sexual expression, gets the pleasure of safety to change its appearance to the opposite sex with the use of clothes and props. Already the homosexual, form of affective-sexual orientation is characterized by having sex with people of the same gender, and their genitals are their source of pleasure, and no cause for embarrassment.

The sex reassignment process produces changes in the apparent characteristics through hormonal and/or surgical procedure in order that the individual subjected to this process resembles its psychic sex. Thus, this surgery does not alter the genetic, as primarily being directed to replace the existing genitals by that which characterizes the opposite sex (GARCIA, 2010). This allows for the behavioral characteristics of the subject to be adjusted to their physical appearance, which in turn enables the realization of an insertion to transsexual in a social environment. However this insertion is not always characterized by the due respect.

Transsexuality can be understood as a gender discernment dysfunction characterized by a strong struggle between body and gender identity, it comprises an arranged desire to adapt the body through hormone and/or surgery to that of the desired gender (VIEIRA in DIAS [Coord.] 2011). Wrongly there is the understanding that transsexuality is a so-called pathology transsexualism which is cataloged in the International Disease Registry (ICD-10), in F.64.0 position as part of mental disorders. Including its removal from that list that includes part of the struggles of the LGBT movement.

The ICD-10 considers transsexualism as a personality and identity disorder defined as the desire to live and be accepted as a person of the opposite sex,

being accompanied that by such a feeling of discomfort or inability to adapt to their anatomical sex birth, and the desire to undergo hormone treatment and surgery, aiming to bring their physical characteristics to their psychological sex (ROMANO, 2009). Transsexualism is defined from a chromosomal failure or hormonal imbalance which creates a schism between the psychic identity and physical reality (CHAVES, 1994).

It happens that, due to the peculiarities of transsexuality, this is relatively often understood as a disease involving disturbances of sexualities. This causes transsexuality to be contextualized with great indifference within the Government sphere. The Brazilian legal system has no specific legislation dedicated to the transsexual, and was only in 1997 that the Federal Medical Council adopted on a trial basis, the possibility of conducting the reassignment surgery which allowed medical intervention in the treatment of sexual nonconformity under the lawfulness plan in regular exercise to their profession, thus dispensing the need for judicial authorization to determine the achievement of that.

Despite the possibility of resorting to the Judiciary Power to change your public record, the transsexuals find several problems to be assured their identity. Very difficult is the social inclusion of transsexuals and even their access to a profession because they suffered rejection by family, being socially ridiculed and marginalized in places where he shall submit personal document which no longer fit with their appearance physics (DINIZ, 2001).

Moreover, teaches Maria Berenice Dias (2011) that every human being has the right to demand respect for the free exercise of his sexual identity as it is an integral part of human nature itself and covers their dignity. However, some extremist branches of society acts without such respect and dignity with other sexual expressions that do not fit the cultural standards considered as normal. In this context, one can include the State itself that moves, often by social prejudices.

4 THE TREATMENT OF TRANSEXUALS IDENTITIES IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Although the Brazilian legal system provides for the respect to the various identity manifestations in the text of the Federal Constitution of 1988, it is silent on the theme of transsexuality and the rights relating to the transsexual. The regulation of these rights is essential, as taught by Renata Durão Machado (2011) to mitigate ignorance, rejection, prejudice and discrimination, and consequently generate equal rights and guarantees between transsexuals and the rest of society as well as providing respect and dignity to these people.

It is noteworthy the importance of the State as to legitimate the interpersonal interactions in contemporary society, because through its legal system it is defined the rules which should be followed and respected by society members. The State legitimizes social behavior by establishing the “normal behavior” (those considered, guaranteed and protected by the system) and the “abnormal” (forbidden or not mentioned by right), especially in the sexual agenda (MACHADO, 2011).

The legal omission encourages even more disrespect towards transsexuals and the recognition of their identity. Therefore, it is essential that the State, through a pluralistic view of human beings, seek respect, recognize and guarantee the fundamental rights of all individuals to consecrate the human dignity. While the State, through the legislator's person, doesn't create more updated laws to follow the progress of scientific and social facts, it is necessary that the doctrine and jurisprudence ensure transsexuals a reading of the law that seek recognition of their identities. After all, the law is highly mutable, since it must comply with the social reality and should not be rooted in the literalness of the legal text (MACHADO, 2011).

In the area of rights for transsexuals, through actions, both political and juridical, the legal understanding has been consolidated in the sense that the status of the person is not an unavailable element, authorizing from the rectification of civil registration to the free sexual reassignment surgery provided by the State. This is because the law recognizes sexual identity as part of the free

development of the individual, so there is, in certain way, the sexual autonomy of individuals considered different, changing social paradigms (HOGEMANN; CARVALHO, 2011).

The judicial decisions show that, for the recognition of transsexuals express their identity, challenges must be overcome, from the construction of new legal arguments not based on biological or anatomical determinism, much less in a pathological condition, or even in a dominant sexual morality (HOGEMANN; CARVALHO, 2011). The reasons used so far in such decisions are made from the personal conviction, often influenced by moral and religious psychic nature of the judge.

Furthermore, the protection of each individual to their identity, especially for its sexual characteristic, highlighted transsexuals, starts on the right of intimacy, when verified the situation and the difficulty of experiencing them (ROMANO, 2009). In this sense, Tereza Rodrigues Vieira (2003) argues that the transsexuals want to see respected their right to health and their right to citizenship, they came out of the closet and will continue to fulfill their duties, however they are ready to demand respect for their rights.

The implementation of legislation and public policies for the inclusion transsexuals bordering the margins of society is necessary in order to ensure their identity rights from its recognition that in the absence generates huge number of demands for Judiciary intervention to ensure the transsexuals' rights (Sanches in DIAS [Coord.], 2011).

By the perspective of Brazilian Federal Constitution which text strives for a society without discrimination, according to article 3, paragraph IV (BRAZIL, 2015a), it is impossible to deny the rectification of the sexual status of transsexuals. It is noteworthy that it makes up the objectives of the Federative Republic of Brazil to promote the good of all without discrimination, being such one of the State's duties, including not only punishing those who practice acts in violation of diversity, but also acting through its agents and promoting equality.

The juridical treatment of the transsexual is not restricted to the issue of the right to his own body. The transsexual has the right to his own body, intimacy and privacy (including here the discretion about his condition), to personal identity

(which includes sexual identity), the name, health (therapeutic need to perform the reassignment surgery), right to freedom, physical and moral integrity (ROMANO, 2009).

The right to free exercise of sexual identity is a multifaceted personality right (ROMANO, 2009). To have due respect to the transsexual individual is required that his documentation and public register are suited to their sexual identity, so it is imperative to change both of the following details to avoid vexatious treatment: the first name and sex.

The traditional (strict or archaic) doctrine states that the first name, with the exceptions contemplated by Article 57 of Law 6.015/73 (BRAZIL, 2015b) is, in principle, immutable, while the sex, as a complex of innate characteristics, can not be altered by mere changes of appearance, therefore immutable. Understandings of such nature does not agree with the need to respect human dignity from which all the rights that protect and enable the expansion of physical and psychic individuality inherent to every human being (GARCIA, 2010).

The inability to change the name is relative in the legal systematic, because the Law on Public Records, already provides for exceptions as exemplified by article 58 of Law 6.015 /73 in in which the person concerned to change its name, within one year after achieving majority, can do it with the official notary, without juridical procedure. When initiating treatment for sex change the person inaugurates a new phase of their identity and need therefore to be individualized, again, before him and the society.

The judicial authorization to change the first name directly follow the constitutional principle of human dignity, in which the individual personality protection is inserted (GARCIA, 2010). Similarly, the change of the originally described sex in the civil registry is necessary, which is not harmonized with the factual reality of the transsexual.

The right to alter the name is allowed on the basis of Article 55, § unique of Law 6015 of 1973 (BRAZIL, 2015b), as this alludes to change the names susceptible to expose to the ridicule their bearers and as the transsexual has phenotype of the desired sex, it is evident the shame that he would be exposed by bearing a name that does not match his new look. What should be evaluated is the

potential ridicule, theoretically suffice the possibility of the holder's name at any point in their life be ridiculed because of its name to guarantee the exchange of it to match their physical appearance and personality.

In this regard, is worth mentioning that the private law should be interpreted under the aegis of the Brazilian Federal Constitution of 1988, which established, among several principles, the dignity of the human person. So if the name exposes the person to the ridiculous, there is no agreement with the principle of human dignity.

Being the given name one of the elements that compose the identity features, it would be doubly protected by the Brazilian Federal Constitution text, as this dedicated to the principles of freedom and equality prominent position of the legal system, and the keyword that the Constitution sought to praise is "pluralism" (ROMANO, 2009). In this sense, pluralism is the ultimate expression of the constitutional principles of freedom and equality.

The expression "Freedom" refers to the coexistence of opinions, rights, expressions, beliefs and values, not to mention the free expression right of social identity. A democratic state should pay attention to the multiplicity of desires, trends and individualism found in their midst (ROMANO, 2009) while equality ensures that all conduct authorized by the principle of freedom have the same treatment of law. In this case, that principle prevents the insertion of the term "transsexual" in the modification of the Public Register.

From the need to change sex in the civil registry, is necessary to identify if the sex reassignment surgery is an essential requirement for this. In this sense, it is emphasized that the registry truth would incur in error by disregarding that the transsexual has a clear contradiction between the shape of their genitals and the psychological aspects that compose the personality, not portraying thus his true identity because of the sexual characteristic, because not all want transsexuals want to go through the sex reassignment surgery. So, should prevail both the medical diagnosis and the personal understanding of the individual, which in turn serves as a basis for decisions to alter the Public Record without prior surgery of "sex change".

As for the respect of pre-existing information, their coexistence with the new information in relation to the transsexual would generate a greater harm than the one that tried to fight, and the simple deletion would present difficulties: portraying a situation that arose at a later time after birth; and would jeopardize the legal certainty and legitimate expectations that society puts on the Public Record.

The solution to preserve the function of the Public Record and not bring again the psychic damage that has always stirred the transsexual is to insert the observation that there was a change in the fields for name and sex by judicial decision, issued by a certain court and in a given process. Considering that, in a first analysis, the name and the individual's sex is something that concerns only himself, but such conclusion does not stand up to a deeper reflection. Because is fully feasible to third parties in good faith to relate with the individual only and exclusively because they believe that it belongs to one sex and those people have the right to know if such gender is innate or acquired (GARCIA, 2010). Each individual has a loaded history of life experiences and impressions, which should be subject to review by the subjects that he will relate to. The absolute Public Record silence prevents access by others who wish to relate to the transsexual to a considerable part of his life.

Thus, the one who feel cheated by the marrying a transsexual who omitted its prior condition could seek the marriage annulment in the deadline of three years by a material error as to the person spouse, as defined by Article 1.546 of the Brazilian Civil Code (BRAZIL, 2015c). Because the dignity of that transsexual's spouse must be respected, including the right to live next to the person that best match with his feelings, way of life and referential criteria of right and wrong.

Furthermore, based on several decisions in Brazilian Justice Courts, it is granted to transsexuals the change of their sex and name Public Registry without the need for surgical intervention for sexual reassignment. The General's Attorney office filed a direct action of unconstitutionality to be recognized the right of transsexuals to change their name and sex in the Civil Registry even for those who have not had surgery to change the genitalia characteristics (HOGGEMAN; CARVALHO, 2011). This is due to the fact that the non-recognition of the transsexual's right to rectification of Civil Registry hurts the fundamental principles

of the Brazilian Constitution and the Universal Declaration of Human Rights such as the dignity of the human person.

There is in the Brazilian state of Rio Grande do Sul the Decree 48.118 /11 which provides for the nominal treatment by the social name of transvestites and transsexuals in state records related to public services provided under the State Executive Power (RIO GRANDE DO SUL, 2014a) ensuring respect, recognition, and greater integration of transsexuals. In this sense, such a decree within the meaning of Beatriz Gershenson Aginsky, Guilherme Gomes Ferreira and Marcelli Cipriani Rodrigues (2015) is based on principles such as human dignity, equality, freedom and individual autonomy.

The provisions of the Decree 48.118/2011 earned efficacy due to Decree 49. 112/12. This established the Social Name Portfolio for transvestites and transsexuals in the state of Rio Grande do Sul. In this document are included both the name with which the individual identifies himself effectively, as well as information of his General Registry, so can be an effective connection between the social and civil name (AGUINSKY; FERREIRA; RODRIGUES, 2015).

The Social Name Portfolio, even though a measure that helps the treatment, recognition and respect of transsexuals, does not end the problem to their identity treatment in the social environment, as merely ensures their social name treatment in organs of Rio Grande do Sul's Executive Power, as this document does not substitute the functions of the ID card (AGUINSKY; FERREIRA; RODRIGUES, 2015). The need for this dual presentation of documents demonstrates the contradiction between seeking to have the treatment by the due name of transsexuals only when it also appears the existence of his previous condition, thus causing a symbolic violence (AGUINSKY; FERREIRA; RODRIGUES, 2015) in which the recognition process becomes ineffective.

The employed initiative and its application are reported satisfactory by state's managers and technical workers, they are endowed with success in an attempt to grant broader space to the urgent needs of transvestites and transsexuals as the recognition of human rights and the violence prevention. Moreover, it is found to be effective not only in their material effect on the determination of the appropriate nominal treatment – that would be by extension

the citizenship's security – but also in a symbolic aspect, due to the transsexual's recognition by the state (AGUINSKY; FERREIRA; RODRIGUES, 2015).

It is clear that the Social Name Portfolio is part of the transsexuals' identity right, and that its effectiveness contributes in part to the recognition of these in the social environment as well as their inclusion. However, there is still a long way to go to be the due respect of the different in the contemporary society.

5 FINAL CONSIDERATIONS

The Brazil as a democratic rule of law must honor among several principles the respect for pluralism and diversity, principles provided in the Constitution. This is done by promoting the coexistence of different manifestations of the personal identity, including transsexuality. Thus, the sexuality must be analyzed in the multicultural point of view, it should not determine the sex characteristic of the identity by using only the morphological criteria, because the mental and psychological have great importance in determining both sex, as the sexuality.

It is then up to the law as a regulator of life in society to decide which are the best ways to recognize and guarantee the transsexuals within the social environment giving them special legal protection to ensure their social acceptance (ROMANO, 2009). Furthermore, transsexuality needs to be discussed by the Legislative Power, since the Brazilian legal system omission generates various demands in the Judiciary Power, which are subjected to the intimate conviction of the judge who can demonstrate both understanding, sympathy and respect in some decisions, as well as exacerbated conservatism in others.

For the due recognition of transsexuals and insurance of their rights should be guaranteed a series of principles that emphasize their visibility, integration and acceptance. This is only possible when you are guaranteed the autonomy of transsexuals bodies, their physical and moral integrity, physical and emotional health, intimacy, privacy, name, equality and freedom of their sexual identity. From such assurances, can the transsexual seek change of his apparent physical gender and then take his new life, with all the inherent bonuses and burdens of his due sexual identity, without being labeled or discriminated against, and

eventual damage to rights of third parties must be sued in their own processes to do so, without the penalty that transsexual has to carry with the mark of his suffered past.

The guarantee of the transsexual's right to sexual identity demonstrates the exercise of recognition and respect by the State and society with the transsexual person, allowing his integration and living with others befitting the dignity of any human being. Every human being must have guaranteed their freedom to pursue their own happiness and how to chose so and not just as all those considered “normal” by the cultural standards.

REFERENCES

AGABEN, G. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida I**. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AGUINSKY, B. G.; FERREIRA, G. G.; RODRIGUES, M. C. A carteira de nome social para travestis e transexuais no Rio Grande do Sul: entre polêmicas, alcances e limites. In: **SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO**, 10, 2013, Florianópolis. Anais. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2013. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/10/resources/anais/20/1387471840_ARQUIVO_BeatrizGershensonAguinsky.pdf>.

BAUMAN, Z. **Em busca da política**. Tradução Marcus Penche. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BRASIL, Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10 abr. 2015a.

_____. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em 10 abr. 2015b.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 10 abr. 2015.

CHAVES, A. **Direito à vida e ao próprio corpo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1994.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 8 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

DINIZ, M. H. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUTRA, A. L. Breves considerações acerca da globalização e seus reflexos na identidade. In: MADERS, A. M.; ANGELIN, R. (Org.). **Multiculturalismo e Direito em Foco**. Santo Ângelo: FuRI, 2014. v. 2. p. 40-63.

GARCIA, E. A “mudança de sexo” e suas implicações jurídicas: breves notas. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 12, n. 18, p.52-68, ago./set. 2010.

HOGEMANN, E. R.; CARVALHO, M. S. de. O biodireito de mudar: transexualismo e o direito ao verdadeiro eu. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XIV, n. 89, jun. 2011.

HONNETH, A. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

LYRA, J. F. D. C. O Estado na era da fluidez: homo sacer como expressão da biolítica do direito penal imperial. In: HOMMERDING, A. N.; ANGELIN, R. **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resoluções de conflito**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. v. 5. p. 24-58.

MACHADO, R. D. Matrimônio transexual: a necessária flexibilização das normas que regulam o instituto do casamento no direito de família. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 13, n. 24, p.65-83, out./nov. 2011.

RESTA, E. **Percursos da identidade: uma abordagem jusfilosófica**. Tradução Douglas Cesar Lucas. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Decreto nº 48.118, de 27 de junho de 2011. Dispõe sobre o tratamento nominal, inclusão e uso do nome social de travestis e transexuais nos registros estaduais relativos a serviços públicos prestados no âmbito do Poder Executivo Estadual e dá providências. **Diário Oficial do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, 28 jun. 2011. Disponível em:

<http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=56269&hTexto=&Hid_IDNorma=56269>. Acesso em 10 abr. 2015a.

_____. Decreto nº 49.112, de 17 de maio de 2012. Institui a Carteira de Nome Social para Travestis e Transexuais no Estado do Rio Grande do Sul. **Diário Oficial do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, 17 mai. 2012. Disponível em: <<http://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=241452>>. Acesso em 10 abr. 2015b.

ROMANO, A. M. Os direitos da personalidade e o tratamento jurídico do transexualismo. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 115-127, jan./jun. 2009.

SANCHES, P. C. Mudança de nome e de identidade sexual. In: DIAS, M. B. (Coord.). **Diversidade Sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 425-444.

VIEIRA, T. R. **Bioética e direito**. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

_____. Transexualidade. In: DIAS, M. B. (Coord.). **Diversidade Sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 412-424.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

**GT – [1854] THE RIGHT TO THE CITY –
INTERNATIONAL RESEARCH GROUP ON LAW
AND URBAN SPACE**

CANOAS, 2015

LAW AND THE RIGHT TO THE CITY: THE SEARCH FOR DEFINITIONS

Bianca Tavorari

ABSTRACT: It is not an overstatement to say that the definition of the right to the city has become a central question for the recent literature on the subject. The requirement of a kind of preliminary reflection has been consolidated over the last few years: before analysing concrete social demands, it would be first necessary to establish what the right to the city is. The questions ‘whose right, what right and to what city?’ – to use Peter Marcuse’s formulation – are guiding the search for the definition of the right to the city in the academic field. The objective of this paper is to review the recent literature on the right to the city in order to organize the different positionings on the importance played by the law in the authors’ perspective. My general hypothesis is that there is an ongoing dispute for definitions of the right to the city that seeks for its legitimacy more in Henri Lefebvre’s intellectual legacy rather than in the mobilization of the term in contemporary social struggles.

KEYWORDS: right to city, law, urban studies, Henri Lefebvre, definitions, dispute.

1 INTRODUCTION: THE DEFINITION QUESTION

It is not an overstatement to say that the definition of the right to the city has become a central question for the recent literature on the subject. The requirement of a kind of preliminary reflection has been consolidated over the last few years: before analysing concrete social demands, it would be first necessary to establish what the right to the city is. It is not only about following a logical criterion stating that definitions should have precedence over any judgement. The definition requirement emerges with the diagnosis that the term ‘right to the city’ has been used by many different social actors and in very different senses, which sometimes even conflict with each other. This plurality of meanings assigned to the right to the city is interpreted as a lack of conceptual precision: the right to the city would have turned into “an empty signifier” (HARVEY, 2013, p.xv), a vague concept that “lacks specificity, both in terms of what is included in that right and what is meant by the city” (FAINSTEIN, 2009, p.27), a conceptual “umbrella for all

types of political and social demands that generally address the problems arising in urban areas today” (SCHMID, 2012, p.42), a “vortex” (KUYMULU, 2013, p. 923) or “something of a catchphrase” (PURCELL, 2002, p.100). For some authors the absence of a precise content is also interpreted as the main cause for the loss of the concept’s critical potential (MAYER, 2012; SOUZA, 2010). Thereby, to clarify and sharpen the meaning of the right to the city is placed as a condition for the debate to take place without obstacles but also as condition for the prevalence of what the authors understand as a critical perspective over other approaches.

In these terms, the definition requirement brings the authors to establish the origins of the first formulation of the right to the city. In the recent literature, to state the concept’s meaning means to come back to Henri Lefebvre’s work, specially to *Le droit à la ville*, published in 1968 (LEFEBVRE, 2009). Lefebvre’s work becomes the common ground that organizes different positionings, it is the terrain over which different interpretations are constructed and disputed. In their search for the best definition, the authors discuss questions such as: which of Lefebvre’s books are crucial to establish an understanding of the right to the city? Is it only *The Right to the City* or should other works with urban themes – such as *The Urban Revolution* (1970), *Space and Politics* (1974) and *The Production of Space* (1974) – also be considered? Does Lefebvre’s last book, *Du contrat de citoyenneté* (1991) deserve greater attention? The texts should be analysed in a systematic way or should the interpreter only call upon specific passages with formulations of the right to the city over Lefebvre’s works? What are the limits posed by the essay form, by the poetic language employed by the French philosopher and also by the context differences between the 1960s and now?¹

These questions show that the dispute on how to interpret the texts becomes decisive. Understood as the theoretical origins of the right to the city, Lefebvre’s work becomes the yardstick with which the measure the different meanings addressed to the right to the city. It becomes the gage or the rule with

¹ These questions and the authors’ choices over the many possibilities that they open are hardly justified in an explicit way. Don Mitchell’s book is an exception (MITCHELL, 2003, p.17). For him, the highly abstract character of Lefebvre’s writings is the cause for only “a set of aphorisms and a key set of concepts” to have popular resonance over time. This aspect would justify a non-systematic interpretation method.

which it is possible to establish which senses fit and which divert from the measurement standard. And this could be a possible explanation for the renewed interest in his writings: if the dispute is over what Henri Lefebvre “meant” or over which meanings of the right to the city could be authorized by the author, his texts become the main source of legitimacy of any given position inside the field.

In order to answer what the right to the city is, the authors decompose the main question in many others. It would be essential to answer “*whose right, what right* and to *what city?*”, to use Peter Marcuse’s formulation (MARCUSE, 2012, p.30).² Even though the series of questions is posed as the necessary path to come to a definition of the right to the city, the specific question about “what right?” is the one that concerns me most in this paper. The main reason is that the authors place for themselves the obligation to answer in what terms the “right” of the right to the city should be understood, even if they do not include the law as an important dimension of their approaches. By doing that, they end up opening a field of discussion between urban studies and law, even though this opening is made unwittingly and in an incipient way.

In order to address the question of the definitions, this paper will analyse David Harvey’s main arguments in *The right to the city* (2008) more closely. This text not only had an enormous influence but also opened up the question on “what right?”. After this first reconstruction, I will present two different positions that organize the literature: in one hand, the authors that defend that the right to the city is a non-legal right and in the other hand, the authors that advocate that it has an important legal dimension. The final remarks explore the problems of the current landing place of the discussion and points to some paths that could suggest new questions associated with the concrete urban struggles.

2 DAVID HARVEY’S CONCEPTION OF THE RIGHT TO THE CITY

² The questions can also have specific determinations, such as: “My reason for bringing this work together in a single volume is to make an argument about the tenuous nature of what the French Marxist and social theorist Henri Lefebvre called ‘the right to the city’. That right, as I hope becomes clear in the course of this book, is dependent upon public space. But just what public space *is* – and *who* has the right to it – is rarely clear [...]” (MITCHELL, 2013, p. 4-5).

In 2008, David Harvey published an article that would turn into the main reference to the debate on the right to the city. The essay first appeared in the *New Left Review* and was later included in other influential books (HARVEY, 2008, 2009, 2013). Since *The right to the city* is recognized as one of the most important articles on the subject, there is little discussion about its structure or its main arguments – the literature tends to take Harvey’s text as an uncontested starting point.³ I defend the hypothesis that Harvey’s *The right to the city* is one of the most important texts for the discussion about the legal dimension of this right. It was one of the first texts to bring this question up although this movement is not made in an absolutely explicit way. Due to its general uncontested character and also in order to show how my hypothesis can be articulated to the article, I will now reconstruct and discuss its main arguments.

The article starts with a diagnosis about the era we live in. In our times, “ideals of human rights have moved center stage both politically and ethically” (HARVEY, 2009, p.315). But this is not its only characteristic feature. At the same time that “a great deal of energy is expended in promoting their significance for the construction of a better world” (HARVEY, 2009, p.315), this effort is in vain. The human rights ideals’ – or the human rights’ concepts that circulate – are not able to challenge both the market and the power of the state. Our era is simultaneously marked by the great importance attributed to human rights but it is also “a world in which the rights of private property and the profit rate trump all notions of rights” (HARVEY, 2009, p.315). The weakness of the human rights in face of the market and power structures suggest that they are not worth fighting for, that our era is marked by paradoxical attempts to fulfill these rights that are, from the start, undermined by private property and by the profit rate. If all notions of rights seem to be doomed to failure, Harvey introduces a first distinction: “I here want to explore *another type of human right*, that of the right to the city” (HARVEY, 2009, p.315, emphasis added). The assumption here is that there is a type of human right that substantially differs from the others for challenging both dominant logics of the market and of the state.

³ The divergences are not very recurrent. The only two articles I know that criticize some of Harvey’s points in this essay are SOUZA, 2010 and KUYMULU, 2013.

In order to distinguish this other type of right, Harvey recurs to a passage from urban sociologist Robert Park. Park's concept of the city is central for determining the content of the right to the city. For him, the city is "man's most successful attempt to remake the world he lives in more after his heart's desire" (HARVEY, 2009, p.315). The city is simultaneously an expression of the human creation and, as Park states in another text, "a crude external fact" (PARK, 1984, p.4) that imposes itself to the people who created it. So there is a relationship of mutual determination: men create the city – and this act of creation assumes that they are free in a certain extent –, but are also conformed by it since the city "is the world in which he is henceforth condemned to live" (HARVEY, 2009, p.315). The right to the city is then conceived as "a right to change ourselves by changing the city" (HARVEY, 2009, p.315), that is, this freedom to shape the city after our heart's desire. Park's definition establishes a link between the making of the city and the making of men. Both are transformed in the process of creating the city since the city is the expression of a kind of human nature.

This conception might seem plausible at first. It states that the city is subject to change by human agency but does not ignore that men are also determined by this process. But what should we understand by the driving force of the "heart's desire"? The question becomes more complicated when Harvey introduces another feature that would distinguish this specific human right from the others: the right to the city is "a *common* rather than an *individual* right since this transformation inevitably depends upon the exercise of a collective power to reshape the process of urbanization" (HARVEY, 2009, p.315, emphasis added). If the collective dimension is one of its main characteristics, how should we conceive a collective expression of the "heart's desire" or of remaking ourselves? Robert Park may not be very helpful in this matter. For him, sentiments can be only analysed at the individual level and are understood as irrational motives for action (PARK, 1984, p.16). There seems to be a clear distinction between the domains of the "heart" and the ones of the reason: "Sentiment and prejudice are elementar forms of conservatism. Our interests are rational and mobile, and make for change" (PARK, 1984, p.16). Even if we leave Park's account behind, there seems to be two types of problems with this concept. On the one hand, the

passage from the individual to the level of the common is not explored. This problem is aggravated by the fact that, no matter how Harvey understands the notion of desire, it is necessarily associated with spontaneity – desires are hardly self-controlled. So, the passage from a spontaneous feeling to an organized process of reshaping the city against the market and the state is also unclear. The second type of problem refers to the association between rights and desire. This link is not contextualized within a democratic process – in fact, democracy is only mentioned twice and only at the end of the article.

Park's conception is not trivial for Harvey's argument. In fact, it is so important that the exact same passage is repeated in an article written both by Harvey and Cuz Potter (HARVEY, POTTER, 2009, p.45). It is also interesting to note that Robert Park has a prevalence over Henri Lefebvre in what specifically concerns the right to the city. Although Lefebvre's thesis on the urbanization of the world has an important role in Harvey's article from 2008 and the context of the French May uprisings in 1968 are addressed, *Le droit à la ville* is not even mentioned.

3 WHAT RIGHT?

The debate over the meaning of 'right' in the right to the city can be organized in two positions: (i) authors that advocate that it is a non-legal right and (ii) authors that defend the thesis of an institutional legal right.

The 'non-legal right' formulation embraces both a negative dimension – in the sense that the right is not institutional and non-formalized in a language of rights – and a positive dimension, in the sense of an eminently political or moral right.⁴ There are different formulations that intend to give account to this perspective. For Margit Mayer, for instance, the "right to the city is less a juridical right, but rather an oppositional demand, which challenges the claims of the rich

⁴ An example of this positive dimension is Peter Marcuse's perspective: "For the demand for the right to the city is a demand for a broad and sweeping right, a right not only in the legal sense of a right to specific benefits, but a right in a political sense, a claim not only to a right or a set of rights to justice within the legal system, but a right on a higher moral plane that demands a better system in which the potential benefits of an urban life can be fully and entirely realized" (MARCUSE, 2012, p.34).

and powerful” (MAYER, 2012, p.71). Its power would come precisely from the fact that the right to the city is not an inalienable right, warranted indistinctly for all. It would rather be effective only for those who fight for its realization and, therefore, would substantially differ from human rights, understood by Mayer as rights that are guaranteed in advance, independently of the social struggle. Another example is the perspective of Mehmet Kuymulu, who rejects the characterization of the right to the city as a collective right like the one supported by David Harvey (HARVEY, 2008). In his view, this category would not ensure the concept’s radicality and so he defends the thesis that the best way to feature the right to the city is as a right to the use value of the city, in opposition to what is addressed as the dominant perspective, which would understand the city as a commodity (KUYMULU, 2013, p.929). From a different angle, Peter Marcuse advocates that the right to the city is the right to a totality (MARCUSE, 2012, p.35).

But there is a substantial divergence between the authors inside this approach. On the one hand, there are those for whom the political and moral dimensions have a clear dominance, but who do not refuse the importance of the rights perspective, as much as the legal and institutional dimensions do not deplete the meaning of the right to the city. For those authors, although the right to the city is *mainly* a non-legal right, the legal perspective cannot be completely denied. This position is made explicit on Marcuse’s distinction between rights *in* the city, in the plural form – the right to housing, to transportation, to the use of the public services and equipments, to participation in local decisions, to be a citizen etc. – and the right *to* the city, in the singular form, which requires a complete transformation of the city. The effectiveness of the right *to* the city would allow to give primacy to the human needs and also to establish a social organization through selfmanagement. According to Marcuse, this latter sense is the one properly intended by Lefebvre in *The right to the city*. On the other hand, there are authors that defend that the rights language is corrupted in itself and that it is necessarily attached to liberalism and capitalism. They point to the risks of any form of institutionalization as an attempt to coopt the original and critical meaning of the right to the city (KUYMULU, 2013, p. 927).

As mentioned before, there is another position that seeks to supplement what is diagnosed as a lack of attention to the legal implications of the right to the city. To use Don Mitchell's words, these authors advocate that rights matter (MITCHELL, 2003, p.21). The authors' intention is not to minimize the importance of the political and philosophical dimensions, but rather to show how the legal and institutional meanings of the right to the city are contained in Lefebvre's work even if he has not explored this range of arguments directly. In this perspective, the legal dimension has to be added to the ongoing debate as a complement to the current discussion and also as a form of unmaking the "black box" (ATTOH, 2011, p.669) of legal assumptions that underlie the political and philosophical approaches. While Edésio Fernandes intends to show how the right to the city was institutionalized as a collective right in the Brazilian City Statute, giving expression to the perspectives of the social function of property and participation understood as conditions for a new social pact in Lefebvre's *Du contrat de citoyenneté*, Attoh explores the "level of incoherence" (ATTOH, 2011, p.679) of the conceptions of law assumed by the literature discussed here. For Attoh, it is necessary to affirm if the right to the city is a subjective right, an immunity, a first, second or third generation right – and the last three understood here as citizenship rights, social rights and solidarity rights – or a moral right to break the law just as theorized by Ronald Dworkin. Two reasons justify the necessity of a legal definition. First, the varied conceptions of rights makes the concept of the right to the city radically open (ATTOH, 2011, p.670). This is seen by Attoh as a problem to the extent that this openness would avoid a clear positioning in the political disputes. Second, different kinds of rights are not necessarily commensurable and this leads to an unconscious confusion inside the specialized literature.

Despite these different positionings in the literature and the possibility to divide the authors according to non-legal and legal approaches to the right to the city, all of them claim that the right's form and content has to be defined beforehand. The definition question is a problem insofar as it intends to crystallize only one meaning as the true and correct sense of the concept, as if it were possible to extract a perennial essence of the concept. So concrete social struggles over the right to the city cease to be taken seriously when part of them is

discarded as the mere deviance from an original proposition. The theorist places himself in the position of the one entitled to say how the term can and should be interpreted. He places himself as the organizer of the struggles of social movements that demand this right. Each of the definitions analysed here is, therefore, only another form of dispute of what the right to the city *should be*. The pretension to determine what Lefebvre “wanted to say” blurs the character of interpretation of a text open to more than one possible Reading. It also blurs the dimension of the dispute insofar as each definition claims to have found the correct expression of the right to the city in Lefebvre’s work.

Although David Harvey’s *The right to the city* is a uncontested reference for the literature, Harvey’s recent position goes against the path taken by all the authors, even though he asks Lefebvre for a certain authorization: “[...] if, as has happened over the last decade, the idea of the right to the city has undergone a certain revival, then it is not to the intellectual legacy of Lefebvre that we must turn for explanation (important though that legacy may be). What has been happening in the streets, among the urban social movements, is far more important. And as a great dialectician and immanent critic of urban daily life, surely Lefebvre would agree” (HARVEY, 2013, p. xi-xii). A similar point is made in his earlier article with Cuz Potter, even though there is no direct link to Lefebvre: “If a different right to the city is to be asserted and a different version of the urban process is to be constructed, then it is through the fires of specific urban struggles that any new conception will be forged” (HARVEY, POTTER, 2009, p. 45).

FINAL REMARKS

I believe the debate on the right to the city will be stuck if the literature continues to concentrate its efforts in a search for the best definition. I am not saying that theory and concepts are unimportant. It is quite the opposite. Putting the question in terms of an original meaning and its deviations, of a true and a corrupted sense of the right to the city will not take us very far. The form that the question is placed is also an obstacle to the construction of a diagnosis about the mobilization of the right to the city in all the meanings that it encompasses. But this

impasse faced by the literature also points to a real problem. The gropings around the legal definition of the right to the city do not only express a lack of conceptual strictness or ignorance and disinterest on the law. They are indications that there is an attempt to understand something that does not really fit into the existing institutional categories since it involves social demands from movements all over the world. Looking only to recent examples, these demands were widely mobilized in the Brazilian June Protests of 2013 and in the occupation of the Taksim Square in Turkey.

Agendas so different such as housing, transportation, the maintenance of public spaces, against gentrification processes and forced evictions, against the demolition of symbolic constructions, in favour of more cultural facilities such as parks and cinemas, in favour of a wide participation in decisions that affect the daily lives in the city were able to find a common expression in the right to the city. This only shows that it is the very social demand that is indeterminate and that this indeterminate character can not be understood as a *lack* – of specificity or rigor –, but rather as the formation of a common ground for deliberation in which the supposed emptiness in meaning may be what organizes clashes and broader political agreements. But as I have said before, we are partially in front of a real problem as how to understand this right. How should we interpret the shaping of an eminently social right that may have an institutional translation or not, but that certainly maintains a very strong non-State dimension and that has its' expression in squatting, in the occupation of public spaces and of the streets in general? If this is a real difficulty, there seems no other way than to map these social struggles according to their own principles of organization, an effort that certainly requires a two-level articulation – a social and a institutional one.

REFERENCES

ATTOH, K. A. (2011). **What kind of right is the right to the city?** Progress in Human Geography, 35(5).

- FAINSTEIN, S. (2009). Planning and the just city. In: MARCUSE, P.; CONNOLLY, J.; NOVY, J.; OLIVO, I.; POTTER, C.; STEIL, J. (orgs.). **Searching for the just city: debates in urban theory and practice**. Oxon: Routledge.
- FERNANDES, E. (2007). Constructing the 'right to the city' in Brazil. **Social & Legal Studies**, Volume 16(2).
- HARVEY, D. (2013). **Rebel cities: from the right to the city to the urban revolution**. New York: Verso.
- HARVEY, D. (2009). **Social justice and the city**. Revised edition. Athens: The University of Georgia Press.
- HARVEY, D. (2008). The right to the city. **New Left Review**, n. 53, September-October.
- HARVEY, D., POTTER, C. (2009). **The right to the Just City**. In: MARCUSE, P.; CONNOLLY, J.; NOVY, J.; OLIVO, I.; POTTER, C.; STEIL, J. (eds.). **Searching for the just city: debates in urban theory and practice**. London: Routledge.
- KUYMULU, M. (2013). The vortex of rights: 'right to the city' at a crossroads. **International Journal of Urban and Regional Research**, vol. 37.3, May.
- LEFEBVRE, H. (2009). **Le droit à la ville**. Paris: Anthropos.
- MARCUSE, P. (2012). Whose right(s) to what city? In: BRENNER, N.; MARCUSE, P.; MAYER, M. (orgs.). **Cities for people, not for profit**. New York: Routledge.
- MAYER, M. (2012). The 'right to the city' in urban social movements. In: BRENNER, N.; MARCUSE, P.; MAYER, M. (orgs.). **Cities for people, not for profit**. New York: Routledge.
- MAYER, M. (2009). **The 'right to the city' in the context of shifting mottos of urban social movements**. *City*, vol. 13, n. 2-3.
- MITCHELL, D. (2003). **The right to the city: social justice and the fight for public space**. New York: The Guildford Press.
- PARK, R. E. (1984). The City: Suggestions for the Investigation of Human Behavior in the Urban Environment. In: PARK, R. E.; BURGESS, E. W.; MCKENZIE, R. D. **The city**. Chicago: The University of Chicago Press.
- PURCELL, M. (2002). Excavating Lefebvre: The right to the city and its urban politics of the inhabitant. **GeoJournal**, n. 58.

SCHMID, C. (2012). Henri Lefebvre, the right to the city, and the new metropolitan mainstream. In: BRENNER, N.; MARCUSE, P.; MAYER, M. (orgs.). **Cities for people, not for profit**. New York: Routledge.

SOUZA, M. L. (2010). Which right to which city? In defence of political-strategic clarity. **Interface**: a journal for and about social movements. volume 2, May.

LEGAL GEOGRAPHY OF PRIVATIZED URBAN GOVERNANCE IN A LIBERAL CITY

Gakuto Takamura

ABSTRACT: Early studies by Elinor Ostrom focused on ways of providing urban public goods in metropolitan areas. She argued that a polycentricity of public and private agents and community-based organizations providing services performed better. In recent decades, American metropolitan cities have promoted the creation of Business Improvement Districts (BIDs) in their central areas, delegating to them responsibilities such as the management of public space, provision of public safety, and cleaning services. The BIDs, which are community-based organizations run by private property owners within the district, have succeeded in general at reducing crime rates and at economic revitalization. This success is often explained by Ostrom's theory. David Harvey, however, criticizes BIDs for the increase in property values; excluding the homeless, street vendors, and activists from public spaces; and changing these spaces into commercialized, homogeneous areas. More theoretically, he notes that Ostrom did not consider the type of legal framework required to control the polycentric governance and enable dialogues between multi-level agencies and among people. This paper considers the legal-theoretical question raised by Harvey, based on long-term participatory observations of BIDs in San Francisco and interview surveys in New York City. By examining this question, this paper aims to characterize the role of law in polycentric governance, which can coevolve with the right to the city.

KEYWORD: Polycentric; Urban Governance; Property Law and Judicial Review.

1 INTRODUCTION

All over the world, the tendency to delegate the management of urban public spaces to private entities is growing. The "Occupy Wall Street" movement began by occupying the ground of Zuccotti Park, a privately owned public space named after the president of the property company that owns and governs the park and a nearby tall building (Eisenberg 2012; Kayden 2000). The movement aimed to contest the trend toward the privatization of public space and the excessively tight control over assembly and free speech there.

In recent decades, American metropolitan cities have promoted the creation of Business Improvement Districts (BIDs) in their central areas, delegating to them responsibilities for the management of public space and sidewalks, the provision of public safety, and cleaning services, among other things. The BIDs, which are community-based organizations formed and run by private property owners within the district, have generally succeeded in reducing crime rates and economic revitalization, introducing the efficient management methods of private companies (Becker, Seth, and Dos Santos 2011).

The BIDs provide local public goods, based on an assessment, to the property owners within the district. The services that they provide are not standardized but determined by the collective choice of property owners, reflecting their preferences and paying capacities. Previously, the provision of local public goods was carried out by city government, based on a uniform standard rule applied to all areas of the city. Thus, through the creation of the BIDs, city government is encouraging the formation of the different standards of provision of local public goods, based on the collective choice of the property owners. Instead of the city government standard rules, the many centers of decision making have begun to generate autonomous rules among the BIDs. In light of Ostrom (1999), we can call this state of affairs polycentric governance.

There are pros and cons to this polycentralization of urban governance promoted by the BIDs. Zukin (2009) criticizes the commercialization of public space and the gentrification of areas. Madden (2010) points out that there are fewer democratic values in privatized public spaces and a danger for free speech. MacDonald et al. (2013) bring into question the widening disparity between wealthy and poor neighborhoods.

By contrast, Ostrom et al. (1973) and Ostrom (1990, 2010) argue that the polycentric public and private agents and community-based organizations that provided services performed better than a monocentric system did; a small-size community's control over the provision of local public goods enables services to meet the preferences of community members, and the bureaucratic unresponsiveness of large-size government produces cynicism and frustration on

the part of citizens, who are unable to locate the point of access to solve public problems (Baer 2008, pg. 53).

Although Ostrom (1999, 2010) stresses the need for a higher-order rule that governs the relationship between independent and autonomously functioning communities in order to solve conflicts between them and to serve as a constitutional guarantee of individual liberties, Harvey (2012) criticizes this concept of rule as obscure.

But we are left in the dark as to how such higher-order rules might be constituted, by whom, and how they might be open to democratic control. For the whole metropolitan region some such rules (or customary practices) are both necessary and crucial. Furthermore, such rules must not only be established and asserted. They must also be enforced and actively policed (as is the case with any common). (Harvey 2012, pg. 83)

This paper therefore considers the legal-theoretical question raised by Harvey, based on long-term participatory observations of BIDs in San Francisco and interview surveys in New York City.

The model of Ostrom, which argues for the efficiency of polycentric governance in metropolitan areas, was formulated on the basis of research into public safety in suburban residential local governments (Ostrom et al. 1973); the homogeneity of inhabitants assures the same concern for safety and good relationships between them and police.

Ostrom's theory is also based on public choice theory: residents can afford to "vote with their feet" by leaving situations they do not like or moving to locations they believe to be more preferable.

In contrast with the homogeneity of suburban areas, the downtown or inner-city areas where the BIDs have been created feature a heterogeneity of interests; a wide variety of people visit there, various businesses and livelihoods co-exist, and there are always conflicts about how to use spaces. Therefore, the role of law to regulate the conflict over public space and to ensure democratic control is more important in metropolitan governance.

Compared with rural areas, where physical settings divide communities, urban space is continuous. Thus, the setting of boundaries for communities in a city is a highly political act. As the movement of legal geography proposes

(Blomley, Delaney, and Ford 2001), we should pay attention to how the boundaries of communities are socially constructed and legitimized by the law.

Hence, this paper examines how the law provides democratic control over the governance of the BIDs and what impacts polycentric urban governance has for the metropolis as a whole. In particular, we focus on the possibility of laws that might make the BIDs more inclusive.

2 WHAT IS A BID?

2.1 The Legal Characteristics of a BID

A BID is a hybrid of public and private elements (Briffault 1999). As a special district, the BID resembles a public entity, but in its co-management of sidewalks with adjacent property owners, the BID resembles a private entity.

Briffault (1999, pg. 368) identifies the four characteristics below as public elements of a BID:

- 1) A BID is a territorial subdivision of a city;
- 2) Property owners or businesses within the BID are subject to additional tax;
- 3) The revenues generated by these district-specific taxes are reserved to fund services and improvements within the district and to pay for the administrative costs of BID operations;
- 4) BIDs' services are provided in addition to those offered by city governments.

So far, most BIDs have been created in downtown or inner-city areas whose zoning is commercial⁵. Their main activities are cleaning services on sidewalks, garbage collection, and safety patrols that are more frequent than those provided by the city are. Large-size BIDs engage in street repairs, landscaping, the provision of street furniture, and the creation of public amenities.

⁵ Ellickson (1998) proposes the establishment of quasi-BID structures in residential areas to improve their safety.

Most states in the United States passed an act in the 1980s or 1990s enabling the formation of BIDs. Chambers of commerce and merchants associations who had tried to improve a district requested the legislation on BIDs to solve the free-rider problem.

According to Briffault (1999, pg. 369), “[B]y assessing all properties or firms in an area, instead of depending on contributions from civic-minded volunteers, a BID provides a ‘stable stream of income for activities and projects.’”

This coercive function of the BID requires state laws and local ordinances of a city that give it the authorization for creation and renewal. The BID is subject to the oversight of the city.

On the other hand, the BID has private elements. In the United States, up to the early nineteenth century, adjacent property owners held the ownership of the land that would later constitute the sidewalk (Novak 1996; Loukaitou-Sideris and Ehrenfeucht 2009: 26). Sidewalks were constructed at their request, and it was property owners who paid for the sidewalks.

Even today, in most American cities, responsibility for the maintenance of the sidewalk belongs to the adjacent property owners (Loukaitou-Sideris and Ehrenfeucht 2009). This responsibility comes from the historically private nature of sidewalks. Given that most activities of BIDs are carried out on the sidewalks, BIDs could be regarded as an organization of private property owners for sharing the management duties on the sidewalk.

Although the BID has a public character as a subdivision of a city, the agreement of property owners within the district is required for the formation of a BID. They then create a non-profit organization, separate from the particular district, to manage the activities of the BID. The members of the board of this organization are mainly composed of property or business owners; the efficient management methods of private companies are reflected in the BID. While the general tax of the city is used to provide public goods equally in all areas of the city and has a redistributive character, the assessment collected for a BID goes exclusively to the BID.

2.2 Efficiency of BIDs

As a hybrid organization of public and private characters, the BID succeeds in overcoming the free-rider problem in the provision of local public goods and the bureaucracy of large-city governments.

According to a census of BIDs, there were 1,002 in the United States in 2010, and they are increasing in number. Most of them have performed very well. Only around 5% of BIDs had dissolved up to that point (Becker, Grossman, and Dos Santos 2011).

Baer (2008) and Warner (2011) rely on the theory of Ostrom to explain the efficiency of BIDs. Certainly, the management of public spaces by BIDs is slightly different from that of common land in rural areas and of the common spaces of a gated community that excludes outsiders to solve the tragedy of the commons; a BID cannot build walls within its boundaries. Even so the success of the BID can be explained, argue Baer and Warner, from the perspective of a community-based organization formulated by Ostrom (1990).

In terms of the advantages of community-based resource management, Ostrom (1990) points to the flexibility of the evolution of rules, the lower cost of monitoring, and the credible commitment of members. We may be able to apply these advantages to BIDs.

First, the administration of a BID is carried out by local property owners who know their community better than city officers do. Thus, the board of a BID is able to understand problems and situations easily and to respond to them quickly, changing operational rules by, for example, increasing the frequency of the cleaning service and enhancing safety patrols at crime hot spots. The city government has no such responsiveness.

Second, monitoring costs are less because board members or staff members of a BID can see what is happening in their community in their daily activities. Field workers of a BID who engage in cleaning or in guiding tourists simultaneously act as monitors; if they find an abnormality or a crime, they report it quickly to the police or private security personnel hired by the BID. The members

of the board can monitor field workers' performance on a daily basis and can propose measures to improve their performance.

Third, the property owners in a district can cooperate with each other and commit to the activities of the BID because the improvement of the community is in their common interest. The assessment imposed on every property owner provides a stable financial resource and solves the free-rider problem.

However, there are negative aspects to this community-based management: the redesign of the community from the narrow viewpoint of property owners, the prohibition of actions that are undesirable for businesses, the dispersion of homeless people and street vendors, and the obstruction of political speeches. The BID does not regard what happens in public spaces as a social issue but as a spatial matter, hoping that those phenomena that might discourage business will move elsewhere.

The problem of the narrow-interest orientation of community-based organizations has not arisen that much in studies of local commons in rural areas. However, urban space is continuous, and the attractiveness of the city consists in encounters with unassimilated others (Jacobs 1961). The attitude of exclusion adopted by BIDs would diminish this attractiveness. Thus, we have to make BIDs more inclusive in order to revitalize the city as a whole.

2.3 Legal control over BIDs

Briffault (1999) emphasizes the public nature of the BID and proposes the oversight by city officials to assure the public nature and the accountability of BIDs. However, it may be difficult to rely too much on city officials because the city often has the same values as the BID and is concerned mainly with how tourists and visitors would regard the city. Therefore, in addition to this vertical oversight between the city and the BID, we need to encourage dialogue between the BID and citizens and also judicial oversight of the activities of the BID; instead of efficiency, we have ensure that the values of liberal democracy penetrate into the administration of BIDs.

Loukaitou-Sideris and Ehrenfeucht (2009, pg. 11) argue that, “A just city would have controls that define the parameters of public-space use and access and also processes that enable different voices and interests to help define those controls.” In this paper, we would like to examine how the law could provide the parameters and the processes to make the city more just and the BID more inclusive, using case studies in New York and San Francisco.

3 VERTICAL CONTROL OVER BIDS IN NEW YORK CITY

3.1 BIDs in New York

New York City has the largest number of BIDs: 67 in 2013. Much research has been carried out into the success stories of the major BIDs, but if we examine their governance of BIDs, they are overseen strictly by the city and do not have much autonomy and flexibility to govern by themselves.⁶

In 1981, New York State enacted the Business Improvement District Law; in the following year, New York City enacted a local ordinance to implement the state law. The contents of the state law and the city ordinance are nearly identical. The city’s Small Business Services help in the formation of BIDs and oversees them. However, for the formation and the renewal of BIDs, the review and the approval of the state are required.

The state law and the local ordinance both require that the board of directors of the management association of any BID be composed of representatives of property owners, tenants of commercial space or dwelling units, and four members appointed by the mayor, the controller, the borough, and the city council member representing the district, and that nothing less than a majority of its members represents property owners.

⁶ The description below is based on an interview in March 2014 with James Mettham, who is in charge of oversight of the BIDs for Small Business Services in New York City.

3.2 The case of Grand Central Partnership BID and the legal nature of the BID

The Grand Central Partnership BID (GCP), the largest BID in the world, is famous not only for its active management but also for a disputed case⁷ that is often used in case books of law schools (Frug, Ford, and Barron 2010). The issue in this case related to the constitutionality of the state law and the local ordinance bylaw requiring that a majority of the board be composed of property owners.

The GCP was created in 1988 when Manhattan was emptying because of the deterioration of security in the borough. In 1995, on the back of the success of improvement of their district, the GCP extended its territory to surrounding areas: It manages an area with a total office space of about 6.5 million square meters and had an annual budget for 2012 amounting to 13.5 million dollars.

In addition to the usual services, such as cleaning and safety patrol, the GCP has invested actively in paving sidewalks with high-quality designs and in installing and maintaining luxury street furniture, lights, and flowerbeds. Because the annual budget was not enough to finance such major improvements, the GCP issued a long-term bond to raise money.

This activity certainly improved the district, succeeded in bringing business back to the downtown, and increased the value of properties. However, too much activity on the part of the management brought sharp criticism: the New York Times and the city council criticized the security staff hired by the GCP for its aggressive conduct in moving homeless people to a shelter in the name of a homeless outreach activity, and Mayor Giuliani advised against the GCP issuing a bond because, if it was unable to redeem it, the city would have to take the responsibility for its redemption.⁸

When the GCP was trying to extend the boundary, some time before 1995, these negative aspects were reported by newspaper with the result that residents who would be included in the district of the GCP organized an opposition

⁷ *Kessler v. Grand Central Management District Management Association, Inc.* 960 F. Supp. 760; 1997 U.S. Dist.

⁸ *The New York Times*, "Grand Central Partnership Is Subject of U.S. Inquiry," May 26, 1995.

campaign to the extension. Although this opposition campaign did not succeed, the residents of the cooperative housing that was newly included within the boundary of the GCP sued the GCP, New York City, and New York State; they alleged that the stipulations of the city and the state requiring a majority of the board to be composed of property owners and the fact that the residents of the cooperative housing had no entitlement to participate in the board as individuals as a violation of the “one person, one vote” principle that is protected by the 14th amendment and applicable to government bodies.

The plaintiffs alleged that the services provided by the GCP were similar to those provided by local governments and that the influence of the GCP was so huge for local inhabitants that the BID should be regarded as a government body to which the constitutional guarantees apply and that local inhabitants should have the right to participate in any decision making.

However, the judgments of district court and appeal court were not in favor of the plaintiff and concluded that the services provided by the BID are nothing but additional services; that the scope of the activities of the BID is strictly limited by the state law and the local ordinance; that the city oversees the BID; that the BID is not independent body; and that the “one person, one vote” principle did not apply to the BID.

The case law defined the legal character of the BID as a derivative of city government. Thus, it was considered that the governance of the BID should be assured by the vertical oversight of the city, not by horizontal participation by local residents and stakeholders in the administration of the BID.

Soon after the judgment of the appeal court, Mayor Giuliani, who realized that judicial review was unable to provide for democratic control and self-regulation of the BID, expressed to the GCP his intention not to renew the administrative contract between the city and the GCP, implying that if the president of the GCP resigned, he would renew the contract. Under this pressure, the president of the GCP had no choice but to resign.⁹

⁹ *The New York Times*, “Business Improvement District at Grand Central is Dissolved” July 30, 1998.

3.3 Governance through administrative contract

More than 15 years have passed since the lawsuit and the resignation of the president. How is the GCP actually governed? What impact does this judgment have on the relationship between the city and the GCP? On the basis of my interviews with the city and the GCP¹⁰, I can clarify some aspects.

The BID local ordinance of New York City specifies that the activities of the BIDs are not their own activities but legally tasks delegated by the city. Thus, this local ordinance clarifies that these tasks originally belonged to the competence of the city council and specifies that these tasks be delegated to the BIDs by administrative contract.

The contents of the administrative contract are different from BID to BID; however, it is common that the contract defines not only the activities performed by the BID but also the competences and the operational rules of the inner commissions of the BID very precisely. To reform an organizational structure, the BID is obliged to ask the city and the state to revise the contents of the contract and approve them. To renew or revise the contract, it takes about two years. Transaction costs are very high. For the GCP, they have still the threat of the city refusing to renew the contract at its discretion. Transactions concerning administrative contracts place an excessive strain on the nerves of the GCP.

Even though the administrative contract has such an important role in defining the competences of the BID, the documents of the contracts are not open to the public. The staff members of Small Business Services of New York City oversee each BID; on average, each staff member is in charge of six or seven, attending every board and financial committee meeting and providing advice.

According to the state law and the local ordinance, the BID has an obligation to organize a public meeting at least once a year. However, they do not specify the nature and content of this meeting or how the public is to be informed. Everything is at the discretion of the BID.

¹⁰ The interview was conducted in March 2014 with staff members of the GCP Duane Roggendorf and Ryan Pukos.

Actually, the composition of the board of the GCP is composed of 40 property owners' seats and 2 residents' seats; residents are non-voting members. As resident board members, the representatives of community boards 5 and 6 attend board meetings. The GCP is proposing the revision of the zoning of East Manhattan, which eases the restriction of heights of buildings to promote redevelopment. The competence of zoning is reserved to the city, but proposals from the GCP have a major influence. The representatives of the community boards are strongly opposed to this revision plan. The dispute over the zoning takes place in the board meeting. The staff members of the GCP are unhappy with the adversarial attitude of the community boards at the formal meetings of the GCP.

4 DEMOCRATIC CONTROL BY OPEN MEETINGS IN SAN FRANCISCO

4.1 The Community Benefit District in San Francisco

In contrast with the BID in New York, administration of which was closed to citizens, generating antagonism and opposition from them, San Francisco City has made BIDs serve the community by requiring that their meetings be open to the public.¹¹

While California State's BID law refers to a BID as a "Property & Business Improvement District," the local ordinance of San Francisco, which implements this state law, refers to it as a "Community Benefit District (hereafter CBD)" hoping that CBDs would be concerned not only for property owners but would also include all members of the community.

Although the state's law requires more than 50% of agreement among property owners within a district for the formation of a BID, the local ordinance of San Francisco, revised in 2004, eased this requirement to 30% and specified that 20% of members of the board must be representatives of tenants and residents of

¹¹ The description below is based on interviews in March 2014 and September 2014 with Crezia Tano, who is in charge of the oversight of Community Benefit Districts at the Office of Economic and Workplace Development of San Francisco City.

the district (Office of Economic and Workplace Development 2012). The philosophy of the city is that the openness of the board to the community complements the legitimacy of the formation of the CBD.

With the support of the Office of Economic and Workplace Development of San Francisco City, there are actually 11 BIDs in the city. As mentioned below, they are formed not only in the wealthy downtown areas but also in the blighted inner city, to improve the community.

It is a state law, called the Brown Act, rather than the local ordinance, that makes the administration of the CBDs more democratic and transparent. This act requires all local public agencies to open their meetings to the public. The CBD is also included in the category of local public agency. Not only board meetings but also all meetings of inner commissions in the CBD, regarded as legislative bodies of the agency, should be open to the public. To participate in a substantial discussion, members of the public have the right to express their opinions before the relevant agenda is brought to a vote. In all meetings, a president of meeting should secure sufficient time for public comments.

Thanks to the guarantee of the Brown Act and with the support of CBDs, I have been attending the meetings of Union Square BID, Tenderloin Community Benefit District, and Castro CBD and conducting interviews with members since August 2014. In the following, I will analyze how they work to improve their communities and how the law functions to make them inclusive to the community.

4.2 New Urbanism and Tight Control over Public Space

Union Square BID, the first BID in San Francisco, was formed in 1999 and extended its boundary to twice its original size in 2009. World-class brand stores, department stores, and luxury hotels are gathered around Union Square Park. In the district, there are many restaurants, cafes, and retail shops. The real estate price of this district is the highest on the West Coast.

The board of directors is mainly composed of business managers or property owners of the above businesses and properties. As representatives of tenants and residents, urban planners and private consultants who have their

offices in the district are on the board. The members of the board are keen on improving the management efficiency of the BID and cutting the fat; recently, after a proposal competition, they changed their main bank and the provider of cleaning and security services. Their decision making is rational and rapid.

Union Square BID has generated some positive changes. First, the enhancement of cleaning, garbage collection, and safety patrols provided by Union Square BID improved the atmosphere and business conditions of the district significantly and contributed to revitalizing the city's downtown.

Second, influenced by Danish architect Jan Gehl's theory of New Urbanism, Union Square BID is trying to change the downtown area to a more pedestrian-oriented location and to make public spaces more vibrant. As an experiment, Union Square BID shut off one of its streets, restricting vehicle entry and covering it with green carpet to create a pedestrian public space. Reducing parking spaces in the streets, Union Square BID also installed "parklets" where passengers can sit and rest. These pedestrian-oriented improvements are regarded positively in San Francisco.

However, the BIDs are unwelcoming to undesirable individuals and obstructive activities. The "ambassadors," who usually walk around and provide information to tourists, are also expected to warn people who sit or lie on the sidewalk, engage in aggressive panhandling or public drinking, or otherwise disturb the peace. In bimonthly board meetings, the service provider company tells the board how often their ambassadors have intervened against such annoying behaviors, with information about location and date and how the problems was resolved. It is this moment when the discussion is at its hottest in the board meetings, and many requests arise from property and business owners.

Since 2010, in San Francisco, the most liberal city in the United States, there have been local ordinances that prohibit sitting and lying on the sidewalk during the day and which make aggressive panhandling against the law. However, the ambassadors are private security guards; they cannot ticket anyone engaging in annoying behavior or arrest criminals. Consequently, Union Square BID pays the San Francisco Police Department to increase the presence of police officers in

the district. Although this enhanced police force, called the 10B police,¹² has a uniform that is slightly different from that of the regular police, it is difficult for ordinary people to distinguish them. These 10B police officers, financed by the BID, enforce the ordinances for annoying behavior.

According to the executive director of the Union Square BID, the warning activities of their ambassadors conform to the content of the local ordinance of San Francisco and simply convey this information to sleeping people. The sit-lie ordinance prohibits passage-disturbing behavior from 7:00 am to 11:00 pm, and thus the ambassadors begin warning people from 7:00 am. However, according to the service provider, the true aim of sleeping disruption is to disperse these undesirables from the district.

Recently, the captain of police on the beat that includes Union Square served as an intermediary between the Silicon Valley Foundation and Union Square BID to raise money from the foundation for an increase in 10B police numbers and the installation of security cameras in the district. The enhancement of patrolling and law enforcement is not only an initiative of the BID but also a goal of the San Francisco Police Department.

Given the close relationship between the Union Square BID and the Police Department, we cannot describe the management of public space by the BID as privatization; Union Square BID is subordinate to the local ordinance and to the oversight of the police captain, and everything that the Union Square BID does in relation to safety needs to be endorsed by the Police Department. Thus, the oversight of the city does not serve to make the BID inclusive. The voices of citizens need to be heard by the BID and the city, but from my observations of the meetings of the Union Square BID, there has been no public comment on its activities. Rather than participate in the meeting, the Coalition on Homelessness is organizing a campaign to change the state law to protect the right to rest and to annul the sit-lie ordinance.

¹² Because this additional police service, paid for by private entities, is prescribed in Art. 10B of the San Francisco Administrative Code.

4.3 The Node of Networks in an Area of Blight

By contrast, there are many public participants in the meeting of the Tenderloin Community Benefit District. The Tenderloin is a blighted area where many inhabitants suffer from poverty, with the highest rate of crime in San Francisco, where street sleepers are concentrated, and where drug dealing and prostitution is rife. It is the Skid Row of San Francisco.

However, because of these difficult conditions, there are many non-profit organizations and activists who are engaged in improving the community and people's lives. The staff members of these organizations participate in the discussions of the Tenderloin Community Benefit District as members of the public.

The Tenderloin is located at the heart of the city, between Union Square and Civil Center. Historically, the Tenderloin was a place of entertainment and culture: there were theaters, live jazz houses, and ethnic restaurants; many artists and musicians lived in there.

However, after WW2, because of suburbanization and white flight, the Tenderloin began to decline; migrants, veterans, and the poor began to live in old, single-room-occupancy (SRO) hotels. The living conditions of these residential hotels were bad. However, they functioned as absorbers and residences for the people who came from outside and had low incomes.

The gentrification of the Tenderloin began slowly in the 1970s: chain hotels began to purchase the dilapidated SRO hotels to convert them into luxury tourist hotels. In 1978, to resist this gentrification and to protect the lives of tenants and SRO residents, advocacy groups for tenants and SRO residents and a non-profit organization that provided affordable housing in the Tenderloin formed the North of Market Planning Coalition; this coalition proposed local land use planning that defined the Tenderloin as a mainly residential area, prohibited commercial use of buildings except at the ground level, limited the new construction of tourist hotels, and set down zoning rules prohibiting the new construction of buildings of more than five stories.

The city accepted most of the proposals and helped Community Development Corporations to purchase deteriorated SRO hotels and convert them into community-based housing or supportive housing. As a result, there are major non-profit organizations in the Tenderloin that own many properties, provide housing to the vulnerable, and help them in their lives.

The Tenderloin Community Benefit District was formed in 2005 to provide additional cleaning services in the district. In meetings of North of Market Planning Coalition, many of participants agreed that the priority of the district was to improve public safety. They believed, on the basis of the Broken Window Theory (Wilson and Kelling 1982) that clear sidewalks would give an impression of orderliness and serve to prevent crime.

At first, an advocacy group for the homeless, the Coalition on Homelessness, expressed deep concerns, worried that homeless people would be dispersed from the Tenderloin by the enhanced service. However, the preparatory committee of the Tenderloin CBD succeeded in recruiting the president of the Coalition on Homelessness as a member of the board; they agreed that state of the sidewalks were important for the health of those sleeping on the streets, and they decided to make a strong effort to pick up needles that had been left on the sidewalks.

Because Community Development Corporations such as the Tenderloin Neighborhood Development Corporation and the Tenderloin Housing Clinic had many properties in the district, it was easy to obtain consensus to form the CBD from property owners of more than 30% of the district. The composition of the board is very diverse: a non-profit organization that owns properties; UC Hastings; owners of SRO hotels, tourist hotels, and theaters; and residents of SRO hotels.

At the meetings of the board and the commissions of the Tenderloin CBD, there are often participants who are not members of the board but who want to share information about their activities and to collaborate with the Tenderloin CBD; recently, through an initiative of the SRO collaborative, an advocacy group of SRO residents but not a member of the Tenderloin CBD, a statement was issued opposing a change to the police beat that might reduce the police presence in the

district. The meetings of the Tenderloin CBD function as an open forum to discuss the issues of the community.

As a legal clinical education program, the Tenderloin CBD received law school students from UC Hastings; after participant observation and interview surveys, they proposed the revision of the bylaw of the Tenderloin CBD to conform more precisely to the requirements of the Brown Act. Following their proposal, the board revised their bylaw.

Compared with that of the Union Square BID, the management foundation of the Tenderloin CBD is unstable; the budget planning was so rough that because of recent cash-flow problems, the Tenderloin CBD could not pay the commission to the service provider by the appointed time and failed to employ a new executive director. To strengthen its organizational and financial structure, the board asked an accounting firm to propose a reform plan; it did not ask city officials to help with the financial deficit. Following the recommendations of the accounting firm, the board is restructuring the CBD's organization and elaborating operational rules to assure financial transparency.

The cleaning staff is hired by the service provider organization, not by the Tenderloin CBD. This organization is a non-profit located in the Tenderloin, and most of workers were homeless people from the area. To help them re-enter the job market, the non-profit hires them, and the Tenderloin CBD delegates this service to this organization.

Last year, in collaboration with the city's Department of Public Works, the CBD installed portable toilets as an experiment in the Tenderloin, where there is no public restroom, for security reasons. Urination on the sidewalks has been the cause of concern and an increase in cleaning costs and damage to public health. After six months, it was found that the reduced cost of cleaning was larger than the installation and maintenance costs of the portable toilets. Thus, this date-driven toilet project will continue into next year.

Because of the return of tech companies to the central area of San Francisco, the Tenderloin is once again witnessing some gentrification. New openings of restaurants and shops are on increase. For the advocacy group for the homeless, this revitalization has some positive aspects for the safety of those

sleeping on the streets. Previously, there were no shops open at night, no lights, and no pedestrians in the Tenderloin, with the result that there were more cases of homeless people being assaulted. Because of the increase in passers-by at night, mutual surveillance prevents violence. The Tenderloin CBD, who opposed gentrification at first, is trying right now to control the gentrification process in a more social and equitable direction.

4.4 The shift from dispersing to caring

Castro is the largest gay community in the world. Along the streets of Castro and Market, nightclubs, bars, restaurants, and shops have accumulated. To provide additional safety and cleaning services and to improve the streetscapes, the Castro CBD was formed along these streets.

To express the identity of the gay community more vividly, the Castro CBD completed the Castro Street Improvement Project, extending the sidewalks, putting up signs to indicate the history of the neighborhood on the remodeled sidewalks, installing rainbow LED lightning, and painting the crosswalks in rainbow colors. In order to elaborate this streetscape plan, the Castro CBD organized many workshops, in which not only property or business owners but also many stakeholders and inhabitants were able to express their concerns and opinions. This improvement project made the community more solid and unique.

Like the Union Square BID, the Castro CBD has paid the San Francisco Police Department to enhance the presence of the 10B police and to enforce the sit-lie ordinance on homeless people. However, the Castro CBD recognized recently that homeless people who have no support network would return even if the ambassadors and 10B police had moved then on, having enforced the sit-lie ordinance. The Castro CBD therefore started a new program, Castro Care, in partnership with a non-profit organization that helps homeless people to have access to housing and social services. According to a social worker from one such non-profit organization, most homeless people, especially those who have a mental illness or physical disability, do not know how to access support. It is better to connect them to social services than leave them on the street. Working with a

community organization enables social workers to provide more individualized treatment to the people who need help.

This inclusive project has just started. The interests differ: the Castro CBD does not want the homeless people to return to the area, while the social workers want to cure them or provide more radical solutions. However, such collaboration at the community-based level is much more valuable than the previous strategy, which simply aimed at moving them elsewhere on the basis of enforcing the sit-lie ordinance.

5 CONCLUSION

This paper attempted to examine how the polycentric urban governance promoted by BIDs works and how the law can provide democratic control over the governance of BIDs.

Criticizing Ostrom's theory, Harvey argued that the higher-order rule that governs polycentric governance is so unclear that it is impossible to control the community-based organization democratically.

However, in comparing the cases of New York and San Francisco, it can be seen that the higher-order rules, that is, the state's laws and local ordinances related to the BIDs, have a great effect on their styles of governance.

In New York, the city officials exercise vertical control over the BIDs based on their discretion to refuse the renewal of administrative contracts with them. However, this vertical oversight deprives the BIDs of flexibility in the evolution of their operational rules, which, according to Ostrom's theory, is one of the major advantages of community-based management. In addition, because of the impossibility of local inhabitants and citizens participating in BID discussions, there is a tendency for conflicts between them and the BID to intensify.

By contrast, San Francisco City, which relies on the openness of its meetings under the state law and local ordinance, is trying to make the BID serve the community and be inclusive of stakeholders other than property owners. As the cases of the Tenderloin and Castro CBDs show, these organizations are seeking an alternative way that benefits both local businesses and vulnerable

people. Moreover, the contents of the activities of the CBDs vary according to the communities and reflect their characteristics and historical contexts.

However, the openness of the meetings is not enough to guarantee a just city or to prevent the negative influence of narrow interests on the community-based organization. As the collaborative enforcement of the sit-lie ordinance between the Union Square BID and the San Francisco Police Department suggests, even in the most liberal city, maintaining a good image of the city for tourists prevails over respect for the human dignity of vulnerable people. Thus, the law should require more accountability from the BIDs and the city in their collaboration on safety programs and encourage them to take steps that are more inclusive.

As Lefebvre (1968) proposed, a Right to the City movement is necessary across a whole city or at the state level in order to realize a just city. Actually, the advocacy groups of the homeless in California are engaged in a campaign to legislate for the right to rest and to annul the sit-lie ordinances. If this campaign succeeds, the BIDs would have to shift their strategy from dispersing homeless people to giving them support, just as the Castro CBD has begun to.

The advantage of polycentric governance consists in the fact that each community tries to govern its own area with its own policies. This policy diversity enables more innovations than monocentric governance does, if the successful experiences are shared among communities. The law should also serve to promote communication between communities to facilitate this.

REFERENCES

BAER, S. E. (2008) "Private Governments: A Polycentric Perspective." In: MORÇOL, Goktug et al.ed, *Business Improvement Districts –Research, Theories and Controversies*, **CRC Press**, pp.51-70.

BECKER, C. (2012) "Democratic Accountability and Business Improvement Districts", *Public Performance & Management Review*, Vol.36, No.2, pp.187-202. In: BECKER, C.; SETH, G. and DOS SANTOS, B. (2011). **2010 BID census report**, International Downtown Association.

BLOMLEY, N.; DELANEY, D. and FORD, R. T. ed.(2001) **The legal geographies reader, Blackwell.**

BRIFFAULT, R. (1999) "A Government for Our Time?: Business Improvement Districts and Urban Governance" **Columbia Law Rev.** Vol.99, pp.365–477.

EISENBERG, A. (2012) "Some Unresolved Constitutional Questions", BELL, S.; ELIZABETH, B. and VENKATARAMAN, F. (ed.) **Beyond Zuccotti Park: Freedom of Assembly and the Occupation of Public Space**, New village Press.

ELLICKSON, R. (1998) "New Institutions for Old Neighborhoods" **Duke Law Journal**, Vol.48, pp.75-110.

FRUG, G.; FORD, R. and BARRON, D. (2010) **Local Government Law: Cases and Materials**, Fifth Edition, West.

HARVEY, D. **Rebel Cities: From the Right to the City to the Urban Revolution**, Verso Books, 2012.

JACOBS, J. (1961) *The Death and Life of Great American Cities*, Random House
In: KAYDEN, J. S. (2000) **Privately Owned Public Space: The New York City Experience**, John Wiley & Sons, Inc.

LEFEBVRE, H. (1968) **Le droit à la ville**, Anthropos.

LOUKAITOU-SIDERIS, Anastasia & Ehrenfeucht, In: Renia (2011) **Sidewalks: Conflict and Negotiation over Public Space**, The MIT Press.

MACDONALD, J.; STOKES, R. J.; GRUNWALD, B. and BLUTHENTHAL, R. (2013) "The Privatization of Public Safety in Urban Neighborhoods: Do Business Improvement Districts Reduce Violent Crime Among Adolescents?" **Law & Society Review**, Vol.47, Issue 3, pp.621–652.

MADDEN, D. J. (2010) "Revisiting the End of Public Space: Assembling the Public in an Urban Park" **City and Community**, Vol.9, No.2, pp.187-207.

NELSON, R. H. (2005) **Private Neighborhoods and Transformation of Local Government**, The Urban Institute Press.

NOVAK, W. J. (1996) **The People's Welfare: Law and Regulation in Nineteenth-Century America**, The University of North Carolina Press. Office of Economic and Workplace Development (2012) *Impact Analysis of San Francisco's Property & Business Improvement Districts (CBDs/BIDs)*, San Francisco City.

OSTROM, E. et al. (1973) **Community Organization and the Provision of Police services**. Beverly Hills.

OSTROM, E. (1990) **Governing the Commons**, Cambridge University Press.

OSTROM, E. (2010) "Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic System", **American Economic Review**, vol.100, no.3, pp.641-672.

OSTROM, V. (1999) "Polycentricity (Part1)" In: MCGINNIS, M. D.ed, Polycentricity and Local Public Economies, **The University of Michigan Press**, pp.52-74.

WARNER, E. M. (2011) "Club Goods and Local Government: Questions for Planners" **Journal of the American Planning Association**, Vol. 77, No. 2, pp.155-166.

WILSON, J. and KELLING, G. (1982) "Broken Windows: The police and neighborhood safety", **The Atlantic Monthly**, Volume 249, No. 3, pp. 29-38.

Zukin, S. **Naked city: the death and life of authentic urban places**. Oxford University Press, 2009.

**URBAN SPACE SEGREGATION *VERSUS* RULE OF LAW STATE:
STRUGGLE FOR SPATIAL SOCIAL INCLUSION IN URBAN CENTERS IN
LATIN AMERICA**

Lucas de Alvarenga Gontijo¹³

Maria Leonice Silva Berezowski¹⁴

ABSTRACT: This project is aimed at dissecting the mechanisms of exclusion and urban spatial segregation, going deeper into urban violence, into the technologies of subjectivity able to ghettoize populations and to subject certain populations to security devices, determining areas of circulation and no circulation. Ultimately, conclusions to be drawn from this article should all gravitate, in one way or another, around a population's capacities of production and consumption, revealing biopolitical networks of contemporary social organization. Having said that, this text needs to investigate what makes people comply or fail to comply with social or criminal norms. Last, but not least, it should also be questioned whether public policies on crime are wrong. We make use of the cultural cognitive understanding advocated by Clifford Geertz to raise such a discussion. Secondly, it was necessary to construct arguments capable of supporting the reasons why individuals are grouped together in a normative field, in other words, following rules. For this purpose, the Social Psychology of G. Mead, and the Theory of Recognition, of W. Hegel and A. Honneth, were used.

KEYWORDS: culture of violence, biopolitics, reason of State, theory of recognition, cognition, pragmatism.

1 FORMULATION OF THE PROBLEM: THE PARADOX OF BIOPOLITICAL PRACTICES.

It is from the ideas of Clifford Geertz, and more specifically from the book *Interpretation of Cultures* (GEERTZ, 2008), that the proposals in this text take their origin. They evolve continuously, to pragmatic social psychology and the

¹³ Lucas de Alvarenga Gontijo is Master and Doctor in Philosophy of Law by the Federal University of Minas Gerais - Brazil. Professor of Postgraduate (Masters and PhD) at the Law School of Universidade Católica de Minas Gerais, and professor at Faculdade Milton Campos.

¹⁴ Maria Leonice Silva Berezowski is Master in Law and attends to the PhD at the Law School of Universidade Católica de Minas Gerais, and professor at Universidade Católica do Tocantins.

theory of recognition [George Mead and Axel Honneth], then the field of biopolitics is addressed [Michel Foucault and Giorgio Agamben], then, in this immersion we can observe the mechanisms of exclusion and urban spatial segregation, urban violence, the technologies of subjectivity capable of ghettoizing populations, to submit marked¹⁵ groups to undergo treatment by security devices, determine areas of circulation and non circulation. Finally, the conclusions of this article should prove that these processes all revolve, in one way or another, around the capabilities of production and consumption of the population, revealing once more the biopolitical networks of contemporary social organization.

That said, this paper seeks to reflect on the hidden mechanisms that define the public policies of urban land occupation, the security mechanisms, the definition or the imposition of state sovereignty, that is, the use of devices that guarantee certain security to holders of material goods and trigger violence by means of armament, mass imprisonment and the maintenance of high murder rates, larger even than in the case of declared or recognised inter-state or civil wars.

For a better indication of the gravity of the statistically calculated indices, in large Brazilian cities people are killed in civil conflict and through police intervention at the following average rates: Sao Paulo - SP, 33 people per week, Rio de Janeiro - RJ, 39 people per week, Recife - PE, 27 people per week, Belo Horizonte - MG, 21 people per week. If we compare recent international wars which occurred in the twenty-first century, specifically, the invasion of Iraq, the invasion of Afghanistan, the Libyan civil war aimed at disposing of the dictator Gaddafi, we see that rates of killing in Brazil are dramatically higher, exceeding even the number of fatalities in all these wars combined.¹⁶

¹⁵The term "marking" is used by Foucault to define groups that are undergoing some selection process by oppression or repression, identified to suffer some kind of restriction. "Ghettoization" is the action to exclude or discriminate on moral precepts, after which the subjects are to remain in certain physical spaces, leaving free spaces preserved without their presence. Both expressions are born of the processes of exclusion and, often, unconscious segregation, subjective, but from the existing social practices in collusion with the police.

¹⁶ Data collected by the Instituto Sangari, through the publishing of Map of Violence in Brazil - in 2011, under the coordination of Julio Jacobo Waiselfisz, and research funded by the Ministry of Justice of the Brazilian Government (www.mapadaviolencia.org.br).

In respect of prison, the Brazilian population currently stands at 440,000 inmates, i.e. 227 per hundred thousand inhabitants of the country, a very high rate compared with countries like Portugal, with 11,017 prisoners, or 164 per one hundred thousand inhabitants of the country, Denmark with 3448, representing 63 per hundred thousand inhabitants of the country, Finland with 3,370 inmates, resulting in 64 per hundred thousand inhabitants of the country¹⁷. Other Latin American countries like Argentina have 154 prisoners per hundred thousand inhabitants. Incarceration is, in any case, high in the western world. But in countries with a drastic economic gap (between rich and poor) the proportions reveal themselves to be much more pernicious, as also seen in the expansion of the indices according to race, gender and social class, seen in the research contained in specific references in this text.

The primary aim of this text is, therefore, to think about why it is both civil violence as well as state violence that leads to killing and imprisonment in such high proportions, to ensure public safety in urban Brazil. What is the underlying reason for such high rates? One hypothesis commonly raised by contemporary political sociology is that there is a culture of violence inherent in Brazilian society. If so, what are its causes? To address such questions would require, firstly, us to speculate about the concept of culture and, as a consequence, ask why the rules of criminal law have been systematically unfulfilled as to require, counterfactually, such an extreme reaction on the part of public security policy makers, that is, by the action of the state. What makes people comply or fail to comply with social norms, or more precisely criminal laws? And, finally, if the murder and incarceration rates are so high, does this mean that public policies on crime are wrong?

Our strategy is, firstly, to investigate whether the concept of culture is defined as a mechanism that gives a sense of encouragement to the individual for the recognition of, and subjection to, the rules. To raise such a discussion, we stride along the understanding of culture as a cognitive phenomenon, as proposed by Clifford Geertz. Secondly, it would be necessary to construct arguments

¹⁷ Data collected from King's College London - School of Law, by the International Centre for Prisons Studies. World Prison Population List - eighth edition - (www.prisonstudies.org).

capable of supporting the reasons that cause individuals to fall into their respective normative fields, that is, to conform to social norms. For that we make use of the Social Psychology of G. Mead and the Theory of Recognition now much in vogue in Latin and European academic debates. Our hypothesis is that the actions of a biopolitical nature, to kill or incarcerate to meet public safety, are ways to contribute to increased crime. Therefore, we maintain that the biopolitical position exercised by states has no effect on the processes of formation and fulfillment of social and/or criminal norms, and more than being null, is harmful to the reduction of crime.

This is not to argue that police repression would inhibit illegal conduct. It appears that, by the simple sense of community and civil society or by the belief in the police officers themselves, the increased repression rather decreases the rate of violations and offenses. The question that is misunderstood, or purposely misheard, is that repression decreases crime in only a palliative and temporary sense. In the long run, conversely, repression perpetuates and aggravates the problem of crime.

Therefore, violent repression does not address the problem, it only glosses over it and intensifies long-term tension. This is because the problem of crime in an environment of drastic economic and social stratification is not a choice, but predominantly an effect of the tension between the economic poles. While there is extreme tension generated by segregation, exclusion and economic and social ghettoization, it will continue to generate people who do not recognize themselves as members of civil society and who also are effectively not recognized nor treated as such, the cycle of criminality will be reinforced, perpetually.

Here we see the proposal of the text. But how to lay it out in order to collect its results along with the reader? The strategy is as follows: First, in Part 2, the brief re-introduction of what came to be biopolitics and what lies within these fields to further define its implications: governmentality and the concept of body type. The two implications, of course, will be appreciated through the prism of public safety practices. In Section 2.1, efforts will be made to introduce urbanism and the consequent structure thereof: the training and knowledge of police officers. Section 2.2 contains previous conclusions about what the technologies of

subjectivity are like and the functioning of safety devices. Part 3, starts to look at the reconstructive possibilities, primarily discussing the culture as a cognitive phenomenon, from Clifford Geertz (3.1) and, secondly, discussion of the causalities of compliance and noncompliance of moral and penal norms, from George Mead and Axel Honneth (3.2). The fourth and final section, presents the conclusion.

2 A FORAY INTO THE BIOPOLITICAL FIELD: GOVERNMENTALITY, TOWN PLANNING AND USE OF SAFETY DEVICES

Formed between the fourteenth and sixteenth centuries in the West, was the notion of internal sovereignty and the fundamental right of the sovereign to decide life and death so that people could live successfully and productively. The population preserved and secured, would own the wealth of the kingdom, because people able to work would ensure the formation and accumulation of wealth. This power to kill to live is the genesis of the biopolitical assumptions that from there branch out into ways of increasing control over life.

In the middle of the eighteenth century, the knowledgeable state realized what Foucault called "body-type", which introduced a whole network of mechanisms and practices of power, such as the use of statistics, demographic counts, all types of regulations that intervene or control life, health and longevity from multifarious ways and disciplinary, normalizing mechanisms.

The exercise of governmentality¹⁸ was perfected over the course of the seventeenth and eighteenth centuries, the exercises of biopower, multiple procedures, interventions and disciplines. This is because, from the eighteenth century on, came the success of the political economy, the triumph of "body kind" preserved, healthily, the concept of doing what it's up to the government to do: develop the market, and produce wealth. Economic prosperity is the true balance to judge governments.

¹⁸ Governmentality is a neologism introduced by Foucault to address the practices of government founded in the reason of state. Or, again roughly, deals with economy of knowledge that informs the practices of government, to protect and ensure the smooth functioning of the market.

We can see that the main tension between rulers and the ruled is installed in terms of public safety, because the market only thrives if there is security for the circulation of wealth, and movement of trades-people, hence the need to kill in order to live securely. Political theory has in this way been justified since the fourteenth century, but the more trade increased, the more intensely the prerogative of biopolitics was seen. Killing became a requirement of subjects to their sovereign. We could synthesize these political ideals in the following terms, you have to kill to live.

With the perception of body type, in the eighteenth century and, above all, with the evolution of demographic knowledge, incarceration was a way to kill 'temporarily'. 'Temporary' killing ensures that subjects remain able to work for the production of wealth. This explains the enormous growth of the penitentiary during the era of mass industrialisation. Today, in the post-industrial era, the preservation of the body type can no longer be justified. Incarceration is a product of ethical reasons since bloodshed has been challenged - challenging the death penalty. Thus, incarceration in the post-industrial age is just a method of exclusion, segregation of those who put the market in danger.

To imprison is not so much a corrective technique as a punitive one. Arrest is an attenuated method - or politically excusable - to remove or segregate people to reduce stress on goods of production and trade. But it also kills, either by security policies which make use of extermination practices as by exposure to bare life, in Agambenian terms. In the latter case it would not be proper to term it 'kill', but 'allowed to die'.

Finally, what is needed to understand a minimum amount about the design of biopolitics for this text in particular is that the state, from the late eighteenth and early nineteenth centuries, began to exert a measure of maintenance, preservation and control of life; this came from knowledge that if they organized, and corroborated with each other to build the great edifice of governmentality, governance practices would arise from the requirement of the need for market protection. Governmentality is a combination of practices, methods and knowledge capable of providing selective enrichment, to serve capitalism. Among these practices is the duty of security, and policing techniques. The population has

become, then, the object of police care, although this "care" will be translated as "created care" as humans exercise "care" over animals¹⁹, ensuring their lives, to work and them but not to receive the riches they create.

2.1 The Police and Urbanization

Now our challenge is to understand the phenomenon of urbanization, a movement that led to major transformation of human life, increasingly from the fourteenth century, in such a strong manner that it became responsible for steering the liberal restructuring of the Western political order, three centuries on, from the late eighteenth century, forming the cultural revolution of the "citizeois" – using the neologism to accentuate the idea that remains implicit, because they are properly called bourgeois, the population of the boroughs -. This new order comes as a counterpart to the pillar of logic, aptly named feudal logic. Police, trade and urban development, it is assumed, produce concatenating effects, as this passage of Foucault's *Sécurité, Territoire, Population* clearly shows:

Police and commerce, police and urban development, and police and the development of all the activities of the market in the broad sense, constitute an essential unity in the seventeenth century and until the beginning of the eighteenth century. Apparently, the development of the market economy, the multiplication and intensification of exchanges in the sixteenth century, and the activation of monetary circulation, all introduced human existence into the abstract and purely representative world of the commodity exchange value. (Foucault, TSP, 2008, p. 455).

Foucault provides for the formation of urban spaces and assigns to their constitution the conditional support of the police. For him, the dense social life is driven by the market and is reliant on the police, so there is a close relationship between the city, its police and the market. He states directly: "In short, the police are mainly urban and mercantile, or, to put it more brutally, that they are an established market in the broad sense" (Foucault, 2008 - STP - p. 451).

¹⁹ In our examples from the classroom, the construction of a chicken coop, the owner of which raises chickens and eggs. We assume that there are external dangers, like the appearance of a fox, which should be eliminated for the security and peace of the henhouse. Once, some chickens get sick and needed to be treated, isolated or even destroyed. Once, investment was needed in the quality of feed, veterinary service, but that all benefits are calculated with a single purpose, the production of eggs. The population of the chicken coop does not live for themselves but for the owner of the henhouse [life in the Greek sense explained by Agamben: *zoe*].

Second, it should be noted that the problems that occupy the police are also the city's, i.e. the market's, problems of buying and selling and exchange. (Foucault, STP, 2008, p. 451). So that the police function is, among others, the exclusion of the poor, to allow the circulation of wealth.

When we look at the different objects thus defined as relevant to the practice, intervention, and also reflection of police, and on police, the first thing we can note is that they are all essentially what could be called urban objects. They are urban in the sense that some only exist in the town and because there is a town. These are roads, squares, buildings, the market, commerce, manufacture, the mechanical arts, and so on. Others are objects that are problems falling under police inasmuch as they are especially significant in towns. Health, for example, subsistence, the means for preventing scarcity, [the] presence of beggars, [the] circulation of vagrants – vagrants only become a problem in the countryside at the end of the eighteenth century. Let's say that all of these are therefore problems of the town. More generally they are problems of coexistence, and of dense coexistence (Foucault, STP, 2008, p. 451).

And it is by the action of the police that cities are made, as Foucault states, "the police are the condition of urbanity" (Foucault, 2008, p. 453). The police are the safety device capable of carrying out the exclusion, the territorial delimitation and the demarcation of the pockets of poverty, by which he means slums. The poor, those who pose a potential risk to the circulation of wealth within the logic of the market, are identified and segregated. There is seen, therefore, from the practices of the police, the success of the exercise of biopolitical exclusion.

The art of governing the city, the reasoning of the state applied to cities, leads to the search for a technology to allow the state forces to develop, one way or another, a myriad of safety devices such as controlling the movement of population, production of reports, registration of citizens, filing prisons and to choose forms of action within a policy budget. Policies that define how to combat crime, or militia practices, be that by research, by segregation, or by blatant intimidation²⁰.

Policing is only one of the devices of safety and growth that make up the vast universe of the responsibilities of government. But it was from the cities that

²⁰ Safety devices are all the mechanisms of various nature that comprise the network of knowledge that relate to crime. There are militia practices, such as patrols, there are investigations with a high degree of professionalism and equipment, as used to combat kidnappings, since the hostages are generally very wealthy. There is, finally, an economy of public safety, a calculating and even a permissivity, which is composed from a cost from a control of efforts and cost of employees. This subject will be dealt with again in topic 4.

the specific need for safety devices arose. The emergence of the market town, with all the effects of dense cohabitation, and the need for free movement within it, creates a need for vigilance to minimize the potential threat that the poor represent to holders of material goods, producers and consumers.

Under a broader spectrum, that of the government, there is the exchange of goods, movement of people, enrichment and consequent taxation of the populace, then in addition to, but including, the police, is the governance of the State applied to urban problems such as health - combating contagion - policing the streets and markets, concerns about supply, with building roads, stratified urban living spaces, places for the poor, places for the rich, the delimitation of the exclusion area (the slum), the ghetto. And then, as a result, the strength of trade as a condition for measuring the success of the government.

Politics is not justice, because it is not critical, it does not impose justice. It is linked to the executive. The police are a regulatory power²¹. Foucault describes as the "permanent coup":

The police consist therefore in the sovereign exercise of royal power over individuals who are subjects. In other words, police is the direct governmentality of the sovereign qua sovereign. Or again, let's say that police is the permanent coup d'État. It is the permanent coup d'État that is exercised and functions in the name of and in terms of the principles of its own rationality, without having to mould or model itself on the otherwise given rules of justice (Foucault, 2008, TSP, p. 457).

The police act in a regulatory manner. The police act, they exercise a rule. Their primary mission is to exercise protection of the process of trade and to protect the city, there is a regulation, a discipline. "The state has a burden to its civil society, and it is the management of civil society that the state should ensure". (Foucault, STP, 2008, p. 470). Foucault has the unique ability to describe the power within, in its concreteness, and in its rule. His definition of how the police act has something very real and disturbing in it. We create subjectivities but are able to conform to extremely violent mechanisms of action and the formation of very positive views and social beliefs. The police itself is a technology of subjectivity in action. Or, as Foucault states: A general strategy of power. And the

²¹ See the quote from Foucault: The police are not, at this time, thought of as a kind of instrument in the hands of the judiciary, a sort of way to apply effectively regulated justice, not an extension of justice, it is not king acting through its apparatus of justice, the king is acting directly on his subjects, but in a non-judicial way. (Foucault, 2008, STP. P.457).

question is how this practice is constituted, or "it is simply to know where it goes, how it goes, between which people it goes, between which points it passes, according to which procedures and with what effects." (FOUCAULT, STP, 2008, pp. 3 / 4).

From this shift of interpretation outlined above, it is necessary to rethink the roots of urban violence. It seems as though there are exactly the markings of space, territory and free movement to stimulate economic disparities, differences in subjective multifarious subjective plexuses, but which in one way or another gravitate to the market. There are these barriers, and even if they are concealed behind techniques of subjectivity, they constitute and feed tension. It would not be, by obvious conclusion, the non-recognition of citizenship [the radical etymological liberal word citizenship, citizen - "citoyen, citoyenneté" originally those who live in the city - "cité"] that establishes a zone of conflict that tries to resolve through an external, palliative, action which is the use of police force? In the next segment we will look at relationships of power that underlie the powers of the police so as to bring out the inefficiency of the mechanisms and safety devices usually called the solution to the problem of violence, surveillance, segregation, exclusion by means of imprisonment, the show of force by such practices as patrols, searches, so called policing in the field, finally, the use of weapons and their possible fatal actions.

2.2 Technologies of subjectivity and safety devices

But if "the power is not based on itself and does not take from itself" (Foucault, STP, 2008, p. 4) and as we see here that the police power is founded in market practices, we need to readdress the problem of urban violence from the processes of exclusion that the market causes. At the beginning of *Sécurité, Territoire, Population*, Foucault discusses how the mechanisms of power function. Nothing is worth knowing more than the police, urban planning and the market are coupled with the guts to not denounce the power relations in that structure:

Mechanisms of power are an intrinsic part of all these relations and, in a circular way, are both their effect and cause. What's more, in the different mechanisms of power intrinsic to relations of production, family relations,

and sexual relations, it is possible, of course, to find lateral coordinations, hierarchical subordinations, isomorphic correspondences, technical identities or analogies, and chain effects. This allows us to undertake a logical, coherent, and valid investigation of the set of these mechanisms of power and to identify what is specific about them at a given moment, for a given period, in a given field. (Foucault, 2008, TSP, PP. 4 / 5).

This time, with much more subtlety, and more perniciously, our society has been able to build invisible concentration camps. There are those who are left to bare life: the left for dead, the worthless. These, submitted to subtle symbolic violence, segregated by professional inadequacy, form the pockets of the invisible until they commit a crime and become therefore visible, but only in the eyes of tabloid journalism, in the eyes of the police, judicial and penal system.

Others are still the figure of the contemporary homo sacer: life that should be killed (AGAMBEN, 2010). Drug dealers killed in combat with the police. There remains only one murder. The dead boy with gun in hand is not a public enemy, he is a co-citizen. One must examine the causes of combat, the reason for violence. The violence has to be treated, not fought with weapons of lethal, irreversible power.

Every form of armed intervention is, in the long term, demonstrating a pathological social process, in which the state is, by direct assumption of the conditions of possibility, the entity with primary responsibility for not creating conditions for dialogue, integration and recognition. It is responsible, especially because of not having created the means of justice, and has served, surely, to intensify or perpetuate the conflict, as it uses police power, through the safety devices.

3 THE REVERSAL OF VIOLENCE: AN ANTHROPOLOGICAL INVESTIGATION OF COMPLIANCE WITH STANDARDS: A CULTURAL ACTIVITY

3.1 Culture and cognition

Clifford Geertz ranks two definitions for culture. The first, and least important, is that which comprises the concrete behavioral patterns - customs, usages, traditions, clusters of habits - but its emphasis is devoted to the second:

cultures are control mechanisms - plans, recipes, rules, instructions - anything that makes up the human regulation.

By the Geertzian understanding man is among the animals, the more dependent on control mechanisms to bring order to his behaviour, precisely because he brings in his genetic baggage almost any possible definition, being "par excellence" a being of learning, of building significant meanings that will guide his behavior, define what is in excess, and what is missing.

What Mead has called significant symbols hold the key to processes like human thought: Men make their own way, by overestimating, distancing themselves from simple realities and giving them value, meaning, and importance. They are, after all, their own creators, because they make up the network of meaning that is self-positioning, as a condition of human life.

The human purpose, according to Geertz, would be just "make a construction of events through which he lives, for self-guidance in on the 'current course of things experienced'". (GEERTZ, 2008, p. 33). Soon, humans no longer have a natural regulation and can, therefore, be very different because the goal of human behaviour will depend on the attribution of meanings to the issues surrounding them. That is, human behavior is deeply linked to the inter-subjectivity and understanding which make up the world and this depends on processes of perception and interpretation of the significance of the world around us. But human behavior without culture is, as Geertz says, "virtually ungovernable, a mere chaos of pointless acts and emotional outbursts, and its experience would almost not have any form. The culture, the accumulated total of such patterns is not just an ornament of human existence, the more a precondition to it - the main basis of its specificity." (GEERTZ, 2008, p. 33). The evolution of humans was not the liberation of the hands, the theoretical concept of "homo faber", but "the ever growing support on the systems of significant symbols (language, art, myth, ritual) for guidance, communication and self control, all of this created for man a new environment to which he was forced to adapt"(Geertz, 2008, p. 35).

Here, then, is the first step to understanding human behavior and from this we will be able to reach an understanding of the reasons why it complies with or violates law, or rules of behavior in general. It is important, for the moment, to

understand that human action is through a kind of inter-subjective feedback, in which each shapes the other's progress. Mankind, therefore, is self-creating, building symbolically mediated programs, as Geertz and all who see culture as a cognitive process advisor assert. The learning ability of man, his plasticity, is his main characteristic and specificity. Humans are highly dependent on learning and are influenced by the apprehension and application of specific systems of meaning.

Violence is a cultural phenomenon, it is not innate. Jean Laplanche, in his chapter *Résponsabilité et Réponse*, from the work [...], (Laplanche, [...]) talks about the production of a culture of violence. For him, violence, evil, is not something innate, natural, but something created through our cultural cognitive ability. There would not be, then, a man like the wolf man, the feral wolf, existing as an animal within us, as something natural. Humans have no nature, only culture. Laplanche:

My axis of thought is that human violence - while human and not animal - is sexual. What we call the sexual instinct of death is not biological or instinctive, contrary to what Freud thought. But it is linked to the sexual ghosts that inhabit our unconscious and which can be witnessed each day in our dreams, which are a reminder of Freud and Nietzsche. I do not see how these cruel ghosts, and the imagination of this suffering could be a creation of nature and the innate.

But Laplanche, in the continuity of his language of metonyms, goes further. He identifies that violence is a result of misunderstanding, of a lack of connection, of the impossibility of a common, unique, consciousness. The fraction of consciences is, by chance, the cause of the death drive. Consider this as Laplanche continues:

What is important in the term "unconscious" is to break it down into three, i.e., in-com-scire: What is not known combined, which is not symbolized in a coherent set. It is what is heterogeneous to a consciousness in the sense that this term implies a unity: we refer here to the part of the consciousness that Hegel calls, the "unhappy consciousness," for example. Well, this in-com-scire, this turned off state, this non-connectedness, is what continues to attack us in the element of surprise (*étrangèreté*). There is this "pure culture" of the death drive, of non-connectedness, of estrangement, to which we continue to be taken to respond as though we were taken to respond to parental adult. The big question is to ask how these non linked residues gyrate, we might say, in vinegar, as is the case in the shutdown of the significant dislocation of tortured bodies.

Within Brazilian society there is a paradox: on the one hand, the media, people are bombarded with a massive and continuous network of advertisements that drive consumption. To live in Brazil is to live subject to heavy capitalism, especially consumer capitalism. However, the purchasing power of a large part of the population, namely those restricted to living within the pockets of segregation, is minimal. Added to this the blatant disregard that we see through the technologies of subjectivity with the complicity of security devices, here the violence is a predictable effect. As Eduardo Galeano wrote in his book *Upside Down*, in a society where "Billboard, radio and television command: don't buy! And the wage of misery commands: do not buy. There is necessarily a criminal or schizophrenic society"(Galeano).

3.2 Theory of Recognition, formulation and enforcement of norms

Very well. Completing this introductory stage that man is from a cognitive culture and that violence is a cultural phenomenon, we move on to the second phase of this argumentation which aims to explain why rules are met or not. For much of this, we will use the work of another two authors. G. H. Mead and Axel Honneth, both of whom structure their theoretical works from Hegel's Theory of Recognition.

Hegel was interested, above all, in the conditions of inter-subjective of the practical auto-relation of man. Or, he engaged, in his Jena phase, with the formation of practical-moral identity of the subject. It is from here that he takes the lead from the theory sustained by Mead, who sought to justify the human moral relationship with demonstrable arguments, i.e. arguments that have empirical support. According to Honneth, Hegel failed to prove his case, constituting merely the theoretical argument - as much as a metaphysical one - in contrast to Mead's, which were made through the pretensions of social psychology.

Mead exposes the dialectic of "Me" and "I" as a mechanism for revealing the human psychic constitution in his classic *Mind, Self and Society* (Mead, 2010). All humans in their elaborations of psychic self-referential consideration, would have a split personality of what they believe themselves to be, that is, an image of

themselves through the eyes of another. That is to say an image made of past impressions that they believe they have created in others, what about if the eye of the other was a mirror so that the person could see themselves. The "Me" Finally, would be the image that he would make of himself, a self-image, but created from the belief that we are captured by the eyes of another. This would be the first dimension of our identity, captured in the past, apprehended, and formed from the idea of what we think of, and how we see, ourselves. The second dimension does not belong to the past but the present and is therefore invisible to the subject. It is, indeed, what Mead describes as "I". The "I" is, therefore, unpredictable, present and innovative. It does not submit the rules of the past because it is creative.

However, it lives within what the "Me" conforms to. The "Me" of the slave, makes him submit to slavery, the "Me" of the poor makes him conform to capitalism and submit to it, the "Me" of a macho woman, causes her to underestimate and subdue the virile power and so on. But the "I" does not submit or conform to, because it is innovative and there can be a revolutionary to its own "Me". An "I" is innovative, and redefines its own "Me", for example, in the case of a slave who decides not to submit to his master, like a woman who fails to submit unconditionally to domestic obligations. All would expect her, and even she would expect, to meet her domestic obligations, but she, revolutionizing her profile, would rise up against her original position, the effect of the action of her "I" (Mead, 2010).

Now, why is this theory of interest in the context of this article? The "Me" is infectious, i.e., the same mirroring that one has in the eyes of others, also has the "Me" as a collective phenomenon. The "Me" when modified, renewed, implies the same insight into their peers. The "I" is strong, and in redefining its own "Me" has an effect on the collective close collective "Mes" and that's where it forms a collective expansion of the rights claimed by the "Mes". George Mead even gives historical examples of re-creative "I's", as in Jesus Christ, to create universal brotherhood, and as in the Enlightenment, utterly destroying the idea of social stratification by birth, etc..

The most interesting thing is that Mead believes that this process occurs from cognitive expectations. The rules of behavior that submit people to their normative niches are formed cognitively, their own self-image is formed

cognitively, so the "Me" only obeys that which he has as normative expectations for himself, that which his identity would be, in their cognitive understanding, subject to.

The interactive moral processes of which Mead talks, we assume that the self-image is created from the construction of the "Me". This perspective starts from the partners of interaction and these are the cognitive demands that generate normative expectations. Honneth had noticed that Mead, in his social psychology, came to the conclusion that in an inter-subjective conception of human self-consciousness, "a person can only acquire a consciousness of himself as he learns to perceive his own action from the perspective, symbolically represented, by a second person." (HONNETH, 2009, p. 131).

The excluded do not create mutual recognition processes, do not recognize themselves as partners of interaction, and see no sense in meeting standards. The whole process is a cognitive process of learning and perception of the self and others and, finally, the collective. People grow according to the normative expectations of their personal environment. At an early age, one learns according to the words of one's parents and educators. But the child's progress will launch in the world so that it will incorporate the moral inter-subjective solution of conflict. To learn to respect rules is to enter into a category of practical life, it is to accept the rules and moral values of the community to which it belongs, and then be recognized as a party. Therefore, Honneth thus manifests himself:

With the expansion of social reactive behavior to the nexus of regulatory action, "Me" becomes a self-image of a cognitive self-image: from a normative perspective from their interaction partner, the other subject takes his axiological moral references, applying them in practical relationship with himself. (Honneth, 2009, p. 133).

The formation of a social identity is revealed by the gradual broadening of the "Me". That is, to understand he himself from the normative perspective of the next confrontation. So the dichotomy proposed by Mead is very suggestive to the utilization of the aporia "play/game" to explain a child's mental development. At the stage of "play" between 2 and 5 years, it reproduces by imitation and rehearsal the language games that surround it. In the phase of "game", after 6 years, the developing child requires that "it represents in itself, simultaneously, the behavioral

expectations of all his fellow players in order to realize its own role in the context of functionally organized action."(HONNETH, 2009, p. 134).

Thereafter, from the phase of "game", the aim is to acquire normative understanding of himself as being in a certain genre of people. Self-consciousness depends on the existence of a second subject, without the experience of an interaction partner that will respond, in the mode that "Mead reverses the relationship of "I" and the social world and affirms a precedence of perception of others on the development of the self" (HONNETH, 2009, p. 131). The attitude of an individual influences the attitude of other individuals. Successful social behavior exemplifies and helps to control the behavior of others. Therefore, in this stage of "game" one can provide that:

the ability to guide their own behavior by a rule obtained by the systematization of the perspectives of all partners, the socialization process generally takes place in the form of an internalization of norms of action, from the generalization of behavioral expectations of all members of society. By learning to generalize in oneself the normative expectations of an increasing number of interaction partners, to the point of the representation of the social norms of action, the subject acquires the ability to participate in the abstract interactions normatively regulated by their environment. (HONNETH, 2009, p. 135).

It should be noted that external and repressive enforcement of police power, carried out in a dimension of state sovereignty, requires an understanding of something much more intimate, captured within the human psyche, which is the individual's identity. If the police or society in general recognizes this individual as an excluded person, as they say, roughly speaking, a marginal, the police will not do other than to take their assumed marginality.

The recognition of the other as an active and reciprocal subject of a social and legal relationship is a condition of their subjection to the rules to which he, duly recognized as a member and co-responsible person, assumes. Thus, we can say, as does Honneth, that "if the subject, by the fact of learning to assume social norms of action of a 'generalized other', must reach the identity of a socially acceptable member of his community, so it makes sense to introduce to this inter-subjective relationship the concept of 'recognition' "[...]" (HONNETH, 2009, p. 136)

The acceptance of, and subjection to, the rules depends on the success of co-operation and mutual recognition. As Honneth emphasizes, "rights are, in some way, individual claims of which we can be sure that will satisfy the generalized

other. In this sense, by the granting of social rights, you can measure whether a subject can be conceived of as a fully accepted member of his community "(HONNETH, 2009, p. 137). Dignity comes from a practice of self-respect because to “ recognize, reciprocally, each other as a person of law means that both subjects include in their own action, with effective control, the community desire embodied in the inter-subjectively recognized norms of a society" (HONNETH, 2009, p. 138).

Mead presents a thesis that explains the moral development of societies. The "I" can redefine the "Me" through new and growing forms of social recognition. It is precisely the dialectical engine between the 'I' and 'Me' that gives the expansion of the 'Me', to meet the requirements of 'I'. That is, one can only fight for the rights one believes in. In this sense, the practical purpose of greater freedom of action is already connected to the counterfactual assumption of an expanded recognition of rights.

Humans move in their normative field by imposing new legal challenges because of their creative faculty. It is possible to invent the future, to reinvent lives, literally dreaming and making dreams come true, by claiming them as reality. The requirement for more rights is increasing as long as you want to rationally overcome a narrow and limited society and move toward a broader, more comprehensive one, in the sense that it has more rights.

The 'Me' is verifiable and perfect, without this there is a performative contradiction in this assumption. There is certainly a normative idealization of the future, that which is not yet, but should be. This is the way society continues to develop. The future is something achievable, provided it is believed, required, and conquered. Otherwise society would not continue to develop. In exercising the dialectic between idealization and reality, an act performed between members of a society for mutual influence, man is constantly changing direction and evolving in an upward spiral, by way of the simple fact that man has intelligence.

There is therefore a possible gradual expansion of the contents of legal recognition, the recognition of rights, being able to generate more complex, more discerning and more demanding societies. To broaden the scope of the rights guaranteed to them inter-subjectively is, in this sense, raising the level of personal

autonomy, enriching the community as a whole, through the effect of interactive social praxis.

Existing rights in a given community are transmitted to a widening circle of people, that is the expansion of the "Me" collective, and can reform the world, as predicted by Mead.

4. RETURNING TO THE INEFFICIENCY OF REPRESSIVE SYSTEMS OF SOVEREIGNTY: BIOPOLITICS AS A CLEAN SWEEP OF POLICE PRACTICES

The dominant perspective in which we see public safety is that of state sovereignty. How the high crime rates have not been extinguished, as this remains cumbersome to sovereignty, created the idea that there are people on the margins of the order of law who are outlaws, public enemies. This fits very well with what Agamben insists: that contemporary biopolitics is just a matter of exclusion to include or inclusion to exclude. (Agamben, 2010, p. 55). That is, the inclusive society wants to assert its hegemonic power to regulate, without the effective dissemination of rights. This is the paradox that inhabits the naive pretense of public safety in Brazil.

Modernity constitutes solid systems of surveillance, discipline and standards in terms of public security mechanisms to respond to violence. This knowledge of police, prisons, and justice has been engineered in order to protect the market, the circulation of wealth, and has become one of the main missions of the Modern State, the practice of governmentality. However, all this accumulated knowledge is somewhat paradoxical and relatively inefficient because it doesn't affect the driving force of violence, becoming palliative, inconclusive and even counterproductive if we observe that it turns out to stir up tension, since it uses violence and that is precisely why it encourages its own cyclic violence.

The police intelligence systems of today create sophisticated tabulation and studies about the incidence of crime. There is control over where, how and how often the crime occurs. For example, if you ask the intelligence of the Metropolitan Police of the city of Belo Horizonte how many armed robberies occurred in Tupinambás Street between January and March 2011, it would be answered. The

police create multicolored maps, graphs, charts, statistics, determining areas of conflict, typicality and severity of crime, etc.. Well, how can we know if there is much indolence and neglect to address the reasons for the crime?

There are proposed here, in a minimum number of words, three goals to be implemented by the government previously to policing and crime prevention measures and cooling medium for social violence.

The first would be a bolder program of income redistribution. This was, in some way, experienced in Brazil over the past eight years and produced an incalculable positive effect. But redistribution performed so far has been very small and still the country is stigmatized by the criminalization of the poor, and we continue to build the whole time the technologies of subjectivity of segregation, exclusion, ghettoization arising from both civil society and the state itself. Considering that the Brazilian prison system is basically composed of poor, illiterate and semi-illiterate and racial minorities²². A visceral and well structured program of wealth distribution, land reform, education reform is needed. That is, if you want to end the violence, far reaching and serious will be social policy reforms²³.

Secondly, it is necessary to review the use which has been made of public media from public discussion on the ethics of information. The constructive use of public communication is capable of carrying out a national campaign against the culture of violence.

The media gives life to the myth of the werewolf, because as its vocation is commercial, the sensationalism of human terata is one of the most valuable baits for the consumer news population. By the effect of their own media hype, it can be said that the media is one of the most influential creators of the culture of violence.

²² According to a search through the Government's own Brazilian Department of Corrections - the IDPEB, of 496,000 prisoners in the country, 25,000 are illiterate, 55,000 are functionally illiterate and 250,000 did not finish elementary school. Of these 496,000, only 1,800 have completed some higher education.

²³ Income distribution is not a measure of Communist orthodoxy that takes what would be right to someone. To distribute income enriches us all. Recently it was proven the strength of the Brazilian economy before the last world economic crisis (collapse of the North American economy, 2010). The Brazilian economy was seen to fulfil the prediction of President Lula "the global crisis will arrive here only as a ripple." This was a single explanation: the distribution of income in Brazil filtered through to all sectors, our economy has become consolidated and is no longer so dependent on foreign economics.

If we return to Geertz and his conception of culture as a cognitive phenomenon, we see that it is possible to shape the human set of rules from an overvaluation of selected practices. The world is a cognitive creation where one overestimates or underestimates the rules of behavior, it is a social teaching process based on the recognition of each other, and in respect of renunciation of violence is perfectly achievable if the political will exists to do so.

Yes, the culture of violence is ingrained in contemporary Brazilian society. As is recorded historically, it was part of pre European indigenous culture, it was a characteristic factor of African culture, and also an accentuated factor in Iberian culture. The process of land occupation in Brazil is revealed as one of the most unscrupulous and bloody in the history of humanity: genocide, slavery, indiscriminate killing of innocents. But today you can make a choice, either we can allow a new wave of violence in the North American culture of gun worship to hit Brazil, or opt for a social learning process of reworking social peace.

The media can and should provoke thought on violence. It can develop educational programs and public debates about the causes and consequences of the bloodshed. However, to date, under its capitalist bias, it merely makes for sensational publicity, because violence sells. It is noticeable that the owners of the media in Brazil are, in general, open to abuse sensationalism, heighten the sense of insecurity, judge the criminals without regard to constitutional principles of adversarial proceedings, legal defense, and the presumption of innocence. The media depends on an ethical overhaul of its action. It is not right to create new laws. There is no legislation regulating the media a priori. Because the law is the starting point and there are many injustices in cases condemning newspapers and offending without criteria. The field of combat of the culture of violence in Brazil is the discussion of media ethics and morals.

The third goal and, that which this text aims to effectively contribute towards in the sense of permeating its complexity, would be the reformulation of public security policies.

If we believe, from Honneth, that the process of socialization takes place through an internalization of norms of actions, from the generalization of behavioral expectations of the members of a society, we should aim for a program

of socialization and inclusion and not a punitive, ostentatious system. In punishment, there is little point.

The ability to guide our own moral and legal behavior is through the ability to capture, or rather to absorb, the rules extracted from the systematic perspective of the community as a whole. Now, able to learn to generalize their own behavior in the normative expectations of the wider social environment, the subject is able to participate in normatively regulated interactions within their community. But this is only possible if there is mutual recognition and it is important to say here that this should be the goal of the programs of social defense departments of the state and the federal government: to promote mutual recognition of political, social and economic development, combating segregation, exclusion and ghettoization in all its forms.

If acceptance of, and subjection to, the rules depends on the success of cooperation and mutual recognition, it will be a truly democratic society, holder of rights. This is because rights, in a profound sense, are not the rules positivized by the state but the acceptance of individual claims that have general, community, effect. In this sense, by the social acceptance of these rights, you can measure whether a subject can be conceived as a fully accepted member of his community and therefore responsible for it. The offender is, first of all, someone who does not feel integrated into the society they live in and therefore they disrespect it.

Therefore, dignity is the main motivation for someone to submit to social and legal norms. In a society where people feel unworthy there is no pact for compliance, because the normativity comes from the practice of self respect. Therefore, the conclusion of Honneth, from which he derives Mead's social psychology, is precisely that to recognize each other as a person of law means that both subjects include in their own action, in effect control, and society will be incorporated into the inter-subjectively recognized norms of a society.

As we wrote at the beginning of the text, the prime reason for this research is inclined to wonder why killing and imprisonment in such high proportions are prevalent to ensure urban public safety in Brazil. If the murder and incarceration rates are so high, it means that public policies on crime, and the way in which they are to be taken, need to be reinvented.

REFERENCES

AGAMBEN, G. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

GALLEANO, E. **De pernas pro ar**: escola do mundo ao avesso. Tradução de Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 2001.

GEERTZ, C. **Interpretação das Culturas**. Título original: The interpretation of cultures, 1ª. Ed., 13 reimpressão, Rio de Janeiro: LTC, 2008.

FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, M. **História da sexualidade I**: A vontade de saber. Tradução Maria Thereza Albuquerque e Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2005.

FOUCAULT, M. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**: curso no Collège de France (1978-1979). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, M. **Arqueologia das ciências humanas e história dos sistemas de pensamento**. Organização e seleção de textos Manoel Barros da Motta. Tradução Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. (Ditos e escritos; II).

LAPLANCHE, J. Responsabilité et réponse. In _____. **Entre séduction et inspiration**: l'homme. Paris: PUF / Quadrige, 1999, pp. 143-172

MEAD, G. H. **Mind, Self, and Society**: from the standpoint of a social behaviorist. The University of Chicago Press, 1934, Paperback edition 1967.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

**GT – SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E
RELAÇÕES PRIVADAS**

CANOAS, 2015

A REGULAÇÃO PRIVADA COMO INSTRUMENTO DO DIREITO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Cristian Ricardo Wittmann

Roger de Moraes de Castro

RESUMO: Este ensaio científico busca demonstrar a emergência da regulação privada de temas de direitos humanos a partir da qualificação da observação jurídica e da compreensão da policontextualidade associada ao Direito. Os pressupostos metodológicos dizem respeito a matriz epistemológica pragmático-sistêmica e o método construtivista de Niklas Luhmann e sua Teoria dos Sistemas Sociais. Inicialmente são analisadas as características da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado e da histórica logicidade de sua separação. Em um segundo momento demonstra-se os pressupostos da sociedade contemporânea enquanto complexa e contingente associada a característica policontextual conforme demonstra Gunther Teubner. Partindo-se da análise de Alain Supiot acerca da diferença entre regulação e regulamentação sustenta-se que os instrumentos teoricamente privados tais como códigos corporativos e programas de cumprimento podem ser concebidos como instrumentos de interesse social e qualificando a observação jurídica para uma superação da dicotomia antes apresentada. Embora a pesquisa doutoral esteja em andamento, acredita-se que as compreensões sobre regulação policontextual, transconstitucionalismo e sociedade global são fortalecidas com a participação de organizações privadas na efetivação de garantias fundamentais. Justifica-se pela relevante análise da complexidade social contemporânea na superação de pressupostos jurídicos da modernidade.

PALAVRAS-CHAVE: regulação privada; códigos de conduta; programas de cumprimento; policontextualidade jurídica.

1 INTRODUÇÃO

O resultado parcial da pesquisa, o qual se busca demonstrar neste ensaio, parte de uma epistemologia diferenciada baseada na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e aportes do jurista Gunther Teubner, a emergência de um constitucionalismo policontextual. Esta característica do Direito e da sociedade contemporânea pode ser observada como uma vantagem ao considerar a

possibilidade de diferentes centros regulatórios, inclusive os privados. O problema de pesquisa volta-se ao seguinte questionamento: *em que medida é efetiva a regulação privada de garantias fundamentais no Direito contemporâneo no contexto da policontextualidade?*

Inicialmente, enquanto apresentação metodológica, indica-se o uso da matriz epistemológica pragmático-sistêmica¹ e o método construtivista² com fundamentos na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Entende-se que ambos proporcionam um ponto de vista qualificado para observar não somente o tema proposto mas o Direito e a sociedade.

Enquanto estrutura propõe-se três capítulos. O primeiro trata de qualificar a observação da sociedade e o sistema jurídico a partir da epistemologia adotada de forma compreender a sociedade como global e não mais vinculada exclusivamente aos Estados-nação. O segundo capítulo observa a emergência deste Direito policontextual e a possibilidade de novos sistemas de regulação. No último capítulo são conceituados os instrumentos de regulação privada, os códigos de conduta e os programas de cumprimento e exemplos que demonstram a regulação privada policontextual.

2 UMA DIFERENTE FORMA DE OBSERVAR A SOCIEDADE E O DIREITO

Conforme a teoria de base eleita neste projeto tem-se que a sociedade é, na realidade, um sistema autopoietico e portanto, que se reproduz, ou melhor, se autorreproduz, onde nela somente participam comunicações. A concepção luhmanniana de Teoria dos Sistemas Sociais, e portanto de sociedade, possui contornos hoje que remetem a uma concepção biológica de autopoiese, teoria esta desenvolvida pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco

¹ ROCHA, L. S.. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1998, p. 96.

² Conforme o sociólogo alemão: "observada desde la posición constructivista, la función de la metodología no consiste únicamente en asegurar una descripción correcta (no errónea) de la realidad. Más bien se trata de formas refinadas de producción y tratamiento de la información internas al sistema. Esto quiere decir: los métodos permiten a la investigación científica sorprenderse a sí misma. Para eso se vuelve imprescindible interrumpir el coninuo inmediato de realidad y conocimiento del cual proviene la sociedad". LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007, p. 22.

Varela, já em 1960, explicavam o surgimento e manutenção da vida a partir desta teoria de autorreprodução³. Mais tarde a mesma teoria foi transposta ao conhecimento⁴ e, de forma inédita, replicada na análise sociológica por Luhmann.

Trata-se de uma teoria sistêmica de cunho autopoietico aplicada aos sistemas sociais. Contudo, na observação de Luhmann, existe uma autonomia entre o sistema biológico e social, cada um possuindo sua autopoiese específica e particular.⁵ Significa dizer, que enquanto o sistema biológico possui a vida como unidade básica de análise, constituindo também sua base reprodutiva, a sociedade, na condição de sistema social, pode ser descrita como um sistema noético, ou seja, um sistema cujo princípio ordenador é o sentido. Significa dizer que no sistema social as unidades do sistema não são os sistemas humanos ou cognitivos, mas sim as comunicações, isto é, tendo como unidade básica de análise os atos comunicativos.⁶

Neste sentido a sociedade passa a ser observada como um sistema autopoietico, um sistema auto-referencial⁷, em que seus elementos são

³ “[...] o ser vivo não é um conjunto de moléculas, mas uma dinâmica molecular, um processo que acontece como unidade separada e singular como resultado do operar, e no operar, das diferentes classes de moléculas que a compõem, em um interjogo de interações e relações de proximidade que o especificam e realizam como uma rede fechada de câmbios e sínteses moleculares que produzem as mesmas classes de moléculas que a constituem, configurando uma dinâmica que ao mesmo tempo especifica em cada instante seus limites e extensão. É a esta rede de produções de componentes, que resulta fechada sobre si mesma, porque os componentes que produz a constituem ao gerar as próprias dinâmicas de produções que a produziu e ao determinar sua extensão como um ente circunscrito, através do qual existe um contínuo fluxo de elementos que se fazem e deixam de ser componentes segundo participam ou deixam de participar nessa rede [...]”. Maturana, Humberto R.; Varela, Francisco J. **De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 12.

⁴ Vale citar um dos fundamentos da teoria cognitiva autopoietica que leva a conclusão de que o que se observa depende do observador: “[...] tudo o que é dito é dito por alguém.” Maturana, Humberto R.; Varela, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 32.

⁵ Cabe mencionar aqui que, ao contrário de Luhmann, que defende a posição de que os sistemas sociais não são sistemas vivos, Fritjof Capra considerando a organização humana, defende que os sistemas sociais podem ser vivos em diversos graus: “Quanto a mim, prefiro conceber a autopoiese como uma das características específicas da vida. Entretanto, ao discutir as organizações humanas, vou defender também a tese de que os sistemas sociais podem ser “vivos” em diversos graus”. Capra, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Cultrix, 2002, p. 94.

⁶ Teubner, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 63-64.

⁷ Teubner, Gunther. **O Direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 32 e seguintes.

produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema, graças a uma sequência interna de interação circular e fechada⁸. Nestas interações, como já é de se concluir, Luhmann identifica a comunicação como o elemento central das redes sociais, utilizado como modo particular de reprodução pelos sistemas sociais autopoieticos. As comunicações são produzidas e reproduzidas, formando uma rede de comunicação que constituem os elementos do sistema e que não podem existir externamente – motivo esse que, resumidamente, justifica que esta concepção não compreende as pessoas como membros da sociedade, e sim exclusivamente a comunicação. Motivo esse que corrobora na superação dos limites físicos e geográficos atrelados a concepção de diferentes sociedades com base nos diferentes Estados.

De maneira simples são cinco as principais características de tal concepção: 1) *a essência do sistema é reduzir a complexidade a partir da sua distinção do ambiente a partir de um código binário que identifica aquilo que está dentro ou fora do sistema;* 2) *o sistema não é um organismo, mas a diferença entre o sistema e o ambiente a partir de suas operações e a partir delas são produzidos componentes e a estrutura do sistema - sempre a partir do mecanismo de autorreferência que mantém a circularidade e a autopreservação do sistema;* 3) *devido ao limite do sistema não existe troca direta entre ele e o ambiente, restando como conceitos de relações a observação externa, ressonância, acoplamento operacional e acoplamento estrutural;* 4) *cada sistema se diferencia em subsistemas a partir de suas funções;* 5) *sistemas funcionalmente diferenciados operam individualmente, sem ver as operações do sistema social (ambiente), sendo que o sistema social percebe as operações de cada sistema como restritos as suas funções*⁹.

Sobre a não mais utilização de características territoriais-geográficas para a definição de sociedade pode-se identificar uma razão. Por se tratar de uma

⁸ Convém mencionar que ao falar em interação circular e fechada, está se falando no processo de clausura operacional, uma operação interna do sistema essencial para assegurar a identidade do sistema e logo, possibilitar sua abertura. Também ao se referir à interação circular estamos nos referendo não a um círculo vicioso, mas a um círculo virtuoso, onde ocorre sempre uma perspectivação em espiral.

⁹ Cf. KAWAMURA, Satoko. **The formation of Global Economic Law:** under aspects of the autopoietic system. Japão, Shiga: Ryokoku University: 2012, pp. 2-3.

sociedade que se caracteriza na comunicação, não existem barreiras comunicacionais visíveis. As barreiras geográficas são substituídas por limites, pela diferença ente sistema e ambiente que não operam como barreiras clara - a exemplo do sistema jurídico que opera pelo binômio "legal/ilegal" daquela comunicação social. Especialmente hoje, a partir do invento da imprensa e mais ainda da *internet* houve não somente um aumento mas uma densificação da rede de comunicação da sociedade de modo a não existir mais uma relação dependente ou não do incremento ou da diminuição demográfica já que existe um desenvolvimento suficiente para a manutenção da capacidade de autorreprodução do sistema social¹⁰.

Com tais pressupostos o sociólogo alemão optou por denominar como sociedade mundial. Pela comunicação alcançar todo o globo terrestre somente pode haver uma só sociedade de maneira a não mais existir divisões territoriais como normalmente estamos habituados a visualizar e perceber - muito da influência da concepção de Estado. Ao mesmo tempo Luhmann entende que a expressão sociedade do mundo tende a expor a construção, por parte de cada sociedade, de um mundo próprio no qual se desenvolve o paradoxo do observador do mundo:

Por una parte significa que sobre el globo terrestre - y en todo el mundo alcanzable comunicativamente - sólo puede existir una sociedad; éste es el aspecto estructural y operativo del concepto. Al mismo tiempo, sin embargo, la expresión sociedad del mundo debe indicar que cada sociedad (y si observamos en retrospectiva también las sociedades de la tradición) construye un mundo y así disuelve la paradoja del observador del mundo; la semántica correspondiente que entra entonces a consideración debe ser plausible y debe estar adaptada a las estructuras del sistema sociedad¹¹.

¹⁰ O sociólogo alemão ensina que "En lo que concuerdan todos los sistemas funcionales y en lo que no se distinguen es en el hecho de su operar comunicativo. Considerada en abstracto, la comunicación [...] es la diferencia que el sistema no hace ninguna diferencia. Como sistema de comunicación, la sociedad se distingue de su entorno, pero éste es un límite externo y no interno. Para todos los sistemas parciales de la sociedad los límites de la comunicación (la diferencia de la no-comunicación) son los límites externos de la sociedad. En esto y sólo en esto coinciden. Toda diferenciación interna debe y puede relacionarse con este límite externo ya que ella crea para cada uno de los sistemas parciales distintos códigos y programas. En la medida en que comunican todos los sistemas parciales participan de la sociedad; en la medida en que comunican de todo distinto, se distinguen entre sí." LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Cidade do México: Herder, 2007, p. 113.

¹¹ LUMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Cidade do México: Herder, 2007, p. 113.

Merece crítica da mesma forma aqueles que promovem discussões exclusivamente em torno de "sistema internacional" ou de "relações internacionais" por não conseguirem se desvincular do pressuposto do Estado-nação. Os sistemas são diferenciados funcionalmente e, portanto, baseados em um código binário comunicacional e não distinguidos por geografia de determinado ente estatal como se fosse possível pensar em uma sociedade dividida em subsociedades. A manutenção da percepção da divisão territorial, por exemplo, traz também a ilusão do controle dos riscos como será abordado no decorrer do trabalho: *a sociedade, enquanto complexa e contingente, é fruto de decisões e portanto sempre sujeita aos riscos dos mais diversos e que, como todos, ignoram as pretensas barreiras territoriais e geográficas.* Dessa forma "[...] *society is not a communicative and normative unity which can be fully represented by one sovereign or parliamentary body*"¹². Constata-se que a sociedade do mundo nada mais é que o sobrevir do mundo na comunicação. Embora tais argumentos sejam postos com a denominação de sociedade mundial, advoga-se aqui pela por outra nomenclatura: global.

Denomina-se aqui como global a partir dos pressupostos de Gunther Teubner que, ao conceituar a ideia de ordem global busca superar a própria linguagem 'internacional' pelas suas relações entre o nacional e internacional e suas definições geográficas ainda alicerçadas no Estado-nação. Desta maneira justifica-se a eleição pelo global em detrimento das outras possibilidades, que, embora contingente esta decisão demonstra-se adequada nas palavras do jurista alemão quando se refere a uma ordem jurídica global:

o direito global (não: 'inter-nacional!'), nesse sentido, é um ordenamento jurídico *sui generis* que não pode ser avaliado segundo os critérios de aferição de sistemas jurídicos nacionais. [...] esse ordenamento jurídico, já amplamente configurado nos dias atuais, distingue-se do direito tradicional dos Estados-nações por determinadas características, que podem ser explicadas por processos de diferenciação no bojo da própria sociedade mundial. Porque, por um lado, se o direito global possui pouco respaldo político e institucional no plano mundial, por outro lado, ele está

¹² SAND, Inger-Johanne. Polycontextuality as an alternative to Constitutionalism. In: JOERGES, C; SAND, I.; TEUBNER, G. **Transnational Governance and Constitutionalism**. Portland: Hart Publishing, 2004, p. 43.

estritamente acoplado a processos sociais e econômicos dos quais recebe os seus impulsos mais essenciais.¹³

A sociedade atual é formada por relações entre Estados, entendida como uma coletividade de sociedades diferentes no Direito, política, economia dentre outras características. Lembra-se que esta coletividade não possui uma organização central e dessa maneira permite, desde já, a pulverização de decisões em meio a diferentes organizações *internacionais* sem olvidar a relevância que assumem outras organizações privadas por exemplo.

3 A POLICONTEXTURALIDADE JURÍDICA ILUMINANDO OS CENTOS DE DECISÃO

Enquanto modo de operação tradicional do Direito, o mesmo é orientado a partir da *programação condicional*, ou seja, produção do passado quando a construção do sentido jurídico já está orientado anteriormente. Existe a possibilidade, hoje crescente, de orientação a partir da *programação finalística* com a consideração do futuro na reflexão da decisão em busca da produção da diferença¹⁴. Fundado na repetição do tempo e todos seus elementos comunicacionais, hoje o Direito se mostra preocupado com o futuro, ou seja, na limitação das consequências relevantes de uma decisão:

como las consecuencias futuras de las decisiones son interdependientes en alto grado, tanto más cuanto que las consecuencias hipotéticas de las alternativas se han de incluir en la decisión jurídica, la orientación a las consecuencias nos lleva forzosamente a desdibujar las diferenciaciones actuales, sea en el aspecto profesional, sea en el organizativo.¹⁵

Conceitualmente o Direito se classifica em um sistema autopoietico funcionalmente diferenciado e, portanto, carrega consigo as características já apresentadas quando do sistema social global. Seu código binário específico que permite a diferenciação do ambiente é o "legal/ilegal" e, portanto, o Direito é o único sistema que pode operar esta diferenciação. Embora o Direito possua a

¹³ TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Revista Impulso**. Piracicaba, 14(33): 9-31, 2003, p. 11.

¹⁴ FLORES, Luis Gustavo Gomes. Teoria das três matrizes de Leon Severo Rocha - um ponto de partida para novas reflexões. In: BARRETO, Vicente de P.; DUARTE, Francisco C. **Direito da sociedade policontextural**. Curitiba: Appris, 2013, pp. 49-73, p. 67.

¹⁵ LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 9.

exclusividade de operar a partir nos limites de suas comunicações, vale mencionar a sua capacidade de ressonância. A programação do sistema jurídico está calcado em normas no sentido amplo, comunicações jurídicas que se revestem desde orientações, leis a decisões judiciais - ou seja, toda comunicação que opera na diferenciação do código binário apontado. Toda essa comunicação deste sistema parcial busca a realização da função precípua do Direito, função esta que atrai interesse particular na universalidade da comunicação social: a possibilidade de estabilização das expectativas¹⁶.

Quando determina comunicação passa a operar a partir da disputa entre legal e ilegal a mesma está inserida dentro da concepção jurídica de sistema, e pelo tanto, há uma transformação de tal evento em um evento jurídico - seja um evento inicialmente econômico, social, religioso e científico como bem podem envolver as nanotecnologias. Justamente a eficácia social do Direito, enquanto sistema, depende da sua capacidade de refletir internamente com base em sua própria complexidade seletiva:

a eficácia social do direito depende, entre outros fatores, da sua capacidade de reproduzir determinadas interações sociais, interna e seletivamente, como acontecimentos jurídicos, quando lhe são colocadas à disposição do seu ambiente, como condições marginais, ou da capacidade de se imunizar contra elas.¹⁷

A compreensão da dogmática jurídica tem levado em conta, como categoria dominante, a ideia de validade da norma jurídica - com forte apelo na teoria normativista de Hans Kelsen¹⁸. Nos tempos recentes de hipercomplexidade a validade é colocada em segundo plano em privilégio da efetividade do Direito¹⁹. Exemplos são os mais diversos da importância da efetividade. Organizações

¹⁶ "El derecho es un sistema funcionalmente diferenciado de la sociedad moderna [...], cuya función es mantener estables las expectativas [...] aun en caso de que resulten vanas. Dichas expectativas son normas que permanecen estables independientemente de su eventual violación." DERECHO. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosário sobre la teoría Social de Niklas Luhmann**. México: ITESO/Editorial Anthropos, 1996, p. 54.

¹⁷ TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 31

¹⁸ Ver KELSEN, HANS. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

¹⁹ Lembra Leonel Severo Rocha: "Como se podem pensar possibilidades de racionalidade de um outro tipo para o Direito? Uma primeira alternativa que surge, e é interessante, é a ideia de *efetividade*. Se a validade de um sistema normativo é dada por uma hierarquia, agora, a validade é trocada ou colocada em segundo plano. Então, o mais importante para o sistema do Direito - não mais normativo - passa a ser a *efetividade*" ROCHA, L. S.. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ____, Leonel S.; KING, Michael; SCHWARTZ, G.. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32.

privadas, transnacionais já que operam globalmente por meio da internet - por exemplo o site de aluguel de imóveis "Airbnb", adotam procedimentos normativos internos que permitem identificar que, independentemente da validade de tais contratos com as ordens nacionais, buscam a efetividade da garantia do negócio para todos os participantes. Exemplos de organizações que não operam exclusivamente pela *internet* também existem, como a marca têxtil global "GAP" que identifica por meio de códigos de conduta e um programa de cumprimento que, ao ser constantemente aprimorado, busca implementar decisões privadas de forma a garantir direitos fundamentais como os relacionados com a erradicação do trabalho infantil, desenvolvimento local/regional onde suas fábricas estão inseridas dentre outras políticas²⁰. Hoje, em decorrência de acordos e o maior controle sobre as práticas de lavagem de dinheiro, é possível observar a implementação de programas similares em todas as instituições financeiras. Exemplos como esses demonstram a pulverização de comunicações jurídicas, não sendo mais possível conceber que o efetivo exercício da função do Direito esteja exclusivamente centrado na ideia de Estado e muito menos em concepções territoriais-geográficas.

Superando a organização social entre territórios, entende-se que a sociedade é policontextural. Essa policontexturalidade, como definida por Teubner e demonstrada anteriormente, apoia-se na diferenciação entre centro e periferia de Niklas Luhmann²¹ onde o que definiria esta posição é unicamente o ponto de observação, ou seja, o local de onde parte a decisão. Lembra Flores que "o 'Direito da sociedade' não pode ser reduzido à figura do juiz ou da Constituição", sendo necessário "[...] considerar tudo isso em uma perspectiva sistêmico-complexa, onde emerge a importância de repensarmos os contornos da noção de

²⁰ Este tema será abordado no decorrer deste ensaio.

²¹ Ver LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. **Teoría de la sociedad**. Guarealajara: Universidad de Guadalajara: 1993.

'Organização"²². Por sua vez, a organização baseia sua autorreprodução com base na decisão²³.

Mantendo sua concepção autopoietica, lembra-se que enquanto sistema parcial o Direito assegura sua autonomia e sua incerteza. Seu futuro somente pode ser desenvolvido a partir dos limites do sistema, e não externamente. Buscar a certeza em uma sociedade e um Direito contingente é ignorar, ou manter-se ingênuo e alheio, os avanços da comunicação e a própria característica autopoietica. Manter-se associado à noção tradicional de povo, território e governo, ou seja, à noção tradicional de Estado é não perceber a natureza de alta complexidade da sociedade atual. Os desafios são inúmeros, mas o imaginário base de que o Estado mantém o monopólio da regulação jurídica não mais se coaduna com a era de incerteza e insegurança na qual se encontra a sociedade e o Direito.

Ainda, a relação de causalidade normalmente identificada pelo Direito quando da sua decisão não se coaduna com a gestão reflexiva e policontextual dos riscos. Torna-se primordial [...] afastar-se da causalidade e aproximar-se da circularidade construtivista [...] de forma a viabilizar "uma explicação reflexiva da decisão jurídica, ou seja, uma teoria não normativista da decisão jurídica"²⁴. Reflexividade também corrobora com a indução de condutas por parte dos demais sistemas e organizações. O direcionamento com base no Direito é possível seja a partir de uma comunicação normativa geral ou por atos jurídicos específicos e a consequente perturbação sistêmica orientada. Embora lembre-se que cada sistema/organização orienta sua comunicação a partir da recursividade circular fechada de seus atos, e que é impossível a orientação externa desse funcionamento, o Direito pode irritar os demais sistemas provocando uma compatibilização de comportamentos:

²² FLORES, Luis Gustavo Gomes. Teoria das três matrizes de Leonel Severo Rocha - um ponto de partida para novas reflexões. In: BARRETO, Vicente de P.; DUARTE, Francisco C. **Direito da sociedade policontextual**. Curitiba: Appris, 2013, pp. 49-73, p. 63.

²³ Cf. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, Herder, 2010.

²⁴ SILVA, Artur Stamford de. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. In: SCHWARTZ, G. (Org.). **Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 37-8.

Quando sistemas recursivos e auto-organizados pode realizar valores próprios, em razão de perturbações externas, então o direito pode tentar, por produção normativa geral ou por atos jurídicos especiais, produzir perturbações de forma orientada e, apesar de todo o caos individual, irritar os sistemas recursivos de maneira que eles consigam mudar de um estado atrator a outro, com o qual o objetivo legal seja, pelo menos, compatível.²⁵

Essa compatibilização recíproca de comportamentos proporciona também um maior sincronismo no paralelismo temporal. Veja que cada sistema possui sua complexidade interna completamente diferenciada do seu ambiente e demais sistemas, característica conhecida como *paralelismo temporal* - uma defasagem temporal. Segundo Flores a "defasagem na concepção temporal do Direito gera a impressão de existirem duas concepções temporais distintas e desconectadas: um Tempo da sociedade, altamente dinâmico e, paralelamente, um Tempo específico do Direito, extremamente conservador, fruto de uma racionalidade moderna que acentua demasiadamente o passado"²⁶.

A situação regulatória será mais efetiva quanto mais maleável for a comunicação, permitindo que organizações e sistemas ajustem mutuamente seus comportamentos de forma a produzir uma organização das expectativas de forma recíproca efetiva e duradoura. Trata-se de sincronizar, e não impor, comunicar e não mais ordenar, regular e não mais regulamentar lembra Alain Suipot²⁷. Regular passa por reconhecer a autonomia da complexidade jurídica frente ao seu ambiente - seja a sociedade seja os demais sistemas parciais de comunicação. Reconhecer também que o Direito global, não mais *internacional*, somente vai possuir efetividade quanto mais se tornar reflexivo e compatível temporalmente com os demais sistemas e organizações sociais - sejam privadas ou públicas. A policontextualidade torna-se fundamental, já que as organizações empresariais não mais operam nacionalmente e sim "[...] procuram novas formas de organização de trabalho" e tampouco "se contentam com a subordinação, já não

²⁵ TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 38.

²⁶ FLORES, Luis Gustavo Gomes. Teoria das três matrizes de Leonel Severo Rocha - um ponto de partida para novas reflexões. In: BARRETO, Vicente de P.; DUARTE, Francisco C. **Direito da sociedade policontextual**. Curitiba: Appris, 2013, pp. 49-73, p. 65.

²⁷ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 146.

querem trabalhadores somente obedientes²⁸ da mesma forma que os consumidores como um todo não esperam mais que seus produtos e suas experiências tenham de ficar restritas a determinado território.

A emergência de normas globais, autoproduzidas por organizações privadas são um novo exemplo da contratualização do Direito a partir de centros e periferias. Historicamente as atividades de atores privados têm sido reguladas pelos contextos jurídicos de cada Estado, todavia, cada vez mais os entes públicos possuem dificuldade de dar efetividade a regulação quando se trata de atividades transnacionais de empresas que atuam globalmente. Por tal motivo é que se torna cada vez mais importante buscar alternativas a partir da insuficiência do modelo atual de imposição de comportamento:

Global laws are regarded as self-regulations which are made by private actors. Essentially, the activities of private actors have been regulated by laws of each state. But, in certain fields, states or interstate organizations have some difficulty in regulating transnational activities caused by or involving private actors which are becoming more and more important in the global society. In such fields as economics, activities are essentially transnational²⁹.

Não se trata de uma compreensão liberal, ou *neoliberal*, de Estado e Direito, mas o reconhecimento do paralelismo temporal entre a sociedade e o sistema jurídico quando arraigado a uma observação de mínima complexidade. A emergência de tais normas não pode ser barrada no contexto atual, mas pode ser induzida de forma a dar coerência e integridade ao sistema jurídico entre sua periferia e centro e vice-versa já que se trata do ponto de observação. Miguel Reale já alertava que "[...] nenhuma estrutura social é uma unidade maciça e mononuclear, mas sim uma *unitas ordinis* ou 'unidade de sentido', ou seja, uma composição de múltiplos fatores que se correlacionam em função de um ou mais motivos"³⁰. Fundamental desta forma o reconhecimento de novos instrumentos de regulação, como são os códigos de conduta e seus programas de cumprimento, instrumentos privados de cunho voluntário oriundos do fenômeno da autorregulação.

²⁸ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 154.

²⁹ KAWAMURA, Satoko. **The formation of Global Economic Law**: under aspects of the autopoietic system. Japão, Shiga: Ryokoku University: 2012, p. 9.

³⁰ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do Direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 87.

4 POSSIBILIDADES DE REGULAÇÃO NÃO-ESTATAL

Historicamente os textos constitucionais possuem basicamente dois objetivos: *limitar o poder do soberano e constituir uma ordem jurídica própria*. Esta tem sido a fonte originária de todo ordenamento jurídico de algum país e serve de legitimação para todo o Direito objetivo de cada nação. Já observou Miguel Reale que as fontes e modelos jurídicos não se esgotam no Estado embora dele emana uma centralidade no dizer o Direito. Cogitar a existência de instrumentos privados não é algo recente na doutrina jurídica. Miguel Reale, já a algum tempo, identificava nos contratos uma das fontes e modelos do Direito³¹. Mesmo não prevendo a dimensão da utilização específica dos instrumentos ora analisados, o jurista brasileiro já indicava o contrato enquanto fonte negocial, fonte essa hoje muito usual na estabilização das expectativas sociais - funcionando em determinados contextos como efetivos instrumentos de garantias fundamentais, limitação da autonomia privada e o nascedouro de obrigações vinculantes a terceiros. Observa-se hoje um contínuo processo de solução dos conflitos, sejam individuais ou coletivos, mediante decisões negociadas - com ou sem a participação do Estado.

Com a policontextualidade proposta por Teubner nos parece adequado compreender que a produção normativa ocorre nos mais diferentes pontos da sociedade, não estando mais delimitado pelos limites tradicionalmente arraigados na concepção de Estados nacionais. Leonel Severo Rocha, ao explicar e exemplificar esta especial concepção de sociedade proposta pelo jurista alemão comenta acerca da emergência de uma série de comunicações jurídicas, autônomas a partir de sua própria lógica, que, dependendo do ponto de observação podem estar tanto no centro quanto na periferia do sistema jurídico:

Teubner afirma que é preciso se pensarem novos tipos de direitos que surgiram na periferia, mas que também têm autonomia, como se fossem o centro: os direitos *softs*, *soft law*, *direitos híbridos*, direitos de contratos

³¹ "Na usual afirmação de que 'o contrato tem força de lei entre as partes' já se albergava o reconhecimento de que a 'autonomia da vontade' é fonte geradora de regras de direito, mas esta asserção só adquiriu plenitude de significado quando Kelsen, ao mesmo tempo que reduzia o Direito a um sistema de normas, alargava o sentido *normativo*, libertando-nos definitivamente do *legalismo*, isto é, do incontrastado domínio das normas legais" REALE, Miguel. **Fontes e modelos do Direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 73.

internacionais, direitos de organizações internacionais, que têm uma lógica própria. E que começam a surgir, paralelos ao Estado, na globalização. O surpreendente, exemplifica Teubner, é que grandes multinacionais, ao regularem a sua atuação, seguem os direitos, têm regras e, às vezes, códigos de ética (para seus interesses). Em poucas palavras, a grande empresa tem códigos de atuação normativas, que não são necessariamente os mesmos dos países.³²

A partir o surgimento associado ao enfretamento aos escândalos corporativos de cunho contábil, os programas de conformidade remetem a data de 1986 e a partir de 1991 permite uma punição diferenciada para organizações que possuem iniciativas para detectar e prevenir crimes.³³ Um dos grandes desafios frente a capacidade reflexiva da doutrina jurídica é a possibilidade de criar programas condizentes com a conciliação interna do discurso jurídico com as implicações do ambiente (sistemas sociais)³⁴.

No contexto contratual são identificados três níveis de conflitos no sistema contratual, o primeiro quanto à interação, o segundo sob o prisma institucional e o terceiro no âmbito da sociedade. No nível da interação o conflito se dá entre acordo contratual e moral da interação quanto ao feixe de expectativas informais que não necessariamente estão expressas nas declarações. Quanto ao nível institucional há o conflito entre contrato e instituições sociais, demonstrando que o contrato está inserido em um contexto mais amplo de prerrogativas e restrições que tais declarações devem levar em conta. No âmbito da sociedade o conflito se dá entre o contrato e o seu ambiente, ou seja, sistemas sociais funcionais como política, economia, família, cultura e religião que acabam por aumentar a complexidade de tal decisão frente ao modo clássico de análise dos contratos. Uma das grandes importâncias da existência dos códigos de conduta corporativos e dos programas de cumprimento é quanto as perspectivas de responsabilidade das organizações quando do, potencial ou efetivo, dano/crime/prática abusiva a partir das suas atividades. De outro lado tais programas podem se tornar

³² ROCHA, L. S.. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ____, Leonel S.; KING, Michael; SCHWARTZ, G.. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 39-40.

³³ Cf. BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. **Building a World-Class Compliance Program: best practices and strategies for success**. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2008, pp. 45-71.

³⁴ Cf. TEUBNER, Günther. Níveis de conflito no “sistema contratual”. In: ____, Günther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 239-42.

instrumentos de grande contribuição para as boas práticas e para dar efetividade aos Direitos Humanos buscando a máxima sempre lembrada de Bobbio: "[...] que o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los"³⁵. Mais, sociologicamente analisando é possível perceber a emergência de limitações voluntárias à autonomia negocial, a busca da efetiva prestação de garantias fundamentais e a constituição de uma ordem jurídica autônoma com direitos e obrigações com terceiros.

Não se pode olvidar que a efetividade está intimamente relacionada com os sistemas regulatórios. Em se tratando da perspectiva da relação das organizações tidas como privadas e àquelas tidas como públicas sempre houveram dois objetivos. Essas sempre buscaram meios para controlar aquelas que, por sua vez, buscaram meios de desenvolver sistemas de governança próprios de forma a controlar a cadeira produtiva onde quer que estivesse localizada geograficamente.³⁶

O Departamento de Justiça dos Estados Unidos define esses como programas de cumprimento estabelecidos pela gestão corporativa para prevenir e detectar a má-conduta e assegurar que as atividades corporativas são conduzidas de acordo com todas as regras, regulações e leis civis e criminais. O mesmo órgão norte-americano encoraja esse policiamento realizado pela própria corporação, incluindo divulgações voluntárias para o governo de quaisquer problemas que a corporação tome conhecimento por conta própria. Indica ainda a insuficiência de que a simples existência de programas de cumprimento justificaria a imunidade da empresa por condutas criminosas realizadas pelos seus empregados, diretores e agentes. Pelo contrário, orienta o referido órgão que a existência de tais condutas ilegais implica no entendimento de que o programa de conformidade não esteja sendo bem aplicado podendo gerar ações do Estado independentemente da existência de tais programas³⁷.

³⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 22.

³⁶ BACKER, Larry Catá. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. **ILSA Journal of International & Comparative Law**. Vol 14, No 2, 2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1092167>>, Acesso em abril de 2015, p. 2.

³⁷ "Compliance programs are established by corporate management to prevent and to detect misconduct and to ensure that corporate activities are conducted in accordance with all applicable criminal and civil laws, regulations, and rules. The Department encourages such

Exemplos de regulações globais e autônomas são os mais diversos - motivo pelo qual advoga-se pelo reconhecimento e uma qualificada observação jurídica acerca desse assunto. Um bom exemplo disso é a "Internet Society", uma associação privada que define as regras e regulação da evolução do protocolo *internet* ao redor do mundo. Dentro desse contexto sites como o eBay fornece um espaço comercial para as pessoas usarem e ele é quem decide as regras para que os usuários resolvam suas disputas jurídicas. Essa mesma organização estabeleceu mecanismos de avaliação da performance dos compradores e vendedores - sistema esse que virou um modelo e foi replicado em diferentes outros sites como é o caso do "Mercado Livre" e outros sistemas de comércio. Os domínios, endereços de sites e os endereços IP (*internet protocol*) são regulados por regras editadas pela Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) que é uma organização privada sem fins lucrativos criada pela Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) que, por sua vez, é uma associação norte-americana privada:

For example, the Internet Society is a private association which makes rules and regulates the evolution of Internet protocol of all over the world. eBay supplies an online market for people to use. eBay decides detailed and formalized rules for users and has established a mechanism to resolve disputes among users. It also made a system which evaluates performance of buyers and sellers on the online market. The systems and the rules of eBay became a model of other online markets. The assignments of domain names and IP addresses are regulated by rules made by Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) which is an private non-profit organization built on the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN). ICANN is an American private association.³⁸

Os programas de cumprimento, também conhecidos como programas de conformidade, são somente um dos exemplos de normas autônomas. Eles,

corporate self-policing, including voluntary disclosures to the government of any problems that a corporation discovers on its own. However, the existence of a compliance program is not sufficient, in and of itself, to justify not charging a corporation for criminal conduct undertaken by its officers, directors, employees, or agents. Indeed, the commission of such crimes in the face of a compliance program may suggest that the corporate management is not adequately enforcing its program. In addition, the nature of some crimes, e.g., antitrust violations, may be such that national law enforcement policies mandate prosecutions of corporations notwithstanding the existence of a compliance program." US DEPARTMENT OF JUSTICE. **Memorandum:** principles of Federal Prosecution of Business Organizations. Disponível em: <http://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf> Acesso em 20 jan. 2015.

³⁸ KAWAMURA, Satoko. **The formation of Global Economic Law:** under aspects of the autopoietic system. Japão, Shiga: Ryokoku University: 2012, pp. 9-10.

originalmente desenvolvido em inglês sob a expressão *compliance programs*, nada mais são que um contexto de estar atuando de acordo com o que está estabelecido em normas gerais, especificações ou legislação. Na realidade os programas de cumprimento nada mais são que medidas internas que qualquer entidade pode adotar afim de assegurar que estará cumprindo com um contexto legal específico, ou seja e em termos pragmático-sistêmicos, trata-se de comunicação específica a partir do código "legal/ilegal" enquanto campo específico da comunicação jurídica de forma a organizar as expectativas internas daquela organização. Trata-se de cumprimento da lei e mais. Verifica a aderência das atividades e processos aos requisitos legais onde para cada atividade torna-se uma obrigação estar ciente de todas as implicações e consequências legais. Essa perspectiva se coaduna com a proposta de uma regulação eficaz a partir da concepção de Teubner:

A regulação (direcionamento) somente é bem-sucedida em poucos casos, nos quais os programas auto-regulativos (sic) concretos do direito 'coincidentemente' se coadunam com os programas auto-regulativos (sic) concretos da economia, isto é, quando o processamento econômico de diferenças vai 'mais ou menos' ao encontro da intenção legislativa.³⁹

Não se pretende aqui desenvolver uma concepção de análise dos programas de cumprimento, oriundos dos respectivos códigos de conduta, como um benefício para a própria organização. Pelo contrário. Trata-se de demonstrar como tais contratos possuem uma dimensão não somente regulatória, mas também social. Embora não se olvide que o objetivo das corporações seja o lucro⁴⁰, tem-se observado uma crescente importância do conceito de *corporate citizenship* no mundo organizacional, ou seja, cidadania empresarial pela prática de condutas fiéis ao Direito e pela participação da organização nos assuntos públicos⁴¹. Da mesma forma não se ignora o fato de que a conduta cidadã da organização possa ser - e muitas vezes é - uma forma de alcançar mais lucros considerando uma característica contemporânea do consumidor. Mas, como

³⁹ TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 43.

⁴⁰ A CORPORAÇÃO. Direção: Jennifer Abbott; Mark Achbar. Zeitgeist Films, 2003. 1 DVD (145 min), son., color.

⁴¹ DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9605/98**. Tradução de Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 26 e seguintes.

observado, a efetividade da prestação da garantia torna-se cada vez mais relevante no contexto atual, e se demonstra que contratos particulares voluntários podem ser mais um instrumento deste Direito policontextual que possa se equiparar em determinadas características a textos constitucionais fragmentados no sistema jurídico.

Toma-se como exemplo o caso da "GAP Inc." que, além de possuir um código de conduta próprio⁴², esteve envolvida em escândalos acerca de trabalho infantil em uma de suas fornecedoras. A empresa define seu código de conduta de negócios como "a commitment we make to our shareholders, customers and each other not only out of a legal obligation, but because it's the right thing to do", complementando que

We each make important contributions to protecting our company and its reputation. Recognizing right from wrong, and understanding the ethical implications of our choices, is fundamental to doing what's right at Gap Inc. We are each responsible for applying the standards outlined in our Code of Business Conduct to our work, every day.

Observando referido documento, existem preocupações da organização nos seguintes tópicos: *como empoderar o consumidor para expor suas preocupações; trabalhando com integridade; ter uma prática ética; afastando conflitos de interesse; proteção da marca; entendendo as linhas políticas da política empresarial, e; recursos para fazer o que é correto*⁴³. Todas essas características dão um novo molde ao negócio, também contratual, com seus fornecedores que antigamente somente envolvia um retorno financeiro pela produção de determinados produtos. Hoje existe uma preocupação, ao menos expressada, em quem está produzindo e como se está produzindo aqueles produtos e a própria instituição. Por conta desta nova política empresarial é que houve a necessidade de demandar um nível de conduta uniforme de toda sua cadeia produtiva.

Os novos padrões aumentam o valor da companhia. Inicialmente reduzem custos e aumentam a qualidade dos produtos. Secundariamente esta visão de

⁴² Interessante característica é o fato de que tal código está disponível em nove idiomas. GAP INC. **History.** 2015. Disponível em <<http://www.gapinc.com/content/gapinc/html/aboutus/ourstory.html>>. Acesso em 13 abr. 2015.

⁴³ GAP INC. **Our Cord of Business Conduct.** 12/2012. Disponível em <http://www.gapinc.com/content/dam/gapincsite/documents/COBC/COBC_english.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2015.

responsabilidade social corporativa serve como resposta lucrativa pela demanda dos consumidores por produtos produzidos em determinada maneira. Por fim esta nova maneira de gerenciar a cadeia produtiva de forma socialmente responsável está relacionada também com boas práticas de governança corporativa, ou seja, atrai novos acionistas e um retorno mais sustentável do lucro a eles. Tais práticas foram iniciadas em 1992 com o estabelecimento de padrões ao redor do mundo. Em 2004 a "GAP Inc." começou a editar seu Relatório de Responsabilidade Social e em 2006 começou a ter uma atenção ao trabalho colaborativo com ONGs.⁴⁴

Posteriormente foi estabelecido o documento *Code of Vendor Conduct*⁴⁵ que, baseado em padrões laborais aceitos internacionalmente e em convenções internacionais, estabelece os padrões mínimos exigidos que todos os fornecedores deveriam praticar para realizar negócios com a "GAP Inc.". Verifica-se que, considerando a possibilidade desta organização trabalhar em regiões onde a legislação seja de pouca incidência ou a prática cotidiana das empresas pouco fiscalizadas pelo Estado local, acaba que tais padrões são mais fortes e protetivos que a própria realidade local/regional externa às fábricas. Inclusive o código de conduta de fornecedores estabelece a possibilidade de fiscalização inesperada e punições unilaterais em caso de descumprimento, incluindo a suspensão de encomendas, o fim do relacionamento e/ou a implementação de um plano de ação corretivo.⁴⁶

Mesmo com o estabelecimento dessas políticas, em outubro de 2007 houve a divulgação de trabalho infantil próximo a condição de escravidão em uma das fábricas na Índia. Um dia após ter tomado ciência das denúncias na mídia a organização identificou que houve uma subcontratação por parte de um de seus fornecedores e imediatamente cessou a compra deste fornecedor e preveniu que os produtos oriundos daquela fábrica fossem vendidos em suas lojas. O mais inesperado deste episódio foi que a partir das sanções aplicadas tomou-se

⁴⁴ Cf. BACKER, Larry Catá. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. *ILSA Journal of International & Comparative Law*. Vol 14, No 2, 2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1092167>>, Acesso em abril de 2015, pp. 12-13.

⁴⁵ GAP INC. **Code of Vendor Conduct**. Disponível em: <http://www.gapinc.com/content/attachments/gapinc/COVC_070909.pdf>. Acesso em 13 abr. 2015.

⁴⁶ Cf. GAP INC. **Code of Vendor Conduct**. Disponível em: <http://www.gapinc.com/content/attachments/gapinc/COVC_070909.pdf>. Acesso em 13 abr. 2015, p. 15

conhecimento que aquelas crianças que naquela fábrica trabalhavam voltaram a uma situação de vulnerabilidade estando elas e suas famílias desamparadas, quando então a empresa notou que a sanção aplicada a empresa causou uma repercussão da mesma forma negativa. Prontamente identificou que uma política de um plano de ação para remediar o problema, com a obrigação do fornecedor de prover uma remuneração, educação e oportunidades dignas àquele entorno que anteriormente havia sido explorado. Hoje existe uma política de financiamento de organizações não-governamentais ao redor do mundo que advogam em causas de direitos fundamentais e o incentivo para que apoiem práticas sustentáveis em suas regiões.⁴⁷

Embora ainda incipiente, a temática dos códigos de conduta e programas de cumprimento parecem demonstrar que tais documentos podem sim vir a ser um instrumento auxiliar no emaranhado de possibilidades jurídicas de regulação, em especial a partir da policontexturalidade. Talvez tenhamos chegado na época onde *os contratos substituem o Direito, redes de relacionamento substituem uma comunidade política, interesses substituem o território e o regulado passa a se tornar regulador*⁴⁸.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se inferir que a observação sobre a sociedade, o Direito e os institutos estabelecidos pode ser qualificada de forma diferente. É possível identificar que a diferenciação da sociedade por meio de Estados geograficamente delimitados não se demonstra adequado ao contexto contemporâneo. Em homenagem a Teubner adotou-se no trabalho a perspectiva de uma sociedade e um Direito global, não mais inter"nacional" levando em conta a característica autopoietica. Associado a isso ainda existe a característica policontextural, onde a prática do código binário jurídico, ou de outro sistema

⁴⁷ Cf. BACKER, Larry Catá. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. *ILSA Journal of International & Comparative Law*. Vol 14, No 2, 2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1092167>>, Acesso em abril de 2015, pp. 11 e seguintes.

⁴⁸ Cf. BACKER, Larry Catá. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. *ILSA Journal of International & Comparative Law*. Vol 14, No 2, 2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1092167>>, Acesso em abril de 2015, p. 26.

social por exemplo, é praticado não mais exclusivamente por atores privilegiados. Neste ponto há uma grande oportunidade para as instituições não-Estatais.

Com a superação da verticalidade e da exclusividade por uma horizontalidade decisional baseada dentre centro e periferia do sistema há a possibilidade de que organizações privadas, dentre inúmeras outras possibilidades, comunicarem sob a lógica jurídica e criarem padrões como podem ser considerados os instrumentos analisados no terceiro capítulo. Por fim analisou-se as características dos códigos de conduta e programas de cumprimento.

Muito embora tais instrumentos sejam associados a minimização dos prejuízos em casos de condenação das empresas, esses institutos, conforme demonstrou-se, podem ser equiparados, em específicas características, a fragmentos constitucionais empresariais autônomos em relação ao Estado e a região onde possam ser aplicados. Acredita-se que se tenha cumprido, embora com resultados parciais da pesquisa, em demonstrar a possibilidade de regulação privada autônoma de práticas efetivas de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

A CORPORAÇÃO. Direção: Jennifer Abbott; Mark Achbar. Zeitgeist Films, 2003. 1 DVD (145 min), son., color.

BACKER, L. C. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. **ILSA Journal of International & Comparative Law**. Vol 14, No 2, 2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1092167>>, Acesso em abril de 2015.

BIEGELMAN, M. T.; BIEGELMAN, D. R. **Building a World-Class Compliance Program**: best practices and strategies for success. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2008.

BOBBIO, N. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAPRA, F. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Cultrix, 2002.

DERECHO. In: CORSI, G.; ESPOSITO, E.; BARALDI, C. **Glosário sobre la teoría Social de Niklas Luhmann**. México: ITESO/Editorial Anthropos, 1996.

DÍEZ, C. G.-J. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental**: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9605/98. Tradução de Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

FLORES, L. G. G. Teoria das três matrizes de Leonel Severo Rocha - um ponto de partida para novas reflexões. In: BARRETO, V. P.; DUARTE, F. C. **Direito da sociedade policontextural**. Curitiba: Appris, 2013, pp. 49-73.

GAP INC. **Code of Vendor Conduct**. Disponível em: <http://www.gapinc.com/content/attachments/gapinc/COVC_070909.pdf>. Acesso em 13 abr. 2015.

GAP INC. **History**. 2015. Disponível em <<http://www.gapinc.com/content/gapinc/html/aboutus/ourstory.html>>. Acesso em 13 abr. 2015.

GAP INC. **Our Cord of Business Conduct**. 12/2012. Disponível em <http://www.gapinc.com/content/dam/gapincsite/documents/COBC/COBC_english.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2015.

KAWAMURA, S. **The formation of Global Economic Law**: under aspects of the autopoietic system. Japão, Shiga: Ryokoku University: 2012.

KELSEN, H. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LUHMANN, N.; DE GEORGI, R. **Teoría de la sociedad**. Guaranalajara: Universidad de Guadalajara: 1993.

LUHMANN, N. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007.

LUHMANN, N. **Organización y decisión**. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, Herder, 2010.

LUHMANN, N. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MATURANA, H. R.; VARELA, F. J. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MATURANA, H. R.; VARELA, F. J. **De máquinas e seres vivos**: autopoiese – a organização do vivo. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

REALE, M. **Fontes e modelos do Direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, L. S. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1998.

ROCHA, L. S. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ____, L. S.; KING, M.; SCHWARTZ, G. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SAND, I.-J. Polycontextuality as an alternative to Constitutionalism. In: JOERGES, C; SAND, I.; TEUBNER, G. **Transnational Governance and Constitutionalism**. Portland: Hart Publishing, 2004.

SILVA, A. S. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. In: SCHWARTZ, G. (Org.). **Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SUPIOT, A. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TEUBNER, G. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Revista Impulso**. Piracicaba, 14(33): 9-31, 2003.

TEUBNER, G. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

TEUBNER, G. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

US DEPARTMENT OF JUSTICE. **Memorandum**: principles of Federal Prosecution of Business Organizations. Disponível em:
<http://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf> Acesso em 20 jan. 2015.

**PESQUISA CLÍNICA DE MEDICAMENTOS NO BRASIL: ANÁLISE
QUANTITATIVA DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS
DA REGIÃO SUL DO BRASIL**

Selma Rodrigues Petterle

Luís Paulo Petersen Andreazza

Gislaine Maria Fregapani

RESUMO: O presente estudo pretende apresentar os resultados parciais obtidos na pesquisa quantitativa de julgados proferidos por três Tribunais de Justiça Estaduais, quais sejam, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, entes que integram a federação brasileira e que compõem a denominada Região Sul do Brasil, sobre um tema específico, qual seja, a pesquisa clínica com medicamentos, que é realizada no Brasil e em todo o mundo, diariamente. Trata-se de testar, aprovar e incorporar medicamentos no sistema de saúde brasileiro, o que não é possível sem a participação de uma multiplicidade de atores (sujeitos de pesquisa, membros de comitês de ética, autoridades reguladoras, sociedade civil organizada, dentre outros) e papéis desempenhados. Face ao panorama traçado, difícil não vislumbrar o papel dos juízes, decidindo conflitos. Metodologicamente cabe explicitar que foram utilizados vários critérios para o mapeamento aqui apresentado: a pesquisa se deu nos sites oficiais dos referidos tribunais; a partir de lapso temporal e palavras-chave de pesquisa previamente definidas, apresentando-se, por ora, a análise quantitativa preliminar das decisões judiciais coletadas. Nesse contexto, cabe ainda destacar que este artigo está vinculado a projeto de pesquisa financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq, Processo nº 475998/2013-8, Edital Universal nº 14/2013, “Pesquisa Clínica com Medicamentos no Brasil: Observatório de Jurisprudência”), cujo problema central diz respeito a perquirir quais são os conteúdos que têm sido delineados pelos juízes no Brasil, sobre o tema. Considerado um conteúdo já lançado por jurisprudência gaúcha (acerca do dever dos laboratórios patrocinadores de fornecer o medicamento após o término da pesquisa) e outros que serão mapeados durante a construção do observatório de jurisprudência, vislumbra-se o relevante papel desempenhado pelos juízes. Nesse contexto verifica-se, paradoxalmente, que uma violação ou a rejeição de um direito em realidade não o infirma, mas, ao contrário, o afirma, já que é a partir da negação de um direito, no contexto fático, que o próprio Direito se (re) constrói, notadamente a partir da decisão judicial, movimento que acaba por evidenciar as complexas zonas de interpenetração entre outros vários sistemas e o sistema

jurídico. Assim, se, por um lado, o Direito se retroalimenta, circular e internamente, por outro, sofre influências (ou provocações) quando em zonas limítrofes ou de contato com outros sistemas sociais, questão que também pode ser estudada à luz da ideia da (re) construção Direito a partir de suas fontes. Trata-se, portanto, de pesquisa com evidente aplicação prática, na medida em que mapear as decisões judiciais (e futuramente, em artigo posterior, os fundamentos empreendidos pelos juízes) relativamente aos direitos reconhecidos às pessoas que participam de pesquisas clínicas com medicamentos possibilita também aprofundar as reflexões acerca das diversas formas de atuação dos poderes públicos (leia-se juiz, legislador e administrador) e também dos particulares, que desempenham, conjuntamente, relevante papel no que diz com a construção do conteúdo do direito à saúde.

PALAVRAS-CHAVE: pesquisa clínica; medicamentos; observatório; jurisprudência; brasil; região sul.

1 INTRODUÇÃO

Quando se debate acerca do direito à saúde, invariavelmente remete-se a discussão jurídica a problemas do cotidiano dos indivíduos, desde a questão da distribuição de medicamentos, até a promoção de atendimento suficiente em hospitais públicos e privados e de acesso a tratamentos médicos qualificados. Em particular, quanto ao direito-dever de acesso a medicamentos, a necessidade de novos fármacos ou mesmo de aperfeiçoamentos dos remédios existentes impulsiona uma análise específica sobre a pesquisa clínica de medicamentos, na medida em que toda a disponibilização de novos medicamentos oferece, ao menos em tese, esperança de tratamento e perspectiva de cura e melhora de expectativa vida aos portadores de moléstias prejudiciais à saúde.

São quatro as fases das pesquisas clínicas com medicamentos⁴⁹, sendo que as três primeiras antecedem o registro do produto perante as autoridades

⁴⁹ Alerta-se, quanto à relevância da definição das várias fases das pesquisas clínicas, que no Brasil há Resolução Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (RDC 39/2008, alterada em 2013 pela RDC 38/2013) sobre pesquisa clínica com medicamentos ou produtos para a saúde passíveis de registro sanitário, no seguinte sentido: 1ª) fase I: estudos de farmacologia humana; 2ª) fase II: estudos terapêuticos ou profiláticos de exploração; 3ª) fase III: estudos terapêuticos ou profiláticos confirmatórios; 4ª) fase IV: ensaios pós-comercialização.

estatais competentes (PETTERLE, 2013, 2012). Inicialmente, na Fase I, são realizados estudos com algumas dezenas de pessoas, entre voluntários sadios ou pacientes - análise da absorção, distribuição, metabolismo, excreção e toxicidade da droga; na Fase II, realizados estudos que envolvem a análise da utilidade clínica do novo medicamento e sua relação dose-resposta; na Fase III, realizados estudos com avaliação de eficácia e segurança, através da simulação do uso clínico habitual do medicamento; por fim, os estudos de fase IV ocorrem após o registro perante as autoridades estatais e, portanto, com o produto disponível ao público para comercialização (portanto já testado, aprovado e incorporado). Destinam-se, estes ensaios, a avaliar possíveis efeitos secundários ainda desconhecidos (FLETCHER, 2006), bem como outras novas indicações ou associações (combinações) para o produto, ou quem sabe uma nova via de administração, ou até mesmo realizar uma análise da relação custo-efetividade, do novo fármaco aprovado com outras opções anteriormente existentes (GOLDIM, 2007).

Esclareça-se que a pesquisa com novos fármacos, medicamentos, vacinas e testes diagnósticos no Brasil foi regulamentada por órgão vinculado ao Ministério da Saúde (o Conselho Nacional de Saúde), mais especificamente pela Resolução CNS nº 251/1997, observadas as normas gerais constantes na Resolução CNS 196/1996 (revogada) e, atualmente, pela Resolução CNS 466/2012, além de Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Resolução RDC 39/2008, e RDC38/2013). Abstraídos os parâmetros protetivos já estabelecidos pelo direito internacional (SARLET, PETTERLE, 2014) e sua recepção no Brasil, enfatize-se, ademais, que não há legislação (lei em sentido formal) que regulamente a pesquisa clínica de medicamentos no Brasil.

Trata-se, como se pode verificar a partir das referidas fases das pesquisas clínicas, de testar, aprovar e incorporar medicamentos no sistema de saúde brasileiro. Assim como acompanhá-los de forma sistemática e permanente, o que não é possível sem a participação de uma multiplicidade de pessoas, órgãos e instituições (os sujeitos de pesquisa, os membros de comitês de ética, as diversas autoridades reguladoras, sociedade civil organizada, dentre outros), com diversos papéis.

Essa grandiosa meta, que envolve necessariamente muitos atores, têm um perfil de construção coletiva do conhecimento na área de saúde, na qual o Brasil também se insere. Apenas para dar um exemplo, a pandemia do HIV/AIDS (FLETCHER, 2006) parece ser um bom exemplo para ilustrar as inúmeras formas de conjugação de esforços no sentido de vencer desafios de saúde pública, em âmbito mundial. Busca-se, em complementação a outras tantas medidas preventivas (como as campanhas sobre o indispensável uso da camisinha) e/ou medicamentosas já implementadas (adesão aos antiretrovirais, inclusive quebrando o elo da transmissão vertical), criar alguma vacina contra o HIV/AIDS. As pesquisas desenvolvidas no âmbito do Projeto Praça Onze (CARDOSO, 2008), da Universidade Federal do Rio de Janeiro, que participa de vários ensaios clínicos de vacinas (preventivas) contra o HIV/AIDS, dentre eles o Protocolo de pesquisa HVTN 055, envolvendo a *Therion Biologics Corporation*, em colaboração com a rede mundial de pesquisas de vacinas anti-HIV/AIDS (HIV Vaccine Trials Network - HVTN) e com apoio financeiro dos Institutos Nacionais de Saúde Americanos (*National Institutes of Health*, NIH). Tamanha é a envergadura e a repercussão dos projetos na comunidade que o centro conta com um Comitê Comunitário de Acompanhamento de Pesquisa (CCAP), que, além de estreitar os laços entre a comunidade e os pesquisadores, discute e avalia permanentemente a participação voluntária nesses projetos, zelando pelo respeito dos direitos dessas pessoas. Note-se a complexidade agregada por esses projetos de pesquisa, já que o fenômeno envolve, como dito, muitos atores e intrincados papéis, como o desempenhado pelos pesquisadores (e suas equipes multidisciplinares de trabalho), assim como pelos integrantes dos comitês institucionais de ética em pesquisa, além de autoridades estatais, bem como os financiadores do projeto, com distintas contrapartidas, vislumbrando-se, também, as diversas tensões que estão em jogo.

Ademais, para além da criação de mais um novo produto para a saúde (uma vacina para comercialização), busca-se um meio preventivo para senão acabar pelo menos reduzir drasticamente os alarmantes índices de contaminação com o HIV/AIDS, questão que evidentemente transcende a criação de um novo produto. Sabe-se que através de pesquisas clínicas levadas a cabo com rigor

metodológico se logrará quem sabe obter a generalização de um (novo) conhecimento científico e que tais pesquisas dependem da participação de voluntários, sem os quais possivelmente não serão (ou não seriam) obtidos quaisquer resultados. De tal sorte, as pessoas que, em um dado momento da vida e pelas mais variadas motivações pessoais, candidatam-se, de livre e espontânea vontade, para participar de um experimento (científico), acabam por contribuir significativamente para essas descobertas científicas.

Justamente com base na preocupação de proteger esses sujeitos de pesquisa é que se concebeu todo um sistema calcado em vários mecanismos protetivos como, dentre outros, o consentimento informado (CLOTET, 1995), que garante (ou deveria garantir) o pleno exercício da liberdade, por essas pessoas envolvidas diretamente com o objeto do estudo. A participação do indivíduo na pesquisa clínica de medicamentos enseja o reconhecimento da vulnerabilidade desse sujeito, que impõe deveres de proteção, embora o sujeito disponha de capacidade para exercer voluntariamente a decisão de se submeter à experimentação clínica (CEZAR, 2012).

O princípio ético do respeito pelas pessoas⁵⁰ se refere ao reconhecimento da autonomia da generalidade dos indivíduos e de proteção daqueles que possuem uma autonomia diminuída. Deste princípio, decorre a necessidade do consentimento informado, o qual inclui a obrigatoriedade de informação, compreensão e voluntariedade (NEVES, 2007). A promoção da saúde, portanto, deve ser realizada com responsabilidade de proteger, em especial, os indivíduos participantes das pesquisas clínicas e que se apresentam numa condição de vulnerabilidade. A preocupação quando da promoção da saúde deve ser materializada em reconstruir os conceitos da medicina, sem atribuir à saúde o caráter de produto de consumo, porém utilizando as ciências e a medicina para

⁵⁰ O Documento das Américas: Boas Práticas Clínicas, elaborado na IV Conferência Pan-Americana para harmonização da regulamentação farmacêutica, na República Dominicana, de 02 a 04 de março de 2005, dispõe acerca dos princípios éticos, baseados primariamente na Declaração de Helsinki, que devem ser a base para a aprovação e condução dos ensaios clínicos, quais sejam o respeito pelas pessoas, beneficência e justiça e devem permear todos os princípios de Boas Práticas Clínicas.

alcançar uma melhor qualidade da vida social e protegendo, em especial o direito à qualidade de vida (VERDI, 2007).

Os interesses das partes envolvidas na pesquisa clínica com medicamentos experimentais, seja do sujeito submetido à pesquisa, do médico pesquisador ou mesmo do patrocinador da pesquisa, tem como finalidade comum a busca de uma otimização de resultados em relação à questão da saúde. Em verdade, a preocupação com o restabelecimento da situação de saúde – e, portanto, de equilíbrio - da sociedade como um todo é o norte que deve orientar aqueles envolvidos com a pesquisa científica.

Não há como negar, portanto, a possibilidade de que exista um conflito de interesses secundários, de ordem econômica ou até mesmo política. Até porque a própria pesquisa não se sustenta ou mesmo se justifica sobre um pilar eminentemente teórico, mas, também, possui num sentido amplo uma relação com a política, tendo o pesquisador uma crescente responsabilidade diante da importância da pesquisa clínica (GADAMER, 1999). Se o interesse do pesquisador deveria se mover cientificamente de modo desinteressado em relação às conclusões de pesquisa, na prática, o que se identifica é uma vinculação econômica muito mais marcante do pesquisador em relação ao seu objeto de pesquisa do que se poderia imaginar. Nesse contexto, a possibilidade de alcançar o lucro com a venda de um fármaco conduz a pesquisa clínica (CEZAR, 2014).

Do ponto de vista formal, por outro lado, pode não ser o interesse do indivíduo que se vincula à pesquisa clínica - sujeitando-se a ela como paciente ou objeto de estudo; portanto, de forma distinta do que se esperaria da participação do pesquisador. O participante e pesquisado não necessariamente se encontra vinculado ao estudo clínico a partir de uma condição de altruísmo. Muito antes é alimentado pelo interesse livre de participação, possivelmente estabelecido a partir de uma situação egoísta de enfoque: a submissão a um tratamento alternativo ou ainda disposto a uma esperança de cura - se não pessoal, ao menos de cunho coletivo. É um interesse que, por consequência, ainda que medido a partir de uma pretensão utilitarista e pessoal, impõe, abstratamente, o reconhecimento de uma consciência livre e autônoma, na busca de resultados de

interesse privado relativo à sua saúde. É, portanto, um movimento de aderência à pesquisa científica por um sujeito livre que visa restringir a própria liberdade de forma consciente, ainda que com uma finalidade específica: a reconstrução do equilíbrio atingido pela doença.

Face ao panorama traçado, difícil não vislumbrar o papel dos juízes, decidindo conflitos. Nesse contexto, um dos conteúdos que tem sido reconhecido é a obrigação (do laboratório patrocinador) de fornecer o medicamento após a conclusão da pesquisa clínica, em sede doutrinária (CEZAR, 2009, 2012). O fenômeno da judicialização dessas pesquisas no Brasil decorre, via de regra, da busca do sujeito que ingressa na pesquisa clínica de medicamentos (inclusive experimental), pelas mais diversas razões (como obter benefícios à saúde, condição clínica, interesse/necessidade no fornecimento do medicamento experimental, dentre outros). Este estudo, portanto, tem como objeto apresentar os dados e resultados parciais apurados na pesquisa jurisprudencial, de caráter por ora quantitativo, a partir da análise das decisões dos Tribunais de Justiça Estaduais dos Estados que integram a Região Sul do Brasil (Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná).

2 DESENVOLVIMENTO DO ARTIGO

Foram estabelecidos vários critérios para a pesquisa jurisprudencial. O primeiro critério foi o lapso temporal. Nessa fase inicial, de resultados ainda parciais, os dados mapeados se referem aos julgados do período de 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal, até 31.12.2013. As decisões foram coletadas nos sites oficiais de três Tribunais de Justiça estaduais, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), o Tribunal de Justiça do Santa Catarina (TJSC) e o Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR).

Adverta-se que nem todos os Tribunais publicam, nos respectivos sites, todas as decisões prolatadas, o que pode significar que os dados estão subestimados. Ademais, não há um sistema de indexação padrão para as decisões (cada Tribunal têm um sistema próprio). Por tais razões, foram utilizadas

seguintes palavras-chave de pesquisa: “pesquisa clínica”, “investigação clínica”, “medicamento experimental” e “pesquisa envolvendo seres humanos”, bem como anotadas as datas em que foram coletadas.

Os dados do mapeamento de decisões dos três Tribunais da Região Sul do Brasil (RS, SC e PR) que são apresentados no presente estudo se tratam de resultados parciais da análise quantitativa de julgados que possuem, como objeto, relação aos termos “pesquisa clínica”, “investigação clínica”, “medicamento experimental” e “pesquisa envolvendo seres humanos”. Oportunamente, este estudo será desenvolvido também com análise qualitativa, a fim de permitir uma análise crítica mais específica quanto aos resultados das demandas e, inclusive, quanto aos fundamentos das decisões judiciais.

Do mapeamento de decisões dos Tribunais de Justiça da Região Sul foi apurado um total de 178 (cento e setenta e oito) decisões de acordo com os critérios estabelecidos nos termos indicados acima, sendo identificadas 37 (trinta e sete decisões) que tratam de demandas que possuem como objeto a pesquisa clínica com medicamentos e, por outro lado, foram descartadas 141 (cento e quarenta e uma) decisões que se referem a temas que não se relacionam ao tema de investigação do Observatório.

Outra questão a enfrentar aqui é a definição de critérios para exclusão, já que algumas decisões judiciais poderão ser excluídas do universo da pesquisa, por não estarem diretamente vinculadas ao tema proposto (objeto da ação não é relativa à pesquisa clínica; matéria tributária como controvérsia predominante; regime de contratação e remuneração de servidores públicos como controvérsia predominante; óbices procedimentais, sem exame da matéria de fundo), critérios que estão sendo reformulados ao longo da realização da pesquisa.

Nesse sentido, é possível visualizar os dados coletados na pesquisa jurisprudencial de cada Tribunal de Justiça da Região Sul, conforme se depreende das tabelas abaixo:

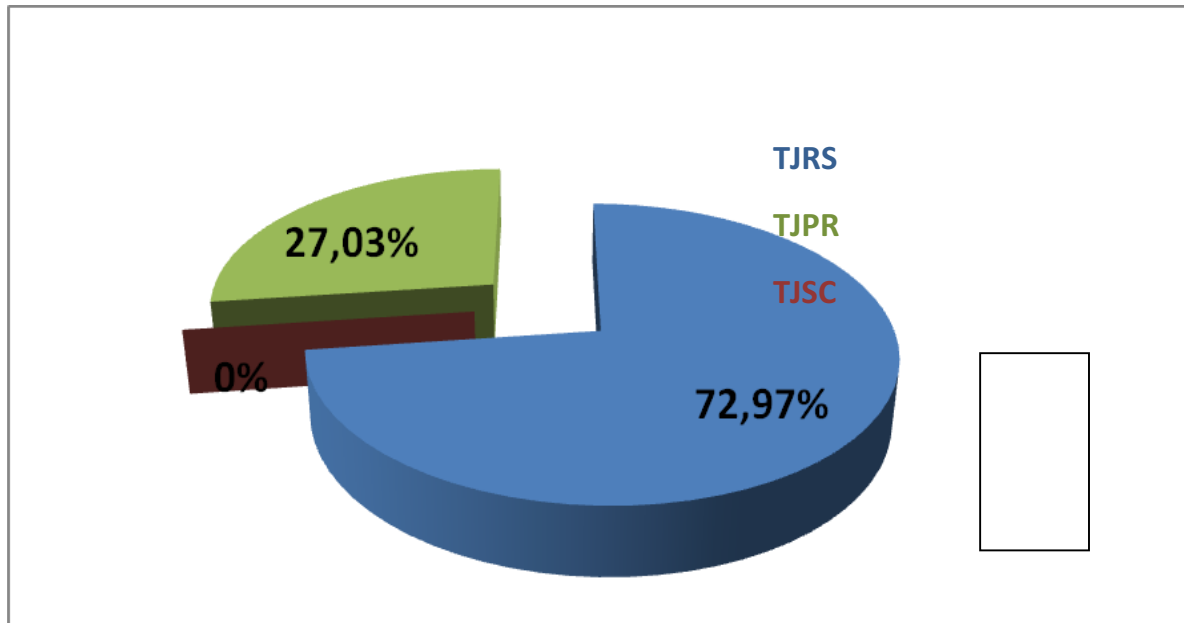
| Análise quantitativa de decisões do TJRS | | |
|---|----------------------|--------------------|
| Palavras-chave | Identificadas | Descartadas |
| Pesquisa clínica | 1 | 2 |

| | | |
|-----------------------------------|-----------|-----------|
| Investigação clínica | 0 | 9 |
| Medicamento experimental | 25 | 14 |
| Pesquisa envolvendo seres humanos | 1 | 0 |
| Total | 27 | 25 |

| Análise quantitativa de decisões do TJSC | | |
|---|----------------------|--------------------|
| Palavras-chave | Identificadas | Descartadas |
| Pesquisa clínica | 0 | 0 |
| Investigação clínica | 0 | 0 |
| Medicamento experimental | 0 | 4 |
| Pesquisa envolvendo seres humanos | 0 | 0 |
| Total | 0 | 4 |

| Análise quantitativa de decisões do TJPR | | |
|---|----------------------|--------------------|
| Palavras-chave | Identificadas | Descartadas |
| Pesquisa clínica | 2 | 2 |
| Investigação clínica | 0 | 14 |
| Medicamento experimental | 8 | 96 |
| Pesquisa envolvendo seres humanos | 0 | 0 |
| Total | 10 | 112 |

| | | | |
|--|--|-----------|------------|
| Total de decisões dos Tribunais Estaduais da Região Sul do Brasil | | 37 | 141 |
|--|--|-----------|------------|



Depreende-se daí que do mapeamento inicial quantitativo de 37 (trinta e sete) julgados sobre o tema (pesquisa clínica com medicamentos), junto aos bancos de dados oficiais dos três Tribunais de Justiça que compõem a Região Sul do país, restou identificada uma demanda no percentual de 72,97% junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; sendo o percentual de 27,03% das demandas junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e, por sua vez, nenhuma demanda foi identificada no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

A partir dos quantitativos, em números absolutos e percentuais, verifica-se um elevado quantitativo de demandas ajuizadas no Estado do Rio Grande do Sul (aproximadamente 3/4), seguido pelo Estado do Paraná (aproximadamente 1/4) e a ausência de demandas no Estado de Santa Catarina, o que indica a relevância de um estudo qualitativo dos julgados, ou seja, a análise crítica dessas decisões judiciais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos dados apresentados no presente trabalho impõem-se a conclusão de que o Estado do Rio Grande do Sul possui uma demanda significativamente superior aos outros Estados da Região Sul acerca de litígios judiciais vinculados à pesquisa clínica com medicamentos, fato este que desperta a importância de prosseguir o estudo através da pesquisa qualitativa das decisões mapeadas. O percentual de demandas acerca da pesquisa clínica com medicamentos julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul remete também à existência de alguns casos pontuais (como o caso da pesquisa clínica com o medicamento laronidase, no Hospital de Clínicas de Porto Alegre, único no Brasil a sediar este estudo pioneiro e, conseqüentemente, para onde se deslocaram várias crianças provenientes de outros estados da federação) e demarca também uma posição diferenciada desta Corte em relação às demais, o que será objeto de outro artigo.

Destaque-se que a pesquisa jurisprudencial quantitativa tem, por ora, um caráter ainda provisório e que prosseguirá com o mapeamento das decisões judiciais de Tribunais de outras regiões do Brasil, para que sejam identificados, em um primeiro momento, aspectos qualitativos preliminares (identificação das partes e seus procuradores; o pedido e razões de pedir; o acolhimento ou não do pedido, assim como os fundamentos da decisão, dentre outros) e, posteriormente, a análise crítica dos fundamentos das decisões.

Ademais, essa matéria tem sido objeto de frequentes discussões, seja no Senado Federal, que realizou, em março de 2014, Audiência Pública na Comissão de Assuntos Sociais, para analisar o modelo regulatório da pesquisa clínica com medicamentos no Brasil, além da tramitação de vários projetos de lei⁵¹. Analisar criticamente os principais argumentos aportados pelos juízes e

⁵¹ Projetos de Lei no Senado Federal:

- 1) PLS 323/2001, sobre normas e requisitos para a pesquisa médica em seres humanos;
- 2) PLS 25/1992, com proibição de realização de ensaios clínicos nas fases I e II no teste de fármacos produzido por tecnologia estrangeiras;
- 3) PLS 78/2006, que estabelece punições para as violações às diretrizes e normas concernentes às pesquisas que envolvem seres humanos e determina a corresponsabilidade do pesquisador,

refletir acerca do fenômeno da judicialização da pesquisa clínica com medicamentos no Brasil descortinará uma série de problemáticas a enfrentar, dentre elas a discussão acerca do marco regulatório brasileiro, assim como servirá de aporte para fomentar novos estudos sobre o tema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Resolução nº 466 de 12 de dezembro de 2012**. Disponível em <<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>>.

_____. **Resolução nº 251 de 07 de agosto de 1997**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/1997/res0251_07_08_1997.html>

_____. **Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 39/2008**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2008/res0039_05_06_2008.html>.

_____. **Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 38/2013**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2013/rdc0038_12_08_2013.html>.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Banco de dados *on line* de jurisprudência**. Acesso no período de maio/junho de 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Banco de dados *on line* de jurisprudência**. Acesso no período de maio/junho de 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Banco de dados *on line* de jurisprudência**. Acesso no período de maio/junho de 2014.

do patrocinador e da instituição pela indenização devida aos sujeitos das pesquisas por eventuais danos ou prejuízos, pronto para a pauta na CCTICI;

4) PLS 396/2007, dispondo sobre a obrigatoriedade da continuidade do tratamento de sujeito de pesquisa em seres humanos com fármaco, medicamento, nova formulação ou nova combinação de fármacos, por meio da sua dispensação gratuita pela instituição pesquisadora no decorrer da pesquisa até a efetiva comercialização, e pelo fabricante, quando já comercializado, e sobre a divulgação dos resultados da pesquisa.

Projetos de Lei na Câmara dos Deputados:

- 1) PL 3.569/1997, com incentivos fiscais para a pesquisa clínica e desenvolvimento tecnológico na área de saúde;
- 2) PL 7.086/2000, sobre Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisas envolvendo Seres Humanos;
- 3) PL 2.473/2003, sobre Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisas envolvendo Seres Humanos e requerimento REQ 229/2009, de audiência pública para discutir este PL.

CARDOSO, G. C. P. **Ensaio clínico com vacinas anti-HIV/AIDS**: a rotina de incorporação de uma prática científica. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro; 2008.

CEZAR, D. O. Obrigação de fornecimento do medicamento após a conclusão de pesquisa. **Tese de Doutorado**. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2009.

_____. **Pesquisa com medicamentos**: aspectos bioéticos. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Pesquisas patrocinadas com medicamentos e proteção da confiança**.

MARTINS-COSTA, J. (org.). **Modelos de Direito Privado**. São Paulo, Marcial Pons, 2014

CLOTET, J. O. Consentimento Informado nos Comitês de Ética em Pesquisa e na Prática Médica: conceituação, origens e atualidade. **Revista Bioética**, Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 3, n. 1, p. 59, 1995.

FLETCHER, R. H.; FLETCHER, S. W. **Epidemiologia clínica**: elementos essenciais. Tradução de Roberta Marchiori Martins. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.

GADAMER, H.-G. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, 3ª edição. Petrópolis, Vozes, 1999.

GOLDIM, J. R. A avaliação ética da investigação científica de novas drogas: a importância da caracterização adequada das fases da pesquisa. **Revista do Hospital de Clínicas de Porto Alegre**, v. 27, n. 1, p. 66-73, 2007. Também disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/fases.pdf>>.

NEVES, M. do C. P. Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição e princípio. In: **Bioética, Vulnerabilidade e Saúde**. Aparecida/SP: Idéias& Letras: Centro Universitário São Camilo, 2007

PETTERLE, S. R. A informação sobre pesquisas envolvendo seres humanos no Brasil: do SISNEP à Plataforma Brasil. In: MACHADO, E. D.; CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. (Orgs.). **Direitos fundamentais e democracia I** [Recurso eletrônico on-line] 1ed. CONPEDI UNINOVE. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p. 253-274. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=24988d9aa627ea72>>.

_____. Liberdade de pesquisar, pesquisas clínicas e outras pesquisas científicas de risco envolvendo seres humanos: uma proposta de reformulação do atual sistema de controle implementado pelo Conselho Nacional de Saúde, à luz da Constituição brasileira. **Tese de Doutorado em Direito**. Programa de Pós-

Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
Porto Alegre, 2012.

SARLET, W. S.; PETTERLE, S. R. Liberdade de pesquisa como direito humano e fundamental e seus limites: a pesquisa com seres humanos e os parâmetros protetivos estabelecidos pelo direito internacional e sua recepção no Brasil.

Espaço Jurídico Journal of Law - J JL, v. 15, n. 1 (2014): jan./jun.2014.

Disponível em:

<<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/3586/2548>>.

VERDI, M. I. M., ET AL. **A PROMOÇÃO DA SAÚDE E A BIOÉTICA DA PROTEÇÃO: OS DESAFIOS À GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE. IN:** Bioética, vulnerabilidade e saúde. Aparecida/sp: Idéias & Letras: Centro Universitário São Camilo, 2007.

INTERDIÇÃO CIVIL, CUIDADO E RELAÇÕES FAMILIARES: UMA ANÁLISE A PARTIR DE FAMÍLIAS ENVOLVIDAS.

Helena Moura Fietz⁵²

RESUMO: No processo judicial de interdição civil cabe a um Juiz de Direito declarar a “incapacidade para os atos da vida civil” do sujeito a ser interditado que, a partir da interdição, passa a depender de um curador para gerenciar seus bens e sua pessoa. Este processo pode ser iniciado pelos pais ou tutores, cônjuge ou outros parentes daquele que se quer interditar, ou ainda pelo Ministério Público. O foco deste trabalho é a perspectiva dos familiares envolvidos em casos de possível interdição civil e os aspectos que envolvem a tomada de decisão de ingressar ou não com este processo. A análise se dará a partir um olhar antropológico sobre a narrativa de dois casos com os quais tive contato durante o ano de 2014. Desta forma, o universo empírico deste trabalho serão os relatos de duas mulheres moradoras de uma periferia da cidade de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, que, frente à possível interdição de um de seus familiares, decidiram por não leva-la a diante. Será feito o exercício, portanto, de falar da interdição a partir de dois casos de “não interdição”, ou de duas “interdições de fato”. Com isto se busca refletir sobre as noções de doença, cuidado e economia familiar, pensando sobre o modo como são acionadas nas falas de minhas interlocutoras e, principalmente, na maneira como influenciaram a decisão destas famílias de não ingressar com o pedido de interdição.

PALAVRAS-CHAVE: Interdição Civil – Doença – Cuidado – Relações Familiares.

1 INTRODUÇÃO

“E se eu morrer antes, quem cuida dele?” Foi com esta pergunta que Dona Jurema respondeu minha indagação sobre o porquê havia escolhido não interditar seu filho Jair, que com mais de 40 anos hoje é morador de rua e recebe do governo o Benefício de Prestação Continuada (BPC) após ter sido diagnosticado

⁵² Advogada, graduada em Ciências Jurídicas e Sociais/Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) no ano de 2008. Atualmente (2014), é mestranda do Programa de Pós- Graduação em Antropologia Social na Universidade Federal Do Rio Grande do Sul. Sua pesquisa de mestrado centra-se no processo judicial de interdição civil enquanto um espaço interdisciplinar aonde se comunicam os discursos da medicina, do direito e das famílias envolvidas. helenafietz@gmail.com.

por médicos peritos do INSS como portador de doença mental. O tema de minha pesquisa de mestrado em Antropologia Social é a interdição civil e foi durante minhas primeiras incursões a campo em uma localidade de baixa renda da cidade de Porto Alegre – que, em março de 2014, conheci Dona Jurema. Desde nosso primeiro encontro, esta moradora da região contou a história de seu filho e os detalhes de sua narrativa me fizeram pensar que ele havia sido interditado sendo ela sua curadora. Daí minha surpresa ao saber que ela havia decidido não interditar Jair por medo de que se algo acontecesse com ela, que já é mais velha, ninguém poderia cuidar de “seu menino”. Sua história me fez pensar sobre as diferentes dimensões envolvidas na decisão das famílias de ingressar ou não com o pedido de interdição. É esta reflexão que proponho desenvolver ao longo deste trabalho. Ressalto que por questões éticas optei por manter o sigilo da identidade de meus interlocutores, utilizando nomes fictícios.

Durante o ano em que venho realizando esta pesquisa pude perceber também que a interdição civil ou *curatela*⁵³ é algo próximo do cotidiano das pessoas. Não é raro que, ao conversar sobre minha pesquisa, ouça relatos de pessoas que se sentem provocadas pelo tema. Estas narrativas vêm acompanhadas de histórias bastante enriquecedoras sobre aquele a ser interditado e também sobre as relações familiares envolvidas. É justamente pensando em toda essa complexidade, nas consequências e resultados de uma interdição, que parto da hipótese de que a decisão das famílias de ingressarem ou não com o processo judicial de interdição civil vai além da “incapacidade” do sujeito a ser interditado. De tal modo que se pode observar situações em que estão presentes questões familiares relacionadas a temáticas acerca da economia da família e/ou ao cuidado para com o interdito.

⁵³ O instituto da curatela, segundo autores do Direito, destina-se a “reger a pessoa ou administrar bens de pessoas maiores, porém incapazes de reger sua vida por si, em razão de moléstia, prodigalidade ou ausência” (VENOSA, 2007:421) e é definido pelo Código Civil Brasileiro de 2002 nos artigos 1767 a 1783. Segundo o art. 1767 Código Civil Brasileiro estão sujeitos a curatela : I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental; V - os pródigos.” Detalharei as características deste instituto e também do processo de interdição civil no corpo deste trabalho.

O foco deste trabalho é a perspectiva dos familiares envolvidos em casos de possível interdição civil. A análise se dará a partir da narrativa de dois casos que tive contato durante o ano de 2014. Desta forma, o meu universo empírico serão os relatos de duas mulheres residentes na região estudada que, frente à possível interdição de um de seus familiares, decidiram por não leva-la a diante. Farei o exercício, portanto, de falar da interdição a partir de dois casos de “não interdição”, ou de como chamarei a partir de agora, de duas “interdições de fato”. Com isso quero dizer que nos casos específicos sobre os quais refletirei neste trabalho, o poder judiciário, por opção dos familiares, não foi acionado para que se fizesse a declaração de incapacidade dos sujeitos.

Pensar o processo de interdição judicial a partir de situações em que o mesmo não ocorreu é uma maneira interessante de problematizar categorias como as de cuidado, doença e economia familiar. O que busco aqui é refletir, a partir da fala de minhas interlocutoras, sobre estas noções - de doença, cuidado e economia familiar-, pensando sobre o modo como são acionadas em suas falas e, principalmente, na maneira como influenciaram a decisão destas famílias de não ingressar com o pedido de interdição. As narrativas escolhidas se mostram representativas destas questões com as quais tenho me deparado em meu campo de pesquisa - realizado episodicamente durante os meses de março a dezembro de 2014 em Porto Alegre. Atento-me, ainda, para o fato de que ambas são mulheres, o que suscita um debate sobre o gênero daquelas consideradas “cuidadoras” do sujeito cuja “capacidade” para gerir a própria vida está em questão.

Como anteriormente mencionado, partirei minha análise da experiência dos atores (Kleinmann, 1995), buscando entender como os conflitos morais que emergem na tomada de decisão sobre a interdição ou não estão relacionados com questões de família, e, principalmente, com expectativas em torno da noção de cuidado. É Kleinmann (1995) que me inspira a trabalhar com a experiência enquanto aquilo que media e transforma a relação entre contexto e pessoa. Para isso é importante prestar atenção no que está em jogo (*what is in stake*) para os atores em um mundo local particular. Isso porque, ao se analisar o que está em jogo nos deparamos com categorias cruciais para que se possa trabalhar a

dimensão da experiência. Ao passo que ao trabalharmos com essas categorias será possível acessar o mundo moral em que estes sujeitos estão inseridos. Acompanhar as narrativas de casos de possível interdição é acessar histórias familiares mais amplas, que incluem questões afetivas, econômicas e morais que afetam a decisão sobre o ingressar ou não com a ação de interdição. É isto que pretendo fazer a partir das noções de *cuidado e economia*. Para tanto, irei me valer da noção de “economia do cuidado” da antropóloga estadunidense Vivian A. Zelizer (2011).

Antes de iniciar a descrição das narrativas que apresentarei aqui, se faz necessário contextualizar o processo judicial de interdição a partir de uma perspectiva legal, a fim de compreender o que “está em jogo”, quais os pressupostos, implicações e consequências de ingressar com esta ação jurídica em particular. Além disso, é importante também discorrer brevemente sobre as noções de “doença” – que está diretamente ligada à declaração ou não da “incapacidade” do sujeito (Zarias, 2005), e de cuidado, para melhor situar as narrativas com as quais trabalharei. Com isto, pretendo refletir sobre as negociações envolvidas na tomada de decisão dos familiares sobre interditar ou não o sujeito cuja “capacidade” é por eles questionada. Em seguida, apresentarei os relatos, foco central deste trabalho.

2 O PROCESSO JUDICIAL DE INTERDIÇÃO: UMA PERSPECTIVA LEGAL

Para compreender as razões da “não interdição”, é necessário entender o que é o processo judicial de interdição civil e quais são suas consequências para aquele que será interditado. Primeiramente, é importante deixar claro que ao falar deste processo estou falando de um espaço interdisciplinar, aonde se comunicam os discursos e saberes jurídico, médico – mais especificamente da psiquiatria e psicologia- e familiares (Zarias, 2005). A interdição civil se dá por uma decisão proferida por um Juiz de Direito após um processo judicial do qual fazem parte, entre outros atores, aquele a ser interditado, aquele que propõe a ação de interdição (pais ou tutores, o cônjuge ou outros parentes ou, ainda, o Ministério Público), o Ministério Público e, em grande parte dos casos, psiquiatras ou

psicólogos que atuam como peritos judiciais. Segundo o Código Civil Brasileiro de 2002, aqueles que “não possuem discernimento” ou “não conseguem exprimir sua vontade” não podem ser considerados “capazes para os atos da vida civil”.

Dessa forma, após um trâmite judicial que envolve interrogatório do juiz, parecer do Ministério Público e na maioria das vezes a realização de perícia, o magistrado decide pela declaração ou não da “incapacidade” do sujeito, a qual pode ser total ou parcial, permanente ou temporária (Venosa, 2007; Pontes de Miranda, 1954). Ao declarar esta “incapacidade”, o juiz nomeia um “curador”, ou seja, uma pessoa que ficará responsável por administrar os bens e/ou a pessoa do interditado. A partir deste momento, o interditado só poderá exercer certos direitos mediante a representação de seu curador.

É importante destacar, que o termo *curatela*, que também é usado pelo poder judiciário para designar tal ação judicial, deriva do latim *curare*, e tem o sentido de *cuidar*. Assim, o *curador*, será aquela pessoa responsável por *cuidar* da pessoa e dos bens do interditado (Venosa, 2007; Medeiros, 2005). Têm-se um ato que objetiva, em última instância, proteger aquele que é considerado vulnerável por não ser “capaz” de realizar os “atos da vida civil” sem a devida representação. O caráter ambíguo da medida estaria justamente no fato de que, para que se atinja essa proteção, o interdito acaba por ter certos direitos negados, como o de representar a si mesmo (Medeiros, 2005), o que promoveria, segundo alguns autores, uma “exclusão pelo papel” no mesmo patamar da exclusão que é feita por meio da internação institucional dos doentes mentais (Chaves, 2013). Estamos diante de uma medida cujas consequências são bastante significativas para a vida do sujeito cuja “incapacidade” é declarada.

É importante salientar ainda que, segundo autores do Direito, a capacidade é presumida, enquanto a “incapacidade” deve ser comprovada (Venosa, 2007). É nesta comprovação que entra em cena o saber da Medicina através da realização de perícias para “avaliação da capacidade” e elaboração de laudos que buscam auxiliar o juiz em sua tomada de decisão. Há, portanto, uma interconexão entre as noções de doença e “capacidade civil” (Zarias, 2005), aonde a perda de discernimento para gerir sua vida ou seus bens está comumente ligada a alguma

enfermidade que é responsável por esta perda da “capacidade”. É sobre esta conexão entre doença e capacidade que falarei a seguir.

3 “PROBLEMAS DA CABEÇA”: RELACIONANDO “DOENÇA” E “CAPACIDADE CIVIL”.

As noções de “doença” e “capacidade civil”, segundo o antropólogo Alexandre Zarias (2005), são centrais na interdição civil e onexo-causal entre ambas pode ser observado em diversas fases deste processo. Há uma presunção de que o sujeito que deve ser interditado não só é “incapaz para os atos da vida civil”, mas também é doente e é essa doença que dá causa a “incapacidade”. Segundo o autor, a conexão é tão forte que, ainda que nem todo “doente” seja “incapaz para os atos da vida civil”, todo aquele considerado “incapaz” é “doente” sob a perspectiva dos saberes do Direito e da Medicina.

Tal fato é corroborado pela fala de psicólogas que entrevistei e que atuaram como peritas em casos de interdição elaborando laudos de “avaliação de capacidade” que servem para auxiliar o Juiz em sua tomada de decisão. Segundo elas, a falta de discernimento para os atos da vida civil está comumente relacionada a alguma enfermidade mental descrita pelo CID-10⁵⁴ ou pela DSM⁵⁵. Inclusive afirmaram que para que os laudos que elaboram tenham “validade” para os juízes, ou seja, sejam legitimados, é importante que o sujeito avaliado – nos casos em que opinam de forma favorável a interdição – esteja classificado em uma das doenças descritas por estes sistemas de classificação. Nos casos aqui analisados, falo especificamente de sujeitos que, segundo seus familiares, possuem alguma “doença mental” e que por isso sua interdição foi cogitada. Desta forma, a percepção que estes atores têm sobre o que é um problema mental se mostra crucial para a análise.

⁵⁴ CID- 10 é uma Classificação Internacional de Doenças elaborada pela Organização Mundial de Saúde que busca padronizar a codificação de doenças em geral.

⁵⁵ O DSM, ou *Diagnostic and Statistic Manual of Mental Disorder*, é um manual elaborado pela Associação Americana de Psiquiatria em que estão listados os transtornos mentais e também quais são os critérios para diagnosticá-los.

Não pretendo aqui discorrer longamente sobre a noção de “doença”, mas é importante trazer à tona a diferença entre as noções de *illness* e *disease*⁵⁶ e como estas estão ligadas a questão da “doença mental”. Enquanto a *disease* é a perspectiva do médico sobre a doença, uma racionalidade científica e que se enquadra em um modelo explicativo biomédico, a *illness* seria a experiência humana da doença, o modo como os sujeitos vivem a situação, uma expressão mais subjetiva daquela condição (Ware, 1992; Singer, 2004). Se a *disease* é aquela diagnosticada por um médico em termos biomédicos, a *illness* é a interpretação do paciente sobre a doença. Ao trabalhar com a narrativa dos familiares sobre a possível “doença mental” daquele cuja interdição se está considerando, acessa-se sua visão sobre aquilo que consideram ser a “doença” de seu familiar. Nos dois casos aqui analisados, estamos diante de pessoas que identificaram que seus parentes têm “problemas de cabeça”, ainda que não utilizem os termos biomédicos para descrevê-los. Entretanto, esses “problemas de cabeça” fizeram com que considerassem a interdição de seu parente ou, em última instância, que tenham realizado a sua “interdição de fato”, o que leva a crer que o nexos causal entre as noções de “capacidade” e “doença” tem início antes mesmo do processo judicial. É interessante perceber, também, que minhas interlocutoras falaram não só em “doença”, mas também que seus parentes tinham uma “deficiência”, usando estas duas palavras quase como sinônimos, razão pela qual julgo importante tecer algumas breves considerações também sobre este tema a fim de tornar ainda mais claro o modo como pretendo trabalhar com esta questão ao longo deste trabalho.

A ONU, em dezembro de 2006, elaborou a *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*⁵⁷, que busca garantir os Direitos Humanos daqueles que vivem com alguma deficiência física ou mental. Neste documento, em seu artigo primeiro, a Organização definiu as pessoas com deficiência como aquelas que “tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação

⁵⁶ Optei por não traduzir os termos *illness* e *disease* do Inglês por entender que eles são melhores para a compreensão da diferença entre os modelos explicativos quando se fala de “doença”. No decorrer deste trabalho, entretanto, se usará a noção de “doença” de forma ampla.

⁵⁷ <http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>

plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas”. Deste modo, pessoas que sofrem de alguma “doença mental” estariam sujeitos a esta regulamentação (Szmukler et al, 2014). Note-se, também, que a deficiência passa a ser definida muito mais em caráter político do que biomédico, o que pode ser considerado um avanço desta convenção em relação às anteriores (Diniz, 2009).

A deficiência seria uma limitação de capacidade, se diferenciando da “doença” por ser crônica, ou seja, não sendo passível de cura (White e Ingstad, 1995), diferença esta que não apareceu na fala de minhas interlocutoras. Evidente que, assim como ocorre com a doença, nem toda pessoa deficiente será considerada “incapaz para os atos da vida civil” e tampouco pretendo aqui esgotar a discussão sobre tão vasto tema. Entretanto, o fato de que a palavra aparece no relato de minhas interlocutoras para se referir àqueles de quem cuidam é bastante interessante para que se faça uma análise também a partir desta perspectiva, levando-a para fora do discurso biomédico e trazendo-a a partir da fala de pessoas que convivem com esta experiência e refletindo sobre questões morais que dizem respeito a ela (idem). Este “modelo social da deficiência”, que a vê para além das definições biomédicas e leva em consideração as questões políticas e culturais que a circundam, permite percebê-la como uma nova maneira de se habitar o corpo e tira a questão do âmbito do privado e do cuidado doméstico para a vida pública (Diniz, 2009). O processo de interdição é uma das esferas públicas para qual ela foi trazida (Zarias, 2005).

Além disso, este modo de análise também traz à tona questões como as diferenças entre gênero e condição social ao se lidar com a “deficiência”. Nos casos aqui analisados, estamos diante de cuidadoras mulheres que vivem em uma área pobre e urbana, o que torna relevante a questão não só da atitude em relação à pessoa que se está cuidando, mas também em como a família gerencia os poucos recursos financeiros disponíveis para a economia doméstica (White e Ingstad, 1995). Mesmo fazendo parte da esfera pública, a “deficiência” – e mais especificamente nos casos aqui analisados a “doença mental” – requer uma série de cuidados domésticos e que são, muitas vezes, não remunerados. Para ir a diante na discussão que pretendo travar, é importante discorrer também sobre a

noção de *cuidado* para com aquele considerado *doente* e também sobre a *economia do cuidado* (Zelizer, 2011).

4 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CUIDADO

O cuidado tem sido tema de diversas pesquisas recentes na área da Sociologia e Antropologia e sua recorrência na fala daqueles com quem tenho trabalhado, torna necessário que se teça algumas breves considerações sobre como pretendo abordá-lo em neste trabalho. Segundo as autoras Hirata e Guimarães (2012), o cuidado é tanto uma prática quanto uma disposição moral sendo que “cuidar do outro, preocupar-se, estar atento às suas necessidades, todos esses diferentes significados, relacionados tanto à atitude quanto à ação, estão presente na definição do *care*.” (HIROTA e GUIMARÃES, 2012:1). Salientam, ainda que a noção de *care* reflete realidades sociais distintas em diferentes sociedades.

A questão é amplamente trabalhada por Vivian A. Zelizer em sua obra (2005, 2011), onde define o cuidado como as relações que apresentam “atenção pessoal contínua e/ou intensiva que aumenta o bem-estar daquele que a recebe” (Zelizer, 2011:277 tradução minha). Com esta visão bastante ampla, sua definição acaba abarcando diversos tipos de relações que vão desde a da manicure com a sua cliente até a da mãe com seu filho. É fundamental, todavia, que estejam presentes a intimidade e a pessoalidade da relação e que ela aumente o bem-estar daquele que recebe o cuidado.

Entre outras considerações a autora chama a atenção para as conexões existentes entre *economia* e *cuidado*. Traçando um paralelo entre intimidade e trabalho (*labor*), defende que o cuidado deve ser considerado um trabalho mesmo quando não remunerado e independente de trazer satisfação pessoal. Afirma que para que se possa perceber esta conexão, é necessário acabar com uma visão dicotômica de mundo em que estas duas esferas pertencem a espaços separados e que não se conectam. Nos casos que trago aqui, se está diante do que a autora define como “cuidado não remunerado em ambiente íntimo”, ou seja, casos de sujeitos que cuidam de seus familiares sem receber uma compensação monetária

para tanto. Ainda assim, estamos diante de um trabalho em que relações viáveis estão em constante construção e onde sentidos são negociados a todo o momento (Zelizer, 2011).

Após esta breve contextualização, passo ao foco central deste trabalho: a narrativa de minhas interlocutoras que ao se depararem com casos de possível declaração de incapacidade de seus familiares optaram por não ingressar com a ação judicial. Com isto, pretendo problematizar o uso das noções de *doença*, *cuidado* e *economia* em suas narrativas, a fim de refletir sobre as negociações envolvidas na decisão de se ingressar ou não com o processo judicial de interdição.

5 CUIDADO, DINHEIRO E RELAÇÕES FAMILIARES: A NÃO INTERDIÇÃO DE SILVANA.

Conheci Margarida em um mutirão realizado pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul na Associação Comunitária em maio de 2014. Havia avisado os servidores que pesquisava casos de interdição civil e então eles me chamavam sempre que um destes aparecia para o atendimento. Margarida chegou sorridente e concordou em me contar sua história. Estava ali para saber um pouco mais sobre o que deveria ser feito para sua sobrinha Silvana receber o Benefício de Prestação Continuada (BPC) e foi informada de que para isso o mais fácil seria interdita-la. Falou um pouco sobre seu caso e combinamos de nos encontrarmos em sua casa para conversarmos um pouco melhor. Margarida é moradora da região e vive em uma bonita casa com a fachada pintada de roxo em uma das ruas perto da escola municipal. Recebeu-me na varanda, onde havia uma mesa com quatro cadeiras para que conversássemos e falamos sobre sua família, seu filho e seu marido. Ao lado de sua casa morava seu pai, divorciado de sua mãe, e algumas casas para frente, na mesma rua, morava a mãe com a sobrinha.

Disse-me que sua prima tem 35 anos de idade, mas tem um “retardo” e por isso não pode cuidar de si mesma. Segundo Margarida, Silvana é uma “pessoa muito boa” que já nasceu com esse “retardo”, mas os médicos nunca

conseguiram diagnosticá-la, tanto que “nem toma remédio nem nada”. Para ela, a “deficiência” da prima não era nada muito grave, mas fazia com que ela sequer soubesse dizer o mês em que nasceu ou responder perguntas básicas sobre si e ficasse “dançando e cantando pela rua”. Para a prima, Silvana seria como uma criança e ao falar sobre ela, Margarida com um olhar que misturava complacência e preocupação, exclamou: “tadinha, não entende as coisas”. Contou-me, ainda, que a prima vivia com o pai - tio materno de Margarida-, a mãe e os irmãos naquele local, mas que há cerca de quatro anos o pai morreu e a mãe e os irmãos se mudaram para a praia e nunca mais procuraram Silvana. Como ela não tinha com quem ficar foi morar com a mãe de Margarida, Dona Lindalva, que tem 69 anos de idade e cuida da sobrinha deste então, mesmo com uma renda mensal de apenas um salário mínimo.

Por conta dos escassos recursos financeiros, os outros irmãos de Margarida também acabam “ajudando quando dá, com roupa e coisas”. Como sabiam que Silvana tinha direito a receber um salário porque era “doente”, queriam “entrar na justiça” para que ela recebesse o que tem direito, mas que o problema era convencer a mãe, já que ela “não queria problema com os parentes” ou ser acusada de estar cuidando da sobrinha somente para ficar com o dinheiro dela. Segundo Margarida, a mãe tinha medo que os irmãos de Silvana voltassem e quisessem “pegar as coisas dela” e completou dizendo firmemente que “não pode ter medo, né? O que ia ser dessa mulher se minha mãe não morasse perto? Ninguém nunca veio ver se ela tá bem. Minha mãe é tia de sangue dela, tem direito, é ela quem cuida.”.

Então chegaram a mãe e a sobrinha para nossa conversa. Silvana é magra e pequena, com cabelos pretos curtos e cacheados não aparentava ter a idade que tem. Durante nossa conversa, Margarida e Lindalva fazem várias perguntas para a moça, em algo que me lembrou muito a “avaliação de capacidade” feita pelas peritas nos processos de interdição. Perguntavam sobre a data de seu nascimento, sobre o valor do dinheiro e pediram para que contasse a história da noite em que se perdeu na vizinhança quando foi comprar pão, só sendo encontrada na manhã seguinte depois da família ter passado a noite acordada buscando por ela. Silvana ri ao lembrar que estava dormindo dentro da padaria:

tinha ido até o fundo da loja e não percebeu quando fecharam a porta, como não tinha como sair, acabou dormindo ali mesmo. E foi bastante enfática ao me dizer que “não havia comido nada, nem um pão, porque minha tia me ensinou a não pegar o que é dos outros.” Durante todo nosso encontro, tive a sensação de que tentavam mostrar como de fato Silvana não tinha condições de cuidar de si e que se portava como uma criança.

Nesta conversa ficou clara a percepção que tinham da “doença mental” de Silvana. Algo que elas não sabiam bem o que era, mas que fazia com que se portasse como uma criança, que não soubesse cuidar de si e que, por isso, necessitasse da assistência constante de sua tia. A moça era, segundo a tia e a prima, como uma “criança grande”, que não gostava de tomar banho e sequer sabia trocar o absorvente, que “ia com todo mundo” na rua e que não “sabe das coisas”. Neste caso, conforme as duas, os médicos nunca conseguiram diagnosticar o que de fato havia de errado com sua prima, ainda assim, para ela e para sua mãe, não havia dúvidas quanto à “deficiência” da moça e quanto ao fato de que isso requeria cuidados especiais por parte das duas. Durante a fala das três, pude perceber como a todo instante deixavam claro não só a “incapacidade” de Silvana para cuidar de si mesma, como também o esforço que faziam para cuidar dela, para alimentá-la, vesti-la e garantir a ela a higiene básica.

Note-se que estamos falando de uma família que vive em uma área da cidade de Porto Alegre aonde os recursos financeiros são, na maioria das vezes, escassos. Tanto que Dona Lindalva vive somente com sua aposentadoria de um salário mínimo e é com esse dinheiro que garante não só o cuidado, mas também o sustento de sua sobrinha. Quando Margarida procurou a defensoria para buscar informações sobre o benefício que sua prima poderia ter direito, estava querendo uma ajuda financeira para sua mãe e também, segundo ela, garantir uma maior “liberdade” para a sobrinha. Em nosso encontro, perguntei a Silvana o que faria com o dinheiro se recebesse alguma coisa e ela respondeu que “colocaria os dentes”, pois não possuía os dentes da frente, pegaria um “cartão Tri” (passagem de ônibus antecipada) para “usar no pescoço e poder andar por aí” e o restante daria para a tia, que era quem cuidava dela. O cuidar envolve também um grande encargo financeiro para aquela família e até mesmo Silvana estava ciente disto.

O que havia ali era um cuidado para com a sobrinha que envolve afeto, atenção e o auxílio para as tarefas do dia a dia. A fala e os gestos da tia e prima não deixam dúvida do carinho que têm por ela. Ao comentar algo sobre Silvana, viravam para ela e perguntavam se era assim mesmo, tocavam-lhe o braço e elogiavam as pequenas vitórias dela que agora já ajudava a tia a varrer a casa, ia ao mercado sozinha e estava aprendendo a cozinhar. O tratamento quase infantil dado a ela era retribuído com olhares e caretas que pareciam corroborar a descrição de que a prima parecia uma criança em um corpo de mulher. Mas ainda havia a necessidade de dinheiro. Isso porque o cuidado é uma questão que envolve não só atenção, mas também diz respeito à forma como os recursos familiares serão disponibilizados, assim como a vontade de que esse cuidado seja a prioridade em relação a outras necessidades da família (White e Ingstad, 1995).

A desinstitucionalização que ocorre no Rio Grande do Sul desde os anos 1990 colocou as famílias no centro do cuidado para com aqueles que possuem alguma doença mental. Assim, a família seria um substituto do Estado para prover o cuidado – e quando necessário também o tratamento – daqueles que necessitam (Biehl, 2008). E é claro que estas atribuições geram onerações financeiras que o Estado busca sanar através do pagamento do Benefício de Prestação Continuada (BPC) no valor de um salário mínimo mensal. Era este auxílio financeiro que Margarida estava buscando quando procurou a Defensoria Pública e foi aconselhada a interditar sua prima. A *economia* e o *cuidado* têm muitos pontos de intersecção, sendo possível falar, nos termos de Vivian a. Zelizer (2011) em uma *“economia do cuidado”*. Filio-me ao seu entendimento quando coloca que estas chamadas relações de cuidado aumentam o bem estar daqueles que a recebem e que é preciso estar atenta a todas as dimensões desta relação – a qual também envolve fatores econômicos – para se capturar sua essência.

No caso em questão, estamos falando de uma família com poucos recursos financeiros, cujo cuidado para com a sobrinha representa sacrifícios em termos econômicos. Entretanto, dias após a conversa que tivemos em sua casa, Margarida me disse que a mãe havia decidido não acionar o poder judiciário, não pedir a interdição e sequer o benefício para sua sobrinha. Segundo ela, Dona

Lindalva “não queria se incomodar” e tinha medo que os irmãos de Silvana ou a mãe da moça aparecessem depois e “criassem confusão” com ela. Preferiu não causar nenhum problema nem para ela e nem para sobrinha, pois temia ser acusada de que estivesse cuidado dela somente para “ganhar dinheiro”. Além disso, receava que a tirassem de sua casa, aonde sabia que estava bem assistida. Seguiria cuidando da sobrinha da maneira que pode e que fez até então.

6 “E SE EU MORRER QUEM VAI CUIDAR DELE?”: A “INTERDIÇÃO DE FATO” DE JAIR.

Dona Jurema é uma senhora com mais de 60 anos, pequena e com um leve sobrepeso, caminha com certa dificuldade por conta de dores na perna. Trabalhou a vida inteira como doméstica e camareira, depois de muitos anos se aposentou e agora vive com o dinheiro de sua aposentadoria de um salário mínimo. Disse-me que já trabalhou muito nessa vida e por isso agora quer só saber de descansar. Sempre que a vejo está vestindo alguma camiseta promocional e carrega uma sacola ecológica com seus pertences. Durante este ano em que venho desenvolvendo minha pesquisa, conversei diversas vezes com ela sobre os mais variados assuntos, mas foi a situação de seu filho que nos aproximou pela primeira vez.

Conhecemo-nos na Associação Comunitária depois de ter sido aconselhada a procura-la para falar sobre seu filho. Desde então tivemos muitas conversas informais e uma entrevista, onde pude saber muita coisa sobre ela e seu filho, de modo que a ordem dos fatos que passo a narrar não são exatamente a ordem em que eles me foram contados. Segundo Jurema, seu filho Jair ficou muito tempo preso no presídio de Charqueadas por ter assassinado um carteiro. Para ela, Jair fora condenado injustamente, pois o crime teria sido cometido por dois vizinhos com os quais ele costumava andar apesar da insistência da mãe para que não convivesse com aquelas pessoas. Como ele era, segundo ela, o mais bobo dos três, os outros dois teriam cometido o crime e ele acabou sendo

acusado e condenado injustamente. Por esse motivo, teria ficado dezenove anos encarcerado e “teria perdido sua juventude naquele lugar”.

Jair hoje é morador de rua e vive pelo centro de Porto Alegre, normalmente perto do Mercado Público, mas Jurema nem sempre sabe aonde encontra-lo. Segundo ela, “o juiz teria visto” que ele era inocente, mas que não teria dado para “soltar direto”, porque ele “ficou com problemas na cabeça” e começou a usar drogas na cadeia. Por isso foi encaminhado para o Instituto Psiquiátrico Forense (IPF), onde ficou internado por mais alguns anos. Durante este período, Jurema lutou para conseguir o Benefício de Prestação Continuada (BPC) para o filho, indo diversas vezes ao Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) para solicitar a realização de perícias. Com um misto de revolta pelo ocorrido e orgulho por ter enfim atingindo seu objetivo, contou sua saga de idas e vindas a pé do IPF até a sede do INSS, de como duas perícias haviam sido realizadas dizendo que Jair não tinha problema nenhum e que “como as perícias estavam marcadas para domingo” ela desconfiou e resolveu “procurar a justiça”. Quando o poder judiciário foi acionado teria sido percebido que aqueles médicos que haviam feito as perícias anteriores sequer estavam vinculados ao IPF, foram realizadas três novas perícias e foi comprovado que Jair não poderia viver uma vida “independente” e por isso passou a receber o benefício mensal no valor de um salário mínimo.

Apesar do esforço de sua mãe, ele não volta para casa em razão dos “problemas de cabeça” e do uso contínuo de drogas. Estes “problemas” – a doença em si e também o vício em entorpecentes – teriam se desenvolvido no presídio e Jurema diz que são decorrentes de ter perdido a juventude preso por um crime que não cometeu. A mãe já o internou algumas vezes depois que ele voltou às ruas, mas como a determinação judicial é para que fique “três semanas e depois tem que sair, não adianta para nada”. Disse que não deu o endereço e nem o telefone para o filho, pois senão ele a fica importunando para conseguir dinheiro para as drogas, mas construiu uma casa para ele em outra localidade e que essa ele sabe onde é e “só não vai porque não quer”. Quando perguntei se seu filho era interditado ela me respondeu de forma categórica que não. Achei curioso e não entendi muito bem a razão. Quando a indaguei, Jurema afirmou

que já era velha demais e que algo podia acontecer com ela antes do que com seu filho e “se eu morrer, quem vai cuidar dele?”. Por isso preferiu, segundo ela, não fazer a interdição formal do filho.

Mas é Dona Jurema quem administra o dinheiro de Jair e quem, da maneira que pode, zela por seu cuidado. Por seu envolvimento com drogas, não deixa o cartão do banco com ele e é ela quem vai todo mês sacar o dinheiro do filho e o entrega aos poucos. A cada dois ou três dias, enche sua sacola com roupas limpas de Jair, pega cerca de R\$ 50 ou R\$ 70 reais e vai de ônibus até o centro de Porto Alegre o procurar. Costumava levar comida também, mas um dia viu que ele dividia o que ela levava com os animais e “até com uma prostituta” que ficava na mesma praça que ele. Desde aquele dia parou de levar alimentos, pois “não ia ela deixar de comer para que ele entregasse a comida para aquela mulher.” Temos aqui um exemplo daquilo que Zelizer (2011) chamou de máximo da “atenção pessoal contínua e/ou intensiva”: o cuidado da mãe para com o filho.

Preocupada com o que aconteceria com Jair se algo acontecesse com ela antes dele falecer, Jurema optou por não interditá-lo. Ainda assim, ficava com todos seus documentos e cartões com medo de que ele os perdesse, gastasse todo dinheiro de uma só vez ou que os deixasse em “uma boca” em troca de drogas. O aspecto econômico também está presente neste caso, pois o filho recebe um benefício mensal no valor de um salário mínimo e é esse dinheiro que garante o seu sustento. Jurema me disse que muitas pessoas a acusam de usar o dinheiro do filho, de ficar com tudo para ela, mas afirmou não se importar com o que falam, pois somente ela pode saber tudo que faz para cuidar de Jair.

O que faz com o dinheiro de seu filho, na realidade, é muito próximo daquilo que acontece nos casos em que há a interdição: o “curador” passa a ser responsável pelos bens do interditado que não possui o discernimento para gerir sua vida e seus bens. Trata-se de um processo judicial em que se busca, segundo alguns autores do Direito, da Assistência Social e da Antropologia a proteção do sujeito que não mais pode responder por suas ações e deve, assim, ser representado (Venosa, 2007; Medeiros, 2005; Zarias, 2005). Ainda assim, Jurema optou por não interditar o filho justamente para protegê-lo no caso de algo acontecer com ela. A não interdição do filho era também um ato de cuidado.

Mesmo não morando com Jair, todo dia primeiro do mês, ela vai até o banco para receber o benefício do filho e a cada dois dias vai até o centro de Porto Alegre para assegurar-se de que ele está bem, de que terá roupas limpas e dinheiro para sobreviver durante os próximos dias. A saúde mental de seu filho é, segundo ela, problemática, o que o torna agressivo e desconfiado e, os anos em que esteve preso, o tornaram não só “doente da cabeça”, mas também usuário de drogas. É ela quem vai até o posto de saúde “pegar com a médica” os remédios que Jair deve tomar e que vai entregando aos poucos ao filho e dizendo toda a vez como ele deve toma-los. Aqui, ao contrário do caso anterior, há um diagnóstico médico que corrobora o entendimento de Jurema e que garantiu a seu filho a concessão do benefício mensal, mas ainda assim cabe a ela o seu cuidado.

Como já mencionei, o cuidado tem sido cada vez mais deixado a cargo do ambiente doméstico e das famílias, fenômeno este que não ocorre somente no Brasil, mas também em outros países como Canada, Estados Unidos, França e Reino Unido (Zelizer, 2011; Weber, 2006; Armstrong, 2005). E o peso do cuidado para com os familiares em ambientes domésticos usualmente recai sobre as mulheres (White e Ingstad, 1995; Weber, 2006). Segundo Hirata e Guimarães (2012), no Brasil, questões referentes ao cuidar têm sido ligadas ao feminino, principalmente quando estamos falando do cuidado familiar, o qual não é profissionalizado e independe de remuneração. E em comunidades periféricas de baixa renda como na qual venho realizando minha pesquisa, esse cuidado é muitas vezes relegado às mulheres mais velhas, que já não mais trabalham em razão da idade avançada e, na maioria das vezes, vivem com a renda de sua aposentadoria ou de pensão deixada por seu cônjuge. É isto que ocorre nos dois casos aqui apresentados, o que faz com que a tarefa que lhes foi designada acabe exigindo sacrifícios não só econômicos, mas também físicos.

Ainda assim, em nenhum momento na fala destas mulheres percebi qualquer sentimento de revolta ou indignação pela tarefa de cuidar. Pelo contrário, cuidar de seus parentes – filho e sobrinha - consideravam “doentes mentais”, daqueles que não podem, segundo elas, administrar a própria vida e bens sem seu auxílio é o que deve ser feito. Coube a elas, dentro da dinâmica

familiar em que estão inseridas, este papel. A própria ideia de não interditar aqueles de quem cuidam se mostrou como um ato de proteção para com eles e também para com elas próprias. Ainda que a “incapacidade” seja evidente para elas, a interdição não se justifica.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mais do que tecer conclusões, com este trabalho busquei refletir sobre a experiência de famílias que se deparam com um possível caso de interdição e sobre as negociações e interesses envolvidos na tomada de decisão em não ingressar com o processo judicial. Trabalhar a “interdição civil” a partir de casos de “não interdição” se mostra interessante para refletir sobre as formas como a “incapacidade” é negociada e vivenciada pelos atores que se deparam com esta situação. Nos casos aqui apresentados, as noções de *cuidado*, *doença* e *economia* apareceram de forma direta e indireta tanto na fala como na prática de minhas interlocutoras, o que mês pensa-las como “categorias cruciais” (Kleinmann, 1995) para pensar o mundo local do qual fazem parte.

O modo como estas famílias percebem e experienciam a *doença* mental de um de seus membros, independente da existência de laudo médico que a corrobore, é fundamental para a forma como lidam com a situação. Isto acaba afetando o *cuidado* que tem com eles, a forma como demonstram e praticam este ato de cuidar, bem como trazendo implicações tanto para as relações familiares quanto para a *economia* familiar. E todas estas dimensões estão fortemente relacionadas a decisão destas famílias pela não interdição daqueles que consideram, conforme pude perceber por meio de suas falas e práticas, “incapazes” de um modo que muito se assemelha a noção trazida pelo poder judiciário, ou seja, pessoas que não possuem o discernimento necessário para gerir sua vida e/ou bens. Coube a Jurema e Lindalva determinar que Jair e Silvana não possuíam a capacidade necessária, incumbindo-se do papel de suas cuidadoras de uma forma que muito se assemelha aquele dos *curadores* designados pela justiça nos processos de interdição civil. Foi a experiência destas famílias que busquei acessar com este trabalho.

REFERÊNCIAS

- BIEHL, J. (2008), “*Antropologia do devir: psicofármacos – abandono social – desejo*”. **Revista de Antropologia**. Vol. 51, n. 2. SP, USP, 2008, p. 413- 449.
- BRASIL (2012). Código Civil. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 5 ed. São Paulo: Saraiva.**
- CHAVES, L. L. (2013). **Loucura e Experiência**: Seguindo loucos de rua e suas relevâncias. Tese de Doutorado, Brasília. UnB:Departamento de Antropologia.
- DINIZ, D.; BARBOSA, L.; SANTOS, W. R. dos. (2009) “Deficiência, direitos humanos e justiça.” **Sur, Rev. int. direitos humanos**. Disponível http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200004&lng=en&nrm=iso. [Consultado em 10-12-2014]
- KLEINMAN, A. e KLEINMAN, J. (1995), “Suffering and its Professional Transformation: Toward and Ethnography of Interpersonal Experience”. *In*: A. Kleinmann (org.), **Writing at the Margin**. Berkeley: University of California Press, pp. 275-301.
- MARTIN, E. (2007). **Bipolar Expeditions**: mania and depression in American culture. Princeton: Princeton University Press.
- MEDEIROS, M. B. de M. (2005), **Interdição**: proteção ou exclusão. Tese de doutorado, Porto Alegre: Programa de pós-graduação em serviço social, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU]. 2006a. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Doc. A/61/611, Nova Iorque, 13 dez.
- PONTES DE MIRANDA (1954). **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I, Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi.
- SHAKESPEARE, T. (1999), “The Sexual Politics of Disabled Masculinity”. **Sexuality and Disability**. Vol. 17. N.º 1, pp. 53-64
- SZMUKLER, G.; DAW, R.; CALLARD, F. (2014) *Mental health law and the UN Convention on the rights of persons with disabilities*. *International Journal of Law and Psychiatry*, 37, pp. 245-252.
- VENOSA, S. S (2007). **Direito Civil**: Direito de Família. Coleção Direito Civil. V. 6. 7ed. São Paulo: Atlas.
- WEBER, F. (2006). Lares de cuidado e linhas de sucessão: algumas indicações etnográficas na França, hoje. **Mana**, 12(2), Disponível em

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132006000200009&lng=en&tlng=pt. 10.1590/S0104-93132006000200009.
[consultado em 10 de dezembro de 2014].

WHITE, S.; INGSTAD, B. (1995) **Disability and Culture**. Berkeley: University of California Press.

ZELIZER, V. A. (2011), **Economic Lives**: How culture shapes the economy. Princeton: Princeton University Press.

ZARIAS, A. (2005), **Negócio Público e Interesses Privado**: a interdição civil e os dramas de família. São Paulo: Hucitec/Anpocs.

REFLEXOS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA NO DIREITO PRIVADO: CRISE DA CONFIANÇA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Caroline Nogueira Teixeira de Menezes

Maristela Medina Faria

RESUMO: A complexidade da realidade econômica, política e social exige uma nova abordagem da ciência jurídica. Isso implica na necessidade de revisão da própria estrutura de organização e aplicação do Direito, criando assim uma nova metodologia jurídica, bem como, uma nova abordagem a respeito das mudanças ocorridas no campo do direito no contexto da pós-modernidade. Dessa forma, o presente estudo pretende analisar como as mudanças da sociedade contemporânea influenciaram para uma crise da confiança nas relações de consumo. A confiança é o princípio diretriz da sociedade, sobretudo nas relações contratuais. No entanto, no contexto da sociedade hipercomplexa, apenas os mecanismos tradicionais de interação não são suficientes para garantia da confiança, o que ocasiona uma "crise" generalizada. Diante disso, destaca-se os instrumentos do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que deve prevalecer uma interpretação protetiva e justa para os mais fracos a fim de propiciar uma real promoção dos direitos fundamentais. Para tanto, este trabalho dogmático utilizará método de abordagem indutivo e método de procedimento monográfico bibliográfico e documental.

PALAVRAS-CHAVE: sociedade contemporânea; contratos de consumo; confiança.

1 INTRODUÇÃO

É um fenômeno mundial a sensação de incerteza e insegurança, bem como um ambiente de complexidade e imprevisibilidade inerente à sociedade contemporânea. Autores denominam esta sociedade com diferentes termos, como “era global”⁵⁸ (Martin Albrow), “modernidade tardia”⁵⁹ (Anthony Giddens),

58O autor em seu livro *The Global Age* irá discorrer sobre aspectos da modernidade, bem como da sociedade contemporânea que a denominará de “era global”.

59Em um de seus artigos intitulado de “Risco, confiança, reflexividade” no livro “Modernização Reflexiva” Giddens denomina a sociedade contemporânea de modernidade reflexiva ou modernidade tardia.

“modernidade líquida⁶⁰” (Zygmunt Bauman), “sociedade de risco”⁶¹ (Ulrich Beck) entre outros termos, mas é consenso entre eles que os indivíduos estão vivenciando profundas contradições e paradoxos e que ao mesmo tempo em que estão envolvidos em um sentimento de esperança se tornam desesperançosos.

A sociedade contemporânea possui uma extrema complexidade e é marcada por grandes transformações sociais, políticas, culturais e jurídicas. Este contexto ocasiona grandes incertezas na sociedade e faz com que muitas práticas habitualmente adotadas na típica modernidade se tornem ineficientes, inadequadas e até mesmo obsoletas para a nova conjuntura social.

Isso acarreta uma revisão nas condutas e práticas que os indivíduos tradicionalmente se utilizam, a fim de se adaptarem à realidade de uma sociedade hiperglobalizada⁶². Este tipo de sociedade é o principal sinal de que os tempos mudaram e uma nova percepção da sociedade deve ser adotada.

Não há como falar de pós-modernidade sem falar de sociedade de consumo e de consumidor, os quais são os sujeitos ativos deste fenômeno, o estudo dos riscos está intimamente ligado à análise das relações de consumo, já que, obviamente, quando o fornecedor lança no mercado um produto ou um serviço, junto com eles lança também possíveis riscos à saúde e à segurança dos seus consumidores.

Com efeito, o que se vê, atualmente é a produção em larga escala, com os objetivos de superação de lucro e alcance de um número cada vez maior de consumidores. É a busca, sem precedentes, pelo lucro, que faz com que o fornecedor deixe de pensar na qualidade e na segurança dos produtos e serviços que está colocando no mercado de consumo, aumentando os riscos e,

60Bauman no livro “Bauman sobre Bauman: diálogos com Keith Tester” defende a utilização da terminologia “modernidade líquida” para denominar a sociedade contemporânea.

61Ulrich Beck, por sua vez, quando se refere ao estágio atual da sociedade, utiliza o termo “sociedade de risco”. Conferir: BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Ed.34.São Paulo, 2010.

62Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 26) entende que “os processos de globalização mostram-nos que estamos perante um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo.” Por sua vez, Giddens (1991, p.60) define globalização como “a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa. Este é um processo dialético porque tais acontecimentos locais podem se deslocar numa direção anversa às relações muito distanciadas que os modelam.”

consequentemente diminuindo a confiança nestas relações. Surge assim a necessidade de olhar o direito das relações de consumo de forma diferente, embora com a utilização de princípios modernos e pós-modernos como a boa-fé objetiva e a informação.

Assim, o presente estudo tem como escopo analisar como as mudanças da sociedade contemporânea influenciaram para uma crise da confiança nas relações de consumo, bem como quais tem sido as medidas adotadas na tentativa de sanar as consequências negativas advindas do atual contexto.

Para tanto, em um primeiro momento será feito a análise da sociedade moderna e a sua relação com o Direito. Em um segundo momento será analisado o contexto da sociedade contemporânea e o surgimento de uma sociedade de consumo, para enfim analisar a crise da confiança nas relações de consumo. No presente trabalho dogmático será utilizado o método de abordagem indutivo e método de procedimento monográfico bibliográfico e documental.

2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A MODERNIDADE E O DIREITO

A sociedade, no momento moderno, estava fortemente caracterizada por homens que se ergueram a partir da inabalável confiança na habilidade humana e na crença da superioridade da razão sobre as forças da natureza, explodindo assim, os grandes projetos da humanidade (BAUMAN, 2011, p. 85).

Este pensamento foi a base do ideário moderno. Como consequência deste excesso de confiança, a “modernidade, trouxe a sensação avassaladora de fragmentação, efemeridade e mudança caótica” (HARVEY, 1992, p. 21). Ou seja, para Bradbury e McFarlane (1976, p. 46 apud HARVEY, 1992, p. 32) a modernidade, tratava-se, na concepção daqueles que viveram tais mudanças:

de uma extraordinária combinação entre o futurista e o niilista, o revolucionário e o conservador, o naturalista e o simbolista, o romântico e o clássico. Foi a celebração de uma era tecnológica e a sua condenação; uma excitada aceitação da crença de que os velhos regimes da cultura tinham chegado ao fim e a um profundo desespero diante desse temor; uma mistura de convicções de que as novas formas eram fugas do historicismo e das pressões da época com convicções de que essas formas eram precisamente a expressão viva dessas coisas.

Embora o termo “modernidade” seja bem mais antigo ao da época aqui abordada, este termo ganhou enfoque apenas no século XVIII, a partir do esforço dos pensadores iluministas em buscar um conhecimento baseado na razão pura, em verdades absolutas, nos ideais de ordem e progresso, na emancipação humana e, principalmente, na busca para compensar as limitações do conhecimento religioso, filosófico e do senso comum que predominavam até então.

Nesse sentido, a exaltação da ordem como uma desejável realização capaz de construir um mundo estável, seguro, coerente, sólido e puro eram uma das mais importantes pretensões modernas. Inclusive, alguns escritores da época, como alegou Habermas (apud HARVEY, 2010, p. 23), estavam tão possuídos “da extravagante expectativa de que as artes e ciências iriam promover não somente o controle das forças naturais como também a compreensão do mundo e do eu, o progresso moral, a justiça das instituições e até a felicidade dos seres humanos” que se esqueceram dos males que daí poderiam surgir.

Neste contexto, o julgador, ao interpretar a lei, deveria ater-se à literalidade do texto legal, para que não invadisse a seara do Poder Legislativo. O juiz deveria restringir-se à vontade da lei e a aplicação do direito seria amparada no dogma da subsunção, pelo que o raciocínio jurídico consistiria na estruturação de um silogismo.

O direito, no momento moderno, era fortemente caracterizado pela dicotomia existente entre direito público e direito privado. Nesta perspectiva, um dos traços fundamentais do direito privado era regular as relações jurídicas entre particulares, ambiente este totalmente dominado pela autonomia da vontade, enquanto que o direito público era responsável por regular as atividades relacionadas à vontade do Estado⁶³. Esta ideologia tem sua origem no direito romano (FACCHINI NETO, 2010, p. 40).

⁶³No século XVIII a dicotomia entre a esfera pública e a esfera privada se apresenta na forma de separação entre sociedade política e sociedade econômica. A sociedade política era representada pelos *citoyen*, que representavam os interesses públicos, já os *bourgeois* representavam a sociedade econômica que defendiam apenas seus interesses privados. O ambiente dicotômico, Estado e Sociedade, Política e Economia, direito e Moral, também propicia uma maior distinção entre as esferas pública e privada, favorecendo também a divisão entre o direito público e o direito privado (FACCHINI NETO, p.2010, p. 40).

Neste sentido, Tepedino (2011, p. 259) afirma que:

as relações do direito público com o direito privado apresentam-se bem definidas. O direito privado insere-se no âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos. O direito público é aquele emanado pelo Estado para a tutela de interesses gerais. As duas esferas são quase impermeáveis, atribuindo-se ao Estado o poder de impor limites aos direitos dos indivíduos somente em razão de exigências dos próprios indivíduos.

Fica claro que, as relações privadas na sociedade da era moderna são marcadas por uma forte concepção de propriedade absoluta e plena, bem como total liberdade contratual, seria o que Facchini Neto (2010, p. 42) chamou de “reino da não intervenção estatal”.

Importante contribuição para demonstração deste contexto é trazida por Benjamin Constant (s/d, s/p.) que faz uma interessante distinção entre a liberdade dos antigos e dos modernos. Segundo o autor, a liberdade dos antigos se resumia à possibilidade de participação nos processos das decisões políticas mais importantes para a sociedade política, produzindo as normas gerais, bem como julgando os casos concretos. Por outro lado, a liberdade dos modernos está na simples possibilidade de o indivíduo guiar sua vida livremente, sem nenhuma intervenção estatal. O indivíduo é o soberano das decisões referentes à sua vida privada, daí advém a noção de autonomia privada do direito privado.

Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (2012, p.23) afirmam que para o direito privado moderno:

O sujeito de direito foi tomado como sujeito racional e livre, que dotado das condições necessárias pode, especialmente nas relações jurídicas de direito privado, autoregrar a sua vida. Única exceção ao sistema foi a admissão do regime de incapacidade de fato, em que a perda do discernimento pessoal e, ainda, a necessidade de proteção da pessoa contra si mesma, deixava de reconhecer-lhe capacidade para conduzir a própria vida, conforme grau de comprometimento das suas condições pessoais.

Com efeito, o direito moderno era pautado, principalmente, sobre o ideal liberal de que todos os indivíduos são totalmente iguais em direitos e deveres e, portanto devem estar submetidos ao mesmo direito. Esse ideal que permeou todo o desenvolvimento da sociedade na época moderna impossibilitava o tratamento diferenciado entre as pessoas que estivessem sujeitas ao direito (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 22).

Em síntese, pode-se afirmar que a sociedade da época moderna é marcada por um Estado Liberal, mais preocupado com o ideal de liberdade entre os indivíduos e tendo o Estado como inimigo dos cidadãos (BONAVIDES, 2004, p.40). Além disso, como sociedade de menor complexidade, era caracterizada, principalmente, por conflitos individuais, bem como pelo domínio do ideal positivista.

No entanto, esta arrogância típica do espírito moderno provocou uma espécie de cegueira a respeito das consequências de todas as novas descobertas e avanços deste período, impedindo-os de vislumbrar os problemas que o progresso prometido poderia provocar. Consequência disso foi uma sociedade desencantada, exausta das metanarrativas e em busca de um modo de vida menos coletivo e mais individual, mais leve e consumista, mais líquido e frenético, denominados por alguns de pós-modernidade (HARVEY, 1992, p. 44)⁶⁴.

3 UMA ANÁLISE DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: O SURGIMENTO DE UMA SOCIEDADE DE CONSUMO

Longe de discorrer sobre todas as correntes de pensamento ou de se atrever a conceituar tal expressão, já que vai depender da intenção de valorizá-la ou criticá-la, parte-se da ideia que a “pós-modernidade” é uma realidade, mas ainda tem-se muitos resquícios da modernidade.

Neste sentido, para Bittar (2008, p. 133-134):

A pós-modernidade chega para se instalar definitivamente, mas a modernidade ainda não deixou de estar presente entre nós, e isto é fato. Suas verdades, seus preceitos, seus princípios, suas instituições, seus valores (impregnados do ideário burguês, capitalista e liberal), ainda permeiam grande parte das práticas institucionais e sociais, de modo que a simples superação imediata da modernidade é ilusão. Obviamente, nenhum processo histórico instaura uma nova ordem, ou uma nova fonte de inspiração de valores sociais, do dia para a noite, e o viver transitivo é exatamente um viver intertemporal, ou seja, entre dois tempos, entre dois universos de valores – enfim, entre passado erodido e presente multifário.

⁶⁴Harvey (1992, p. 44) defende que: “Quanto ao sentido do termo, talvez só haja concordância em afirmar que o ‘pós-modernismo’ representa alguma espécie de reação ao modernismo ou de afastamento dele. Como o sentido de modernismo também é muito confuso, a reação ou afastamento conhecido como ‘pós-modernismo’ o é duplamente.”

Santos (1999, p.77) sustenta que há um descompasso entre o excesso por um lado e a insuficiência por outro e isso é o principal responsável pela atual situação. Esta é para o autor a fase de transição marcada por uma sensação de crise e:

[...] como todas as transições são simultaneamente semi-cegas e semi-invisíveis, não é possível nomear adequadamente a presente situação. Por esta razão, lhe tem sido dado o nome inadequado de pós-modernidade. Mas à falta de melhor, é um nome autêntico na sua inadequação.

Não é possível afirmar que a era moderna acabou, já que na sociedade contemporânea muitos aspectos típicos da modernidade ainda estão fortemente estáveis, daí a incoerência do termo “pós-modernidade”, mas pode-se afirmar que vive-se uma situação de transição, de mudanças de perspectivas e de paradigmas, de modo que a simples superação da modernidade é mera ilusão. Para Sarmiento (2010, p. 45):

[...] de fato existe uma crise na Modernidade, gerada sobretudo pela tendência alienante da razão instrumental. Mas parece-nos que, ao invés de abandonar o ideário da Modernidade, deve-se aprofundá-lo, sobretudo nas sociedades periféricas [...]. É preciso, neste sentido, adotar um conceito mais alargado de razão, que se proponha a discutir criticamente também os fins da ação humana, o que a razão instrumental positivista se negava a fazer. E, a partir de uma perspectiva racional, cumpre insistir, mais e mais na luta pela implementação dos grandes valores do iluminismo, de liberdade, igualdade, democracia e solidariedade.

O fato é que, não há unanimidade no termo a ser utilizado para denominar o atual estágio da sociedade, e esse é justamente um dos sinais da contemporaneidade, qual seja, a falta de consenso (BITTAR, 2008, p.132). O único consenso que há é a sensação de incerteza e insegurança, bem como um ambiente de complexidade e imprevisibilidade.

Uma tendência deste cenário é o problema de identidade, da falta de pontos de referências duradouros e sólidos como consequência da liquidez dos conceitos, pois como estes são flexíveis, fluidos e incertos ocasiona um esvaziamento não só dos conceitos predominantes (ordem e progresso, por exemplo), mas também de todo alicerce da sociedade.

Bauman (2011, p. 70) sustenta que:

[...] dificilmente há um ponto de referência único, no qual a atenção poderia ser fixada de forma segura e confiável, absolvendo aqueles que buscam a orientação do irritante dever de vigilância constante e a incessante retração de passos já dados ou até então só pretendidos.

Nenhuma orientação disponível parece ter expectativa de vida mais longa que as próprias pessoas em busca de orientação, por mais abominavelmente curtas que suas próprias vidas corpóreas possam ser.

Vivencia-se uma evolução científica que traz inerente riscos⁶⁵ imprevisíveis, os quais estão a prescrever uma nova reformulação das práticas e procedimentos tradicionalmente utilizados na sociedade e a atual situação demonstrou que o desenvolvimento da ciência e da técnica não poderiam dar conta dos riscos que elas mesmas contribuíram para criar⁶⁶.

Beck (2006, p. 1) afirma que:

[...] com nossas decisões passadas sobre energia atômica e nossas decisões presentes sobre o uso de tecnologia genética, genética humana, nanotecnologia e ciência informática, desencadeamos consequências imprevisíveis, incontroláveis e certamente até incomunicáveis que ameaçam a vida na Terra.

Na sociedade contemporânea hiperglobalizada, de nada valeria os mecanismos próprios do direito público para proteção dos direitos humanos se não houvesse uma atuação conjunta também da atividade econômica privada, assim, tanto as políticas públicas quanto a atividade econômica privada devem estar sujeitas ao controle jurídico, já que estes mecanismos podem intensificar ainda mais a exclusão social, bem como o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamental em um Estado Democrático de Direito (TEPEDINO, 2009, p. 43). Desta feita, na sociedade contemporânea, superada está a clássica dicotomia existente na sociedade moderna entre direito público e direito privado.

Na atualidade há uma enorme diversificação, bem como intensificação das demandas da pessoa humana sendo que o status normativo não é capaz de acompanhar toda esta dinâmica da sociedade tecnológica, isso porque muitas

65Beck (Incertezas fabricadas: entrevista. [22 de maio de 2006]. **Revista IHU On-Line**, no. 181) defende que: “[...] Quando falo de ‘sociedade de risco’, é nesse último sentido de incertezas fabricadas. Essas ‘verdadeiras’ incertezas, reforçadas por rápidas inovações tecnológicas e respostas sociais aceleradas, estão criando uma nova paisagem de risco global. Em todas essas novas tecnologias incertas de risco, estamos separados da possibilidade e dos resultados por um oceano de ignorância.”

66Para Beck (Incertezas fabricadas: entrevista. [22 de maio de 2006]. **Revista IHU On-Line**, no. 181): “[...] A novidade da sociedade de risco repousa no fato de que nossas decisões civilizacionais envolvem consequências e perigos globais, e isso contradiz radicalmente a linguagem institucionalizada do controle – e mesmo a promessa de controle – que é irradiada ao público global na eventualidade de catástrofe (como em Cherrnoby e também nos ataques terroristas - terror attacks - sobre Nova Iorque e Washington)”.

vezes se apresenta excessivamente rígido, arcaico e totalmente dissonante da realidade que vivência (TEPEDINO, 2009, p. 44).

A confiança, então, passa a ser fundamental nesta *sociedade de risco*, neste trabalho, especialmente, quanto aos riscos produzidos pela sociedade e contra ela em função dos produtos e serviços oferecidos ao consumidor, salientando o papel da confiança para eventualmente mitigar o risco ou a sensação de sua existência.

Além disso, na sociedade contemporânea “alguns aspectos da sociedade industrial tornam-se *social e politicamente* problemáticos”, dessa forma, a sociedade toma algumas decisões e pratica ações, baseando-se nos padrões da antiga sociedade industrial, por outro lado, o sistema judicial e a política são tomados por debates típicos do dinamismo da pós-modernidade (BECK, 1997, p.16).

Para Norberto Bobbio (2004, p.211):

o tempo vivido não é o tempo real: algumas vezes pode ser mais rápido; algumas vezes mais lento. As transformações do mundo que vivenciamos nos últimos anos, sejam por causa da precipitação da crise de um sistema de poder que parecia muito sólido e, alias, ambicionava representar o futuro do planeta, seja por causa da rapidez dos progressos técnicos, suscitam em nós o duplice estado de espírito do encurtamento e da aceleração dos tempos. Sentimo-nos às vezes à beira do abismo e a catástrofe impende. Nós nos salvaremos? Como nos salvaremos? Quem nos salvará?

Com os olhos atentos, percebe-se novos contextos, novos hábitos. Assiste-se a uma flexibilização do monopólio estatal de produção de normas de conduta em prol de um pluralismo jurídico, cujas fontes não estatais não se submetem aos mecanismos de legitimação democrática da lei, causando assim, um grande desconforto para as massas.

O espaço público e privado cada vez mais se confundem, pois “defronte de tantas alterações, direito privado e direito público tiveram modificados seus significados originários: o privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão.” (TEPEDINO, 2011, p. 261).

Ademais, a sociedade se torna uma sociedade de consumo, a qual se baseia na “promessa de satisfazer os desejos humanos em um grau que nenhuma sociedade do passado pôde alcançar” (BAUMAN, 2008, p. 63), de

forma que o consumo se torna a forma do indivíduo não ser excluído do meio social.

Para Bauman (2011, p.65):

Vivemos hoje numa sociedade global de consumidores, e os padrões de comportamento de consumo só podem afetar todos os outros aspectos de nossa vida, inclusive a vida de trabalho e de família. Somos todos pressionados a consumir mais, e, nesse percurso, nós mesmos nos tornamos produtos nos mercados de consumo e de trabalho.

Este período, ainda é marcado pela massificação dos contratos, bem como a "incorporação de milhões de pessoas ao mercado de consumo e a necessidade do estabelecimento de práticas comerciais e contratuais com todos estes novos potenciais contratantes, a necessidade de estipulação de contratos padronizados, [...]" (MIRAGEM, 2013, p. 274) faz surgir "a própria identidade desta massa de contratantes dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo, os consumidores." (MIRAGEM, 2013, p. 274).

Na sociedade atual o consumidor adquiriu um status de grande importância, sendo um dos principais atores sociais, como defende Marques (2013, p.04):

Fora essa inferioridade e submissão estrutural na relação contratual e esse desequilíbrio de forças típicos da sociedade de informação e de risco, hoje em dia se deve proteger o consumidor, não somente porque este é um player (ator) econômico importante da globalização, mas porque ele é – e aqui quero defender esta tese – um símbolo da globalização, ser consumidor é um novo papel sociológico na sociedade atual: ser consumidor faz parte da "vida normal" de hoje, é a atual imagem de pessoa ou de indivíduo pleno em tempos de globalização econômica e cultural!

Ou seja, o consumidor na sociedade contemporânea é extremamente relevante para o direito, em diversos aspectos, seja porque é a parte mais fraca da relação jurídica ou porque vive-se em tempos de uma grande intensificação das relações consumeristas que cada vez estão mais complexas e dinâmicas. Assim, o tradicional direito não é mais suficiente para disciplinar estas relações, surgindo então o Código de Defesa do Consumidor como instrumento de tutela da parte mais fraca da relação, qual seja, o consumidor.

Este ambiente ainda é marcado por grandes contradições, isso porque as atuais relações de trabalho são instáveis, há o aumento do desemprego e a desvalorização do salário médio. Ter acesso a esta multiplicidade de objetos e serviços disponíveis torna-se inviável, ainda mais considerando que, grande parte

não tem sequer acesso aos bens de consumo básicos, caracterizando uma sociedade de excluídos e marginalizados. Assim:

Expostos a um bombardeio ininterrupto de publicidade por uma média diária de três horas de televisão (a metade de todo seu tempo ocioso), os trabalhadores são persuadidos a 'necessitar de mais coisas. E para comprar aquilo de que agora necessitam, eles precisam de dinheiro. Para ganhar dinheiro, trabalham mais horas. (BAUMAN, 2011, p. 65).

Dito isso, a sociedade contemporânea é sem dúvida alguma uma “sociedade de consumo e de produção em massa, sociedade de serviços, sociedade da informação, altamente acelerada, globalizada e desmaterializada” e são justamente estas características que acarretam novas realidades, novas situações e conflitos para o direito (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p.18-19).

Para Marques (2007, p. 21), justamente neste contexto, "em que nossos tempos parecem fadados ao aumento dos litígios e da desconfiança entre agentes econômicos (classes e instituições)", que a confiança, por meio da cláusula geral da boa-fé objetiva e do dever anexo da informação, deve assumir papel de grande relevância como forma de diminuição da complexidade e como instrumento para redução de conflitos.

4 REPERCUSSÕES DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA NA RELAÇÃO DE CONSUMO: CRISE DA CONFIANÇA

O momento pós-moderno tornou-se um grande desafio para o direito, sobretudo para o direito civil, pois trata-se de “tempos de ceticismo quanto à capacidade da ciência do direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual e modificam-se com uma velocidade avassaladora.” (MARQUES, 2007, p. 25).

Os reflexos da metamorfose cultural e social ocorridos na sociedade contemporânea foram imediatos no direito, especificamente no campo do direito privado. Sobre as repercussões do paradigma pós-moderno no fenômeno jurídico, discorre Cláudia Lima Marques (2014, p.168):

Com a sociedade de consumo massificada e seu individualismo crescente nasce também uma crise sociológica, denominada por muitos de pós-moderna [...]. Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil, que acabam por forçar a

evolução dos conceitos do direito, a propor uma nova jurisprudência dos valores, uma nova visão dos princípios do direito civil, agora muito mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Para alguns o pós-modernismo é uma crise de desconstrução, de fragmentação, de indeterminação à procura de uma nova racionalidade, de desregulamentação e de deslegitimação de nossas instituições, de desdogmatização do direito; para outros, é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o direito.

Da mesma forma, o ilustre autor Erik Jayme⁶⁷ elencou quatro elementos da pós-modernidade que influenciaram na nova roupagem dada ao direito privado. Primeiramente temos o pluralismo, tanto no que diz respeito às fontes legislativas, quanto aos sujeitos da relação contratual, ativo e passivo, criando-se, assim, uma perspectiva plural e um diálogo de fontes entre as diversas existentes. A comunicação, outro elemento, como método de legitimação, instrumento de informação e valorização da confiança. Conseqüentemente a ela, a narração, toma lugar a partir das transformações na interpretação das leis e na filosofia do direito. Por fim, a última característica a afetar o direito civil é o retorno dos sentimentos, consistente na adoção de sentimento no discurso jurídico, bem como na busca por novos elementos sociais, ideológicos, que se resumem no imponderável.

É claro que a teoria do contrato não ficou imune a estas transformações. A nova concepção de contrato passou a ser mais social, pois não apenas a manifestação da vontade (soberania da vontade) tornou-se relevante, mas também, seus efeitos na sociedade.

Ademais, os contratos tradicionalmente estáticos deram lugar aos contratos complexos e dinâmicos. O economicamente relevante passou a ser o imaterial, os fazeres e serviços complexos ou o bem imaterial, ou seja, o contrato deixou de ser apenas um instrumento econômico para ser também um instrumento para a tutela dos direitos fundamentais, e a informação passou a integrar o contrato. Ou seja, “o deficit de informações, que por um longo período foi utilizado como instrumento para obtenção de maiores proveitos negociais, torna-se um dos mais ameaçadores vícios de adequação e justiça contratuais.” (XAVIER, 2006, p. 134).

67 Para Erick Jayme (1996, p. 274) “*Il y a quatre phénomènes exprimant simultanément certaines valeurs qui jouent un rôle primordial dans la culture postmoderne: le pluralisme, la communication; la narration; le retour des sentiments*”.

Neste sentido, no novo modelo contratual, há mais do que apenas a garantia da autonomia da vontade, há também um acompanhar mais atento para o desenvolvimento da prestação, um valorizar da informação e da confiança despertadas (MARQUES, 2014, p.180).

E o Código de Defesa do Consumidor é o grande exemplo desta nova teoria contratual, pois conforme ensina Lôbos (1995, p. 32) "é a adequada resposta do direito ao fenômeno crescente da oligopolização e globalização da economia, que tornou o consumidor um figurante passivo e hipossuficiente, afetando a própria noção atual de cidadania".

Percebe-se então, que apesar da teoria do contrato tratar-se de uma teoria mais social, pautada na boa-fé, verifica-se sua insuficiência para tutelar as relações privadas no contexto atual de uma sociedade hipercomplexa como a atual, gerando, assim, uma nova crise no contrato⁶⁸: a da confiança!

Um dos focos desta desconfiança no Brasil pode ser encontrado na própria dogmática e na forma como a interpreta-se e aplica-se aos casos concretos que surgem na sociedade. Há autores, entre eles Gustavo Tepedino, que defenderão que para sanar esta crise será necessária uma perspectiva civil constitucional (MARQUES, 2014, p.193).

O Código de Defesa do Consumidor impôs a transparência nas relações contratuais (art. 4º, caput, do CDC), o princípio da boa-fé-objetiva (art. 4º, III, do CDC), bem como a interpretação dos contratos conforme a confiança despertada (arts. 30, 34, 35, 47 e 48 todos do CDC), que segundo Marques (2014, p. 280):

a proteção da confiança no vínculo contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram assegurar o equilíbrio do contrato de consumo, isto é, o equilíbrio das obrigações e deveres de cada parte, através da proibição do uso de cláusulas abusivas e de uma interpretação pró-consumidor; 2) a proteção da confiança na prestação contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços.

Inicialmente, segundo Menezes Cordeiro (2001, p. 1234), "a confiança exprime situação em que uma pessoa adere, em termo de atividade ou de crença,

⁶⁸Marques (2007, p. 22) afirma que: "Em síntese apertada, podemos afirmar que a primeira crise do contrato nasceu, na Revolução Industrial, com a massificação da produção e da distribuição indireta, depois do próprio contrato *standard* e foi respondida pelo direito do consumidor."

a certas representações passadas, presentes ou futuras que tenha por efetiva". Daí porque, a confiança abrange o cumprimento das expectativas legítimas.

Tal tema é tratado com prioridade por Marques (2014, p. 188), a partir dos estudos de Luhmann:

Segundo Niklas Luhmann, em uma sociedade hipercomplexa como a nossa, quando os mecanismos de interação pessoal ou institucional, para assegurar a confiança básica na atuação não são mais suficientes, pode aparecer uma generalizada 'crise da confiança' também na efetividade do próprio direito.

Verifica-se, que a crise da confiança⁶⁹ é consequência da fase atual da sociedade de momento pós-moderno, uma resposta à "massificação das contratações e das práticas negociais de mercado" (MIRAGEM, 2008, p. 151), bem como o incremento do mercado consumidor traz consigo um aumento na gama de produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores, estes carregados de novos possíveis riscos e danos, perpetuando-se a *espiral da incerteza*. Neste sentido, Miragem (2008, p. 150):

Embora possa parecer paradoxal, em alguma medida isto se dá em razão de uma crise de confiança pela qual passa a sociedade de informação, cuja hipercomplexidade e hiperinformação dão conta de uma ruptura na crença em comportamentos tradicionais, em comportamentos padrões, reclamando-se a necessidade e estabelecimento de garantias da aplicação e efetividade do direito, por intermédio da proteção da confiança individual e social.

Na sociedade atual é bem comum contratos extensos e complexos sinalizando que nada mais é pressuposto e tudo deve estar devidamente detalhado no contrato. Há uma crise generalizada na confiança seja por parte do consumidor e até mesmo pelo fornecedor. Conforme Marques (2014, p.187-188) "hoje também os consumidores estão desconfiados, querem segurança, esperam proteção da lei, sabem seus direitos de consumidores e não aceitam mais a falta de qualidade, de informação, de cuidado ou de lealdade [...]".

A autora (2011, p.187) segue afirmando que:

Se a crise da pós-modernidade pode ser vista como uma crise de desconfiança no direito, em seus instrumentos e instituições (inclusive o contrato), está na hora de uma reação, reação esta através do direito privado como instrumento de realização das expectativas legítimas do homem comum, o leigo, o consumidor.

⁶⁹Segundo Cláudia Lima Marques (2007, p. 25) " esta 'nova' crise teria ocorrido após os atentados de 11.09.2001, em Nova Iorque, que afetou a base comum de todas as relações - hoje globalizadas - que é a confiança, afetando assim, o contrato e o direito, que deveriam justamente formalizar, concretizar e regular estes vínculos de confiança: é a crise da confiança."

Com isso, a confiança tão descrita pelos antigos passa a reassumir atuação de base da sociedade e estrutura das relações, conforme já bem assinalava Luhmann (1996, p. 121), para o qual a confiança é o elemento central da vida em sociedade e resultado de uma necessidade da complexidade da vida moderna.

Neste sentido, para este autor, a confiança pode ser analisada em três planos, quais sejam a de que é preciso ter confiança e confiar nessa confiança; a segunda enfoca as expectativas compartilhadas reciprocamente entre indivíduos; e por fim, a confiança se estrutura em expectativas generalizadas em sistemas e organizações (LUHMANN, 1996, p. 121).

A partir desta confiança, as expectativas de comportamento são generalizadas, compensando "a falta de informações sobre condutas futuras e o risco quanto a incertezas". (ARAÚJO, 2009, p. 12).

A relevância da confiança também é exposta por Larenz (apud MARQUES, 2014, p. 186), para o qual a confiança é princípio diretriz do direito, sobretudo das relações contratuais, pois uma pessoa deve poder confiar na conduta do *alter* e também poder atuar nas relações alheias, ou seja, "as condutas na sociedade, devem fazer nascer expectativas legítimas naqueles em que despertamos a confiança, os receptores de nossas informações". (MARQUES, 2007, p. 30).

Tal é sua importância no contexto atual, que o Código de Defesa do Consumidor instituiu o princípio da proteção da confiança do consumidor em dois aspectos:

1) a proteção da confiança no vínculo contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram assegurar o equilíbrio do contrato de consumo, isto é, o equilíbrio das obrigações e deveres de cada parte, através da proibição do uso de cláusulas abusivas e de uma interpretação pró-consumidor; 2) a proteção da confiança na prestação contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços. (MARQUES, 2014, p. 280).

Ademais, outra motivação para a crise da (des)confiança na sociedade atual é a falta de informação ou o excesso dela. Sua relevância também se justifica, pois, conforme bem expôs Erik Jayme, um dos elementos da pós-modernidade é

a comunicação⁷⁰. Neste sentido, destaca-se a importância dos deveres anexos da boa-fé objetiva⁷¹ de informação e transparência nas relações de consumo.

Até mesmo porque, com as mudanças substanciais sofridas nas relações contratuais, os deveres principais deixam de ser os únicos exigíveis (a boa-fé, por exemplo), pois necessário também o cumprimento dos deveres laterais, em especial o da informação.

Dito isso, o “dever de informar” adquire fundamentais contornos nos tempos atuais informação e pode ser vista sob inúmeras variáveis. No âmbito constitucional, a informação encontra guarida em pleno exercício da cidadania, pois, na sociedade contemporânea, massificada e globalizada, somente um indivíduo bem informado é capaz de exercer os diversos papéis reservados a ele, inclusive o de consumidor (BARBOSA, 2013, p. 147).

Nesse aspecto, tem-se o reconhecimento do direito à informação como direito fundamental do consumidor, decorrente não só do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento principal do ordenamento jurídico, mas também do reconhecimento da "informação como valor, e a vontade (no sentido de autonomia) como elemento material da atuação dos sujeitos". (BARBOSA, 2013, p. 148).

O direito à informação também encontra grande arsenal no Código de Defesa do Consumidor, cujo direito básico é estabelecido em seu art. 6º, III, mas também é acompanhado por deveres específicos de informação ao consumidor, conforme bem expõe Miragem (2008, p. 122):

O direito básico à informação do consumidor, estabelecidos no art. 6º, III, do CDC, é acompanhado de uma série de deveres específicos de informação ao consumidor, imputados ao fornecedor nas diversas fases da relação de consumo, como é o caso dos artigos, 8º e 10 (informação sobre riscos e periculosidade), 12 e 14 (defeitos de informação), 18 e 20 (vícios de informação), 30,31,33,34 e 35 (eficácia vinculativa da informação, sua equiparação à oferta e proposta, e as consequências da violação do dever de informar), 36 (o dever de informar na publicidade),

70 Inclusive, para alguns autores, a pós-modernidade, é conhecida como a era da informação. Nesse sentido, veja CASTELIS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura - A sociedade em rede**. 5 ed., São Paulo: Paz e Terra, 1999.

71 "Contudo, o dever de informar não é apenas a realização do princípio da boa-fé. Na evolução do direito do consumidor assumiu feição cada vez mais objetiva, relacionando à atividade lícita de fornecimento de produtos e serviços. A teoria contratual também construiu a doutrina dos deveres anexos, deveres acessórios ou deveres secundários ao da prestação principal, para enquadrar o dever de informar." (LÔBO, 1995, p. 604)

46 (a ineficácia em relação consumidor, das disposições contratuais não informados), 51 (abrangência pelo conceito de cláusula abusiva, daquelas que não foram suficientemente informadas ao consumidor), 52 e 54 (deveres específicos de informação nos contratos), todos do CDC.

O direito à informação do consumidor, portanto, "constitui-se em uma das bases da proteção normativa do consumidor no direito brasileiro, uma vez que sua garantia tem por finalidade promover o equilíbrio de poder de fato nas relações entre consumidores e fornecedores [...]". (MIRAGEM, 2008, p. 123).

Por isso, a necessidade de revitalização da confiança e a exaltação da informação na sociedade contemporânea, pois, se antes a ideia do desequilíbrio contratual na execução dos contratos foi catalizadora para o desenvolvimento de um direito protetivo do consumidor, atualmente, o catalizador é o desequilíbrio informativo, cuja informação está umbilicalmente ligada ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo e seus direitos fundamentais⁷² (MARQUES, 2014, p. 179).

Para alcançar a mesma eficácia dos contratos, como outrora era realizado com louvor pelo princípio da boa-fé objetiva, e sobretudo, garantir as expectativas legítimas dos consumidores, necessário se faz socorrer aos instrumentos típicos da pós-modernidade, qual seja, a informação, bem como a própria confiança, *modelo mãe da boa-fé*⁷³.

Este diálogo de valores se dá como forma de solucionar a atual crise da confiança na sociedade, cuja "fase atual da pós-modernidade está a necessitar uma resposta de valorização do paradigma da confiança, pois nossos tempos parecem fadados ao aumento dos litígios e da desconfiança entre agentes econômicos (classes e instituições)." (MARQUES, 2007, p. 11).

E esta mudança encontra suporte no próprio direito privado, sobretudo no Código de Defesa do Consumidor, o qual atua como instrumento social de alocação de riscos, remediando a desconfiança entre as pessoas, a fim de

72 O direito à informação é, pois, uma das novas concretizações do respeito à dignidade da pessoa humana e manutenção da liberdade de ambos, fornecedor e consumidor, em uma sociedade pós-industrial, que necessita essencialmente de direitos com efeitos distributivos.

73 "Daí a necessidade do estabelecimento de novo paradigma objetivo nos contratos de consumo, que tenha em consideração, principalmente, *um standard de qualidade e segurança que podem ser esperados por todos, contratantes, usuários atuais e futuros*" MIRAGEM (2008, p. 151).

alcançar a maior segurança possível entre os envolvidos e viabilizar a realização dos objetivos contratuais almejados (MARQUES, 2007, p. 39).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fato é que a sociedade contemporânea passa por um momento pós-moderno que inevitavelmente acarreta transformações em todos os setores da vida do indivíduo, e é claro que o direito, especificamente, no que se refere às relações contratuais consumeristas, não fica imune a estas transformações, bem como aos impactos desta nova era.

A sociedade contemporânea, que é hiperglobalizada, tem como características a ubiquidade, liberdade e velocidade, estas inerentes à sociedade de consumo brasileira o que ocasiona que o atual direito privado seja dominado por uma sensação constante de desconfiança entre todos os agentes econômicos acarretando, inevitavelmente, uma dicotomia entre “contrato e delito”. Estes, quase sempre caminham juntos.

Assim, a proteção da confiança nas relações consumeristas é fundamental para o direito privado estando estritamente relacionada com a boa-fé, bem como com a ética contratual, a transparência nas relações e a imprescindibilidade de proteção da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental de um Estado Democrático de Direito.

Diante do contexto da sociedade contemporânea surge, então, um novo paradigma na regulação dos contratos de consumo, conservando a necessidade de proteção do princípio da boa-fé objetiva e revitalizando a proteção da confiança, de forma que as legítimas expectativas dos consumidores sejam respeitadas. Para tanto, utiliza-se de alguns institutos típicos da pós-modernidade como a informação, isso porque o tradicional direito positivado não consegue mais absorver todos os conflitos que surgem na atual sociedade, especialmente no que se refere à relação consumerista.

Tal postura só se torna possível graças ao Código de Defesa do Consumidor que se apresenta como um dos principais instrumentos da sociedade contemporânea na proteção das relações consumeristas, especialmente na

proteção da confiança, garantindo assim a proteção e efetivação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, qualquer investigação sobre a crise da confiança no Direito, por mais completa que se proponha ser, é insuficiente sob o ponto de vista dos infinitos desdobramentos, bem como com relação à efemeridade do objeto em análise, por isso o presente estudo, como já foi dito, objetivou apenas trazer à baila a importância deste tema e a necessidade de debate sobre o assunto para superação dos inconvenientes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSON, P. **As origens da pós-modernidade**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

ARAÚJO, V. S. de. **O Princípio da Proteção da Confiança**. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009, p. 12.

BARBOSA, F. N. Informação e Consumo: a proteção da privacidade do consumidor no mercado contemporâneo da oferta. In: MARQUES, C. L. (Coord). **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 22/vol.88/jul-ago/2013.

BAUMAN, Z. **Bauman sobre Bauman**: diálogos com Keith Tester. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BAUMAN, Z. **O Mal estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMAN, Z. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECK, U. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S.. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 11 – 72.

BECK, U. Incertezas fabricadas: entrevista. [22 de maio de 2006]. **Revista IHU On-Line**, no. 181. Disponível em: <http://www.unisinos.br/ihu>. Acesso em: 25 de janeiro de 2015.

BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Ed.34. São Paulo, 2010.

BITTAR, E. C. B. O direito na pós-modernidade. In: **Revista Seqüência**, n. 57, p. 131-152, dez. 2008.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, P. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CASTELIS, M. **A era da informação: economia, sociedade e cultura - A sociedade em rede**. 5 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CONSTANT, B. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Disponível em: http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf. Acesso em: 25 de fevereiro de 2015.

FACCHINI NETO, E. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Editora Livrara do Advogado, 2010.

FARIA, J. E. Os desafios do Judiciário. In: **Revista USP**, mar/abr/mai de 1994. Disponível em: <http://www.usp.br/revistausp/21/05-joseeduardo.pdf>. Acesso em: 4 de março de 2015.

GIDDENS, A. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GIDDENS, A. Risco, confiança e reflexividade. In: BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. **Modernização Reflexiva**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

HARVEY, D. **Condição pós-moderna – uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. 5ª ed. São Paulo: Loyola, 1992.

JAYME, E. Identité Culturelle et integration:Le droi international privé postmoderne – **Recuil des Cours del'Académie de Droit International de la Haye**, 1995. v. 251, II, Haia: Kluwer, 1996.

LÔBO, P. L. N. A informação como direito fundamental do consumidor, p. 604. In: MARQUES, C. L; MIRAGEM, B (Org.). Doutrinas Essenciais do Direito do Consumidor. **Proteção da Confiança e Práticas Comerciais**. Vol. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Responsabilidade por vícios nas relações de consumo. In: **Revista de Direito do Consumidor**, v. 14, abril/junho, 1995.

LUHMANN, Niklas. **Confiança**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996.

MARQUES, C. L. In: **Estudos sobre a Nova Teoria Contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, C. L. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: Studium generale sobre o consumidor como homo novus. **Revista de Direito do Consumidor** |vol.85/2013|p.25|Jan/2013, DTR\2013\484.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7ª ed., rev., atual e amp. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, C. L. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais | v. 57 | jan-mar/ 2006 | p. 11.

MENEZES CORDEIRO, A. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

MIRAGEM, B. **Curso de Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor**. 4ª ed, rev., atual., amp.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, B. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TEPEDINO, G. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. In: **Temas de Direito Civil**. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 41-64.

TEPEDINO, M. C. B. M. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos** | vol. 1 | p. 259 | Jun / 2011 | DTR\2012\1949. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>. Acesso em: 25 março de 2014.

SANTOS, B. de S. **A globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez Editora, 2002.

SANTOS, B. de S. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 5.ed – São Paulo: Cortez, 1999.

SARMENTO, D. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, L. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed.rev., atual. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

XAVIER, J. T. N. **A nova dimensão do contrato no caminho da pós-modernidade**, 2006. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em: <[http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13169/000598458.pdf?\[...\]1](http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13169/000598458.pdf?[...]1)>. Acesso em: 10 de abril de 2015.

LEI MENINO BERNARDO: UM ENFOQUE SOCIOLÓGICO, PSICOLÓGICO E POLÍTICO

Maria Carolina Santini Pereira da Cunha,

RESUMO: Este trabalho debate a Lei Menino Bernardo, originalmente fundada como Lei da Palmada e rebatizada com um caso de destaque internacional. Analisa-se, com a presente lei, a possibilidade de trazer mudanças efetivas na sociedade, sua eficácia para coibir agressões e influenciar nas relações privadas. Aborda-se o caso originário da Lei: o crime sob os aspectos sociológico e psicológico, a fim de elucidar o motivo do desamparo das vítimas diante do sistema penal. Diante desse panorama, encontra-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual ilustra a discussão legislativa.

PALAVRAS-CHAVE: lei; menino Bernardo; violência familiar.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo uma reflexão em torno do tema proposto. Aborda-se outros crimes brasileiros relacionados ao caso central: crianças assassinadas por seus genitores e demais vítimas de criminosos com transtorno de personalidade antissocial. A metodologia visa a um estudo analítico, centralizado no Caso Bernardo, em Três Passos/RS, ocorrido em abril de 2014. O ensaio divide-se em três seções: a primeira trata do surgimento e formação da lei desde o seu projeto, incluindo os motivos que conduziram a mudar sua denominação, e o dispositivo existente no ECA, concertante ao conceito familiar; explica uma patologia mental da qual as vítimas ficam à mercê do sistema que não previu legislação adequada. A segunda, exemplifica-se essa problemática por crimes cometidos no Brasil e suas semelhanças com o caso designado, fornecendo análise dos casos Nardoni, Richthofen e Eloá Cristina. A terceira, lança mão de críticas, apresentadas de forma a analisar, repensar e refletir sobre o sistema penal e toda a sociedade brasileira, a partir das falhas dos casos em pauta. Por fim, apresentam-se as conclusões obtidas.

2 O PROJETO DE LEI: DA PALMADA AO CASO MENINO BERNARDO

A deputada Teresa Surita do PMDB-RR relatou o projeto, o qual prevê que pais que “maltrataram os filhos sejam encaminhados ao programa oficial de proteção à família e a cursos de orientação, tratamento psicológico ou psiquiátrico, além de receberem advertência.” Enquanto que a criança agredida, “deverá ser encaminhada a tratamento especializado.” A proposta previu multa de três a vinte salários mínimos “para médicos, professores e agentes públicos que tiverem conhecimento de agressões a crianças e adolescentes e não denunciarem às autoridades. A lei foi proposta em 2003, sendo polêmica, e levantou diversas discussões, tendo sido aprovada pela Câmara dos Deputados, em 21 de maio de 2014, após acordo aceito pela bancada evangélica especificando que “os pais ou responsáveis somente serão punidos se infligirem sofrimento físico à criança ou adolescente até 18 anos de idade”; e, no Senado, no dia 4 de junho (WIKIPÉDIA, 2015). O Projeto de Lei estreou sua tramitação na Câmara dos Deputados em 2003, redigido por Maria do Rosário, do PT-RS, sob o número 2.654/2003, obtidos pareceres “pela aprovação na Comissão de Seguridade Social e Família, Comissão de Educação e Cultura e Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, parando sua tramitação no plenário”. A lei foi sancionada com o intuito de alterar a Lei nº 8.069/1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (BRASIL, 2014). Em entrevista, Luiz Flávio Gomes aponta que “a norma não prevê punições penais, mas encaminhamento para tratamento.” Desse modo, “se a lei penal não surte efeito preventivo, menos ainda uma lei sem punição estabelecida” (RODRIGUES; TOMÉ, 2014). No ECA, há a garantia de, conforme artigo 17, inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança ou adolescente. O dispositivo estabelece ser dever de todos garantir a dignidade dos menores, “pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”, segundo o artigo 18. Ademais, há previsão legal também no Código Civil (art.1681, I) da perda do pátrio poder a

pais cujo castigo aos filhos for imoderado. Finalmente, o Código Penal criminaliza maus-tratos para quem “abusar dos meios de correção e disciplina (art.136), além do crime de lesões corporais no contexto de violência doméstica (art.129, §9º)” (ROCHA; MENDONÇA; ÁVILA, 2014). Desde 2001, “a Global Initiative to End all Corporal Punishment of Children” recebe apoio de “organizações multilaterais de defesa de direitos humanos, ONGs internacionais e locais e indivíduos-chave, capazes de dar visibilidade à causa. Mundialmente, a ONG Save the Children tem sido o principal agente a promover a elaboração de leis específicas sobre o tema”. No Brasil, “a ONG Save the Children apoia a Rede *Não Bata, Eduque*, cuja principal porta-voz desta causa no país e articuladora da elaboração e tramitação do PL 7672/10, no Congresso Nacional, é a apresentadora de TV Xuxa Meneghel” que tem desempenhado papel importante nesta rede, manifestando-se em programas de televisão e em eventos relacionados ao tema dos direitos das crianças (RIBEIRO, 2013, p.292-308). A partir da década de 80, este projeto produzia estudos relacionados à violência familiar, castigos físicos, encomendados pela ONU ao Laboratório de Estudos da Criança (Lacri) do Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo – USP (RIBEIRO, 2013, p.292-308). Essa pesquisa “chamava atenção para a normalização e a legitimação do castigo físico como prática educativa na sociedade brasileira, sustentando que tais comportamentos replicam a violência e a retroalimentam” (ROCHA; MENDONÇA; ÁVILA, 2014). “O PLS foi uma representação por cumprimento das recomendações da ONU e não por uma demanda social” (RIBEIRO, 2013, p.295 apud ROCHA et al, 2014, p.6). Poucas reuniões e audiências públicas foram realizadas da proposta apresentada, compostas por uma comissão de deputados que pouco debateram sobre a criação da norma, “preocupando-se os parlamentares apenas em aprovar uma lei que fosse ao encontro dos dados trazidos pelo relatório da ONU, reivindicada pelas ONGs influentes bem como artistas famosos” (RIBEIRO, 2013, p.299 apud ROCHA et al. 2014, p.6). Em junho de 2014 (NÉRI; PASSARINHO. 2014) foi aprovado o PLS 7672/2010 o qual propunha a inicialmente denominada “Lei da Palmada”, então intitulada Lei Menino Bernardo. O dispositivo da lei supracitada, elaborada em 2010, tornou perceptível que o próprio legislador demonstra estar ciente da

dificuldade quanto à sua concretização⁷⁴. Ademais, seu conteúdo estabelece a obviedade de não se maltratar crianças. Contudo, casos como este são incógnitos inclusive para profissionais, que desconhecem o motivo da inevitável reincidência. Segue uma possível explicação.

A lei da palmada traz um fato a ser combatido. Bernardo Uglione Boldrini, 11 anos, desapareceu e foi encontrado morto. Foram presos como suspeitos o pai, a madrasta e sua amiga. Primeiramente, depara-se com a dificuldade de determinar o limite em que a palmada seria um corretivo educacional aos filhos e a partir de que momento se torna agressividade cruel, principalmente porque a violência é escondida. No caso em questão a madrasta contou à vítima uma história, iludindo-o que comprariam uma TV depois noticiaram que era um aquário. Por fim, afirmava que ele precisava tomar uma injeção. Houve, portanto, premeditação a fim de ludibriar um inocente, com dissimulação por parte da ofensora ao enteado. Este foi enterrado em uma cova rasa, na área rural de Frederico Westphalen, no dia 14 de abril de 2014, a cerca de 80 quilômetros de Três Passos, onde ele morava com a família, que alegou ter visto Bernardo pela última vez às 18h do dia 4 de abril, “ia dormir na casa de um amigo, que ficava a duas quadras de distância da residência da família”. Revelou-se então o sofrimento passado pelo menino, por um histórico de violência e humilhações. Dia 6 de abril, conforme notícia, o pai do menino disse ter ido à casa do amigo, “mas foi comunicado que o filho não estava lá e nem havia chegado nos dias anteriores. No início da tarde do dia 4, a madrasta foi multada por excesso de velocidade”: trafegando a 117 km/h, Graciele “seguia em direção a Frederico Westphalen. O Comando Rodoviário da Brigada Militar (CRBM) disse que ela estava acompanhada do menino. O pai registrou o desaparecimento do menino no dia 6, e a polícia começou a investigar o caso” (In: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/caso-bernardo-boldrini/noticia/2014/05/pericia-analisa-assinatura-de-pai-de-bernardo-em-receita->

⁷⁴ PLS 7672/2010, item 17: “Sabemos, no entanto, que uma coisa é proclamar os direitos, outra é, efetivamente, gozá-los. Neste momento, envidamos esforços no sentido de dar materialidade a reivindicações dos movimentos e aperfeiçoar mecanismos legais que já se constituem em conquista histórica e institucional para o desenvolvimento e sustentabilidade de políticas de públicas para a infância e a adolescência, garantindo todos os direitos das crianças e adolescentes e protegendo-os de qualquer forma de sofrimento e limitação a seu pleno desenvolvimento.”

usada-em-crime.html). O erro desta lei sobressai em seu objeto: não foram palmadas a *causa mortis* do menino, e sim uma injeção letal. “Segundo as investigações da Polícia Civil, Bernardo foi morto com uma superdosagem de um sedativo.” Foi noticiado sobre o inquérito policial, o qual “apontou que Leandro Boldrini atuou no crime de homicídio e ocultação de cadáver como mentor, juntamente com Graciele”. De acordo com a polícia, “ele também auxiliou na compra do remédio em comprimidos, fornecendo a receita Leandro e Graciele arquitetaram o plano, assim como a história para que tal crime ficasse impune” (In: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/caso-bernardo-boldrini/noticia/2014/09/chegava-com-olheiras-e-malvestido-diz-empresaria-que-acolhia-bernardo.html>). Cabe esclarecer que tal crime é *sui generis*, cometido por criminosos com Transtorno de Personalidade Antissocial⁷⁵. Assemelha-se ao Caso Nardoni⁷⁶. São crimes característicos, tais como: “assassinos em série, pais que matam seus filhos, filhos que matam seus pais, estupradores, [...] estelionatários, [...] políticos corruptos[...]” (SILVA, 2010, p.45). Deve-se fazer uma análise desses criminosos inatos, pois a preocupação com essa patologia ainda não alcançou o Brasil. A propósito, o primeiro estudo sobre psicopatas só foi publicado em 1941, com o livro *The Mask of sanity*, de Hervey Cleckley. Na introdução de seu livro, o psiquiatra diz tratar de um assunto muito conhecido, embora ignorado de maneira geral pela sociedade (SILVA, 2010, p.74-75). Há descrença quanto a sua existência, e dela não se deve esperar qualquer melhora – não há tratamento para o referido transtorno. Entretanto, eles são capazes e imputáveis. Ana Beatriz Barbosa Silva (2010, p.20) refere que sociopatas desprezam escolher a alternativa correta, embora tenham capacidade de discernir entre certo e errado: “A parte racional ou cognitiva dos psicopatas é perfeita e íntegra, por isso sabem perfeitamente o que estão fazendo”. Diante dessa perspectiva, a legislação brasileira comete grave equívoco ao classificar essa

⁷⁵ Publicada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), na Classificação Internacional de Doenças CID-10, este transtorno é denominado Transtorno de Personalidade Dissocial, Código: F60.2. . A Associação de Psiquiatria Americana (DSM-IV-TR) utiliza o termo Transtorno de Personalidade Antissocial, como estabelece a autora Ana Beatriz Barbosa Silva (2010, p.39).

⁷⁶ A menina Isabella de Oliveira Nardoni, 5 anos, foi arremçada do 6.º andar de um prédio em São Paulo. Seu pai, Alexandre Nardoni, e a madrasta, Anna Carolina Jatobá, foram condenados pela morte e estão presos.

patologia como semi-imputável. Silva (2010, p.41) exemplifica de maneira esclarecedora que “psicopatas são indivíduos que podem ser encontrados em qualquer raça, cultura, sociedade, credo, sexualidade, ou nível financeiro”. Nesse sentido, vivem “infiltrados em todos meios sociais e profissionais, camuflados de executivos bem-sucedidos, líderes religiosos, trabalhadores, “pais e mães de família”, políticos, etc.” A violência é universal: a cada minuto pessoas são espancadas, torturadas, violentadas, em todo o mundo. Os fisicamente frágeis ou emocionalmente vulneráveis estão em perigo contínuo. Milhares de pessoas são vítimas nesse exato momento – escondidos em porões, sequestrados, maltratados inclusive por parentes: seja pelos pais, seja pelos filhos. Eles estão por toda parte, cercando suas vítimas. “Assim como os vampiros da ficção, os psicopatas estão sempre de tocaia”. Silva (2010, p.41) insiste de maneira contundente: “agindo [...] nas ruas, em plena luz do sol, procurando suas “presas”, às mesas de seus escritórios envolvidos em negociações escusas ou mesmo sob o teto acolhedor de um lar que em instantes será devastado” (SILVA, 2010, p.46). Então, o que fazer de útil: criar uma lei “anti-psicopatas”? A questão é que o Estado não tem como saber nem como fiscalizar, dada a extrema dificuldade de identificar esses seres sem emoção, sem empatia, manipuladores, enrustidos de pessoas normais. Como relata Silva (2010, p.46), eles “estão por toda parte, perfeitamente disfarçados de gente comum, e assim que suas necessidades internas de prazer, luxúria, poder e controle se manifestarem, eles se revelarão como realmente são: feras predadoras.” Falta uma análise feita por criminologistas especializados em violência, que pesquisem para encontrar uma forma de combate eficiente, e alertar a população. Observa-se coincidências e procura-se saber por que há semelhanças nesses crimes mencionados. Analise-se na próxima seção, um estudo de caso comparando crimes brasileiros: Richthofen, Eloá Cristina e o Caso Nardoni mais detalhadamente.

3 CASE STUDY: CRIMES BÁRBAROS NO BRASIL

Outro caso famoso foi o Homicídio de Manfred von Richthofen e Marísia von Richthofen, cometido pelos irmãos Cravinhos, a mando da filha do casal

Suzane von Richthofen, em São Paulo. Para comprovar as afirmações apresentadas na seção anterior, apresenta-se uma provocação que contraria a lógica da Lei da Palmada: no Caso Richthofen deveria ser criada uma lei para maus tratos aos pais? Entendemos não ser esse o caso. Primeiro, porque as doentias mentes em debate são imorais; e segundo, porque devido a serem desprovidas de sentimentos, deturpam qualquer dispositivo. Por isso, uma lei não coibirá seu comportamento. Condená-los poderia “livrar” o mundo de doentes mentais, mas não trará a vítima de volta. Há diversos outros casos ocorridos no país. Entre crimes de pais que assassinaram seus filhos estão o Caso Isabella Nardoni e o Caso Bernardo Boldrini. Em ambos, os genitores-assassinos foram auxiliados pela madrasta do relacionamento “pós-casamento”.

Na noite de sábado, 29 de março de 2008, a menina Isabella de Oliveira Nardoni, de 5 anos, foi jogada da janela do prédio onde seu pai, Alexandre Nardoni, morava com a esposa, Anna Jatobá, e seus dois filhos. A princípio o casal alegou que o crime havia sido cometido por um intruso, mas os dois foram considerados culpados por um júri popular. Suas penas foram 31 e 26 anos, respectivamente. O delegado Calixto Calil Filho disse que a versão de tentativa de invasão do apartamento, apresentada por Alexandre Nardoni, não esclarecia o caso. No dia 31 de março, ocorreu o enterro de Isabella. A incoerência da história relatada pelo pai e pela madrasta da menina foi evidenciada após os trabalhos dos peritos. Através de ilustrações realizadas com base na planta do apartamento, demonstrou-se que a versão do pai era incompatível com os dados preliminares coletados pela perícia. A polícia havia pedido a prisão temporária do pai e da madrasta de Isabella. No dia 6 de abril, houve a reconstituição do trajeto percorrido, de carro, pela família na noite de sábado. De acordo com a investigação, Isabella teria sido assassinada entre 23h30 e 23h50. Em seguida, teria a morte de Isabella sido provocada por asfixia ou pela queda? Se o pai relatou que a deixou dormindo em seu quarto, por que a menina foi jogada do quarto dos irmãos? Se Isabella foi deixada trancada sozinha no apartamento, quem teria entrado? A perícia já havia concluído que a tela de proteção, localizada no quarto de onde a menina havia sido jogada, fora cortada com uma faca e uma tesoura. Uma reportagem apresentou as três hipóteses de *causa*

mortis de Isabella Nardoni: estrangulamento, convulsão, ou parada respiratória provocada pela queda de quase 20 metros de altura. Laudos comprovavam o envolvimento direto do casal na morte da criança. Houve três laudos, cujo conteúdo foi apresentado: “o do IML, sobre o corpo de Isabella; um fornecido pela criminalística, sobre o horário de entrada do carro na garagem do prédio; e um último sobre cenário do crime, feito pelo Núcleo de Crimes Contra a Pessoa”. Por meio desses laudos, “foi possível afirmar que Alexandre Nardoni havia jogado a filha do sexto andar, e que as marcas de esganadura no pescoço da menina eram compatíveis com as mãos da madrasta”. O casal Nardoni foi a júri popular em 24 de março de 2009. “O julgamento, que começou em 22 de março de 2010, durou cinco dias. O julgamento terminaria até a meia-noite do dia 26 de março” (In: *Coberturas, caso Isabella Nardoni*. Acesso em 12.12.2014, disponível em: <http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/coberturas/caso-isabella-nardoni/o-julgamento.htm>).

Por derradeiro, é pertinente trazer o Caso Eloá Cristina, por ser um exemplo em que a polícia deixou o criminoso livre para prosseguir no crime diante das câmeras. O Sequestro de Eloá Cristina Pimentel ocorreu de 13 a 17 de outubro de 2008, na cidade de Santo André. O Caso Eloá Cristina foi o mais longo sequestro em cárcere privado já registrado pela polícia do estado de São Paulo. Marcos do Val, um dos maiores especialistas em negociações, brasileiro que trabalha na Swat (Grupo de elite da polícia americana preparado para enfrentar situações de emergência), foi entrevistado no programa Fantástico. Ao assistir os principais momentos do cerco em Santo André, apontou falhas na operação. “Entre elas, o fato de a polícia não ter atirado no seqüestrador Lindemberg Alves, de 22 anos, e de ter permitido a volta da estudante Nayara Silva, de 15, ao cativo” no dia 16. Critica o policial que “Isso é o maior absurdo dos absurdos. Em nenhum lugar do mundo já existiu uma situação dessas” (*Swat teria atirado em seqüestrador, diz especialista em negociações*. In: <http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL804733-5605,00.html>). Outra oportunidade perdida pela polícia de terminar o sequestro no dia 15 foi quando Eloá, 15 anos, “lançou uma corda improvisada e recolheu o almoço. Seu corpo ficou inclinado para fora da janela e Lindemberg apareceu atrás da ex-namorada”.

Comenta o especialista que a SWAT usaria tal momento como vantagem para executar o sequestrador. “Permitir que a negociação se arrastasse por cinco dias foi o primeiro erro: em uma situação passional como essa, quanto mais tempo leva, mais inconstante a pessoa fica.” A Swat, diz Val, “estabelece o prazo máximo de 24 horas para libertar o refém, mas nunca foi preciso esperar tanto. A negociação mais longa que a Swat de Dallas fez até hoje durou nove horas. A partir daí é invasão.” Aproveitar a madrugada sem deixar amanhecer o dia. Segundo ele, outra tática seria a triangulação, em que dois policiais estariam de tocaia em escadas laterais à janela, “fora do ângulo de visão de Lindemberg. Um terceiro policial ficaria na janela do andar de cima, pronto para descer de rapel”. No ataque, “um dos policiais na escada agarraria Eloá e tentaria proteger a cabeça dela. O outro daria cobertura enquanto o terceiro viria de cima e daria um tiro no seqüestrador. Tudo isso ao mesmo tempo.” Diversas outras falhas foram apontadas pelo especialista, “erros que conduziram a um desfecho trágico”. Por exemplo, os policiais usaram excesso de explosivo na invasão; sem prever a “possibilidade de haver obstáculos atrás da porta”, o que atrasou a entrada da equipe.

Desse modo, disse Val, houve tempo de o seqüestrador pegar a arma e disparar para onde quisesse. Em vez disso, os policiais deviam ter entrado “simultaneamente pela frente, janela e fundos, com o uso de bombas de luz e som, que deixariam o seqüestrador desnorteadado”. Assim, o “policial que estava posicionado na escada, além de atrasado – a explosão já havia acontecido – demorou muito para subir. Ademais, as imagens revelam que a polícia “teve dificuldade para conter Lindemberg. A Swat utiliza uma técnica que leva menos de um segundo para imobilizar o agressor.” (In: <http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL804733-5605,00.html>). Inclusive no socorro às vítimas: “o médico, sozinho, lutou para atravessar o tumulto, enquanto o caminho deveria estar livre para a equipe de paramédicos, com macas. Eloá foi carregada no colo por um policial, um procedimento incorreto; a cabeça ferida da jovem esbarrou no corpo do médico” (*Swat teria atirado em seqüestrador, diz especialista em negociações*. In:

<http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL804733-5605,00.html>). Tal exemplo mostra profissionais despreparados diante de agressores patológicos, agindo como amadores, o que remete ao problema educacional do Brasil. Não há especialização nesse assunto. Além disso, a polícia é carente de treinamento e de recursos.

– caso eloá “passional” um caso passional não dura + q poucas horas.

Em relação a este crime, aparentemente passional, recorre-se a Silva (2010, P.95) para apontar que os psicopatas apresentam níveis reduzidos de autocontrole, tidos como “cabeça-quente” ou “pavio-curto”, tendem a responder às frustrações e às críticas com violência súbita, ameaças e desaforos. Ofendem-se com facilidade, tornando-se violentos por motivos triviais e banais. Embora haja intensidade na explosão de agressividade e violência, após esse momento “os psicopatas voltam a se comportar como se nada tivesse ocorrido.” Ao “perder o controle” eles sabem exatamente o limite pretendido de suas ações, a fim de magoar, amedrontar ou machucar alguém. Descrevem “seus episódios agressivos como uma resposta natural à provocação a que foi submetido.” A partir disso, colocam-se de vítima da situação.

O Instituto Geral de Perícias (IGP) apontou nos laudos que falhas na coleta e armazenamento do material da cena do crime do Caso Bernardo. As análises que poderiam revelar como o menino foi morto ficaram prejudicadas. O material apreendido deveria ter sido enviado de imediato para análise, e não dias depois (*Zero hora, 2014*). Sindicância apurou que houve falha da guarnição por não ter sido feito o Boletim de Atendimento. “A Brigada Militar de Três Passos abriu Processo Administrativo Disciplinar (PAD) contra o policial militar que deixou de registrar ocorrência da noite em que esteve na casa do médico Leandro Boldrini, em agosto de 2013, para apurar uma **denúncia de gritos na região**”. Trata-se de atendimento ocorrido “no dia em que o médico teve uma briga com o filho Bernardo Uglione Boldrini — **registrada em vídeo com os gritos de socorro do menino**” (In: IRION, Adriana. <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/11/bm-abre-processo-contrapolicial-que-esteve-na-casa-de-bernardo-em-noite-de-briga-4639614.html>). Nota-se que as vítimas ficam à mercê da (in)segurança pública.

É de se perguntar, então, por que os agentes públicos esperaram até ser tarde demais, quando o crime já ocorreu? No Caso Bernardo, foram feitas diversas tentativas de pedido de ajuda: a criança procurou ajuda externa, mas ninguém acreditou. Por quê? Cabe aqui também uma reflexão sobre todo o sistema judiciário. Deveria o Ministério Público ter investigado, na época, as queixas da vítima; mas não agiu, enquanto o caso se tornava mais grave, até o crime ser destinado ao júri – quando o menino já não vive.

4 CRÍTICAS AO SISTEMA JUDICIÁRIO: OS AGENTES PÚBLICOS, O ECA E O CC

Houve ingresso em juízo por parte da vítima, conforme estabelecido no ECA, “XII – oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, [...] têm direito a ser ouvidos [...] sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente [...].” Porém, uma das características da psicopatia é saber mentir. “Não economizam charme nem recursos que os tornem mais atraentes no exercício de suas mentiras. Para algumas pessoas, eles se mostram suaves e sutis, tal como galãs de TV e de cinema.” (SILVA, 2010, p.76) Segundo notícias, o pai o convenceu que ia trata-lo bem e o menino aceitou voltar a morar com ele. Evidencia-se que o magistrado laborou em equívoco, ao decidir que o menor continuasse com seus familiares-algozes, que só o viam e queriam como fonte de renda. No entanto, analisando-se sua decisão, pode-se encontrar explicações embasadas na legislação do motivo pelo qual, sendo puramente positivista, seria possível atuar com esse posicionamento amparado por disposição legal. De acordo com o artigo 1630, do Código Civil, “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. O artigo seguinte aborda que “durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade”. O artigo 1632, CC diz que “a separação judicial, o divórcio [...] não alteram as *relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos*”. Percebe-se claramente que a criança é referida no dispositivo como algo pertencente ao

adulto, seu genitor. Tal dispositivo parece contrariar o artigo 15 do ECA, que dispõe que a “criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”. Ou seja, em seu conteúdo denota dignidade da criança como pessoa, e direitos constitucionais garantidos. Por outro lado, o art.1635, do CC prevê a extinção do poder familiar, no inciso V, “por decisão judicial, na forma do artigo 1638”. Do mesmo modo, o art.1637, do referido código estabelece que houver abuso de autoridade por parte do pai ou da mãe, “faltando aos deveres a eles inerentes [...]”, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor [...], até suspendendo o poder familiar, quando convenha.” Nesse sentido, o artigo 1638, CC. é explícito:

- perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou mãe que:
- I - castigar imoderadamente o filho
 - II - deixar o filho em abandono
 - III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
 - IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Era sabido na cidade que o menino Bernardo ficava do lado de fora de casa, sem poder entrar, como noticiado. Ainda que não houvesse conhecimento dos abusos, era evidente, pelas olheiras do menino, que este sofria maus-tratos. O artigo 16 do ECA explicita que “o direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: [...] VII - buscar refúgio, auxílio e orientação”. Um ponto-chave da questão, que seria uma possibilidade de o juiz mantê-lo com o pai, está no livro II, na parte especial do capítulo 3, que trata das medidas específicas de proteção:

- X – prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta.

Em contrapartida, ironicamente, alguns advogados *lucraram* uma causa tão desafiadora. Um pequenino foi encontrado morto e isso é real, mas defesas estrategistas criam fantasmas, para livrar seus clientes, seguindo o raciocínio de que basta plantar uma dúvida e pronto: *in dubio pro reo*. Com criatividade, se usa a legislação como mero artefato, podendo-se distorcer o significado de depoimentos, documentos, etc., para encaixar no processo, e inviabilizá-lo. Aqueles que defendem seus clientes nesses termos – sabendo de sua culpa e, além de garantir seus direitos, criam tese absolutória – soam iguais a eles, por

sua lógica e comportamento. Colocam-se em posição de autoridade, como quem possui um segredo importante, e tem poder; mas, na verdade, o “segredo” – que é a lei – não foi criado para satisfazer as evidenciadas paixões de ganhar o “jogo” a qualquer custo. Essa falta de limites na dinâmica processual penal causa impacto aos desconhecedores do Direito, disciplina cheia de brechas interpretativas.

Em seguida, uma lei sobre palmadas? A violência ocorrida era moral (FREITAS, 2014). Houve tortura psicológica, como revelam os vídeos obtidos do celular do acusado, divulgados pela mídia. O vídeo foi obtido em uma perícia no telefone celular de Leandro Boldrini, pai do menino Bernardo. O material foi anexado ao processo e será usado como prova pela acusação (In: G1, *Defesa da madrasta de Bernardo pede veto à imprensa em audiências*, 2014). Seria necessária uma lei para que as pessoas, ou pelo menos os agentes públicos, ouçam os gritos por socorro das vítimas? Já havia previsão no ECA, em seu art.5º: “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”

A respeito dos direitos fundamentais, no ECA em seu capítulo I (Do direito à vida e à saúde), título II, art.7º dispõe que a criança e o adolescente “têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.” Trata-se, na realidade, não apenas de falta de cidadania e de solidariedade, que a burocracia estabelecida em lei não pode amenizar, mas também de uma complexidade social. As pessoas vêem, e fingem que não vêem; ouvem, como se não fosse nada, em vez de comunicar à polícia ou ao Conselho Tutelar. Até porque, no caso em questão, foi uma assistente social – amiga da madrasta – que ajudou a matá-lo. Nesse contexto, é irônico o artigo 13 do ECA no sentido da responsabilidade delegada ao Conselho Tutelar: “os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.” Com a nova redação, pela Lei Nº 13.010, de 26 de junho de 2014 (a denominada Lei Menino

Bernardo), este artigo sofreu a seguinte alteração: “Os casos de suspeita ou confirmação de castigo físico, de tratamento cruel ou degradante e de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade [...]”

Percebe-se contradições legislativas. Divergem o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que busca uma interpretação e direitos constitucionais, preocupando-se com o bem-estar dos menores. Em contrapartida, há dificuldade de efetivação, visto que o próprio dispositivo soa utópico em sua concretização.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todas as mortes antes referidas, poderiam ter sido evitadas se os órgãos competentes tivessem agido de modo mais atento, e portanto responsável. Em contrapartida, defesas estrategistas criam fantasmas para livrar seus clientes seguindo o raciocínio de que basta plantar uma dúvida e pronto: *in dubio pro reo*. Como um “segredo”, uma propriedade exclusiva de um grupo de “iniciados”, a lei penal e processual penal é utilizada apenas para ganhar o “jogo” a qualquer custo – e impactar aos leigos, os desconhecedores do Direito. De que serve, no presente momento criar uma lei, senão de hipocrisia para simular diligência? Entretanto, o cadáver da vítima não mente. Torna-se mais difícil solucionar um caso ou evitar que um crime maior aconteça, quando falham as pessoas que estão por trás de cargos públicos, de fardas e uniformes. Do mesmo modo, não se espera que pais assassinem seus filhos – tal ato é inimaginável – não se está preparado para lidar com essas situações, muitas vezes por incredulidade, uma vez que o elemento surpresa dificulta a iniciativa, e é parte do arsenal de truques de muitos sociopatas. É custoso, e por isso, resiste-se a admitir que não há limites para a perversidade de pessoas portadoras desse tipo de patologia mental. Por outro lado, é desconcertante perceber que por trás de órgãos públicos, não há necessariamente cidadãos empenhados em fazer bem o seu trabalho, mas é também possível que haja pessoas passivas, desinteressadas, ignóbeis. Precisamos ficar inconformados, urge lutar pela vida: além da nossa, das pessoas

ao redor, por uma questão de humanidade. A chamada “Lei Menino Bernardo” resta apenas como homenagem a uma mais uma vítima de assassinato pelo próprio genitor; a seguir como está, não solucionará nada nem impedirá que novos casos aconteçam diariamente: crianças sendo mortas – Isabellas e Bernardos, imperceptíveis. As pessoas, em seu cotidiano, estão distraídas demais vivendo suas vidas enquanto ocorrem crimes hediondos a todo momento. O Vídeo oficial da Copa do Mundo de 2014 com o clipe da Shakira e sua música *Dare (La La La)* espantou e incomodou algumas pessoas, por parecer africano e não brasileiro: "Estamos no Brasil, aqui não tem leões, tigres de bengala nem animais selvagens à solta" – soavam os comentários. Poderíamos rever a possibilidade de, ao menos metaforicamente, haver sim, muitos selvagens entre nós.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil (2002). Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 29.03.2015.

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

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 de dezembro de 2014.

BRASIL. **Lei 13.010, de 26 de junho de 2014**. Dispõe sobre a Lei Menino Bernardo. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm>. Acesso em: 13 Abr. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 7672/2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483933>>

BRASIL. Planalto. Presidência da República, casa civil, subchefia para assuntos jurídicos. **Lei 13.010/2014**. Acesso em 13.12.2014, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm>.

Coberturas, caso Isabella Nardoni. Acesso em 12.12.2014, disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/coberturas/caso-isabella-nardoni/o-julgamento.htm>>.

Defesa da madrasta de Bernardo pede veto à imprensa em audiências. Acesso em 12.12.2014, disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/caso-bernardo-boldrini/noticia/2014/08/defesa-da-madrasta-de-bernardo-pede-veto-imprensa-em-audiencias.html>>

FREITAS, C. **Chegava com olheiras e malvestido, diz empresária que acolhia Bernardo**. Acesso em 12.12.2014, disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/caso-bernardo-boldrini/noticia/2014/09/chegava-com-olheiras-e-malvestido-diz-empresaria-que-acolhia-bernardo.html>>

IRION, A. **BM abre processo contra policial que esteve na casa de Bernardo em noite de briga**. Acesso em 12.12.2014, disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/11/bm-abre-processo-contra-policial-que-esteve-na-casa-de-bernardo-em-noite-de-briga-4639614.html>>.

Laudos não esclarecem causa da morte. Zero hora: 9 set.14. Acesso em 12.12.2014, disponível em <<http://www.pge.rs.gov.br/upload/zh,%20p.14%2815%29.pdf>>.

Lei Menino Bernardo. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Menino_Bernardo>.

NÉRI, F.; PASSARINHO, N. **Comissão da Câmara aprova lei da palmada, rebatizada Menino Bernardo**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/05/comissao-da-camara-aprova-lei-da-palmada-rebatizada-menino-bernardo.html>>.

ROCHA, A. F. O.; MENDONÇA, T. C.; ÁVILA, F. N. **Lei Menino Bernardo: uma Breve Análise Crítica**. Congrega, Urcamp, 2014.

RODRIGUES, A.; TOMÉ, P. I. (06/06/2014). **Lei da palmada não proíbe palmada, dizem advogados**. Acesso em 12.12.2014, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/06/1465898-lei-da-palmada-nao-proibe-palmada-dizem-advogados.shtml>>.

RIBEIRO, F. B. Governo dos adultos, governo das crianças: agentes, práticas e discursos a partir da “lei da palmada”. **Civitas – revista de Ciências Sociais**. Porto Alegre, v.13, n.2, p.292-308, mai-ago, 2013. Disponível em:

<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/15480/10829>>. Acesso em 12.12.2014,

SILVA, A. B. B. S. **Mentes perigosas**: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

Swat teria atirado em sequestrador, diz especialista em negociações. Acesso em 12.12.2014, disponível em:
<<http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL804733-5605,00.html>>.

O CONTROLE DA PUBLICIDADE DO TABACO NO BRASIL
THE CONTROLLING POWER OF ADVERTISEMENT IN THE TOBACCO
INDUSTRY IN BRAZIL

Sergio Gonçalves Macedo Jr.⁷⁷

Maria Cláudia Mércio Cachapuz⁷⁸

RESUMO: Na sociedade contemporânea, a publicidade cumpre uma importante função social e econômica na sociedade. É imprescindível ao funcionamento do mercado de consumo; porém pode ser, ao mesmo tempo, veículo de ilicitudes que vêm a lesar os consumidores. Ao procurar promover a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, pode incorrer em enganosa e abusos, acarretando diferentes tipos de prejuízos ao seu público-alvo. Pode ser, assim, objeto de controle em três esferas distintas: judiciária, administrativa e privada. No caso da publicidade do tabaco no Brasil, o controle na esfera privada, durante muitos anos, mostrou-se insuficiente no mote de minorar o seu potencial lesivo aos consumidores. Não obstante todos os malefícios causados pelo tabagismo, a autorregulamentação publicitária no setor de produtos fumígenos não foi capaz de promover o controle adequado de suas peças de *marketing*, de tal forma que apenas com o incremento regulatório proporcionado pela intervenção do controle legal, já nas últimas décadas, é que os efeitos perniciosos do tabagismo começaram a ser mitigados no país, com a significativa redução do número de tabagistas.

PALAVRAS-CHAVE: publicidade; controle; consumo; tabaco.

ABSTRACT: In contemporary society, advertising plays an important role in social and economic society. It is essential to the functioning of the consumer market; but can be, at the same time, vehicle of illegal acts that come to harm consumers. Advertising, by seeking to promote the purchase of a product or the use of a service, may incur into misleading and abuses, causing different types of damage to its target audience. It may, therefore, be subject to control in three distinct areas: judicial, administrative and private. In the case of tobacco advertising in Brazil, the control in the private sphere, for many years, has been insufficient on mitigating the potential to harm consumers. Despite all the harm caused by smoking, advertising self-regulation in the tobacco products sector was unable to

⁷⁷ Mestrando do Programa de Pós-Graduação da UNILASALLE

⁷⁸ Doutora em Direito Civil pela UFRGS. Professora do Mestrado em Direito e Sociedade do Centro Universitário La Salle - UNILASALLE. Juíza de Direito.

promote the proper control of its marketing pieces, such that only the regulatory increment provided by the intervention of legal control, as in the past decades, is that the harmful effects of smoking began to be mitigated in the country, with a significant reduction in the number of smokers.

KEYWORDS: advertising; control; consumption; tobacco.

1 INTRODUÇÃO

Com o intuito de investigar a efetividade dos sistemas de controle da publicidade do tabaco no Brasil, busca-se identificar, neste estudo, a base conceitual desta forma de comunicação e suas formas ilícitas de manifestação, para, após, analisar a relação existente entre a produção e consumo de produtos fumígenos no país e o incremento regulatório do controle de sua publicidade.

Forma de comunicação que tem como objetivo promover a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, a publicidade constitui um dos temas mais complexos do Direito do Consumidor. É um fato jurídico em constante transformação que, em suas múltiplas facetas, desafia o legislador, o aplicador do Direito e a doutrina. Está presente no dia a dia de todos os indivíduos, que são expostos, a despeito de sua vontade, a diferentes espécies de apelos de *marketing*, como o anúncio publicitário, o *teaser*, o *puffery* e o *merchandising*. E, se por um lado, é imprescindível ao funcionamento do mercado de consumo, por outro, pode ser veículo de ilicitudes que, com frequência, lesam os consumidores. O fato da eficiência da publicidade depender do seu poder de persuasão faz com que, muitas vezes, as agências abram mão de mensagens enganosas ou apelos abusivos.

Vivemos em uma sociedade marcada pelo consumismo⁷⁹, fruto de inúmeras influências do meio no qual os indivíduos estão inseridos, que as

⁷⁹ A sociedade de consumo é fruto das modificações econômicas, sociais e culturais que transformaram a sociedade ocidental pré-industrial desde o século XIX e abriga um processo denominado de “espetacularização do consumo”. Guy Debord (1997) estudou o caráter espetacular do capitalismo, mostrando estar ele ligado à ótica da acumulação do capital. Afirma que o espetáculo une o lado da produção ao lado do consumo, transformando indivíduos em consumidores plenos; que ele é produzido pela indústria cultural e atinge os indivíduos em praticamente todos os atos de sua vida cotidiana, sendo quase que onipresente.

incentivam a uma aquisição contínua de bens e serviços, como forma de sustentar a produção e o crescimento econômico. E a maior parte destas influências decorre das técnicas de *marketing*. Assim, plenamente integrada ao modo de produção capitalista e inegavelmente necessária à economia de mercado, a publicidade adquire cada vez mais espaço e influência na contemporaneidade, quando os meios de comunicação têm se diversificado e a circulação da informação tem se intensificado em proporções jamais vistas. Nesse contexto, os efeitos da publicidade sobre a sociedade também são majorados, de forma que eventuais ilicitudes passam a ter um potencial lesivo muito mais significativo.

A publicidade é o alicerce que serviu de base para a constituição deste tipo de sociedade e tem inegável influência no incentivo e, até mesmo, na formação de gostos e costumes, podendo, inclusive, chegar a potencializar hábitos nocivos como o do tabagismo na sociedade em que está inserida; de tal forma que, mesmo com todo o potencial maléfico das inúmeras substâncias agressivas presentes nos produtos fumígenos, a publicidade pode alcançar sucesso no mote de persuadir pessoas a consumirem-nos e, além de consumir, a convencer outras pessoas a fazer o mesmo, chegando, inclusive, ao ponto de acreditar que o costume de fumar poderia vir a ser elegante e charmoso.

Assim, no caso do tabaco no Brasil, a publicidade foi protagonista no fenômeno de disseminação do hábito de fumar e, mais, na sua glamorização, em que pese todos os conhecidos, comprovados e contundentes malefícios que o fumo causa à saúde. Ela foi definitiva na “criação” de um estilo de vida e na formação de uma imagem que associava o tabagismo ao sucesso e ao bem-estar. Conseguiu, desta forma, a “façanha” de auxiliar significativamente o incremento do vício do tabagismo na sociedade, mesmo entre aqueles que nunca haviam tido contato direto com a nicotina e o alcatrão, substâncias que, de outra forma, dificilmente teriam o poder, por si só, de despertar a atenção e a curiosidade entre tantas pessoas que ainda não as tivessem sequer experimentado.

E, diante das, então, implicações perniciosas que este tipo de publicidade pôde trazer à sociedade brasileira, que mecanismos de controle específicos estavam disponíveis e/ou foram acionados, com maior ou menor grau de eficiência, de forma a, pelo menos, abrandar seus efeitos?

Ante as garantias constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência (art. 170 CF/88), bem como das disposições referentes às possíveis restrições, genericamente, à publicidade de produtos que possam ser nocivos à saúde e, especificamente, à publicidade do tabaco (art. 220 CF/88), como se processou o controle da publicidade dos produtos fumígenos no mote da proteção do consumidor no Brasil?

2 PUBLICIDADE

A palavra publicidade deriva de “público”, do latim *publicus*, e expressa o ato de tornar público, vulgarizar, divulgar. Em um primeiro momento, este termo foi empregado na sua acepção jurídica, adquirindo conotação comercial apenas no início do século XIX, quando a palavra “propaganda”, associada aos abusos e métodos de divulgação das ideias nazi-fascistas, tornou-se indesejável.

Segundo Vidal Serrano Nunes Júnior (2001, p. 16), publicidade é “o ato de comunicação, de índole coletiva, patrocinado por ente público ou privado, com ou sem personalidade, no âmago de uma atividade econômica, com a finalidade de promover, direta ou indiretamente, o consumo de produtos e serviços”; propaganda, por outro lado, é “toda forma de comunicação, voltada a público determinado ou indeterminado, que, empreendida por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, tenha por finalidade a propagação de ideias relacionadas à filosofia, à política, à economia, à ciência, à religião, à arte ou à sociedade”.

Valéria Chaise (2001, p. 8) conceitua publicidade como “a forma ou meio de comunicação com o público que tem como objetivo promover a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço”. E Cláudia Lima Marques (1999, p. 345) a define como “toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado”.

Pode ser institucional ou promocional, dependendo do objetivo que persegue. A institucional é aquela que pretende institucionalizar a marca, anunciando a própria empresa, e não um produto. A promocional, por sua vez, objetiva promover a venda de produtos e serviços. Além disso, existem variadas técnicas publicitárias, entre as quais se pode citar o *teaser*, o *puffing*, a publicidade redacional, a propaganda subliminar, a publicidade comparativa e o *merchandising*.

2.1 A Publicidade na Constituição Federal

O art. 5º da nossa Constituição Federal determina ao Estado, em seu inc. XXXII, a promoção, na forma da lei, da defesa do consumidor. A norma se insere no quadro dos direitos e garantias fundamentais outorgados pela Constituição e, portanto, teve vigência imediata. Na mesma esteira, o seu art. 170, ao definir os fundamentos da ordem econômica e lhe indicar a finalidade, destaca, como um de seus princípios essenciais, a defesa do consumidor.

Segundo Walter Ceneviva (1991), o art. 170 reforça tal finalidade ao reiterar o mencionado no art. 5º, mas assegura a todos, simultaneamente, o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, afirmando, outrossim, a liberdade da concorrência, que se pressupõe leal.

O art. 48 do Ato das Disposições Transitórias determinou o prazo de 120 dias para que o Congresso Nacional elaborasse o Código de Defesa do Consumidor. O prazo foi, no entanto, desrespeitado pelos próprios parlamentares que o determinaram, mas serviu como indício das preocupações que, em certo momento da história nacional (1988), privilegiaram as relações de consumo de maneira a impedir abusos que, então, nelas despontavam.

Nas palavras de Ceneviva:

Com o desenvolvimento da sociedade industrial, ficou evidente que o consumidor, tomado individualmente, não tinha condição qualificada para defender seus direitos contra eventuais prejuízos advindos do consumo ante fornecedores ou mais poderosos ou providos de meios e conhecimentos técnicos cujo enfrentamento se mostrava excessivamente oneroso. Constatado que havia interesses comuns no

universo dos consumidores, compreendeu-se que eram defensáveis coletivamente, até mesmo quando não considerados um a um. Sob inspiração da doutrina estrangeira mais avançada, colheu-se, na doutrina pátria a noção dos interesses difusos – de amplo espectro – compreendendo bens de vida juridicamente relevantes e, por isso, dignos de proteção do Direito, embora pertencentes a pessoas sem vínculo jurídico entre elas e até sem conhecimento obrigatório das recíprocas necessidades. A Constituição de 1988 incorporou os interesses coletivos à sua normatividade, ora lhes dando essa denominação, ora os chamando de difusos. (CENEVIVA, 1991, p. 83).

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi finalmente legislado no ano de 1990, por meio da Lei n.º 8.078, arraigado a princípios constitucionais e, mais especificamente, aos do Direito do Consumidor, incrementando o ordenamento jurídico pátrio, regulando a publicidade e balizando a caracterização da publicidade disfarçada (art. 36), bem como das ilicitudes de suas manifestações (art. 37) – enganosidade e abusividade - de forma a viabilizar o seu controle legal, que veio a se somar ao sistema autorregulamentar. Assim, o legislador brasileiro, através do CDC, rechaçou a publicidade enganosa ou abusiva em todos os níveis de tutela, ensejando a aplicação de sanções administrativas, dentre as quais a contrapropaganda, propiciando a retirada do ar de publicidades viciadas, com eventuais ressarcimentos por danos causados aos consumidores, vinculando o fornecedor à oferta publicitária, criminalizando determinadas condutas e criando mecanismos processuais para otimizar o acesso à justiça.

Nas palavras de Walter Ceneviva (1991, p. 86), “vieram a reboque da falta de sintonia entre o direito escrito e os fatos sociais, pois era muito anterior a necessidade provocada pelas transformações sócio-econômicas, de suprir as deficiências do direito privado para garantir a massa crescente de novos conflitos causada pelo *consumismo*”.

Quanto à livre criação publicitária, a Constituição protege, como direitos fundamentais, em seu art. 5º, a manifestação do pensamento e a liberdade de expressão. Pelo inciso IX do art. 5º, o constituinte definiu em termos amplos os contornos do direito à liberdade de expressão, que já fora previsto no seu inciso IV.

Conforme Gilmar Mendes (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 351), “o âmbito de proteção da liberdade de expressão é amplo, abarcando todos os

atos não violentos que tenham como objetivo transmitir mensagens, bem como a faculdade de não se manifestar”.

Para Daniel Sarmiento (2014), existem diferentes razões de ordem moral e pragmática que dão esteio à proteção da liberdade de expressão. Trata-se, em primeiro lugar, de uma garantia essencial ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade da pessoa humana: “Com efeito, a possibilidade de cada indivíduo interagir com o seu semelhante tanto para expressar as próprias ideias e sentimentos como para ouvir aquelas expostas pelos outros, é vital para a realização existencial” (SARMENTO, 2014, p. 255). Outra razão de grande relevância é a garantia da democracia, que pressupõe um espaço público aberto, plural e dinâmico, no qual haja o livre confronto de ideias, o que se torna possível apenas sob a condição da garantia da liberdade de expressão.

A publicidade também é protegida pela liberdade de expressão. Com efeito, há quem defenda o contrário, por entender que a publicidade não está protegida pela liberdade de expressão pelo fato de que ela não objetiva a discussão de ideias, mas sim a obtenção de lucro por parte de agente econômicos⁸⁰. Levanta-se, ainda, a hipótese de que a publicidade não gozaria dessa proteção porque se volta, precipuamente, para a criação artificial de desejos e necessidades contingentes nos consumidores, nada tendo a ver com o nobre propósito da liberdade de expressão, de tornar possível o debate de temas de interesse público.

Contudo, predomina o entendimento de que tal proteção se estende à publicidade, mesmo que ela não esteja no epicentro desta direito fundamental. Nesse sentido, Daniel Sarmiento, ao colaborar em obra Coordenada por José J. G. Canotilho sobre a Constituição Federal (CANOTILHO, 2014), comenta:

[...] é importante ressaltar que, numa sociedade capitalista, a busca de ganhos econômicos está também presente em diversas outras atividades comunicativas desenvolvidas por particulares, cuja cobertura pela liberdade de expressão ninguém questiona. Ademais o domínio da liberdade de expressão não se circunscreve aos temas considerados de interesse público, abrangendo todos os subsistemas sociais, inclusive o econômico. E não é uma exclusividade do discurso publicitário a tentativa de influenciar as atitudes e condutas humanas, pois esta é uma característica presente, em maior ou menor escala, na comunicação que

⁸⁰ Nesse sentido, R. A. Shiner, da Universidade de Oxford (SHINER *apud* SARMENTO, 2014, p. 274).

ocorre nos mais variados domínios, como o político, religioso, artístico, etc.. Não bastasse, a publicidade comercial, quando despida de vícios, desempenha um papel importante que tem nexos íntimos com os valores da liberdade de expressão, que é municiar o indivíduo com informações para que ele possa, a partir de suas próprias avaliações, realizar escolhas autônomas sobre o que é bom para o seu próprio consumo. (SARMENTO, 2014, p. 274).

De fato, a publicidade não se situa no epicentro do direito fundamental à liberdade de expressão, como ocorre, por exemplo, com os discursos político, artístico, religioso ou científico. Está, é verdade, em uma zona mais afastada, na qual a proteção constitucional é menos intensa (SARMENTO, 2014). E é por este motivo que podem ser aceitas restrições mais contundentes à liberdade de expressão nesta seara, como as voltadas à proteção ao consumidor (arts. 5º, XXXII e 170, V, da CF). Entre tais restrições, sobressaem as inculpidas no CDC, já referidas acima. Há restrições, inclusive, de imposição constitucional, que, referentes à comunicação social⁸¹, estão prescritas nos parágrafos 3º, inc. II, e 4º do artigo 220 da Constituição, em nome da tutela de bens jurídicos relevantes, como a saúde, o meio ambiente e a proteção à criança e ao adolescente. Neste contexto, Daniel Sarmiento (2014, p. 275) salienta, porém, que “é sempre necessário analisar a validade de cada medida restritiva, o que envolve tanto o respeito à reserva da lei formal como o acatamento do princípio da proporcionalidade”.

2.2 Publicidade Ilícita

Consoante o regime jurídico estabelecido pelo CDC, toda publicidade que violar os deveres jurídicos nele definidos, na realização, produção e divulgação de

⁸¹ Na lição de José Afonso da Silva, comunicação Social é a denominação mais apropriada da chamada “comunicação de massa”, mas o sentido permanece como o de comunicação destinada ao público em geral, transmitida por processo ou veículo, dito meio de comunicação social. O art. 399 do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos bem definia seu conceito e natureza, ao estatuir que “o sistema de comunicação social compreende a imprensa, o rádio e a televisão e será regulado por lei, atendendo à sua função social e ao respeito à verdade, à livre circulação e à difusão universal da informação, à compreensão mútua entre os indivíduos e aos fundamentos éticos da sociedade”. (SILVA, 2009, p. 824).

mensagens publicitárias, será ilícita⁸². Existem duas espécies de publicidade ilícita: a publicidade enganosa e a publicidade abusiva, referidas no CDC, no *caput* do seu art. 37⁸³. A definição de *consumidor equiparado*, estabelecida no art. 29 e no parágrafo único do art. 2º deste Código, calou fundo na jurisprudência brasileira em matéria de publicidade ilícita conforme salienta Cláudia Lima Marques:

Em um país de tantas diferenças sociais, econômicas e culturais, a jurisprudência brasileira foi exemplar ao estabelecer que a publicidade abusiva e enganosa atinja a todos, mesmo aqueles excluídos do consumo, àqueles aos quais a publicidade não se dirige, pois não possuem as condições para consumir, mas que através das televisões, placares e *outdoors* deste imenso país são atingidos, expostos a estas práticas comerciais abusivas. Em uma belíssima visão de plenitude do consumidor equiparado como sujeito de direitos (em potencial), como pessoa, mais do que como *homo economicus* ou ser razoável, estabeleceu uma visão de consumidor digno. (MARQUES, 1999, p. 675).

Os contornos da publicidade ilícita, ao serem definidos no CDC, são, também, frutos de um novo paradigma objetivo de boa-fé, confiança e transparência, que passou a dominar o regime da publicidade no Brasil.

2.2.1 Publicidade Enganosa

Publicidade enganosa é aquela que leva ou induz o consumidor a erro na aquisição do bem ou serviço. Para ser determinada como enganosa, impõe-se a aferição da intensidade enganosa inserida nela. Ou seja, envolve, necessariamente, para o intérprete, a verificação do grau de engano nela contido (GENEVIVA, 1991, p. 116).

Segundo Cláudia Lima Marques (1999, p. 676), “a característica principal da publicidade enganosa, segundo o CDC, é a de ser suscetível de induzir ao *erro* o consumidor, mesmo que seja através de suas ‘omissões’. A interpretação dessa norma deve ser necessariamente ampla, uma vez que o ‘erro’ é a falsa noção da realidade, falsa noção esta *potencial*, formada na mente do consumidor por ação

⁸² Embora cumpra uma importante função social e econômica na sociedade, a publicidade deve sempre pautar-se pelos princípios básicos que guiam as relações entre fornecedores e consumidores, especialmente o da boa-fé (MARQUES, 1999).

⁸³ **Art. 37**, CDC: É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

da publicidade”. Nesse sentido, o CDC proíbe a *publicidade enganosa*, em seu art. 37.

Walter Ceneviva (1991, p. 116) explica que “a enganabilidade se contém no falso da mensagem, inteiro ou parcial”. Segundo ele, “o elemento objetivo do engano estará presente quando a publicidade se mostrar capaz de induzir em erro o consumidor, pessoa física ou jurídica, a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem e preço do produto e do serviço” (CENEVIVA, 1991, p. 116). A proibição da publicidade enganosa vem ao encontro do objetivo do CDC de oferecer garantias ao consumidor, no sentido de que ele possa fazer escolhas livres e racionais. Existem dois tipos básicos de publicidade enganosa: por *comissão* e por *omissão*.

Na publicidade enganosa *por comissão*, o fornecedor afirma algo capaz de induzir o consumidor em erro, ou seja, diz algo que não é. Já na publicidade enganosa por *omissão*, o anunciante deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor em erro, isto é, deixa de dizer algo que é (BENJAMIN, 2001, p. 289). No ensinamento do mestre Antônio Herman Benjamin:

Na caracterização da publicidade enganosa não se exige a intenção de enganar por parte do anunciante. É irrelevante, pois, sua boa ou má-fé. A intenção (dolo) e a prudência (culpa) só ganham destaque no tratamento penal do fenômeno. Logo, sempre que o anúncio for capaz de induzir o consumidor em erro – mesmo que tal não tenha sido querido pelo anunciante -, caracterizada está a publicidade enganosa.

Assim ocorre porque o que se busca é a proteção do consumidor e não a repressão do comportamento enganoso do fornecedor. E, para fins daquela, o que importa é uma análise do anúncio em si mesmo, objetivamente considerado. Já para esta, diversamente, a intenção ou culpa do agente é sopesada.

Tudo o que se exige é prova de que o anúncio possui a tendência ou capacidade para enganar, mesmo que seja uma minoria significativa de consumidores. A essência do desvio (a enganabilidade) não é a má-fé, a negligência, ou mesmo o descumprimento de um dever contratual ou paracontratual. Em suma: uma prática é enganosa mesmo quando inexistente qualquer intenção de enganar. Pelo mesmo raciocínio, não elide a enganabilidade os esforços efetuados pelo anunciante no sentido de preveni-la. Finalmente, o fato de ser uma determinada prática enganosa corrente no mercado, não dá salvo-conduto aos seus adeptos para utilizá-la em detrimento dos consumidores. (BENJAMIN, 2001, p. 290).

Uma mensagem publicitária pode ser enganosa não apenas quando diz expressamente algo capaz de induzir em erro, mas também quando, mesmo não

o dizendo claramente, a informação realmente passada difere do significado real da mensagem. Por outro lado, como referido, a publicidade pode ser enganosa *por omissão*. Se ela pode ser enganosa comissivamente em virtude “do que diz”, pode também enganar por omissão em função “do que não diz”, pela omissão de *dados essenciais*.

Importante ressaltar que a proteção do consumidor contra publicidade enganosa leva em conta somente sua capacidade de indução em erro. A enganabilidade é aferida, pois, em abstrato. Ou seja, não se exige que o consumidor tenha, de fato e concretamente, sido enganado. Nas palavras de Antônio Herman Benjamin (2001, p. 291), sobre a publicidade enganosa, “o que se busca é sua ‘capacidade de induzir ao erro o consumidor’, não sendo, por conseguinte, exigível qualquer prejuízo individual. O difuso – pela simples utilização da publicidade enganosa -, presumido *jure et de jure*, já é suficiente”.

Paulo Jorge Scartezini Guimarães (2001, p. 117) aponta que o legislador sancionou duas espécies de publicidade ilícita dentro do gênero “enganosa”. Existe a publicidade falsa, que é aquela identificada pela não-veracidade da mensagem comunicada; e a enganosa em sentido estrito, que consiste naquela que, de qualquer modo, mesmo por omissão, tenha potencial de induzir o consumidor em erro⁸⁴.

A publicidade falsa também não se confunde com a fraudulenta: na primeira, há descrição errada do objeto ou omissão de dados relevantes, com culpa; na segunda, a ação antijurídica tem o fito de se aproveitar da boa-fé alheia, com dolo (CENEVIVA, 1991, p. 118).

2.2.2 Publicidade Abusiva

A publicidade abusiva é aquela que contém mensagens ofensivas aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. Não visa a proteger os aspectos materiais do consumo (o bolso do consumidor), mas outros valores tidos como relevantes para a sociedade, tais como a igualdade das pessoas, a defesa

⁸⁴ No mesmo sentido, Maria Luiza de Sabóia Campos (1996, p. 226) e Junqueira de Azevedo (1996, p. 29).

ambiental, a proteção dos direitos da criança ou dos hipossuficientes, etc. (RODYCZ, 1994, p. 67). Na lição de Cláudia Lima Marques (1999, p. 680), “a publicidade abusiva é, em resumo, a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo”.

O Código de Defesa do Consumidor não define a publicidade abusiva. Esta opção, consoante o ensinamento de Vidal e Yolanda Serrano (NUNES JUNIOR; SERRANO, 2003, p. 120), “prende-se ao fato de que qualquer definição poderia ficar aquém das expectativas do legislador. Deste modo, optou por uma enumeração, que, além de arrolar hipóteses, serve de parâmetro para a identificação de outras mensagens publicitárias de caráter abusivo”. Tendo em vista que, ao exemplificar a propaganda abusiva, o legislador utilizou a expressão *entre outras*, o elenco das cláusulas abusivas não é taxativo. Sendo assim, o juiz poderá identificar outras hipóteses de publicidade abusiva, dependendo dos casos concretos. Nas palavras de Wilson Carlos Rodycz (1994, p. 69), “vale frisar que a enumeração de hipóteses é meramente exemplificativa, podendo haver outras que igualmente serão taxadas de abusivas e ilegais”.

Desta forma, pode-se considerar abusiva a publicidade quando ela instiga ou estimula, de modo eficaz, uma das ações indicadas no § 2º do art. 37 do CDC, quando desrespeita valores ambientais, ou quando é capaz de causar riscos coletivos aos consumidores⁸⁵. Assim, o anunciante que não obedece ao disposto no § 2º do art. 37 está, violando, também, o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º da Constituição Federal.

3 CONTROLE DA PUBLICIDADE

A publicidade patológica pode ser objeto de controle em três esferas

⁸⁵ A respeito da publicidade abusiva, Roberta Densa (2007, p. 102) assevera que o legislador, sabedor de que a publicidade é meio de influenciar pensamentos, valores, comportamentos, e modificar condutas na sociedade de consumo, entendeu por bem intervir e controlar toda vez que aquela se demonstrar abusiva, para que não haja ameaça à sociedade e aos valores morais, que são o alicerce dela, os quais os anunciantes devem respeitar, em nome da própria estabilidade jurídico-social vigente.

distintas: judiciária, administrativa e privada (RODYCZ, 1994, p. 71). Consoante ensina o magistrado Wilson Carlos Rodycz,

Na esfera judiciária, o instrumento processual mais importante à disposição do consumidor é a ação civil pública (Lei n.º 7.347/85), para a qual estão legitimados ativamente tanto o Ministério Público como as associações de consumidores constituídas com essa finalidade; por essa via é possível buscar a cessação da veiculação de campanha publicitária considerada abusiva, com pedido de concessão de liminar, a imposição de contrapublicidade e a reparação dos danos causados. Há isenção de custas judiciais e de sucumbência em caso de improcedência da ação, salvo litigância de má-fé. No âmbito criminal, há quatro fatos típicos relativos à publicidade (arts. 67 a 69, CDC), quais sejam:
fazer ou promover publicidade enganosa;
idem em relação à publicidade abusiva;
fazer ou promover publicidade capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial à sua saúde ou segurança;
deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade. (RODYCZ, 1994, p. 71-72).

Na esfera administrativa, a publicidade ilícita pode vir a ser objeto de ações de controle por parte dos órgãos administrativos criados para tal fim. Dentre outras sanções administrativas, a lei prevê a possibilidade de imposição de contrapropaganda. Já no âmbito privado, o controle cabe ao CONAR (Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária), o qual aplica seu Código de Ética. O CONAR pode recomendar a sustação da divulgação de anúncio que considere ofensivo a seu estatuto, bem como impor outras sanções desse jaez (RODYCZ, 1994, p. 72). A proteção ao consumidor em matéria publicitária advém, portanto, das leis, das entidades estatais e de instituições criadas para sua defesa e do autocontrole de anunciantes e agências de propaganda (CENEVIVA, 1991, p. 88).

3.1 Sistemas de Controle

Existem três sistemas de controle da publicidade atualmente em prática em nossa sociedade: o sistema autorregulamentar (privado), o sistema legal (estatal) e o sistema misto.

O entendimento de que a publicidade era uma simples forma de promoção de vendas que não pressupunha qualquer compromisso ou responsabilidade de

que a promovia, está completamente superado em todas as ordens jurídicas que primam pelos interesses dos consumidores. Conforme ensina Valéria Chaise:

Várias práticas e mecanismos do mercado, até as primeiras décadas do século XX eram ignoradas, como as condições gerais de contrato, contrato celebrado mediante formulários e cláusulas predispostas, aliadas à influência que exerce a publicidade para impor uma marca, para orientar o público a utilizar determinado produto, inclusive para despertar a vontade de adquirir bens e serviços que, de outro modo, teria ignorado. Tudo isso confirma a necessidade, dentro da política de proteção ao consumidor de haver certo controle sobre a publicidade (CHAISE, 2001, p. 24).

Ao elaborar o CDC, o legislador brasileiro conferiu à publicidade a importância que ela tem hoje no mercado.

3.1.1 Sistema Autorregulamentar

O Sistema Autorregulamentar consiste no controle interno da publicidade realizado por órgão privado e ligado ao próprio setor publicitário. Nesse sistema, códigos de ética ou de conduta promovem a autorregulamentação ou autodisciplina da atividade. Valéria Chaise destaca que:

A autorregulamentação foi decorrência da necessidade de manter a confiança dos consumidores nas mensagens veiculadas. Os profissionais da publicidade se aperceberam de que, no momento em que a publicidade deixasse de convencer os consumidores, não mais cumpriria sua função primordial. Um dos objetivos da autorregulamentação, portanto, é melhorar a imagem social da publicidade.

São características fundamentais da autorregulamentação: a) a presença de uma associação de empresários estabelecida segundo o direito privado e de livre adesão; b) a existência de regras éticas para garantir a correção das mensagens e evitar a arbitrariedade dos órgãos de controle; c) a criação de órgão ou órgãos de controle competentes para vigiar o respeito às regras estabelecidas; d) a capacidade para impor sanções aos infratores; e) a existência de poder de pressão para o cumprimento da sanção. (CHAISE, 2001, p. 25-26).

Uma vantagem do sistema autorregulamentar é a possibilidade que ele traz para o consumidor a solução do conflito mediante a arbitragem e a composição, evitando as custas e a morosidade do procedimento judicial, tal qual o efeito oferecido por um Termo de Ajustamento de Conduta ao evitar uma Ação Civil Pública junto ao Ministério Público. De outra banda, existe a desvantagem, nesse sistema, da falta de coerção ou de obrigatoriedade de vinculação das empresas e dos profissionais às sanções impostas pelo Código de Autorregulamentação.

No Brasil a autorregulamentação publicitária cabe ao Conselho Nacional de Autorregulamentação publicitária (CONAR), criado em 1980, e é regida pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que consiste em um conjunto de normas de caráter privado aprovadas por entidades representativas do mercado publicitário. O CONAR é uma associação civil formada por agentes do mercado publicitário, como anunciantes, agências e veículos de comunicação, que, espontaneamente, aderem ao quadro social. Conforme a já referida desvantagem do sistema autorregulamentar, os atos do CONAR não têm força cogente, constituindo-se apenas como recomendações, opiniões, conselhos ou pareceres.

O art. 50 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária prevê certas penalidades aos possíveis infratores, quais sejam: a) advertência; b) recomendação de alteração ou correção do anúncio; c) recomendação aos veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio; d) divulgação da posição do CONAR com relação ao anunciante, à agência e ao veículo, através de veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas. Porém, a imposição de qualquer dessas sanções tem caráter somente moral, já que o CONAR não tem o poder de determinar que uma determinada publicidade ilícita deixe de ser veiculada.

2.1.2 Sistema Legal

O sistema legal é aquele pelo qual a regulamentação da publicidade cabe exclusivamente ao Estado. Por esse sistema, o controle das práticas ilícitas é viabilizado através de leis esparsas ou codificadas. A grande vantagem do sistema legal é o poder coercitivo emanado do Estado.

Consoante o ensinamento de Valéria Chaise (2001, p. 28), é tão óbvia a necessidade da existência do sistema legal para o controle das práticas publicitárias, que a “Diretiva da Comunidade Econômica Européia nº 84/450 repudia o modelo exclusivamente autorregulamentar e sugere que os Estados-Membros estipulem meios adequados e eficazes para o controle da publicidade enganosa, os quais seriam, em síntese, o controle judicial e o controle

administrativo. A Diretiva esclarece, também, que o controle administrativo e judicial não exclui o controle voluntário”.

2.1.3 Sistema Misto

Nesse sistema, somam-se o controle voluntário da publicidade (autorregulamentar) com o controle estatal (legal). Segundo Valéria Chaise (2001, p. 25-26), “o CDC adotou o sistema misto, ressaltando-se que o controle estatal, que tem lugar no sistema misto brasileiro, só diz respeito às publicidades abusivas e enganosas”. Consoante a lição da mestre Judith Martins-Costa:

A alocação, na Lei n.º 8.088/90, do direito dos consumidores à proteção contra a publicidade enganosa e abusiva (art. 6º, IV) e de seus consectários – o princípio da identificação da mensagem publicitária (art. 36), o da veracidade da mensagem publicitária (art. 37, §1º), o da vinculação contratual da mensagem (art. 30), o da não abusividade (art. 37, §2º), o do ônus *probandi* a cargo do fornecedor (art. 38) e o da correção do desvio publicitário (art. 56, VII) – suscitou esforços interpretativos conducentes à definição de certos pontos de apoio ao preenchimento do seu conceito, uma vez que, sob uma mesma expressão, “publicidade enganosa”, visou a lei interditar uma série de práticas faticamente distintas entre si. (MARTINS-COSTA, 1993, p. 79-80).

O fato de a publicidade abusiva ferir valores sociais faz com que a defesa do consumidor contra este tipo de ilicitude possa ser, também, coletiva. Assim, os Ministérios Públicos Estadual e Federal e as Associações de Defesa dos Consumidores fazem uso constante de ações civis públicas para atacar publicidades abusivas no mercado brasileiro⁸⁶⁻⁸⁷. De forma que, no Brasil, a parte do controle estatal do sistema misto conta com a Ação Civil Pública como um instrumento fundamental para o controle da publicidade ilícita, para qual tem legitimidade o Ministério Público e as associações de proteção aos consumidores. Conforme Valéria Chaise:

⁸⁶ A pioneira Associação de Proteção ao Consumidor (APC), de Porto Alegre, moveu uma Ação Civil Pública contra a publicidade veiculada pela televisão, que incitava crianças à prática de delitos (invasão de supermercados etc.) para poder consumir produtos alimentícios do fornecedor. A ação constituiu verdadeiro *leading case* no Direito brasileiro, pelo menos no campo civil; vide Revista de Direito do Consumidor, n. 1. (MARQUES, 1999, p. 680).

⁸⁷ Mencione-se a atuação dos PROCONS, por exemplo a ação do PROCON – PGE/SP contra a publicidade do “Tênis da Xuxa”, que incentivava a destruição de sapatos velhos pelas crianças em liquidificadores de forma a receber os novos tênis. (MARQUES, 1999, p. 680).

Por essa via, é possível buscar a cessação de veiculação de campanha publicitária considerada ilegal, com pedido de concessão de liminar de plano ou após justificação prévia, devendo, nessa última hipótese, ser citado o réu, conforme o § 3º do art. 84 do CDC. É possível, também, a imposição de contrapublicidade e a reparação de danos morais e patrimoniais causados, conforme o art. 6º, inciso VI do CDC. (CHAISE, 2001, p. 31).

A Constituição Federal de 1988 incorporou os interesses coletivos à sua normatividade, seja por tal denominação, seja chamando de *difusos*. Mas também os caracterizou sob outras formas: interesse coletivo na atividade econômica do Estado (art. 173), interesses da coletividade servidos pelo sistema financeiro (art. 192), atividades fundamentais do Ministério Público na defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), ou na promoção do inquérito civil ou da ação civil pública para proteção dos interesses difusos ou coletivos (art. 129, III). Outrossim, o art. 5º da Constituição, em seu inciso XXI, defere legitimidade às entidades associativas, quando expressamente autorizadas, para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

4 O CASO DO TABACO

O Brasil é um dos maiores produtores mundiais de tabaco e o principal exportador. A cultura do tabaco, claramente, tem grande importância econômica, com significativos reflexos na geração de empregos e de tributos. É vultoso, portanto, o porte da indústria do tabaco no país, o que traz evidentes implicações econômicas e, inclusive, políticas.

Ao mesmo tempo, o tabagismo é considerado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) a principal causa de morte evitável no mundo. A organização estima que um terço da população mundial adulta seja fumante (47% de toda a população masculina mundial e 12% da feminina)⁸⁸. No Brasil, a cada hora, cerca de dez pessoas morrem em decorrência de doenças relacionadas ao fumo. São cerca de 200 mil mortes anuais⁸⁹. Além de todos os dramas familiares que as

⁸⁸ Fonte: Portal Brasil. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/saude/2009/11/tabagismo1>> Acesso em 04 jun 2014.

⁸⁹ Fonte: Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA). Disponível em <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=dadosnum&link=mundo.htm>> Acesso em 04 jun 2014.

enfermidades causadas pelo tabagismo geram, o custo do tratamento destas doenças representa um grande fardo tanto para os pacientes quanto para o Estado.

A fumaça do cigarro tem mais de 4.700 substâncias tóxicas. O alcatrão, por exemplo, é composto de mais de 40 compostos cancerígenos. Já o monóxido de carbono (CO) em contato com a hemoglobina do sangue dificulta a oxigenação e, conseqüentemente, ao privar alguns órgãos do oxigênio, causa doenças como a aterosclerose (que obstrui os vasos sanguíneos). A nicotina é considerada pela OMS uma droga psicoativa que causa dependência. Ela também aumenta a liberação de catecolaminas, que contraem os vasos sanguíneos e aceleram a frequência cardíaca, causando hipertensão arterial. Enfim, o tabagismo está relacionado a mais de 50 doenças sendo responsável por 30% das mortes por câncer de boca, 90% das mortes por câncer de pulmão, 85% das mortes por bronquite e enfisema, 25% das mortes por doença do coração e 25% das mortes por derrame cerebral. Está incluído no grupo dos transtornos mentais e de comportamento decorrentes do uso de substância psicoativa, segundo a Décima revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID), sob o código CID-10⁹⁰. Segundo o Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA), o tabaco também tem relação com a impotência sexual e infertilidade masculina. Os mesmos prejuízos também são atribuídos ao cachimbo e ao charuto. Apesar de não serem tragáveis, possuem uma concentração de nicotina maior, que é absorvida pela mucosa oral.

A indústria do tabaco frequentemente se utiliza de argumentos relacionados a direitos humanos para defender suas práticas. Assim, resguardam a premissa segundo a qual as pessoas teriam o direito de fumar onde quisessem e, as empresas, o direito de anunciar seus produtos livremente, em decorrência do exercício da liberdade de expressão, como um dos direitos fundamentais, relacionado à dignidade humana. Sob esse ponto de vista, as empresas do setor

⁹⁰ Fonte: Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas (OBID) - Informações Sobre Drogas/Tipos de Drogas/Tabaco. Disponível em <http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/conteudo/index.php?id_conteudo=11287&rastro=INFORMA%C3%87%C3%95ES+SOBRE+DROGAS%2FTipos+de+drogas/Tabaco> Ministério da Saúde> Acesso em 06 jun 2014

do tabaco estariam autorizadas a fazer publicidade livremente⁹¹. É fato que, nas palavras de Daniel Sarmento,

Toda e qualquer conteúdo de mensagem encontra-se *prima facie* salvaguardado constitucionalmente, por mais impopular que seja. Aliás, um dos campos em que é mais necessária a liberdade de expressão é exatamente na defesa do direito à manifestação de ideias impopulares, tidas como incorretas ou até perigosas pelas maiorias, pois é justamente nestes casos em que ocorre o maior risco de imposição de restrições, como assentou com propriedade o STF, no julgamento da ADPF 187, que versou sobre a chamada “Marcha da Maconha” (SARMENTO, 2014, p. 256).

No entanto, liberdade de expressão não significa liberdade comercial. A publicidade de produtos perigosos, mas legais, como determinados venenos ou armas de fogo, não é permitida. E muitos produtos farmacêuticos que, inclusive, podem salvar vidas estão excluídos de várias formas de publicidade. Como referido acima, o direito fundamental à liberdade de expressão pode ser relativizado diante da necessidade de tutela de bens jurídicos da importância da saúde e do meio ambiente e admite restrições na medida em que possa vir a redundar em potencial lesivo a outrem.

A liberdade de expressão incide em diferentes contextos, que podem ir desde as interações intersubjetivas pessoais até a atuação dos meios de comunicação de massa. Em matéria de comunicação realizada em contextos intersubjetivos, a liberdade de expressão destina-se a proteger tanto os interesses do emissor da mensagem, que, então, pode se manifestar livremente, como os do seu receptor, que, assim, pode ter acesso a ideias e pontos de vista diferenciados. No entanto, em matéria de comunicação social, o foco é a proteção e a promoção dos direitos e interesses dos cidadãos em geral que constituem o público-alvo dos veículos de *mass mídia*, ficando em segundo plano a tutela dos interesses dos detentores desses veículos (SARMENTO, 2014). Não obstante a garantia constitucional da liberdade de expressão, consoante preleciona Daniel Sarmento:

[...] o próprio constituinte admitiu a instituição de restrições à propaganda em questão (*sic*), notadamente em relação a produtos, prática e serviços que possam ser nocivos a saúde e ao meio ambiente. O constituinte, neste ponto, visou simultaneamente a dois objetivos. Em primeiro lugar, quis corrigir uma assimetria de informações existentes entre o fornecedor

⁹¹ Fonte: Aliança de Controle do Tabagismo (ACT). Disponível em <http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/630_ColombiaCorteConstitucional_publicidade_C-830-10.pdf> Acesso em 08 jun 2014

e o consumidor, já que estes, muitas vezes, não tem como saber os danos que determinados produtos ou serviços acarretam. As restrições à propaganda, portanto, visam a permitir que o consumidor faça uma escolha mais informada no campo do consumo.

Em segundo lugar, quis o constituinte proteger outros bens jurídicos extremamente importantes na nossa ordem constitucional, como a saúde e o meio ambiente. Infere-se da Constituição uma autorização para que o legislador busque, através da regulação da propaganda, desestimular o consumo de determinados produtos de efeitos deletérios sobre a saúde humana e meio ambiente, como o tabaco. No que concerne ao tabaco, aliás, a interpretação da Constituição deve considerar a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, promulgada através do Decreto n.º 5.608/2006, em que o país se compromete internacionalmente a adotar medidas restritivas da respectiva propaganda comercial, haja vista a plena convergência axiológica entre dita Convenção e a nossa ordem constitucional. (SARMENTO, 2014, p. 2040).

Uma vez dependente da nicotina, o fumante não tem livre escolha sobre o ato de fumar ou não fumar. Após a instalação da dependência, a oportunidade da “escolha”, antes aparentemente clara e idônea, esvai-se sutilmente perante o surgimento da “necessidade”, alavancado pela nicotina, que, de forma dissimulada, transforma a opção em imperativo. A liberdade de fumar é, assim, uma falsa liberdade. E, para além desta constatação, é preciso ter claro que qualquer “liberdade” não inclui o direito de causar prejuízo ao próximo.

As evidências de que o fumo passivo também implica em danos à saúde são claras. O fumo passivo aumenta os riscos das mesmas doenças que podem ser causadas pelo fumo ativo. Sete não fumantes morrem por dia em consequência do fumo passivo. O tabagismo passivo aumenta em 30% o risco de câncer de pulmão e em 24% o risco de infarto⁹². Mesmo diante de todos esses comprovados malefícios provocados pelo tabagismo, a sua publicidade sempre fora liberada. Durante décadas, todas as mídias veiculavam mensagens publicitárias de fumo, cigarros, charutos e assemelhados, avultando o consumo e financiando a produção. Consoante Fernanda Nunes Barbosa e Mônica Andreis (2012, p. 69):

As técnicas de indução ao consumo, na maior parte das vezes, trabalham justamente de forma indireta, por meio da promoção da marca, cuja associação com o produto será feita em momento posterior e, frequentemente, sem a completa e adequada percepção do público alvo. Não fosse o papel da publicidade do tabaco definidor para o seu

⁹² Fonte: Portal Brasil. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/saude/2009/11/tabagismo1>> Acesso em 04 jun 2014.

consumo, não teria, a Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, assinada e ratificada pelo Brasil, referido em seu preâmbulo estarem as Partes "seriamente preocupadas com o impacto de todos os tipos de publicidade, promoção e patrocínio destinados a estimular o uso de produtos de tabaco".

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária nasceu de uma ameaça ao setor: no final dos anos 70, o governo federal pensava em sancionar uma lei criando uma espécie de censura prévia à propaganda. Se a lei fosse implantada, nenhum anúncio poderia ser veiculado sem que antes recebesse um carimbo "De Acordo" ou alguma chancela de anuência do Estado. Respondendo a tal ameaça, o setor providenciou, em 1977, sua autorregulamentação, sintetizada num Código, que teria a função de zelar pela liberdade de expressão comercial e defender os interesses das partes envolvidas no mercado publicitário, inclusive os do consumidor. Logo após, em 1980, foi fundado o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), uma ONG encarregada de dar efetividade ao Código⁹³. Consoante o Código, os preceitos básicos que definem a ética publicitária são:

- todo anúncio deve ser honesto e verdadeiro e respeitar as leis do país,
- deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar diferenciações sociais,
- deve ter presente a responsabilidade da cadeia de produção junto ao consumidor,
- deve respeitar o princípio da leal concorrência e
- deve respeitar a atividade publicitária e não desmerecer a confiança do público nos serviços que a publicidade presta.

O Capítulo III do Código trata das categorias especiais de anúncios e assim estabelece o seu art. 44:

Art. 44: Pela sua importância econômica ou social, pelo seu volume, pelas suas repercussões no indivíduo ou na sociedade, determinadas categorias de anúncios devem estar sujeitas a cuidados especiais e regras específicas, além das normas gerais previstas neste Código. Essas regras específicas figuram mais adiante como "Anexos" a este Código e, alguns casos, resultaram de valiosa colaboração de Associações de Classe que prontamente se identificaram com o espírito do presente Código. São eles, pela ordem:

[...]

Anexo J - Produtos de Fumo⁹⁴;

⁹³ Fonte: Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR). Disponível em < <http://www.conar.org.br> > Acesso em 07 jun 2014.

⁹⁴ Em relação à publicidade do fumo, o Anexo J assim dispõe:

- Não sugerirá que os produtos possuam propriedades calmantes ou estimulantes, que reduzam a fadiga, a tensão ou produzam qualquer efeito similar.
- Não associará o produto a ideias ou imagens de maior êxito na sexualidade das pessoas, insinuando o aumento da virilidade ou feminilidade dos fumantes.

As restrições estabelecidas no Anexo J do Código, contudo, são brandas, não representando, assim, reais empecilhos à publicidade dos produtos relacionados ao tabagismo. Tratou-se apenas de alguns pontos específicos, cujas limitações não seriam capazes, por si só, de impedir ou, sequer, intimidar a promoção de tais produtos. De forma que o fomento do hábito do fumo permaneceu sendo exercido pela indústria do tabaco por meio dos *mass média*. Assim, mesmo após a redação do Código e a criação do CONAR, os reclames do setor continuaram sendo produzidos e difundidos nos variados veículos de comunicação, sem restrições mais severas, e em quaisquer horários.

Mais do que isso, as imagens de artistas e, mesmo, celebridades fumando costumavam ser veiculadas em programas de televisão, filmes de cinema e outras peças áudio-visuais, fazendo ou não parte de *merchandisings*, de forma a emprestar um pretense charme ao ato de fumar, incentivando a sua glamourização.

Por outro lado, sendo adotado, no Brasil, o sistema misto de controle da publicidade, a partir de 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal, a legislação pátria passou a impor restrições à publicidade do tabagismo. No §4º do seu art. 220, nossa Carta Magna já previa a legislatura restritiva, determinando que a propaganda comercial de tabaco estaria sujeita a restrições legais e deveria conter advertências sobre os malefícios do tabagismo. Contudo, em verdade, não se tratava de sua proibição. Conforme assevera Wilson Carlos Rodycz (1994, p. 71), “a Constituição não proibiu a publicidade de derivados do tabaco [...]. Nos §§3º e 4º do artigo 220, atribui competência ao legislador comum para, através de

-
- Não sugerirá ou promoverá o consumo exagerado ou irresponsável, a indução ao bem-estar ou à saúde, bem como o consumo em locais ou situações perigosas ou ilegais.
 - Não associará o uso do produto à prática de esportes olímpicos e nem se utilizará de trajes de esportes olímpicos para promoção/divulgação de suas marcas.
 - Não fará qualquer apelo dirigido especificamente a menores de 18 anos, e qualquer pessoa que, fumando ou não, apareça em anúncio regido por este Anexo, deverá ser e parecer maior de 25 anos.
 - Não empregará imperativos que induzam diretamente ao consumo.
 - Na publicidade e nas publicações institucionais e legais, bem como nos anúncios classificados de empresas produtoras de derivados de fumo, não haverá obrigatoriedade de inserção de advertência, conforme facultado por lei, desde que as referidas peças não visem a promoção de marcas de produtos destinados ao público consumidor. (Fonte: Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR). Disponível em < <http://www.conar.org.br>> Acesso em 07 jun 2014.

lei federal, regular as restrições que se imporão à publicidade desses produtos”. E essa forma de tratar a questão não é exclusividade brasileira. Em países europeus, adotou-se a mesma regra. Rodycz esclarece que:

Essa é a regra verificada também na Europa, onde o Conselho da Comunidade Econômica, com fins de uniformizar as legislações dos países-membros editou várias diretivas, dentre as quais a de nº 89/552, pela qual, embora sem nominar de abusiva, propugnou pela imposição de restrições específicas para a publicidade de bebidas alcoólicas (art. 15), e pela proibição da publicidade televisiva de cigarros e derivados do tabaco (art. 13), bem como a de remédios e tratamentos médicos sujeitos à prescrição médica (art. 14). (RODYCZ, 1994, p. 71).

A possibilidade de restrição à publicidade de produtos fumígenos, inaugurada pela Constituição Federal de 1988, foi viabilizada pelo fato de que a propaganda comercial não se enquadra na centralidade da liberdade de expressão, de forma que acaba por merecer uma proteção mais branda. Só assim, diante do princípio da proporcionalidade, seu caráter de “expressão” não chegou a constituir óbice para a restrição promovida pela Carta. Nesse sentido, Daniel Sarmiento assevera:

As restrições à propaganda devem se conformar ao princípio da proporcionalidade, tanto na sua dimensão mais tradicional, de proibição de excesso, como também na sua faceta de proibição de proteção deficiente. Na análise da ponderação subjacente à regulação da matéria, deve-se levar em conta que a propaganda comercial é aspecto periférico da liberdade de expressão, não sendo protegida tão intensamente pela nossa ordem constitucional, e que, por outro lado, a tutela da saúde e meio ambiente ostenta posição de destaque no sistema de valores da Constituição. Nesta perspectiva, admite-se o controle tanto sobre excessos regulatórios eventualmente cometidos pelo Estado (restrições excessivas à propaganda), como também sobre uma exagerada leniência na disciplina da questão (restrições insuficientes sobre a propaganda). (SARMENTO, 2014, p. 2040).

Na esteira da restrição trazida pelo texto constitucional, o CDC, elaborado em 1990, proibiu a publicidade enganosa e abusiva⁹⁵. A Lei n.º 9.294/96, alterada pelas Leis n.ºs 10.167/00 e 12.546/12, dispôs sobre as restrições ao uso e à propaganda – *lato sensu* – de produtos fumígenos, nos termos do referido §4º do art. 220 da CF/88. A partir da promulgação da Lei n.º 9.294/96, passou a ser vedada, em todo o território nacional, a propaganda comercial de cigarros,

⁹⁵ Wilson C. Rodycz salienta que há quem entenda que a publicidade de cigarros e bebidas alcoólicas também estaria proibida pela parte final do §2º do artigo 37 do CDC, que classifica de abusiva a publicidade capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde (RODYCZ, 1994).

cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de vendas. Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 10.167/00, a publicidade destes produtos sofreu mais contundente restrição, passando a ser admitida apenas por meio de pôsteres, painéis e cartazes “na parte interna” dos locais de venda.

Ainda com as alterações introduzidas pela Lei n.º 12.546/12 à Lei n.º 9.294/96, também passará a ser exigida, a partir de 1º de janeiro de 2016, a impressão de um texto de advertência adicional, nas embalagens de produtos fumígenos vendidas diretamente ao consumidor, ocupando 30% da parte inferior de sua face frontal,. A lei já determinava a inclusão das cláusulas de advertência destacadas em 100% da face posterior e de uma das laterais das embalagens.

Estas restrições e limitações impostas pela legislação, que incrementaram o controle legal da publicidade do tabaco no Brasil, aliadas à majoração da tributação o setor e à proibição do fumo em ambientes fechados, acabaram por redundar em significativos efeitos práticos na mitigação dos malefícios causados pelo tabagismo, tanto no que se refere à saúde dos tabagistas, na esfera individual, quanto no que tange às questões de saúde pública e de implicações sócio-econômicas. Em comparação a todo o longo período no qual o controle da publicidade do tabaco exerceu-se predominantemente com base na autorregulamentação, o impacto causado, em poucos anos, pela legislação promulgada a partir da Constituição Federal de 1988, além de ter evitado um grande número de óbitos, foi responsável, em parte, pela considerável diminuição do número de fumantes no país.

Um estudo publicado na Revista *PLoS Medicine*⁹⁶, feito pelo Instituto Nacional do Câncer (INCA) em parceria com a Universidade de Georgetown, de Washington (EUA), concluiu que o número de fumantes no Brasil caiu pela metade nos últimos 20 anos graças às leis anti-fumo implementadas no país. De acordo com a pesquisa, a inovação na legislação, aliada a medidas como majoração de impostos sobre o cigarro e restrições ao fumo em ambientes

⁹⁶ PLoS Medicine – Disponível em <<http://journals.plos.org/plosmedicine/>> Acesso em 03 jul 2014.

fechados, evitou cerca de 420.000 mortes decorrentes de tabagismo entre 1989 e 2010. Estimativas dos impactos de tais medidas sobre o tabagismo no país em 20 anos apontam, ainda, que 14% da redução ocorreu devido à restrição de publicidade desse tipo de produto; 10% dessa queda se deve aos programas de tratamento contra o tabagismo; 8% dessa diminuição aconteceu por causa das advertências dos problemas de saúde nas embalagens; e 6% da redução aconteceu em decorrência das campanhas na mídia contra o cigarro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise da evolução da publicidade de produtos fumígenos no Brasil, pode-se observar que, muito embora os malefícios causados pelo tabagismo sejam tantos e tão contundentes e aparentes, a autorregulamentação no setor não foi capaz de promover o controle adequado de sua publicidade, de forma que nem sequer restrições foram impostas aos anúncios publicitários, que permaneceram sempre sendo veiculados em todos os meios de comunicação e em quaisquer horários. A falta de restrições à área, em termos de regulamentação autônoma, permitiu o fomento do comércio e o consequente fortalecimento da indústria do setor, provocando o aumento contínuo do número de fumantes no país.

Foi apenas a partir da Constituição Federal de 1988 que, com o incremento do controle legal, a legislação anti-fumo passou a impor restrições à publicidade no setor capazes de interferir positivamente nas consequências geradas pelo hábito do tabagismo, que, então, já havia se tornado uma doença catalogada pela Organização Mundial da Saúde com o CID-10.

Com o incremento regulatório proporcionado pela legislação (parte legal do sistema misto), finalmente, o número de tabagistas no Brasil começou a ser reduzido. Juntamente com a política de majoração tributária e com a proibição do fumo em ambientes fechados, o controle legal da publicidade do tabaco fez com que a quantidade de brasileiros fumantes tenha caído pela metade e com que o número de novos tabagistas seja cada vez menor, o que tem gerado uma inquestionável redução de custo social à nação.

Não obstante a indústria do tabagismo valha-se do argumento de que os apelos comerciais veiculados na publicidade de seus produtos devam estar protegidos pelo direito fundamental à liberdade de expressão, os comprovados prejuízos causados pelos fumantes aos não-fumantes - na qualidade de fumantes passivos -, autorizaram o legislador brasileiro a relativizar este direito, visto que a liberdade de um pode vir a ser restringida pelo fato de, do contrário, ter potencial lesivo a outrem. Da mesma forma, foram relativizadas as garantias constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência.

Ou seja, na análise da ponderação subjacente à regulação da matéria, o conflito entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à saúde, suscitou na legislatura brasileira, o reconhecimento da necessidade de se relativizar o primeiro frente às consequências, não só anunciadas como também comprovadas, da utilização dos produtos fumígenos. Ademais, não só em virtude desta ponderação, mas também em razão do próprio caráter periférico que a publicidade ocupa na liberdade de expressão, o legislador, alicerçado no novo paradigma constitucional do final do século passado, deu azo a diplomas legais que restringiram a publicidade do tabaco e que robusteceram o seu controle. A partir deste cenário novel, a constatação foi de que, de fato, o número de fumantes diminuiu significativamente, bem como houve um conseqüente abrandamento dos efeitos deletérios do tabagismo, tanto na esfera individual quanto na da saúde pública.

Destarte, conclui-se que a autorregulamentação do setor publicitário foi insuficiente para conferir efetividade ao controle da publicidade dos produtos fumígenos, cabendo ao legislador, na complementação do sistema misto de controle da publicidade, o papel de mitigar os efeitos perniciosos do tabagismo no Brasil.

REFERÊNCIAS

ANDREIS, M.; BARBOSA, F. N.. O argumento da culpa da vítima como excludente da responsabilidade civil da indústria do cigarro: proposta de reflexão. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 82, p. 63-81, 2012.

AZEVEDO, J. de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no Direito comum. **Revista de Direito do consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 18, abr./jun. 1996.

BARBOSA, F. N.. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BENJAMIN, A. H. de V.. **Código brasileiro de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>> Acesso em 09 mai 2014.

CAMPOS, M. L. de S.. O Direito estatutário do CONAR. In: **Revista de Direito do consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 38, abr./jun. 2001.

CANOTILHO, J.J. G.. **Comentários a artigos da Constituição Federal de 1988**. In CANOTILHO, J.J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CENEVIVA, W.. **Publicidade e Direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 184 p.

CHAISE, V. F.. **A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001. 120 p.

CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação publicitária**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/html/codigos.htm>>. Acesso em 18 jun 2014.

DEBORD, G.. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.
DENSA, Roberta. **Direito do consumidor**. 3ed. São Paulo: Atlas, 2007. 230 p.

GUIMARÃES, P. J. S.. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, C. L.. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 1109 p.

MARTINS-COSTA, J.. A ambiguidade das peças publicitárias e os princípios do Código de Defesa do Consumidor In: **Revista AJURIS**, n 59, ano XX, nov 1993. Porto Alegre: AJURIS.

MENDES, G. F.; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES JUNIOR, V. S.; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de Defesa do Consumidor interpretado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PLoS Medicine – **Public Library of Science**. Revista Científica. Disponível em <<http://journals.plos.org/plosmedicine/>> Acesso em 03 jul 2014.

RODYCZ, W. C.. O regime da publicidade abusiva no Código de Defesa do Consumidor In: **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. 313p.

SARMENTO, D.. **Comentários a artigos da Constituição Federal de 1988**. In CANOTILHO, J.J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

PRÁTICAS EMPRESARIAIS NAS CONDUTAS DOS CONSUMIDORES EM BUSCA DE UM DESENVOLVIMENTO MAIS SUSTENTÁVEL

Anderson Von Heimburg,⁹⁷

Cristiane Feldmann Dutra,⁹⁸

Suely Marisco Gayer,⁹⁹

RESUMO: Este artigo aborda a temática do consumo sustentável, busca conceituar o tema, relativamente novo em termos ambientais, demonstrando a importância das práticas empresariais, no sentido de conscientizar o consumidor a agir em nome da sustentabilidade, preservando recursos naturais e garantindo sua permanência às gerações futuras. As empresas, diretamente ligadas ao mercado e ao consumo em massa, possuem um papel fundamental na sua conduta – desde a escolha das matérias-primas para fabricar determinados produtos até a decisão acerca da sua durabilidade – ajudando, assim, a formar o chamado “consumidor verde”.

PALAVRAS-CHAVE: desenvolvimento sustentável; práticas empresariais; consumidor.

1 INTRODUÇÃO

⁹⁷ Possui graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2011). Mestre em Direito pela UniRitter Laureate International Universities (2014). Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direitos Humanos, Direito Internacional e Direito Penal Militar. Graduado pela Academia Militar das Agulhas Negras (2001) com Especialização pela EsAO (2009). Professor de Teoria Geral do Estado e da Constituição, Direito Internacional e Oratória da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professor de Direitos Humanos, Legislação Penal Militar e Legislação Militar no Centro de Preparação de Oficiais da Reserva de Porto Alegre. Assessor Jurídico do Centro de Preparação de Oficiais da Reserva de Porto Alegre. andersonvonhei@gmail.com.

⁹⁸ Mestre em Direito, com ênfase em Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter- Laureate International Universities. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho na Faculdade do Instituto de Desenvolvimento- IDC (2010), Especialista em Direito Civil Processual Civil na Faculdade do Instituto de Desenvolvimento-IDC (2012). Possui Graduação em Direito na Universidade Luterana do Brasil -ULBRA (2008). Pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter (2013-2014). Pesquisadora do Grupo de Ciência Penal Contemporânea da UFRGS (2014). Email: cristiane.feldmann@hotmail.com.

⁹⁹ Mestre pelo curso de Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter - Laureate International Universities. Pós-graduada pela Escola Superior da Magistratura, em 2002. Pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos da UniRitter Pós-graduada pela Escola Superior da Magistratura, em 2002. . Graduada em Direito pela Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijuí em 2001. Pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos da UniRitter. Email: suelylo@hotmail.com.

Esse artigo pretende conceituar a ideia de consumo sustentável, expressão que vem sendo cada vez mais utilizada em âmbito empresarial, bem como frisar a importância de práticas empresariais na busca pela preservação dos recursos naturais e sua influência nas ações dos consumidores.

Atualmente o mundo volta os olhos para a escassez dos recursos naturais. Quando se fala em mercado, no sentido de práticas empresariais, é preciso relacioná-lo aos atos praticados por aqueles que o impulsionam, ou seja, o consumidor.

Desde o surgimento da Agenda 21, na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrido no Rio de Janeiro, no ano de 1992, com objetivos de promover padrões de consumo e produção buscando reduzir os impactos ambientais e, ao mesmo tempo, atender às necessidades básicas da humanidade, buscou-se compreender o papel do consumidor, bem como sua influência nas práticas empresariais.

2 O PROBLEMA DO CONSUMO MASSIFICADO

Nos dias de hoje, nos deparamos com uma realidade de consumo completamente diferente daquela vista tempos atrás. Por muito tempo primou-se por um consumo exacerbado e se deixou de lado os impactos que a larga produção e consumo pudessem vir a causar ao meio ambiente.

Os problemas ambientais causados pelo homem decorreram, sobretudo, do modo como esse sistema econômico (caracterizado por apresentar uma economia de mercado, em que vigora a lei da oferta [produção], da procura [consumo] de produtos, serviços ou capitais e do lucro), usava, destinava e transformava os recursos naturais, gerando a degradação do meio ambiente. Nesse sistema, quanto mais se consumir, maior será a produção e maior o lucro¹⁰⁰.

É fato que a ótica em relação ao consumo mudou no decorrer do tempo. Primeiramente, o poder era buscado através do acúmulo de riquezas, nos dias de hoje, o poder significa possuir o maior número de bens possíveis e ainda, os mais novos e tecnológicos.

¹⁰⁰ SPÍNDOLA, Ana Luiza apud Flávia Galvão. **Revista IOB de Direito Administrativo**, p.109.

Nesse contexto, há um claro atrito entre as necessidades ilimitadas dos seres humanos (que aqui passo a tratar na condição de consumidores), tendo em vista o caráter avaliativo do presente trabalho, e os recursos limitados do meio ambiente.

O consumo em massa, a partir daí, conflita com a questão da sustentabilidade, que inevitavelmente liga-se à ideia de ética ambiental.

A modernidade ocidental transformou a natureza num simples cenário no centro do qual reina o homem e se auto-determina *dono e senhor*. O que é certo é que, a partir do século XVII, o projeto moderno pretendeu construir uma supranatureza, à medida da nossa vontade e do nosso desejo de poder e de consumo. O homem passou a produzir bens numa escala muito mais superior do que o necessário para satisfazer o seu ciclo vital, sem perceber que para alcançar o seu objetivo era preciso transformar constantemente a natureza. E como consequência destes atos começou-se a viver no reinado do artifício, da máquina e da automatização¹⁰¹.

Sustentabilidade pode ser entendida como a capacidade dos seres humanos interagirem com o mundo preservando o meio ambiente, objetivando não comprometer os recursos naturais das gerações futuras. Ainda, pode ser vista como a habilidade de sustentar ou suportar determinadas condições impostas ou exigidas por alguém.

O conceito de sustentabilidade é complexo, pois atende a um conjunto de variáveis interdependentes, mas podemos dizer que deve ter a capacidade de integrar questões sociais e ambientais. Socialmente, é preciso respeitar o ser humano, para que este possa respeitar a natureza e assim haver sustentabilidade.

As questões que envolvem a sustentabilidade do planeta há muito tempo já ultrapassam a esfera nacional e tal preocupação tem repercussão internacional, na medida em que se pode perceber uma cooperação entre nações, no sentido de desenvolver a adoção de padrões adequados à utilização e preservação de recursos naturais esgotáveis.

¹⁰¹ BASTOS, Lucia Elena. O Consumo de Massa e a Ética Ambientalista. Revista de Direito Ambiental, n.43, ano 11, 2006, p. 201.

3 CONSUMO SUSTENTÁVEL

O consumo sustentável baseia-se na ideia de que o planeta não pode suportar os velhos padrões utilizados nas últimas décadas para a extração, produção, comercialização e descarte de bens.

A expressão “desenvolvimento sustentável” consiste no fato de que os elementos pretendem se conciliar – desenvolvimento econômico e preservação ambiental –, embora a construção de raciocínios seja diferente. A noção de crescimento econômico, sobre a qual o objetivo do desenvolvimento tem se assentado, é definida a partir de agregados monetários homogêneos de produção, visando sempre à exploração dos recursos naturais para uma maior produção, para gerar lucro¹⁰².

Consumir de maneira sustentável significa consumir menos e melhor, levando em consideração os impactos ambientais, sociais e econômicos das empresas e dos seus produtos (cadeias produtivas).

Com relação à essa temática, o PNUMA – Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – trouxe uma proposta conceitual, definindo que:

Consumo sustentável significa o fornecimento de serviços, e de produtos correlatos, que preencham as necessidades básicas e dêem uma melhor qualidade de vida, ao mesmo tempo em que se diminui o uso de recursos naturais e de substâncias tóxicas, assim como as emissões de resíduos e de poluentes durante o ciclo de vida do serviço ou do produto, com a ideia de não ameaçar as necessidades das gerações futuras¹⁰³.

Nesse sentido, com o advento da Agenda 21 foram estabelecidas como metas, a promoção de padrões de consumo e produção que reduzam as pressões ambientais e atendam às necessidades básicas da humanidade; bem como o desenvolvimento de uma melhor compreensão do papel do consumo e da forma de se implementar padrões mais sustentáveis.

Este consumo precisa ser sustentável em todos os sentidos: desde a compra, o uso até o descarte, envolvendo condutas do consumidor – pessoa física – e das empresas. É importante questionar-se sobre o consumo pessoal sempre, como pode ser reduzido e melhorado em termos de qualidade e preservação ambiental.

O consumo sustentável visa a um padrão de consumo diferente e consciente e o meio que possuímos para tanto, não pode ser considerado outro,

¹⁰² GALVÃO, Flávia. Ob. cit., p. 112.

¹⁰³ BAGIO, Andressa. Ob. Cit., p. 3

senão a conscientização do consumidor. De nada adianta uma empresa trazer ao mercado produtos biodegradáveis (a um custo relativamente mais alto) se os consumidores sempre vão optar pelo mais barato, mesmo em detrimento do meio ambiente.

Nessa senda Milaré:

O que causa preocupação é o desenvolvimento desenfreado, pois, ao mesmo tempo, constitui uma aberração do desenvolvimento ao *culto ao consumismo* e a criação de *necessidades desnecessárias*, impingidos por um *marketing* distorcido¹⁰⁴.

Além disso, conceitos de reciclagem e reutilização dos materiais depois do uso principal dos produtos, a fim de reduzir o consumo de materiais virgens também são posturas que devem ser implementadas a partir da consciência individual do consumidor em preservar recursos limitados às gerações futuras.

O consumo, de acordo com o conceito antes mencionado, leva inevitavelmente, ao consumo de recursos naturais, isso ocorre de uma maneira que a humanidade, no futuro não possa mais manter seus padrões de vida sem correr o risco de destruir o sistema ecológico no qual vivemos e do qual depende a vida. Essa acertiva pode ser comprovada com uma simples análise da degradação ambiental realizada por empresas fornecedoras de produtos e serviços.

Além disso, quanto mais tecnologia se desenvolve, mais se amplia o impacto ao meio ambiente. Basta analisarmos a conduta de uma empresa, peguemos como exemplo aqui, uma empresa que fabrica eletrônicos e os coloca no mercado. Primeiro, adere à ideia de que os produtos hoje colocados no mercado, em um curtíssimo espaço de tempo já deverão ser substituídos por outros, e que os primeiro sequer servirão de base para os posteriores, devendo ser absolutamente descartados, o que, sem análise profunda, já traz o problema da sustentabilidade e da produção de lixo em excesso.

Na lógica da sociedade de consumo, tudo aquilo que deixa de auxiliar no processo vital torna-se destituído de qualquer significado e utilidade.

O consumo insaciável do homem, agora não mais pelo que supre as suas necessidades, mas por aquilo que é supérfluo.

¹⁰⁴ MILARÉ, Édis apud Flávia Galvão, Ob. cit.,p. 114.

3.1 Definição de Consumidor Verde

Quem estimula o consumo sustentável é o consumidor consciente ou "verde".

Cristiane Derani trabalha com pressupostos de uma economia ambiental, mencionando:

No momento em que se procura normatizar a utilização do meio ambiente, trabalha-se com dois aspectos de sua realidade. O primeiro considera o meio ambiente enquanto elemento do sistema econômico, e o segundo considera o meio ambiente como sítio, um local a ser apropriado para o lazer ou para as externalidades da produção, tornando-se depósito dos subprodutos indesejáveis desta produção. Procura-se normatizar uma economia (poupança) do uso de um bem, e determinar artificialmente (sem qualquer relacionamento com as leis de mercado) um valor para a conservação de recursos naturais. Estes são os meios encontrados para "integrar os recursos naturais ao mercado"¹⁰⁵.

O consumidor verde, chamado assim por ser mais consciente no ato de comprar ou usar produtos com a possibilidade de colaborar com o planeta. O "consumidor verde" sabe que se recusando a adquirir determinados produtos tem o poder de desestimular a produção de artigos nocivos, mesmo que lenta e gradativamente. Por isso evita aqueles que representem um risco à sua saúde ou dos outros e que sejam agressivos à natureza na sua produção, uso ou descarte final.

Seria, em poucas palavras, o consumidor responsável, seletivo e capaz e consciente do seu papel fundamental.

Uma discussão sempre presente é se o consumidor tem a força para mudar o mercado, ao optar por empresas e produtos verdes e deixando de comprar produtos que não são amigáveis com o meio ambiente. Teoricamente, essa pressão do consumidor, a força do mercado, obrigaria as empresas a serem ambientalmente ecológicas ou a fecharem suas portas.

Mas deve se reconhecer que esta suposta preocupação ecológica é meramente comercial e financeira, é uma mudança de paradigma (falando-se em consumo sustentável) ainda regido pelo lucro, e não por uma honesta preocupação ecológica da humanidade. Ainda não há uma conduta consciente

¹⁰⁵ DERANI, Cristiane. Ob. Cit., p. 89.

nem por parte do mercado, sequer por parte das empresas, quanto mais de um consumidor individual e efetivamente preocupado com o futuro das gerações.

O conceito adotado pela CNUMAD para “desenvolvimento sustentável”¹⁰⁶, nas palavras da comissão Brundtland, é “o desenvolvimento que permite satisfazer as necessidades das gerações presentes, sem comprometer a capacidade de as gerações futuras satisfazerem as suas próprias necessidades”.

Canotilho afirma que a sustentabilidade em sentido amplo procura captar aquilo que a doutrina atual designa por “três pilares da sustentabilidade”: (i) pilar I – a sustentabilidade ecológica; (ii) pilar II – a sustentabilidade econômica; (iii) pilar III – a sustentabilidade social. Neste sentido, a sustentabilidade perfila-se como um “conceito federador” que, progressivamente, vem definindo as condições e pressupostos jurídicos do contexto da evolução sustentável. No direito internacional, a sustentabilidade é institucionalizada como um quadro de direção política nas relações entre os Estados (exs.: Convenção sobre as mudanças climáticas, Convenção sobre a biodiversidade, Convenção sobre o patrimônio cultural).¹⁰⁷

4 AÇÕES EMPRESARIAIS NORTEADAS PELA ÉTICA AMBIENTAL E O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE

Estudos econômicos apuram que a empresa somente agirá em nome da sustentabilidade se isso vier a trazer bons resultados econômicos para si mesma. Uma empresa é ambientalmente sustentável em suas ações somente quando isso possa repercutir a tal ponto, que venha trazer benefícios em forma de lucro.

¹⁰⁶Desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades. Comentário: Esta definição cunhada pela Comissão Brundtland 1987 é muito sucinta, mas deixa sem resposta muitas perguntas sobre o significado da palavra desenvolvimento e o social, os processos econômicos e ambientais envolvidos. Risco de desastres está associada a elementos insustentáveis de desenvolvimento, como a degradação ambiental, enquanto que, inversamente, a redução de riscos de desastres pode contribuir para a realização do desenvolvimento sustentável, através da redução das perdas e melhores práticas de desenvolvimento. UNISDR. **United Nations Office for Disaster Risk Reduction**. terminology on disaster risk reduction. 2009, p. 29. Disponível em:< <http://www.unisdr.org/we/inform/publications/7817>>. Acesso em 17 jun. 2014.

¹⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos*. Tékhnē.n.13. Barcelos, Portugal. jun. 2010.

A repercussão que exala de práticas ambientais corretas faz com que determinada empresa tenha maior renome, e com isso possa tornar-se forte no ramo da competitividade.

Seria, basicamente, a adoção de práticas ambientais que possam assegurar uma vantagem competitiva em relação às demais empresas do ramo.

A economia ambiental analisa os problemas ambientais a partir do pressuposto de que o meio ambiente – precisamente a parte dele que pode ser utilizada nos processos de produção e desenvolvimento da sociedade industrial – é limitado, independentemente da eficiência tecnológica para a sua apropriação. O esgotamento dos recursos naturais, responsável pela assim chamada crise do meio ambiente, é identificado em duas clássicas tomadas: com o crescente consumo dos recursos naturais (minérios, água, ar, solo, matéria-prima) como bens livres (*free gifts of nature*) e com os efeitos negativos imprevistos das transações humanas¹⁰⁸.

Especialmente quanto ao tema aqui tratado, se verificou que empresas ambientalmente responsáveis têm uma melhor reputação na comunidade, o que pode levar a fidelidade à marca. Essas empresas também têm um risco diminuído de serem alvos de ativistas ambientais, que podem manchar a reputação de seus nomes. Justamente isso é o que leva uma empresa a adotar posturas para além do que a lei exige.¹⁰⁹

Nesse diapasão, impor regulamentos e sanções, no sentido de obrigar empresar a serem ambientalmente sustentáveis, com intervenção estatal efetiva, surte menos efeito que estimular ações através das escolhas feitas pelos consumidor.¹¹⁰ Paddock ressalta que, embora o regulamento seja o instrumento mais direto e previsível para se fazer um controle ambiental do comportamento, outros programas para deter ações de infratores têm se mostrado mais efetivos. O referido autor apresenta forma de influenciar o consumidor a exercer influência no mercado de consumo, chegando a sugerir maneiras de um programa de cumprimento e execução em que gestores podem ser capazes de aproveitar melhor seus ativos e influenciar vetores internos de economia e, ainda, ajudar a construir valores públicos que suportam resultados ambientais mais sustentáveis.

Dentre as medidas, cita:

¹⁰⁸ DERANI, Cristiano. *Ob. Cit.*, p. 90.

¹⁰⁹ PADDOCK, Leory. *Ob. Cit.*

¹¹⁰ *Idem.*

- empregar uma gama completa de ferramentas de conformidade e aplicação para resolver importantes problemas ambientais;
- elaborar programas de cumprimento e execução para alinhar melhor principais incentivos;
- promover a aprendizagem e auto-avaliação;
- habilitar o público a influenciar diretamente a tomada de decisão ambiental;
- incentivar a resolução colaborativa de problemas;
- apoiar o setor privado a execução de gestão de cadeia de abastecimento;
- Reconhecendo o desempenho ambiental superior¹¹¹(grifo nosso)

O consumidor detém em suas mãos uma força que não é dimensionada por ele. É justamente com ele que se encontram as mais almejadas ações que uma empresa pode buscar. Além do poder econômico, com a escolha por determinado produto, o consumidor traz repercussão em suas escolhas, fazendo com que determinada empresa se torne mais forte, em termos competitivos. Encaixam aqui as medidas sugeridas por Leroy Paddock, no sentido de habilitar o consumidor a influenciar as medidas tomadas pelas empresas (fabricante, fornecedor e comerciante) no sentido da preservação ambiental e ações sustentáveis.

Além disso, construir uma boa reputação não é apenas a coisa certa a fazer, é também um ponto de vantagem competitiva, porque fazendo a coisa certa traz as melhores pessoas, melhora o valor da marca e se cria confiança com os clientes.

Ponto importante nesse contexto é a conduta de colocação no mercado de produtos com maior durabilidade (vida útil) combinado com a satisfação do consumidor. A chamada durabilidade estendida não só preserva a utilização de novos recursos naturais empregados na produção, como também diminui a quantidade de lixo que deriva da inutilização e destruição de bens, para, então, substituí-los por novos.

Em relação à tal prática, colaciono entendimento no sentido de trazer vantagens econômicas às empresas:

Não se perca de vista a ótica macroeconômica da durabilidade. O aumento da durabilidade dos produtos incrementa a competitividade entre as empresas, pois quanto maior a vida útil do produto, menor é custo do serviço que um produto presta por unidade de tempo. Menores também são os investimentos gerados na reposição de peças e estruturas danificadas pelo desgaste, importando em redução dos custos

¹¹¹ PADDOCK, Leroy. Ob. Cit., p.1.

globais de manutenção. O modo mais viável, assim sendo, para que a exploração das matérias-primas e outras fontes de recursos naturais (renováveis ou não) seja sustentável, implica em garantir – sempre que possível - a sua máxima duração, ou seja, o seu uso mais prolongado, através da produção de bens de consumo resistentes, duráveis, passíveis de consertos quando danificados, de recargas quando esgotadas as suas capacidades energéticas, portanto, em condições de uma ideal economia conservativa¹¹².

5 EXERCENDO O CONSUMO SUSTENTÁVEL

No ano de 1987, o relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente da Organização das Nações Unidas, batizado de “Nosso Futuro Comum”, pautou-se na ideia de conciliar proteção ambiental com o problema do desenvolvimento econômico, ou seja, amenizar o antagonismo existente entre a satisfação das necessidades dos consumidores e a preservação dos recursos naturais limitados. Trouxe, ainda a necessidade de permitir capacidade aos países considerados de terceiro mundo na busca pelo incremento de suas economias, tudo no sentido de sustentabilidade.

Mais recentemente, o documento da Rio +20 “*The future we want*” definiu, em seu item 225¹¹³, que os países reafirmam seus compromissos de eliminação progressiva de combustíveis fósseis e perigosos, bem como **desestimular o consumo exagerado, que mina o desenvolvimento sustentável**. (grifo nosso)

Em termos de adoção de ações que possam preservar o meio ambiente, fundadas em sustentabilidade, chega-se à hipótese de existência de uma possível regulação empresarial, com o objetivo de assegurar a preservação de recursos ambientais mesmo com o avanço do mercado empresarial. Surge, nessa senda, a expressão “motores internos de organização ambiental”¹¹⁴, no sentido de (auto) regulação empresarial voltada à sustentabilidade.

Dentre as medidas propostas para se desenvolver uma postura empresarial tendente à incentivar um consumo mais sustentável, conta-se com a habilidade do público consumidor em influenciar o mercado. O consumidor possui

¹¹² PADDOCK, Leroy. *Ob. Cit.*, p.3.

¹¹³ Doc ONU “The Future We Want”, Rio+20 2012. Disponível em :< <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/381/64/PDF/N1238164.pdf?OpenElement> . Acesso em 17 jan.2015.

¹¹⁴ PADDOCK, Leroy. *Ob. Cit.*

em suas mãos a maior concentração do poder, pode ele redirecionar completamente o mercado, no sentido de garantir a preservação dos recursos naturais limitados, basta para isso, adotar posturas que não deixem escolha às empresas, que não é segredo, busca desenfreadamente o lucro.

No sentido desse estudo, o referido artigo ainda traz, pelo menos cinco razões para que uma empresa voluntariamente possa regular sua práticas ambientais para ganhar vantagem competitiva, seriam elas:

1. Redução de ineficiências de produção e saída de resíduos para reduzir impactos ambientais e custos e aumentar de competitividade;
2. Empresas ambientalmente responsáveis atraem e retêm uma força de trabalho de maior qualidade e trabalhador de maior satisfação leva ao aumento da produtividade;
3. empresas ambientalmente responsáveis têm uma melhor reputação na comunidade, que pode levar a mais fidelidade à marca. Essas empresas também têm um risco diminuído de serem alvo de ativistas ambientais, que podem manchar a reputação da marca. (já mencionado anteriormente)
4. Responsabilidade ambiental reduz o risco de serem expostos novos regulamentos, por exemplo, pressão de investidores para alterar políticas, aumentando os custos do negócio;
5. Ambientalismo pode fornecer acesso ou criar um mercado completamente novo com o potencial de crescimento de receita significativa¹¹⁵.

A maior barreira para exercer o consumo sustentável é o preço, já que esse tipo de produtos é ainda mais caro, e mercados como o Brasil, não tem ainda o poder aquisitivo para fazer essa mudança total. Não é possível ter uma sociedade pobre ou em desenvolvimento consumindo produtos ecológicos com preços acima do mercado.

Nesse sentido:

Quanto maior o preço da mercadoria (recursos naturais), menor a quantidade de sujeitos que têm acesso a ela. Por causa do aumento da dificuldade de acesso a estes “bens”, surge uma forma nova de exclusão da concorrência no mercado. O aumento do custo da produção permite maior concentração de capital, numa clara tendência monopolista. A concorrência é paulatinamente reduzida e o mercado torna-se um oligopólio de grandes grupos, que estão *dispostos* não somente a *pagar*, como também a diminuir a incômoda concorrência. O pagamento e a disposição a pagar são movimentos decorrentes da produção. Paga-se à medida que se detém o poder de compra. No desenvolvimento desta prática, não se alcança efetivamente o objetivo de conservação dos recursos naturais. O que ocorre é a sumária transferência do uso da natureza para faixas cada vez mais estreitas da sociedade. Um

¹¹⁵ Idem, p.5.

instrumento que seria para afastar a poluição afasta a concorrência e concede privilégios de poluir¹¹⁶.

Outros pontos a serem levados em conta para uma "compra verde" são: a postura da empresa em relação a temas ambientais, suas ações sustentáveis, seus processos de produção, compra de matéria prima, mão de obra estrangeira, como a empresa lida com o descarte de seus produtos, tudo deve ser pesquisado e levado em conta na hora de consumir algum produto. Leroy Paddock chega a afirmar que uma empresa é capaz de criar um regulamento, a ser respeitado pelas demais, que as levam a um comportamento de proteção ambiental¹¹⁷.

Consumo sustentável não é apenas a ação empresarial de apresentar os seus produtos em uma embalagem ecológica, mas sim conhecer tudo o que está por trás, até o produto chegar ao mercado.

Mas esse respeito existente nos regulamentos ambientais não é suficiente para alcançar o objetivo maior da sustentabilidade, é importante para aqueles que trabalham em programas de execução para pensar sobre como eles podem aproveitar seu trabalho e influenciar "condutores econômicos internos" de comportamento ambiental ajudam a construir valores sociais que contribuem para alcançar resultados para além do mero cumprimento. Os programas têm, por algum tempo, suportado esforços que visam prevenir a poluição, incentivar o desenvolvimento de melhores sistemas de gestão ambiental e promover a auditoria ambiental, e todos podem ter um impacto sobre a economia interna e com respeito aos valores. Mas regulamentos tipicamente não têm avaliado a extensão que seus programas podem e devem estrategicamente levar em conta na economia interna e valores sociais como parte de um maior esforço dos órgãos ambientais para alcançar resultados sustentáveis¹¹⁸.

Este assunto já se encontra no âmbito empresarial brasileiro com a Agenda 21 Brasileira, pelo Instituto Akatu pelo Ministério do Meio Ambiente do Brasil, pelo Centro de Estudos de Sustentabilidade da Fundação Getúlio Vargas (CES-FGV), entre outros.

A Agenda 21, já citada anteriormente, tem por objetivo preparar o mundo para os desafios do século 21, por meio de diretrizes elaboradas para promover padrões de consumo e produção que reduzam as pressões ambientais e ao mesmo tempo possam atender as necessidades básicas da humanidade, além de desenvolver uma melhor compreensão do papel do consumidor e da forma de implementar padrões de consumo mais sustentáveis.

¹¹⁶ DERANI, Cristiane. Ob. Cit. p. 95.

¹¹⁷ PADDOCK, Leroy. Ob. Cit., p.4

¹¹⁸ PADDOCK, Leroy. Ob. Cit. p. 3

Ainda, além das políticas públicas, que podem ser adotadas em conjunto com o Estado, para modificação dessa cultura do consumo em massa, há possibilidade de inserção do tema ambiental no mercado por meio de instrumentos econômicos e de regulação. Dificilmente o mercado seria o responsável pelo incentivo à essas experiências.

6 CONCLUSÃO

De todo exposto, percebe-se que a postura defendida de um consumidor consciente envolve, antes de mais nada, ação cotidiana, e mesmo que de início atinja poucas pessoas, deve ser adotada pelo resto de nossas vidas. As empresas possuem forte influência no comportamento do mercado, podendo, certamente, contribuir para a preservação do meio ambiente de forma a garanti-lo às gerações futuras, o que, de forma auspiciosa, também é do seu interesse direto.

Quanto ao consumidor, é preciso consumir com consciência, o que envolve uma postura de cidadania, porque mesmo que essa ação parta de um pequeno grupo de pessoas, no decorrer do tempo, resultará em uma enorme diferença.

Há evidências que uma parcela dos consumidores estaria disposta até a pagar uma “quantia” a mais para aquisição de determinado produto que (seja no seu processo de fabricação, seja na sua origem social), provenha de uma abordagem ambientalista ou natural, a exemplo de produtos oriundos da Amazônia, no âmbito nacional ou internacional. Mas é importante lembrar que a concorrência com produtos industrializados é sempre desleal.

Percebemos que uma empresa ou um processo, para ser válido dentro dos conceitos atuais, deve ser economicamente rentável, ambientalmente compatível e socialmente justa. Para coibir agressões inconsequentes e continuadas ao meio ambiente, espera-se que haja uma política clara e abrangente, que envolva a atuação conjunta de governos, empresários e comunidade. Empresas, progressivamente, estão percebendo que adotar medidas com base em sustentabilidade, quer na produção, utilização e descarte de produtos e matérias-primas chamam a atenção do consumidor consciente, nominado de consumidor

verde, e que, cada vez mais vai tomando força nesse cenário de produção em massa.

Assim, o consumidor consciente é aquele que já percebeu o enorme poder que tem em suas mãos. A ideia, então, não é a de que as pessoas deixem de comprar o que julgam necessário, nem façam enormes sacrifícios, mas que todos saibam que fazendo uma pequena parte diariamente irão contribuir para grandes resultados.

Vale lembrar, que a palavra central quanto ao tema deve ser sempre conciliação.

REFERÊNCIAS

BOSELTMANN, K. Direitos Humanos, Meio Ambiente e Sustentabilidade. In: SARLET, I. W. (Org.); KRELL, A. J. et al. **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANOTILHO, J. J. G. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos**. Téchne.n.13. Barcelos, Portugal. jun. 2010.

BAGGIO, A. MANCIA, K. **A proteção do consumidor e o consumo sustentável**: análise jurídica da extensão da durabilidade dos produtos e o atendimento ao princípio da confiança, disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/02_409.pdf>. Acesso em 20 de julho de 2013.

BASTOS, L. E. A. F. O consumo de massa e a ética ambientalista, **Revista de Direito Ambiental**, ano 11, n. 43, julho-setembro de 2006. Editora Revista dos Tribunais, p. 177-202.

DERANI, C. **Direito Ambiental Econômico**. 3ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

GALVÃO, F. N. Desenvolvimento Sustentável e Capitalismo: Possibilidades e Utopias, **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo: dezembro/2006, vol. 01, n. 12, p. 106-119.

PADDOCK, L. C. Beyond Deterrence: Compliance and Enforcement in the Context of Sustainable Development. In: **Ninth International Conference on Environmental Compliance and Enforcement**, 2011, p. 589 – 615.

The Future We Want Rio+20. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/381/64/PDF/N1238164.pdf?OpenElement>> . Acesso em 17 jan.2015.

UNISDR: United Nations Office for Disaster Risk Reduction terminology on disaster risk reduction. .2009, p. 29. Disponível em:<<http://www.unisdr.org/we/inform/publications/7817>>. Acesso em 19 dez. 2014.

REDES COMERCIAIS

Arnaldo Rizzardo Filho,

RESUMO: Há aproximadamente setenta anos a economia vem se desenvolvendo comercialmente através de redes comerciais, com a aproximação de empresários visando o compartilhando e até a reprodução de bens imateriais, tais como a identidade do negócio, o *know how*, a maneira de empreender, o *trade dress*, dentre outros. O novo cenário, inédito até então, fruto de uma virtualização cada vez maior da sociedade, forma-se a partir da ideia de “clonagem contratual” de um negócio bem empreendido. As redes comerciais serão abordadas enquanto sistemas sociais devidamente virtualizados para reprodução. Hoje, no Brasil, há uma total inconsciência no que tange à ontologia das redes comerciais, e é a partir da Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann, com a identificação das expectativas sociais sobre o negócio em rede, das complexidades e das contingências que efluem dos sistemas criados, que o artigo se desenvolverá. Buscar-se-á entender todas as variáveis que compõem os negócios em rede para então estruturá-los com as reduções generalizantes virtuais (contratos) adequadas aos fins que se destinam. O artigo desenvolver-se-á partir de considerações multiconceituais envolvendo Sociologia, Economia e Direito, bem como análise legislativa e jurisprudencial referente às redes comerciais. Assim, reputa-se possível identificar o correto Direito aplicável às redes comerciais. Se a rede comercial possui uma função, o Direito a ela aplicado tem que estar de acordo com sua função, e se a rede comercial forma um sistema social, o Direito deve estar conforme as realidades fenomênicas que orbitam esse ambiente sistematizado.

PALAVRAS-CHAVE: redes comerciais; teoria sistêmica; Niklas Luhmann.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos setenta anos o mercado varejista vem se organizando e se expandindo através de redes comerciais. O sistema clássico possuía comerciantes individualizados, com características próprias, que competiam entre si pelo sucesso no mercado. O sistema evoluiu e acrescentou a esse cenário alguns comerciantes atuando de forma coletiva, coordenada. Mas não uma coordenação ilegal, como ocorre nos carteis; uma coordenação legal, como fazem as redes

comerciais. Esses comerciantes se identificam como um grupo, e assim, se organizaram como grupo, atuando e caracterizando-se de forma una, idêntica, como uma verdadeira “clonagem”. É sobre esse fato especial, sobre essa ideia de coletividade, que se propõe uma discussão de nível acadêmico sobre tudo o que importa em relação às redes comerciais. Propõe-se uma discussão que envolva conhecimentos sociológicos, jurídicos e econômicos sobre as redes comerciais. A ideia na qual orbita a rede comercial será pensada em todas suas possíveis dimensões. Ao final estará desnudado o fenômeno social rede comercial, e não mais haverá dúvida sobre qual o melhor Direito a ser aplicado.

Economicamente, é importante entender o que as redes comerciais significam enquanto evento econômico. Juridicamente, há três pilares que sustentam as redes comerciais: os bens imateriais que identificam as empresas de uma rede, os contratos que estruturam o sistema de atuação das redes, e as responsabilidades que cada polo da rede tem (formatador da rede e aderentes à rede). Hoje, o debate jurídico sobre redes comerciais pauta-se apenas sobre o ângulo de vista da propriedade intelectual. Por isso, quando se fala em rede comercial, fala-se praticamente apenas em *know how* e *trade dress*, institutos que são tratados sob a ótica do direito real. Ocorre que há muito mais que direito real nas redes comerciais. A análise sociológica, por sua vez, será realizada sob os auspícios da Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann. Certo é que se podem trazer argumentos oriundos das escolas mais tradicionais, que estudam os conflitos e os rituais. No entanto, reputa-se mais eficaz entender as relações sociológicas existentes em face das redes comerciais sob a Teoria Sistêmica, teoria que é capaz de apreender todas as facetas deste objeto de estudo.

Muito embora não haja referência histórica no presente artigo, de forma ampla o tema envolve uma análise evolutiva sobre os elementos que compõem o conceito de rede comercial, como propriedade intelectual, comércio e contratos. A valoração patrimonial da atividade intelectual (*know how* e *trade dress*), por exemplo, consolidou após o Movimento Iluminista, mas tem sua origem no Movimento Renascentista. A existência de bens intelectuais expandiu-se para diversas áreas, como as obras literárias, as obras artísticas, as obras científicas, as interpretações e as execuções dos artistas, etc. Leonardo da Vinci, já

reconhecendo a importância de seu trabalho, registrava seus estudos, ideias e protótipos através de códigos, preservando, dessa forma, o sigilo.

Sob a perspectiva das redes comerciais, em meados do século XX, nota-se um movimento de união entre empresários e comerciantes, que passam a se expandir coletivamente, compartilhando seus bens imateriais em troca de valor e domínio econômico.

Presentemente, devido à jovialidade das redes comerciais, os problemas são muitos. Em verdade, nem mesmos os problemas de direito real foram superados, pois nem todos os bens industriais existentes são legalizados¹¹⁹. Mas também se identificam problemas jurídicos nos campos contratual, obrigacional e da responsabilidade civil.

A questão é que, de fato, a expansão empresarial através da formação redes de empresas é uma realidade social digna de estudo. Exemplos como McDonald's e Yazigi mostram que essas empresas/marcas/negócios chegam a ser confundidos com o próprio ramo do comércio em que estão inseridos. A efetividade da rede é latente. O comércio desenvolvido em rede é um dos mais recentes fenômenos evolutivos do mercado, que ocorre justamente no sistema do varejo, aquele destinado à distribuição dos bens e serviços.

2 ABORDAGEM ECONÔMICA

Economicamente, redes comerciais significam ganhos competitivos e benefícios para as empresas participantes. As redes proporcionam o aumento do poder de barganha perante os fornecedores e a formação de uma imagem forte capaz de se fazer presente em diversas bases geográficas, o que representa potencialidade em ganho de clientela. Também ocorre aprendizagem coletiva e inovação colaborativa no âmbito dessas redes. Essa nova estratégia é uma verdadeira reestrutura hierárquica de negócios. Onde se tinha um empresário com um negócio único ou com diversas filiais, passa-se a ter um empresário com esse mesmo negócio e diversos outros empresários que atuam em regime de

¹¹⁹ Aqui adota-se todas as ideias de Niklas Luhmann no capítulo IV da sua Sociologia do Direito.

cooperação para que o negócio cresça sob uma única bandeira e expanda-se com custos e benefícios divididos entre todos os envolvidos.

Balestrini e Verschoore¹²⁰ apontam os principais ganhos competitivos que as redes comerciais (por eles chamada de redes de cooperação) proporcionam. Há uma maior escala e poder de mercado, advindo do tamanho cada vez maior da rede. Quanto maior a demanda, maior a sua capacidade de barganha, o que gera benefícios em relação aos fornecedores. Também forma-se dentro da rede uma inteligência coletiva, fruto da absorção de alteridade, o que acaba gerando um movimento racional autopoiético¹²¹. Há, ainda, redução de custos e riscos, devido ao compartilhamento do negócio com os aderentes à rede. Ademais, outras vantagens são evidentes, principalmente em nível de marketing, devido aos efeitos sociais que uma marca gera em seu ambiente de atuação.

As características administrativas e organizacionais para administração das redes são evidenciadas por Sarita e Lastres¹²²: “Esses novos formatos organizacionais enfatizam a descentralização, a interação interna e com parceiros de todos os tipos, fornecedores e clientes, os quais igualmente baseiam-se crescentemente nas TIs e em informação e conhecimento”.

Novamente citando Balestrini e Verschoore¹²³, “a sociedade informacional possui como principal fator de produtividade e competitividade a capacidade dos indivíduos e das organizações gerar, processar e transformar informações e conhecimentos em ativos econômicos[...] o verdadeiro diferencial estratégico da organização está muito mais em seu potencial de criar novos conhecimentos que na tentativa de gerenciá-los”. Dessa transcrição ficam evidentes dois pontos: a sociedade de informação e o conhecimento que a rede proporciona. Esses são tópicos que merecem abordagem filosófica, principalmente com base na teoria sobre o virtual de Pierre Lévy¹²⁴. Segundo Lévy, “a virtualização pode ser definida

¹²⁰ Balestrini, Alsones. Verschoore. Redes de cooperação empresarial – Estratégias de gestão na nova economia. São Paulo: Bookman, 2008.

¹²¹ Aqui adota-se a teoria virtual de Pierre Lévy.

¹²² Lastres, Helena M. M., Sarita, Albalgi (organizadoras). Informação e globalização na era do conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1999, pág. 47.

¹²³ Balestrini, Alsones. Verschoore. Redes de cooperação empresarial – Estratégias de gestão na nova economia. São Paulo: Bookman, 2008, pág. 129.

¹²⁴ O que é virtual? / Pierre Lévy; tradução de Paulo Neves. – São Paulo: Editora 34, 2011 (2ª edição)

como o movimento inverso da atualização”,¹²⁵ há um constante movimento de passagem do atual ao virtual, uma “elevação à potência” da entidade considerada. A virtualização é uma mutação de identidade, uma modificação ontológica do objeto; por isso, enquanto a atualização é a solução de um problema, a virtualização é o próprio problema. Enquanto o movimento da atualização vai do problema à solução, o movimento da virtualização vai de uma solução a um problema. O fato é que esse movimento (chamado por Lévy de efeito Moebius) caminha em redes de virtualizações, uma ação apoiando-se em outra, em uma historicidade total¹²⁶. Há uma tendência autopoietica no movimento atual-virtual-atual-virtual[...]que se alimenta da própria história gerada.¹²⁷ Segundo Lévy, existe um “espírito” compatível com a coletividade, com uma inteligência múltipla, heterogênea, constantemente auto-organizadora ou autopoietica, que se desenvolve a partir do “acolhimento da alteridade” do mundo ao seu redor.

Muitas diferenças devem ser observadas entre o negócio em rede e o negócio independente. Enquanto em um negócio independente o empresário está sozinho em uma situação mercadológica talvez completamente nova, não tendo qualquer apoio administrativo, em uma rede comercial se dispõe de muitos atrativos que lhe trazem maior segurança, tais como consultoria mercadológica, administrativa, técnica e financeira. Também há a garantia de o negócio base da rede já existir, ser conhecido e aceito no mercado. Efetivamente, a rede oferece os produtos e serviços já desenvolvidos, testados e implantados no mercado. Além disso, a rede disponibiliza de imediato ao aderente a marca, que presumivelmente está implantada no mercado. No negócio independente, para criar produtos ou serviços, desenvolvê-los, testá-los e implantá-los no mercado, o *know how* deverá nascer do próprio empreendedor individual. Além do mais, necessitará de tempo para conquistar o mercado.

Já se pode observar as peculiaridades que fazem parte da essência dos negócios em rede. É possível dizer que o aderente à rede perde parcela de sua autonomia; porém, basta um aprofundamento no estudo para perceber que o

¹²⁵ O que é virtual? / Pierre Lévy; tradução de Paulo Neves. – São Paulo: Editora 34, 2011 (2ª edição), pág. 17.

¹²⁶ A importância da historicidade para a formação do pensamento é latente.

¹²⁷ Bem ao estilo de Niklas Luhmann.

aderente recebe muitos benefícios da rede. Começa-se o negócio sabendo-se muito a respeito dele próprio, como o melhor modo de administração, os melhores fornecedores, os melhores pontos comerciais, as exigências dos clientes, etc., além de se ter um marca (imagem, identificação) já consolidada no mercado.

Usando os números apenas das redes comerciais formatadas em franquias, disponíveis pela Associação Brasileira de Franchising, a evolução do setor no Brasil é espantosa (os números abaixo correspondem a faturamento do setor de franchising brasileiro em bilhões de reais nos respectivos anos)¹²⁸:

Há, definitivamente, inúmeras questões econômicas relacionadas às redes comerciais. O estudo aprofundado de cada uma dessas questões é de importância capital para se entender a função das redes comerciais e como o Direito deve estruturar esse fenômeno econômico de forma a organizar o desenvolvimento.

3 ABORDAGEM JURÍDICA

Redes comerciais, ou redes de cooperação, ou sociedades informacionais, envolvem análises jurídicas de propriedade intelectual, de direitos obrigacionais, de direitos contratuais e de responsabilidade civil, comercial e consumerista.

Em relação à propriedade intelectual, constata-se na doutrina haver uma lacuna na legislação pátria. Conforme explica Newton Silveira, “A Lei de Propriedade Industrial não protege, entretanto, todas as invenções técnicas, mas apenas as invenções industriais, ou seja, as que consistem em um novo produto ou processo industrial”¹²⁹. Ademais, a Lei de Propriedade Industrial trata dos bens imateriais sob o estatuto da propriedade, passando longe das questões relativas aos direitos e obrigações advindos da relação de cooperação existente nas redes.

Na área contratual e obrigacional, é possível notar, por uma simples análise das leis que regem os contratos comerciais tendentes a formar redes, uma total omissão quanto às técnicas de formatar uma rede, quanto às

¹²⁸ <http://www.portaldofranchising.com.br/numeros-do-franchising/evolucao-do-setor-de-franchising>

¹²⁹ Newton Silveira. Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, abuso de patentes, 5. Ed. Barueri/SP: Manole, 2014, pág. 06.

obrigações que as redes geram para seus atores contratuais, e quanto as expectativas em face dos consumidores e dos próprios membros da rede. As redes comerciais formadas, por exemplo, pelo contrato de agência e distribuição (artigos 710 e seguintes do Código Civil atual), não possuem nenhum regramento quanto às obrigações de cooperação entre formatador e aderente das redes. Há previsão apenas da obrigação do aderente em promover mediante retribuição a realização de certos negócios em zona determinada. Para o aderente, há apenas a proteção contra a concorrência, “caso contratada”. Em contrapartida, ao aderente é imposta diligência e obediência hierárquica ao formatador da rede. No mais, há previsão de que as despesas para efetuar o negócio corram a cargo do agente/distribuidor/aderente, e direito à indenização se o proponente/formatador da rede der causa ao fim do contrato sem justa causa. O grau de imprecisão é tão grande que instituto de direito trabalhista é aplicado em relações comerciais.

Outro exemplo: na legislação que rege o contrato de franquia (Lei 8.955/94), há apenas a obrigação do franqueador (formatador da rede) fornecer ao interessado em tornar-se franqueado (aderente à rede) uma Circular de Oferta de Franquia por escrito contendo algumas informações sobre o negócio. Nada há sobre as obrigações “durante” o negócio, como, por exemplo, a coordenação entre os participantes da rede para manutenção de identidade de ação.

São essas apenas algumas das problemáticas desses novos contratos comerciais que precisam melhor reflexão. Seguindo as palavras de David Campbell e Hugh Collins, “não nos comprometemos, contudo, com o ponto de vista segundo o qual o direito contratual deveria ser disciplinado por uma versão de eficiência que aloca a liberdade de contratar em um pedestal. Em muitos contratos, a necessidade de cooperação e adaptação, com vistas a obter uma produção eficiente e competitividade, poderá apenas ser alcançada por meio de contratos que estejam incompletos em seus projetos, mas sejam suplementados por obrigações implícitas de cooperação e de proteção às expectativas razoáveis. Esses tipos de contrato de longo-prazo, relacionais e de interação, demandam, de tempos em tempos, uma sustentação jurídica que os proteja de contratempes, e a sustentação deve exigir o reconhecimento de efeitos jurídicos às obrigações

implícitas, caso isso ajude as partes a assegurarem os ganhos de eficiência de suas transações”¹³⁰.

Na linha do que entende Mark C. Suchman, os contratos “podem ser claramente tomados como artefatos. Eles são produtos do esforço humano consciente; eles são objetos materiais tangíveis e distintos; e tanto em forma quanto em conteúdo, eles refletem uma ampla ordem de influências naturais e sociais. O parentesco entre contratos e os tipos mais convencionais de cultura material é particularmente óbvio, quando se enfoca os aspectos decorativos, como, por exemplo, os selos, as bordas do papel folhadas a ouro, o tipo de papel utilizado e assim por diante. Essa afinidade persiste; no entanto, mesmo quando a atenção se volta para elementos mais substantivos, como determinados termos ou frases ou certas combinações de previsões contratuais em operação. Pode-se analisar o design e o estilo de uma cláusula de ressarcimento (clawback) da mesma forma que se pode analisar o design e o estilo de um martelo [claw-head hammer], atentando a características como: impacto e rigidez, construção e acabamento, tamanho e peso”¹³¹.

O problema reflete nos nossos tribunais. O entendimento jurisprudencial sobre as questões obrigacionais das redes é, hoje, desastroso, inclusive com orientação jurisprudencial no sentido de o contrato de franquia, por exemplo, ser caracterizado como um contrato de “risco”. Ora, nesse caso, somente quem adere à rede é prejudicado, pois assumiu o “risco” de adquirir uma franquia. O paradoxo é que, ao adquirir uma franquia, com toda aquela gama de bens intelectuais já definitivamente desenvolvidos, o aderente espera justamente evitar os “riscos” de um negócio independente. São muitos os pontos que levam a crer que não se pode dar ênfase ao “risco” nos contratos de franquia. Mesmo assim, a jurisprudência reiteradamente entende haver risco, como se vê nos julgamentos oriundos do Tribunal de Justiça gaúcho.¹³²

¹³⁰ file:///C:/Users/Mano/Downloads/Para-que-serve-o-direito-contratual%20(1).pdf.

¹³¹ file:///C:/Users/Mano/Downloads/Para-que-serve-o-direito-contratual%20(1).pdf.

¹³² Apelação Cível Nº 70018858423, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, Julgado em 25/04/2007. Apelação Cível Nº 70015554769, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angelo Maraninchi Giannakos, Julgado em 13/09/2006. Apelação Cível Nº 70007889579, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 01/04/2004.

E esse é apenas um dos problemas que se tira da praxe forense. Todos são problemas oriundos da má interpretação dos objetivos econômicos das redes, da compreensão do evento que os contratos devem estruturar, das expectativas obrigacionais que o negócio gera, da função que os bens imateriais possuem, enfim, resultando na incompreensão do Direito que deve ser aplicado às redes comerciais.

4 ABORDAGEM SOCIOLÓGICA

O sociólogo alemão Niklas Luhmann desenvolveu sua teoria do direito sob o ponto de vista de um dever-ser não natural à sociedade. Luhmann analisa o dever-ser a partir de sua função, assim abrindo caminho para um debate mais direcionado e complexo em termos sociológicos. Na base da Teoria Sistêmica de Luhmann os campos da ação e da experiência sensorial são os focos de análise, pois é a partir daí que se formam as personalidades e os sistemas sociais como diferentes estruturas de complexões de sentido. As personalidades e os sistemas sociais são estruturas distintas de assimilação da experiência. Uma vez que as indagações sobre as ações e experiências digam respeito à personalidade, estar-se-á diante da psicologia; dizendo respeito às ações e experiências no contexto funcional e estrutural de sistemas sociais, estar-se-á diante da sociologia. O fato é que a relação do homem com o mundo se dá de forma sensitiva, e existem elementares em todas as sociedades, modernas ou arcaicas, que precisam ser pesquisadas para se chegar a uma ideal explicação do Direito.

Assim, Niklas Luhmann, em sua Sociologia do Direito¹³³, traça os paços de sua teoria. O primeiro passo está na problemática do convívio humano sensorialmente orientado, através dos conceitos de contingência e complexidade: a sobrecarga do convívio humano é atenuada pela formação de estruturas de expectativas. O segundo passo está na diferenciação entre estruturas cognitivas e estruturas normativas de expectativas: dependendo do caso de desapontamento,

¹³³ Sociologia do Direito I – Niklas Luhmann; tradução de Gustavo Bayer. – Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983

estará prevista a assimilação ou não à frustração da expectativa. No caso de assimilação da frustração, a estrutura será cognitiva – quando, por exemplo, não se dá bom dia; no caso contrário, a estrutura será normativa – quando, por exemplo, se rouba. O terceiro passo está justamente na determinação das expectativas de comportamento que devem ser normatizadas, momento em que há, devido à possibilidade de frustração, a necessidade de se manter a estabilidade social.

Três são as dimensões, portanto: material, social e temporal. A dimensão material diz respeito à identificação de complexões de expectativas; a dimensão social diz respeito à institucionalização de complexões de expectativas; a dimensão temporal diz respeito à normatização de complexões de expectativas. Primeiro identifica-se uma expectativa, depois ocorre ou não sua institucionalização, e por fim, em caso positivo, normatiza-se. A partir do entendimento dessas três dimensões, é possível definir e descrever a função do Direito como congruente, ou seja, como generalização de estruturas de expectativas coerentes em todas as três dimensões. Nas palavras de Luhmann, “o homem vive em um mundo constituído sensorialmente[...] o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição com seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas[...] Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos. Sobre essa situação existencial desenvolvem-se estruturas de assimilação da experiência, que absorvem e controlam o duplo problema da complexidade e da contingência. Certas premissas da experimentação e do comportamento, que possibilitam um bom resultado seletivo, são enfeixadas constituindo sistemas, estabilizando-se

relativamente frente a desapatamento”¹³⁴. Esses enfeixamentos normativos contra desapatamentos estruturam o sistema jurídico vigente.

Aplicando a Teoria Sistêmica às redes comerciais, a primeira questão que vem à tona é entender economicamente o evento. Conforme referido nas abordagens anteriores, a formatação e a aderência a uma rede comercial é uma estratégia comercial para se auferir maiores ganhos e benefícios comerciais. É sob a função e propósito das redes comerciais que as complexões de expectativas são identificadas e diferenciadas. É só a partir da identificação e institucionalização das expectativas comportamentais que as redes geram que se pode estruturar o negócio através de contratos que enfeixam expectativas normativas.

O enfoque passa a ser, então, as expectativas que devem ser sustentadas normativamente pelas redes comerciais, através das generalizações congruentes que os contratos comerciais devem representar. As leis existentes hoje que tratam dos contratos que formam redes comerciais pouco representam enquanto paradigma cognocente, devido ao vazio ontológico que possuem em relação ao evento enquanto fenômeno social gerador de expectativa.

Ao se estruturar normativamente uma rede de empresas, inúmeros direitos e obrigações surgem entre as partes contratantes, decorrentes justamente dos objetivos comerciais que essas as redes visam. Para o desenvolvedor/formatador da rede, existem inúmeras obrigações que geram responsabilidade, sendo que, talvez, a maior esteja em prover, fomentar, desenvolver a rede que criou. Também se pode pensar na questão do ganho mercadológico, pois é isso que se procura quando se pretende aderir a uma rede. Nota-se, efetivamente, haver um hiato entre as considerações hoje institucionalizadas entre os comerciantes que participam de redes e as disposições normativas existentes. Quem entra em uma rede, ao invés de empreender individualmente, o faz coletivamente por um motivo especial. A questão é entender o que significa a constituição de uma rede em relação às expectativas dos aderentes da rede. As unidades/lojas das redes ficam sujeitas à própria sorte, ou deve o formatador da rede continuar engendrando

¹³⁴ Sociologia do Direito I – Niklas Luhmann; tradução de Gustavo Bayer. – Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, págs. 45 e 46.

esforços para mantê-la, desenvolvê-la, fomentá-la? Realmente, identifica-se na prática um anseio de atualização, de reciclagem, de desenvolvimento permanente, além de um sentimento de “filiação” por parte dos aderentes à rede em relação ao formador da rede. Mas, geralmente, essa não é a preocupação do formador da rede, que na maioria das vezes pensa e age com imediatismo, apenas desenvolvendo um produto ou serviço para que os aderentes à rede coloquem no comércio. A partir de então, quem entra para a rede acaba por atuar, normalmente, desamparado de quem a formatou.

Abordagens sobre “perspectivas”, “contingências”, “sistemas” e “estruturas” fazem parte da base teórica que melhor explica o contexto social em que as redes estão inseridas. É a partir dessa base que se pode tentar aplicar o melhor Direito possível a esse evento comercial.

A certeza é que na dimensão temporal, como visto na abordagem jurídica, praticamente inexistente qualquer consideração sociológico-normativa relacionada à criação de uma rede comercial. Está-se, ainda, em um nível normativo baixo, o que se confirma pela simples análise das leis que regem os contratos formadores de redes comerciais. Além dos contratos tipificados pela legislação, muitas redes comerciais são formatadas por contratos atípicos (o que não as tornam ilegais, devido ao princípio da atipicidade dos contratos) que também são desprovidos de qualquer abordagem sociológica adequada sobre o que representa a rede comercial enquanto sistema social.

Na dimensão social, onde os sentidos dos fenômenos são escolhidos, a partir da interação social, nota-se como vetor de ação o princípio da cooperação entre os formadores das redes e aderentes às redes. Explica-se. Conforme assevera Luhmann, a continuidade em participar de uma relação social, intencional ou não, representa um consenso genérico com a situação. É a partir da coparticipação social que se formam as autoevidências supostas no comum, ou seja, a redução institucional das possibilidades. É nesse jogo de direitos e obrigações que se institucionalizam as expectativas. Havendo um certo equilíbrio, há institucionalização, e como todos os fenômenos sociais, esse equilíbrio muda conforme for a evolução social. Como não há, na dimensão temporal, tratamento adequado às obrigações do formador da rede em relação ao sistema que criou,

acaba nas mãos do Poder Judiciário a decisão sobre quais são essas obrigações. Não havendo uma adequada orientação jurídica para julgar litígios envolvendo as relações internas das redes comerciais, o valor ontológico da rede não é revelado. Luhmann afirma que o Direito existe como um meio de integração da sociedade em sua globalidade, representando, pelo menos dentro das fronteiras de uma sociedade, as expectativas oficiais daquela sociedade. Assim, o desenvolvimento de instituições jurídicas (como os negócios jurídicos que formam as redes comerciais) dá-se a partir da “diferenciação de papéis especiais e de sistemas parciais com poder decisório sobre o direito, de efeito vinculativo em termos sociais”¹³⁵. Como se percebe, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário precisam estar conscientes do que significa sociologicamente uma rede comercial.

Finalmente, na dimensão material, ou dimensão do sentido prático, as expectativas comportamentais normativas precisam ter um mínimo de base cognitiva plausível, que não seja contraditória com todo o sistema que as cercam. As dimensões temporal e social atuam dentro do que é possível no sentido prático. É necessário haver uma mediação do mundo em comum, e são os sentidos que fazem essa mediação. Para Luhmann o sentido funciona como “síntese, intersubjetivamente acessível, de uma multiplicidade de experiências possíveis”¹³⁶. O sentido permite uma escolha dentro da multiplicidade de oportunidades que existem, possibilitando um procedimento abreviado de consciência que pula de sentido a sentido até a ação estar completa. Não é preciso experimentar todas as possibilidades e todos os vieses que todas as possibilidades têm, e todos os vieses do vieses[...] de sentido em sentido, de síntese em síntese, a ação se desenrola. A teoria do conhecimento de Luhmann parte dessa dimensão. A rede comunicacional que os sentidos formam seriam a fonte de consciência da ação humana. Com a positividade do sistema, a partir da virtualização da comunicação dos sentidos, seguindo a linha de raciocínio de Pierre Lévy, vislumbra-se um ambiente totalmente autopoietico, acolhedor de

¹³⁵ Sociologia do Direito I – Niklas Luhmann; tradução de Gustavo Bayer. – Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, pág. 92.

¹³⁶ Sociologia do Direito I – Niklas Luhmann; tradução de Gustavo Bayer. – Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, pág. 94.

alteridade, que se forma no âmbito de cada rede comercial existente. Aí está a fonte do conhecimento para a rede comercial: dentro do seu próprio sistema.

A relação entre expectativa comportamental e síntese é evolutiva. A expectativa expressa uma intenção de que algo ocorra de determinada maneira. A expectativa aponta para o futuro. Os sentidos, por sua vez, são sínteses de muitas expectativas, possíveis e cambiáveis conforme a situação presente. A questão última é, portanto, achar o sentido das redes comerciais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme ensina o professor Lênio Streck¹³⁷, é necessário um giro, uma superação das inconsistentes e contraditórias ações que hoje representam as redes comerciais. Deve haver um compromisso ontológico com os institutos formadores de redes comerciais. Os negócios em rede não possuem amparo jurídico adequado em solo pátrio, o que se deve à desconsideração da contribuição que a Sociologia Jurídica é capaz de dar.

A inteligência que se faz necessária sobre o assunto deve levar em conta, obviamente, a questão da escolha entre ser pertencente a uma rede ou ser um empresário independente. Na linha do que afirma Paulo Cesar Mauro, é claro que ser um empresário franqueado, por exemplo, oferece muito menos riscos do que ser empresário independente, autônomo, sem vinculação a uma rede¹³⁸.

Não existe um “direito natural” sobre redes comerciais; o fenômeno enquanto evento econômico é recentíssimo, não havendo possibilidade de se fazer uma diferenciação entre direito novo e direito antigo aplicado às redes. Estamos, definitivamente, na maternidade jurídica das redes comerciais.

A identificação dos princípios econômicos e sociais que regem as redes comerciais é a melhor forma de se encontrar os seus princípios jurídicos.

Economicamente, as redes comerciais têm por princípio a aquisição de vantagens mercadológicas. Socialmente, há a criação de um grupo, que age

¹³⁷ Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito / Lênio Luiz Streck. 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria de Advogado Editora, 2011.

¹³⁸ Guia do franqueado: leitura obrigatória para quem quer comprar uma franquía. – 2 ed., São Paulo: Nobel, 2013.

sistematicamente e ritualisticamente. Há a criação de um sistema social cujas ações são coordenadas em razão de uma entidade maior, que é a própria rede. O que significa isso juridicamente?

Pois bem, a ação da rede enquanto grupo deve ser consciente e direcionada ao benefício econômico. Deve haver uma técnica de ação que traga proveito mercadológico aos aderentes da rede. Os comerciantes que fazem parte de uma rede esperam ter proveitos econômicos em relação ao negócio individual, oriundos da ampliação da capacidade de competição do grupo em relação ao negócio individual. Espera-se uma potencialização da capacidade competitiva dessas empresas, ou seja, um maior poder de mercado, decorrente do crescimento do número de associados da rede. A redução de custos e riscos que a rede proporciona é uma obviedade, e por isso há, implicitamente, obrigação de ação nesse sentido. Também nota-se um acesso mais racional a soluções de problemas, decorrente da absorção de alteridade que a rede permite devido à ação em grupo. As redes desenvolvem-se organizadas em sistemas de informação que disseminam soluções para problemas operacionais que surgem no interior da rede. Assim, a aprendizagem é coletiva, formando-se uma inteligência coletiva. Há um motivo econômico para se formatar um rede comercial, e esse motivo é preponderante para se optar fazer parte da rede.

Em termos sociológicos, é preciso reduzir o comportamento altamente complexo e contingente existente dentro de uma rede comercial de modo a possibilitar expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas. Na dimensão temporal, as normas são capazes de estabilizar as estruturas de expectativas, orientando a ação. Na dimensão social, a institucionalização das expectativas comportamentais formatadas pelo formador da rede dá-se pelo consentimento dos aderentes da rede. Se esses aderentes discordam das expectativas e não seguem no grupo formado pela rede, em pouco tempo ela se desfaz, momento em que fica clara a fraqueza do sistema formado. Finalmente, na dimensão material, da praticidade do fenômeno, os sentidos que se formam em torno da rede comercial criada são o que realente identificam-na. O Direito aplicado às redes comerciais deve levar em

conta, portanto, o fato desse fenômeno ser uma estratégia econômico-mercadológica, além de ser um verdadeiro sistema social.

É na generalização das expectativas comportamentais congruentemente nessas três dimensões que se identifica o Direito a ser aplicado às redes comerciais.

REFERÊNCIAS

BALESTRINI, A. Verschoore. **Redes de cooperação empresarial – Estratégias de gestão na nova economia**. São Paulo: Bookman, 2008.

LASTRES, H. M. M.; SARITA, A. (orgs). **Informação e globalização na era do conhecimento**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1999.

LÉVY, P. **O que é virtual?**; tradução de Paulo Neves. – São Paulo: Editora 34, 2011 (2ª edição). Disponível em: <<http://www.portaldofranchising.com.br/numeros-do-franchising/evolucao-do-setor-de-franchising>>.

SILVEIRA, N. **Propriedade intelectual**: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, abuso de patentes, 5. Ed. Barueri/SP: Manole, 2014.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria de Advogado Editora, 2011.

Guia do franqueado: leitura obrigatória para quem quer comprar uma franquia. – 2 ed., São Paulo: Nobel, 2013.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

**GT – O DIREITO ADMINISTRATIVO NO
CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO:
CIDADANIA E A EFETIVIDADE DA
HERMENÊUTICA JURÍDICA NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

CANOAS, 2015

A MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA: PARA MUITO ALÉM DA SOLUÇÃO JURÍDICA DO CONFLITO

Josiane Caleffi Estivalet¹

RESUMO: O presente estudo versa sobre a genealogia do conflito enquanto fenômeno social e a mediação, enquanto política pública e democrática implementada pela Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça no âmbito do Poder Judiciário. O objetivo consiste no aprofundamento do estudo do conflito, a partir de uma ótica jurídico-sociológica e as implicações da mediação judicial sob o enfoque complementar à jurisdição. Para atingir tal objetivo adotou-se como metodologia a revisão bibliográfica da literatura sobre o assunto e estudo de caso quantitativo e qualitativo.

PALAVRAS-CHAVE: conflito; mediação judicial; poder judiciário; servidores do Poder Judiciário.

1 INTRODUÇÃO

As sociedades, assim como os indivíduos, servem-se de espelhos para construir as suas identidades². Os espelhos utilizados pelas sociedades não são físicos, eles estão situados no campo das ideias. Trata-se de “conjuntos de instituições, normatividades, ideologias que estabelecem correspondências e hierarquias entre campos infinitamente vastos de práticas sociais”³. As reiteradas identificações das correspondências e hierarquias entre estas instituições, normatividades e ideologias, com as práticas sociais, intensificam-se até o ponto

¹ Mestranda pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, área de concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas. Especialista em Direito, Sociedade e Psicanálise e em Direito Processual Civil. Integrante do grupo de pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” certificado pelo CNPq coordenado pela Prof^a Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler. Juíza de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: josiane.ce.santacruz@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2727056550845985>. Endereço para correspondência: Av. João Pessoa, nº 1800, Bairro Universitário, Santa Cruz do Sul, RS, CEP 96820-066

² “As sociedades são a imagem que têm de si vistas nos espelhos que constroem para reproduzir as identificações dominantes, num dado momento histórico. São os espelhos que, ao criar sistemas e práticas de semelhança, correspondência e identidade, asseguram as rotinas que sustentam a vida em sociedade. Uma sociedade sem espelhos é uma sociedade aterrorizada pelo seu próprio terror.” (SANTOS, 2013, p. 47).

³ SANTOS, 2013, p. 48.

de se transformarem em identidades sociais. A sociedade contemporânea tem nas áreas da Ciência, do Direito, da Educação, da Informação e da Religião os seus mais importantes espelhos. Os espelhos produzidos pela sociedade são considerados tão importantes por Santos, a ponto de afirmar que: “o que eles refletem é o que as sociedades são. Por detrás ou para além deles, não há nada”.⁴

O direito, enquanto reflexo da sociedade, justifica sua existência a partir das formas com que administra⁵ o conflito, tendo em vista que a presença deste é uma constante nas relações humanas. Dentro deste contexto, tem-se, como tema central do presente trabalho, o estudo dos conflitos, limitados, face à complexidade e multiplicidade de dimensões, aos nascidos na sociedade e que são submetidos à apreciação do Estado-Juiz⁶.

Dentro desta linha de raciocínio, intensifica-se a perspectiva de concretização no cenário jurídico nacional da mediação a partir da sua introdução na Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça e no Projeto de Lei nº 7.169 de 2014. Ambos preveem sua aplicabilidade, assim como de outras formais consensuais de metabolização de conflitos, tais como a mediação comunitária⁷, o que justifica a necessidade de debater-se o tema de forma aprofundada.

⁴ SANTOS, 2013, p. 48.

⁵ Opta-se por utilizar os verbos manejar, metabolizar e equivalentes em razão de que, segundo Spengler (2010, p. 26) “conflitos sociais não podem ser ‘solucionados’ pelo Judiciário, no sentido de resolvê-los, suprimi-los, elucidá-los ou esclarecê-los”. Partindo do conceito de Bobbio, Matteucci e Pasquino (2010, p. 228), que excluiu do seu enfoque os aspectos psicológicos do conflito e declara ser o mesmo ínsito a toda sociedade, portanto ineliminável, tem-se como “uma forma de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades que implica choques para o acesso e a distribuição de recursos escassos” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2010, p. 225). “O processo o tentativa mais frequente é o do proceder à *regulamentação* dos Conflitos, isto é, à formulação de regras aceitas pelos participantes que estabelecem determinados limites aos Conflitos. A tentativa consiste não em por fim aos Conflitos, mas em regulamentar suas formas de modo que suas manifestações sejam menos destrutíveis para todos os atores envolvidos.” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2010, p. 228).

⁶ A perspectiva de *supressão* dos conflitos, assim como a plena resolução dos mesmos é, na concepção de Bobbio, Matteucci e Pasquino (2010, p. 228), senão rara, impossível, pois implica na “eliminação das causas, das tensões, dos contrastes que originaram os Conflitos (quase por definição, um conflito social não pode ser “resolvido”)”.

⁷ Deixa-se de analisar a mediação comunitária devido às limitações espaciais existentes em um artigo científico e também por não se constituir ponto central da presente investigação. Sobre o

Para tanto serão, inicialmente, abordadas as origens, os limites e a tipologia do conflito numa ótica jurídico⁸-sociológica. Sustenta-se a escolha dessa perspectiva em razão de a sociologia ocupar-se do estudo da natureza da própria sociedade, em um prisma que vislumbra os aspectos positivos e negativos do conflito. Em seguida, será analisada a naturalização do conflito, para, na sequência, ingressar na metabolização dos conflitos pelo Poder Judiciário através da mediação. A metodologia adotada foi revisão bibliográfica da literatura sobre a matéria e estudo de caso. O método adotado foi o dedutivo, partindo da relação entre premissas e argumentos particulares que nortearam a conclusão. O procedimento, monográfico, valeu-se de pesquisas realizadas em fontes bibliográficas ligadas ao tema.

2 ORIGENS, LIMITES E TIPOLOGIA DO CONFLITO

O papel do conflito nas sociedades foi reconhecido como fenômeno social a partir do momento em que a sociologia começou a se desenvolver como ciência, ligada à observação e ao estudo metódico dos processos que interligam o indivíduo ao meio. “O olhar sociológico sobre o conflito é feito a *partir da abstração das formas de relação da complexidade da vida real*”⁹, o que significa que a sociologia analisa os fatos sociais de forma independente das demais áreas do conhecimento, inclusive da Filosofia.¹⁰ Seu objetivo é a compreensão da realidade social, das manifestações das necessidades que operam a sociedade.

assunto ver Wust (2014) na obra Mediação comunitária e acesso à justiça: as duas faces da metamorfose social disponível em: <<http://www.esserenelmondo.com/pt/direito-mediaCAo-comunitAria-e-acesso-A-justiCa-as-duas-faces-da-metamorfose-social-ebook37.php>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

⁸ Adota-se, para fins do presente trabalho, a concepção de Weber (2000, p. 208), segundo o qual, “a consideração jurídica ou, mais precisamente, a dogmática jurídica, propõe-se a tarefa de investigar o sentido correto de normas cujo conteúdo apresenta-se como uma ordem que pretende ser determinante para o comportamento de um círculo de pessoas de alguma forma definido, isto é, de investigar as situações efetivas sujeitas a essa ordem e o modo como isso ocorre. Para esse fim, assim procede: partindo da vigência empírica indubitável daquelas normas, procura classificá-las de modo a encaixá-las num sistema sem contradição lógica interna. Esse sistema é a ordem jurídica no sentido jurídico da palavra”.

⁹ SIMMEL, 1983, p. 128.

¹⁰ A sociologia não possui como objeto algo que já não tenha sido tratado antes em uma das ciências existentes, na medida em que entende o ser humano como ser social e a sociedade como portadora dos eventos históricos. “Possuirá um caminho comum a todas elas, um método

As teorias clássicas do conflito, que o percebem como inerente à sociedade têm origem nas ideias de Weber¹¹. Na mesma linha interacionista,¹² Simmel identifica

Todas as formas sociais aparecem sob nova luz quando vistos pelo ângulo do caráter sociologicamente positivo do conflito. Torna-se logo evidente que, as relações entre os homens (mais que aquilo que o indivíduo é para si mesmo e em suas relações com os objetos) constituem a matéria subjetiva de uma ciência especial, a Sociologia, nesse caso os tópicos tradicionais desta ciência cobrem apenas uma de suas subdivisões: ela é mais abrangente e mais verdadeiramente definida por um princípio. Parece que antigamente havia só duas questões subjetivas compatíveis com a ciência do homem: a unidade do indivíduo e a unidade formada pelos indivíduos, a sociedade; uma terceira parecia logicamente excluída. Nesta concepção, o próprio conflito – sem considerar suas contribuições a estas unidades sociais imediatas – não encontraria lugar próprio para estudo. É o conflito um fato *sui generis* e sua inclusão sob o conceito de unidade teria sido tão arbitrária quanto inútil, uma vez que o conflito significa a negação da unidade.¹³

Não há como, para Freund¹⁴, eliminar o conflito de forma definitiva das relações sociais, pois ele não é um fenômeno anormal ou patológico. Conceitua-o como sendo o enfrentamento entre dois seres ou grupos da mesma espécie que manifestam, uns a respeito dos outros, uma intenção hostil, geralmente com relação a um direito. Para manter esse direito, afirmá-lo ou restabelecê-lo, muitas vezes, lança-se mão da violência, o que pode trazer como resultado o aniquilamento de um dos conflitantes¹⁵.

da ciência que, justamente em razão de sua aplicabilidade à totalidade dos problemas, não é uma ciência com um conteúdo que lhe seja próprio. Justamente porque esse método possui tal universalidade, ele forma um fundamento comum para todos os grupos de problemas que antes careciam de alguns esclarecimentos que cada um só poderia receber de outro, a generalidade do ser socializado, que permite que as forças dos indivíduos se determinem mutuamente, corresponde à generalidade do modo sociológico de conhecimento, graças ao qual se torna viável resolver e aprofundar um problema em uma região do conhecimento cujo conteúdo seja totalmente heterogêneo.” (SIMMEL, 2006, p. 22-23).

¹¹ WEBER, 1999.

¹² A perspectiva interacionista é uma das grandes perspectivas teóricas da sociologia e concentra-se nos detalhes concretos do que acontece entre indivíduos na vida diária. (JOHNSON, 1997, p. 174).

¹³ SIMMEL, 1983, p. 123.

¹⁴ FREUND, 1995, p. 58.

¹⁵ “El conflicto consiste en un enfrentamiento por choque intencionado, entre dos seres o grupos de la misma especie que manifiestan, los unos respecto a los otros, una intención hostil, en general a propósito de un derecho, y que para mantener, afirmar o reestablecer el derecho, tratan de romper la resistencia del otro eventualmente por el recurso a la violencia, la que puede, llegado el caso, tender al aniquilamiento físico del otro.” (FREUND, 1995, p. 58).

Há necessidade de aprofundamento de definições, a fim de que possam ser compreendidas as implicações do conceito de Freund¹⁶ sobre o conflito, já que o mesmo afirma que, assim como o conflito, o enfrentamento e o choque são, via de regra, intencionais. Destaca-se que, para esse autor, apesar de voluntário, o conflito pode ter origens e desdobramentos que extrapolam o domínio consciente dos indivíduos. Restam excluídos do conceito os acidentes, como no exemplo do homem que tropeça numa pedra. A “intenção conflitiva” pode se manifestar de forma individual ou coletiva, desimportando, para fins conceituais, o tamanho do grupo ou coletividade envolvida¹⁷.

Como se observa em Lorenz¹⁸, só haverá conflito quando este for de natureza intraespecífica, ou seja, quando envolver unicamente seres humanos ou grupos de seres humanos, nos polos adversários¹⁹. No que diz respeito à voluntariedade, o autor busca a historicidade dos conflitos e aponta:

Mal a humanidade atingiu uma fase em que, graças às suas armas, vestuário e organização social, se encontrava quase em estado de dominar os perigos e ameaças do exterior (morrer de frio, ser comido pelas feras, etc.) estes deixaram de ser os fatores essenciais da seleção; foi nessa altura que começou uma seleção intraespecífica prejudicial. O fator seletivo passou a ser a guerra entre hordas vizinhas de homens inimigos. Esta guerra deve ter provocado uma seleção extrema de todas as pretensas ‘virtudes guerreiras’ que, infelizmente, para muitos de nos parecem representar um ideal invejável²⁰.

¹⁶ FREUND, 1995.

¹⁷ Moore (2014, p. 9) contribui sobre a compreensão do que seja o conflito: “conflict is not necessarily bad, abnormal, or dysfunctional; it is a fact of life. But when it goes beyond competitive behavior or psychological damage or another person or group, it is then that the negative end harmful dynamics of conflict exact their full costs.”

¹⁸ LORENZ, 2001.

¹⁹ “O homem não é verdadeiramente mau de nascença, como afirma o Génesis. Pode mesmo agir muito razoavelmente, quando a situação é tensa, com a condição de situações semelhantes se terem apresentado suficientes vezes na época paleolítica para terem criado normas sociais, filogeneticamente adaptadas, que lhes correspondam. Amar o próximo como a nós mesmos e arriscar a vida para salvar a dele é normal se o nosso amigo é o nosso melhor amigo e já nos salvou a nossa muitas vezes: até o fazemos sem pressa. Mas a situação é completamente diferente se a pessoa pela qual é suposto arriscarmos a nossa vida ou fazermos outros sacrifícios é um contemporâneo anônimo que nunca vimos sequer. Neste caso, não é o amor por outro ser humano que activa, em tal circunstância o nosso comportamento de abnegação, mas o amor de uma norma tradicional de comportamento social evoluída com a cultura.” (LORENZ, 2001, p. 281).

²⁰ LORENZ, 2001, p. 60.

A intenção deliberada de prejudicar o outro, considerado inimigo, ou porque assim se quer que o seja, é tida por Freund como “intencionalidade conflitiva”²¹. Ou seja, a hostilidade pode ter início a partir de um fato simples e vir a ter desdobramentos que justifiquem guerras, o que leva à conclusão de que o conflito pode ser previamente organizado, ou simplesmente surgir de forma espontânea.

Agressividade e hostilidade, não são, para Lorenz²², sinônimas. A hostilidade seria de ordem emocional, de natureza transitória, que pode variar entre uma simples ameaça inspiradora de medo a golpes de violência física propriamente dita. Antagonistas podem não experimentar o sentimento de hostilidade. A agressividade, espécie de instinto natural, estaria a serviço da preservação da vida, seja ela individual ou da espécie, por outro lado, viável é a existência de agressividade sem hostilidade, sem conflito. A falta de agressividade equivaleria, do ponto de vista de Freund²³, à indolência. Assim, o mencionado autor aponta que, tanto a agressividade quanto a indolência podem conduzir, em certas circunstâncias, ao conflito. No caso da primeira (agressividade), quando se desdobra em típica ofensiva. A indolência leva à polarização dos grupos quando, em razão dela, não são solucionadas as dificuldades, não são ultrapassados os obstáculos que se acumulam somados à falta de um regulamento satisfatório. Em suma, do ponto de vista do autor, praticamente não existe conflito ou guerra que não busque se legitimar. O sentimento de justiça, assim como o poder político, via de regra, estão no centro da discórdia o que o leva a concluir que o objeto do conflito, em geral, está ligado à ideia de reivindicação do que seja justo.²⁴

²¹ “La hostilidad puede consistir en una simple malevolencia o tomar aspectos más brutales de una pelea de proporciones diversas, según el número de participantes, desde la riña hasta la guerra” (FREUND, 1995, p. 60).

²² LORENZ, 2001.

²³ FREUND, 1995, p. 60.

²⁴ “Ocurre que un enfrentamiento nace espontaneamente por razones que dificilmente se pueden descubrir, y en apariencia fuera de todo derecho, por ejemplo en el caso de un motín. Sin embargo, cuando esta situación se prolonga suscita inevitablemente una protesta en nombre de un derecho que se estima lesionado, desconocido o despreciado. Incluso en el caso de un motín espontáneo, por ejemplo en caso de escasez o de otra estrechez, los manifestantes están animados por así decirlo inconscientemente por el sentimiento de ser víctimas de una injusticia”. (FREUND, 1995, p. 60-61).

A qualidade dos participantes, com suas características e relações prévias de um para com o outro interfere no desenvolvimento da disputa e podem ganhar relevância aspectos como força, meios de cognição e personalidade. Segundo Entelman, as pessoas que se relacionam entre si não realizam apenas condutas recíprocas, que levam em conta os demais membros do grupo. Realizam também atos independentes, a partir de condutas próprias, que são concebidas e resolvidas sem levar em conta as condutas dos demais integrantes do grupo. Assim, para o autor, tais condutas tidas por independentes, não definem a existência de uma relação social²⁵.

No confronto de vontades, como se observa em Spengler (2010, p. 243), imperam atitudes que buscam romper a resistência do adversário mediante o domínio. A intenção do oponente é de impor sobre o outro a solução que julgar mais adequada. Ultrapassada a fronteira da confrontação de ideias e interesses (embora possam aí residir as fontes do conflito), os antagonistas podem passar a se comportar como verdadeiros inimigos.

Para tanto, fazem uso dos mais diversos meios que lhes são disponíveis, entre os quais, muitas vezes, figura a chantagem, a intimidação, a violência direta e/ou indireta.²⁶ Com a finalidade de impor a sua vontade sobre os demais, os oponentes podem ainda fazer uso

de ameaças, de intimidação, de meios mais agressivos ou repressivos, capazes de atentar contra a integridade física ou moral do outro, contra os seus bens materiais ou contra as suas ideias mais preciosas, sugerindo a aniquilação física em caso de resistência suposta, deliberada ou persistente²⁷.

Não raras vezes, a violência está à espreita no conflito. Ou seja, há o risco permanente de enfrentamento. As forças que estão em jogo podem ingressar em uma escalada e ascender à aniquilação do outro, especialmente quando houver emprego de força física e, eventualmente, armas. Em geral a escalada é

²⁵ Livre tradução das autoras. No original: "Para entender bien este concepto, hay que advertir que en realidad los miembros de una relación social no sólo realizan conductas recíprocas que de alguna manera tienen en cuenta a los otros miembros. También ejecutan conductas independientes, que son concebidas y resueltas sin tomar en cuenta las conductas de los demás integrantes del grupo. Por ello, tales conductas que llamo independientes no definen la existencia de una relación social". (ENTELMAN, 2002, p. 47).

²⁶ Así, el conflicto es una manera de tener razón independientemente de los argumentos racionales, o incluso razonables, salvo si ambas partes han aceptado el arbitraje de un tercero (FREUND, 1995, p. 61).

²⁷ SPENGLER, 2010, p. 249.

impulsionada pelos instintos obscuros do ser, das suas pulsões, paixões e exaltações não controladas que suscitam o desenvolvimento da luta²⁸. Nessas situações extremadas, o conflito tende a voltar-se para o lado desumano, desproporcional ao que estava inicialmente em jogo.

Não obstante, as reações que o conflito venha a suscitar, constatada a sua inevitabilidade, emerge a necessidade de perquirir a sua naturalização. Neste aspecto ganham especial relevância as ideias Simmel, na medida em que é atribuída a ele a autoria da teoria sociológica clássica do conflito²⁹. Partindo da premissa de que o conflito é uma das formas primárias de interação humana, Simmel percebe os fatores de dissociação, a exemplo da inveja, do ódio, das necessidades e dos desejos, como causas do conflito, posto que “destinado a resolver dualismos divergentes; é um modo de conseguir algum tipo de unidade, ainda que através da aniquilação de uma das partes conflitantes”³⁰, já que as situações conflitivas não se resumem à esfera individual. Na mesma esteira, Freund³¹ reconhece que podem acontecer conflitos também entre grupos, organizações e coletividades. Há a possibilidade que ganhem diversas expressões, tais como: social, política, familiar, étnica, religiosa, dentre outras, que os afastam da concepção do conflito como algo patológico.

O argumento de Simmel é o de que o conflito é, sobretudo, “uma sociação, ou seja, uma das mais vívidas formas de interação entre os homens”, cujos aspectos positivos e negativos estão interligados. Pode-se admitir uma separação conceitual, mas não empírica,³² posto que na dinâmica da vida real existam correntes convergentes e divergentes, que operam de forma inseparável, entrelaçadas nas unidades sociais, como segue:

²⁸ FREUND, 1995, p. 62.

²⁹ Segundo Boudon (1995, p. 256), Simmel é o autor que se aprofunda no tema conflito e nas formas básicas de convívio humano.

³⁰ SIMMEL, 1983, p. 122.

³¹ FREUND, 1995.

³² “O indivíduo não alcança a unidade de sua personalidade exclusivamente através de uma harmonização exaustiva – segundo normas lógicas, objetivas, religiosas ou éticas – dos conteúdos de sua personalidade. A contradição e o conflito, ao contrário, não só precedem esta unidade como operam em cada momento de sua existência. É claro que provavelmente não existe unidade social, onde correntes convergentes e divergentes não estão inseparavelmente entrelaçadas. Um grupo absolutamente centrípeto e harmonioso, uma união pura (*vereinigung*) não só é empiricamente irreal, como não poderia mostrar um processo de vida real.” (SIMMEL, 1983, p. 123).

Assim como o universo precisa de amor e ódio, isto é, de forças de atração e de forças de repulsão, para que tenha uma forma qualquer, assim também a sociedade, para alcançar uma determinada configuração, precisa de quantidades proporcionais de harmonia e desarmonia, de associações e competição, de tendências favoráveis e desfavoráveis³³.

A partir da constatação de que nenhuma sociedade é homogênea, tem-se que o conflito, além de vital, exerce uma força integradora do grupo. Cada ser humano ocupa um papel social, renunciando assim a sua individualidade. O fenômeno da sociedade³⁴, para Spengler é adjetivado como “irritante” na medida em que não há como furtar-se da coletividade. Ou seja, “a sociedade possui atributos e modos de comportamento aos quais o portador deve se adequar”.³⁵

Nas estruturas que preservam nítida divisão hierárquica e gradações sociais, o antagonismo pode ter um papel positivo e integrador. As adversidades, além de preservarem os limites no interior do grupo, podem ser propositalmente alimentadas para assegurar condições de sobrevivência, conforme se pode concluir da transcrição que segue:

O grupo se baseia nas atitudes de seus membros. A oposição de um membro do grupo a um companheiro, por exemplo, não é um fator social puramente negativo, quando muitas vezes tal oposição pode tornar a vida ao menos possível com as pessoas realmente insuportáveis. Se não temos nem mesmo o poder e o direito de nos rebelarmos contra a tirania, a arbitrariedade, o mau-humor e a falta de tato, não poderíamos suportar relação alguma com pessoas cujo temperamento assim toleramos. Nós nos sentiríamos impelidos a dar passos desesperados – e estes realmente acabariam com a relação, mas não constituiriam, talvez, um “conflito”; não só pelo fato (embora seja essencial aqui) de que a opressão costuma aumentar quando é suportada calmamente e sem protestos, mas também porque a oposição nos dá satisfação íntima, distração, alívio, assim como, sob condições psicológicas diferentes, nos dá humildade e paciência. Nossa oposição nos faz sentir que não somos completamente vítimas das circunstâncias. Permite-nos colocar nossa força à prova conscientemente e só dessa maneira dá vitalidade e reciprocidade às condições das quais, sem esse corretivo, nos afastaríamos a todo custo.³⁶

Portanto, a oposição, além de ser um elemento próprio das relações humanas, intrinsecamente relacionada com a existência das mesmas, é uma das funções que a constituem e que pode ser satisfeita pelo conflito na forma latente,

³³ SIMMEL, 1983, p. 124.

³⁴ Para fins do presente trabalho, sociedade é tida como um produto da civilização e não da natureza, necessária para que as pessoas, por mais diferentes que sejam, possam criar instituições comuns que assegurem a sobrevivência e a qualidade de vida (DAHRENDORF, 1992).

³⁵ SPENGLER, 2010, p. 259.

³⁶ SIMMEL, 1983, p. 127.

pela animosidade e por sentimentos de repulsa mútua capaz de se transformar em ódio e luta. O que, em um primeiro momento pode parecer desassociação (motivo de afastamento e rompimento) pode ser, na verdade, forma elementar de socialização e integração.

O conflito, como forma de interação entre os homens está com muito mais razão presente nos grupos sociais, constituídos e mantidos a partir de múltiplas relações³⁷. As forças unificadoras em cooperação com as relações de conflito produzem uma estrutura social, um grupo enquanto unidade viva e concreta. Assim, o conflito não se diferencia de qualquer outra forma de relação que a sociologia abstrai da complexidade da vida real. “A essência da alma humana não permite que um indivíduo se ligue a outro por um elo apenas, ainda que a análise científica não se dê por satisfeita enquanto não determina o específico poder de coesão de unidades elementares”.³⁸

De todo o exposto, conclui-se, pela impossibilidade de uma vida sem conflitos, que ele serve como modelador dos constantes processos individuais e sociais (enquanto responsável pela integração social) e opera de forma dinâmica e múltipla³⁹. Fruto do choque de aspirações, desejos e vontades, o conflito faz parte do cotidiano da vida em sociedade e, seja em razão da dinamicidade ou da multiplicidade de papéis sociais, impõe sua presença constante e permanente. Assim, naturalmente, enfrentam-se conflitos nos mais variados momentos da vida e, por vezes, estes sequer são identificados. Sejam eles genuínos ou não,

³⁷ Simmel (2006, p. 47-51) refere que o grupo, no sentido de unidade coletiva (massa), não é a soma de existências individuais, “e sim um novo fenômeno que surge não da individualidade plena de cada um de seus participantes”, mas dos fragmentos de cada um que corresponde com os dos demais. Isso explica por que individualmente cada ser pode ser visto como inteligente, sagaz, pacífico e, quando *in corpore* as decisões sejam tolas, violentas, cruéis. Os traços comuns são os estratos situados nas dimensões da personalidade mais inferiores, sensorialmente primitivas e sólidas. Isso também faz com que o indivíduo não se sinta atingido pelas referências de desprezo que se faz sobre a massa ou o povo, pois, individualmente, ele possui qualidades muito superiores àquelas da unidade coletiva. Segundo Simmel (1983, p. 131), há uma “mistura de correntes convergentes e divergentes no interior de um grupo, isto é, a estrutura pode ser *sui generis*, sua motivação e sua forma inteiramente coerentes consigo mesmas e apenas para conseguirmos descrevê-las e compreendê-las nós as mostramos, *post factum*, em duas tendências, uma monista, outra antagonista. Ou também as duas de fato existem mas somente, por assim dizer, antes de se originar a própria relação, pois na relação mesma elas se fundiram numa unidade orgânica, onde nenhuma delas se faz sentir como seu poder próprio isolado”.

³⁸ SIMMEL, 1983, p. 128.

³⁹ SALES, 2010.

necessários ou dispensáveis, as reações químicas⁴⁰ e psíquicas⁴¹ que geram refletem na forma com que se identificam e se respondem a eles. Ou seja, podem gerar reações violentas, agressivas ou ainda paralisar o indivíduo e despertar sua compaixão, turvando a percepção que o ser humano tem da situação em que está inserido. Na sequência, analisa-se como os conflitos são metabolizados pelo Estado, detentor do monopólio da jurisdição.

3. O PODER JUDICIÁRIO ENQUANTO DEPOSITÁRIO DAS CONFLITIVAS SOCIAIS

Em uma sociedade em que os interesses individuais se sobrepõem ao coletivo, observa-se a perda gradual da capacidade de diálogo e com isso, de manejo direto dos conflitos. Mesmo que não tenham sido totalmente bloqueados os canais dialogais, por vezes, a comunicação que se estabelece segue “padrões de defesa, recuo ou ataque diante de julgamentos e críticas”⁴². Isto é, imputa-se sempre a um terceiro as frustrações ocorridas, desimportando as reais motivações ou fatos que deram origem aos insucessos experimentados.

Todos estes fatores, associados à confusão ideológica entre acesso à justiça e o exercício de direitos, resulta na crença de que é mais fácil atribuir-se a um terceiro a responsabilidade pela tomada de decisões, especialmente as relacionadas às situações conflituosas experimentadas. Fato é que, não importa a natureza do conflito, mesmo que este não seja sequer jurídico, ele acaba por ser levado ao Poder Judiciário.

No Brasil, esta percepção de que todo e qualquer conflito desafia uma decisão por parte do Poder Judiciário pode ser constatada no Relatório Índice de Confiança na Justiça no Brasil (ICJ Brasil) da Fundação Getúlio Vargas referente ao 2º trimestre de 2013 e ao 1º trimestre de 2014. Embora a população entenda o Poder Judiciário como “lento, caro e difícil de utilizar”, a maioria declarou que “certamente” procuraria o Judiciário para resolver suas demandas.

⁴⁰ Por exemplo, sudoreses, taquicardia, ruborização, etc.

⁴¹ Por exemplo, nervosismo, descontrole emocional, hostilidade, etc.

⁴² ROSENBERG, 2006, p. 22.

Nos casos hipotéticos relativos ao direito do consumidor, 91% dos entrevistados disseram que se adquirissem um produto com defeito e o fornecedor não reparasse iriam ao Judiciário para solucionar o conflito. As situações envolvendo o Poder Público aparecem em segundo lugar, com 90% dos entrevistados dizendo que buscariam o Judiciário para solucionar, por exemplo, danos causados a sua residência em decorrência de obras realizadas pelo Estado (como obras de saneamento, asfaltamento, etc.). Em terceiro lugar, ambos com 88% das respostas, estão os conflitos envolvendo direito de família e relações de trabalho. Em seguida, 85% dos entrevistados afirmaram que buscariam o Judiciário para resolver os problemas decorrentes da prestação de serviços por um particular, como médicos, por exemplo.⁴³

Santos⁴⁴ identifica que se experimenta uma “expansão global do judiciário”.

Diante do que o autor chama de *primado do direito*, o poder judiciário, a partir do Século XX, vem assumindo um protagonismo social e político nunca antes visto. As origens deste protagonismo estariam, para Santos, associadas à e derrocada do Estado intervencionista à execução deficiente ou inexistente de políticas públicas. No caso específico da América Latina, Santos explica:

Na maior parte do século XX, nos países latino-americanos, o judiciário não figurou como tema importante da agenda política, cabendo ao juiz a figura inanimada de aplicador da letra da lei emprestada do modelo europeu. A construção do Estado latino-americano ocupou-se mais com o crescimento do executivo e da sua burocracia, procurando converter o judiciário numa parte do aparato burocrático do Estado – um órgão para o poder político controlar – de fato, uma instituição sem poderes para deter a expansão do Estado e seus mecanismos reguladores.⁴⁵

O Poder Judiciário, enquanto prestador de serviços é reconhecido como único legitimado a punir a brutalidade. Pode também impor regras e administrar os conflitos, racionalizar a vingança e buscar meios de prevenir a violência. Não cabe a ele a tarefa de erradicar os conflitos, na medida em que se trata de elementos ínsitos à própria sociedade.

Ao submeterem seus conflitos ao Poder Judiciário, os conflitantes experimentam uma série de satisfações e decepções. As satisfações estão relacionadas ao grau de importância que conseguem atrair para si e para o seu suposto problema, tornando-se assim, do seu ponto de vista, o centro das atenções dos mais diversos operadores do direito (advogados, promotores, juízes). Reforçadas pela crença de que a máquina judiciária dispõe de capacidade de resolução rápida e irrestrita de conflitos, as decepções se originam no

⁴³ FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, 2014, p. 14.

⁴⁴ SANTOS, 2011, p. 21.

⁴⁵ SANTOS, 2011, p. 21.

momento em que as limitações do sistema jurídico passam a ser percebidas pelos conflitantes. Na maioria das vezes, a solução jurídica apontada pode resolver o problema unicamente sob a perspectiva do direito, não resolve a chamada lide subjacente ou sociológica.

Fato é que, ao concentrar o monopólio da jurisdição, mediante a delegação de tarefas ao Poder Judiciário, adota-se o modelo hobbesiano de transferência de direitos e prerrogativas.⁴⁶ Assim, ao mesmo tempo em que o cidadão perde a autonomia com relação ao enfrentamento do conflito, tem garantida a paz, pois a vingança e a violência privada e ilegítima são contidas e/ou detidas.

Ocorre que esta sistemática acaba por transformar os conflitantes em meros espectadores, como explica Spengler:

Da mesma forma que o cidadão de outrora, que esperava pelo Leviatã para que este fizesse a guerra em busca da paz, resolvesse os litígios e trouxesse segurança ao encerrar a luta de todos contra todos, atualmente vemos o tratamento e a regulação dos litígios serem transferidos ao Judiciário, esquecidos de que o conflito é um mecanismo complexo que deriva de uma multiplicidade de fatores, que nem sempre estão definidos na sua regulamentação, portanto, não é só normatividade e decisão.⁴⁷

As sociedades⁴⁸, segundo Freund⁴⁹, estão obrigadas a produzir regras e procedimentos, a ter um aparato judicial para conter os conflitos, regularizá-los e também ritualizá-los, com a finalidade de conjurar seus possíveis efeitos perniciosos, ao invés de percebê-los com lentes de aumento. O conflito, como parte da vida humana, pode ser administrado e pode também produzir e oportunizar mudanças e melhorias em relacionamentos.

⁴⁶ “No mesmo momento em que o Sistema Judiciário (ou estado agonal, com quem Freund) passa a reinar absoluto como único meio de impor regras de tratamento de conflitos, dissimula – e ao mesmo tempo revela – a mesma vingança avistada nos sacrifícios religiosos, diferenciando-se somente pelo fato de que a vingança judicial não será seguida de outra, rompendo assim, a cadeia vingativa” (SPENGLER, 2010, p. 282-283).

⁴⁷ SPENGLER, 2010, p. 284.

⁴⁸ Para fins do presente trabalho, toma-se o conceito de sociedade como “um tipo especial de sistema social que, como todos os sistemas sociais, distinguem-se por suas características culturais, estruturais e demográficas/ecológicas. Especificamente, é um sistema definido por um território geográfico (que poderá ou não coincidir com as fronteiras de nações-estados), dentro do qual uma população compartilhada de uma cultura e estilo de vida comuns, em condições de autonomia, independência e autossuficiência relativas.” (JOHNSON, 1997, p. 213).

⁴⁹ FREUND, 1995, p. 45.

Pela forma tradicional de administração de conflitos, a judicialização do litígio perpassa a produção de um processo formal em que os envolvidos se expressam através de interlocutores permanentes, que são seus advogados.

Trata-se de um ritual carregado de um repertório de palavras, gestos, fórmulas e discursos, de tempos e locais consagrados, destinados a acolher o conflito através do qual, como aponta Spengler⁵⁰, busca-se a verdade em uma história que a lei prevê como delito/ilícito, havendo a garantia de que o acusado/requerido possa se defender da acusação que lhe é feita, cuja temporalidade vem definida como um procedimento ordenado, de modo a propiciar a cada um o seu lugar e a ocorrência de cada coisa em seu tempo. Contudo, o processo judicial não decorre em tempo real, na medida em que tudo nele é recriado.

A questão que surge a partir de tudo o que foi exposto está relacionada à prestação jurisdicional. Poderá ela ir além do modelo hobbesiano? Existe espaço para que ela não se reduza a um monólogo limitado à aplicação da lei no caso concreto? Dentro deste contexto surge a proposta da mediação⁵¹, como via complementar da prestação jurisdicional, no que diz respeito à metabolização dos conflitos.

4 A OPERACIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL:

A partir das diretrizes traçadas pelo Conselho Nacional de Justiça surgiu a Resolução nº 125, que institui a mediação enquanto “Política Judiciária Nacional de Tratamento dos Conflitos de Interesses”. Mencionada Resolução prevê, no âmbito dos Tribunais de Justiça, a criação de um Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC). Trata-se de um órgão deliberativo cujas atribuições são as previstas no artigo 7º da Resolução nº 125

⁵⁰ SPENGLER, 2010.

⁵¹ Ainda em Moore (2014, p. 8): If negotiation are hard to initiate and start, or have begun and reached an impasse, parties may need to use another dispute resolution process that involves assistance from a third party who is not directly involved in the conflict. One common form of third-party assistance is mediation.

do CNJ. Dentre outras, destacam-se a de planejar, de implementar, de manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política de manejo adequado dos conflitos de interesses, bem como promover a capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores atuantes nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCS). Também dispõe a Resolução sobre a instalação juízos especializados, voltados para a conciliação e a mediação de conflitos, nominados de CEJUSCS.

Na primeira quinzena de dezembro de 2014 foi realizada pesquisa, semi estruturada, registrada na Plataforma Brasil sob o nº CAAE: nº 37901214.8.0000.5343⁵² visando revelar o perfil dos mediadores judiciais⁵³ do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Buscou-se também identificar os principais obstáculos e motivações no desempenho das suas atividades funcionais. Serão analisados no presente trabalho parte dos resultados obtidos através da pesquisa mencionada.

O questionário, semiestruturado foi aplicado a todos os servidores do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul que estão na ativa e que fizeram a formação e/ou estão em processo de formação para exercer a função de mediador judicial. Dos 132 entrevistados obtiveram-se 88 respostas, o que corresponde a 64% do total dos servidores que realizaram a formação inicial para atuar como mediadores no âmbito da justiça do Estado do Rio Grande do Sul. A aplicação da pesquisa se deu através da internet, com uso do aplicativo LimeSurvey, face à distância física entre as comarcas em que estão lotados os servidores.

⁵² Pesquisa aprovada pelo Comitê de Ética da UNISC, disponível na Plataforma Brasil sob o título “Reflexos da metabolização dos conflitos a partir da implementação da mediação enquanto política pública no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no tocante aos servidores mediadores, Pesquisador: Josiane Caleffi Estivalet. CAAE: nº 37901214.8.0000.5343, disponível em: <<http://aplicacao.saude.gov.br/plataformabrasil/visao/pesquisador/gerirPesquisa/detalharPesquisa.jsf>>

⁵³ Os servidores mediadores são aqui considerados os funcionários públicos que “exercem a administração da máquina pública”, ou seja, limitam sua atuação às funções administrativas, sendo que se espera deles neutralidade (SCHMIDT, 2006, p. 2322).

Interessante mencionar que a pesquisa foi dividida em cinco blocos. Num primeiro momento foram feitas perguntas objetivas sobre idade, sexo, grau de escolaridade, tempo de pertencimento aos quadros do Poder Judiciário, cargo ocupado, grau de jurisdição de atuação e lotação.

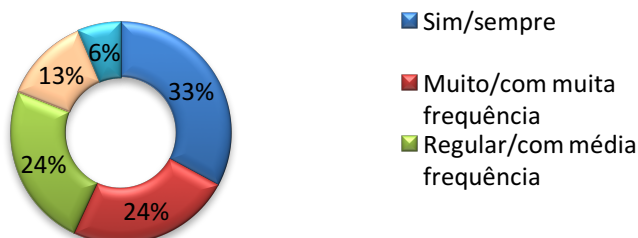
Perguntas de cunho subjetivo formam os blocos seguintes. Os mediadores judiciais foram convidados a responder sobre as suas motivações para fazer a formação, obstáculos enfrentados, apoio recebido dos demais colegas e das respectivas chefias. Também foi oportunizado que manifestassem suas impressões sobre as mudanças proporcionadas pela mediação nas suas vidas profissionais e pessoais.. Reservou-se um espaço para sugestões e comentários espontâneos. Dos 88 respondentes 50 expuseram, de forma direta, suas percepções a cerca da mediação.

Em razão dos limites da presente exposição, opta-se por abordar no presente texto os resultado obtidos a partir das perguntas feitas no último bloco, relativas as mudanças de imagem produzidas pela mediação, com relação ao Poder Judiciário, frente a sociedade, os jurisdicionados e a comunidade jurídica.

A pesquisa apontou que, na ótica de 48% dos mediadores judiciais respondentes, a mediação sempre contribuiu na melhora da imagem do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul perante os mediandos e, para 36%, a contribuição ocorre muito e com muita frequência. Percentuais semelhantes foram obtidos com relação àqueles que não ocupam os polos da relação jurídica, ou seja, que não são partes, mas tem algum tipo de interesse no feito e são, por vezes, convidados a participar das sessões de mediação. Para 47% a resposta foi sim/sempre e para 68% obteve-se o resultado muito/com muita frequência.

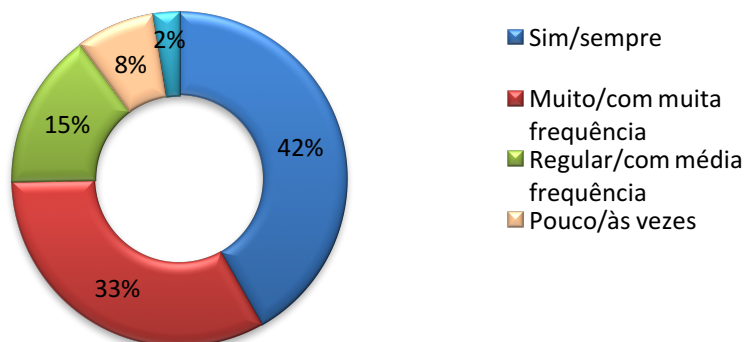
Com relação ao público interno, a ampla maioria dos mediadores judiciais respondentes experimento uma melhora significativa da imagem do poder Judiciário, como pode-se visualizar no gráfico abaixo:

Q34 - Melhora a imagem do Poder Judiciário perante os seus servidores?



Por fim, com relação ao público externo, especialmente comunidade jurídica, operadores do direito, chega-se, na percepção dos mediadores judiciais, a um implemento da ordem de 42% com relação a imagem que estes têm sobre o Poder Judiciário, conforme pode-se visualizar no gráfico que segue:

Q36 - Melhora a imagem do Poder Judiciário perante a comunidade jurídica/ demais operadores do direito



As respostas analisadas permitem perceber que, sob a perspectiva dos servidores mediadores, vem ocorrendo uma mudança de paradigma na metabolização de conflitos, de cunho interno e externo. Interno, pois reserva um novo papel a atores jurídicos que, formalmente, não dispõem do poder de decisão e externo em razão de alcançar o jurisdicionado de uma forma diferenciada. Ou seja, os conflitos são manejados numa perspectiva centrada no ser humano e,

com base na alteridade, cooperação mútua, solidariedade e (re) abertura dos canais dialogais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreender as múltiplas dimensões do conflito e especialmente as consequências das supostas soluções mostra-se fundamental, pois o direito, enquanto reflexo da sociedade, justifica sua existência a partir das formas com que o administra, tendo em vista que a presença deste é uma constante nas relações humanas.

Com relação específica à mediação, enquanto política pública, pode-se dizer que está na fase de implementação, assim, no entender de Spengler, exige que seja observado se há alocação de meios necessários tais como “recursos humanos, treinamento adequado e estrutura por parte da administração pública”⁵⁴. Isto em razão da sua complexidade, do seu escopo de promoção de pacificação social e abandono da cultura do litígio, a mediação não pode ser reduzida a mero mecanismo de contenção da demanda processual.

Por fim, merece destaque o fato de que a mediação não significa privatização do direito, mas retomada do protagonismo dos atores envolvidos no conflito, sob a ótica da complementaridade ao sistema legal, o que não exclui a possibilidade de aplicação da lei, quando necessária.

Conclui-se que não se pode conceber a mediação como a solução de todos os problemas sociais e jurídicos e muito menos como a única alternativa viável dentro da estrutura judicial existente. Isto seria criar uma expectativa demasiadamente grande sobre um instituto. Sabe-se que para ela poder potencializar sua contribuição na metabolização de alguns tipos de conflito, há que se mudar toda uma cultura, há que se ter mais estrutura, há que se contar com investimentos de múltiplas ordens para que possam ser colhidos os frutos inerentes ao instituto. Porém, não se pode excluir o poder de estabilização social da mediação, na medida em que ela tem um caráter pedagógico, capaz de

⁵⁴ SPENGLER, 2014, p. 74.

transmitir ensinamentos e produzir consensos, propagar esclarecimentos e oportunizar a solidificação de laços através de relacionamentos legítimos e transparentes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, T.. **Caixa de ferramentas em mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de política**. 13. ed. Brasília: UnB, 2010.

BOUDON, R.. **Tratado de sociologia**. Rio De Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.169, de 2014**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como o meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=ABB125CA00D0CD86E094CA0ABABF786A.proposicoesWeb2?codteor=1230584&file name=PL+7169/2014>. Acesso em: 24 out. 2014.

CALMON, P.. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CAMPANÁRIO, M. S. N.de A.. **Mediação penal: inserção de meios alternativos de resolução de conflito**. Revista Civitas, v. 13, n. 1, p. 118-135, jan./abr. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (BRASIL). **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucoes-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 24 out. 2013.

DAHRENDORF, R.. **O conflito social moderno**: um ensaio sobre a política da liberdade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

ENTELMAN, R. F. **Teoría de conflictos**: hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa, 2002.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório ICJ Brasil: 2º trimestre de 2013 – 1º trimestre 2014.** São Paulo: FGV, 2014.

FREUND, J.. **Sociología del conflicto.** Madrid: Ministerio de Defensa, 1995.

GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; LAGRATA NETO, C.. **Mediação e gerenciamento de processo: revolução na prestação jurisdicional.** São Paulo: Atlas, 2013.

JOHNSON, A.G. **Dicionário de sociologia: guia prático da linguagem sociológica.** Rio De Janeiro: Zahar, 1997.

LORENZ, K.. **A agressão: uma história natural do mal.** Lisboa: Relógio D'Água, 2001.

MOORE, C. W. **The mediation process: practical strategies for resolving conflict.** 4. ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução n. 2002 de 2012.** Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/blog/author/coordenacaopedagogica/?id=12>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

RODRIGUES, M. M. A.. **Políticas públicas.** São Paulo: Publifolha, 2013.

ROSENBERG, M. B. **Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais.** São Paulo: Agora, 2006.

SALES, L. M. de M.. **Mediares: um guia prático para mediadores.** 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

SANTOS, B. de S.. **Para uma revolução democrática da justiça.** 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 9. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

SANTOS, B. de S.; MENESES, M.P.. **Epistemologias do Sul.** São Paulo: Cortez, 2010.

SICA, L.. **Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa.** 2007 Disponível em:

<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/151/Bases%20para%20modelo%20brasileiro_Sica.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 mar. 2015.

SIMMEL, G.. **Questões fundamentais da sociologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

_____. **Sociologia**. São Paulo: Ática, 1983.

SPENGLER, F. M.. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

_____. **Retalhos de mediação**. Santa Cruz Do Sul: Essere nel mondo, 2014.

WEBER, M.. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: UnB, 1999.

_____. **Economia e sociedade**. 4. ed. Brasília: UnB, 2000.

WUST, C.. **Mediação comunitária e acesso à justiça**: as duas faces da metamorfose social. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

A EXISTÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES A PARTIR DA TEORIA DE PIERRE BOURDIEU

Jéssica Tainá Carrijo Ramos Caiado

RESUMO: Devido a uma intensa globalização fulcrada na supremacia da economia, a verdadeira exploração do homem não se dá mais em âmbito vertical. Segundo Pierre Bourdieu, vivemos hodiernamente num cenário hobbesiano, pautado no domínio da ortodoxia em face da heterodoxia. Diante a esta endêmica conjuntura, a horizontalidade dos direitos fundamentais nas relações privadas faz-se inquestionável. Partindo-se da premissa de que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é algo consolidado, resta o questionamento sobre a forma que se daria a horizontalidade dos supracitados direitos. Debruçando sobre o direito comparado, pode-se perceber que, em modalidades diferentes, essa aplicação vem sendo efetivada. Dois emblemáticos exemplos ilustram a questão. Primeiramente, no caso *Shelley v. Kraemer*, julgado nos Estados Unidos da América, a Suprema Corte daquele país decidiu, em 1948, que evitar a presença de negros em um loteamento na cidade Saint Louis significava ferir a cláusula de igualdade contida na Emenda XIV da Constituição Estadunidense. Esse precedente, embora fundamentado na *state action*, acaba, sim, por pactuar com a irradiação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em segundo lugar, verifica-se nos países europeus que a doutrina e jurisprudência possuem uma aceitação maior da ideia de vínculo dos particulares aos direitos fundamentais. Consagra-se, nessa perspectiva, a aplicabilidade direta defendida por Nipperdey, como se pode verificar no paradigmático julgado do caso *Lüth*. No Brasil, contudo, ao contrário do que ocorre em países como Alemanha, Espanha, Itália, Israel, África do Sul e Portugal, entre outros, a doutrina constitucional ainda não tem dado a devida atenção aos efeitos dos direitos fundamentais para além da relação cidadão-Estado. O recente exemplo dos denominados “rolezinhos” evidencia um latente conflito entre propriedade privada e liberdade individual, bem como a incapacidade do Estado de se manifestar em face dessa celeuma. Em razão disso, faz-se necessário um claro posicionamento da Corte Constitucional, uma vez que somente a hermenêutica constitucional será capaz de criar instrumentos para a solução de conflito entre particulares que envolvam a temática da aplicação dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; relações privadas; corte constitucional.

1 INTRODUÇÃO

No período iluminista, foram construídas as bases do conceito moderno de direitos fundamentais. A centralização do poder político em um governo absolutista, ilimitado, bem como a insatisfação da burguesia com esse panorama, são algumas das características que nortearam a busca por uma nova fundamentação para a legitimidade do poder estatal.

Nesse cenário, destacam-se as teorias contratualistas de Rousseau e Locke. O primeiro autor mencionado desenvolve sua teoria com especial enfoque à soberania popular e à democracia. Segundo Rousseau, para a constituição de um pacto social, os indivíduos alienam toda a sua liberdade ao corpo social, ao qual todos pertencem:

“Esses artigos, quando bem entendidos se reduzem todos a um só: a alienação total de cada sócio, com todos seus direitos, a toda a comunidade; pois, dando-se cada um por inteiro, para todos é igual a condição, e, sendo ela para todos igual, ninguém se interessa em torná-la aos outros onerosa.”⁵⁵

Diferentemente de Rousseau, Locke não acredita que os indivíduos alienam todos os seus direitos à coletividade, motivo pelo qual se preocupa com a proteção de direitos individuais em face do poder estatal. Para o autor, existiriam direitos inatos (como o direito de propriedade), que deveriam ser respeitados, inclusive, pelo Estado. Daniel Sarmiento destaca que, embora a concepção de Rousseau seja de grande relevância em diversos pontos, prevaleceu no ideário liberal a teoria lockeana sobre os direitos humanos.

Assim, o Estado Liberal privilegia a idéia de se salvaguardar as liberdades privadas, por meio do estabelecimento de limites ao poder político. A forma utilizada para a racionalização e instrumentalização do poder político, em meio a esses ideais, foi a consagração de um Estado de Direito, em cujo ápice se encontra a Constituição. Esta deve ser entendida como uma lei escrita superior, à qual se atribuía as funções de garantir os direitos do homem e a separação dos poderes. Confirma-se o artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do

⁵⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 31.

Cidadão, de 1789: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”⁵⁶

Com consequência disso, desenvolve-se na doutrina liberal um duplo sistema de proteção da liberdade humana: nas relações entre Estado e indivíduo dever-se-ia respeito à Constituição, que limitava os poderes dos governantes em prol da liberdade individual; nas relações entre particulares, com base na idéia de autonomia privada, prevaleciam as disposições do Código Civil, tido como a constituição da sociedade civil.

Na lógica do Estado liberal, a separação entre Estado e sociedade traduzia-se em garantia da liberdade individual. O Estado deveria reduzir ao mínimo a sua ação, para que a sociedade pudesse se desenvolver de forma harmoniosa. Entendia-se, então, que sociedade e Estado eram dois universos distintos, regidos por lógicas próprias e incomunicáveis, aos quais corresponderiam, reciprocamente, os domínios do Direito Público e do Direito Privado.⁵⁷

Assim, nesse momento, os direitos fundamentais são construídos como direitos públicos subjetivos oponíveis ao Estado, que passa a ter o dever de não intervenção e de garantia daqueles direitos. No âmbito privado, prevalecia a abstenção da atuação estatal, realçando-se a relevância de institutos como propriedade e contrato, utilizados no intuito de se conferir segurança e previsibilidade às relações de uma burguesia ascendente.

Segundo Norberto Bobbio, o contexto histórico mencionado, bem representado pela Declaração dos Direitos do Homem, na França, e pelas declarações de direitos de algumas colônias norte-americanas (Bill of Rights), foi crucial para que ocorresse uma importante inversão de ponto de vista, da qual nasceu o pensamento político moderno. Se antes os indivíduos eram considerados enquanto membros de um grupo social natural, organizado hierarquicamente, ao menos sob o ponto de vista ideal, surge uma concepção individualista de sociedade e de história.

Nunca será suficientemente sublinhada a importância histórica dessa inversão. Da concepção individualista da sociedade, nasce a democracia moderna (a democracia no sentido moderno da palavra), que deve ser

⁵⁶ Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. [on line] Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 09/09/2009.

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 13.

corretamente definida não como faziam os antigos, isto é, como o “poder do povo”, e sim como o poder dos indivíduos tomados uma a uma, de todos os indivíduos que compõem uma sociedade regida por algumas regras essenciais, entre as quais [...] o direito de participar livremente na tomada das decisões coletivas, ou seja, das decisões que obrigam toda a coletividade.⁵⁸

Contudo, os avanços advindos dos direitos liberais não foram suficientes para a superação de graves distorções sociais. Contrariamente, o modelo industrial, radicado no *laissez faire*, *laissez passer*, acentuou a exploração do homem pelo homem, em latente negação aos valores humanitários exaltados no Iluminismo.

Destarte, surgem diversas críticas ao individualismo extremado do liberalismo econômico, podendo-se destacar a insurgência do marxismo, do socialismo utópico e da doutrina social da Igreja. No final da primeira metade do século XX, quase um terço da população mundial passa a viver sob regimes fundados na apropriação coletiva dos meios de produção, demonstrando a ruptura com o modelo até então hegemônico.

Todavia, embora os exemplos acima dispostos sejam de grande relevância para a compreensão do momento histórico, o grande marco da superação do modelo liberal foi o colapso da Bolsa de Nova Iorque. A situação econômica e social do período entre as duas grandes guerras, instaurada com a grande depressão, evidenciou a necessidade de o poder público mudar de postura em relação aos rumos da economia, saindo de um modelo abstencionista a um papel mais ativo, intervencionista.

[...] não se deve julgar seu impacto apenas, ou mesmo principalmente, por seus efeitos políticos de curto prazo, por mais impressionantes que muitas vezes tenham sido. Trata-se de uma catástrofe que destruiu toda a esperança de restaurar a economia, e a sociedade, do longo século XIX. O período de 1929-33 foi um abismo a partir do qual o retorno a 1913 tornou-se não apenas impossível, como impensável.⁵⁹

Em razão desse contexto, passa-se de um Estado Liberal para um Estado Social, que não mais se fundamenta, somente, na garantia da liberdade individual, tendo a partir de então o objetivo de proporcionar bem-estar ao seu cidadão. Nesse sentido, por exemplo, diversas normas de ordem pública são editadas no Direito Privado, em prol dos interesses da coletividade; o Direito do

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 129.

⁵⁹ HOBBSBAWN, Eric. Era dos Extremos: o breve século xx: 1914-1991. Tradução: Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

Trabalho desmembra-se do Direito Civil, visando à proteção do trabalhador em face do empregador.

Nessa mudança de paradigma, um especial realce deve ser dado ao fenômeno de positivação de uma série de direitos econômicos e sociais. Com isso, fala-se em uma segunda geração/dimensão de direitos fundamentais, não mais ligados a uma postura abstencionista do Estado, como no liberalismo. Impõe-se ao poder estatal o cumprimento de prestações positivas, no intento de se promover efetivamente igualdade entre os indivíduos.

A tradicional dicotomia entre Direito Público e Privado passa a ser relativizada, verificando-se uma crescente publicização daquele campo em que preponderava uma extremada liberdade individual. Em meio ao panorama de redefinição de limites entre público e privado, inclusive, desenvolve-se a temática da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que antes se restringia às relações entre Estado e indivíduo.

Diante da brutal desigualdade material que se verifica na sociedade, torna-se imperativo condicionar os atores privados – sobretudo os investidos de maior poder social – ao respeito dos direitos fundamentais. A ficção da igualdade jurídica entre os indivíduos, num contexto de gritantes desigualdades sociais, não se presta mais para justificar a imunidade dos particulares aos direitos fundamentais.⁶⁰

No Estado Social, como se percebe nas características acima pontuadas, os direitos fundamentais deixam de ser visualizados somente em uma perspectiva subjetiva, revelando-se um outro prisma que deve ser considerado: a dimensão objetiva de tais direitos. Assim, além de um viés subjetivo-abstencionista, os direitos fundamentais devem ser vislumbrados coletivamente, por condensarem os valores mais relevantes a uma determinada comunidade política.

Em uma dimensão objetiva, portanto, os direitos fundamentais deixam de ser meros limites ao Estado, passando a ser norte para a atuação daquele e de toda a sociedade (inclusive relações privadas). A perspectiva objetiva, que se funda na visualização da relevância coletiva dos direitos, não representa uma mudança de foco, passando-se a consagrar interesses coletivos em detrimento de interesses individuais. Contrariamente, a prefalada dimensão deve ser entendida como tentativa de realização efetiva da dignidade da pessoa humana:

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 25.

Reconhece a doutrina contemporânea a existência de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, porque estes constituem, simultaneamente, fonte de direitos subjetivos que podem ser reclamados em juízo e as bases fundamentais da ordem jurídica, que se expandem para todo o direito positivo. Abrem-se, dessa feita, novos caminhos e potencialidades para a proteção e promoção dos ideais humanitários que alicerçam os direitos fundamentais, os quais serão enriquecidos com o reconhecimento de sua dimensão objetiva.⁶¹

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais passam a ser vislumbrados sob uma nova ótica, atuando, inclusive, nas relações entre particulares.

Essa atuação pactua com a teoria de Pierre Bourdieu, à medida que direitos fundamentais aplicados nas relações privadas revelam-se como uma forma de controle da imposição da ortodoxia em face da heterodoxia.

Diante de tal conjuntura, irrompem quatro significativas formas de estruturar a produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações que extrapolam a díade indivíduo-Estado. Nascem, portanto, as principais balizas hermenêuticas constitucionais para a temática, a saber: aplicabilidade direta consagrada com Nipperdey, aplicabilidade indireta respaldada no Tribunal Constitucional Alemão, *state action* fundamentada na economia liberal Estadunidense e a teoria de Schwabe ratificada também por Murswiek.

2 DESENVOLVIMENTO DO ARTIGO

No tocante, a forma de utilização direta dos direitos fundamentais fundamentada por Nipperdey, Virgílio Afonso da Silva assevera que:

Nipperdey foi o autor que pioneiramente, e com maior ênfase, defendeu a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Segundo ele, os direitos fundamentais têm efeitos absolutos e, nesse sentido, não carecem de mediação legislativa para serem aplicados a essas relações. Mas, mais do que isso, esse efeito absoluto dos direitos fundamentais faz com que sejam também desnecessárias “artimanhas interpretativas” para aplica-los em relações que não incluam o Estado como ator.⁶²

Virgílio Afonso da Silva ao dispor que a mediação legislativa não seria necessária para que direitos fundamentais pautassem relações entre particulares coaduna a grande diferença entre o modelo de aplicabilidade direta e o modelo de efeitos indiretos. Para o supramencionado autor alemão devido ao fato de que

⁶¹ Ibidem. p. 107.

⁶² DA SILVA, Virgílio Afonso, *Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, pag. 87.

todo o ordenamento jurídico dever-se-ia pautar na constituição, falar em porta de entrada ou qualquer outro artefato para “filtrar” os direitos fundamentais para as relações privadas seria um verdadeiro ultraje ao ordenamento constitucional.

Nipperdey salienta, ademais, que os valores consagrados pela constituição, especialmente em seu catálogo de direitos fundamentais, ao contrário do que sustentavam Durig e a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, não necessitam de nenhuma “porta de entrada”- as chamadas cláusulas gerais- para se “irradiar” no direito civil. Nas palavras do próprio Nipperdey: “ Na verdade, o ordenamento jurídico é uma unidade, todo o direito somente é valido com base na constituição e dentro dos limites por ela impostos. Também o direito civil, sobretudo o código civil, somente é válido [...] desde que não contrarie a constituição. Para a validade dos direitos fundamentais como normas objetivas aplicáveis ao direito privado não é necessária nenhuma “mediação”, nenhum “ponto de rompimento”, que seriam na opinião de Durig, as cláusulas gerais .⁶³

Nessa senda, para Nipperdey e também para outros defensores do modelo de aplicabilidade direta, o chamado ponto de infiltração proposto por Durig e seus seguidores não dialogava com os direitos fundamentais positivados na Constituição. Os direitos fundamentais dever-se-iam ser aplicados diretamente as relações entre particulares, posto que eram suficientes. Todavia, faz-se imperioso o esclarecimento no que tange a complexidade do roll de direitos fundamentais. O modelo de aplicabilidade direta não sugere que todo direito fundamental seja necessariamente aplicado, há de se fazer uma verificação de tal aplicabilidade. Cada caso deve ser individualizado. O que o modelo em comento propõe é que caso a relação privada demandada seja passível de interferência de algum direito fundamental, esse direito deve ser aplicado de forma direta, não necessitando, pois de qualquer norma infralegal para sua aplicação.

O caso que maior influência teve na teoria da aplicabilidade direta foi a decisão sobre a igualdade de salários entre homens e mulheres, proferida em 1957 pelo Tribunal Federal do Trabalho, na Alemanha, cujo presidente era exatamente Nipperdey. A Constituição alemã- ao contrário do que ocorre com a Constiuição brasileira, com seu art. 7º, XXX- não contém nenhum dispositivo que regule a igualdade de salários entre homens e mulheres. Não que a igualdade entre ambos não seja garantida por aquela Constituição. Mas o dispositivo que garante essa igualdade o faz na melhor tradição liberal da “ igualdade perante a lei” (art.3º, I). Outros dispositivos, ainda que mais específicos, como o art. 3º, II, que prevê que homens e mulheres são iguais em direitos, e o art.3º, III, que veda a discriminação, entre outros, baseada no gênero, tendiam a ser interpretados na mesma tradição e nos moldes já mencionados acima, de acordo com os quais tais direitos se destinam a proteger os cidadãos contra o Estado- em suma, que os atos estatais, espacialmente

⁶³ Ibidem, pag. 90.

a legislação não podem, sem fundamento, tratar homens e mulheres de forma desigual⁶⁴

Desta feita, o caso aludido por mais que hodiernamente pareça não tão simbólico e questionável, não deve se esquecer, contudo, que fora a discussão sobre os direitos fundamentais nas relações entre particulares que sedimentou a questão e que revestida por outras vestes pode vir a se tornar novamente emblemática. Destarte, é sabido que várias empresas multinacionais possuem práticas diferentes no tocante aos salários pagos, nesse sentir, muitas empresas alemãs, holandesas, suecas, entre outras onde os custos dos salários são altos transferem seus empregados para outros países europeus, nos quais os custos trabalhistas são menores, especialmente para novos países-membros da União Européia. Seria possível falar sobre direitos fundamentais nas relações entre particulares, onde um empregado alemão ganha mais do que outro que está na Rússia?

Como já fora aventado, por Virgílio Afonso da Silva, o tema em comento fora poucas vezes tratado pelo nosso Supremo Tribunal Federal, e quando fora nossos juristas não se dedicaram a desenvolver uma tese a respeito da problemática. No tocante ao questionamento acima, temos a decisão do Recurso Extraordinário nº 161.243, o qual versa sobre o direito fundamental à igualdade. O caso versa sobre um funcionário brasileiro da Air France, o qual não recebia benefícios, que o plano de carreira da empresa previa, posto que o plano diferenciava do plano colocado para os funcionários franceses. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a demanda em tela deveria observar o princípio da igualdade, não sofrer esse qualquer relativização.

Um outro caso sobre a temática fora o Recurso Extraordinário 158.215, cujo ministro relator fora Marco Aurélio de Mello, Virgílio assevera que:

No RE 158.215, o Supremo Tribunal Federal se deparou com o seguinte caso: a Cooperativa Mista São Luiz, do Rio Grande do Sul, havia expulsado alguns de seus associados sem observar as regras estatutárias relativas a tal procedimento e, sobretudo, sem ter a eles garantido o direito a defesa previsto estatutariamente. A Cooperativa alegou que a expulsão sumária decorria de um desafio nesse sentido, feito pelos próprios associados expulsos, na imprensa local. O que à primeira vista, parece ser um caso corriqueiro de desrespeito a normas estatutárias de uma pessoa jurídica de direito privado e que, nesse

⁶⁴ Ibidem, pag. 93.

sentido, poderia ter sido resolvido no âmbito do direito civil, foi encarado, pelos recorrentes no recurso extraordinário e também pelo Ministro relator, Marco Aurélio de Mello, como uma violação a um direito fundamental. Segundo o ministro, “a garantia da ampla defesa está insculpida em preceito de ordem pública”, razão pela qual não pode ser desobedecida em nenhum âmbito. A aplicação direta do direito à ampla defesa no caso em questão conferiu um direito subjetivo aos associados expulsos da cooperativa a serem a ela reintegrados e serem julgados mais uma vez, respeitando-se, então, esse direito fundamental.⁶⁵

Como fora há pouco colocado, Dürig dispunha sobre o modelo indireto da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Para o referido doutrinador, as cláusulas gerais constituir-se-iam como meio dos direitos fundamentais se infiltrarem no direitos privados e a partir daí seriam capazes de produzirem efeitos. Sendo assim, não haveria aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas.

Dürig acreditava que se o modelo de aplicabilidade dos direitos fundamentais se desse dessa forma, o direito privado manter-se-ia independente, ficando assim protegido contra a “dominação” por parte de dispositivos constitucionais aplicados de forma direta.

Embora, o modelo de efeitos indiretos seja o mais aceito no que tange a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares, sendo assim adotado por países como Alemanha, Suíça, Holanda, Grã-Bretanha entre outros não pode se ignorar o modelo da aplicabilidade direta, posto que cada caso traz consigo peculiaridades e idiosincrasias que acabam por escolher qual modelo seguir.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Direitos fundamentais, por serem mandamentos de otimização, tendem a irradiar efeitos por toda a ordem jurídica-esse é o aspecto principal da constitucionalização do direito-mesmo que se entenda-como aqui se pressupõe-que a constituição não é a lei fundamental de toda a atividade social. Mas esses efeitos, ao contrário do que ocorre no âmbito das relações entre Estado e indivíduos, não são e nem podem ser sempre diretos ou sempre indiretos.

⁶⁵ Ibidem, pag.

Necessário se faz o desenvolvimento de um modelo diferenciado que, a despeito da abstração inerente a qualquer modelo, seja apto a aceitar as diferenciações que a produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares exige.⁶⁶

Embora seja a praxe de todo trabalho acadêmico tentar nas considerações finais, de modo ingênuo, solucionar todos os conflitos existentes no judiciário, o presente artigo visa trazer a lume a problemática dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Como fora aventado, a temática é bastante peculiar a traçar uma estrutura seria engessar a complexidades das demandas sob essa temática que chegam ao judiciário.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, P. **Questões de sociologia**. Lisboa: Fim de Século, 2003.

_____; **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

_____; **O que falar quer dizer**. Portugal: Difel 82 – Difusão Editorial S. A., 1998.

_____; **A Economia das Trocas Simbólicas**. São Paulo: Perspectiva, 1987, nº p. 361.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER JR., F. **Ações Constitucionais**. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

FERNANDES, B. G. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SARMENTO, D. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SILVA, J. A. **A aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁶⁶ DA SILVA, Virgílio Afonso, *Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, pag. 175.

SILVA, V. A. **A Constitucionalização do Direito**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011

SANTILLI, J. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo, Petrópolis, 2005.

SANTOS, B. S. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, nº 79, novembro 2007, pp. 71-94.

_____; **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. Porto: Edições Afrontamento, 2006.

SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SILVA, J. A. **Comentário contextual à Constituição**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

TATE, C. N. e VALLINDER, T. **The global expansion of judicial power**. New York, New York University Press, 1995.

TOURAINÉ, A. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

_____; **Crítica da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1998.

VEIGA, J. E. **Sustentabilidade**: a legitimação de um novo valor. São Paulo: Editora Senac, 2010.

VIANA, V. M. Envolvimento sustentável e conservação das florestas brasileiras. **Ambiente e Sociedade** – ano II – nº 5 – 2º semestre de 1999.

WEBER, M. **Economia e Sociedade**. Vol. 2. Brasília: Editora da Universidade de Brasília. 1999.

_____; **Metodologia das Ciências Sociais**. Tradução de Augustin Wenet, 2ª ed.. São Paulo: Cortez; Campinas: Editora da Universidade Estadual de Campinas, Parte 1, 1993.

ZAGREBELELSKY, G. **El derecho dúctil**. Madri: Editorial Trota, 2007.

KAFKA, F. **Metamorfose**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO ÂMBITO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Luciana Oliveira de Campos⁶⁷

RESUMO: A maioria das Agências Reguladoras Independentes Federais adota procedimentos com participação popular. Porém a doutrina, de modo geral, identifica uma carência de participação popular efetiva. Com base no estudo de caso, constatou-se que entre 2008 e 2014 a média de audiências públicas promovidas pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL foi de 91,85 audiências por ano, número superior aos levantados por Cláudio Mastrangelo no período compreendido entre 1998 e 2004. Constatou-se, ainda, que na Audiência Pública analisada 023/2014 o número de contribuições também é superior ao identificado por Cláudio Mastrangelo quando analisou a Audiência Pública 023/2002. Além disso, identificamos a participação de outras entidades e não apenas os geradores e distribuidores de energia, em especial de alguns Conselhos de Consumidores. Não obstante aparente ampliação da participação popular, com o aumento de realização de audiências públicas e do envio de contribuições por parte de Conselhos de Consumidores e até mesmo a presença do PROCON, do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público Federal na reunião presencial. De fato, não se pode dizer que temos uma participação popular efetiva e equilibrada, seja por falta de informação, ou de conscientização, ou até mesmo por serem os conteúdos tratados iminentemente técnicos de difícil compreensão popular. Neste sentido é de depreender-se que precisamos evoluir em direção a participação popular efetiva e equilibrada, para assegurar maior legitimidade às decisões e a consagração do princípio democrático.

PALAVRAS-CHAVE: agências reguladoras; participação popular.

1 INTRODUÇÃO

Em linhas gerais, a partir da constitucionalização do direito administrativo, os atos da Administração Pública devem estar alicerçados na Constituição Federal, com especial observância aos direitos fundamentais e ao sistema democrático, que segundo Gustavo Binbenbim são “fundamentos de legitimidade

⁶⁷ Mestranda em Direito pela Unilasalle. luciana47853@gmail.com.

e elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito.” (BINENBOJM, 2014, p. 30).

A Administração Pública, frente a uma sociedade complexa pluriclasse (MOREIRA NETO, 2007, p. 51), precisa incluir os cidadãos nos processos decisórios, o que entre inúmeros benefícios, merece destaque o fato de que a participação popular ativa agrega legitimidade aos atos administrativos.

A partir da reforma do Estado, a Administração Pública deixa de ser centralizada e o Estado deixa de ser um prestador de serviços e um agente econômico passando para a condição de Estado Regulador. Isso se dá nos anos noventa com a criação das Agências Reguladoras que assumem papéis de grande relevância para o desenvolvimento econômico e social.

Essas entidades independentes que regulam diversas atividades econômicas e prestação de serviços públicos têm, de modo geral, o poder de editar normas, fiscalizar e aplicar sanções quando cabível.

Dentre algumas questões relevantes que atualmente se discute, especialmente sobre os atos normativos das agências de regulação, está a participação popular como elemento de fundamental importância com vista a legitimar seus processos e decisões.

Neste trabalho se pretende analisar a participação popular no âmbito das Agências Reguladoras Independentes no Brasil, sob a ótica do princípio democrático. Essa análise será realizada em três partes: (i) a participação popular como elemento de democratização da Administração Pública, (ii) a participação popular nas Agências Reguladoras Federais e (iii) estudo de caso (Audiência Pública 023/2014 promovida pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL) por meio da qual se buscou aferir a participação de consumidores ou instituições que os represente em audiência pública, cujo tema está relacionado diretamente aos reajustes de tarifa.

2 A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO ELEMENTO DE DEMOCRATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme previsto expressamente na Constituição Federal, os brasileiros vivem sob a égide de um Estado Democrático de Direito, onde “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.” (Brasil, Constituição Federal, 1988, art. 1º).

O princípio democrático assim reconhecido não se esgota no exercício do sufrágio universal, com a eleição, pelo povo, dos seus representantes, ou seja, a democracia na sua forma representativa. É fundamental ter presente que o poder que emana do povo⁶⁸ também deve ser exercido diretamente, isto é, por meio da democracia participativa.

Para José Joaquim Canotilho (2003, p. 100) o princípio da soberania popular concretizado, segundo procedimentos juridicamente regulados, serve de “charneira” entre o “Estado de Direito” e o “Estado Democrático.” E mais, “o Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de Direito Democrático” (CANOTILHO, 2003, p. 93).

O Estado Democrático de Direito não comporta o exame do direito administrativo exclusivamente pela legalidade. Há muito já se consagraram os princípios do direito administrativo, tais como: impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como a razoabilidade e proporcionalidade, entre outros. Além disso, no Estado Democrático de Direito, percebe-se a necessidade de maior legitimidade.

Diogo Moreira Neto (2007, p. 83) fala da existência de relação direta entre democracia e legitimidade. O autor ressalta que a legalidade é o limite estabelecido pela lei, instituído em nosso ordenamento jurídico com o Estado de Direito. Já no Estado Democrático, de formação pluriclasse, o limite imposto é o

⁶⁸ Diogo Moreira Neto, ao discorrer sobre o Estado pluriclasse, destaca que “No quadro do Estado pluriclasse, distintamente, a sociedade civil desenvolve efetivas funções políticas para realmente ocupar o papel que “teoricamente” lhe cabia como “povo” e, na mesma linha, amplia-se o conceito jurídico do “povo” para vir a corresponder, ao máximo possível, ao conceito de sociedade”. (MOREIRA NETO, 2007, p. 104).

da legitimidade, “dependente do consenso sócio-político.” (MOREIRA NETO, 2007, p. 40).

A Administração Pública, sob a égide do princípio democrático, precisa rever seus antigos hábitos e conceitos. O caminho para a democratização passa inegavelmente pela discussão sobre legitimidade e a efetiva participação popular na construção das soluções e tomada de decisões.

Para Diogo Moreira Neto (2007, p. 22) se busca a transformação da Administração Pública com a aproximação do cidadão das discussões e, sempre que viável, das decisões cujos reflexos guardem relação com seus interesses. O autor defende que tendo como objetivo a legitimação dos atos administrativos e melhor aceitação e cumprimento pelos indivíduos, seja promovido o aumento cauteloso e “paulatino” da participação do cidadão.

Nesta mesma linha, Leonel Ohlweiler destaca que a Administração Pública “deixa de ser uma instância meramente burocrática do Estado para constituir-se em uma instância simbólica da realização da democracia, privilegiando os espaços sociais e buscando instituir um processo de inclusão.” (OHLWEILER, 1999, p.42).

Cláudio Mastrangelo (2005, p. 107) por sua vez, ao discorrer sobre a administração pública, aborda a importância e vantagem da consensualidade nas decisões administrativas em relação à imperatividade, incrementando a transparência e a moralidade, assegurando maior estabilidade.

Essa inclusão da sociedade nos processos de decisão, muito embora ante os interesses muitas vezes conflitantes e a ausência de consenso, a simples participação do indivíduo faz com que a Administração Pública conheça as diferentes opiniões dos diferentes grupos sociais, e ainda, traga à sua decisão uma maior adesão, mesmo daqueles que não a aprovelem por completo.

Como ensina José Joaquim Canotilho (2003, p. 288), “o princípio democrático implica democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia”. Já do ponto de vista filosófico Jürgen Habermas (1997, pp. 163-164a), com base na teoria do discurso, defende a democracia deliberativa, cuja implementação depende de adequada comunicação e da constituição de processos que

viabilizem discursos racionais entre cidadãos livres e iguais⁶⁹. A democracia deliberativa é um modelo ideal pelo qual se mobiliza a cidadania entorpecida em torno das possibilidades discursivas sobre os problemas postos na sociedade.

O fato é que o Estado, instado a ordenar as relações econômicas e promover o bem estar social, premido pelos altos custos e pela ineficiência burocrática, é levado a buscar novas formas de gestão, momento em que dá início a descentralização (CUNHA, 2007, p. 69).

No Brasil, a necessidade de alcançar maior eficiência e atrair investimentos estrangeiros capazes de promover o desenvolvimento econômico, bem como a prestação de serviços públicos de forma universal, levou a adoção do modelo de Agências Reguladoras Independentes.

A reforma do Estado, como muito bem destaca Gustavo Binenbojm teve como objetivo atender à exigência do mercado que, para investir em atividades econômicas relevantes para o desenvolvimento do País e na prestação de serviços públicos, buscava mitigar os riscos do processo eleitoral que poderiam acabar numa possível mudança de direção e, com isso, impor expropriações ou rompimento de contratos. “Daí a ideia de *blindagem institucional* de um modelo, que resistisse até uma vitória de esquerda em eleição futura.” (BINENBOJM, 2014, p. 287). Assim, as Agências nascem com vista a assegurar maior estabilidade nas atividades econômicas, aumentando o grau de confiabilidade no mercado e, assim, atrair investidores para os setores chave da economia, bem

⁶⁹ “É preciso, no entanto, empreender uma mudança de perspectivas, a fim de que os civis possam aplicar por si mesmos o princípio do discurso. (...) Após essa mudança de perspectivas, nós não podemos mais fundamentar iguais direitos de comunicação e de participação a partir de nossa visão. Ora, são os próprios civis que refletem e decidem – no papel de um legislador constitucional – como devem ser os direitos que conferem ao princípio do discurso a figura jurídica de um princípio da democracia. De acordo com o princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais. Os direitos políticos procurados têm que garantir, por isso, a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo a que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis.” (HABERMAS, 1997, pp. 163-164a).

como na área de prestação de serviço, o qual precisava ser prestado de forma mais eficiente e universal⁷⁰.

Como já foi dito anteriormente o Estado passou da condição de Estado provedor, para Estado Regulador, deixando de atuar como agente econômico e prestador de serviços públicos (CUNHA, 2007, p. 71).

Diogo Moreira Neto, ao abordar essa fase de transformação da Administração Pública do Brasil, a qual denomina de transformação do poder público, diz que a administração, até então centralizada no Estado, assume uma nova condição que se dá tanto com a “desestatização – a administração fora do Estado”, bem como com a “desagregação – a descentralização da administração pública dentro do Estado.” (MOREIRA NETO, 2007, p. 105).

As Agências Reguladoras Independentes assumem, assim, papel de grande relevância no cenário nacional, tanto no que diz respeito ao desenvolvimento econômico, como na promoção do bem estar social.

Frente a esse cenário, onde o Estado assume a função de regulador, mais importante ainda se faz a participação popular ativa como forma de fazer com que o cidadão participe efetivamente dos processos decisórios relevantes, especialmente no que tange às atividades das Agências Reguladoras Independentes sobre as quais paira um “*déficit* de legitimação democrática” decorrente o fato de seus dirigentes não serem eleitos e “não sujeitos aos

⁷⁰ “Fernando Herren Aguillar aborda a problemática da autonomia e independência das Agências em relação ao “poder constituído”, o que segundo o autor os que defendem essa autonomia o fazem sob a argumentação de que na regulação de atividades econômicas, a técnica econômica deve ser a base das decisões e assim, deve estar desvinculado da política. Sobre os que defendem a absoluta independência o autor cita trecho do relatório do Banco Mundial sobre o setor elétrico: “Uma exigência para qualquer empréstimo no setor elétrico será um movimento explícito do país rumo ao estabelecimento de um quadro jurídico e processos regulatórios satisfatórios para o Banco. Para este fim, em conjunção com outras iniciativas de âmbito econômico, o Banco exigirá dos países que estabeleçam processos regulatórios transparentes que sejam claramente independentes dos fornecedores de energia e que evitem interferência governamental nas operações cotidianas da companhia (pouco importando se a empresa é privada ou pública)”.

O papel dual do governo como operador e titular de serviços públicos conduziu o governo a intervenções frequentes nas operações do setor elétrico. Há, portanto, necessariamente de se definir alguma forma de corpo regulatório como parte de um esforço governamental para redefinir os papéis respectivos do governo, concessionário e consumidores. Isso implica em uma mudança do tipo monolítico de gestão governamental, em direção a sistemas mais descentralizados e baseados no (WORLD BANK, 1993 apud AGUILLAR, 1999, p. 233-234).

mecanismos tradicionais de aferição de responsabilidades.” (BINENBOJM, 2014, p. 310).

3 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS PROCEDIMENTOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

No Brasil, como já mencionado, as Agências Reguladoras Independentes são fruto de um processo de reforma do Estado que teve início nos anos noventa. Para Gustavo Binenbojm (2014, p. 332), neste momento ocorre uma “ruptura com a organização piramidal do Poder Executivo”, passando a existir uma “configuração policêntrica”. Essas entidades, instituídas por lei, dotadas de autonomia reforçada (BINENBOJM, 2014, p. 276), possuem atribuições diversas e desempenham funções de grande relevância para o País, seja na regulação propriamente dita com a edição de atos normativos, bem como na fiscalização, controle, arbitramento de conflitos de interesses e aplicação de sanções sobre os agentes regulados.

As Agências brasileiras atuam especialmente em três campos de regulação, os quais, segundo Alexandre Aragão (2003, p. 27), podem ser identificados como: “regulação dos monopólios”, “regulação para a competição” e “regulação dos serviços públicos”.

No caso da regulação de monopólios, as Agências têm como função principal regular a competição em situações em que esta não é viável ou se mostra limitada, de modo a preservar a “economia popular” (ARAGÃO, 2013, p. 27), regulando especialmente os preços a serem praticados, bem como a qualidade dos produtos e serviços disponibilizados. Já no que diz respeito à regulação da competição, a função é garantir a liberdade de livre concorrência entre os integrantes do setor privado e, ainda, em se tratando de atividade econômica que guarde relação com o interesse público, o seu direcionamento deve ser neste sentido. Por fim, no que tange a regulação dos serviços públicos, as Agências devem atuar com vista a obter a universalização dos serviços, assegurando a qualidade e custos adequados.

O Estado conta com a atividade das Agências Reguladoras Independentes para promover alguns de seus objetivos constitucionalmente assegurados, dentre eles, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a promoção do bem de todos. É indiscutível a importância do papel desempenhado pelas Agências Reguladoras Independentes no Brasil, cujos atos podem e devem atuar na promoção e na proteção de medidas que visem ao desenvolvimento social e econômico.

Especialmente no que tange aos serviços públicos, sempre com enormes reflexos sobre o bem estar social e sobre a própria efetividade dos direitos a regulação é um mecanismo voltado à promoção do “acesso e uso dos serviços públicos fundamentais, ao feitiço da democracia com igualdade de oportunidades e apta à formação de homens dignos e livres”. (MASTRANGELO, 2005, p. 47).

A atividade normativa desenvolvida no ambiente regulado é muito complexa⁷¹, demandando, por vezes, não apenas o domínio de conhecimentos jurídicos, mas, também, o domínio aprofundado de questões de eminente conteúdo técnico. Neste contexto são, portanto, bastante comuns conflitos cujo deslinde reclama ponderação interdisciplinar⁷².

Neste ambiente, comumente chamado de ambiente regulado, é de suma importância a participação popular através de audiências e ou consultas públicas⁷³, bem como o controle do Poder Judiciário, eis que, inexoravelmente, as disposições normativas das Agências, que compreendem amplo espectro regulatório, impactam não só as concessionárias, permissionárias e

⁷¹ Para Cláudio Mastrangelo “A complexidade da atividade regulatória somente se aperfeiçoará com a atenção aos consumidores, máxime se considerada sua natural vulnerabilidade (art. 4º, I da Lei nº 8.078/90)” (MASTRANGELO, 2005, p. 86).

⁷² Boaventura de Souza Santos, para além de um conceito indispensável de interdisciplinaridade, traz um conceito de interculturalidade, demonstrando a importância de as pesquisas sociais levarem em consideração diversos campos do saber, bem como as diversas culturas presentes nas sociedades analisadas. (SANTOS, 2009. pp. 141-144).

⁷³ Maria Rolim e Carolina Melo descrevem de forma sucinta, porém bastante elucidativa sobre as diferenças ente audiência pública e consulta pública: “Tal como na consulta, o fundamento da audiência pública radica em resguardar o interesse público subjacente. Diferenciam-se porém, os institutos. Enquanto na consulta, a opinião pública se expressa através de peças formais, escritas, que serão juntadas no processo administrativo, já na audiência pública, as manifestações se realizam por meio de debates orais, em sessão previamente designada para tal fim. (2012, p. 120).

autorizatórias, mas, antes e acima de tudo, a própria coletividade dos destinatários de serviços essenciais.

Com relação à participação popular, especificamente nos procedimentos das Agências Reguladoras Independentes Federais, é preciso antes de tudo registrar que não existe um procedimento a ser observado igualmente por todas as reguladoras. Cada uma delas foi criada por lei própria, na forma de autarquia de regime especial (BINENBOJM, 2014, p. 269), e possuem procedimentos que lhes são peculiares. Não obstante, isso se constata que a maioria delas prevê em seus procedimentos a participação do cidadão⁷⁴, seja através de consultas públicas ou por audiências públicas.

A importância da participação popular para o Gestor Público, de modo geral, e em especial, para as Agências Reguladoras Independentes, está na legitimação de suas decisões, no maior comprometimento e melhor aceitação por parte dos grupos sociais envolvidos.

Por meio do processo consultivo é possível realizar uma troca de informações, e o Estado, representado pela agência reguladora independente, pode aferir os anseios e necessidades coletivas e até mesmo eleger prioridades. Para isso, é fundamental que a participação seja efetiva e que o órgão regulador disponibilize todas as informações existentes e úteis à apreciação pública, devendo atentar para a necessidade de utilização de linguagem que permita ao cidadão comum compreender aquilo que está sendo proposto e ainda, que incentive a participação.

Jünger Habermas (1997, p. 106b) faz um alerta quanto à possibilidade de uso da linguagem pela tecnocracia no sentido de enfraquecer a autonomia da esfera pública, ante a falta do saber especializado da sociedade civil e de

⁷⁴ No Brasil, no contexto de formação do arcabouço institucional regulatório, das dez agências criadas, nove têm previsão de realização de procedimentos participativos – a maior parte dos casos, audiências públicas a serem realizadas previamente ao proferimento de suas decisões, sendo cinco de forma obrigatória, entre as quais se inclui a Agência Nacional de Energia Elétrica” (ROLIM, MELO, 2012. pp. .155-156).

traduções adequadas. A autolimitação do cidadão não pode afetar a sua autonomia⁷⁵.

Neste viés, Maria João Rolim e Carolina Queiroz Mello (2012, p. 156) ao dissertarem sobre a participação popular nos processos decisórios afetos ao setor elétrico enfatizam a necessidade de que a participação seja efetiva e da importância da divulgação, visto tratar-se de requisito de validade das decisões⁷⁶.

Para que tenhamos uma participação popular efetiva, e com isso a consagração do princípio democrático, é preciso que o Estado, por si mesmo, ou através das Agências, vá além da instituição de consultas e audiências públicas obrigatórias, é necessário que faça a divulgação em regra por sites oficiais, bem como, busque de diversas formas instigar o cidadão à participação. É no espaço público que deve se formar a “conscientização participativa da cidadania” constituindo-se na “primeira das estradas por onde, nos distritos de sua autonomia social, há de caminhar, em preparação construtiva, a democracia direta do terceiro milênio.” (BONAVIES, 2001, p. 279).

Diogo Moreira Neto fala com muita propriedade sobre a importância de mudança na mentalidade dos usuários dos serviços públicos, no sentido de que

⁷⁵ “A autolimitação da sociedade civil não implica perda de autonomia. Além disso, o saber relativo a regulação política em sociedades complexas constitui uma fonte escassa e cobiçada, podendo tornar-se fonte de um novo paternalismo do sistema. E a administração estatal não detém o monopólio do saber relevante necessário, tendo que extraí-lo do sistema das ciências ou de outras agências. Por isso, a sociedade civil, apesar de sua posição assimétrica em relação às possibilidades de intervenção e apesar das limitadas capacidades de elaboração, tem a chance de mobilizar um saber alternativo e de preparar traduções próprias, apoiando-se em avaliações técnicas especializadas. O fato de o público ser composto de leigos e de a comunicação pública se dar numa linguagem compreensível a todos não significa necessariamente um obscurecimento das questões essenciais ou das razões que levaram a uma decisão. Porém a tecnocracia pode tomar isso como pretexto para enfraquecer a autonomia da esfera pública, uma vez que as iniciativas da sociedade civil não conseguem fornecer um saber especializado suficiente para regular as questões discutidas publicamente, nem traduções adequadas.” (HABERMAS, 1997, p. 106b).

⁷⁶ “Por ser requisito de validade das decisões das agências, o procedimento participativo, seja através de audiência, seja de consulta pública, deve observar determinadas regras para garantir a efetividade da participação pública. Neste sentido, é fundamental que os processos participativos incluam uma ampla divulgação à sociedade, não se restringindo apenas aos agentes setoriais, mas todos os eventuais interessados, garantam o direito de debate de todos os participantes resultem em decisões movidas por parte das agências, inclusive com justificativas tecnicamente embasadas para as contribuições recusadas e, igualmente, para aquelas manifestações consideradas, sob pena de que, na ausência destes requisitos, o processo de discussão pública seja esvaziado.” (ROLIM, MELO, 2012. p. 156).

estes tomem consciência de que são a razão de existência, tanto dos serviços públicos propriamente ditos, como da Administração Pública, do Estado e até mesmo do “conceito de público.” (MOREIRA NETO, 2006, p. 34).

Ainda, é necessário refletir sobre o que deve ser submetido à consulta ou audiência pública. Por certo deve haver um filtro extraíndo aqueles atos cuja opinião popular tem maior relevância, sob pena de que a submissão generalizada à oitiva popular torne o processo absolutamente moroso e acabe por engessar as Agências.

Neste ponto, é importante destacar que uma audiência pública, entre sua abertura e conclusão, pode percorrer longo e moroso caminho, dependendo da complexidade do tema e o número de contribuições apresentadas para apreciação. Para exemplificar quanto tempo pode demorar a emissão de uma decisão de uma Agência Reguladora em que tenha havido a prévia oitiva popular, temos o caso da Audiência Pública 023/2014 da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, aberta em 16 de junho de 2014 e pendente de conclusão em 07 de abril de 2015, ou seja, decorrido quase 10 (dez) meses da abertura do procedimento, o mesmo ainda não havia sido concluído.

É importante ter presente que, no exame do que deve ou não ser levado à consulta ou audiência pública, é preciso ponderar a aplicação dos princípios constitucionais, de um lado o princípio democrático, do outro a necessária eficiência. Barroso explica que “em uma ordem democrática, princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas.” Nestas situações, defende o autor, que o intérprete deve aplicar os princípios mediante ponderação, buscando verificar o peso que cada um tem naquelas circunstâncias e fazer “concessões recíprocas.” (BARROSO, 2005, p.105).

Não basta a realização de consultas ou audiências públicas. O processo consultivo deve ser respeitado pela Administração Pública, a qual, no momento da decisão, tem o dever de analisar as questões postas através da audiência pública e motivar sua decisão. Não pode ser apenas um processo formal que legitima a norma, sem que de fato tenha sido analisada e ponderada a opinião pública ali exposta. Como bem coloca Sérgio Bruna (2003, p. 271), a exigência legal de realização de consultas ou audiências públicas perderia completamente o

sentido se não houvesse a obrigação do gestor público de efetivamente proceder ao exame das contribuições apresentadas durante a oitiva popular.

Por isso, é indispensável a adequada e detalhada motivação administrativa. Mesmo no caso de audiências ou consultas públicas realizadas facultativamente, ou seja, sem previsão legal que obrigue, é imprescindível a adequada motivação da decisão que acolhe ou não cada uma das contribuições postas.

Além de agregar legitimidade, a participação efetiva do cidadão e a decisão motivada da agência reguladora tornam-se elementos importantes para o exercício do poder de controle por parte do Poder Judiciário. A partir das contribuições fruto da participação popular, das justificativas e motivações da Agência Reguladora a respeito das contribuições postas, o magistrado, sem adentrar no mérito administrativo, pode aferir a razoabilidade, proporcionalidade e até mesmo a eficiência do ato regulatório.

Nesta linha, é o entendimento de Sérgio Bruna (2003, p. 271) que sustenta que os processos de audiência ou consulta pública devem ser entendidos além do exercício democrático, como “importante instrumento de orientação da revisão judicial dos atos normativos”, o que, segundo o autor, ganha maior importância frente à discricionariedade, pois as contribuições colhidas nesses procedimentos podem trazer elementos que permitam ao magistrado “avaliar a higidez tanto do processo normativo quanto da própria norma em si mesma.”

4 ESTUDO DE CASO

Cláudio Mastrangelo (2005, pp. 124-129), ao discorrer sobre a participação popular na Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, informa dados sobre o número de audiências públicas realizadas entre 1998 e 2004. Tais dados, uma vez comparados com os disponíveis no site da ANEEL, referente ao período compreendido entre 2008 e 2014, permitem aferir a evolução no número de audiências públicas promovidas pela referida Agência Reguladora. Segundo Cláudio Mastrangelo, em 1998, foram instauradas 07 (sete) audiências públicas;

em 1999, 10 (dez); em 2000, 10 (dez); em 2001, 13 (treze); em 2002, 36 (trinta e seis) 2003, 46 (quarenta e seis) e, em 2004, 44 (quarenta e quatro). A partir de pesquisa realizada no site da ANEEL, identificamos significativo aumento do número de audiências públicas, conforme segue: em 2008, 69 (sessenta e nove reais) em 2009, 53 (cinquenta e três); em 2010, 123 (cento e vinte três); em 2011, 81 (oitenta e uma); em 2012, 111 (cento e onze); em 2013, 132 (cento e trinta e duas) e em 2014, 74 (setenta e quatro).

Ainda sobre o trabalho realizado por Cláudio Mastrangelo, no que tange a efetividade da participação popular, o autor faz referência ao caso da Audiência Pública 023/2002, a qual tinha como objeto “Obter subsídios e informações adicionais para o aprimoramento da metodologia a ser adotada pela ANEEL para cálculo do Fator X na revisão tarifária das concessionárias de distribuição de energia elétrica.” O autor fala sobre a importância do objeto da audiência pública e lança o seguinte comentário: “constata-se, para profunda decepção que, entre nove contribuições apresentadas, nenhuma (!!!) foi encaminhada por usuário ou entidade identificada com a defesa de seus interesses.”

Com vista a verificar a evolução no aspecto da efetividade da participação popular, tendo como base comparativa a pesquisa realizada por Cláudio Mastrangelo, identificamos no site da ANEEL a Audiência Pública 023/2014, que tem como objeto “Obter subsídios para o estabelecimento de metodologias e critérios gerais para as revisões tarifárias periódicas das concessionárias de distribuição de energia”. No aviso publicado, consta ainda, a informação sobre os temas que serão abordados, dentre eles “parâmetro utilizado na definição do Fator X”.

A Audiência Pública 023/2014, foi inicialmente aberta em 16/06/2014. Porém, com base em contribuições recebidas, em 11/12/2014 a ANEEL reabriu a Audiência Pública. Assim, a audiência pública teve duas fases para envio de contribuições. Na primeira fase, realizada entre 11/06/2014 e 1/09/2014, existiam, ao todo, seis temas em discussão, sendo um deles conforme exposto acima, relacionado ao Fator X, sendo que os demais também são pertinentes à metodologia e critérios para revisão tarifária, ou seja, igualmente relevantes. Somadas as contribuições sobre todos os temas, durante a Primeira Fase da

Audiência Pública 023/2014, foram encaminhadas 146 (cento e quarenta e seis) contribuições. Especificamente sobre o Fator X, foram identificadas 22 (vinte de duas) contribuições, destas 03 (três) contribuições de Conselhos de Consumidores (Conselho de Consumidores da área de concessão das Centrais Elétricas do Pará – CONCELPA; Conselho de Consumidores de Energia Elétrica do Estado do Mato Grosso - CONCEL; O Conselho de Consumidores da Área de Concessão da AES-ELETROPAULO – CONSELPA), 01 (uma) da Associação Brasileira de Grandes Consumidores de Energia – ABRACE e 01 (uma) da FIERGS, que fez considerações pertinentes, porém não relacionadas ao Fator X. Isto demonstra não só um aumento no número de contribuições sobre o Fator X quando comparado com os dados apurados por Cláudio Mastrangelo, como também uma participação de representantes de consumidores, o que não foi identificado por Cláudio Mastrangelo na análise da Audiência Pública 023/2002.

Especificamente sobre as contribuições apresentada pelos Conselhos é possível observar que, enquanto as contribuições das concessionárias distribuidoras adentram a fundo na matéria em pauta, enfrentando até mesmo fórmulas e cálculos, as contribuições dos Conselhos são mais concisas. Fique claro que não se trata de uma análise do mérito das contribuições apresentadas, tão pouco do que efetivamente representa cada contribuição, é apenas uma constatação que chama atenção e que merece estudo e aprofundamento em outro momento.

Outro dado relevante apurado na análise da Audiência Pública 023/2014 é que, durante a Primeira Fase, além da coleta de contribuições, foi realizada reunião presencial no dia 28/08/2014. Conforme lista de presença disponibilizada, foram registrados 76 (setenta e seis) participantes, no geral representantes de concessionárias distribuidoras e outras entidades diretamente relacionadas com a geração e distribuição de energia elétrica, além de investidores e consultores igualmente com interesses voltados às distribuidoras. Apenas uns poucos, dentre os presentes, parecem que não tinham relação direta ou indireta com as concessionárias, dos quais: 01 (um) representante do PROCON; 03 (três) entidades representantes da indústria; 07 (sete)

representantes do TCU; 01 (um) representante do MPF; 01 (um) representante de um município e 05 (cinco) representantes da ANEEL.

Sobre a reunião presencial realizada durante a Primeira Fase é importante registrar que não consta na lista de participantes a presença de nenhum dos Conselhos de Consumidores, nem mesmo aqueles três que enviaram contribuições.

Já na Segunda Fase foram encaminhadas 142 (quarenta e duas) contribuições no total. Referente apenas ao Fator X foram apresentadas 25 (vinte e cinco) contribuições, das quais 07 (sete) são de Conselhos de Consumidores (Conselho dos Consumidores da CPFL Piratininga – Paulista; Conselho dos Consumidores da Bandeirante Energia; Conselho dos Consumidores de Energia Elétrica do Estado do Mato Grosso; Conselho dos Consumidores da Área de Concessão da AES_ELETROPAULO – CONSELPA; Conselho dos Consumidores da Centrais Elétricas do Pará – CONCELPA; Conselho dos Consumidores da CEMIG; Conselho dos Consumidores da Área de Concessão da RGE) 01 (uma) da Associação Brasileira de Grandes Consumidores de Energia – ABRACE e 01 (uma) do Núcleo de Pesquisa em Eficiência, Produtividade e Sustentabilidade da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

Conforme lista de presença disponibilizada, sobre a qual é preciso destacar que, diferentemente da primeira, que foi disponibilizada na forma de arquivo digitalizado, esta foi disponibilizada na forma de PDF; uma cópia de lista de presença com anotações de punho dos próprios participantes, o que dificulta a identificação segura do que está efetivamente escrito. Da análise realizada, constata-se que foram registrados 69 (sessenta e nove) participantes. Assim como na Primeira Fase, a maioria dos presentes era representante de concessionárias distribuidoras e outras entidades a elas relacionadas, bem como consultores que em geral prestam serviços às distribuidoras.

É possível identificar na lista alguns participantes que, a princípio, não estão diretamente relacionados às atividades de distribuição de energia, conforme segue: 02 (dois) professores representantes de duas Universidades; 01 (uma) entidade representante da indústria; 09 (nove) representantes da

ANEEL, 02 (dois) representantes de um canal de TV e 04 (quatro) representantes de Conselhos de Consumidores.

Sobre a reunião presencial realizada na Segunda Fase merece destaque o fato positivo de que é possível identificar a presença de representante de Conselhos de Consumidores.

Assim, tendo como parâmetro o estudo realizado por Cláudio Mastrangelo sobre a Audiência Pública 023/2002, é possível afirmar que há um aumento não só do número de audiências públicas realizadas anualmente, como também do número de contribuições apresentadas e ainda, a participação de Conselhos de Consumidores, de uma Universidade, do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público Federal e do PROCON, o que não havia sido identificado na Audiência Pública 023/2002. Porém, a participação da população ainda é modesta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio democrático exige uma maior participação de forma ativa da sociedade nos processos decisórios cujos reflexos são de grande relevância para a sociedade ou grupo social. A partir da participação efetiva, os atos administrativos passam a gozar de maior legitimidade e a sociedade certamente aceitará e cumprirá melhor o definido, ainda que não tenham prevalecido algumas opiniões, isso porque houve a oportunidade de debate, de expor e ouvir opiniões que culminaram numa decisão compartilhada.

Nos procedimentos das Agências Reguladoras Independentes, o que se constata é que, seja por força de lei ou por seus próprios regulamentos internos, a maioria das Agências Federais realizam consultas ou audiências públicas. Também é possível aferir o aumento tanto na realização de consultas ou audiências públicas por parte das Agências, como no número de participantes, bem como de contribuições apresentadas.

Inobstante o crescente número de audiências e consultas públicas, fato absolutamente positivo, há que se observar com a devida importância que há um desequilíbrio na participação. De modo geral, participam as empresas e

concessionárias de serviços públicos regulado, e rara é a participação popular efetiva, que represente a sociedade, usuários de serviços públicos ou comunidades que sofrerão de forma mais direta os efeitos dos atos decisórios. Assim, não podemos reconhecer como efetiva a participação social.

As razões para essa inefetiva participação social nas audiências e consultas públicas pode ser atribuída a diversos fatores. Acreditamos que o mais relevante é a falta de mobilização social. O cidadão precisa tomar consciência de que pode e deve se envolver na construção de soluções adequadas para os problemas da coletividade. Os problemas sociais e a construção de soluções e melhorias não se tratam apenas de um problema de governo; é, antes de qualquer coisa, um problema da própria coletividade, e a oportunidade de debater as propostas de solução com o gestor público precisa ser vista, tanto pela sociedade como pela própria Administração Pública, na sua real dimensão, com vistas a importância que tem o princípio democrático.

O Administrador Público, por sua vez, precisa querer realmente partilhar o seu “poder de decisão” e promover efetivamente a participação popular, não apenas abrir procedimentos de consulta ou audiência pública que agregue legitimidade, sem que efetivamente tenha havido participação. Só podemos falar em legitimidade quando houve de fato participação e debate coletivo sobre o tema proposto. E mais, a decisão precisa ser justificada e devidamente motivada, a partir da análise das contribuições trazidas, seja para acolher, seja para refutar.

Quando se fala na promoção da participação popular está se pensando em algo muito maior do que a abertura de processo de consulta ou audiência pública e sua divulgação nos sites oficiais, o que se vê de forma mais comum. A participação ativa das comunidades, grupos sociais e da sociedade como um todo, precisa ser instigada. É necessário estimular uma consciência sobre o papel do indivíduo na sociedade, o qual precisa desenvolver o pensar e agir em prol do coletivo. Desacomodar é um hábito que precisa ser desenvolvido. Assim, campanhas de conscientização e mobilização para participação podem contribuir para um futuro diferente.

Outro fator que pode motivar o desequilíbrio na participação, como no estudo de caso, onde se identificou uma expressiva participação das

concessionárias distribuidoras de energia elétrica e uma pequena participação de outros segmentos sociais como Conselhos de Consumidores e uma Universidade, pode estar na especificidade e complexidade técnica das matérias pautadas, o que privilegia a participação daqueles que nas palavras de Cláudio Mastrangelo (2005, p.131) dominam a tecnologia e o *know-how*.

Por certo, as Agências regulam temas eminentemente técnicos. Contudo, é preciso um esforço extra para, no momento da consulta ou audiência pública, tornar a linguagem o mais comum possível, de modo que viabilize a compreensão mínima do que está se propondo à sociedade como um todo. E fazer uso de todos os novos canais de comunicação para divulgação e promoção da participação social, disponibilizando todas as informações importantes, agregando maior publicidade e transparência a seus processos, na busca de obter uma participação efetiva e com isso a legitimidade de seus atos.

Para que possamos falar em democracia plena, a participação popular deve ser ampla e geral e não de apenas alguns grupos que, no geral, buscam defender interesses próprios. O princípio democrático se consagra com efetiva participação popular direta.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **O Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 abril 2015.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: edições Almeida, 2003.

CUNHA, Ricarlos Almagro. **Agências reguladoras independentes e legitimidade democrática**. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.9, p.67-84, jul. 2007. Disponível em: <<http://acervo.mp.mg.gov.br/ojs/index.php/dejure/article/view/102/11>> Acesso em: 28 março 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volume II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MASTRANGELO, Cláudio. **Agências reguladoras e participação popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

OHLWEILER, Leonel Pires. **Administração Pública e democracia: perspectivas em um mundo globalizado**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/501/r143-04.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 28 março 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pensar El Estado y La Sociedad Actuales: desafíos actuales**. Buenos Aires: Waldhuter Editores, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

ROLIM, Maria João C.P. e MELO, Carolina Queiroz P.D. **Participação Pública nos Processos Decisórios Afetos ao Setor Elétrico: Formalidade Legal ou Controle Efetivo?** In ROCHA, Amorim da (coord). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2012.

**A NECESSIDADE DE CÓDIGO SANITÁRIO MUNICIPAL EM FACE DA
CAPACIDADE ECONÔMICA DO INFRATOR NAS MULTAS APLICADAS COM
BASE NA LEI Nº. 6.437/ 77.**

Daiane Acosta Amaral

David Silva de Souza

José Ricardo Caetano Costa

RESUMO: Verificar se a aplicação das multas com base na Lei nº 6.437/77 considera a capacidade econômica do infrator e do contexto social da comunidade, constituindo o caráter pedagógico da penalidade. Em sede de método, utilizou-se pesquisa bibliográfica com fichamento das passagens relevantes. A Lei Federal nº 6.437/77 aduz que na aplicação da penalidade de multa a autoridade sanitária competente levará em consideração a capacidade econômica do infrator. No entanto, o valor mínimo da multa, tendo como base na lei é de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para infrações leves, o que em cidades com baixa renda per capita, a aplicabilidade da multa, nos quesitos da infração leve em um pequeno estabelecimento pode transcender ao aspecto punitivo da norma, e o pequeno empreendedor não mais ter condições econômicas para gerir seu negócio e realizar as mudanças necessárias para atender a legislação vigente. Faz-se necessário a elaboração de Códigos Sanitários Municipais que definam o quantum da pena de multa pecuniária se encaixe no contexto econômico do município, ou seja, adequação do valor por parte dos Estados e Municípios para a aplicabilidade do princípio da capacidade econômica do infrator.

PALAVRAS-CHAVE: direito sanitário; capacidade econômica; multa.

1 INTRODUÇÃO

A Lei Federal nº. 6.437/77 dispõe sobre as infrações à legislação sanitária federal, as sanções e o rito do processo administrativo sanitário. Sem prejuízo das sanções de natureza civil ou penal cabíveis, as infrações sanitárias serão punidas, alternativa ou cumulativamente, com as penalidades de: advertência, apreensão de produto, cancelamento do alvará de licenciamento de estabelecimento, multa, entre outros.

Assim, a lei aduz que na aplicação da penalidade de multa a autoridade sanitária competente levará em consideração a capacidade econômica do infrator. A Portaria do Ministério da Saúde nº. 1.565/94 em seu artigo 10 menciona que, a edição, interpretação e aplicação das normas e na execução de ações e implementações de serviços de vigilância sanitária, os órgãos e entidades do SUS, em cada esfera de governo, cuidarão para que a atuação do Poder Público se efetive com a menor restrição possível aos direitos e interesses particulares do cidadão.

No entanto, o valor mínimo da multa, tendo como base a lei nº 6.437/77, é de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para infrações leves, o que em cidades com baixa renda *per capita*, a aplicabilidade da multa, nos quesitos da infração leve em um pequeno estabelecimento pode transcender ao aspecto punitivo da norma, e o pequeno empreendedor não mais ter condições econômicas para gerir seu negócio e realizar as mudanças necessárias para atender à legislação vigente.

Neste sentido, faz-se necessário a elaboração de Códigos Sanitários Municipais que definam o *quantum* da pena de multa pecuniária se encaixe no contexto econômico do município, ou seja, adequação do valor por parte dos Estados e Municípios para a aplicabilidade do princípio da capacidade econômica do infrator.

2 SAÚDE

A saúde, até a promulgação da Constituição de 1988 era conceituada como assistência sanitária, hospitalar e médico-preventiva, em síntese, um direito dirigido ao trabalhador que contribuísse para a previdência social⁷⁷

Assim com o advento da Constituição Federal de 1988 um novo conceito de saúde surge, ao passo que no artigo 1º, Inc. III da Carta Magna a dignidade da pessoa humana esta como fundamento da república Federativa do Brasil, bem como a promoção do bem de todos, como assevera o artigo 3º, Inc. IV com objetivo do país.

⁷⁷ CARVALHO, G.I; SANTOS, L. Comentários à Lei Orgânica da Saúde. 2ª Ed. São Paulo: Hucitec, 1995, p. 21.

Destarte, a saúde esta contida no rol dos direitos sociais constantes do artigo 6º, inserida no Título II que abarca os direitos e garantias fundamentais, no qual é *clausula pétrea*.

Cabe destacar que a saúde na Constituição Federal de 199 é ressaltada como um direito de todos e dever do Estado.

Neste tocante, em atenção ao Estado Socioambiental, o Estado, compromete-se a promover a saúde da população, através de políticas sociais e econômicas que buscam a redução do risco de doença e de outros agravos e com acesso universal igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação, garantida a liberdade de assistência à saúde à iniciativa privada, conforme artigos 196 e 199 da Constituição Federal de 1988..

No que diz respeito à relevância pública, esta significa que as ações e serviços de saúde, constituem um conjunto de medidas dirigidas ao enfrentamento das doenças e sua seqüela, através da atenção médica preventiva e curativa, bem como de seus determinantes e condicionantes de ordem econômica e social⁷⁸

Assim, percebe-se que a evolução permanente faz com que as ações desenvolvidas pela Vigilância Sanitária sejam de grande importância, haja vista que os direitos tutelados não estão definidos para um grupo específico, o que revela a proteção de direitos difusos, isto é, que ultrapassam a esfera do direito pessoal, atingindo ao mesmo tempo um número indeterminado de indivíduos.

3 DO DIREITO À SAÚDE AO DIREITO SANITÁRIO: APONTAMENTOS

Quanto a evolução do conceito de saúde a ilustre doutrinadora Sueli Gandolfi Dallari afirma que atualmente a humanidade não hesita em afirmar – ainda que o matizando – que a saúde é um direito humano e que, como os demais direitos humanos, exige o envolvimento do Estado, ora para preservar as liberdades fundamentais, principalmente por meio da eficiente atuação do Poder

⁷⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi. “ Organização Jurídica da Administração pública em saúde.” In: Sueli Rozenfeld (org.). Fundamentos da Vigilância Sanitária, Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2000, p. 122.

Judiciário, ora para eliminar progressivamente as desigualdades, especialmente planejando e implementando políticas públicas

Neste sentido, assevera, ainda, Sueli Gandolfi Dallari (2003, p. 47-48)

(..) a saúde não tem apenas um aspecto individual e, portanto, não basta que sejam colocados à disposição das pessoas todos os meios para a promoção, proteção ou recuperação da saúde para que o Estado responda satisfatoriamente à obrigação de garantir a saúde do povo. Hoje os Estados são, em sua maioria, forçados por disposição constitucional a proteger a saúde contra todos os perigos. Até mesmo contra a irresponsabilidade de seus próprios cidadãos. A saúde “pública” tem um caráter coletivo. O Estado contemporâneo controla o comportamento dos indivíduos no intuito de impedir-lhes qualquer ação nociva à saúde de todo o povo. E o faz por meio de leis. É a própria sociedade, por decorrência lógica, que define quais são esses comportamentos nocivos e determina que eles sejam evitados, que seja punido o infrator e qual a pena que deve ser-lhe aplicada. Tal atividade social é expressa em leis que a administração pública deve cumprir e fazer cumprir. São, também, textos legais que orientam a ação do Estado para a realização do desenvolvimento sócio- econômico e cultural. Conceitualmente, a sociedade define os rumos que devem ser seguidos para alcançá-lo, estabelecendo normas jurídicas cuja obediência é obrigatória para a administração pública⁶⁹. E como a saúde depende também desse nível de desenvolvimento, as disposições legais que lhe interessam estão contidas em tais planos de desenvolvimento do Estado.

Percebe-se, então que o direito à saúde e conseqüentemente o Direito Sanitário buscam a proteção e promoção da saúde, não conferindo a um grupo específico e sim de forma transindividual, ou seja, que transcende a esfera unitária de assistência.

Em síntese, o Direito Sanitário procura garantir a saúde pautando-se pelos interesses transindividuais, no qual mesmo que não violados os direitos, estes estão resguardados pelas normas e ações sanitárias indispensáveis a manutenção da saúde.

Neste sentido, Sueli Gondolfi Dallari (2003), afirma:

O direito sanitário se interessa tanto pelo direito à saúde, enquanto reivindicação de um direito humano, quanto pelo direito da saúde pública: um conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a promoção, prevenção e recuperação da saúde de todos os indivíduos que compõem o povo de determinado Estado, compreendendo, portanto, ambos os ramos tradicionais em que se convencionou dividir o direito: o público e o privado. Tem, também, abarcado a sistematização da preocupação ética voltada para os temas que interessam à saúde⁷² e, especialmente, o direito internacional sanitário, que sistematiza o estudo da atuação de organismos internacionais que são fonte de normas sanitárias e dos diversos órgãos supra-nacionais destinados à implementação dos direitos humanos.

Cabe destacar que a saúde é objeto de regulamentação através da Lei 8.080/90, a chamada Lei Orgânica da Saúde (LOS), bem como da Lei nº 8.142*90, que cria a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde.

Assim, a Lei Orgânica da Saúde traz à baila o caráter de direito fundamental a saúde bem como adota a conceituação de saúde observado pela Organização Mundial de Saúde, ou seja, a saúde compreende condições de bem-estar físico, mental e social, rechaçando o conceito de que saúde refere-se a mão estar doente ou com outro agravo.

Neste sentido menciona Ediná Alves Costa (2009, p. 12):

Em todas as épocas ocorreram intervenções do Poder de Autoridade sobre as práticas de cura, os medicamentos, os alimentos, a água, o ambiente. Com o avanço das forças produtivas, surgiram intervenções sobre a circulação dos meios de transporte, carga e pessoas, bem como sobre o consumo da força de trabalho, mediante distintas formas de regulação e intervenção nas práticas do mercado. Foi-se estabelecido regras para o exercício de atividades relacionadas com tais elementos, visando proteger a saúde das pessoas e da coletividade. As regras acompanham o desenvolvimento científico e tecnológico e a organização do poder nas sociedades, que os apresentam de formas e graus diferenciados.

Complementa ainda a ilustre doutrinadora:

O exame das intervenções do Poder de Autoridade denota uma dada racionalidade orientada à proteção dos meios de vida, ou seja, proteção dos meios de satisfação de necessidades fundamentais. Esses meios são, ao mesmo tempo, insumos de saúde/bens sociais e mercadorias, conferindo grande complexidade às ações de vigilância sanitária, pela sua natureza regulatória, e um permanente desafio em todas as épocas e sociedades.

Cabe destacar ainda, que no contexto globalizado, o Estado Socioambiental revela-se como marco jurídico para as ações da vigilância sanitária, em que diversos fatores estão em jogo e práxis na área sempre em busca de resguardar os direitos transindividuais em uma sociedade em eterna evolução, onde a tecnologia avança a passos largos enquanto os a legislação e as políticas públicas a passos lentos.

4 VIGILÂNCIA SANITÁRIA

A Vigilância Sanitária ressalta-se como uma das atividades preventivas como maior eficiência que procura a concretização do direito à saúde da população, haja vista o enorme campo de atuação.

Neste sentido aborda Argita Prado Cartana (2009, p. 29):

[...] a competência do Sistema Único de Saúde como um todo, descrita no debatido art. 200, aponta praticamente todas as atividades do encargo da vigilância sanitária, especialmente quando ampliadas estas com o teor do conceito de Vigilância Sanitária emitido pelo § 1º do art. 6º, da Lei 8.080/90, que a elas soma as decorrências do meio ambiente.

Neste sentido, as atividades inerentes a vigilância sanitária estão previstas na Lei Orgânica da Saúde (LOS) em seu artigo 6º §1º, Inc. I e II, ao mencionar que as atividades são um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviço de interesse da saúde, abrangendo o controle de bens e consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção, e o controle da prestação de serviços que se relacionem direta ou indiretamente com a saúde.

Com a descentralização das ações em saúde prevista no artigo 198, Inc I da Constituição Federal de 1988 e no artigo 7º, Inc IX, alínea “a”, da LOS, a repartição de competências entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios atinge também a participação no Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS) definido pela Portaria nº 1.565/94 do Ministério da Saúde e pela Lei nº 9.782/99.

A partir da análise dos artigos que se referem a competência na LOS, depreende-se que compete a União definir e coordenar o Sistema, participando da execução em circunstâncias especiais, aos estados compete coordenar, e em caráter suplementar, e os municípios ações e serviços.

Cabe destacar que a atividade da vigilância sanitária é exercida mediante a edição de normas para a execução das ações e implementação de serviços.

Ademais, observa-se a competência legislativa concorrente em matéria prevista no artigo 24, Inc XII da Constituição Federal de 1988, combinado com o artigo 3º, Inc. I, no qual aduz que a União estabelece normas gerais de alcance nacional, os Estados suplementam a legislação em seu território, e os municípios suplementam, no que couber, a legislação nacional e estadual para atender às necessidades e prioridades de interesse predominantemente local.

Neste sentido conceitua Ediná Alves Costa (2009, p. 12):

[...] a vigilância sanitária (VISA) desenvolve um conjunto de ações estratégico no sistema de saúde, com a função de regular, sob o ângulo sanitário, as atividades relacionadas à saúde, seus processos e ambientes, sejam da esfera privada ou pública. Constitui um componente específico do sistema de serviços de saúde e integra a atenção à saúde que, por seu lado, representa um segmento estratégico para vários ramos do setor produtivo: empresas do complexo médico-industrial, de serviços, de saneantes, alimentos, entre outras. A VISA se situa, portanto, no âmbito da intervenção nas relações sociais produção-consumo e tem sua dinâmica vinculada ao desenvolvimento científico e tecnológico e a um conjunto de processos que perpassam o Estado, o mercado e a sociedade.

Assim, percebe-se o cabedal de ações desenvolvidas pela vigilância sanitária em prol da promoção e prevenção em saúde, situando-a em um patamar de elevada importância, revelando-se como estratégica no contexto do Sistema Único de Saúde (SUS).

5 CAPACIDADE ECONÔMICA DO INFRATOR

A Lei Federal nº 6.437/77 estabelece as infrações à legislação sanitária federal, bem como o rito do processo administrativo sanitário.

No artigo no § 3º do artigo 2º da Lei Federal nº 6.437/77, menciona que “sem prejuízo do disposto nos arts. 4º e 6º desta Lei, na aplicação da penalidade de multa a autoridade sanitária competente levará em consideração a capacidade econômica do infrator.”

As penalidades impostas pela referida lei são:

Art . 2º - Sem prejuízo das sanções de natureza civil ou penal cabíveis, as infrações sanitárias serão punidas, alternativa ou cumulativamente, com as penalidades de:

I - advertência;

II - multa;

III - apreensão de produto;

IV - inutilização de produto;

V - interdição de produto;

VI - suspensão de vendas e/ou fabricação de produto;

VII - cancelamento de registro de produto;

VIII - interdição parcial ou total do estabelecimento;

IX - proibição de propaganda;

X - cancelamento de autorização para funcionamento de empresa;

XI - cancelamento do alvará de licenciamento de estabelecimento.

IX - proibição de propaganda;

X - cancelamento de autorização para funcionamento da empresa;

XI - cancelamento do alvará de licenciamento de estabelecimento;

XI-A - intervenção no estabelecimento que receba recursos públicos de qualquer esfera.

§ 1o-A. A pena de multa consiste no pagamento das seguintes quantias:

I - nas infrações leves, de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

II - nas infrações graves, de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);

III - nas infrações gravíssimas, de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

§ 1o-B. As multas previstas neste artigo serão aplicadas em dobro em caso de reincidência.

§ 1o-C. Aos valores das multas previstas nesta Lei aplicar-se-á o coeficiente de atualização monetária referido no parágrafo único do art. 2o da Lei no 6.205, de 29 de abril de 1975.

§ 1o-D. Sem prejuízo do disposto nos arts. 4o e 6o desta Lei, na aplicação da penalidade de multa a autoridade sanitária competente levará em consideração a capacidade econômica do infrator.

XII - imposição de mensagem retificadora;

XIII - suspensão de propaganda e publicidade.

Quanto à penalidade de multa, assim, descreve a lei:

§ 1º A pena de multa consiste no pagamento das seguintes quantias:

I - nas infrações leves, de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais);

II - nas infrações graves, de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais);

III - nas infrações gravíssimas, de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

§ 2o As multas previstas neste artigo serão aplicadas em dobro em caso de reincidência.

Vislumbra-se que as quantias determinadas na legislação como penalidade de multa administrativa transcende o objetivo punitivo da norma. Nas infrações leves o pagamento mínimo é de dois mil reais, o que para um micro empreendedor pode ser insustentável, ao passo que além do pagamento da multa haverá que adequar o estabelecimento às normas sanitárias.

Neste cenário, a partir de códigos sanitários municipais, moldado na situação socioeconômica da cidade e das peculiaridades da região, que a penalidade de multa administrativa sanitária terá fortalecida a função pedagógica da norma. Em que a capacidade econômica do infrator verdadeiramente será observada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, percebe-se que as ações desenvolvidas pela vigilância sanitária são de suma importância na promoção e prevenção em saúde.

Neste sentido, no atual Estado Socioambiental em que se preconiza a valoração dos direitos difusos, no qual não se podem determinar os indivíduos atingidos por ato lesivo no que tange à saúde pública, faz-se necessário a atuação do Direito Sanitário na proteção de tais direitos, resguardados pela Constituição vigente.

Por oportuno, as multas administrativas aplicadas com base na lei 6.437/77 não consideram a situação econômica do indivíduo e da municipalidade para ter o condão do caráter pedagógico que a multa se propõe a ser.

Assim, para além do caráter punitivo a multa sanitária precisa abarcar a capacidade econômica do infrator, inibindo novos ilícitos e oportunizando ao infrator condições de gerir seu negócio de acordo com a legislação sanitária vigente.

REFERÊNCIAS

DONIZETTI, E.; CERQUEIRA, M. M.. **Curso de processo coletivo**. 2010.

HIRSCH, G. J.. **Fiscalização e Processo Administrativo Sanitário**. À Luz da Constituição da República. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1ª Ed. 2003.

CARVALHO, G. I; SANTOS, L. **Comentários à Lei Orgânica da Saúde**. 2ª Ed. São Paulo: Hucitec, 1995.

COSTA, E. A.. **Fundamentos de Vigilância Sanitária**. In: Vigilância Sanitária: temas para debate. Salvador: EDUFBA, 2009.

DALLARI, S. G.. “ Organização Jurídica da Administração pública em saúde.” In: Sueli Rozenfeld (org.). **Fundamentos da Vigilância Sanitária**, Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2000.

_____ “Direito Sanitário”. In: **Direito sanitário e saúde pública**. Ministério da saúde, Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, departamento de gestão da educação na saúde. Marcio Iorio Aranha (org.) Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

FENSTERSEIFER, T.. **Estado socioambiental de direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1669, 26 jan. 2008 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10887>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

LINS, L. C. B.. **Estado Socioambiental**: qual a posição dos direitos fundamentais neste novo modelo estatal?. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 48, jun. 2012. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Litiane_Lins.htmlAcesso em: 30 ago. 2013.

PRESTES, V. B.. **Dimensão constitucional do direito à cidade e formas de densificação no Brasil**. Dissertação de Mestrado, PUCRS, 2008.

A VONTADE DE CONSTITUIÇÃO: A INTERPRETAÇÃO NORMATIVA E O DIREITO ADMINISTRATIVO

Bruno Marcell Collyer de Carvalho

Camile Araujo de Figueiredo

Thiago Barreto Portela

RESUMO: O Direito Administrativo foi transformado pelo novo constitucionalismo, e tem a sua atuação pautada no dever de conferir operacionalidade aos princípios constitucionais. Verifica-se que o constitucionalismo contemporâneo enseja uma renovação no Direito Administrativo, onde esse passa a contemplar novos deveres, como os direitos de quarta geração (democracia, informação e pluralismo). Tais deveres correspondem a vontade popular, ou seja, a cidadania, que é incorporada pelo regime democrático. Assim, o texto da constituição atual confere ao direito administrativo uma participação fundamental na efetivação da cidadania, como parte do todo, que é a democracia. Essa validade conferida aos direitos fundamentais através da vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), em conformidade com as lições de Konrad Hesse, é sujeita a um constante processo de legitimação, mantendo-se vigente através de atos de vontade, em outras palavras, a interpretação é responsável pela concretização da norma e pela preservação da sua força normativa, o que pressupõe uma ordem normativa inquebrantável. Em busca de garantir a supremacia constitucional confere-se ao Supremo Tribunal Federal, no Brasil, a condição de intérprete maior das disposições constitucionais, onde tal atribuição consubstancia-se no controle de constitucionalidade, através do qual se torna possível afastar qualquer antinomia em relação aos preceitos constitucionais. O presente trabalho, a partir disso, volta-se à atuação da Administração Pública embasada nos princípios constitucionais constantemente validados pela jurisdição constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: constitucionalismo; vontade de constituição; princípios fundamentais; direito administrativo; interpretação normativa.

1 INTRODUÇÃO

Em prol de possibilitar a efetiva atuação da Administração Pública, são traçadas diretrizes e estruturas que contam com todo um aparato institucional, no

qual está assentado para o exercício do poder. Nessa perspectiva, a Constituição destaca-se como peça-chave para ordenação e legitimação da ordem vigente.

Situada no ápice do ordenamento jurídico, a Lei Maior institui a ordem normativa vigente e lhe serve como parâmetro obrigatório, de tal maneira que todas as demais disposições normativas devem estar em perfeito alinhamento com as normas constitucionais. Nesse contexto, os preceitos constitucionais transcendem o aspecto meramente regulador do poder que disciplina sua efetivação em cotejo com os princípios, direitos e garantias fundamentais, e figuram como parâmetro interpretativo de todo o sistema normativo.

Nessa perspectiva, a atuação da Administração Pública insere-se dentro da lógica constitucional do ordenamento jurídico, devendo alinhar-se não somente com as disposições das leis de Direito Administrativo, mas também com a Constituição Federal.

Inserida no contexto de efetivação dos direitos fundamentais está a atuação da Administração Pública, onde é abordado o mérito de questões que competem apenas à administração. Entretanto, ao serem tratadas questões que ameacem a supremacia constitucional, ainda que seja no âmbito administrativo, competirá ao Supremo Tribunal Federal a sua apreciação. Isso porque, no Brasil, conferiu-se ao STF o papel de intérprete maior da Constituição, através do exercício do controle de constitucionalidade, onde o Supremo realiza seu papel de guardião da Constituição e, no caso em apreço, atuará contra a discricionariedade desmedida da Administração Pública.

Tendo em vista a atuação do Supremo na constante validação dos preceitos constitucionais, nota-se um fortalecimento desses, contando com um cenário de constitucionalismo hipertrofiado. Diante desse aspecto, os direitos fundamentais são equiparados às normas postas, e servem de embasamento legal para a administração pública.

O presente trabalho, a partir disso, volta-se à análise acerca do papel desempenhado pelo STF na constante legitimação do texto constitucional, preservando a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), e, com isso, validando a atuação das instâncias administrativas que contam com os direitos

fundamentais como embasamento fundamental de atuação, e, por conseguinte, funcionam como meios de efetivação da cidadania – como parte da Democracia.

2 FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO: UMA COMPREENSÃO NECESSÁRIA

Quando da análise acerca da essência da Constituição (*Über das Verfassungswesen*), Lassalle, segundo Hesse⁷⁹, defendeu como tese fundamental que questões constitucionais seriam questões políticas, não questões jurídicas. A realidade fática, a partir disso, sempre prevaleceria em detrimento da normatividade, de tal forma que a Constituição jurídica sucumbiria diante da Constituição real.

Destaque-se que, para Müller⁸⁰ a constituição de uma associação não se daria pela mera redação e subscrição de um papel chamado “Constituição”, mas sim pela práxis, pela vigência na duração histórica. Lassalle, por sua vez, defendia que a Constituição jurídica seria apenas um pedaço de papel, pois a verdadeira Constituição seria determinada, na verdade, pela correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder.

Assim, restaria a negação da Constituição jurídica, de tal forma que o Direito Constitucional já não teria valor como ciência jurídica, tampouco estaria a serviço de uma ordem estatal justa, mas apenas teria a função de justificar as relações de poder dominantes.

Separar-se-ia radicalmente, portanto, a partir da concepção em epígrafe, a realidade e a norma, o ser (Sein) e o dever ser (Sollen), impactando numa visão direcionada aos extremos de “uma norma despida de qualquer elemento de realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo”.⁸¹

Na verdade, considera-se que existe um condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social. Não havendo, por isso, absoluta

⁷⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 09.

⁸⁰ MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 26.

⁸¹ HESSE, Konrad. Op. cit., p. 14.

autonomia entre ambos, que se condicionam mutuamente numa relação de coordenação. A essência da norma constitucional residiria em sua vigência, visto que é a partir da realidade que se pretende ser concretizada a situação regulada pela norma, o que implica, portanto, na sua pretensão de eficácia. Esta dependeria necessariamente das condições históricas de sua realização e seria através dela que a Constituição procuraria conferir ordem e conformação à realidade política e social.

A partir do momento em que a Constituição se dirigisse a realizar tal pretensão de eficácia, adquiriria força normativa. Todavia, Hesse⁸² observa que essa força não consistiria meramente em uma “adaptação inteligente a uma dada realidade”. Na verdade, a própria Constituição buscaria se converter em força ativa conforme a natureza singular do presente.

Essa compreensão acerca da força ativa da Constituição estaria consubstanciada quando as tarefas por ela propostas fossem efetivamente concretizadas de acordo com a ordem por ela estabelecida, independentemente de juízos de valor. A força ativa seria realizada quando se respeitasse conscientemente não somente a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Para Hesse⁸³, a vontade de Constituição teria origem em três diferentes vertentes. A primeira seria a compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável. A segunda seria a compreensão de que essa ordem estaria em constante processo de legitimação, não sendo meramente legitimada pelos fatos. A terceira, por fim, seria a consciência de que essa ordem adquiriria vigência e se se manteria nesta condição pelos atos de vontade.

Para que a Constituição desenvolva sua força normativa, dependeria de pressupostos referentes ao conteúdo e à práxis constitucional. Quanto ao primeiro aspecto, o autor defende que quanto mais o conteúdo da Constituição correspondesse ao presente, mais estaria assegurado o desenvolvimento de sua força normativa. Quanto ao segundo aspecto, seria necessário que todos os partícipes da vida constitucional partilhassem da vontade de Constituição, de tal

⁸² Ibid., p. 19.

⁸³ HESSE, Konrad. Op. cit., p. 19.

forma que esta fosse sempre respeitada e preservada, ainda que resultasse na renúncia de alguns benefícios. Isso porque pugna-se pela estabilidade constitucional, que é condição fundamental da eficácia da Constituição. Frequentes mudanças, para Hesse⁸⁴, debilitariam a força normativa.

Nesse contexto, a interpretação constitucional também possuiria um papel significativo para preservação da força normativa da Constituição, inclusive para sua consolidação. O autor⁸⁵ destaca que “a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”.

Ademais, Hesse⁸⁶ observa que seria graças ao elemento normativo que a Constituição ordenaria e conformaria a realidade política e social, envolvendo-se assim a correlação entre o ser (Sein) e o dever ser (Sollen). Nessa ocasião, em que a Constituição influiria e determinaria a realidade política e social, ela própria se converteria em força ativa, de modo que a sua força normativa, inicialmente, apresentar-se-ia como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição. Vê-se claramente essa força normativa quando a norma faz-se superior às circunstâncias fáticas.

Por fim, para o autor⁸⁷, a preservação e o fortalecimento da Constituição e da vontade de Constituição seriam decisivos para que uma questão venha a ser uma questão relativa ao poder ou apenas um problema jurídico.

Considera-se que, de fato, a Constituição é dotada de uma força que lhe é própria, de maneira que mesmo sendo determinada pela realidade político-social, também lhe é determinante. Essa força, alcunhada de força normativa pelo autor, é preponderante quando do cumprimento e respeito à Constituição, em estreita relação com a *Wille zur Verfassung*.

A vontade de Constituição, nesse contexto, é imprescindível para a estabilidade da ordem jurídica vigente, para que questões jurídicas não se tornem em questões políticas. Trata-se de uma tarefa de indiscutível relevância para o Estado Democrático de Direito, afinal, se a Lei Maior for destituída de força, abre-

⁸⁴ Ibid., p. 22.

⁸⁵ Ibid., p. 23

⁸⁶ HESSE, Konrad. Op. cit., p. 24.

⁸⁷ Ibid., p. 32.

se espaço para absoluto predomínio dos “fatores reais de poder”, o que poderia acarretar o estabelecimento de ditaduras e o cometimento de barbáries contra a pessoa humana.

2.1 Preservação da Força Normativa da Constituição pela Corte Suprema

Com o objetivo de conceituar o regime político, José Afonso da Silva⁸⁸ entende que “configura a estrutura global da realidade política com todo o seu complexo institucional e ideológico”. No Brasil, o regime político consubstancia-se na democracia, dispendo a Constituição Federal/1988, art. 1º, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito.

Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Funda-se, portanto, o regime político no princípio democrático. Para o seu funcionamento é instaurado o processo político, que envolve problemas fundamentais relacionados à escolha dos governantes, à estrutura e limitação governamental, à tomada das decisões e à organização da sociedade. Logo, trata da forma pela qual o povo participa do poder, contando com a Administração Pública, como meio de organizar o Estado, onde, para que haja o seu devido funcionamento, a sua atuação deve estar alinhada aos ditames constitucionais.

Havendo incompatibilidade entre o exercício das funções estatais com o ideal democrático, acredita-se que aquelas devam ser aprimorados para uma realização perfeitamente alinhada com a Constituição. Caso contrário, fragiliza-se a base do sistema normativo e põe-se em xeque a estrutura democrática vigente, ameaçando, portanto, não meramente a organização política do Estado, mas também o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, compreende-se que a Constituição jurídica possui força normativa, que a torna capaz de não sucumbir diante da realidade fática, sendo-lhe então necessários mecanismos que garantam sua estabilidade em prol da segurança do próprio Estado Democrático de Direito.

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 122-188.

Nesse contexto, o STF possui papel de extrema relevância para garantia da vontade de Constituição. No caso de incompatibilidade entre o direito público – onde se encaixa o Direito Administrativo – e as disposições constitucionais, compete ao Supremo afastar qualquer antinomia existente, de modo a extirpar normas que estejam desalinhadas à Lei Maior. Tal competência é exercida através do controle de constitucionalidade.

No exercício do controle da constitucionalidade, o Poder Judiciário tem como função manter a ordem jurídica brasileira por intermédio da adequação das normas infraconstitucionais aos dispositivos da Constituição Federal. Uma vez desrespeitados os ditames constitucionais, cabe ao Poder Judiciário findar com a inconstitucionalidade decorrente para restaurar a ordem jurídica.

Diante do exposto, faz-se necessário atribuir à Constituição um conceito o qual a defina de acordo com o momento vivenciado pelo País, e assim o faz Luiz Roberto Barroso⁸⁹ ao tratá-la como “um sistema de normas jurídicas [que] institui o Estado, organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais das pessoas e traça os fins públicos a serem alcançados”.

Percebe-se, a partir da definição acima, que a Constituição ocupa o ápice do ordenamento jurídico e detém superioridade em face dos demais ditames normativos. As normas constitucionais servem de vetor para todos os ramos do Direito.

Em razão da expressiva importância da Constituição para o desenvolvimento do Direito nas vertentes jurídicas e político-sociais, é imperativa a existência de um órgão que mantenha sempre legítima e renovada a vontade dos ditames constitucionais.

Dessa forma, foi atribuído ao STF, através do controle de constitucionalidade e do exercício da jurisdição, a função de intérprete da constituição, que, uma vez reconhecida a força normativa da Constituição, consiste em conferir efetividade a todos os preceitos constitucionais.⁹⁰

⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 75.

⁹⁰ DIAS JUNIOR, José Armando Ponte. **Elegibilidade e moralidade**: o direito fundamental à moralidade das candidaturas. Curitiba: Juruá, 2010, p. 31.

José Afonso da Silva⁹¹ e Luis Roberto Barroso, na mesma esteira, dividem a efetividade em eficácia social e eficácia jurídica. A primeira “representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”.⁹²

Enquanto a eficácia jurídica, segundo José Afonso da Silva⁹³, é “a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas”, e, ainda, “a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos”.

Assim, para que haja efetividade é necessária a existência de eficácia social e jurídica. Ademais, deve ser observado que, para que seja atribuída a força normativa à Constituição, deve ser preservada a sua vontade, o que deve ser feito pelo intérprete constitucional, que, no Brasil, trata-se do STF.

Para Hesse, a preservação da vontade de constituição constitui a maior garantia de sua força normativa, e, para que isso ocorra, os valores inseridos em seu texto devem ser observados.⁹⁴

Como o papel de intérprete da Constituição foi atribuído ao STF no próprio texto constitucional, esse tem a legitimidade de manter os preceitos constitucionais sempre vivos e dotados de efetividade, e isso ocorre através dos atos de vontade praticados pelo órgão, por meio da tarefa hermenêutica que lhe foi conferida, que resultam em um constante processo de legitimação das normas constitucionais.

Essa tarefa hermenêutica consiste justamente na interpretação extraída das normas constitucionais através dos métodos de interpretação oriundos da “Nova Hermenêutica”.⁹⁵ Apesar da Constituição não definir um método como o correto, entende-se que a interpretação constitucional deve ser feita de acordo com os critérios e princípios deduzidos da própria Constituição.⁹⁶

⁹¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 66.

⁹² BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 82-83.

⁹³ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 66.

⁹⁴ DIAS JUNIOR, José Armando Ponte. Op. cit., p. 33.

⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 496.

⁹⁶ DIAS JUNIOR, José Armando Ponte. Op. cit., p. 43.

Tendo em vista a relevância da doutrina de Hesse para a definição de vontade da constituição na atuação do STF, deve ser destacado que ele defende o método de interpretação concretista. Essa forma de hermenêutica deve ser realizada através de um processo objetivo, racional e controlável.⁹⁷

Por todo o exposto, sabe-se que cabe ao STF utilizar a hermenêutica constitucional como método de manter a vontade da constituição sempre preservada, dando uma maior força normativa aos seus preceitos.

O exercício desse papel é norteado por princípios fundamentais previstos na Carta Magna, entre os quais se destaca a inafastabilidade do Poder Judiciário. O princípio da inafastabilidade é caracterizado pela obrigatoriedade de apreciação de qualquer pretensão de direito pelo Poder Judiciário, cuja função essencial é a prestação jurisdicional. Não cabe, assim, a nenhum outro poder a análise do direito, como dispõe o princípio da investidura, segundo o qual apenas o magistrado no exercício regular de suas funções pode julgar.

Essa atuação do STF é positiva, pois ele atende uma demanda social que não estava sendo observada pelos demais poderes, em especial o Legislativo. Portanto, a jurisdição constitucional, quando bem exercida é uma garantia para a democracia, e não um risco.⁹⁸

Desse modo, a vontade de Constituição é sempre respeitada através de um constante processo de legitimação, envolvendo, para tanto, atos de vontade realizados pelo órgão responsável pela sua interpretação: Supremo Tribunal Federal.

3 ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BASEADA NOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS

Tendo como objeto a temática da administração pública, a Constituição de 1988 trouxe a previsão de vários princípios setoriais próprios do direito administrativo que devem ser interpretados em paralelo aos princípios gerais. Por sua vez, estes princípios ocupam um papel fundamental haja vista sua eficácia

⁹⁷ DIAS JUNIOR, José Armando Ponte. Op. cit., p. 43.

⁹⁸ Ibid., p. 12.

irradiante perante todo o ordenamento jurídico, não somente em relação ao regime jurídico administrativo, como muitos poderiam crer.

Nesse passo, a previsão legal constante do art. 37 da Constituição Federal define, dentre outros, os princípios: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Além desses, existem outros tantos que guardam seu enquadramento no ordenamento jurídico a partir do encaixe em outros artigos, tais como o princípio da isonomia, o federativo, o do contraditório e ampla defesa, o de acesso à informação, o de acesso à informação, o republicano, o do devido processo legal, o da motivação, além dos direitos que tratam da liberdade de reunião e de associação, etc.

A influência do novo constitucionalismo afetou todos os ramos de estudo do Direito. Nesse sentido, tratando-se da noção de constitucionalização do Direito Administrativo se torna perceptível a incidência direta dos princípios constitucionais no campo da atividade administrativa. Pois bem, enquanto o positivismo característico do Estado Liberal evidencia a coerência do sistema jurídico, o novo constitucionalismo do atual Estado Democrático, assumindo uma postura mais realista e preocupada com a necessidade de garantir a efetividade de todas as suas normas, assume o caráter antagonista entre os princípios e regras relacionados às constituições densas e democráticas. Por corolário, ocorrem os inevitáveis embates entre os direitos e interesses coletivos protegidos. Como exemplos, citam-se os deveres publicidade e transparência da Administração Pública em face da necessidade de segurança de certas autoridades públicas, pois muitas vezes é necessário disfarçar a agenda pública de um Presidente da República a fim de garantir sua integridade física em uma determinada situação crítica, como o recebimento de ameaças.

Por outro lado, nem todos os atos administrativos precisam ser publicados, pois “alguns deles são de interesse apenas de determinados círculos da Administração, como as instruções e circulares destinadas aos servidores de determinados órgãos públicos”⁹⁹.

⁹⁹ VITTA, Heraldo Garcia. **Aspectos da teoria geral no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 85.

Outro bom exemplo da influência do novo constitucionalismo se refere a influência dos Tribunais de Contas, pois estes pautam sua atuação nos termos no art. 70, da Constituição Federal de 1988, utilizando-se dos princípios constitucionais da moralidade, legalidade e economicidade para nortear a fiscalização das contas públicas. Nesse sentido, Patrícia Sousa discorre que:

Os princípios constitucionais da moralidade, da legalidade e da economicidade são os que lastreiam mais diretamente a fiscalização das ações e das contas governamentais; integram as garantias dos administrados contra o mau uso dos recursos públicos e sua desobediência no trato dos assuntos administrativos, configura, em tese, improbidade administrativa e pode gerar inelegibilidade.¹⁰⁰

Noutro giro, é importante rememorar que a constante realização de juízos de ponderação possibilita a acomodação entre os valores conflitantes. Destarte, os juízos de ponderação ocorrem em cada momento do processo jurídico, desde seu embasamento constitucional até às etapas consequentes que versam sobre a concretização jurisdicional, administrativa e legislativa.

O perfil do novo constitucionalismo demanda uma jurisdição constitucional idônea a emitir juízos sobre a constitucionalidade, seja de forma concentrada ou difusa. Isto ocorre porque uma jurisdição constitucional em virtude do objetivo de garantir uma efetividade cada vez maior do sistema de direitos fundamentais, pautando-se numa atuação baseada no regime republicano defensor das liberdades positivas.

O Direito Administrativo tem o dever de conferir operacionalidade aos princípios constitucionais, em virtude da sua função concretizadora que aos poucos passa a ser cada vez mais evidenciada para dar a máxima efetividade às normas e regras constitucionais. Constitui-se, portanto, num campo em que se verifica e experimenta o Direito Constitucional, de modo a possibilitar a função essencial de receber e transmitir o Direito Constitucional com o fito de influenciar o Direito Administrativo em suas evoluções e reformas. Nesse passo, opera-se como uma espécie de moldura dinâmica, onde deve ocorrer um constante processo de renovação de conceitos e observância dos erros e acertos, a fim de receber ou rechaçar as novas tendências, caso sejam boas ou ruins.

¹⁰⁰ SOUSA, Patrícia Brito e. **Inelegibilidade decorrente de contas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Com base na argumentação exposta, destaque-se que o direito administrativo, quando não é influenciado ao constante processo de revisão, corre o risco de se tornar inefetivo perante os novos cenários complexos que o Estado demonstra a cada dia. Um estudo estático e pouco inovador do direito administrativo acaba por tornar obsoleto todo o ramo jurídico. Por esse motivo é de suma importância o reconhecimento da interpretação sobre o direito administrativo a partir da irradiação principiológica do novo constitucionalismo. Deve-se, portanto, realizar uma releitura do Direito Administrativo, desde a sua dogmática aos institutos mais teóricos visando proceder a abertura para as novas vertentes temáticas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise em epígrafe, verifica-se que o STF tem desempenhado uma profícua atuação no sentido de guardar a Constituição e, conseqüentemente, preservar a sua força normativa, quando da realização da vontade de Constituição.

O caso acima abordado é apenas um dos inúmeros exemplos que corroboram com o viés positivo do ativismo judicial. Esse, atualmente representa um fortalecimento da democracia e um remédio para as questões administrativas.

Em relação à influencia que o Direito Administrativo sofreu com o novo constitucionalismo, fica evidente que, com o fortalecimento dos preceitos constitucionais – através da atuação interpretativa – a administração pública tem sua atuação pautada inteiramente pelos princípios fundamentais, o que torna mais evidente o efetivo exercício do direito à cidadania – como parte – e na realização do ideal democrático – como todo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro.** Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf>. Acesso em: 01 maio 2014.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf> Acesso em: 20 out. 2014.

BONAVIDES, P. **Teoria do Estado.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 20 out. 2014.

CUNHA JUNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIAS JUNIOR, J. A. P. **Elegibilidade e moralidade:** o direito fundamental à moralidade das candidaturas. Curitiba: Juruá, 2010.

HESSE, K. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MÜLLER, F. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo.** Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUSA, P. B. **Inelegibilidade decorrente de contas públicas.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VITTA, H. G. **Aspectos da teoria geral no direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2001, p. 85.

PROCESSO ADMINISTRATIVO: PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA APLICABILIDADE E A INTERPRETAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Maria Carolina Santini Pereira da Cunha

RESUMO: O presente artigo estuda a aplicabilidade dos princípios constitucionais no processo administrativo, a fim de consolidar o Estado Democrático de Direito e promover às partes o bem comum. Uma das atribuições da administração pública é o dever de instaurar o processo e punir quando for o caso. O processo administrativo assegura direito aos litigantes, da boa administração. Enquanto o juiz julga o mérito e a legalidade, o poder judiciário – órgão de controle externo da esfera administrativa – tem competência para julgar apenas a legalidade.

PALAVRAS-CHAVE: processo administrativo; princípios; hermenêutica.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho destaca os princípios constitucionais do processo administrativo. A metodologia visa a uma análise constitucional por meio do artigo 5º da CF/1988, e o artigo 2º da lei 9784/99, que regula o processo administrativo, utilizando a revisão bibliográfica. Na primeira seção será conceituado o processo administrativo, que é *sui generis*, cujas regras próprias diferenciam-no das demais áreas processuais. Precípua para o funcionamento da Administração Pública, o processo no âmbito administrativo é mais célere que o judicial. A lei confere aos agentes públicos uma série de finalidades para exercer suas funções. Na segunda seção, buscando seu fundamento legal e doutrinário, serão definidos os princípios constitucionais da Administração Pública, os quais fundamentam o Estado Democrático de Direito, objeto da terceira seção incluindo sua evolução, destacando, em especial, a hermenêutica jurídica diante desse paradigma.

2 PROCESSO ADMINISTRATIVO

Etimologicamente, como leciona Di Pietro (2012, p.615), a palavra *processo* significa avanço, progresso, desenvolvimento; uma forma de proceder, instrumento. A Administração Pública Federal Direta e Indireta, Poderes Judiciário e Legislativo, o Ministério Público e o Tribunal de Contas se utilizam do processo para a consecução de seus fins.

Processo é definido por Hely Lopes Meirelles (1991, P.691) como um “conjunto de atos coordenados para obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo”. No direito processual, o processo é “um dos instrumentos de controle à disposição da sociedade pra que se garanta a atuação da Administração dentro desses limites.” (FREIRE E SILVA, 2007, p.17)

De acordo com Meirelles (1991, p.691), o processo administrativo é “um litígio entre administrador e administrado”, formado por procedimentos utilizados pela Administração Pública. O processo administrativo também é uma forma de controle administrativo (DIAS, 2012, p.172, v.2).

Freire e Silva (2007, p.35) informa que há países nos quais o termo processo administrativo é sinônimo de contencioso administrativo. Rosso et al (2012, p.2) referem que a Lei Federal no 9.784/99 regulamenta o processo administrativo, o qual “consiste em um conjunto de atos coordenados relativamente autônomos entre si, que são praticados de forma sequencial, para obtenção de uma decisão final no âmbito administrativo”.

A lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, segundo Dias (2012, p.173, v.2), “à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”, aplicando-se os preceitos igualmente aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa, conforme o art.1º§2º da lei.

Com o fito de conceituar o processo administrativo, estuda-se as “características da função jurisdicional e da função administrativa e aí sim, partindo-se dessas premissas, torna-se viável a caracterização e conceituação do processo administrativo.” (FREIRE E SILVA, 2007, p.41)

O processo administrativo inicia-se de ofício ou a pedido de interessado. O requerimento inicial do interessado deve ser formulado por escrito, salvo casos em que for admitida solicitação oral. “É vedada à Administração a recusa imotivada de recebimento de documentos, devendo o servidor orientar o interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas.” (DIAS, 2012, p.175, v.2)

No direito brasileiro, a independência entre as esferas de responsabilização, provocou distorções incluindo violação de direitos fundamentais. Curvelo (2013, p.31-32, grifo do autor) aponta que a celeridade nos processos administrativos (de dispensável presença de advogado), comparada aos processos judiciais, permite a autoridades administrativas, interpretação de condutas e aplicação de sanções por meio de agentes públicos desprovidos de garantias institucionais, além da ausência de especialidade técnica que seria desejável para o que se pretende seja uma *esfera administrativa de jurisdição*.

A lei confere aos agentes, para exercerem suas funções, certas atribuições e finalidades, as quais devem atuar nos limites (garantidos pelo processo) de sua competência “que pode ser entendida como poder-dever conferido às pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixados pelo direito positivo a fim de os mesmos busquem alcançar as finalidades públicas determinadas pela lei.” Cabe ao administrador atuar apenas nos limites previamente estabelecidos pela Constituição. (FREIRE E SILVA, 2007, p.15-16)

Seu caráter substitutivo (a partir de quando o exercício da jurisdição passa a ser monopólio estatal, “cabe ao Estado solucionar os conflitos trazidos à sua apreciação”) e o objeto jurídico de atuação do direito, são características essenciais da jurisdição, cuja finalidade, legalmente estabelecida, é a “aplicação das normas ao caso concreto, pacificando conflitos sociais”, cujo escopo é a “afirmação de que por meio da jurisdição “o Estado procura a realização do direito objetivo material (escopo jurídico do processo)”. (FREIRE E SILVA, 2007, p.41)

Desse modo, encerram-se as considerações acerca do processo administrativo. A próxima seção traz hermenêutica inserida no Estado Democrático de Direito e sua evolução constitucional.

3 HERMENÊUTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito é inserido por meio da Constituição brasileira de 1988. Garantidor de direitos fundamentais, possibilita o cidadão averiguar, por meio do processo administrativo – instrumento contra os arbítrios do Estado – objetivos da sociedade.

O Direito Administrativo está impregnado de verdades-em-si e referências ontológicas. A dogmática utiliza uma construção de essência, ou seja, os conceitos dogmatizados são instâncias reveladoras dos institutos jurídicos que, uma vez sistematizados, passam a dominar as práticas discursivas dos operadores (OHLWEILER, 2000, p.72). O Direito Administrativo, hodiernamente, deve passar por um aprofundamento hermenêutico (OHLWEILER, 2000, p.11).

A questão do significado está intimamente relacionada com a hermenêutica, palavra cuja origem grega é *hermeneia*, estando atrelada à figura de Hermes, o tradutor da linguagem dos deuses tornando-se acessível aos homens. Um marco significativo dentro do seu processo histórico-evolutivo é o pensamento dos sofistas, pois passa-se a afirmar a convencionalidade da relação entre a linguagem e o ser. Sem a pretensão de realizar uma descrição do processo de construção das teorias hermenêuticas, faz-se mister também referir outra de suas raízes, a noção socrático-platônica do “diálogo” com a primazia que nela se concede à pergunta nascida da aporia (OHLWEILER, 2000, p.94).

Conforme Thibau (2008, p.319), paradigma tem conceito “uniforme por aqueles que se dedicam ao seu estudo; ao contrário, o que se verifica é o emprego do termo com significações integralmente distintas e variáveis de acordo com o momento histórico”. A linguisticidade torna-se possibilidade aos operadores do Direito (re)significarem “os signos jurídico-administrativos, inserindo um horizonte de sentido voltado para a concretização de um Estado Social e Democrático de Direito.” (OHLWEILER, 2000, 107-108)

A exigência de um procedimento juridicamente adequado para o desenvolvimento da atividade administrativa considera-se como dimensão insubstituível da administração do Estado de direito democrático. (CANOTILHO, 1998, 266)

Carvalho Netto (2004, p.26-27) comenta que a condição humana foi tematizada como condição hermenêutica. O caráter textual é uma “característica do Direito moderno”, cujas normas são acessíveis somente mediante textos construídos e reconstruídos. Há crença que “todos os problemas e virtudes de nossa vida jurídica dependeriam da qualidade literal de nossos textos legislativos. Esquece-se que os “textos são o objeto da atividade de interpretação e não o seu sujeito”. Na hermenêutica constitucional, há três paradigmas - cujo conceito deriva da filosofia da ciência de Thomas Kuhn – os quais se sucedem, em um processo de superação. São eles: o Estado de Direito, o do Estado de Bem-estar social e o do Estado Democrático de Direito. (idem, op.cit., p.29-30)

O Estado Social no início do século XX foi caracterizado “pelo uso da lei como forma de legitimação do poder estatal” e pelo “modo de assegurar a redução das desigualdades sociais. Surgem, junto com os “direitos e garantias individuais, os direitos econômicos, sociais e culturais.” O Estado Social de Direito, contudo, gerou distorções. A legalidade em seu aspecto formal foi “muitas vezes deturpada e serviu como meio de legitimar atuações de regimes totalitários e ditatoriais”, como o nazismo na Alemanha e o fascismo na Itália. Desde então, passou-se a buscar um sentido de “legalidade não apenas de cunho formal, mas principalmente material”. Neste contexto brota o Estado Democrático de Direito, cuja concepção é baseada no princípio da soberania popular – que impõe a participação – e no princípio da legalidade. Busca igualar as condições dos socialmente desiguais e promover a igualdade e a justiça. (FREIRE E SILVA, 2007, p.91).

Carvalho Netto (p.33-34) explica que o Estado de Direito limita o Estado à legalidade, e a atividade hermenêutica do juiz só poderia ser mecânica (leitura direta de textos claros e distintos). Evita-se a interpretação. Havendo dúvida, em textos obscuros e intrincados, o juiz deve consultar o legislador. Ao juiz é reservado o papel de mera boca da lei. O Estado Social surge após a primeira guerra mundial. Finda a segunda guerra, começa a ser questionado. O autor (2004, p.37) aduz que os direitos de liberdade e igualdade são retomados, expressando a possibilidade de princípios, “por membros que reciprocamente se reconhecem pessoas livres e iguais, co-autores das leis que regem sua vida em

comum”. Direitos fundamentais exigem imediata cidadania, surge o novo paradigma constitucional: Estado Democrático de Direito. Para Streck (1999, p.38), inércias do Legislativo podem ser supridas pelo Judiciário mediante artefatos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado democrático de Direito. O entendimento de um texto passa por uma base de expectativas de sentido e que é extraída da própria relação precedente do homem com o assunto, podendo-se abstrair a primeira das condições hermenêuticas, a pré-compreensão. Quando o intérprete depara-se com um texto, acaba por ver-se diante de uma situação importante: a distância no tempo e sua significação para a compreensão. (OHLWEILER, 2000, p.98) Requer-se do Judiciário, diz Carvalho Netto (2004, p.38), que tome decisões que, junto com “princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito”, no sentimento de justiça realizada, decorrente de quão adequada for a decisão às particularidades do caso concreto.

Desse modo, é imprescindível ao julgador saber a “composição estrutural do ordenamento jurídico, mais complexa que a de um mero conjunto hierarquizado de regras, em que acreditava o positivismo jurídico: ordenamento de regras” – de normas aplicáveis sem meio-termo. Princípios são normas jurídicas que, apesar de não apresentarem essa estrutura, “operam ativamente no ordenamento ao condicionarem [...] suas contextualizações e inter-relações, e ao possibilitarem a integração construtiva da decisão adequada de um *hard case*.” (CARVALHO NETTO, 2004, p.39) O Direito Administrativo, inserido em uma sociedade guiada por uma Constituição que proclama o Estado Democrático de Direito, não pode conviver com a aceitação pura e simples do chamado “senso-comum-legalista-positivista” dos juristas, que constroem os seus edifícios de saber alicerçados em relações de poder (OHLWEILER, 2000, p.74-75). Carvalho Netto (2004, p.44) conclui que, sob as exigências da hermenêutica constitucional ínsita ao paradigma do Estado Democrático de Direito, requer-se ao aplicador do Direito que tenha claro a complexidade de sua tarefa de intérprete de textos e equivalentes a texto, que jamais a veja como algo mecânico, sob pena de dar curso a uma insensibilidade, a uma cegueira, já não mais compatível com a

Constituição que temos e com a doutrina e jurisprudência constitucionais que a história nos incumbe hoje de produzir.

Na seção seguinte, serão conceituados os princípios constitucionais do processo administrativo.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E SUA APLICABILIDADE

O presente ensaio elabora uma classificação em consonância com a Constituição Federal e a Lei 9784/99, regente do Processo Administrativo em âmbito Federal. Distinguem-se princípios de regras.

Humberto Ávila (2005, p.70) define princípios como normas finalísticas, com “pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta” necessária à sua promoção. Ademais (2005, p.31), “indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto”. Nas palavras de Freire e Silva (2007, p.41) o conceito de princípio, no sentido jurídico, associa o lógico ao normativo – proposição decorrente da “ordenação sistemática e coerente de normas procedimentais com validade universal”, que necessita de concretização. Para Canotilho (1998, p.1123, sic) princípios são normas que demandam “a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas.” Não proíbem, permitem nem exigem algo em termos radicais; “impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a <<reserva do possível>>, fáctica ou jurídica.”

Robert Alexy (2011, p.87-91, grifo do autor) conceitua *princípios* como normas que ordenam a realização de algo “na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes”; como “*mandamentos de otimização*, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados” e que a medida devida de sua satisfação depende das possibilidades fácticas, e das possibilidades jurídicas. Dada a necessidade de harmonização do sistema normativo, os princípios são relevantes. Por meio deles, as regras jurídicas são interpretadas e

eventuais antinomias são dirimidas. Os princípios atuam na interpretação e na elaboração das regras, complementam-se e correlacionam-se uns com os outros, formando um sistema. A exata compreensão de determinado princípio somente será viável na medida em que todos os demais forem interpretados. Nenhum princípio é absoluto, nem se sobrepõe sobre os demais. (FREIRE E SILVA, 2007, p.75-76)

Como estabelece Freire e Silva (2007, p.80), a classificação dos princípios informadores do processo administrativo não é uníssona na doutrina, estabelecendo diversos princípios. Os princípios adotados no art.37, caput, pela CF/88 são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O princípio da segurança jurídica e o da legalidade se conjugam, ao pretender o Estado “punir seus servidores por faltas cometidas contra a Administração Pública, no âmbito do exercício funcional, porquanto somente pode fazê-lo nos termos da lei, e dentro dos prazos prescricionais nela estabelecidos,” sob pena da prerrogativa ser prescrita. (CURVELO, 2013, p.14) O princípio da legalidade, segundo Ohlweiler (2000, p.74), impera dogmaticamente no Direito Administrativo. “O Estado em todas as manifestações de seu poder encontra-se adstrito à lei, e somente ela é fonte legítima da manifestação do poder estatal.” (FREIRE E SILVA, 2007, p.89) Mafra Filho (2010, p.496) ensina que o princípio da legalidade tornou-se imposição legal no Brasil com o advento da Lei da ação popular (Lei 4.717/65), e da constituição de 1988. Desse modo, o princípio da legalidade atende à norma constitucional.

O princípio da impessoalidade ou finalidade, diz respeito à Administração Pública, que deve tratar todos os administrados sem discriminação, cuja conduta deve ser impessoal, a fim de atender o interesse público. Todo ato que se afaste desse objetivo sujeita-se à invalidação por desvio de finalidade. Esse princípio garantiria que a entidade estatal sempre realizasse os fins a que se destina como previsto no ordenamento legal. O princípio da impessoalidade deve ser compreendido, assim como os demais princípios, como dever do Estado e direito do cidadão, dirigindo-se não apenas ao administrador público, mas também ao legislador. (FREIRE E SILVA, 2007, p.114 a 119)

Pelo princípio da moralidade, a Administração e seus agentes devem se portar de acordo com princípios éticos, com a boa-fé e com a lealdade processual, sob pena de estar-se praticando atos imorais e, portanto, inválidos. O princípio da moralidade administrativa está diretamente correlacionado com o dever de probidade do administrador público. A Administração Pública está adstrita não apenas à lei, mas também à moralidade. Enquanto dever da boa administração, é exigido que seu comportamento seja exemplar, não lesionando a moralidade administrativa. Seus agentes devem atuar com boa conduta, pautando-se de modo moralmente adequado. (FREIRE E SILVA, 2007, p.119-120) Pode ser considerado pressuposto de validade de todo ato da administração pública. Isto ocorre em virtude da sua previsão no art. 37, caput da Constituição de 1988. Se impõe à conduta interna do agente público, de acordo com as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação que é o bem comum. (MAFRA FILHO, 2010, p.496-497)

O princípio da publicidade pode ser considerado próprio da essência do Estado Democrático de Direito. Necessita-se assegurar ao administrado transparência e acesso a todas as informações referentes ao comportamento do Estado, além de atos administrativos. A Administração, responsável pela coisa pública, atua “condicionada à efetiva prestação de serviços úteis à comunidade, zelando pelos bens e interesses gerais”, cabendo a ela dar conhecimento aos particulares sobre sua gerência e condução dos negócios públicos.” (FREIRE E SILVA, 2007, p.124) Somente é aceito o sigilo em casos de “segurança nacional, investigações policiais ou interesses superiores da Administração Pública, nos moldes da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991 e do Decreto n. 2.134, de 24 de janeiro de 1997.” Tal princípio é concretizado, pelos “institutos constitucionais do mandado de segurança, do direito de petição, da ação popular, do *habeas data* e da suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa.” Atos e contratos administrativos não publicados, não produzem efeitos regulares, podem ser “invalidados pela falta desse requisito constitucional. A publicidade também não poderá ser realizada para a promoção pessoal do agente público, de acordo com o §1º do art. 37 da Constituição Federal de 1988.” (MAFRA FILHO, 2010, p.499-500)

O princípio da eficiência, alerta Freire e Silva (2007, p.136), deve nortear toda a atuação da Administração Pública. O princípio da Eficiência foi introduzido na Constituição pela Emenda 19/98, embora já estivesse previsto no ordenamento jurídico pátrio. Os administradores devem atuar de forma minimamente satisfatória. (FREIRE E SILVA, 2007, p.142) O administrador público *eficiente* – deve produzir efeito desejado de bons resultados, “exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade.” Este princípio caracteriza-se por direcionar atividade e serviços públicos “à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços da população, eficácia, desburocratização e busca de qualidade.” (MORAES, 2012, p.348-349)

O art. 2º da Lei 9784/99, estabelece que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, “aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Para conceituar o princípio da motivação, Dias (2012, p.107, v.1) elenca o art. 50 da Lei 9.784/99, nas hipóteses de necessária motivação dos atos administrativos “que neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; [...] deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, [...] importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.” A motivação deve ser “explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.” Birnfeld (2013, p.123) ressalta que “as políticas públicas possuem suas diretrizes na Constituição Federal e, de modo geral, serão concretizadas pelo legislador ordinário para que o administrador público (Poder Executivo) as ponha em prática nos limites estabelecidos.” Cabe ao Poder Judiciário intervir na eficácia e legalidade “das políticas públicas, cabendo ao intérprete analisar, no caso concreto, se a política pública cumpriu o objetivo, a meta a que veio, cujo perfil foi traçado pelo constituinte.”

O princípio da razoabilidade também é chamado presunção de legalidade e veracidade. As decisões da Administração Pública são feitas partindo-se do pressuposto de que são legais e de que seu conteúdo corresponde à verdade. (MAFRA FILHO, 2010, P.502) De nada valem todos esses princípios se o ser humano responsável pela sua aplicação não for suficientemente preparado, estimulado e recompensado para a sua realização. Persiste aqui o grande desafio de se fazer realizar a vontade da lei. E é o agente o grande responsável pela sua efetivação. (MAFRA FILHO, 2010, p.504)

O princípio da proporcionalidade se fundamenta no Estado de direito, guardião de um equilíbrio material dos direitos fundamentais, artefato importante para a Hermenêutica constitucional. Tal princípio influenciou na “produção legislativa e na interpretação das regras no caso concreto”, garantiu a todos os cidadãos serem tratados de forma equitativa, papel indispensável para “reduzir as desigualdades sociais e regionais”, consoante o artigo 3º, III, de nossa Constituição. (OLIVEIRA, 2010, p.45-50) Ao avaliar a intensidade do gravame provocado, fala-se em proporção entre vantagens e desvantagens, entre ganhos e perdas, entre restrição de um direito e promoção de um fim – e assim por diante. (ÁVILA, 2005, p.112)

Os princípios da ampla defesa e do contraditório são garantidos no processo administrativo, previstos no art. 5º, incisos XXXIV, a, e LV, da CF/88. O contraditório apresenta “a paridade das posições jurídicas das partes no processo, de forma que ambas tenham a mesma possibilidade de influenciar na decisão.” O caráter dialético dos meios de investigação e de tomada de decisão, asseguram a cada parte a oportunidade de contradizer os fatos alegados e as provas apresentadas pela outra parte. (FREIRE E SILVA, 2007, p.106-107) “Produzidas provas no curso do processo administrativo, a parte interessada poderá comprovar a verdade dos fatos aduzidos”, na insuficiência de afirmações para embasar a decisão da administração pública. (FREIRE E SILVA, 2007, p.110) O contraditório deve ser visualizado fora da relação do juiz e as partes, antes da formação do ato administrativo, colocando-se a Administração no mesmo plano que o particular, em relação ao exercício de direitos, sob pena de ofensa ao contraditório e ampla defesa. (idem, op.cit., p.112-113)

O Princípio da supremacia do interesse público pode ser secundário (do Estado) ou primário (da coletividade). Este último, se sobrepõe ao primeiro. Freire e Silva (2007, p.15-16) afirma que o fim da atividade administrativa é o interesse público. Di Pietro (2012, p.80) diz que “as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo.”

Ressalta-se, por derradeiro, que a doutrina tem concepções diferentes quanto aos princípios do processo administrativo, como a exposta por Hely Lopes de Meirelles (1991, p.694): “o processo, nos Estados de Direito, está sujeito a cinco princípios de observância constante, a saber: o da legalidade objetiva, o da oficialidade, o do informalismo, o da verdade material e o da garantia de defesa.”

O princípio do informalismo, nos termos do art. 22 da Lei n. 9.784/99, vigora no Processo Administrativo (DIAS, 2012, p.98, v.1): “Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada” senão por expressa determinação legal. Dispõe o parágrafo segundo: “Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.” E o parágrafo 3º diz que “A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo.” O parágrafo 4º determina que “O processo deverá ter suas páginas numeradas sequencialmente e rubricadas.”

Encerram-se as considerações após definidos os princípios elencados na Constituição Federal e na Lei do Processo Administrativo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo administrativo é um litígio entre administrador e administrado, com a finalidade de obter uma decisão em âmbito administrativo, regido pela lei federal nº9.784, de 1999. Surge de uma controvérsia, que é solucionada pelo ordenamento de atos coordenados por meio de um procedimento. Este processo é regido por diferentes normas de direito, em especial pelos princípios, os quais são normas jurídicas que atuam como diretrizes do sistema, representando os valores fundamentais da sociedade.

O Regime Político Brasileiro constitucional de 88 instituiu o Estado Democrático de Direito, privilegiando a cidadania e a soberania popular, o qual baseia-se na vontade do povo. Nesse sentido, a função administrativa é exercida em prol da coletividade. Na promoção do bem comum, o Estado se vale do processo – instrumento de controle para garantir que a Administração atue dentro dos limites estabelecidos.

A hermenêutica jurídica, de origem grega, interpreta a lei vigente e seu conteúdo. Tornou-se característica do direito moderno a textualidade das normas e sua qualidade legislativa. Surgem, da hermenêutica constitucional, três paradigmas: o Estado de Direito, o Estado do Bem-estar social (*Welfare State*) e o Estado Democrático de Direito. O Estado de Direito procurava enquadrar o juiz tornando-o mero instrumento aplicador da lei, consagrado pela expressão “boca da lei”. Após a primeira guerra mundial surge o Estado Social trazendo a legalidade, que teve seu aspecto formal deturpado, sendo usada para legitimar os regimes nazista e fascista. Após estas más experiências, buscou-se uma legalidade de cunho material além do formal. Desse modo, após a segunda guerra mundial, derruba-se o Estado Social originando o novo paradigma constitucional denominado Estado Democrático de Direito.

A Constituição oferece princípios e garantias que orientam a aplicação do processo. Os princípios constitucionais preponderam sobre todo o sistema normativo. No presente trabalho apresentamos a classificação referente aos princípios constitucionais norteadores do processo administrativo estabelecidos pelo artigo 2º da Lei 9784/99 e pela Constituição Federal de 1988: legalidade, contraditório e ampla defesa, impessoalidade ou finalidade, moralidade, publicidade, eficiência, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e interesse público.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R.. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.87-91.

ÁVILA, H.. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ªed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BIRNFELD, L. F. H.. **A diferença entre princípios e regras e a função das políticas pública na ordem constitucional brasileira vigente**. In: ZAVASCKI, Liane Tabarelli; BÜHRING, Marcia Andrea; JOBIM, Marco Félix. (orgs.) *Diálogos constitucionais de direito público e privado*. n.2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.109-124.

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

BRASIL. **Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Dispõe sobre o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1 fev. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 08 abr. 2015.

CANOTILHO, G.. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO NETTO, M. de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito**. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CURVELO, A. S.. **Da incidência de prescrição penal no direito administrativo sancionador: contornos atuais de incidência no processo administrativo disciplinar e na ação de improbidade administrativa, sob o enfoque do direito fundamental à tutela jurisdicional**. In: ZAVASCKI, Liane Tabarelli; BÜHRING, Marcia Andrea; JOBIM, Marco Félix. (orgs.) *Diálogos constitucionais de direito público e privado*. n.2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.11-32.

DIAS, L. R. C.. **Direito Administrativo**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2012. (BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio (orgs.) Coleção Saberes do Direito)

DI PIETRO, M. S. Z.. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 765 p.

FREIRE E SILVA, P. V. M.. **Princípios no processo administrativo previdenciário**. PUCSP, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

MAFRA FILHO, F. de S. A.. **Alguns Princípios Constitucionais e Administrativos na Administração Pública Brasileira**. *Espaço Jurídico: Journal of Law [EJLL]*, [S.I.], v.11, n.2, p.494-505, Mai. 2011. ISSN 2179-7943. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1959>.

Acesso em: 08 Abr. 2015.

MEIRELLES, H. L.. ***Direito Administrativo Brasileiro***. 16. ed.atual. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1991. 700p.

MORAES, A. de. ***Direito constitucional***. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OHLWEILER, L.. ***Direito Administrativo em perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermenêutica***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

ROSSO, M. F. P.; SIQUEIRA, M.; MENEZES, R. B. de; ANDRADE, V. B. de. Súmula do Número 343 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula Vinculante No 5: a ausência de Advogado no Processo Administrativo Disciplinar acarreta Cerceamento de Defesa? In: ***Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, vol.6, ISS 2 (2012)***. ISSN: 1981-3694. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7069>. Acesso em: 08 Abr. 2015.

STRECK, L. L.. ***Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito***. Porto Alegre Livraria do Advogado, 1999.

THIBAU, V. L.. ***Paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do Direito***. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 317-354, jan./jun. 2008.

O DIREITO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL: A TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA E A INTERLOCUÇÃO COM O CIDADÃO

André Abreu Bindé

RESUMO: O presente trabalho tem a finalidade primeira a de caracterizar a interpretação do Direito Administrativo no viés constitucional, em consonância com a nova concepção dos direitos fundamentais, componentes de um núcleo central do ordenamento jurídico. Nessa perspectiva, a transparência administrativa é um objetivo a ser buscado pela sociedade, como uma forma de garantir aos cidadãos o controle dos gastos públicos e uma excelente ferramenta para a atuação eficaz e eficiente do gestor público. Assim, a transparência administrativa também auxilia no combate a corrupção, favorecendo a implementação dos direitos humanos e constituindo uma verdadeira fonte de informações e controle para a efetivação do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: direito administrativo constitucional; transparência; direitos fundamentais.; cidadania.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade não mais se encontra em um período medieval ou inquisitório em que nas decisões administrativas pairavam um ar de mistério ou de divindade. O administrador público não é mais aquele que atua de forma arbitrária e, portanto, de forma contrária ao ordenamento constitucional.

A atuação do administrador, hoje já denominado modernamente de gestor público, está cada vez mais pautada pelos princípios da transparência e da publicidade, o que garante uma efetiva consolidação do que é o Estado Democrático de Direito, em razão do pós Constituição de 1988, momento em que o Constituinte instaurou uma nova modalidade interpretativa do Direito Administrativo.

No Brasil, o cidadão diante do cenário atual, tem a sensação de que a impunidade é majoritária na sociedade e de que os danos ao erário cada vez mais ganham espaço, fazendo com que a sociedade fique descrente nas instituições

de Estado. Esse sentimento é um indicativo da insatisfação da população perante os rumos do país.

Nesse panorama é que a transparência na gestão pública, se bem utilizada, pode servir como uma excelente ferramenta no combate a corrupção. O bom administrador não temerá ser fiscalizado pela população, muito pelo contrário, fará sempre o possível para que os seus atos de boa gestão sejam reconhecidos e incentivados. Assim, a transparência administrativa, como ferramenta de controle da administração e incentivo às boas ações ganha força, consolidando-se como um verdadeiro instrumento de garantia do cidadão.

O presente artigo tem a pretensão, ainda que de forma breve, e através de uma pesquisa bibliográfica, de elucidar alguns pontos referentes a essa nova possibilidade de interpretação do Direito Administrativo, visando uma maior transparência na gestão e no controle dos atos administrativos.

2 DESENVOLVIMENTO DO ARTIGO: A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como salientado, é distante o tempo em que o Direito Administrativo deveria ser visto como um ramo isolado, especial e autossuficiente do Direito. Com o advento do novo constitucionalismo, uma nova forma de interpretação e visão do campo jurídico se desenvolveu.

O texto constitucional que antes era uma norma de grau jurídico superior elevado, assume, igualmente, perante a sociedade e ao ordenamento, a função de norma axiologicamente suprema a partir da Constituição de 1988, readequando a organização e os fins do Direito Administrativo Brasileiro.

A carta constitucional, portanto, apresenta características e conteúdos pelos quais a distingue dos demais textos jurídicos, fazendo com que os seus efeitos se irradiem sobre todo o sistema jurídico, proporcionando uma releitura das normas infraconstitucionais e também, servindo como norte para o trabalho dos legisladores e dos juízes.

Já no Preâmbulo à Constituição de 1988, a Assembleia Constituinte deixa consignado os ideais “para instituir um Estado Democrático, destinado a

assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Os princípios e as regras são espécies de normas, sendo distintas qualitativamente, conforme leciona J.J. Gomes Canotilho, no sentido de que

(01) Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida (nos temos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual; a convivência das regras é antinômica. Os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se;

(02) Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigência de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos;

(03) Em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “standards” que, em “primeira linha” (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm “fixações normativas” definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias;

(04) Os princípios suscitam problema de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas) (2003, p. 173).

Diante dessa importância que se reveste os princípios que, nos últimos tempos, vem sendo salientada a distinção entre normas jurídicas que são formuladas como regras, e aquelas que assumem forma de princípio. As primeiras possuem a estrutura lógica tradicional, já a segunda, não se identificam com um fato em específico. Estas devem ser entendidas como indicadores de determinado valor. Assim, os princípios, devem ser levados em conta para a apreciação jurídica dos fatos.

Ocorre que essa nova visão trazido pela interpretação do direito administrativo em consonância com o constitucionalismo faz com que se incorpore novos deveres àquelas já tradicionais obrigações da Administração Pública. Nesse sentido, Paulo Bonavides (2004, p. 60), contribui evidenciando que

Uma quinta materialidade constitucional coloca no seu raio de abrangência os direitos de quarta geração: a democracia, a informação e o pluralismo.

Nesse gênero de constitucionalismo material a expressão da vontade popular corresponde a um direito fundamental da cidadania.

É possível vislumbrá-lo no parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira, onde se proclama o princípio da presença participativa do povo na composição de um categoria mista ou semi-representativa de organização política do poder, traçada segundo os moldes de um Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988, ao abordar o tema Administração Pública, prescreve princípios que devem reger toda a atuação do Agente Público, entre eles, os princípios da legalidade, publicidade, impessoalidade, moralidade e da eficiência. Além disso, estabelece deveres e obrigações em todo o texto constitucional para a Administração, ampliando o rol de obrigações do administrador público.

O Direito Administrativo Constitucional passa por uma mudança de atuação, preocupando-se com o aspecto plural da sociedade, buscando a inclusão de todos na esfera de proteção do Direito. A informação sob a guarda do Estado é sempre pública, devendo o acesso a ela somente ser restrito em casos específicos. O acesso à informação constitui um dos fundamentos que consolidam a democracia e fortalece a participação dos indivíduos na tomada de decisões, além de ser uma importante forma de efetivar a cidadania.

No Brasil, diversas são as leis que estabelecem a atuação transparente por parte do gestor público, tais como: a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei do Processo Administrativo, a Lei do Habeas Data. Entretanto, a grande discussão que girou em torno da lei nº 12.527/2011, a conhecida Lei de Acesso à Informação, a qual determinou o acesso à todas as informações da administração pública.

A transparência administrativa é fundamental para a concretização do Estado Democrático de Direito. Martins Júnior (2005, p.35) leciona que o princípio da transparência administrativa é inerente ao princípio democrático e é resultado exposto dos princípios da publicidade, da motivação e da participação popular. Ainda, conforme esse autor, um dos pilares da transparência é o fato de ser ela um reforço de “vigilância sobre a juridicidade da atuação administrativa, e sobretudo, sobre a concreta, efetiva e real preservação do interesse público”. (2005, p. 36).

O princípio da transparência administrativa está ligado à ideia-base do Estado Democrático de Direito. Alexandre de Moraes (2002, p. 99) elucida que

A constitucionalização dos princípios básicos da Administração Pública tem a mesma finalidade: garantir a honestidade na gerência da res pública e possibilitar a responsabilização dos agentes públicos que se afastarem dessas diretrizes obrigatórias.

A transparência administrativa é um dos pilares do Estado Democrático de Direito e da Administração Pública e pressupõe uma Administração Pública mais transparente, pois a transparência torna os governos mais democráticos e não há melhor fiscalização dos atos oficiais do que uma opinião pública bem informada.

Transparência e clareza são fundamentais num Estado gerencial e num momento de globalização e comunicação como o que vivemos. A transparência pode ser a única forma de impedir que determinados atos da administração pública estejam viciados ou mascarados.

É através da transparência e da clareza do ato administrativo que será permitido à população conhecer de que forma seus representantes estão operando a “coisa pública”, e se estão obedecendo aos princípios básicos de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade. Esse efeito é fundamental para garantir qualquer sistema representativo, como forma de legitimar o sistema.

Wallace Paiva Martins Júnior, na obra “Transparência Administrativa”, prescreve que o princípio da transparência subentende a existência de três “subprincípios”, quais sejam: motivação, publicidade e participação popular. Caracteriza o autor, a transparência como um superprincípio, norteador de toda a Administração Pública, conforme leciona:

A identificação do princípio da transparência administrativa palmilha esse percurso, ligada, em última essência, à ideia-base do Estado Democrático de Direito. Em escala decrescente, o princípio da transparência administrativa é inerente do princípio democrático (princípio fundamental estruturante) e, à míngua de clara e precisa denominação normativo constitucional, resulta como o valor impresso e o fim expresso pelos princípios da publicidade, da motivação e da participação popular, como princípios constitucionais especiais ou subprincípios que a concretizam, uma vez que todos (isolada ou cumulativamente) apontam para a visibilidade da atuação administrativa e inspiram a produção de regras como o direito de petição, o direito de certidão e o direito à informação, tidos como mecanismos constitucionais essenciais no controle jurisdicional da transparência, legalidade, moralidade e proporcionalidade na gestão da coisa pública. Seja qual for o grau de transparência administrativa em um ordenamento jurídico, esta é considerada um dos alicerces básicos do Estado Democrático de Direito e da moderna Administração Pública pelo acesso à informação e

pela participação na gestão da coisa pública, diminuindo os espaços reservados ao caráter sigiloso da atividade administrativa – ponto de partida par nichos da ineficiência, do arbítrio e da imunidade do poder (2004, p.17).

Essa construção sistêmica interpretativa do texto constitucional ocorre, por exemplo, no *caput* do art. 37 do texto constitucional, que determina que o administrador tem o dever de dar publicidade aos seus atos. Referida publicidade é o primeiro estágio da transparência administrativa, sendo que o princípio da transparência deve ser considerado mais amplo que o princípio da publicidade. Martins Júnior, caracteriza o princípio da transparência como um dos mais importante do Estado Democrático do Direito, e elucida da seguinte forma as suas características:

O princípio da transparência administrativa colima, em apertada síntese, a preservação da visibilidade e do caráter público da gestão dos negócios públicos e a atribuição de legitimidade material à Administração Pública (além de juridicização, ética, conhecimento público, crítica, validade ou eficácia jurídica, defesa dos administrados e respeito aos seus direitos fundamentais, controle e fiscalização, convencimento, consenso, adesão, bom funcionamento, previsibilidade, segurança jurídica), sendo instrumental de suas finalidades os subprincípios da publicidade, motivação e participação popular. Seu reconhecimento proporciona a reformulação das relações entre Administração Pública e administrados e é sinal de ruptura com o seu tradicional modelo autoritário, hermético, isolado, unilateral, reservado e sigiloso (2004, p. 35).

Com a recente edição da lei do acesso à informação, Lei nº 12.527/2011, a qual confirmou essa interpretação sistêmica constitucional, conferiu-se ao cidadão maior segurança com relação à conduta dos agentes públicos, possibilitando o seu maior controle, evidenciando que a partir do momento em que o poder é concedido a alguém, dar transparência aos seus atos tem o efeito de permitir que o poder se transforme, em razão de que este passa a ter um controle público, dos quais o poder é exercido. Dar transparência é ao mesmo tempo compartilhar o poder e garantir legitimidade.

3 TODO PODER EMANA DO POVO: INCLUSIVE O PODER DE FISCALIZAR

Consagra-se, portanto, o dever administrativo de dar transparência em seus comportamentos, não podendo haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo forma alguma de ocultar assuntos de interesse geral.

Assim, a integração do cidadão como parte da administração pública é possível através da valorização do princípio da transparência, garantindo uma modalidade de controle dos entes administrativos.

O controle social constitui direito público subjetivo, portanto, do cidadão. É direito deste fiscalizar a função administrativa do Estado. Hely Lopes Meirelles entende que “controle em tema de Administração Pública é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”.

Ainda, existem dois fatores que vem a complicar o atual estágio da sociedade brasileira, conforme muito bem registrado por Rogério Gesta Leal (2003, p. 81) é que, conforme estudo da FIESP, o custo anual da corrupção gira em torno de 69,1 bilhões de reais e que, além disso, a cultura da impunidade é vigente no país, incentivando ainda mais a prática de condutas impróprias.

Este autor, registrando a atuação do Poder Judiciário na busca pela preservação do erário e da boa administração, traz números obtidos no CNJ, informando dados aproximados sobre a corrupção, demonstrando uma pequena mas valiosa contribuição como forma de combate a corrupção, segue o autor:

Em 2012, veja-se que, com base em dados do CNJ, o Poder Judiciário brasileiro transformou em ação judicial, ano 1763 denúncias contra acusados de corrupção e lavagem de dinheiro e 3742 procedimentos judiciais relacionados à prática de improbidade administrativa. Em 2012, a Justiça realizou 1637 julgamentos, que resultaram na condenação definitiva de 205 réus. Com esses números, a quantidade de processos em tramitação sobre corrupção, lavagem de dinheiro e improbidade chegou a 25.799 no final do ano passado. Os números levantados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) junto aos tribunais também mostram que, de 1º de janeiro de 2010 a 31 de dezembro de 2011, foi declarada a prescrição de 2.918 ações e procedimentos penais relativos a tais ilegalidades. (ANO, p. 109).

Mais que isso, os valores desviados para a corrupção significam um verdadeiro atentado aos direitos humanos, em razão de que estes valores deveriam ser investidos em políticas públicas que garantissem a dignidade dos cidadãos menos favorecidos.

A função institucionalizada da fiscalização cabe aos Tribunais de Contas que, auxiliando o Poder Legislativo na fiscalização dos demais poderes, efetivam o controle externo da função administrativa do Estado, com a finalidade de identificar a oportunidade, conveniência e legalidade dos atos da administração.

De outro lado, há o controle social. Que é aquele realizado pela pessoa diversa do que o Estado, individualmente ou em grupo, através de instituições juridicamente constituídas.

O povo é quem detém o poder. A constituição da República Federativa do Brasil, no parágrafo único do seu primeiro artigo assim já prescreve:

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

Parágrafo Único: todo o poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Este poder constitucionalmente assegurado ao cidadão, é o controle social da administração pública, sendo a participação e controle social as formas de exercício dessa soberania popular.

Antes da publicação da Lei de Acesso à Informação, a Lei Complementar nº 101/2000, já garantia espaço à transparência, ao controle e a fiscalização da gestão fiscal do Estado.

Para corroborar o entendimento acerca da intenção do legislador em garantir o acesso à informação pública ao cidadão, o art. 31, parágrafo 3º, prescreve que

Art. 31 – A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

[...]

§ 3º - as contas dos Municípios ficarão durante 60 (sessenta) dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

Além disso, ao art. 74, parágrafo 2º, em mais uma manifestação do legislador constitucional no sentido de garantir o controle ao cidadão, preceitua que qualquer cidadão é parte legítima, na forma da lei, para denunciar irregularidades ou ilegalidades ao Tribunal de Contas da União.

Oportuno, igualmente, evidenciar que todas as decisões administrativas devem ser fundamentadas, e esse é um dos aspectos que subsidiam o princípio da transparência, em razão de que ao cidadão deve ser oportunizado saber o motivo de determinada decisão.

Nesse sentido, quanto à fundamentação das decisões, Ronald Dworkin leciona que Toda a atuação do administrador público deve ser contrária às

decisões por sorteio. Todas as decisões administrativas, conforme a teoria proposta por Dworkin devem ser fundamentadas. Portanto não há juízo de discricionariedade. Não se pode conviver com o entendimento segundo o qual a ambiguidade e a vagueza proporcionarão essa dimensão discricionária na efetivação do direito administrativo.

Sobre o tema impõe-se referir o entendimento de Lenio Luiz Streck sobre o papel desempenhado pelos princípios jurídicos:

Por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir “múltiplas respostas”. Portanto, os princípios “fecham” a interpretação e não a “abrem”, como sustentam, em especial os adeptos das teorias da argumentação, por entenderem que, tanto na distinção fraca como na distinção forte entre regras e princípios, existe um grau menor ou maior de subjetividade do intérprete. (STRECK, 2012, p.221).

Com efeito, na prática da atuação do gestor público, deve ser pautada por decisões fundamentadas e que, salvo alguns casos de segurança, devem ser públicas. Assim, a transparência funciona como um instrumento cidadão de controle do administrador por parte do administrado.

Por isso, há que se respeitar o direito à informação que cabe à população, a fim de que se efetive a completa transparência nas atividades da administração e na aplicação de recursos públicos.

Além disso, o acesso à informação também promove a participação na administração. E participando da administração haverá também a fiscalização ou controle dos atos do administrador público. Deve-se pensar cada vez mais na concretização de um modelo de gestão pública que privilegie uma relação com a sociedade baseada na livre e transparente circulação de informações.

O Estado deve se voltar no sentido de promover uma verdadeira ampliação do contato com a sociedade. Não se pode mais ver a atuação do Estado de forma escondida, sob o pretexto de decisões infundadas, tomadas por impulso e com vaga justificação. É direito do cidadão saber a motivação das decisões dos seus administradores.

Assim, os cidadãos têm o direito de receber todo tipo de informação e mesmo buscá-la onde quer que se encontre, da mesma forma que é dever dos órgãos públicos apresentar ao cidadão os dados existentes e arquivados em suas repartições, pois quanto melhor informada é uma sociedade a respeito da vida da

comunidade, melhores condições terá a comunidade de exercer o controle social sobre a atuação de seus representantes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não pode mais o Direito Administrativo ficar restrito a construção dogmática das normas e institutos. Deve, portanto, atuar com respeito as condições que lhe permitam ser eficaz e eficiente, atendendo demandas complexas e plurais que a atual sociedade exige.

A transparência administrativa é uma importante ferramenta de controle dos atos administrativos. A sua utilização correta influenciará, por exemplo, no controle contra os crimes de corrupção – realidade brasileira tão grave nos dias atuais, podendo se consolidar como um instrumento efetivo no combate ao desperdício do dinheiro público.

Juntamente com o sentimento de impunidade que é comum na sociedade brasileira, há que se quebrar com o paradigma do secreto no trato com a res pública, caracterizando-se, pelo contrário, um dever de transparência e publicidade na atuação do gestor público.

Garantir a cidadania é um dos deveres do Estado Democrático de Direito e está expressamente descrito no texto constitucional. A transparência dos atos administrativos efetiva-se como um grande passo na busca dessa interlocução entre a administração e os administrados. Esse importante passo em busca de garantias para com o bom trato do bem público significa um avanço na atual sociedade brasileira.

A transparência na atuação administrativa possibilita aos verdadeiros donos do poder um controle consistente, capaz de garantir e incentivar a efetivação dos princípios constitucionais no cotidiano da administração pública, afinal o cidadão é quem é o mais interessado em saber o destino do dinheiro público.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 2004.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Justiça para Ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

LEAL, R. G. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade**. 2003.

MARTINS JUNIOR, W. P. **Probidade Administrativa**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. **Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 1999.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 2004

STRECK, L. L. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O PAPEL DAS AUDITORIAS INTERNAS NO ÂMBITO DAS INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO SUPERIOR: A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA

Williana Ratsunne da Silva Shirasu

RESUMO: Inicialmente ligado à busca pela limitação do poder absoluto, o constitucionalismo destaca-se atualmente como um fenômeno que transcende o aspecto meramente regulatório do poder. Na verdade, trata-se também de um modelo voltado à proteção e garantia de direitos, tendo como alicerce princípios e valores que figuram como suporte axiológico do ordenamento jurídico. Viabiliza-se, assim, uma mudança de paradigmas, com a consolidação de um Estado Democrático de Direito. A Constituição, nesse contexto, passa a ter extrema relevância ao estar situada no centro do sistema normativo, sendo os princípios fundamento de legitimidade do sistema jurídico, representando um sistema de valores, que se irradiam por todo o ordenamento em epígrafe. No âmbito da Administração Pública, tais princípios servem de parâmetro obrigatório no exercício da atividade administrativa. Como exemplo de princípios constitucionalmente previstos, destacam-se os princípios da eficiência, da isonomia, da supremacia do interesse público, da finalidade, da motivação, entre outros. A partir disso, para fins de delimitação do presente objeto de estudo, propõe-se uma análise sobre o princípio da eficiência no que se refere à gestão pública das Instituições Federais de Ensino Superior (IFES), especificamente ao papel exercido pelas unidades de Auditorias Internas no âmbito das IFES. Considera-se que os trabalhos desempenhados pelas unidades em comento é significativo não apenas para assessoramento à gestão, mas também para o aprimoramento do controle interno e fortalecimento da democracia no âmbito da Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: princípio da eficiência; democracia; auditoria interna; controle.

1 INTRODUÇÃO

A expressão "Administração Pública" é, muitas vezes, empregada de uma forma genérica, sendo comum seu uso no sentido subjetivo, quando designa os entes que exercem a atividade administrativa, e no sentido objetivo, quando se trata da designação da natureza da atividade exercida pelos referidos entes.

No entanto, compreende-se que a Administração Pública é um todo dotado de relevante complexidade, contando com inúmeros órgãos governamentais, administrativos, englobando-se as funções políticas, com as diretrizes governamentais, como também as funções administrativas, que as executa (DI PIETRO, 2005, p. 54).

Na verdade, são diversos os órgãos, as pessoas jurídicas e os agentes públicos que compõe a macroestrutura da Administração Pública, que, atuando conjuntamente, realizam cotidianamente os trabalhos para o funcionamento da máquina pública. Por estarem vinculados à superestrutura do aparelho administrativo, nem sempre suas atividades são consideradas particularmente, confundindo-se com outras no universo do serviço público.

Diante disso, o presente estudo, partindo da relevância da atuação dos órgãos da Administração Pública, volta-se à análise do papel desempenhado pelas Auditorias Internas nas Instituições Federais de Ensino Superior (IFES). Especificamente, procura-se compreender de que maneira os trabalhos realizados por tais unidades relacionam-se com a concretização do princípio da eficiência, e, em consequência, como influencia o fortalecimento da democracia.

Para tanto, busca-se contextualizar os parâmetros adotados atualmente no âmbito da Administração Pública com o fenômeno do constitucionalismo, evidenciando-se que a atual Administração Pública tem sofrido alterações no decorrer dos anos.

Ademais, apresenta-se o funcionamento da atividade de controle interno nas IFES, como medida de aproximação entre o conhecimento técnico de auditoria e as disposições legais. Por fim, verifica-se o trabalho das Auditorias Internas das IFES à luz da efetivação da eficiência. Sem pretender o esgotamento do tema, a pesquisa é de cunho eminentemente bibliográfico.

2 O FENÔMENO DO CONSTITUCIONALISMO E SEUS EFEITOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Atribui-se a origem do constitucionalismo à busca por uma norma máxima que traçasse a estruturação do Estado. Tal ideia teria sido iniciativa do povo

hebreu, que estabeleceu regras para assegurar determinada organização do poder no Estado teocrático, fundando-se, assim, o constitucionalismo antigo com a imposição da “lei do Senhor” (TAVARES, 2010, p. 25).

Foi, porém, no final do século XVIII que despontou o constitucionalismo moderno, como é reconhecido e praticado na atualidade. Teve seus elementos fundadores no constitucionalismo norte-americano, primando pela supremacia da Constituição escrita e a Justiça Constitucional (TAVARES, 2010, p. 33).

Seu desencadeamento foi determinado pela criação das constituições dos Estados americanos, com a edição da Constituição norte-americana de 1787 e Revolução Francesa em 1789, em que se propôs uma mudança no paradigma do Estado Absolutista para a implantação do Estado Liberal .

Nesse contexto, a criação da Constituição escrita destacou-se como um mecanismo necessário para limitação do poder estatal e para proteção das liberdades política e econômica. Com isso, o constitucionalismo moderno superou a mera estruturação do Estado para tratar também da limitação do exercício do poder através de uma Constituição escrita e rígida, devendo ser observada por toda a sociedade, especialmente por quem detivesse o poder. Estabeleceu-se então o Estado de Direito.

Sobre o “Estado de Direito”, FERRAJOLI (2006, p. 417) entende que tal expressão evoca dois significados distintos. Em sentido formal, seria qualquer ordenamento em que os poderes públicos sejam conferidos pela lei e exercidos nas formas e procedimentos por ela estabelecidos. Em sentido substancial, seria os ordenamentos nos quais os poderes públicos estejam submetidos igualmente à lei, seja quanto às formas, seja quanto aos conteúdos do seu exercício.

Para o autor, essa concepção formal seria decorrência do nascimento do Estado moderno e da afirmação do princípio da legalidade como “norma de reconhecimento do direito existente”, típico do modelo normativo paleojuspositivista do Estado legislativo de Direito. Enquanto a segunda ideia seria de um modelo neojuspositivista do Estado constitucional de Direito, traduzido na difusão de constituições rígidas como normas de reconhecimento do direito válido e do controle de constitucionalidade.

FERRAJOLI (2006, p. 424) disserta ainda que, nessa mudança de paradigma, dada com a afirmação do princípio da legalidade, houve também uma mudança na sua realização: a própria lei passou a ser subordinada a uma lei superior, a Constituição, hierarquicamente supra-ordenada à legislação ordinária.

Com efeito, tal fato, segundo o autor (2006, p. 424) resultou em três alterações no modelo do Estado legislativo de Direito sobre os mesmos planos nos quais esse tinha modificado o direito:

a) no plano da natureza do direito, cuja positividade se estende da lei às normas que regulam os conteúdos da lei e implica por isso uma separação entre validade e vigor e uma nova relação entre forma e substância das decisões; b) no plano da interpretação e da aplicação da lei, onde tal separação implica uma mudança do papel do juiz, bem como das formas e das condições da sua sujeição à lei; c) no plano, enfim, da ciência jurídica, que resulta assim investido de um papel não mais simplesmente descritivo, mas crítico e projetual em relação ao seu próprio objeto.

Acredita-se, pois, que no plano da interpretação e da aplicação da lei, houve não somente uma mudança no papel do juiz, mas do próprio Estado, através da Administração Pública, que transcendeu o aspecto meramente legalista para guiar-se também por princípios positivos de justiça estipulados em normas supra-ordenadas à legislação.

Com isso, atualmente o constitucionalismo trata-se de modelo voltado à proteção e garantia de direitos, tendo como alicerce princípios e valores que figuram como suporte axiológico do ordenamento jurídico. Viabiliza-se, assim, uma mudança de paradigmas, com a consolidação de um Estado Democrático de Direito.

A Constituição, nesse contexto, passa a ter extrema relevância ao estar situada no centro do sistema normativo, sendo os princípios fundamento de legitimidade do sistema jurídico, representando um sistema de valores, que se irradiam por todo o ordenamento em epígrafe.

No âmbito da Administração Pública, tais princípios servem de parâmetro obrigatório no exercício da atividade administrativa. Como exemplo de princípios constitucionalmente previstos, destacam-se os princípios da eficiência, da isonomia, da supremacia do interesse público, da finalidade, da motivação, entre outros.

Dessa forma, atribui-se o caráter vinculante dos princípios na esfera administrativa, ainda que não exclusivamente, a essa mudança acarretada pelo fenômeno do constitucionalismo, que impacta não apenas a Administração Pública direta, mas também a indireta.

3 A ATIVIDADE DE CONTROLE INTERNO NAS INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO SUPERIOR

No decorrer dos anos, diversas foram as ações voltadas ao controle da gestão pública. Contudo, foi no final da década de 1980 que se identificou a necessidade de transformação do paradigma burocrático adotado no âmbito da Administração Pública, tendo impactos na atividade de controle interno realizada.

Sobre o assunto PETER e MACHADO (2014, p. 24) vislumbram, nesse período, a existência de uma crise geral no país, que se desdobrou em duas vertentes. Primeiro, tratou-se uma crise fiscal, na medida em que não havia capacidade de gerar poupança pública para os investimentos sociais necessários. Segundo, tratou-se também de uma crise de desempenho, pela qual se demonstrou a baixa qualidade na prestação dos serviços públicos.

Diante de tal quadro, a Administração Pública gerencial emergiu como uma resposta à crise, tornando-se então um referencial de modernidade. A busca pelo aumento da eficiência, melhoria da qualidade, ênfase nas atividades fins e nas políticas públicas como mecanismos para garantia da cidadania tornou-se o norte do novo modelo de gestão.

Com isso, o paradigma da burocracia tem sido, nas últimas décadas, modificado no âmbito da gestão pública brasileira. Os resultados passaram a ser o foco das atividades realizadas, transformando-se o modelo meramente burocrático a um padrão essencialmente gerencial.

ABRUCIO (1997, p. 07) compreende que o modelo burocrático, proposto por Max Weber, não responde mais às demandas da sociedade contemporânea, pois caminha para o lado contrário dos anseios dos cidadãos. O modelo gerencial, por sua vez, capta as principais tendências presentes na opinião

pública, destacando-se, nesse contexto, o controle dos gastos públicos e a demanda pela melhor qualidade dos serviços públicos.

A Administração Pública gerencial, a partir disso, trata-se uma consequência da modernização do setor público, despontando-se como um novo paradigma organizacional. Tal fato contribui na busca contínua pela qualidade, na descentralização administrativa e na possibilidade de ingerência dos cidadãos na avaliação dos serviços públicos. Em decorrência disso, o controle interno no âmbito da Administração Pública também sofreu influências do novo modelo, alinhando-se à busca pela otimização dos serviços e aumento da eficácia.

De uma forma geral, conforme dispõe o *Committee of Sponsoring Organization* (COSO), o trabalho de controle interno trata-se de processo desenhado para dar segurança razoável quanto ao cumprimento dos objetivos relacionados à confiabilidade das informações financeiras, à conformidade com leis e regulamentos e à eficácia e eficiência das operações (CGU, 2014).

No âmbito da Administração Pública, compreende-se controle interno como o “conjunto de atividades, planos, rotinas, métodos e procedimentos interligados, estabelecidos para assegurar que os objetivos das unidades e entidades sejam alcançados de forma confiável e concreta” (CGU, 2014).

Trata-se do controle realizado pelo próprio órgão, setor ou agente da própria estrutura administrativa, diferenciando-se do controle externo, que é realizado por órgão externo à unidade examinada. Dessa forma, evidencia eventuais desvios ao longo da gestão até a consecução dos objetivos fixados pelo Poder Público no âmbito do próprio órgão ou entidade (SILVA, 2012, p. 03).

No contexto administrativo da esfera pública (PETER e MACHADO; 2014, p. 33), identifica-se a presença de três instâncias de controle, a saber: o controle interno ou institucional, o controle externo e o controle social. O controle interno é realizado no próprio ente controlado, com o fito de orientação e prevenção, em prol de identificar e evitar a ocorrência de possíveis problemas, controlando suas causas.

O controle externo, por sua vez, é exercido em instância alheia ao ente fiscalizado, para que haja maior grau de independência e efetividade em suas ações. É o controle desempenhado pelos Tribunais de Contas para auxílio do

Poder Legislativo, por exemplo. O controle social, por fim, é aquele exercido pela sociedade, que se vale das prestações de contas e outros instrumentos de transparência da gestão.

O controle interno possui como princípios norteadores a avaliação da relação custo/benefício; qualificação adequada, treinamento e rodízio de funcionários delegação de poderes e definição de responsabilidades; segregação de funções; instruções devidamente formalizadas; controles sobre as transações; aderência a diretrizes e normas legais (SILVA, 2012, p. 105). Registre-se que a eficácia dos controles internos relaciona-se diretamente com a competência, formação profissional e integridade do pessoal (CGU, 2014).

Verifica-se que a origem da institucionalização dos sistemas de controle fomentou-se a partir de duas preocupações: abuso de poder e eficiência gerencial (TCU, 2015). Para fins de eliminar, ou pelo menos mitigar, tais dicotomias, enfatizaram-se conjuntamente os controles do poder e de resultados. Através do controle do poder, o poder dos governantes e gestores deveria ser restringido, enquanto que, pelo controle de resultados, deveria haver o uso eficiente de recursos escassos.

Nesse contexto, ascenderam os mecanismos de transparência e responsabilização no setor público e no setor privado. Passou-se a dar consequência aos atos de gestão, de maneira que aos cidadãos ou proprietários fosse oportunizada a ingerência nas decisões realizadas, aproximando-os mais dos agentes responsáveis (gestores públicos ou executivos empresariais) (TCU, 2015).

Dessa forma, a auditoria, bem como a prestação de contas, torna-se um dos principais mecanismos de controle já instituídos. Sua existência busca garantir que as escolhas tenham fundamento e representem o interesse coletivo que as justificou a priori.

No âmbito das IFES, a atividade de controle interno é orientada pela Controladoria Geral da União (CGU), que figura como órgão central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal. Na verdade, a CGU atua no âmbito do Poder Executivo prestando assistência direta e imediata ao Presidente da República quanto aos assuntos relativos à defesa do patrimônio público e ao

incremento da transparência da gestão. Para tanto, realiza atividades de controle interno, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria (CGU, 2006).

Para fins de prevenção à corrupção, a CGU promove a operacionalização de ações de cooperação com os sistemas de controle interno. Nesse contexto, trabalha em parceria com diversos órgãos de controle no âmbito do Poder Executivo, inclusive, junto às Auditorias Internas das IFES.

Quanto às Auditorias Internas, o art. 14 do Decreto nº 3.591/2000 dispõe que as entidades da Administração Pública Federal Indireta deverão organizar a respectiva unidade de auditoria interna com suporte necessário de recursos humanos e materiais, com o objetivo de fortalecer a gestão e racionalizar as ações de controle.

A Auditoria Interna, a partir disso, objetiva contribuir para o aprimoramento da gestão pública federal e, de acordo com o Art. 15 do Decreto 3.591/2000, está sujeita à orientação normativa e supervisão técnica do Órgão Central e dos órgãos setoriais do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal.

O controle interno no contexto das IFES, portanto, é desempenhado no âmbito da própria estrutura administrativa de cada instituição, contando também com a colaboração da CGU. Registre-se que a função do controle consubstancia-se na verificação da ocorrência dos atos e fatos, em prol de observar se os objetivos propostos foram realizados.

Outrossim, volta-se a fiscalizar as ações realizadas por outros e comparar resultados, figurando como uma importante ferramenta para o planejamento. Para PETER e MACHADO (2014, p. 22), é através das atividades de controle que se avaliam e se indicam erros e desvios, possibilitando-se a sua correção e, conseqüentemente, a concretização do planejado.

Ainda segundo os autores (2014, p. 23), o controle corresponde a um ciclo, em constante renovação, sendo que ao mesmo tempo em que se alimenta de informações, produz informações. Tal ciclo envolve planejamento, execução, monitoramento, avaliação e correção, sendo que um controle eficaz deve exigir

medidas de desempenho e ações corretivas, bem como ser exercido antes do momento da ação.

Ressalte-se que a atividade de controle deve pautar-se não no mero processamento de informações, mas sim em uma base de produção de informações estratégicas, tendo como objetivo a continuidade, o desenvolvimento e a responsabilidade social da entidade (PETER; MACHADO; 2014, p. 24).

Quanto às finalidades do controle interno, no que se refere ao Poder Executivo Federal, nos termos do art. 2º do Decreto nº 3.591/2000, tem-se a avaliação do cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; a comprovação da legalidade e avaliação dos resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e nas entidades da Administração Pública Federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

Além disso, cabe-lhe exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União e apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. Tais finalidades vêm ao encontro das disposições constitucionais referentes ao sistema de controle interno, que, conforme dispõe o art. 74 da Constituição Federal, deverá ser estabelecido de forma integrada entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

4 O TRABALHO DAS AUDITORIAS INTERNAS À LUZ DA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A palavra auditoria origina-se do latim *audiree* e significa ouvir (CREPALDI, 2006). Seu surgimento talvez esteja relacionado à nomeação de altos funcionários pelos imperadores romanos, com o fito de supervisionar todas as operações financeiras de seus administradores provinciais e lhes prestar contas verbalmente (TCU, 2015).

Registre-se que, com a assinatura da Carta Magna em 1215, na Inglaterra, verifica-se a limitação formal do poder do monarca, de maneira que o

rei deveria justificar seus atos ao controle do Grande Conselho, sendo, assim, considerada uma forma rudimentar de prestação de contas (TCU, 2015).

Contudo, teria sido no final do século XIII, na Inglaterra, que se originou o termo auditor. Os auditores seriam os representantes oficiais dos barões, responsáveis por relatar suas ações atestando-as em documentos que se constituiriam nos primeiros relatórios de auditoria, chamados de *probatum* sobre as contas (CREPALDI, 2006).

Compreende-se que uma das principais atribuições da Auditoria Interna é avaliar os controles internos administrativos da unidade, para assegurar o alcance dos objetivos das entidades da Administração Pública. No âmbito das IFES não seria diferente. As Auditorias Internas agregam valor à gestão, propiciando melhorias nas operações realizadas.

Ademais, prestam assessoramento à alta gestão da entidade, valendo-se de procedimentos tecnicamente organizados, voltados ao acompanhamento dos processos, avaliação de resultados e proposição de ações corretivas para os desvios gerenciais (CGU, 2014).

Segundo a Instrução Normativa nº 01/2001, da Secretaria Federal de Controle Interno, o trabalho de auditoria envolve a aplicação de um conjunto de técnicas que objetiva avaliar a gestão pública pelos processos e resultados gerenciais, bem como pela aplicação de recursos públicos por entidades de direito público e privado, a partir da confrontação entre uma situação encontrada com um determinado critério técnico, operacional ou legal.

Assim, a auditoria possui como objetivo primordial a busca pela garantia de resultados operacionais na gerência da coisa pública. Dessa forma, teria relação com o modelo burocrático adotado na máquina administrativa do Estado, guiando-se por regras estabelecidas racionalmente. Mas, ao mesmo tempo, alinha-se ao paradigma da Administração Pública gerencial ao buscar aperfeiçoar os trabalhos desenvolvidos, com aumento na eficiência e eficácia.

Destaca-se, então, como uma importante técnica de controle do Estado com o fito de melhor alocar os recursos. Sua atuação não se dá apenas para corrigir desperdícios, improbidade, negligência e omissão, mas essencialmente para antecipar-se a essas ocorrências, buscando garantir os resultados

pretendidos, além de destacar os impactos e benefícios sociais advindos. Nesse contexto, a atuação das Auditorias Internas transcende aspectos meramente técnicos para, inclusive, contribuir no melhor alcance das atividades institucionais e concretização do melhor interesse público.

Destacam-se ainda como atribuições das auditorias internas, o exame e emissão de parecer sobre a prestação de contas anual da entidade e as tomadas de contas especiais; a elaboração e execução do plano anual de atividades de auditoria interna (PAINT); a apresentação ao órgão ou à unidade de controle interno a que estiver jurisdicionada, para efeito de integração das ações de controle, seu plano de trabalho do exercício seguinte; a elaboração do relatório anual de atividades de auditoria interna – RAINT; a promoção de ações de controle para verificar a legalidade e avaliar os resultados da gestão da entidade; entre outras (IN nº 01/2001).

Compreende-se, pois, que atualmente os trabalhos realizados em nível de Auditoria Interna voltam-se ao atendimento das diretrizes do modelo gerencial adotado pela Administração Pública nas últimas décadas, na medida em que aprimora o controle interno em busca de aumentar a eficiência administrativa. Os trabalhos são desempenhados não apenas em razão de alimentar a burocracia administrativa, mas, na verdade, para fortalecer o controle interno.

Com isso, entende-se que o trabalho desempenhado pelas Auditorias Internas está diretamente relacionado ao fortalecimento da democracia no âmbito das Instituições Federais de Ensino Superior. Isso porque, ao realizar a avaliação dos controles internos em prol de otimizá-los, contribui para a satisfação do interesse público e para a concretização dos princípios norteadores do regime democrático vigente.

Nesse contexto, dispõe a Constituição Federal, art. 37, que a Administração Pública direta e indireta obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Dessa forma, a atividade administrativa do Estado se sujeitará ao princípio da eficiência, dando-se maior respaldo ao postulado da gestão ótima dos recursos públicos.

GASPARINI (2011, p. 76) disserta que o princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições

com rapidez suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento. A realização cuidadosa das atribuições evita desperdício de tempo e de dinheiro públicos.

Sobre o princípio da eficiência, DI PIETRO (2005, p. 84) vislumbra dois aspectos relevantes: quanto ao modo de atuação do agente público (do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições,); quanto ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública. Ambos possuem o mesmo objetivo: o alcance dos melhores resultados possíveis na prestação do serviço público. TAVARES (2010, p. 1327), por sua vez, assinala que um dos aspectos mais salientes do princípio da eficiência é a busca da economicidade na Administração Pública.

As Auditorias Internas das IFES possuem o papel de avaliar de forma mais abrangente os controles internos, com mais ênfase em controles gerenciais e gerenciamento de riscos, visando assessorar a alta administração no alcance dos objetivos da organização. Ressalte-se que não cabe às auditorias implementar controles, mas realizar trabalhos periódicos voltados para o exame e avaliação da adequação, eficiência e eficácia do sistema de controle interno da unidade.

Na realização desse trabalho vislumbra-se a concretização do princípio da eficiência na medida em que se aprimoram os controles instituídos, evitando-se desperdícios de tempo e recursos humanos e materiais. Como exemplo, no ano de 2014, o trabalho desempenhado pela Auditoria Interna da Universidade Federal do Ceará ganhou destaque nacional a partir do seu reconhecimento pelo Ministério da Educação como referência nacional no monitoramento e acompanhamento do Plano Brasil Maior¹⁰¹. Estima-se que o trabalho, de caráter corretivo e preventivo, proporcionou economia e compensações aos cofres públicos no valor de R\$ 10 milhões de reais (UFC, 2014).

Agrega-se, portanto, valor ao gerenciamento da ação governamental, impactando o fortalecimento da gestão, de forma a garantir a legalidade e a

¹⁰¹ "O Brasil Maior é um plano de incentivos do Governo Federal que permite a desoneração de PIS/Cofins/Pasep e INSS devidos por empresas que contratem mão de obra e se enquadrem em determinadas condições. O trabalho da Audin consistiu em realizar um levantamento, em conjunto com a Superintendência da Infraestrutura (UFC Infra) e a Pró-Reitoria de Administração, para identificar quais empresas que possuem contrato com a Universidade se encaixam nos critérios do programa". (UFC, 2014).

legitimidade dos atos e o alcance dos resultados quanto à economicidade, à eficiência e à eficácia. Com isso, contribui para a concretização dos princípios constitucionalmente estabelecidos, ratificando as disposições legais e fortalecendo a democracia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreende-se que controle interno destaca-se como um notável instrumento que contribui para a modernização da Administração Pública, buscando acompanhar as transformações sociais e o crescimento da demanda dos serviços públicos.

Nesse contexto, verifica-se que as atividades desempenhadas no âmbito do controle interno possuem relevante significado na gestão pública atualmente, na medida em que busca garantir a legalidade e a legitimidade dos atos e o alcance dos resultados quanto à economicidade, à eficiência e à eficácia.

No que se refere às Auditorias Internas das IFES, seu papel é importante para correção de desperdícios, improbidade, negligência e omissão. Porém, até mesmo como decorrência da busca pela eficiência administrativa, tais unidades são essenciais para antecipar-se a essas ocorrências.

A atuação em caráter preventivo é uma forma de concretizar o princípio da eficiência no âmbito da Administração Pública, pois contribui para mitigar as fragilidades existentes e, assim, colabora para garantir os resultados pretendidos da melhor forma possível. Com isso, verificam-se impactos e benefícios sociais advindos, dado o alcance das atividades institucionais.

Acredita-se, por fim, que o trabalho desempenhado pelas Auditorias Internas nas IFES aumenta a efetividade dos controles internos instituídos, pois as unidades de auditoria acompanham de perto as rotinas administrativas da instituição, conhecendo, inclusive, suas potenciais fragilidades e combatendo-as. Dessa forma, contribui para a satisfação do melhor interesse público e fortalecimento da democracia através da concretização dos princípios constitucionalmente estabelecidos.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, F. L. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública.**

Disponível em:

<<http://www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fAbrciocad%2010.pdf>>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Disponível em:

<<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Curso controle e auditoria interna.** Capacita 2014. Programa de orientação e capacitação dos gestores públicos federais. Plataforma Escola de Administração Fazendária. ESAF - 2014.

COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATION. **Guidance on Monitoring Internal Control Systems.** Disponível em: <http://www.coso.org/default.htm>.

Acesso em: 10 de abril de 2015.

CRUZ, F. **Auditoria governamental.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

CUNHA JUNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 39.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo.** 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERRAJOLI, L. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: **O Estado de Direito.** COSTA, P.; ZOLO, D. (orgs). São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 417-464.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76.

GUTIERREZ SOBRINHO, E. Fundamentos do constitucionalismo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3651, 30 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24816>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 360.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Instrução normativa n.º 01, de 06 de abril de 2001.** Disponível em: Acesso em: 14 de abril de 2015.

PETER, M. G. A. **Manual de auditoria governamental.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, M. **Controle interno Controle externo**. 1 ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2012.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ. **Trabalho da Auditoria Interna da UFC é referência nacional, atesta o MEC**. Disponível em:
<http://ufc.br/noticias/noticias-de-2014/4955-trabalho-da-auditoria-interna-da-ufc-e-referencia-nacional-atesta-o-mec>. Acesso em: 12 de abril de 2015.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Manual de Auditoria de Natureza Operacional**. Secretaria-Geral de Controle Externo, Coordenadoria de Fiscalização e Controle. Brasília, 2000.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Prestação de contas**: Fundamento da Democracia e Exercício de Cidadania. Plataforma Instituto Serzedello Corrêa. 2015.

ANÁLISE FUNCIONAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E SOCIAIS

Francisco Carlos Duarte

RESUMO: Quando um país enfrenta alguma situação de crise política ou econômica, a população espera uma rápida resposta dos governantes. Entretanto, o modelo burocrático e de acúmulo de funções do Estado há muito tempo mostrou ser ineficiente para suprir as demandas. Por isso a Administração Pública indireta tem se tornado mais relevante através das agências reguladoras, que têm a função de regular diversos setores da economia, implementar políticas públicas e preservar o interesse público. A questão analisada no presente artigo é se as agências estão preparadas para agir prontamente em cenários de instabilidade política e econômica, atenuando as consequências para a sociedade e se conferem maior credibilidade à Administração Pública. Para cumprir esta empreitada, optou-se pelo método indutivo, a partir da pesquisa bibliográfica e análise da legislação vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento, atividade econômica, políticas públicas, agências reguladoras.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo se inscreve na linha de pesquisa “Direitos sociais, desenvolvimento e globalização”, do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, e é produto do projeto de pesquisa do grupo de estudos em Análise Econômica do Direito do petróleo.

Iniciamos o estudo com a necessidade de compreensão das circunstâncias nas quais as agências reguladoras surgiram no mundo e, posteriormente, no Brasil: No ano de 1834, na Inglaterra, foram criadas, pelo Parlamento, entes autônomos para concretizar medidas previstas em lei e para dirimir as controvérsias delas resultantes. Para cada lei que surgisse disciplinando um importante setor da sociedade, era criado um ente autônomo para aplicá-la. Nos Estados Unidos, ainda no século XIX, por influência inglesa, houve uma proliferação de agências para regular determinadas atividades. O fenômeno das

agências transformou os serviços públicos, que saíam das mãos do Estado passando para os particulares – de forma aparentemente bem sucedida.

No Brasil, nas últimas duas a três décadas, viu-se a necessidade de enxugar as funções do Estado, que até então assumia o papel de produtor, prestador, protecionista e empresário, e estava sobrecarregado, resultando na morosidade do cumprimento de suas funções. A solução encontrada foi a transferência de certas atividades econômicas para a iniciativa privada, através do Programa Nacional de Desestatização. O modelo burocrático do Estado com acúmulo de funções não era capaz de acompanhar o desenvolvimento da economia e da sociedade, especialmente diante da crescente globalização. Isso prejudicava a gestão pública e afetava profundamente a governabilidade. Era hora de modernizar o Estado, que passaria a assumir o papel de regulador, fiscalizador e fomentador, estando voltado apenas para as funções mais essenciais.

Em todo o mundo, os cidadãos e seus representantes eleitos parecem simplesmente ter chegado à conclusão de que o governo de seu país, seja qual for o seu tamanho relativo, é grande demais e precisa ser reduzido, de que a administração pública é muito cara e deve ser modificada para oferecer maior eficiência e maior eficácia. (KETTLE, 1999, p. 76).

Entretanto, para assegurar o respeito aos interesses da coletividade, essas atividades econômicas deveriam ser rigorosamente reguladas e fiscalizadas, de forma que tiveram que ser importadas para a realidade brasileira as agências reguladoras. As primeiras agências criadas no Brasil foram a ANP - Agência Nacional do Petróleo (Lei nº 9.478/96), ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) e ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica (Lei nº 9.427/96).

As agências reguladoras são órgãos desburocratizados e especializados, sendo, portanto, mais ágeis, mais ajustadas ao funcionamento da economia como um todo. São também profundas conhecedoras das técnicas e especificidades do mercado que regulam, muitas vezes sendo até mesmo pioneiras na criação de novas técnicas e meios de exploração, através dos investimentos à pesquisa e desenvolvimento. Para isso, as agências reguladoras requerem autonomia

econômico-financeira, administrativa e a capacidade de editar normas e decidir sobre casos concretos.

2 A DESCENTRALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na quadra final do século passado, houve uma transformação nas concepções dominantes quanto ao papel do Estado diante da nova realidade mundial, sendo um dos temas mais discutidos na atualidade. O processo de transformação do Estado é constante, assim como a evolução da civilização, onde o setor público abandona algumas funções e assume outras (PIMENTA, 1998). Nas últimas décadas, a globalização foi um fator de aceleração deste processo, pois exige o desenvolvimento da atividade econômica de forma mais rápida, menos burocrática e com mais qualidade, para que o país possa se manter competitivo. Este novo papel adota a descentralização como estratégia, enfraquecendo as funções de produtor direto, interventor e protecionista, e fortalecendo as funções reguladora, fiscalizadora e de indução do desenvolvimento, possibilitando o aumento da governabilidade (GROTTI, 2006).

Este é um ponto de grande importância: o aumento da necessidade de regulação é consequência da opção política e econômica do Estado de, em vez de assumir diretamente o exercício de atividade empresarial, intervir ativamente nessas atividades, utilizando instrumentos de autoridade. Não significa uma redução quantitativa obrigatória da atividade do Estado, mas uma alteração no perfil dessa atividade: ao deixar de assumir a tarefa de produção direta de bens e serviços, o Estado, na mesma proporção, intensifica o exercício de suas prerrogativas de intervenção no domínio econômico. (ALEXANDRINO e PAULO, 2013, p. 160).

Essa alteração ocorre com o propósito de que a Administração Pública direta fique mais voltada às suas atividades-fim. Neste cenário, a administração pública indireta torna-se mais relevante, e o controle das práticas econômicas também se dá de forma indireta. O Estado redimensionou a sua atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174, CF), através da criação de agências reguladoras e de um novo modelo de regulação para a competição, encontrando a medida exata em que o deve interferir na economia, visto que é sabido que o mercado sozinho não garante desenvolvimento,

prosperidade e justiça social, assim como o estatismo exagerado dá vazão ao corporativismo e à ineficiência.

Com a implementação da política que transfere para o setor particular a execução dos serviços públicos e reserva para a Administração Pública a regulamentação, o controle e a fiscalização da prestação desses serviços aos usuários e a ela própria, o Governo Federal, dito por ele mesmo, teve a necessidade de criar entidades para promover, com eficiência, essa regulamentação, controle e fiscalização, pois não dispunha de condições para enfrentar a atuação dessas parcerias. Tais entidades, criadas com essa finalidade e poder, são as agências reguladoras. São criadas por lei como autarquia de regime especial recebendo os privilégios que a lei lhes outorga, indispensáveis ao atingimento de seus fins. São entidades, portanto, que integram a Administração Pública Indireta. (GASPARINI, 2000, p. 342).

Este novo modelo de Estado e de gestão objetiva, principalmente, assegurar maior eficiência no desempenho das atividades da Administração Pública, maior agilidade e capacidade gerencial, maior legitimidade e transparência e maior aproximação com a sociedade.

Para a criação das agências reguladoras, o legislador optou pela forma de *autarquia sob regime especial*. As autarquias são entes que fazem parte da Administração Pública indireta desde a reforma administrativa federal ocorrida a partir do Decreto-Lei n.º 200 de 25 de fevereiro de 1967, que define em seu art. 5º, inciso I, autarquia é “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

Segundo Hely Lopes Meirelles,

A autarquia não age por delegação, age por direito próprio e com autoridade pública, na medida do *jus imperii* que lhe foi outorgado pela lei que a criou. Como pessoa jurídica de direito público interno, autarquia traz íncita, para a consecução de seus fins, uma parcela do poder estatal que ele deu vida. Sendo um ente autônomo, não há subordinação hierárquica da autarquia para com a entidade estatal a que pertence, porque, se isto ocorresse, anularia seu caráter autárquico. Há mera vinculação à entidade matriz de que, por isso, passa a exercer, um controle legal, expresso no poder de correção finalístico do serviço autárquico. (MEIRELLES, 1998, p. 298).

Tão importante quanto o conceito de autarquia, são as características que compõem a sua estrutura, de onde se extrai sua forma de composição e seu funcionamento. Em resumo, são elas: criação por lei, personalidade jurídica pública, capacidade de autoadministração, especialização dos fins ou atividades

e sujeição a controle ou tutela (DI PIETRO, 2013). Como se pode observar, a autarquia possui certa independência, porém, não foge do controle que o Estado tem sobre ela. Sua capacidade de autoadministração está limitada aos ditames da lei que a criou.

A característica fundamental, dentre as supracitadas, consiste na especialização dos fins ou atividades, pois trata-se do ponto principal para que seja possível alcançar o objetivo para o qual elas são criadas. As autarquias existem para atuar em serviços e setores onde é necessária uma administração mais ágil, dependendo, portanto, de pessoal especializado.

Para a criação das agências reguladoras seria necessário maior independência, pois as autarquias ainda estavam submetidas a um certo controle dos seus meios de atuação, que acabava por engessar as atividades. A solução para isso foi a criação das autarquias sob regime especial (art. 4º da Lei 5.540, de 1968), dotadas de maiores privilégios comparativamente com as autarquias comuns, que ampliam a sua autonomia possibilitando o cumprimento mais adequado das suas finalidades (AZEVEDO, 1998). As agências reguladoras possuem, portanto, ampla autonomia técnica, administrativa, financeira e orçamentária, bem como, poder normativo.

3 OS PODERES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O Estado brasileiro, a partir da instituição do Plano Nacional de Desestatização, passou a adotar um novo modelo gerencial de Administração Pública, tendo um papel preponderantemente de fiscalização e regulação das atividades econômicas, através das agências reguladoras, ao invés de explorá-las diretamente. Uma definição apropriada das agências reguladoras é a seguinte:

São autarquias que recebem por lei tal qualificação, quando de sua criação, para atuar como órgãos autônomos, destinados a administrar setores em que são desenvolvidas *atividades privadas de interesse público*, tais como o são os *serviços públicos*, por delegação (concessões e permissões e institutos afins), bem como as atividades, profissionais ou empresariais, que venham a estar legalmente submetidas a um *regime especial de controle* destinado a salvaguardar valores específicos, como ocorre com a vigilância sanitária, com o

regime hídrico e tantos outros, em listagem em expansão, na medida em que as atividades privadas, em áreas econômicas ou sociais constitucionalmente definidas como de *relevância coletiva* recebam específico ordenamento público regulador. (MOREIRA NETO, 2014, p.256-257. Destaque no original).

As agências reguladoras atuam sobre setores vitais da economia – tais como a energia elétrica, telecomunicações, aviação civil, vigilância sanitária e o petróleo – cuja titularidade, via de regra, por imposição constitucional, é pública, mas sua execução, a partir das privatizações, passou a ser encetada por entidades privadas, em consonância com o art. 175 da Constituição Federal (PIMENTA, 1998). A atividade econômica, portanto, é exercida pela iniciativa privada, mas o interesse público continua sendo velado pelas agências reguladoras. Há casos, também, como a Petrobrás, que é uma sociedade de economia mista, mas está igualmente submetida ao controle de uma agência reguladora.

O regime jurídico-constitucional do petróleo é um caso típico de exercício do monopólio estatal com “quebra de reserva”, [...], por meio de concessões a particulares. A União é quem tem competência constitucional de decidir quem pode exercer as atividades econômicas no setor de petróleo [...], ou seja, de acordo com Alexandre de Moraes, há um “monopólio de escolha do Poder Público”. (BERCOVICI, 2011, p. 324).

No que tange às funções das agências reguladoras, pode-se dizer que gozam de certa independência em relação aos três poderes do Estado:

(a) em relação ao Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, que justifica o nome de órgão regulador ou agência reguladora; (b) em relação ao Poder Executivo, porque as normas e decisões não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão; (c) em relação ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase-judicial no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pela agência, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos respectivos serviços. (DI PIETRO, 1999, p.131).

Entretanto, cabe a ressalva de que essa independência deve ser vista em harmonia com o regime constitucional brasileiro que a limita, por exemplo, pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, CF), ou com relação ao Poder legislativo que, por óbvio, as normas emanadas das agências não podem se sobrepor ou conflitar com as disposições constitucionais ou legais editadas pelo Congresso Nacional. Portanto, em que pese serem

independentes ou autônomas, as agências reguladoras estão submetidas ao controle dos três poderes do Estado, bem como do Tribunal de Contas da União.

As atribuições das agências reguladoras, quando comparadas umas às outras, de um modo geral, sofrem pequenas alterações de acordo com a lei de criação de cada uma delas. Há, entretanto, uma atribuição comum à todas: a regulamentar – de onde vem o nome “reguladoras”.

Possuindo poder normativo, então, consideraremos o ente uma agência reguladora. Esta será, portanto, não o ente que, simplesmente exerça regulação em qualquer das formas, mas, acima de tudo, o que possua competência para produzir normas gerais e abstratas que interferem diretamente na esfera de direito dos particulares. (MENDES, 2000, p. 129).

Para que o desempenho dessas agências seja considerado satisfatório elas deverão expedir normas operacionais e de serviço, acompanhando o ritmo do desenvolvimento tecnológico e das demandas populares, fiscalizar o cumprimento dessas normas e, quando necessário, aplicar as devidas sanções com rapidez. O poder regulatório se deve ao fato de que as agências são instituídas para combater as prováveis falhas de mercado, assegurando a competitividade do setor no cenário mundial, diminuir custos de transação inerentes à provisão de bens públicos, reduzir assimetrias de informação entre agentes econômicos, combater externalidades negativas advindas das interações econômicas, universalizar serviços e promover interesses dos consumidores (PRZEWORSKI, 1998).

O regulamento editado pela agência reguladora, portanto, tem validade sempre que houver previsão legal para essa edição, se forem cumpridos os requisitos constantes na lei permissora e se estiver de acordo com o ordenamento jurídico vigente, visto que, obviamente, uma agência reguladora jamais poderá criar uma norma que esteja em desconformidade com o que prevê uma lei hierarquicamente superior. Este poder normativo, ainda que amplo, se dá com base em parâmetros predeterminados chamados de *standards*, que são os limites para o exercício satisfatório do poder delegado.

Essas figuras [agências reguladoras] envolvem o exercício de um amplo poder normativo (o poder de ditar normas com a mesma força de lei e com base em parâmetros [...] - *standards* nela contidos), outorgado pelos diversos diplomas legais que as tem instituído, cumulado com o fiscalizatório, o sancionatório, o de dirimir conflitos de interesses entre

agentes econômicos regulados, entre tais agentes e a própria agência, ou mesmo entre tais agentes e usuários, etc. (GROTTI, 2006, p. 8).

Essa descentralização do poder permite uma melhor gestão e desburocratização do Estado e celeridade nas decisões. A função normativa das agências reguladoras representa hoje a condição *sine qua non* para que a regulação aconteça de forma ágil e satisfatória.

Como, em princípio, não se fazia necessária e nítida diferença entre as matérias que exigem escolhas político-administrativas e as matérias que devam prevalecer às escolhas técnicas, a competência legislativa dos parlamentos, que tradicionalmente sempre foi privativa, na linha do postulado da Separação dos Poderes, se exerceu, de início, integral e indiferenciadamente sobre ambas. Somente com o tempo e o reconhecimento da necessidade de fazer a distinção, até mesmo para evitar que decisões técnicas ficassem cristalizadas em lei e se tornassem rapidamente obsoletas, é que se desenvolveu a técnica das delegações legislativas. (MOREIRA NETO, 2000, p. 162)

As agências reguladoras estão inseridas no contexto do poder-dever da Administração Pública, ou seja, no poder jurídico conferido ao agente público para a satisfação do interesse da coletividade. Os setores sobre os quais elas atuam estão estritamente relacionados à questão do desenvolvimento pátrio, e portanto, evidenciam o poder-dever da atuação da agência sobre aspectos regulatórios existentes a respeito da relação e equilíbrio entre atividade econômica, energia, desenvolvimento, sociedade e meio ambiente, prevenindo falhas de mercado e preservando o interesse público.

O papel fundamental das agências reguladoras neste cenário é justificado:

[...] desenvolvem uma tripla regulação: a regulação dos monopólios, visando atenuar o efeito das forças de mercado, através de controle de preços e da qualidade do serviço; a regulação para a competição, a fim de criar condições para existência e manutenção da concorrência; e a regulação social, objetivando à universalização dos serviços, que agora obedece a uma certa tendência à eliminação dos subsídios cruzados. Por fim, a circunstância de agirem sem subordinação ao Executivo [...]. Com isso, busca-se assegurar uma regulação imparcial, decisões mais técnicas, dotadas de maior proteção contra as ingerências meramente políticas, que poderiam prejudicar o funcionamento ideal de um modelo competitivo. (GROTTI, 2006, p. 8).

Diante de todos esses aspectos vemos a importância de se ter um órgão especializado para o setor, que seja capaz de acompanhar o desenvolvimento da indústria, solucionar eventuais conflitos e direcionar os ganhos de forma que a economia brasileira possa se fortalecer, pois tudo isso representa, acima de tudo, zelo pelo interesse público. Ademais, o poder regulador ainda vai além do interesse público, conforme explica Tércio Sampaio:

Não basta que a delegação tenha por objetivo fins genéricos do tipo interesse público (ainda que setorial), mas é preciso que as finalidades sejam postas na forma de princípios finalísticos de ação. Não basta, no mesmo sentido, a fixação de fins do tipo interesse protegido do consumidor, mas exige-se algum detalhamento desses interesses. Com isso, a competência instrumental delegada obriga-se a completar este detalhamento, estabelecendo fins tecnicamente viáveis e encontrando os meios adequados, responsabilizando-se, afinal, pela relação solidária de meios e fins (responsabilidade pelo êxito). (FERRAZ JÚNIOR, 2000, p. 151).

Sotirios Barber¹⁰² apud Siqueira Castro (1986, p.182), esclarece o funcionamento e a legitimidade das agências reguladoras na experiência norte-americana da seguinte forma:

[O Congresso] pode delegar decisões para outros, até mesmo decisões importantes, desde que estas delegações sejam exercícios de poder necessários e adequados; em outras palavras, enquanto puder ser dito que tenha havido prévia decisão do Congresso sobre salientes pontos de dúvida política referentes à questão e que as delegações sejam os instrumentos das decisões [...] A questão em todos os casos deve ser se o Congresso delegou como um meio para concretizar uma política ou como uma forma de fugir responsabilidade decisória. (CASTRO, 1986, p. 40-41, 89. Tradução livre dos autores¹⁰³).

Barber explicita a validade das delegações instrumentais à órgãos independentes que, conforme demonstrado, são essenciais para que o Estado possa conviver com a complexidade social e econômica em termos de técnicas e saberes especializados. Neste sentido, a atuação das agências reguladoras está amparada pelo princípio da eficiência (art. 37, CF).

O princípio da eficiência, incorporado ao rol taxativo dos princípios da Administração Pública a partir da Emenda Constitucional n. 19, de 04/06/1998, “disciplina a atividade administrativa nos seus resultados e não apenas na sua consistência interna” (FERRAZ JUNIOR, 2000, p. 153). Para que pudesse manter-se eficiente em um mundo globalizado e competitivo, a Administração desempcumbiu-se de algumas de suas responsabilidades diretas, transferindo-as para as agências reguladoras, que agora são as encarregadas de fazer concessões, permissões e autorizações para a exploração de determinadas

¹⁰²BARBER, Sotirios A. **The Constitution and the Delegation of Congressional Power**. Chicago: University of Chicago Press, 1975.

¹⁰³[...] it may delegate decisions to others, even important decisions, as long as these delegations appear to be necessary and proper exercises of power; in other words, as long as it can be said that Congress has arrived at clear policy decision among salient alternatives and that the delegations in question are instrumental to such decisions [...] The question in every case should be whether Congress has delegated as a means to pursuing policy or as a way of evading responsibility for decision.

atividades econômicas, conforme suas respectivas leis instituidoras, bem como regular, controlar e fiscalizar estas atividades.

Alguns doutrinadores atentam para a diferença conceitual entre poder regulatório e poder regulamentar. A noção de regulação está ligada a finalidades econômicas e técnicas, de forma que as agências somente poderão expedir regulações de conteúdo econômico ou técnico necessários ao bom funcionamento da atividade regulada. Apenas de forma esporádica estes órgãos poderão veicular atos de conteúdo jurídico – somente quando o caso concreto assim requerer. Entre os doutrinadores que explicam bem essa distinção citamos aqui Villela Souto, que afirma:

Cumpra, pois, não confundir a regulação, que é um conceito econômico, com a regulamentação, que é um conceito jurídico (político). Aquela é sujeita a critérios técnicos, que tanto pode ser definida por agentes estatais (envolvendo a Teoria da Escolha Pública) preferencialmente dotados de independência (para fazer valer o juízo técnico sobre o político), como pelos próprios agentes regulados (auto-regulação). (SOUTO, 2002, p. 43).

Em resumo, o principal objetivo da delegação do poder normativo em favor das agências reguladoras é propiciar a edição de normas de forma mais rápida e com mais conhecimento técnico e de casos concretos. Esses limites técnicos não podem ser ultrapassados, ou estaria caracterizada uma invasão à competência do Poder Legislativo. As limitações são, portanto, materiais (normas de cunho técnico e sobre matérias específicas) e formais (observando a legislação vigente). Sendo assim, o poder normativo das agências reguladoras não é exercido de forma arbitrária.

Por fim, convém analisarmos as capacidades decisória e sancionatória das agências reguladoras, derivadas de seu poder normativo. Mais uma vez a independência das agências esbarra em limitações. No caso, no princípio da jurisdição una (art. 5º, inciso XXXV, CF). Ainda que a agência possa normatizar, fiscalizar, decidir e sancionar, o Judiciário poderá julgar a causa. A agência reguladora deve criar as condições necessárias para uma resolução mais rápida do conflito, mas as partes têm a possibilidade de discutir a causa em juízo caso sintam-se lesadas de alguma forma.

A citada independência dos órgãos reguladores é relativa, posto que vigora o 'princípio da jurisdição una, o que implica em dizer que nenhuma lesão ou ameaça de lesão escapará à apreciação do Poder

Judiciário. Essa submissão das decisões das agências reguladoras ao magistrado diminui-lhes a força e a eficácia de agilizar o procedimento, solucioná-los através da intervenção de técnicos habilitados e reduzir os custos do contencioso. O ideal é introduzir a limitação da lei nº 9307 (que regula arbitragem), somente admitindo o questionamento jurisdicional se houver vícios formais na decisão, respeitadas as situações em que há direitos indisponíveis do estado. (SOUTO, 1999, p. 132).

Para atender às necessidades do mercado, as agências fiscalizam as atividades de modo que não fujam do que lhes compete, e tomando o devido cuidado para não infringir os Poderes do Estado. Isso significa que a sua atuação se dará sempre de acordo com o que foi regulado e contratado, com o objetivo de garantir o funcionamento adequado de determinado setor da economia.

4 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO CENÁRIO POLÍTICO E ECONÔMICO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO

Atualmente, no Brasil, as agências reguladoras devem garantir o desenvolvimento sustentável, tanto no sentido de conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente¹⁰⁴ (em conformidade com o art. 23, inc. VI, da Constituição Federal), como no sentido de garantir que os diferentes setores da economia sejam capazes de se sustentar e se desenvolver ao longo do tempo, ou seja, protegendo os direitos e deveres dos agentes econômicos e dos consumidores e implementando políticas públicas, guiando os setores, inclusive quando há crises, e restabelecendo o equilíbrio dos mercados. Exemplos disso são a atuação da Comissão de Valores Mobiliários, que durante a crise financeira de 2008 publicou novas resoluções¹⁰⁵ com o objetivo de atenuar a assunção de riscos no mercado de derivativos e coibir atos prejudiciais ao seu funcionamento, além de fazer as devidas adequações para a harmonização legislativa necessária para a competitividade do sistema financeiro brasileiro diante dos mercados globalizados e das alterações normativas¹⁰⁶ que ocorreram nos países desenvolvidos; e a atuação da Agência Nacional do Petróleo, que

¹⁰⁴ Conceito definido na Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada pela Organização das Nações Unidas.

¹⁰⁵ Resoluções 467 e 475 da Comissão de Valores Mobiliários.

¹⁰⁶ Um exemplo disso foi a Lei Dodd-Frank, que entrou em vigor em julho de 2010 e alterou os parâmetros de funcionamento dos mercados financeiros.

investiga as empresas quando há uma atividade lesiva ao meio ambiente e fiscaliza a arrecadação e distribuição dos *royalties* decorrentes da exploração petrolífera. Essa atuação se dá em conjunto com a atuação dos Ministérios.

Na estrutura atual, os Ministérios são os auxiliares do Presidente da República na tarefa de direção da administração federal. De acordo com as atribuições que lhes foram conferidas constitucionalmente, deverão orientar, coordenar e supervisionar os órgãos e entidades que estiverem em sua área de competência. Essa atribuição se estende também para a Administração Pública indireta – as agências reguladoras –, conforme o art. 4º do Decreto-lei 200/67 (MARRARA, 2004).

Decorre do Poder Legislativo a política pública genérica (em sentido amplo), dos Ministérios e Conselhos, a política pública setorial, e cabe à agência reguladora implementá-la, aplicando seu respectivo marco regulatório. Vejamos, por exemplo:

[...] os artigos 1º e 2º da Lei nº 9.478/97, que cria a ANP, determinaram algumas diretrizes legais da política nacional, deixando ao Conselho Nacional de Política Energética a atribuição de propor novas políticas. Vale dizer que o Conselho é vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Minas e Energia. (MARRARA, 2004, p. 11).

Esse caminho percorrido se dá no sentido de maior concretização. Isso significa que a agência reguladora tem um contato mais direto e mais eficaz com os mercados que regula e com o povo.

As agências reguladoras não são eminentemente responsáveis pela formulação de políticas setoriais. Estas políticas, em especial no que diz respeito a planejamento e metas de universalização e acesso, devem ser formuladas pelos Ministérios, com uma fronteira bem delimitada, a fim de que política setorial não seja tomada por regulação econômica e vice-versa. Nesse particular, note-se que, embora distintas, regulação econômica e políticas setoriais têm papéis complementares e não antagônicos. Com este propósito, o Poder Executivo deve também assumir e ativar, com firme determinação política e autonomia, os fóruns colegiados e interministeriais responsáveis pela formulação das políticas públicas setoriais, para inclusive poder orientar as agências de forma clara, permitindo-lhes implementar as políticas com o mínimo de ambigüidade. (CASA CIVIL, 2003, p. 7).

Dessa forma, as agências reguladoras e os ministérios podem atuar de forma harmoniosa e até mesmo cooperativa. Compete às agências reguladoras “a escolha dos meios e instrumentos que, no âmbito das competências regulatórias, melhor se coadunam para, de forma eficiente, ensejar o atingimento das políticas públicas setoriais.” (CASA CIVIL, 2003, p. 08)

Entre as funções das agências no atual cenário brasileiro, portanto, a fundamental é a de aplicar o marco regulatório, concretizando o plano de ação governamental e dando efetividade às políticas públicas. São também responsáveis por garantir a segurança jurídica do mercado, a sua previsibilidade, encorajando os investimentos através da transparência das “regras do jogo”; defender a concorrência, em atuação conjunta com o CADE, preservando a economia e combatendo as falhas de mercado; além de defender os usuários e consumidores dos serviços, promovendo a universalização do acesso e preservando os direitos difusos.

As políticas públicas emergem das necessidades da sociedade que pressionam a ação da Administração Pública (GIOVANNI, 2010). Nessa esteira, é comum que surjam conflitos, pois os diferentes setores da sociedade estão vinculados a diferentes valores e ideais, alguns mais voltados ao livre-mercado, outros à programas sociais e de bem-estar, e assim por diante. Decorre disso a preocupação com a chamada “teoria da captura”, que é o risco de que o aparato regulatório seja “adquirido” por setores econômicos, de forma que a regulação seja desenhada exclusivamente para o seu benefício. Sendo assim, os entes reguladores que foram criados para sanar as imperfeições do mercado poderiam, ao contrário, contribuir para o seu agravamento, preservando privilégios ao invés de preservar o interesse público.

As agências reguladoras foram criadas com tamanha autonomia e rigorosas regras para os mandatos de seus dirigentes justamente para evitar este tipo de situação de captura. Entretanto, ainda há alguns pontos que devem ser trabalhados para fortalecer sua credibilidade, especialmente quando surgem cenários de instabilidade, onde a sua atuação idônea e eficiente é ainda mais imprescindível.

5 A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS EM CENÁRIOS DE INSTABILIDADE POLÍTICA OU ECONÔMICA

Além da função básica e fundamental das agências reguladoras de dirimir conflitos e atenuar crises pontuais que possam ocorrer dentro do setor regulado –

conforme os supracitados exemplos de desastres ambientais no setor petrolífero, defesa da concorrência e coibição de atos fraudulentos dos agentes econômicos – esses entes reguladores também assumem um importante papel quando há um cenário de instabilidade política e/ou econômica dentro da nação como um todo.

É importante lembrar que conexas à atividade regulatória existe também a atividade de fiscalização. As agências reguladoras, portanto, são as principais fiscalizadoras dos serviços públicos na busca por melhores resultados e promoção do bem-estar social, conciliando e definindo regras que permitam a credibilidade dos agentes econômicos privados e a continuidade da prestação de serviços aos usuários com padrões requeridos de qualidade e a preços compatíveis com o padrão

de renda da população brasileira.

Através da transferência da atividade empresarial para os agentes privados e também devido ao seu conhecimento técnico e especializado – fruto de constantes investimentos em pesquisas –, e à proximidade e boa interlocução com os agentes regulados, as agências e suas políticas regulatórias representam uma solução interessante no sentido de atingimento de metas com pouca onerosidade para o poder público. É o meio mais eficiente de se implementar as políticas públicas, e a efetivação dos direitos fundamentais (política de estado) depende da implementação dessas políticas.

Além disso, a atuação das agências reguladoras é indispensável para o sucesso dos investimentos privados, não apenas pela segurança jurídica que conferem ao mercado regulado, mas também pela tomada de decisões, de acordo com a política idealizada para cada caso concreto, que pode determinar que haja uma participação financeira do poder público (por meio de subvenção, subsídios ou financiamentos), ou pode determinar que os custos sejam repassados diretamente aos usuários, quando possível e conveniente. O fato é que essas decisões dependem do alto grau de conhecimento que as agências reguladoras possuem sobre seus respectivos setores econômicos, e isso significa que essas agências exercem um papel chave na administração, prevenção ou solução de crises – inclusive porque a confiança dos investidores privados depende da eficiência dessa atuação.

Some-se a isto o fato de que a transferência da execução de determinadas políticas desonera o Estado, pois transfere, total ou parcialmente, os pesados custos com investimentos em infra-estrutura, com as vantagens decorrentes do ganho de eficiência da iniciativa privada, sendo os custos diluídos racionalmente, de modo a não afetar muito o orçamento público (DI PIETRO, 2005). A regulação econômica também pode ser o veículo indutor de criação das condições do mercado em circunstâncias em que elas não existem, estimulando a concorrência, minimizando deficiências e promovendo redistribuições equânimes (SALOMÃO FILHO, 2002). As agências reguladoras, portanto, são os veículos de implementação de políticas públicas que devem conciliar três objetivos: previsibilidade, estabilidade e flexibilidade dos mercados, combatendo a estagnação econômica e a crise fiscal. Diante dessa nova realidade de transformações econômicas rápidas e constantes e de uma população que cresce exponencialmente, o Estado não poderia permanecer no papel de empresário, produtor e protecionista sem se tornar demasiadamente inchado e oneroso. As agências reguladoras, portanto, representam hoje a única alternativa viável para a modernização da máquina estatal, onde a Administração Pública preserva o interesse público através da regulação.

Ao mesmo tempo em que o Estado se distancia mais dos mercados, abrindo espaço para a atuação dos agentes privados, aproxima-se mais dos agentes econômicos, conhecendo mais profundamente os setores e abrindo canais de comunicação mais diretos. O principal objetivo desta abordagem deve ser o de recuperar a credibilidade e a confiança dos investidores e dos consumidores no governo. Isso requer ainda alguns ajustes no sentido de legitimar democraticamente a atuação das agências reguladoras: sua independência não pode ser excessiva a ponto de tornar-se incoerente com os mecanismos de controle social. O sistema regulatório por meio de agências deve conciliar os interesses dos diversos grupos sociais com a relativa independência operacional dos reguladores.

A participação e o controle social democrático devem se dar, primeiramente, através da transparência e o acesso à informações, a

possibilidade de consultas públicas e a prestação de contas, seguindo o conceito de *accountability*.

[...] a transparência é fundamental para se garantir a legitimidade social à atuação independente da agência. Nesse sentido, ela deve assegurar, por meio de estruturas estatutárias e mecanismos práticos, a maior quantidade possível de canais de comunicação com os consumidores e seus órgãos de representação, de forma a obter uma visão pluralista e balanceada dos pontos de vista específicos dos grupos de interesse. Para auxiliar essa tarefa, a agência deve utilizar a prática usual de elaboração de consultas públicas, em audiências prévias às tomadas de decisões e com a publicação de documentos preliminares para a apreciação dos interessados. (PIRES E GOLDSTEIN, 2001, p. 12).

Dessa forma, as decisões finais dos reguladores podem ser fiscalizadas publicamente e pelo Ministério Público, de acordo com o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. O Ministério Público fiscalizará a agência reguladora quando houver falhas por comissão ou omissão, podendo, sempre que necessário, judicializar o caso através de Ação Civil Pública (art. 129, III, CF). Essa função seria algo como “fiscalizar o fiscalizador”, pois a agência tem a responsabilidade de fiscalizar o seu setor econômico específico, e o MP fiscaliza essa atuação. É importante ressaltar que qualquer cidadão pode provocar essa iniciativa da Ação Civil Pública, nos termos do art. 6º da Lei 7.347/1985, contribuindo para a legitimação democrática dessa tomada de decisões dos entes reguladores, fortalecendo o arranjo institucional brasileiro.

Esses aspectos tornam-se ainda mais relevantes quando levamos em conta que as agências reguladoras, muitas vezes, enfrentam crises internas, quando há casos de captura, privilégios indevidos, corrupção ou qualquer tipo de negligência ou ilegalidades por parte de seus dirigentes ou atribuídos à agência em si. Um exemplo atual disso é a crise enfrentada pela Agência Nacional do Petróleo, onde são investigadas irregularidades em contratações e na fiscalização das atividades da Petrobrás. Por isso as formas de controle social e a fiscalização do Ministério Público são imprescindíveis. As agências reguladoras são perfeitamente capazes de assumir um papel chave na solução de crises econômicas e políticas, mas ainda necessitam de ajustes para enfrentar crises internas. Na palavras da diretora da ANP, Magda Chambriard, “as pessoas

passam e as instituições ficam, e é com instituições fortes que construímos um país forte.”¹⁰⁷

Na sociedade contemporânea, onde os riscos tomam proporções cada vez maiores e muitas vezes são gerados pelo próprio avanço técnico-científico da indústria, sendo aumentados ou diminuídos de acordo com interesses políticos (BECK, 2011), somente a combinação de um ente regulador dotado de conhecimentos especializados e legitimado pelo controle social é capaz de atenuar cenários de instabilidade política ou econômica que possam surgir.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Setores econômicos dinâmicos devem ter uma regulação igualmente dinâmica. A solução encontrada foi a reforma gerencial do Estado com a criação de agências reguladoras. Enquanto crescem as demandas do povo por serviços públicos – em qualidade e quantidade – e os mercados tornam-se cada vez mais competitivos, surgem cenários de instabilidade política e econômica que abalam a credibilidade dos governos, exigindo uma resposta rápida e soluções. Nesse sentido, as agências reguladoras são os órgãos da Administração Pública melhor preparados para lidar com estes cenários, tendo conhecimentos e poderes específicos para isso, e ainda desonerando a máquina estatal por transferir certas atividades à iniciativa privada.

Entretanto, é importante reconhecer que as próprias agências reguladoras estão sujeitas à crises quando há falhas em sua atuação, seja por comissão ou por omissão. Um exemplo disso é a situação da Agência Nacional do Petróleo diante da Operação Lava Jato, que investiga a Petrobrás. Na verdade, a própria desconfiança de haver alguma falha na atuação de uma agência reguladora prejudica fortemente a sua credibilidade, até que apareça alguma prova em contrário.

Por isso, essa forma de Administração Pública indireta ainda necessita de algumas adequações. A prestação de contas, a transparência e o controle social

¹⁰⁷ Em discurso proferido na cerimônia de premiação a iniciativas de inovação tecnológica na indústria nacional de óleo e gás, que ocorreu em novembro de 2014 no Rio de Janeiro.

são imprescindíveis para o bom funcionamento e legitimação democrática desses entes reguladores, tendo ainda a fiscalização do Ministério Público, para que possam, de fato, exercer um papel chave na prevenção e solução de cenários de instabilidade política e econômica, pois é sabido que a estabilidade depende em grande parte da confiança que a população deposita em seu governo.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. **Direito Administrativo descomplicado**. 21^a Ed. Rio de Janeiro: Método, 2013.

ARAGÃO, A. S. As boas práticas da indústria do petróleo como o eixo da regulação do setor. In: **Revista de direito público da economia – RDPE**, Belo Horizonte, Fórum, ano 01, nº 07, jul/set., 2004.

_____ (coord). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

AZEVEDO, E. A. **Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Revista de Direito Administrativo nº 213: jul./set.1998. pp. 141-148.

BECK, U. **Sociedade de Risco**: Rumo a uma outra modernidade. 2^a ed. São Paulo: 34, 2011.

BERCOVICI, G. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BINENBOJM, G. **Uma teoria de Direito Administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BORGES, O. F. A utilização dos royalties do petróleo na gestão de riscos ambientais decorrentes da atividade petrolífera: uma ponderação a partir da problemática envolvendo incidentes com “manchas órfãs”. In: BENJAMIM, IRIGARAY, LECEY e CAPELLI (coord). **Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos**. V. 2. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010.

CASA CIVIL. **Relatório final do grupo de trabalho interministerial**: Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro. Brasília, setembro de 2003. Disponível em:

<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao_das_agencias_reguladoras_-_casa_civil.pdf> . Acesso em: 9 de dezembro de 2014.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Direito Administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DI PIETRO, M. S. Z. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 26ª Ed., São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. In: **Revista tributária e de finanças públicas**, n. 35, pp. 143-158, dez. 2000.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo**, 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

GIOVANNI, G. D. Entrevista: Psicologia e Políticas Públicas. **Jornal do CRP-RJ**, nº 27, pp. 1-3. Rio de Janeiro, 2010.

GROTTI, D. A. M. As agências reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº6, mai/jun/jul de 2006.

KETTL, D. F. Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. In: **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Org. Luiz Carlos Bresser Pereira. 3. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

MARRARA, T. A legalidade na relação entre Ministérios e Agências Reguladoras. **Revista Jurídica Virtual**. v. 6, n 66, p. 1-15. Brasília, 2004.

MARTINS, D. C. **A regulação da indústria do petróleo** – segundo o modelo constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Forum, 2006.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, C. H. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. In: SUNDFELD, C. A. (org.). **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 6ª ed. revista, ampliada e atualizada com a EC Nº 22/99. São Paulo, Atlas, 1999.

MOREIRA NETO, D. F. **Mutações do Direito Administrativo**, Rio de Janeiro; Renovar, 2000.

_____. **Curso de Direito Administrativo**: Parte introdutória, parte geral e parte especial. Ed.16. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PIMENTA, C. C. A reforma gerencial do Estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais. **Revista de Administração Pública (RAP-FGV/EBAPE)**. Rio de Janeiro, 32(5), pp. 173-199, set/out, 1998.

PIRES, J. C. L.; GOLDSTEIN, A. Agências Reguladoras Brasileiras: Avaliação e Desafios. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro; Vol. 8, nº. 16, pp. 3-42, Dez 2001.

PRZEWORSKI, A. Sobre o Desenho do Estado: uma Perspectiva Agent X Principal. In: BRESSER PEREIRA, L. C.; SPINK, P. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas Editora, 1998, pp. 39-73.

SALOMÃO FILHO, C. (coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUTO, M. J. V. Agências Reguladoras. Rio de Janeiro, **Revista de Direito Administrativo** nº 216: abr. / jun. 1999

_____. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SUNDFELD, C. A. Regime Jurídico do Setor Petrolífero. In: SUNDFELD, C. A. (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

**GT – O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO**

CANOAS, 2015

CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E A INSURGÊNCIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Antonio Carlos Wolkmer¹

Lucas Machado Fagundes²

RESUMO: O presente estudo se propõe resgatar a importância dos sujeitos produzidos como negados no contexto social latino-americano, enumerando os aspectos que emergem e produzem a insurgência popular e a complexidade das demandas políticas, sociais e culturais que comprovam a pauta das dos movimentos populares responsáveis diretos da eclosão das assembleias constituintes nos países andinos, em especial a insurgência boliviana. A verificação de que por parte dos movimentos populares nas assembleias constituintes, dado a constituição do poder político jurídico e o desenvolvimento histórico regional, apropriar-se do direito e das esferas do Estado não é suficiente, mas se deve manter permanente processo de transformação destas instituições. No presente contexto a presença da leitura sobre os novos movimentos sociais como sujeitos que inauguram outras formas jurídicas a partir das suas necessidades cotidianas ganha relevância e possibilita uma reflexão crítica dos fenômenos constituinte e propriamente do constitucionalismo latino-americano. Portanto, as mudanças nos modelos político e jurídico hegemônicos, devem obrigatoriamente estar inseridas nos debates que objetivam a junção de questões relacionadas a estes setores, pois existem ideias semeadas nas propostas de outras tipologias democráticas que demandam este tipo de compreensão a partir dos movimentos constituintes. Ora, não se poder avançar na história sem cancelar as dívidas que o passado colonial e uma visualização jurídica crítica na disputa do poder e para isto os movimentos sociais inauguram um vasto arsenal crítico-constutivo na constituição de outras formas institucionais.

¹ Professor do Mestrado em Direito e Sociedade da UNILASALLE-RS, e do Programa de Pós-Graduação da UFSC. Doutor em Direito. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (RJ). É pesquisador nível 1-A do CNPq, e consultor Ad Hoc da CAPES. Membro da Sociedad Argentina de Sociología Jurídica. Professor visitante de cursos de pós-graduação em várias universidades do Brasil e do exterior (Argentina, Peru, Colômbia, Chile, Venezuela, Costa Rica, México, Espanha e Itália). acwolkmer@gmail.com

² Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Membro do NEPE – Núcleo de Estudo e Práticas Emancipatórias/UFSC. Membro do Grupo de Crítica Jurídica CEIICH/UNAM. Professor e Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos e Cidadania da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC. Professor do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Autónoma de San Luís de Potosí - UASLP, México. lucas-sul@hotmail.com

PALAVRAS-CHAVE: novo constitucionalismo; américa latina; movimentos sociais.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo comporta um panorama sobre tema de relevância no atual contexto sócio-político que envolve o Estado e o constitucionalismo na América Latina, em destaque, os países sul-americanos, num processo de mudanças paradigmáticas no direito e na política. Os hodiernos movimentos populares que fundaram os poderes constituintes desde a Equador, em 2008, até a Bolívia, de 2007 a 2009, e o produto que os constituíram, novos paradigmas no direito constitucional têm mostrado outra faceta emergente no pensamento político e jurídico no continente.

Propõe-se resgatar a importância dos sujeitos produzidos como negados no contexto social latino-americano, elencando a ocultação dos aspectos que outrora emergem, produzindo a insurgência popular e a complexidade das demandas políticas, sociais e culturais que irão compor a pauta dos movimentos populares responsáveis diretos pela eclosão da assembleia constituinte boliviana no ano de 2007.

Objetiva-se demonstrar a importância de um cenário político de transformação, bem como elencar alguns tópicos principais do processo constituinte no referido país andino, analisando o momento inovador traduzido na carta constituinte de 2009. Dessa forma, intentar-se-á explorar a ideia de transição dos paradigmas no pensamento situado em um espaço geopolítico periférico, em que possam ser semeadas novas culturas jurídicas e políticas para produzir uma permanentemente visão descolonizadora, plural e intercultural. Portanto, as mudanças nos modelos político e jurídico hegemônicos, devem obrigatoriamente estar inseridas nos debates que objetivam a junção de questões relacionadas à interculturalidade, pois existem ideias semeadas nas propostas de outras tipologias democráticas que demandam este tipo de compreensão a partir dos movimentos constituintes. Ora, não se poder avançar na história sem cancelar as dívidas que o passado colonial e monocultural suscitam, e para isto

os movimentos sociais inauguram um vasto arsenal crítico-constructivo na constituição de outras formas institucionais.

2 AMÉRICA LATINA, JURIDICIDADE E OS SUJEITOS SOCIAIS

Partindo das premissas que as novas fontes de produção jurídica deverão ser encontradas na própria sociedade (no âmbito campesino e urbano), nada mais correto do que realçar o processo de regulamentação e controle social em função das contradições, interesses e necessidades dos novos sujeitos sociais. Este direcionamento ressalta a relevância de se buscarem formas plurais de fundamentação para a instância da juridicidade oficial, contemplando uma construção comunitária solidificada em plena realização existencial, material e cultural de atores emergenciais. Trata-se, principalmente, daqueles sujeitos que, na prática cotidiana de uma cultura política-institucional e um modelo socioeconômico regional (periférico), são atingidos na sua dignidade pelo efeito perverso e injusto das condições de vida impostas pelo alijamento do processo de participação e desenvolvimento social e pela repressão e sufocamento da satisfação das mínimas necessidades. Na singularidade da crise que atravessam as instituições sociais, que degenera as relações de vida cotidiana e que pauperiza amplas maiorias populacionais, a resposta para transcender as privações provêm da força contingente de novas sociabilidades que, por vontade própria e pela consciência de seus reais interesses, são capazes de criar e instituir outros direitos, refundando instituto e instituições jurídicas. Assim, as contradições de vida experimentadas pelos diversos grupos voluntários, organizações sociais e movimentos coletivos, basicamente aquelas condições negadoras da situação das necessidades identificadas com a sobrevivência e a subsistência, acabam produzindo reivindicações que exigem e afirmam direitos. Não há dúvida que a situação de privação, carência e marginalidade constituem a razão motivadora e condição de possibilidade do aparecimento plural de direitos, engendrados por novos sujeitos sociais.

2.1 A juridicidade reivindicada pela sociedade

Primeiramente, cabe diferenciar os antigos dos novos sujeitos coletivos enquanto fonte de titularidade de uma juridicidade emancipadora. Ora, se o metafísico "sujeito em si", o "sujeito privado" da tradição liberal-nacionalista, é o sujeito cognoscente "a priori", que se adéqua às condições do objeto dado e à realidade global estabelecida, o "novo sujeito coletivo" é um sujeito vivo, atuante e livre, que participa, autodetermina-se e modifica a mundialidade do processo histórico-social. Por conseguinte, o "novo" e o "coletivo" não devem ser pensados em termos de identidades humanas que sempre existiram, segundo critério de classe, etnia, sexo, religião ou necessidade, mas em função da postura que permitiu que sujeitos inertes, dominados, submissos e espectadores, passassem a sujeitos emancipadores, participantes e criadores de sua própria história. Trata-se da retomada e ampliação de um conceito de "sujeito", fortemente associado a uma tradição revolucionária de lutas e resistências, que vai do "proletariado" ou das massas trabalhadoras (tradição identificada por K. Marx), dos "marginalizados" da sociedade industrial (H. Marcuse), dos "condenados da terra" (F. Fanon) até o "povo oprimido" dos filósofos e teólogos da libertação latino-americanos (Enrique D. Dussel, J. C. Scannone, Gustavo Gutiérrez, Leonardo Boff).

Na verdade, o "novo sujeito" histórico coletivo articula-se em torno "do sofrimento - às vezes centenário - e das exigências cada vez mais claras de dignidade, de participação, de satisfação mais justa e igualitária" (WOLKMER, 2001, p. 238)³ das necessidades humanas fundamentais de grandes parcelas sociais excluídas, dominadas e exploradas da sociedade.

É deste modo que, caracterizando a noção do sujeito enquanto identidade, que implica o "novo" e o "coletivo", privilegia-se, numa pluralidade de sujeitos, os chamados novos movimentos sociais. De fato, na medida em que os novos movimentos sociais são encarados, quer como sujeitos detentores de uma nova

³ Ainda sobre sujeito histórico consultar também: DUSSEL, Enrique D. *Ética comunitária*. Petrópolis: Vozes, 1986. P.96-97; GUTIERREZ, Gustavo. *A Força Histórica dos Pobres*. Petrópolis: Vozes, 1984.p. 160-161; DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. *El Derecho que Nasce Del Pueblo*. México: CIRA, 1986. P.12-19.

cidadania apta a lutar e a fazer valer direitos já conquistados, quer como uma nova fonte de legitimação da produção jurídica, nada mais natural do que equipará-los à categoria "novos sujeitos coletivos de Direito" (SOUSA JÚNIOR, 2002, p.53). Sendo assim, a presente designação, para os movimentos sociais, não implica, de forma alguma, qualquer alusão ou aproximação à mítica abstração liberal-individualista de "sujeito de Direito", própria do velho paradigma do formalismo legal positivista.

Investigações mais recentes, de teor crítico-interdisciplinar, tendem a reconhecer nos novos movimentos sociais sujeitos coletivos titulares de Direitos. Por essa via vem se alinhando, dentre tantos autores, José Geraldo de Sousa Júnior, para quem a significação político-sociológico dos novos movimentos sociais como potencial prático-teórico de enunciação e articulação de Direitos possibilita e justifica seu enquadramento na esfera de incidência jurídica. Com efeito, o empenho do jurista da Universidade de Brasília é demonstrar a relação entre a condição social de sujeitos populares em sua luta por reparar carências e injustiças (SOUSA JÚNIOR, 2002, p.53).

É neste contexto de exclusão, carências e necessidades materiais que se situam as práticas cotidianas e insurgentes dos movimentos sociais, que, ainda que com certas limitações, são portadores potenciais de novas formas de se fazer política, bem como fonte informal geradora de produção jurídica.

2.2 Novos movimentos sociais - fontes de produção jurídica

Certamente, a inoperosidade da instância jurisdicional e a desatualização da legislação positiva dogmática proporcionam a expansão plural de procedimentos extrajudiciais e práticas normativas não-estatais, exercidas e consensualizadas por movimentos sociais que, ainda que marginalizados e inseridos na condição de "ilegalidade" para as diversas esferas do sistema oficial, definem uma nova forma de legitimação.

O problema das fontes do Direito, numa sociedade periférica e/ou pós-colonial, marcada por uma cultura autoritária e formalista, não está mais unicamente na priorização de regras técnico-formais e nas ordenações teórico-

abstratas, mas também na interação de uma práxis do cotidiano e na materialização normativa comprometida com a dignidade de um novo sujeito social. Os centros geradores de Direito não se reduzem tão somente às instituições e aos órgãos representativos do monopólio do Estado, pois o Direito, por estar inserido nas e ser fruto das relações sociais cotidianas, emerge de vários e diversos centros de produção normativa (WOLKMER, 2001).

Trata-se de uma forma plural de gerar legitimidade, a partir de práticas e relações sociais surgidas na concretude efetiva da sociedade. Naturalmente que a consequência desse processo de redefinição das fontes de produção jurídica envolve também a transformação do Estado como núcleo exclusivo e absoluto do poder societário. Encarar o Estado sob novas funções implica não mais vê-lo como tutor permanente da Sociedade e detentor único do monopólio de criação jurídica, mas, agora, como uma instância democratizada mandatária da Comunidade, habilitado a prestar serviços a uma ordem pública plenamente organizada pelo exercício e pela participação da cidadania individual e coletiva.

As novas exigências, necessidades e conflitos em espaços sociais e políticos periféricos, tensos e desiguais, torna, presentemente, significativo reconhecer, nos movimentos sociais emergentes (tais como, os que fundaram o processo constituinte boliviano a partir dos fatos como a guerra da água e do gás), uma fonte geradora de outras formas jurídicas menos formalizados⁴.

Ainda que possa haver resistência por parte da cultura oficial normativa e de seus aparatos burocráticos, a comprovação dessas manifestações de "legalidade paralela ou concorrente" a partir da luta por direitos à terra torna-se, gradativamente, incontestável e por demais evidente.

A partir das práticas sociais cotidianas e necessidades efetivas, internalizadas por movimentos sociais que têm consciência, identidade e autonomia, emerge uma nova concepção de direitos mais mutáveis, elástica e

⁴ Sobre a natureza e o poder dos movimentos sociais, constatar: TARRON, Sidney. *El Poder en Movimiento*. Los Movimientos sociales, La acción colectiva y la Política. Madrid: Alianza, 1997; SCOTT, James C. *Los Dominados y El Arte de La Resistencia*. País Vasco: Txalapata, 2003; DALTON, Russell J. & KUECHLER, Manfred (Comps.). *Los Nuevos Movimientos sociales*. Valencia: Alfons El Magnamin, 1992; GOHN, Maria da Gloria. *Teoria dos Movimentos Sociais*. Paradigmas Clássicos e Contemporâneos. São Paulo: Loyola, 1997; ALBERNAZ, Renata O. & WOLKMER, Antonio C. Pluralismo Jurídico, Estado e Movimentos dos Trabalhadores Sem Terra (MST) no Brasil. *Crítica Jurídica*. México: UNAM, v.33, 2012.p.141-178.

plural que transcende aos direitos estatais consagrados nos limites da doutrina imperante e da legislação positiva. Materializa-se, assim, a compreensão não apenas por direitos estáticos, ritualizados e equidistantes dos conflitos sociais, mas "direitos" vivos referentes à qualidade de vida, ou seja, à subsistência, à saúde, à moradia, à educação, ao trabalho, à segurança, à dignidade humana etc. Assim, esses novos direitos têm sua eficácia na legitimidade dos múltiplos "sujeitos da juridicidade", legitimidade assentada nos critérios das necessidades, participação e aceitação. É inegável, em um processo de luta por justiça, a importância e a interferência destes novos movimentos sociais, como na experiência andina, para dar eficácia a uma nova legalidade, uma legalidade advinda de práticas políticas insurgentes e resultantes de demandas e carências.

3 AS ASSEMBLEIAS CONSTITUINTES DO NOVO CONSTITUCIONALISMO SUL-AMERICANO E A EMERGÊNCIA POLÍTICA INSURGENTE

Diante da exposição sobre a importância dos sujeitos sociais no processo de construção de novo cenário jurídico no continente, neste momento, tendo em vista a abordagem da formação política do Estado na América Latina não ter sido construída pela força popular dos sujeitos negados da história oficial, passar-se-á, para uma breve análise do processo constituinte na Bolívia, proferindo embasamento a partir das manifestações populares.

Os movimentos sociais na Bolívia, principalmente o indígena, inauguraram, durante o final do século passado e início do século XXI, verdadeiras lutas políticas e sociais contra os poderes estabelecidos e suas formas de perpetuação no comando do país. E, como todo embate entre o que está dado e aquilo que se propõe a mudança, é impregnado de avanços e retrocessos, traduzindo em período de crise e superação desta. Na Bolívia, não foi diferente, entretanto, vale referir que o processo constituinte boliviano, de acordo com o constitucionalista espanhol Rubén Dalmau (2011b, p. 39), é o mais complexo da história latino-americana,

No sólo por su extensión, sino también por sus elementos endógenos – mal planteamiento de la hipótesis constituyente, difíciles condiciones de trabajo de la Asamblea Constituyente – y, principalmente, por lo

exógenos: los obstáculos planteados por grupos minoritarios que han apostado por el fracaso del proceso desde un primer momento, y por el mantenimiento del *status quo* en el país. Un proceso que ha legitimado una constitución, la boliviana de 2009, que, a pesar de los cambios de última hora introducidos por el poder constituido, se convertirá en un texto de referencia en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Nesse sentido, quais seriam os fatores que motivaram a eclosão do movimento? Essa pergunta pode ser respondida por vários ângulos convergentes, desde o político, jurídico, cultural e social. Vale lembrar que, em outro momento (WOLKMER; MACHADO, 2011) já foi mencionado que talvez o processo constituinte boliviano esteja encerrando um ciclo constitucional no continente e, inaugura um período político de insurgência e transição de paradigmas.

Isso leva concluir que a construção do seu Estado se deu da mesma forma. Como lembra Dalmau uma forma democrática chamada “democracia pactada”, “[...] fórmula de gobierno partidocrático experimentado en Bolívia durante prácticamente la totalidad de su vida republicana, se fundamentaba en la exclusión de la mayor parte de la población y la toma de decisión en el marco del acuerdo interpartidarista [...]”(2011b, p. 41), tem-se, assim, um dos primeiros fatores motivadores da sua assembléia constituinte.

Não obstante este problema de ordem política soma-se às questões sociais de exclusão ou marginalização, do qual a democracia representativa e o sistema político não davam conta das respostas às demandas sociais e, ainda, perpetuava a opressão por meio da institucionalização da corrupção e dos beneficiamentos a empresas privadas em detrimento dos interesses públicos. O pesquisador Albert Noguera Fernandez relembra que “[...]estas rebeliones tienen como elemento común el ataque a un sistema político y de partidos marcado por la corrupción, el manejo privado de empresas proveedoras de servicios públicos y el llamado de atención sobre la desigualdad y la inequidad social”. (2011, p. 63). Complementa o autor espanhol, dizendo que,

La corrupción y la profundización de la escasa identidad de interés entre los representantes políticos y los representados, fue otra de las contradicciones que dio lugar a las revueltas indígenas-populares de septiembre de 2003 la citada guerra del gas, y que fomentó la reivindicación de convocatoria de una Asamblea Constituyente para proceder a una democratización del Estado y la sociedad. (NOGUERA FERNANDEZ, 2001, p. 69).

Dessa maneira, duas mobilizações populares de contestação devem ser especificadas, traduzindo o significado da chamada guerra do gás e da água, pois ambas representaram mais que simples manifestação contra a ordem política da tomada de decisões, mas também uma exigibilidade de inserção dos movimentos populares na defesa dos assuntos de gestão dos recursos naturais e as consequências diretas no cotidiano dos sujeitos envolvidos. Perpassam as manifestações um critério de ingerência política nas decisões das quais eram somente partes passivas, entretanto, os efeitos das atitudes políticas das elites eram altamente incidentes na vida das maiorias alijadas do poder. Os movimentos populares, em ambas as ocasiões de rebelião, denunciaram a incapacidade da gestão elitizada dos bens públicos e em torno dos recursos naturais, assim:

Frente a esta cooptación de ambos poderes, lo más interesante de la Guerra del Gas es cómo la sociedad civil propuso, no sólo el campo discursivo sino en su misma acción la alternativa política a las formas de organización y representación liberales. [...] los movimientos sociales se presentaron a sí mismos como la fuente fáctica de un modo diferente de hacer política con posibilidades reales de enfrentar y cuestionar las maneras partidario-electorales que hasta ese momento habían sido impuestas cómo las únicas posibles. (CHÁVEZ; MOKRANI, 2007, p.64).

Ademais, com a politização das demandas sociais, tais movimentos populares tomaram consciência que havia a necessidade de expandir o horizonte de crítica ao sistema político institucional da forma que estava estabelecido, integrando questões de ordem econômica em suas lutas e de fatores intimamente ligados ao chamado modelo neocolonial de fazer gestão pública, passaram a exigir mais que a ingerência em questões de recursos naturais,

Por su parte, las organizaciones sociales iban más allá de un proceso de renovación o ampliación de las elites políticas. Además de una reforma del ordenamiento político, exigían una transformación del ordenamiento económico. Las medidas capitalizadoras habían enajenado el control de la explotación de los recursos naturales y de los beneficios económicos que estos reportaban. Por eso, y ante el fracaso, de este modelo, la intención básica de los sectores populares movilizados era la nacionalización, es decir, la recuperación del uso y el beneficio de los recursos naturales y su devolución a la potestad de la nación. (CHÁVEZ; MOKRANI, 2007, p. 64).

A partir das reflexões de Noguera Fernandez (2011), verifica-se que existia um contexto de luta entre um modelo de Estado neoliberal elitizado contra um modelo de Estado gerenciado no seio dos movimentos populares, que transformaram suas lutas pontuais em exigibilidades mais amplas, num horizonte de transformação, ao invés de reforma do velho sistema. Isso é representativo do

chamado esgotamento e crise do Estado Moderno com seus modos de manifestação política. Quando emergiu nas demandas populares a ideia de assembleia constituinte, ficou clara a intencionalidade de refundar outra perspectiva político-jurídica em que os sujeitos sociais, até então ausentes, pudessem ter vez e voz no processo de construção daquilo que gera consequência em seus próprios interesses. Ora, tratou-se de realocar os interesses de empresas privadas (muitas multinacionais) para interesses coletivos de maiorias subjugadas e marginalizadas.

A estratégia utilizada pelos movimentos populares descontentes se traduziu na escolha do campo jurídico constitucional, para mobilizar e transformar as estruturas de poder a partir do próprio modelo em crise, superando suas contradições históricas vinculadas aos privilégios. A mobilização popular por uma constituinte é um dos traços que caracteriza a nova constituição boliviana, dentro daquilo que vem sendo denominado como Novo Constitucionalismo latino-americano.

Sendo assim, apesar do uso dos poderes políticos tradicionais (constituinte e constitucionalismo – via institucional) pelos movimentos populares, não se traduz em uma contradição, no sentido que:

La explosión popular que supusieron las asambleas constituyentes del nuevo constitucionalismo provocaran por lo tanto la ruptura con un sistema jurídico – y, cuando fue posible, también político – del pasado, depositando las esperanzas de la ciudadanía en la transformación social a través del cambio constitucional. (DALMAU, 2011b, p. 38).

Portanto, pode-se concluir a análise da importância dos sujeitos políticos (maioria indígenas ou de origem autóctone), no sentido que foram os verdadeiros responsáveis pela eclosão de um processo constituinte no país, tendo não só participado do período pré-assembleia constituinte como também intervieram durante o desenvolvimento (de forma menos intensa e participativa).

En Bolivia, el proceso constituyente no se inicia con la instalación de la Asamblea Constituyente el 06 agosto pasado, sino que nace en los momentos de insurrección colectiva, en los diferentes ciclos de movilización social, que fueron en sí mismos momentos de disputas por el sentido de lo político. fueron los momentos de insurrección popular en los que se modificó el escenario político, creando las condiciones de posibilidad para la refundación del Estado. [...] La presencia de los movimientos sociales en la Asamblea constituyente implica producir los espacios y formas de lucha abiertos por estos ahora en este nuevo

terreno de deliberación, tanto en lo que cabe al proceso como en los resultados que de él emane. (CHÁVEZ; MOKRANI, 2007, p. 55).

E cabe lembrar que tais exigibilidades são frutos da acumulação histórica, afinal:

Desde esta perspectiva, la Asamblea Constituyente es fruto de un proceso de acumulación abierto en el que las luchas de unos, en momentos específicos, cobran sentido a partir de, o en diálogo con, luchas anteriores en un proceso de articulación de actores, vivencias y tiempos diversos que permitieron pensar en un nuevo sentido y un nuevo horizonte común en construcción. (CHÁVEZ; MOKRANI, 2007, p. 57).

Entretanto, vale lembrar que o desenrolar da discussão constitucional se deu a partir do poder constituído (DALMAU, 2011b), ainda que atendendo as reivindicações populares, importando destacar que

En definitiva, la Asamblea constituyente surgió con los lastres teóricos y prácticos de los acuerdos políticos de 2005 y las elecciones del año siguiente, lo que condicionó su función y su desarrollo, sin que en ningún momento se propusiera optar por la ruptura. Como afirma BAUDOIN, resulta claro que el pueblo boliviano, y particularmente los pueblos indígenas originarios, acudieron a la asamblea constituyente en condiciones precarias, y prácticamente en manos del poder constituido. (DALMAU, 2011b, p. 47).

Diante disso, avaliados os intentos transformadores desde os aspectos político e social, cabe referendar também que se tem uma leitura voltada às questões culturais com forte impregnação descolonial, pois os componentes destes movimentos sociais são, em sua ampla maioria, indígenas ou descendentes de indígenas, fator natural, já que estes compõe significativa parte do povo boliviano. Nesse sentido, Noguera Fernandez menciona que os movimentos sociais são compostos por sujeitos sociais de primeira linha (2008, p. 153) e, em seu discurso, surgem palavras de ordem cultural, as quais são extraídas da leitura de um processo violento de dizimação da cultura autóctone pela produção da homogeneidade dos dominadores. Logo, fica evidente o caráter de exigibilidade transformadora, presente nos movimentos indígenas contestadores no período pré-constituente, a insurgência é estabelecida a partir da emergência de outras formas de vivência e deliberação, ocultadas historicamente na homogênea ideia do Estado nação moderno.

E, é justamente na questão da formação homogeneizada do conceito de nação que emerge a necessidade de questionamento da exclusão das diversas outras perspectivas culturais encobertas. Ora, tal assertiva vem sendo trabalhada por Boaventura de Sousa Santos (2009), com a ideia de exigibilidade do conceito

de Estado Plurinacional, afirmado pelo entendimento de que a lógica liberal moderna de nação é um processo inconcluso no contexto de países como a Bolívia.

As contestações de fundo plurinacional, na composição do Estado boliviano, necessariamente não se confunde apenas com a exigibilidade cultural, mas também inclui as diversas formas de deliberação política, jurídica, econômica e social de questão de interesses comuns ou coletivos. Em segundo plano, a ideia de aceitar um Estado plurinacional, sob bandeira única, não se encontra em contradição teórica, no sentido de que a perspectiva de Estado Plurinacional é justamente a interlocução e inter-relação social das diversas culturas existentes dentro de um mesmo paradigma comum de proteção de seus próprios interesses, não sendo confundindo com a perspectiva liberal multicultural de diversidade com hegemonia de uma cultura “mediadora”, esta é substituída pela interculturalidade relacional do diálogo e da própria interpretação de vida comunitária. Especifica Noguera Fernández que,

Los pueblos y comunidades indígenas se constituyen, por tanto, como sujetos sociales y políticos de primera línea, y ello plantea poner en primera página del debate político sus reivindicaciones, entre la que destaca el Estado plurinacional. La reivindicación del Estado plurinacional abarca derechos territoriales, por un lado, y derechos culturales y de autodeterminación, por otro. [...] Su primera reivindicación es el derecho a un territorio propio y adecuado a su realidad histórica y cultural. Y, en segundo lugar, en cuanto a los derechos culturales o de autodeterminación, exigen: derecho a desarrollar sus propios sistemas económicos, políticos, jurídicos y sociales para acceder, de acuerdo a sus propios referentes culturales, a la contemporaneidad; derecho al autodesarrollo, de acuerdo a sus propias estrategias; y derecho a la integridad cultural, lo que implica el resurgimiento, manifestación y desarrollo de la diferencia. (NOGUERA FERNANDEZ, 2008, P. 153).

Contudo, a ingerência plurinacional implica em um deslocamento na internalização cognitiva violentada, qual seja, relembrando a maneira que foi produzida a hegemonia cultural eurocêntrica: violência e encobrimento de culturas “incivilizadas”, perante a concepção moderna, entende-se que o caminho para afirmação da plurinacionalidade, em termos de um Estado político, estará inconfundivelmente ligada à ideia de descolonizar o pensamento dos sujeitos, para que possa ser captada a realidade cotidiana da diversidade, oculta aos seus olhos, mas não pela visão nua que consegue absorver as diferenças, mas sim,

pela visão interpretativa que distorce aquilo que vê através do método histórico em que foram se reproduzindo a opressão.

Dessa forma, diretamente relacionada à questão da emergência do Estado plurinacional, encontra-se a ordem do pensamento descolonizador, cujos aspectos complexos do seu debate demandariam um estudo à parte, mas, neste texto em específico, ficará restrito ao superficial entendimento colacionado do pensamento de Oscar Vega Camacho, mencionando que:

Descolonizar es, primeramente, asumir en todas sus consecuencias el carácter multicultural y plurilingüístico del país, que en la reforma de la constitución de 1994 – luego de 169 años de republicanismo – terminó aceptando y acatando -; sin embargo, aún así, la forma de Estado-nación fundada en esa Constitución funcionó de modo monocultural y monolingüístico y es políticamente eficaz a los grupos de poder tradicional. Por ello, descolonizar es empezar a entender y practicar en una sociedad plural, diversa y multidimensional. De allí la capacidad de democratizar al Estado y la sociedad, entendiendo la democratización, de la forma más elemental, como la capacidad de tener igualdad de oportunidades y facilidades para todos. (CAMACHO, 2010, p. 63).

No âmbito das lutas pró-constituinte com aspectos de insurgência dos sujeitos construídos como negados social, cultural, jurídica e politicamente, nada mais natural esperar que a própria constituição do Estado possa ser um aparato de legitimidade do embate proporcionado. A recuperação histórica somada à emergência das lutas populares cumpre essa tarefa de curar a patologia ocular dos sujeitos sociais, reafirmando identidades e autonomias, e reconhecendo-se a si próprios no contexto local, a partir da escolha pela refundação do poder político estatal desde sua constituição, ou seja:

El profundo replanteamiento del debate sobre el Estado está fundado a partir de la memoria y experiencia de las luchas y organizaciones indígenas que han tejido las propuestas para iniciar un verdadero proceso constituyente, de allí la fuerza y contundencia de sus iniciativas y, así mismo, las resistencias y violencia de sus opositores. Por ello, es tan importante entender el proceso constituyente, la transformación del Estado y el pluralismo en todos sus ámbitos, como parte de una visión comprometida con la descolonización. (CAMACHO, 2010, p. 63).

Contudo, inerente a toda mudança paradigmática ou transição em uma sociedade incrustada no tradicional (des)mando das oligarquias locais, implica em profundas disputas no campo político ideológico e confrontos sociais nos cenários das ruas. Em razão disso, não podem ser olvidadas as dificuldades enfrentadas durante o processo constituinte e as implicações que emergiram das lutas

populares em uma tensão violenta, ocasionando a submissão das exigibilidades ao jogo político institucional,

Diante disso, somam-se aos fatores materiais da assembleia constituinte algumas questões que podem ser divididas em três tipos: forma, procedimento e político. A ordem formal boliviana, diferentemente do processo equatoriano (que teve desde seu princípio submetido às regras do jogo a consulta popular), deixou a cargo dos poderes instituídos a incumbência da elaboração constitucional e definição formalizada da operacionalidade, lembrando Rúben Dalmau (2011b):

[...] lo cierto es que el diseño de la Asamblea, como demostraría el tiempo, cometió un error formal que acabaría siendo importante en la dinámica en el seno del órgano constituyente: la convocatoria de una asamblea excesivamente amplia, que duplicaba en número de integrantes a las de otras experiencias constituyentes de la región. Como ocurriría en el caso de las mayorías necesarias para la aprobación del texto final, se confundió la voluntad de representación con el carácter esencialmente originario de la asamblea constituyente, que no propiamente el representativo. (2011b, p. 47).

Com as formas gestionadas ao “atropelo” e a configuração de uma arquitetura não devidamente calculada frente à realidade política institucional da assembleia constituinte, e ainda, tendo se afastado do fervor popular que lhe dera origem; ficou comprometida a procedimentalidade, pois vale frisar que os interesses oligárquicos secularmente dominantes reagiram à ameaça de perda da hegemonia, utilizando-se de todos os seus aparados e expedientes institucionais e não institucionais, inclusive, a utilização do método até então eficaz para oprimir os sujeitos negados, a violência.

Enfim, todo esforço em fazer fracassar as demandas populares da constituinte e mesmo desestruturar o próprio processo de engenharia constitucional, acabaram fortalecendo os argumentos dos riscos que as conquistas populares poderia auferir caso obtivesse sucesso tal empreitada política.

Em síntese, a procedimentalidade parida da elaboração formal do processo:

[...] habilitó un plenario difícil de convocar, con numerosos turnos de palabra para ordenar, heterogéneo en su composición hasta límites difíciles de entender, así como veintiuna comisiones de trabajo complejas por su especificidad, fraccionadas, que entrañaban una dificultad intrínseca para su coordinación a pesar de los intentos, ya

avanzado el proceso, de crear comisiones mixtas para facilitar la labor de complementariedad de los informes. (DALMAU, 2011b, p. 47).

Destarte, os trabalhos restaram dificultados e as demandas originárias das mobilizações populares pouco a pouco foram sendo subsumidas aos contextos internos do debate constituinte e da lógica tradicional do poder constituído, quando da elaboração de uma nova constituição. É um expediente político sonegador dos anseios que embasam qualquer poder constituinte originário (que seja entendido o povo e seu desejo de revolução), na medida em que, discordando dos doutrinadores tradicionais, o verdadeiro “poder” que constitui a origem de uma constituição emana das necessidades que justificam sua existência, e esta reside no seio das reivindicações populares, sendo que a institucionalização política originária é um poder que deve obedecer (DUSSEL, 2007) fielmente às exigibilidades que o legitimam. Apesar das vertigens que afligem todo e qualquer poder constituinte tradicional, é inegável que o insurgente movimento pela assembleia constituinte na Bolívia ainda não conseguiu superar e continuou à barganha política dos interesses partidários oportunistas, quiçá, obstrucionista, como dirá Dalmau:

En definitiva, el proceso constituyente boliviano quedaba formado por una Asamblea de considerables dimensiones y de difícil comportamiento político, heterogénea en su esencia, dudosa respecto a sus capacidades originarias al no haber sido activada directamente por el pueblo y que, por la ley de convocatoria, requería de dos tercios de sus integrantes para tomar las decisiones esenciales; dos tercios que, por el propio sistema de asignación de escaños, no contaba con ninguna mayoría, y requería siempre de la participación de la oposición, esencialmente obstrucionista e interesada en el fracaso de la Asamblea. (2011b, p. 49).

Não obstante a percepção política acima é inegável reconhecer que houve avanços constitucionais apresentados no texto político-jurídico de 2009, tanto pelo alto grau de inclusão de complexidades, como por inúmeras redefinições na ordem cultural, formal e material da constituição. Em outras oportunidades, já foi reafirmada que a promulgação do texto boliviano não representa apenas o esgotamento de um ciclo constitucional na América Latina, e que, talvez, deve ser lido como um período transicional, em que a representação da mobilização constituinte popular é um início de tomada de consciência, em que se aposta na insurgência política e cognitiva permanente, capaz de não se abater pela patologia ocular social excludente e marginalizadora de outros tempos. Afinal,

Las circunstancias constituyentes bolivianas no parece que vayan finalizar con la Asamblea Constituyente de 2006-2008; por el contrario, es posible que plantee el nuevo texto como una norma de transición, y que avance hacia el afianzamiento de la democracia participativa y el crecimiento de Bolivia como comunidad plurinacional, integrada y decidida a constituirse en un referente mundial. (DALMAU, 2011b, p. 58).

Até mesmo porque é demasiado precoce para realizar um aprofundado diagnóstico dos resultados sociais, não se podem esperar efeitos imediatos,

Se trata de un texto prolijo pero escrito para su entendimiento; amplio, pero necesario para hacerse efectivo; complejo y a la vez comprensible; que se funda en principios y no sólo en normas. Se trata de un texto que coloca as bases para la inserción de una sociedad madura, dispuesta a convivir en paz, en un nuevo Estado, a la vez que se es consciente de que los plenos efectos de la nueva Constitución no serán inmediatos. (DALMAU, 2011b, p. 59).

Por conseguinte, objetivou-se apresentar uma introdução ao debate sobre o chamado novo constitucionalismo latino-americano desde seus aspectos elementares (como sujeitos envolvidos, sua história, sua condição social, sua conscientização e mecanismo para transformação), elencando informações necessárias a reflexão crítica sobre o rico processo constituinte que recentemente balançou as ideias no contexto geopolítico marcado pela violência social, exclusão e marginalização de sujeitos e encobrimento de culturas originárias, campesinas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta reflexiva acima, tratou de algumas preocupações que incidem no contexto de sociedades periféricas pós-coloniais e que ainda se encontram, neste início do século, marcadas por crises políticos-institucionais, por intensos conflitos políticos e por uma cultura jurídica tradicional, liberal e formalista, que não consegue responder, com eficácia, às novas formas, os conflitos coletivos e às crescentes demandas sociais. Isso permite discutir a questão dos fundamentos (crise e mudança dos paradigmas), dos novos sujeitos coletivos de legitimação, bem como das formas plurais de revelação jurídica (fontes alternativas de juridicidade). Trata-se, em suma, de uma discussão hoje essencial para redefinir e fazer avançar o projeto de uma justiça mais democrática, pluralista e participativa, adequada às contingências histórico-sociais das sociedades latino-americanas.

A refundação das concepções políticas e jurídicas do Estado está sofrendo nesse período caracterizado como de transição importantes mudanças. Não se descarta a hipótese de retrocessos e reações contrárias ao movimento, até mesmo em razão do grau de pressão política que realizam os setores conservadores da sociedade, porém, indubitavelmente, acredita-se que os países sul-americanos (principalmente Venezuela, Equador e Bolívia) jamais retornarão à submissão velada de um silêncio violentado e oprimido pelo processo colonizador e neocolonizador. Tem-se presente que a insurgência popular nos processos constituintes inaugurou um novo período no constitucionalismo da região, concluindo-se que se trata de um importante momento no amadurecimento das concepções políticas pensadas para a realidade descolonizadora da América Latina.

Portanto, os movimentos populares na Bolívia compreenderam, através da história latino-americana, que se apropriar do direito e do Estado não basta, é preciso um processo de transformação destas instituições para que uma “outra” história seja narrada a partir de um viés insurgente e libertário dos povos que contornam seu passado, marcado por genocídios e verdadeiras catástrofes, com a justificativa civilizatória moderna.

REFERÊNCIAS

ALBERNAZ, R. O. & WOLKMER, A. C. Pluralismo Jurídico, Estado e Movimentos dos Trabalhadores Sem Terra (MST) no Brasil. **Revista Crítica Jurídica**. México: UNAM, v.33, 2012.p.141-178.

CAMACHO, O. V. Los caminos para vivir bien: el proceso constituyente boliviano. VACA, Vanesa Castedo (Coord.). **Ensayos**: hacia una democracia plurinacional en Bolivia. San Juan, Puerto Rico: Pasillo del Sur, Editores, 2010.

CHÁVEZ; P.; MOKRANI; D. Los movimientos sociales en la Asamblea Constituyente: Hacia la reconfiguración de la política. In: SVAMPA, Maristella;

STEFANONI, Pablo. (Coords.) **Bolívia**: memoria, insurgencia y movimientos sociales- 1a ed. - El Colectivo, Clacso, 2007.

CLAVERO, B. Bolívia entre Constitucionalismo Colonial y Constitucionalismo Emancipatorio. **Agencia Latinoamericana de Información**. América em

movimiento. 2009-05-09. Disponível em:
<<http://alainet.org/active/303117lang=es>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

DALMAU, R. M. **¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?** Disponível em:
<www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2011a.

_____. El proceso constituyente: la activación de la soberanía. In: ERREJÓ, Í.; SERRANO, A. (Coords). **Ahora es cuándo carajo!**: Del asalto a la transformación del Estado en Bolivia. España: El Viejo Topo edición, 2011b.

_____. Los nuevos paradigmas constitucionales de Ecuador y Bolivia, **La Tendencia. Revista de Análisis Político**. N° 9, marzo-abril 2009. pp. 37-41.

DALTON, R. J. & KUECHLER, M. (Comps.). **Los Nuevos Movimientos sociales**. Valencia: Alfons El Magnamin, 1992

DUSSEL, E. **20 Teses de Política**. 1° Edição. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007.

_____. **1492, o encobrimento do outro**: a origem do mito da modernidade, conferencias de Frankfurt. Tradução de Jaime A. Classen. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. **Ética comunitária**. Petrópolis: Vozes, 1986.

DE LA TORRE RANGEL, J. A. **El Derecho que Nasce Del Pueblo**. México: CIRA, 1986.

FERNÁNDEZ, A. N. Plurinacionalidad y autonomías. Comentarios entorno al nuevoproyecto de constitución Bolivia. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Núm. 84, septiembre-diciembre, 2008. Págs. 147.177.

_____. **Constitución, Plurinacionalidad y pluralismo jurídico em Bolívia**. Oxfam Gran Bretaña, La Paz: 1ª Edição, Colección Enlaces, 2008.

GARCÍA LINERA, Á. **A potência plebéia**: ação coletiva e identidades indígenas, operárias e populares na Bolívia. São Paulo: Boitempo, 2010.

GUTIERREZ, G. **A Força Histórica dos Pobres**. Petrópolis: Vozes, 1984.

SANTOS, B. S. **Pensar el estado y la sociedad**: desafíos actuales. 1ª ed. Clacson – Buenos Aires: Waldhuter Editores, 2009.

_____. (org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. 3ªEd. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

_____. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. (Coleção para um novo senso comum; V. 4). São Paulo: Cortez, 2006.

_____. **Refundación del Estado en América Latina**: perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SCOTT, J. C. **Los Dominados y El Arte de La Resistencia**. Pais Vasco: Txalapata, 2003.

SILVA FILHO, J. C. M. da. Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da “inferioridade” latino-americana. In: WOLKMER, A. C. (Org.) **Fundamentos de História do Direito**. 4º Ed. Ver. E Atual. Belo Horizonte: Editora Del Rey.

SOUSA JÚNIOR, J. G. **Sociologia Jurídica**: condições sociais e possibilidades teóricas. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002.

TARROW, S. **El Poder en Movimiento**. Los Movimientos sociales, La acción colectiva y la Política. Madrid: Alianza, 1997.

WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil**. 8º Edição Revista com alterações. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Elementos para uma Crítica do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio, Fabris, 1990.

_____. **Pluralismo Jurídico**: Fundamentos de uma Nova cultura no direito. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. MACHADO, L. Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar. Revista de Ciências Jurídicas**. Fortaleza: Unifor. V.16, nº 02, jul./dez. 2011. p. 371-408.

NOVAS FACES JURÍDICAS LATINO-AMERICANAS: UMA ANÁLISE DO NOVO CONSTITUCIONALISMO ATRAVÉS DE DOIS CASOS DO TRIBUNAL PLURINACIONAL BOLIVIANO

João Victor Antunes Krieger⁵

Matheus Caetano Gomes de Oliveira⁶

Micaela Day da Silva⁷

RESUMO: Uma nova realidade concretiza-se em solo latino-americano a partir da manifestação de novos sujeitos sociais, até então encobertos em uma estrutura social hierarquicamente racializada. Buscando legitimidade nestes atores emergentes, o fenômeno político e jurídico denominado Novo Constitucionalismo Latino-americano apresenta novas maneiras de pensar o Direito e o Estado. Formas estas que, identificadas com o pluralismo existente nas sociedades periféricas, propõem romper com o mito da homogeneidade do Estado Nação e com o monólogo cultural eurocêntrico. Tendo como base os marcos teóricos do pluralismo jurídico, da interculturalidade crítica e do discurso descolonial, optou-se por desenvolver, através de pesquisas bibliográficas, o fundamento crítico sobre o qual, em um segundo momento, constrói-se uma análise de caso a partir de decisões do Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia. Trata-se então de examinar de que maneira as novas práticas jurídicas, ao recepcionarem marcos teóricos pluralistas, descolonizadores e interculturais, transformam-se, e como contribuem para a emancipação dos povos indígenas e comunidades tradicionais na América Latina. Por fim, partindo de duas decisões do mencionado Tribunal

⁵ Graduando da 7ª fase do curso de Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Iniciação Científica no projeto Brasilidade Criminológica e pesquisador da área de Pluralismo Jurídico, Interculturalidade, Descolonização, Criminologia Crítica, Criminologia na América Latina e Justiça Restaurativa. Participante do Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias (NEPE/UFSC) e do projeto de extensão Universidade Sem Muros (USM/UFSC). Correio Eletrônico: <joaovkrieger@gmail.com>

⁶ Graduando da 3ª fase do curso de Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Iniciação Científica do Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias (NEPE/UFSC). Correio eletrônico: <micaeladds@hotmail.com>

⁷ Graduanda da 3ª fase do curso de Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Iniciação Científica do Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias (NEPE/UFSC). Correio Eletrônico: <matheus.cgo@hotmail.com>

Plurinacional, pretende-se verificar, sob um viés crítico, a efetividade da abordagem descolonial e intercultural desse órgão judicial. Procurou-se evidenciar o caráter progressista e descolonial de uma das decisões, mas sem esquecer o teor claramente conservador e colonizador da outra. Sendo possível, assim, então, destacaram-se elementos progressistas, frutos de um diálogo horizontal, e, ao mesmo tempo, elementos conservadores, resultantes do monólogo eurocêntrico. Demonstra-se, assim, que a emancipação propiciada por essas novas práticas jurídicas é um processo ainda em desenvolvimento, concretizado em uma dinâmica de avanços e retrocessos, fazendo com que não seja possível afirmar a ruptura completa com a estrutura colonizadora e com o Estado monista.

PALAVRAS-CHAVE: novo constitucionalismo; descolonização; interculturalidade. Tribunal Plurinacional

1 INTRODUÇÃO

Nos primeiros anos do século XXI, pudemos observar na América Latina o surgimento de cartas constitucionais bastante inovadoras. Apesar de possuírem significativas particularidades, é possível identificar uma matriz de pensamento, uma orientação política e até uma construção histórica comum. Importantes estudiosos do direito constitucional denominam esse movimento jurídico de Novo Constitucionalismo Latino-americano.

As constituições da Venezuela, Equador e Bolívia são as principais representantes dessa corrente epistemológica constitucional. De acordo com Pisarello (2014), trata-se de normativas que rompem com a ordem neoliberal e com as teorias e práticas jurídicas reformistas como faz, por exemplo, o neoconstitucionalismo. Nesse sentido, os três países dão um passo à frente nas discussões sobre direitos iniciadas nas nações vizinhas como Brasil e Colômbia.

Rompendo também com a tradição eurocêntrica de liberalismo político e jurídico, o Novo Constitucionalismo visa formular uma cultura jurídica emancipadora e autenticamente latino-americana. Para tanto, ele se fundamenta em marcos teóricos críticos. Adotando princípios pluralistas, as constituições referidas prezam pela interculturalidade e pela atuação descolonial em todas as suas esferas de poder. Exemplo evidente dessa proposta é o Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia.

Absorvendo a matriz crítica de pensamento, esse órgão jurisdicional tem alto potencial de criar e consolidar uma prática jurídica diferenciada do que se tinha até então. Como o próprio nome indica, os princípios da plurinacionalidade e, conseqüentemente, da interculturalidade são aqui priorizados. Além disso, sua composição possibilita uma atuação descolonial e comprometida com a demanda dos grupos sociais marginalizados.

Sabemos, porém, que não basta a criação de um órgão inovador e com propostas revolucionárias para solucionar em curto prazo todos os conflitos sociais pendentes. Fatores como a estruturação profissional dessas instituições, a cultura dos julgadores, pressões políticas e acontecimentos externos, entre outras variáveis, podem desvirtuar os melhores projetos.

Pretendemos, então, realizar uma análise jurisdicional: estudaremos dois casos já julgados pelo Tribunal Plurinacional e, através deles, discutiremos o grau de compatibilidade ou incompatibilidade prática desse Tribunal com a proposta revolucionária do Novo Constitucionalismo Latino-americano, bem como seus efeitos concretos sobre o povo boliviano.

Primeiramente, então, cabe uma descrição e aprofundamento das teorias críticas que sustentam tanto o Tribunal Plurinacional como o Novo Constitucionalismo. Evidentemente não esgotaremos todos os princípios abarcados, mas optamos por importantes marcos teóricos, a partir dos quais os demais se desenvolvem: o descolinialismo e a interculturalidade.

2 DESCOLONIZAÇÃO E INTERCULTURALIDADE NO NOVO CONSTITUCIONALISMO

Com a proposta de romper com a tradição constitucional europeia, o Novo Constitucionalismo incorporou marcos teóricos inovadores e de grande relevância para o contexto histórico, político e social da América Latina. Buscou-se, assim, conjugar o discurso pós-colonial com o exercício da interculturalidade de forma a se desvincular da matriz colonial de poder. Torna-se possível, então, a transformação da estrutura do Estado moderno ocidental.

A emergência de sujeitos historicamente marginalizados possibilitou, nos países do Novo Constitucionalismo, repensar o direito a partir da sua pluralidade de fontes. Essa prática carrega um potencial descolonial que só é capaz de concretizar-se em um espaço cultural não-hierarquizado, fruto da prática intercultural.

3 AS TEORIAS PÓS-COLONIAIS – DESCOLONIZANDO OS CÂNONES OCIDENTAIS

Os estudos pós-coloniais dizem respeito a um grupo de teorias que, em ramos diversos do saber, busca denunciar a narrativa centralizada que encoberta outras formas de conhecimento e vivência. Analisa-se, assim, as consequências da ação dos países colonizadores sob suas colônias, e, posteriormente, da articulação do poder mundial. A opção teórica para este trabalho levou em conta um recorte histórico e geográfico específico. Ao tratar de novas formas de pensar o Direito, que possibilitem o rompimento com o monólogo eurocêntrico em solo latino-americano, torna-se fundamental trabalhar com autores que contribuíram para a inserção da América Latina no debate pós-colonial. Dessa forma, são aqui descritas suas categorias fundamentais, que orientam a posterior análise de caso do Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano.

É com o Grupo Latino-americano de Estudos Subalternos, na década de 90, e posteriormente, desde o chamado “giro decolonial”, o Grupo Modernidade/Colonialidade, que a América Latina torna-se objeto de uma análise comprometida à ruptura com a razão eurocêntrica e vista desde o Sul. Neste agrupamento de teóricos, destacam-se diversos autores que contribuíram para uma crítica latino-americana, tais como Walter Mignolo, Enrique Dussel e Aníbal Quijano. Aqui, são trabalhadas especificamente algumas das categorias de Quijano, fundamentais para uma análise crítica a partir do sul global, com vistas a um saber jurídico descolonizado.

4 A ARTICULAÇÃO DO PODER: DA COLONIZAÇÃO À COLONIALIDADE

A categoria da Colonialidade do Poder desenvolvida por Aníbal Quijano no final da década de 80 é essencial para compreender de que forma operam as relações de poder, racializadas de maneira hierárquica, na América Latina. O sociólogo peruano toma a Colonialidade como elemento constitutivo e específico, na articulação do poder capitalista, que tem origem a partir da América (QUIJANO, 2010). Deve-se ter por esclarecido a diferença que esta categoria guarda em relação ao Colonialismo, um modelo de dominação político-jurídica, de uma população sobre a outra, mais antigo. Iniciado com o fenômeno histórico da colonização, o Colonialismo se finda com processos de independência formais. Por outro lado, a Colonialidade, apesar de ter sido construída no bojo do Colonialismo, guarda marcantes distinções em relação a ele, mostrando-se “[...] mais profunda e duradoura” (QUIJANO, 2010, p. 84), apta a manter as relações de dominação mesmo após a independência das Colônias.

A categoria, aqui trabalhada, tem como fim mostrar o papel de um eixo específico do padrão de poder capitalista colonial/moderno: o uso da categoria raça como modelo organizacional hierárquico, que afeta “[...] cada um dos planos, meios e dimensões, materiais e subjetivos, da existência social cotidiana e da escala societal [sic]” (QUIJANO, 2010, p. 84). Este instrumento de racialização e diferenciação biológica dos sujeitos foi empregado pela primeira vez a partir da colonização da América, funcionando como elemento legitimador da dominação europeia. A raça é, então, tomada como categoria natural, apesar da origem subjetiva, e fundamentada cientificamente, mesmo que não passe de uma “[...] produção de um imaginário mitológico” (QUIJANO, 2010, p. 125), ou seja, uma categoria forjada.

Assim, a ideia de “raça” e a hierarquização que a acompanha, juntamente com as “[...] formas de históricas de controle do trabalho, de seus recursos e de seus produtos, em torno do capital e do mercado mundial” (QUIJANO, 2005, página 107), constituem elementos essenciais da construção da modernidade. Tanto é verdade que pode-se afirmar que a modernidade é fruto da dominação colonial e a articulação do poder passa a ser construída a partir das relações de

dominação coloniais, que se mantém sob o aspecto da colonialidade. Contudo, não se resume ao “poder”, mas se reproduz em mais duas dimensões: do ser e do saber. Esta última de importância fundamental para o trabalho.

5 A COLONIALIDADE DO SABER

No plano teórico, a produção de conhecimento nas ciências sociais tratou de, a partir de uma visão eurocentrada, desvincular a ligação intrínseca entre a modernidade e o colonialismo. Projeta-se, então, o que Castro-Gómez (2005) chama de “Europa autogerada”, um conceito que desconsidera a espoliação do colonialismo, e a substitui pelo processo civilizatório de desenvolvimento, que culmina na modernidade. Aqui se mostra evidente a tarefa dos estudos e propostas pós-coloniais: reescrever as narrativas históricas sob o ponto de vista do subalterno, rompendo, assim, com o imaginário colonial sob o qual é construída a produção do conhecimento nas ciências sociais. Nesse sentido, Santiago Castro-Gómez (2005) aponta o caráter excludente das teorias sociais acerca do progresso das sociedades, que possuem o duplo papel de “aparelho ideológico” da modernidade e “máquina produtora de alteridade”:

[...] das portas para dentro, legitimava a exclusão e o disciplinamento daquelas pessoas que não se ajustavam aos perfis de subjetividade de que necessitava o Estado para implementar suas políticas de modernização; das portas para fora, por outro lado, as ciências sociais legitimavam a divisão internacional do trabalho e a desigualdade dos termos de troca e de comércio entre o centro e a periferia, ou seja, os grandes benefícios sociais e econômicos que as potências europeias [sic] obtinham do domínio sobre suas colônias. A produção da alteridade para dentro e a produção da alteridade para fora formavam parte de um mesmo dispositivo de poder. *A colonialidade do poder e a colonialidade do saber* se localizadas numa mesma matriz genética. (CASTRO-GÓMEZ, 2005, página 84, grifos do autor).

Ao evidenciar a produção do conhecimento como pertencente a um espaço geopolítico determinado, ao situá-la fisicamente, os estudos pós-coloniais rompem com as análises do mundo ocidental, em que o sujeito enunciador é sempre oculto. Trata-se, segundo Grosfoguel (2010), de demonstrar a ligação entre o sujeito cognocente e seu lugar epistêmico e, como consequência, desconstruir a mítica ocidental de um conhecimento universal, que desconsidera as estruturas de poder que atravessam o enunciador. O autor, então, demonstra, acompanhando Dussel (1988), o embate entre uma “geopolítica do

conhecimento”, que se preocupa com a posição do enunciador, e uma “egopolítica do conhecimento”, fundada na mítica ocidental de uma objetividade que não precisa ser situada, possuindo conseqüentemente uma pretensão universalista.

A ideia de uma egopolítica do conhecimento encontra seu fundamento nas origens da filosofia ocidental moderna com René Descartes. Quando Deus é substituído pelo Homem como novo fundamento do conhecimento, desconstrói-se toda a teopolítica do conhecimento existente na Europa medieval. No lugar dela, é edificada uma nova maneira de se alcançar a verdade universal, atemporal e não situada (GROSFOGUEL, 2010). É o homem ocidental que, agora, tem acesso à verdade e é na fórmula cartesiana “ego-cogito” (“penso, logo existo”) que se fundamenta a produção do conhecimento científico. A essa forma de conhecer “desinteressada”, Grosfoguel, na esteira de Santiago Castro-Gómez (2003), dá o nome de “lógica do ponto zero”.

O 'ponto zero' é o ponto de vista que se esconde e, escondendo-se, se coloca para lá de qualquer ponto de vista, ou seja, é o ponto de vista que se representa como não tendo um ponto de vista. É esta visão através do olhar de Deus que esconde sempre a sua perspectiva local e concreta sob um universalismo abstrato (GROSFOGUEL, 2010, p. 460).

Fica demonstrada, assim, uma estratégia do campo do conhecimento, que proporciona ao homem europeu a possibilidade de dizer a “verdade” sob um manto de neutralidade, negando a materialidade (seu corpo e sua posição geopolítica). Torna-se possível, então, desconsiderar formas de conhecimento diversas que não alcancem a mesma pretensão de universalidade. Cria-se, assim, uma hierarquia epistêmica, que é inserida e encontra a sua razão de ser na articulação de um padrão de poder específico: o padrão de poder colonial.

6 O PENSAMENTO ABISSAL

Tendo exposto a estrutura de poder na qual se insere a produção do conhecimento e sua relação com a manutenção desta estrutura, torna-se fundamental, para os fins deste trabalho, analisar o papel do Direito moderno como manifestação do que Boaventura de Sousa Santos (2010) chama de “Pensamento Abissal”. Segundo o sociólogo português, o pensamento do mundo moderno ocidental pode ser caracterizado como um pensamento abissal. Neste,

são criadas radicais distinções expressas numa linha que separa dois universos: o oficial, regulado por paradigmas próprios, de onde emergem os enunciados tidos como verdadeiros; e um “outro” universo, que já nasce excluído por sua “inexistência”, que não pode ser compreendido do outro lado da linha. Assim, o que existe de um lado não pode jamais existir do outro. Na verdade, a constituição e a própria existência de um lado significa a negação do outro.

O Pensamento Abissal descrito por Boaventura de Souza Santos (2010) manifesta-se de forma clara em dois campos: o conhecimento e o direito, que guardam estreita ligação entre si. As palavras do autor elucidam parte do problema:

Cada um cria um subsistema de distinções visíveis e invisíveis de tal forma que as invisíveis se tornam o fundamento das visíveis. No campo do conhecimento, o pensamento abissal consiste na concessão à ciência moderna o monopólio da distinção universal do verdadeiro e o falso, em detrimento de dois conhecimentos alternativos: a filosofia e a teologia (SANTOS, 2010, página 33).

Ainda que tidas como “formas alternativas”, a filosofia e a teologia são “vistas” e existem em um lado da linha (divisão visível). Por outro lado, os saberes leigos e populares encontram-se “do lado de lá” da linha abissal. A eles não se aplica a distinção entre verdadeiro e falso. É um conjunto de saberes negado, tido como inexistente a partir da divisão invisível da linha abissal. O campo do saber já foi tratado anteriormente neste trabalho. Trata-se agora de analisar a incidência do pensamento abissal no campo do Direito moderno.

O autor português aponta que as construções jurídicas modernas dividem, a partir de uma diferenciação visível, no direito oficial estatal e internacional, os acontecimentos como legais ou ilegais. Isto acontece apenas em um lado da linha abissal, excluindo assim: “[...] todo um território social onde ela seria impensável como princípio organizador, isto é [...], o território do a-legal [sic], ou mesmo do legal e ilegal de acordo com direitos não oficialmente reconhecidos”. (SANTOS, p. 34, 2010). Neste último ponto mostra-se evidente a importância do tópico do pluralismo jurídico como elemento essencial na refundação do Estado boliviano sob um paradigma descolonizador, relacionado diretamente com a ideia de diálogo intercultural, consagrada inclusive no Preâmbulo da Constituição boliviana.

Assim, o direito moderno constrói-se a partir da negação do outro lado da linha abissal. No campo jurídico, a existência do moderno se dá sob a não existência do colonial, pois este é entendido como o território em que não há lei. Esta negação jurídica caminha lado a lado com a epistêmica, formando um conjunto que caracteriza um lado da linha como civilizado e o outro como selvagem. De tal maneira que para o pensamento europeu contratualista, é fundamental a negação do espaço colonial como um espaço jurídico. Na medida em que só é possível universalizar o colonizador se for declarada a inexistência jurídica e epistêmica do colonizado, estabelece-se uma humanidade sobre e a partir de uma sub-humanidade.

As teorias do contrato social [...] são tão importantes pelo o que dizem como pelo que silenciam. O que dizem é que os indivíduos modernos, ou seja, os homens metropolitanos, entram no contrato social abandonando o estado de natureza para formarem a sociedade civil. O que silenciam é que, desta forma, se cria uma vasta região do mundo em estado de natureza [...] A modernidade ocidental, em vez de significar o abandono do estado de natureza e a passagem à sociedade civil, significa a coexistência da sociedade civil com o estado de natureza, separados por uma linha abissal com base na qual o olhar hegemônico, localizado na sociedade civil, deixa de ver e declara efetivamente como não-existente [sic] o estado de natureza (SANTOS, 2010, página 36).

A manifestação jurídica deste pensamento impôs paradigmas distintos para cada lado da linha abissal. A modernidade ocidental funciona, segundo Santos (2010), sobre o paradigma da regulamentação/emancipação, uma distinção visível, que por sua vez é fundamentada em uma invisível, separando o mundo moderno do colonial. Há no lado negado da linha um paradigma distinto, fundado no modelo da apropriação/violência, que encontra especial significado nas diversas formas de dominação e espoliação praticadas pelos colonizadores:

Enquanto a lógica da regulamentação/emancipação é impensável sem a distinção matricial entre o direito das pessoas e o direito das coisas, a lógica da apropriação/violência reconhece apenas o direito das coisas, sejam elas humanas ou não (SANTOS, 2010, página 38).

O que importa destacar, a partir destes conceitos, é a permanência e constante mutação nas manifestações das linhas abissais, especialmente no campo do direito. Assim, Boaventura demonstra, a partir do final do século XX, um duplo movimento de transformação: o regresso do colonial e do colonizador e, como contramovimento, o cosmopolitismo subalterno. Enquanto o regresso do colonial seria a “[...] resposta abissal ao que é percebido como uma intromissão

ameaçadora do colonial nas sociedades metropolitanas” (SANTOS, 2010, página 42), o regresso do colonizador, por sua vez, implicaria no retorno de “formas de governo colonial”. Este cenário é descrito pelo autor como o surgimento do “fascismo social”, uma forma de dominação até então inédita, pois, sendo baseada na dinâmica e disparidade das forças sociais, pode conviver com a democracia ancorada em princípios liberais. O autor descreve, como uma das formas deste sistema (socialmente fascista, ainda que politicamente identificado com características democráticas), o denominado “fascismo contratual”:

Ocorre nas situações em que a diferença de poder entre as partes do contrato de direito civil (seja ele um contrato de trabalho ou um contrato de fornecimento de bens ou serviços) é de tal ordem que a parte mais fraca, vulnerabilizada por não ter alternativa ao contrato, aceita as condições que lhe são impostas pela parte mais poderosa, por mais onerosas e despóticas que sejam. [...] esta forma de fascismo ocorre frequentemente nas situações de privatização dos serviços públicos, da saúde, da segurança social, eletricidade e água etc. (SANTOS, 2010, página 46).

Demonstra-se, então, um dos inúmeros reflexos da continuidade do pensamento abissal no campo jurídico. O exemplo do fascismo contratual é emblemático para a América Latina e encontra respaldo na realidade boliviana. Trata-se da chamada “Guerra da Água de Cochabamba”, ocorrida nos anos 2000, em que a população revoltou-se contra as investidas neoliberais, a respeito da privatização do sistema de água potável. Por fim, destaca-se a identificação do contramovimento evidenciado por Boaventura, o chamado Cosmopolitismo Subalterno, com o trabalho dos movimentos indígenas e camponeses em solo latino-americano, com destaque na Bolívia, uma vez que, graças às reivindicações destes movimentos insurgentes, práticas descolonizadoras vêm sendo implementadas neste país. Construiu-se, assim, um modelo de Estado Plurinacional, incompatível com o paradigma monista. Torna-se evidente a necessidade de que, para a descolonização do Direito, é preciso pensá-lo a partir do Pluralismo Jurídico, em sua multiplicidade de fontes, que, por sua vez, precisam ser articuladas em um exercício de interculturalidade.

7 INTERCULTURALIDADE – UMA NOVA VISÃO PARA AS RELAÇÕES SOCIAIS⁸

Paralelamente à teoria descolonial, o Novo Constitucionalismo Latino-americano coloca a interculturalidade entre seus princípios norteadores. Este, entretanto, é um preceito bastante aberto, permitindo dentro dele diversas perspectivas e posições políticas. É importante, então, evidenciar qual é o modelo de interculturalidade foi adotada pelos países envolvidos nesse projeto.

“A cultura nunca é questão de propriedade, de emprestar e tomar emprestado com credores absolutos, mas antes de apropriações, experiências em comuns e interdependências de todo tipo entre culturas diferentes” (SAID, 2011, p. 339). De fato, é inegável a permeabilidade das culturas. Diferentes povos, quando interagem em relação próxima, compartilham, mesmo que involuntariamente, seus saberes, práticas e tradições. Esse intercâmbio, porém, pode acontecer pelas mais diversas formas e motivos: uma convivência pacífica e simbiótica, uma relação de dominação e opressão, o enriquecimento egoístico e unilateral de um só dos polos envolvidos etc. O fato da troca não impede uma coexistência conflituosa e desigual. Por essa razão, destaca-se a importância de um programa teórico emancipador e transformador para o contato entre os diversos povos e suas culturas.

Entende-se interculturalidade como um projeto de relações sociais que tem por meta o contato, interação e intercâmbio harmonioso entre os povos. Aproximando diferentes identidades culturais, esse pressuposto visa promover a troca de conhecimentos, histórias, tradições, manifestações artísticas, modos de vida e outros elementos relevantes de forma continuada, mútua e construtiva. Importa destacar também uma transformação da atual visão epistemológica, pois

⁸ A seguinte seção trata da continuação da discussão que o autor João Victor A. Krieger iniciara em artigo científico anterior. Voltando-se para a área da pedagogia intercultural e sua importância para curso superior de direito, o trabalho serviu para uma preliminar discussão acerca desse pressuposto cultural. Pode-se conferir em: KRIEGER, João Victor Antunes. Ensino Intercultural do Direito: Uma alternativa ao método tradicional. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. **Constitucionalismo, Descolonización y Pluralismo Jurídico en América Latina**. Aguascalientes/Florianópolis: CENEJUS/UFSC-NEPE, 2015. p. 245-262. Disponível em: <<http://antoniocarloswolkmer.blogspot.com.br/2015/02/livro-constitucionalismo-descolonizacao.html>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

o aprendizado constante com racionalidades tão diversas abala as verdades científicas anteriores. Isso implica na “[...] reformulação de nossos meios de conhecimento a partir do pleito das vozes da razão ou das culturas no marco da comunicação aberta, e não pela reconstrução de teorias monoculturalmente constituídas” (FORNET-BETANCOURT, 1994, p. 19). A postura intelectual aqui indicada deve ser de curiosidade, sempre aberta às novidades e em contínua mutação, já que novas visões e formas de se relacionar com o mundo afrontam as estagnadas e rígidas certezas da racionalidade moderna. Aponta-se, dessa forma, para uma epistemologia mais inclusiva e volúvel através da:

[...] invenção de entrelugares [sic] em que outras relações tornem-se possíveis. Nestes espaços liminares, as diferenças não se diluem imediatamente num caldo comum, nem são hierarquizadas, tratadas como superiores ou inferiores, melhores ou piores, mas permanecem em tensão, em ebulição, fazendo com que as mesmas palavras, as mesmas imagens, os mesmos símbolos, não apenas produzam diversas interpretações, mas se mantenham ambivalentes. E assim mantenham também a flexibilidade, a possibilidade de continuar interagindo e mudando, des-locando [sic] relações de poder (AZIBEIRO, 2006, p. 246).

A interculturalidade, entretanto, não é um projeto neutro e descolado de orientação política-ideológica. Seu conceito pode abarcar objetivos, metodologias e práticas bastante distintas. Eles vão variar de acordo com os fundamentos teóricos adotados e os interesses dos atores envolvidos.

Guzmán (2011) adota terminologias diferentes para identificar duas contrastantes abordagens políticas que o conceito interculturalidade tem manifestado nos anos recente. Ele chama por multiculturalidade o projeto de teor neoliberal e meramente funcional baseado na tolerância hierárquica e na assimilação forçada das culturas periféricas pela cultura dita central. De outro lado, o autor usa a palavra intercultural para a matriz de relações sociais pautadas no intercâmbio mútuo horizontal entre culturas diversas visando o enriquecimento conjunto.

Essa interculturalidade de matriz crítica, diferentemente do modelo multiculturalista, abre um campo amplo, plural e aberto para o contato entre as diversas culturas, possibilitando um espaço plural e não-hierarquizado de diálogo. Não se trata aqui de mera assimilação de saberes e práticas por um só grupo em detrimento dos demais, uma vez que o intercâmbio é mútuo.

É importante frisar que a interculturalidade não se baseia na pretensa igualdade formal entre as culturas. Não se ignora as diferenças de poder e representatividade política que há entre os diversos povos culturalmente distintos. A inferioridade que os processos colonizadores modernos produziram sobre as formas de vida que divergiam do modelo eurocêntrico resultaram na marginalização de povos em todo o mundo. Como apontado por Said (2011, cap. 1), além da exclusão social, a racionalidade europeia, alicerçada no positivismo científico, determinou a desvalorização do conhecimento, história, narrativa, arte e cultura desses grupos, criando falsos imaginários como o de povos selvagens, bárbaros, irracionais, ou dependentes.

Desconsiderar esse desequilíbrio entre cultura hegemônica e culturas periféricas implica na manutenção dessa relação. Ao não questionar esse lócus privilegiado, as formas de ser e saber de origens europeias permanecerão como centrais e predominantes. É esse um dos erros que reproduz o multiculturalismo:

A crítica que se faz ao multiculturalismo é que ele designa uma estratégia política que mantém [sic] a assimetria do poder entre as culturas, ao não colocar em xeque o marco estabelecido pela cultura hegemônica. Sendo assim, o respeito e a tolerância, tão difundida pela retórica do multiculturalismo, estão fortemente limitados por uma ideologia semicolonialista que consagra a cultura ocidental como cultura dominante (VIEIRA, 2015, p. 234-235).

A interculturalidade crítica, ao contrário, rompe com a hegemonia da cultura eurocêntrica. Não se toma como base a igualdade meramente formal, mas sim a igualdade material entre os povos. Privilegiam-se as expressões dos grupos historicamente segregados, amplificando as vozes que foram silenciadas. Procura-se, assim, “[...] uma forma de racionalidade que transpasse os limites atuais da nossa teoria do entender e nos possibilite, assim, ver o mundo e a história a partir da perspectiva da ainda periférica exterioridade do outro” (FORNET-BETANCOURT, 1994, p. 30). Na América Latina, comunidades indígenas, quilombolas, negras, campesinas e ribeirinhas, entre outras, são exemplos dessas culturas que sofreram o processo de inferiorização e ocultamento histórico decorrente da colonização.

Eis aqui o ponto de intersecção entre a interculturalidade e o discurso descolonial. Ambas as teorias, ao reconhecer o predomínio de uma cultura em detrimento das demais, incentivam e promovem as manifestações daqueles sujeitos que sofreram o processo histórico de ocultação e silenciamento. Ambas promovem uma postura engajada de questionamento da ordem vigente e de ruptura com o hegemônico.

É evidente, por fim, que o Novo Constitucionalismo Latino-Americano optou pela adoção da interculturalidade de teor crítico. Como descreve Pisarello (2014, cap. 5), ao pretender refundar a soberania do Estado em bases populares e plurais, as constituições andinas buscaram valorizar os saberes e tradições principalmente indígenas, mas também de demais povos marginalizados. Em decorrência, reconheceu-se a independência e a autonomia das jurisdições periféricas e criaram-se órgãos públicos destinados a promover essas culturas no espaço estatal democrático, estimulando, assim, a interculturalidade. Exemplo direto desse desígnio institucional pluralista é o Tribunal Plurinacional da Bolívia, que será discutido na sequência.

8 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL: INSTITUIÇÃO, ORGANIZAÇÃO E PROPOSTA DESCOLONIAL

Em 1995, por meio do disposto no artigo 116, IV da Constituição então vigente na Bolívia, insere-se em tal contexto a figura do Tribunal Constitucional, responsável pelo controle de constitucionalidade no país. Em 2009, graças às mudanças político-jurídicas estabelecidas com a promulgação da nova Constituição Política do Estado, tal órgão recebe nova denominação, sendo a partir de então conhecido como Tribunal Constitucional *Plurinacional* da Bolívia, além de agregar novas funções, imprescindíveis para a concretização do pluralismo jurídico e do discurso descolonial, conforme prescrição do artigo 179, III.

Além da justiça constitucional, o Tribunal assumiu em 2009 o encargo de responder às consultas de autoridades indígenas originárias campesinas acerca da aplicação de suas normas a casos concretos, resolvendo também possíveis

conflitos entre as jurisdições reconhecidas constitucionalmente. Ademais, é importante ressaltar que aplicam-se critérios de plurinacionalidade na própria eleição dos magistrados, integrando, assim, representantes das comunidades indígenas originárias e campesinas, que possuem ao menos duas vagas reservadas, de acordo com o artigo 13, 2 da lei 027 de 06 de julho de 2010, incumbida de sistematizar a organização do Tribunal. A questão da igualdade entre os gêneros também foi debatida durante o período de reestruturação do órgão, sendo que atualmente duas magistradas têm participação efetiva no Tribunal.

Ainda de acordo com a lei 027/2010, o Tribunal Constitucional Plurinacional é dividido em três salas, sendo que uma destas trata exclusivamente das consultas propostas pelas comunidades indígenas originárias e campesinas (BOLÍVIA, 2010, art. 32).

Além disso, há também a Secretaria Técnica de Descolonização, diretamente vinculada à Presidência do Tribunal. Tal Secretaria, ademais de sua formação multidisciplinar, é subdividida em Unidade de Justiça Indígena Originária e Campesina – composta por um cientista político, um sociólogo, um advogado constitucionalista e três especialistas em justiça indígena originária campesina – e em Unidade de Descolonização, constituída, por sua vez, por dois antropólogos, um sociólogo, um historiador, um advogado constitucionalista, um linguista e um especialista em descentralização.

A equipe interdisciplinar dessa mesma unidade (a de Descolonização) elabora relatórios técnicos relevantes e dirigidas para a instrumentalização das intervenções do Tribunal, interpretando, com base nos direitos humanos vistos a partir do marco da interculturalidade, as peculiaridades de cada um dos universos nos quais se desencadeiam os conflitos em questão e, dessa forma, agindo rumo à concretização dos novos valores políticos e jurídicos postos pela Constituição de 2009. Nos dizeres de Rosembert Santamaría:

Este relatório contribui com a decisão que o Tribunal Constitucional Plurinacional toma a respeito da matéria submetida ao seu conhecimento e, sem dúvida, avança em relação ao que o modelo jurídico conhecia até então em termos de perícia cultural. Os elementos aportados pela própria comunidade adquirem relevância em um sistema que procura

avançar à interculturalidade e não ater-se ao mero “formalismo” (SANTAMARÍA, 2015, p. 174).

Ainda segundo Santamaría (2015, p. 172-173), a proposta desenvolvida pela Unidade de Descolonização possui, ao menos, três elementos inovadores: a) a perícia intercultural é feita por conhecedores de vários sistemas de direito (trabalho interdisciplinar); b) a comunidade étnica envolvida participa efetivamente do processo e c) sua validade depende diretamente da legitimidade sociocultural e não do método jurídico.

Por fim, importa trazer à tona o princípio de “ponderação intercultural” desenvolvido pelo Tribunal Plurinacional e norteado pelos elementos fáticos apresentados pelos membros das supracitadas unidades. Com base em tal método, o Tribunal age em quatro momentos distintos: primeiro, compara os fins almejados aos meios empregados de modo a verificar sua coerência; depois, sob o mesmo esquema, compara a decisão emanada pela comunidade à sua cosmovisão; logo em seguida, analisa se a decisão é harmônica com os ritos e procedimentos tradicionalmente adotados na comunidade; e, finalmente, o Tribunal estabelece se há proporcionalidade entre a natureza e a gravidade dos fatos praticados e a sanção aplicada pela decisão da comunidade, bem como, a estrita necessidade no caso de as sanções serem graves.

9 AVANÇOS E RETROCESSOS NA ATIVIDADE DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Desenvolve-se, a seguir, a análise crítica de duas sentenças proferidas pelo Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano, uma de caráter progressista e evidentemente descolonizado e outra de caráter conservador, que subordina a justiça indígena originária campesina à justiça ordinária. Demonstra-se, assim, que apesar dos importantes avanços de tal Tribunal no sentido de descolonizar a justiça no país, sua atuação não é, e nem poderia ser, imune a críticas, uma vez que tem se tornado, em diversas situações, instrumento de manutenção da colonização jurídica e política, afastando-se do projeto de construção de um

Estado verdadeiramente plurinacional ao desapropriar as justiças indígenas originárias campesinas de suas prerrogativas constitucionais.

SENTENÇA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1422/2012

Em 2012, alguns membros de uma comunidade integrante do sistema de justiça indígena originário campesino interpuseram uma Ação de Liberdade - prevista no artigo 125 da Constituição de 2009, é um instrumento que confere proteção a toda e qualquer pessoa que considere sua vida ou liberdade em risco, que considere ter sido indevidamente processada ou, ainda, que considere ter tido seu direito ao devido processo ofendido – contra os dirigentes de tal comunidade, situada no município de Poroma.

O contexto fático de tal situação dá-se a partir de um caso de roubo ocorrido na localidade. Mesmo após acordo e restituição integral do dano, a comunidade decidiu pela expulsão de toda a família do autor, que já vinha sendo obrigada a lidar com maus tratos e discriminação.

Eles, então, alegando violação de inúmeros direitos, entre os quais o direito à vida e à integridade física e psicológica, através inclusive da suspensão do fornecimento de água, entraram com a referida ação. Alegou-se, também, ofensa ao devido processo legal e que a decisão afetou, além do próprio autor, mulheres e crianças que não haviam cometido nenhum ato sancionável.

A perícia solicitada à Unidade de Descolonização do Tribunal Constitucional Plurinacional, acionado devido à natureza da contenda, excluiu o argumento dos autores da ação de que o corpo social demandado não poderia ser considerado uma organização portadora de tradições ancestrais. Para a Unidade, a comunidade de Poroma possuía, sim, existência pré-colonial e subsistência posterior à colonização, fundando seus rituais em sua cosmovisão, em suas tradições e em seus elementos específicos. Além disso, a expulsão era, também, sanção admitida aos que traíssem a comunidade motivados por interesses pessoais ou reincidissem em faltas que afetassem a convivência pacífica dos indivíduos, sendo tal reincidência demonstrada por meio de atas. Assim, o Tribunal considerou inequívoca sua condição de povo indígena originário

campesino, bem como a titularidade de direitos coletivos referentes ao desenvolvimento de seu próprio sistema jurídico.

Destarte, partiu-se para a aplicação do método da ponderação intercultural ao caso concreto apresentado. Segundo tal mecanismo, chegou-se ao entendimento de que a decisão da comunidade de expulsar toda a família do autor do crime não era harmônica aos valores plurais expressos - como igualdade, solidariedade, inclusão, bem estar comum, etc. - e que a adoção da medida não poderia ser justificada nem mesmo à luz da preservação do interesse coletivo.

Também percebeu-se que o julgamento, além de desproporcional e não estritamente necessário, contradizia a cosmovisão da comunidade – que, constatou-se por meio da perícia, implicava em devolver à ordem a desordem causada por uma conduta não adequada – já que apenas uma das pessoas expulsas era de fato responsável pelo acontecido.

Por fim, o Tribunal Constitucional Plurinacional entendeu ainda que a decisão da comunidade afetava dois grupos em condição de vulnerabilidade, mulheres e menores, determinando, dessa forma, que os atos considerados ofensivos aos autores da ação cessassem imediatamente, devendo a sentença, traduzida para quéchua e aymara, ser socializada com toda a comunidade de Poroma.

Tal sentença é claro exemplo de uma atuação descolonizada por parte do Tribunal e de seus órgãos internos, visando uma solução para o conflito apresentado capaz de respeitar tanto os direitos coletivos da comunidade indígena originária campesina – realizando um controle plural de constitucionalidade e não subordinando a jurisdição indígena originária campesina à jurisdição originária - quanto os direitos dos membros da família do autor do crime, penalizados apesar de não terem atuado de maneira inadequada, em cristalina interpretação dos direitos fundamentais a partir de contextos inter e intraculturais.

No ano de 2014, uma das autoridades da comunidade originária Portada Corapata, representada pela então autoridade do Conselho Amawtico de Justiça, Jach'a Kamchinak Cheqa Phoqhayirinaka, entrou com um pedido de consulta ao Tribunal Constitucional Plurinacional a partir do seguinte contexto fático: em 2012, uma decisão proferida pela autoridade da referida comunidade, do sistema de justiça indígena originária campesina, decidiu pelo despejo de “usurpadores de terras” que vinham agindo em prejuízo à harmonia comunal. Procurou-se, então, os órgãos estatais – no presente caso, o Comando Departamental de Polícia – para a obtenção de auxílio no cumprimento da decisão, em concordância com o princípio da cooperação entre os diferentes sistemas de justiça.

O Comando, ignorando completamente os princípios da descolonização, da interculturalidade, do pluralismo jurídico e do respeito aos costumes e práticas da jurisdição indígena, exigiu a assinatura de um advogado na decisão de despejo, além da documentação reunida durante o processo. Ou seja, subordinou a validade do julgamento da comunidade a uma série de rigores processuais típicos da jurisdição ordinária.

Apenas depois de cumpridas tais exigências, fixou a data para o despejo – divergente, e posterior, ressalta-se, da fixada pela autoridade indígena. No dia marcado, compareceu à comunidade e “escoltou” os que deveriam ser despejados, que regressaram, logo em seguida, acompanhados por policiais e estranhos. Utilizaram pedras e outras armas brancas para atacar inúmeros membros da comunidade, inclusive crianças, mulheres e idosos.

Efetou-se denúncia, por parte da comunidade, contra os agressores, incluindo o Comando de Polícia, sendo ela recusada sob a justificativa de que a jurisdição indígena originária campesina não era, de acordo com os âmbitos prescritos pela Lei de Deslinde Jurisdicional, competente para proferir a decisão de despejo.

Remeteu-se o caso, então, aos estratos locais da jurisdição ordinária, na qual foi arquivado a pedido do Ministério Público por ausência do que foi chamado de “impulso processual” por parte do denunciante. A comunidade, buscando a efetivação de suas prerrogativas constitucionais sistematicamente negadas, acionou o Tribunal Constitucional Plurinacional através de um procedimento de

consulta, no qual questionava, entre outros aspectos, qual o procedimento necessário para a obtenção de proteção às vítimas do caso e, principalmente, qual o sentido da existência de uma jurisdição indígena originária e campesina se não se verificava a possibilidade de sua real efetivação, além de qual seria a concepção de pluralismo jurídico na ordem vigente frente a tantas e tão graves violações, inclusive institucionais.

A decisão do Tribunal chega a causar perplexidade, em especial quando levam-se em consideração os valores político-jurídicos que deveria defender e consumir: assinalando a necessidade de cumprimento dos requisitos processualmente previstos para que se dê a admissão de uma consulta, recusou a procedência de tal procedimento, pois, segundo ele, não havia, no caso concreto, dúvida acerca da aplicação constitucionalmente válida de uma norma originária. Dessa forma, apesar de reconhecer a prática de atos lesivos pela polícia, opta por não tomar medida alguma – nem para punir nem para prevenir futuras violações no mesmo sentido - além de apenas determinar a tradução e a socialização da mesma decisão.

Fica claro, portanto, como a justiça indígena originária campesina foi repetidamente subjugada pelas mais diversas instituições da justiça estatal, o que dá fundamento à percepção de que todos os seus âmbitos, e não apenas o judicial, necessitam de urgente e constante avaliação e reestruturação para que possam efetivamente consolidar um horizonte descolonizador e plural, tão necessário à concretização do novo modelo de Estado estabelecido pela Constituição, evitando, portanto, a predominância do rigor processual e do estrito tecnicismo, sólidas bases sobre as quais o juspositivismo ocidental legitima a negação seletiva da justiça.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, nota-se claramente o caráter latente de ruptura e inovação aos últimos textos constitucionais latino-americanos sob o marco do Novo Constitucionalismo que tem se desenvolvido na região, em especial no caso da Bolívia, nação das mais ricas em diversidade cultural e cujas cosmovisões têm

se mantido permanentemente em luta frente ao modelo hegemônico de incorporação e aculturação.

Tal caráter manifesta-se desde princípios e valores transformadores da ordem jurídica vigente. Em especial o fato de que, em tal contexto e a partir da noção de plurinacionalidade, os povos indígenas originários camponeses abandonam o “lado invisível” da linha abissal estabelecida pelo pensamento do mundo moderno ocidental – no qual seus saberes são negados e sistematicamente tidos como inexistentes – não para serem apenas “reconhecidos” ou “incorporados” pelo Estado monista, mas para se colocarem como efetivos sujeitos de direito. Para tanto, os preceitos da interculturalidade e da descolonização, ademais da busca pela igualdade material dos povos, tornam-se imprescindíveis.

Contudo, a análise jurisprudencial demonstra que o processo de concretização desses valores e princípios afasta-se do ideal e, através de uma conflitante percepção dos avanços e retrocessos, deixa claro um conjunto de significativas limitações, das quais surge a necessidade de encarar a nova ordem jurídico-política boliviana, instituída pela Constituição de 2009, sob uma ótica de formação e reavaliação contínuas.

REFERÊNCIAS

AZIBEIRO, N. E.. **Educação Intercultural e Comunidades de Periferia: limiaries da formação de educador@s**. 2006. 338 p. Tese (Doutorado)- Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/89448>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

CASTRO-GÓMEZ, S.. **La Hybris del Punto Cero**: ciencia, raza e ilustración em la Nueva Granada (1750-1816). Bogotá: Editora Pontificia Universidade Jeveriana, 2003.

_____. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da "invenção do outro". In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Colección Sur Sur, CLACSO, set. 2005. p. 80-87. Disponível em: <http://www.geografia.fflch.usp.br/graduacao/apoio/Apoio/Apoio_Tonico/2s2012/Texto_1.pdf>. Acesso em: 11/04/2015.

DUSSEL, E.. Beyond the Eurocentrism. The Word-system and the Limits of Modernity. In: JAMESON, Frederic; MYOSHI, Masao (Orgs.). **The Cultures of Globalization**. Durham, NC: Duke University Press, 1998, p. 3-31.

FORNET-BETANCOURT, R.. **Questões de Método para uma Filosofia Intercultural a partir da Ibero-América**. São Leopoldo: UNISINOS, 1994.

GROSFOGUEL, R.. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010. Cap. 13. p. 455-491.

GUZMÁN, B. R.. **Colonialidade, Interculturalidade e Educação: Desdobramentos na Relação do povo Mapuche e o Estado do Chile**. 2011. Dissertação (Mestrado em Educação)-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/94931> >. Acesso em: 15 dez. 2013.

PISARELLO, G.. **Procesos Constituyentes: Caminos para la ruptura democrática**. Madrid, Espanha: Trotta, 2014

QUIJANO, A.. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Colección Sur Sur, CLACSO, set. 2005. Disponível em: <http://www.geografia.fflch.usp.br/graduacao/apoio/Apoio/Apoio_Tonico/2s2012/Texto_1.pdf>. Acesso em: 11/04/2015.

_____. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010. Cap. 2. p. 84-130.

SANTAMARÍA, R. A.. Descolonização jurídica nos Andes. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (Org.). **Constitucionalismo, descolonização e pluralismo jurídico na América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS/Florianópolis: UFSC-NEPE. 2015. p. 165-179

SAID, E. W. **Cultura e Imperialismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2011.

SANTOS, B. de S.. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010. Cap. 1. p. 31-83.

VIEIRA, F. do A.. Diálogo Intercultural no Novo Constitucionalismo Latino-Americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (Orgs.). **Constitucionalismo, Descolonización y Pluralismo Jurídico en América Latina**. Aguascalientes/Florianópolis: Cenejus/UFSC-NEPE, 2015. p.

233-244. Disponível em:

<<http://antoniocarloswolkmer.blogspot.com.br/2015/02/livro-constitucionalismo-descolonizacao.html>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

Documentos Consultados

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**. 2008-2009. Disponível em:

<<http://www.tcpbolivia.bo/tcp/sites/all/modulostcp/leyes/cpe/cpe.pdf> >. Acesso em: 14 jan. 2014.

BOLÍVIA. Assembleia Legislativa Plurinacional. Ley nº 027, de 06 de julho de 2010. **Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional**. La Paz, 2010. Disponível em: <http://www.cedib.org/post_type_leyes/ley-026-regimen-electoral-30-de-junio-2010/>. Acesso em 14 jan. 2014.

_____. Tribunal Constitucional Plurinacional. Ação de Liberdade. Autor: Balvino Huanca Alavi (e família). Demandado: Juan José Cruz Pérez e Apolinar Cayo. Relatora: Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños. **Sentencia Constitucional Plurinacional 1422/2012**. Sentencia Fundadora. Sucre, 24 de set. 2012.

Disponível em:

<<http://ajurisprudencia.tcpbolivia.bo/jurisprudencia/envio/indexcontenido.php>>. Acesso em 19 jan. 2015.

_____. Tribunal Constitucional Plurinacional. **Declaração Constitucional Plurinacional 0043/2014**. Consulta de autoridade Indígena Originário Campesina. Consulente: Consejo Amawtico de Justicia (Jach'a Kamchinak Cheqa Phoqhayirinaka). Relator: Dr. Juan Oswaldo Valencia Alvarado. Sucre, 1 de ago. 2014. Disponível em: <<http://tcpbolivia.bo/> >. Acesso em 14 jan. 2015.

O NOVO CONSTITUCIONALISMO DA AMÉRICA LATINA, DIREITOS DOS ANIMAIS NÃO-HUMANOS E A ÉTICA DO BEM VIVER

Taysa Schiocchet,⁹

Daniel Agostini,¹⁰

RESUMO: Deixando de lado discussões doutrinárias sobre a emergência ou mesmo (in)existência de um neoconstitucionalismo, não se pode furtar à constatação de que, após as guerras mundiais, o constitucionalismo sofreu uma grande transformação em diversos países e, em especial nos países latinos americanos, após os períodos ditatoriais, transcendeu-se dos parâmetros vistos na Europa e América do Norte, para atingir níveis elevados de ecologia. A priorização do indivíduo e sua dignidade enquanto fundamento do Estado, em países como o Brasil (1988) e a Colômbia (1991), somada à comunhão deste indivíduo com e na vida, como visto no Equador (2008) e na Bolívia (2009), é uma característica totalmente inovadora do constitucionalismo latino americano no contexto global, que apresenta uma ruptura com a cultura pré-guerras e apresenta um ethos fortemente direcionado à fraternidade e multiculturalidade, como expressão de uma visão para além do antropocentrismo, cujo ícone maior é a deidade andina Pachamama, mas que não chega a atingir o nível mais alto de proteção animal, que é tê-los como sujeitos-de-uma-vida.

PALAVRAS CHAVES: Novo Constitucionalismo. Direito dos Animais. Ética Biocêntrica. *Pachamama*

1 INTRODUÇÃO

Deixando de lado discussões doutrinárias sobre a emergência ou mesmo (in)existência de um neoconstitucionalismo¹¹, não se pode furtar à constatação de

9 Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), com estudos doutorais na Université Paris I – Panthéon Sorbonne e na FLACSO, Buenos Aires. Pós-doutora pela Universidad Autónoma de Madrid (UAM), Espanha. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Líder do Grupo de Pesquisa IBioTecJusl - Estudos Avançados em Direito, Tecnologia e Política.

10 Mestrando em Direito Público – UNISINOS - Bolsista CAPES/CNPQ/PROEX.

¹¹ À propósito da discussão sobre a (in)existência de um neoconstitucionalismo, veja-se, por exemplo: HIRSCHL, Ran. **The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide**. Fordham L. Rev. Vol. 75, n. 2, p. 721, 2006. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol75/iss2/14>. Acesso em 8 de Abr 2015; STRECK, Lênio Luiz. **Contra o neoconstitucionalismo**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da

que, após as guerras mundiais - e num interstício imediatamente seguinte, onde se inclui a Guerra Fria -, o constitucionalismo sofreu uma grande transformação em diversos países. As atrocidades cometidas durante as guerras mundiais, a violência e dizimação de milhares e milhares de pessoas, não só mostraram a tênue linha que separa a vida da morte, como atenuaram a linha que separa o bem do mal, e a liberdade dos seres humanos da sua subjugação.

Isso se aplica ao período histórico de ditaduras da América Latina – período que se seguiu às grandes guerras -, e que estão inseridas no contexto da Guerra Fria, como, por exemplo, na Argentina (1962 e 1966), Brasil (1964), Bolívia (1964), Peru (1968), Chile (1973), Equador (1972), entre outros. Nesse período, quase todas as Constituições, conforme seus preâmbulos ou artigos iniciais, vieram pelo povo e para o povo e elencaram a dignidade humana como fundamento primeiro desse novo modelo de Estado, na tentativa, dentre outras coisas, de evitar a repetição das mesmas atrocidades¹².

Nessa conjuntura apresentada pelo constitucionalismo latinoamericano, um elemento que nos interessa analisar nesse texto é quais os contornos da proteção da natureza e animais não humanos. Da análise das Constituições latinas, é possível perceber que se transcendeu os parâmetros vistos na Europa e América do Norte, para se atingir níveis mais elevados de proteção ecológica. Além dos países, como o Brasil (1988) e a Colômbia (1991), cuja proteção da dignidade humana, enquanto fundamento do Estado, reina solitariamente no texto constitucional. Em outros países como o Equador (2008) e a Bolívia (2009),

Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27 (e na obra **Verdade e Consenso**, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47); BARBERIS, Mauro. **Neoconstitucionalismo**. Revista Brasileira de Direito Constitucional. Vol. 1, n. 7, p. 18, Jan/Jun, 2006. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-07/revista07-vol1.pdf>. Acesso em: 08 de Abr. 2015; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição?** Revista Brasileira de Direito Constitucional. Vol. 1, n. 7, p. 231, Jan/Jun, 2006. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-07/revista07-vol1.pdf>. Acesso em 08 de Abr. 2015.

¹² Veja-se, por exemplo: Constituição da República do Brasil de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro[...]” (preâmbulo), “a República se funda na dignidade da pessoa humana” (art. 1º) e “o poder emana do povo” (art.1º, parágrafo único); Constituição da Colômbia de 1991: “El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano” (preâmbulo), “fundada en el respeto de la dignidad humana” (art. 1º); Constituição da Bolívia de 2009: “El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado [...] construimos un nuevo Estado[...] Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad[...]” (preâmbulo).

somou-se a esta dignidade a perspectiva de comunhão deste indivíduo com e na vida, protegendo-se a natureza de maneira muito peculiar e, diríamos, inovadora.

Essas características mostram uma ruptura com a cultura pré-guerras e apresentam um *ethos* direcionado à fraternidade, solidariedade e, em especial no Equador e na Bolívia, demonstram amplo respeito pela tradição e pela multiculturalidade, além de uma visão para além do antropocentrismo, cujo ícone maior é a deidade andina *Pachamama* referida na “*Nueva Constitución Política Del Estado Boliviano*”.

A análise das novas constituições latino-americanas – em especial o contraponto entre as constituições sucedidas e as novas promulgadas em cada país aqui eleito - demonstra que o texto constitucional transcende pretensões meramente organizativas do aparelho estatal, função tradicional do Direito Constitucional. Ultrapassam a doutrina do *check balances* e das garantias individuais do cidadão em face do Estado Liberal (liberdade negativa) ou de exigências de liberdades positivas do Estado Social (*Welfare states*). Para além de novos arranjos teóricos, substituição de palavras e reorganização de tópicos, as novas constituições latino-americanas apresentam, precipuamente, o re-escalamento de valores éticos. No interior do debate sobre o constitucionalismo latinoamericano tem-se, ainda que de modo menos aparente, o despontamento e a proeminência da temática ambiental e dos Direitos dos Animais. Pugna-se pelo respeito às diferenças culturais e pelos direitos da natureza, incluindo, aí, a proteção à vida dos animais não humanos.

Tal preocupação é antevista, ainda que parcialmente, na proibição de maus-tratos aos animais (Constituição do Brasil de 1988, art. 225, §1º, inc. VII); no direito a um ambiente saudável e íntegro com ecossistemas protegidos (Constituição da Colômbia de 1991, arts. 79 e 80); e na proteção de todas as espécies vivas (Constituição da Venezuela de 1999, art. 127). Essas temáticas sobressaem-se no direito de cada comuna, comunidade, povo, ou nacionalidade indígena, de recuperar, manter e proteger suas plantas, animais, minerais, dentro de cada território (Constituição do Equador de 2008, art. 57) e na criação, na Bolívia, de um Tribunal Agroambiental, com competência para julgar práticas que

ponham em perigo o sistema ecológico, a proteção e conservação de espécies ou animais (Constituição da Bolívia de 2009, art. 189, entre outros).

A partir de uma abordagem dialética e procedimento monográfico, o texto foi estruturado em três partes. A primeira delas analisa a doutrina clássica do Direito dos Animais, enfatizando-se suas bases epistemológicas e legitimadoras, portanto, da proteção almejada por este ramo do direito. Em seguida, o texto aponta essa discussão para o contexto do “novo” constitucionalismo na América Latina, mediante a revisão bibliográfica de doutrina abalizada sobre o tema, e mediante a apresentação dos textos constitucionais do Brasil, Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia, os quais representam 52% da população da América Latina¹³.

Por fim, as Constituições atuais desses países são analisadas sob três perspectivas: alterações substanciais entre as Constituições revogadas e as Constituições paradigmas; alterações e previsões ambientais; e alterações e previsões relativas aos animais de forma estrita, tudo para ao final extrair-se as conclusões que se entendeu pertinentes.

2 DIREITO DOS ANIMAIS: ELEMENTOS DE UM PERCURSO DE RECONHECIMENTO E PROTEÇÃO

A temática do Direito dos animais não é recente, além disso, o material bibliográfico é bastante vasto, o que dificulta a atividade do pesquisador que pretende apresentar, em pouca páginas, alguns elementos fundamentais desse percurso doutrinário e legal de proteção. Eis o desafio.

Peter Singer nomeia como obra de maior impacto na temática dos Direitos dos Animais o livro *Animal Machines*, de Ruth Harrison, de 1964¹⁴, embora cite o livro *Animal's Rights*, de Henry Salt, de 1892, como o mais antigo. Outro autor de destaque na temática do direito dos animais, Kim Stallwood¹⁵, cita como a obra

¹³ Censo disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Am%C3%A9rica_Latina. Acesso 9 Abr 2015.

¹⁴ SINGER, Peter. **Libertação Animal**. Tradução de Marly Winckler; revisão técnica Rita Paizão. Ed. rev. Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2004, págs IV e X.

¹⁵ Kim Stallwood tem dupla cidadania, Americana e Inglesa, sendo advogado, pesquisador autônomo, escritor sobre a temática, e consultor independente especialista em estratégia,

mais velha sobre o tema o panfleto *The Slaughter of Animals for Food*, de John Galsworthy, de 1916, mas também enaltece a obra de Ruth Harrison como a mais impactante à época.

Na contemporaneidade, tem-se como destaque na preocupação com os animais essa obra de Ruth Harrison, e as obras de Peter Singer (*Animal Liberation*, 1975) e de Tom Regan (*The Case of Animal Rights*, 1983), porque marcos inspiradores e proliferadores do pensamento de defesa dos animais no Ocidente. Embora essas possam ser obras principais e de destaque, é certo que a literatura e doutrina em favor dos animais remontam há tempos, talvez, imemoriais, senão, ao menos, há anos bem anteriores às obras acima referidas, como uma obra de 1847, que se verá a seguir.

Na defesa dos animais em si, há diversas correntes, cada qual com seu método e sua ideologia, mas, de forma geral e sintética, percebe-se que há quatro principais fundamentos ou pressupostos epistemológicos para a defesa e promoção desses direitos. O primeiro deles é a Regra de Ouro, no sentido de que o trato que um ser humano dispensa aos animais deve estar ligado diretamente ao trato que este ser humano dispensa a outro ser humano.

2.1 O trato do humano com outros humanos

“*A plea for the horse*” podia ser um apelo aos bons tratos dos cavalos crioulos que embelezam as paisagens dos pampas gaúchos às encostas dos Alpes andinos, mas não é. No caso, é um apelo feito por John H. Dexter, em Boston, Estados Unidos, no ano de 1847¹⁶, chamando a atenção para o fato de que a caridade humana pode, e deve, ser exercida não só para outros seres

comunicação e obtenção de fundos para organizações de bem estar animal, vegetarianismo e veganismo, fundador e participante de diversas ONG's de defesa dos animais. <http://www.kimstallwood.com>.

¹⁶ “**A plea for the horse, in a few remarks and suggestions upon his treatment and management**”, de John H. Dexter, de 1847, Boston/EUA, do portal The European Library (<http://www.theeuropeanlibrary.org>), que agrega 48 bibliotecas nacionais da Europa, incluindo centros de pesquisas, e cujas obras podem ser consultadas em inteiro teor, seja digitalizadas, seja em formatos digitais de texto. Disponível em <http://biodiversitylibrary.org/page/16461387>. Acesso em 06 de Agos 2014.

humanos, mas também para outras criaturas, como aquelas que são mais indefesas que nós.

O manifesto de Jonh parece bem representar um sentimento peculiar a diversos seres humanos: o de que o trato que um ser humano dispensa aos animais é idêntico ao trato que ele dispensa a quaisquer outros seres humanos. Tal ideia se aproxima da Regra de Ouro¹⁷, de feições atemporais, que atravessa culturas, propósitos e lutas, com brocardos que apelam à alteridade, no sentido de somente fazer aos outros, quer sejam pessoas, quer sejam animais, aquilo que se gostaria que se fizesse a si próprio.

Esse “Princípio de Reciprocidade” - se pudéssemos chamar assim, na esteira do que se chama “Ética da Reciprocidade” -, também foi usado por Harry Hieover¹⁸, um contemporâneo de Jonh, mas residente em Londres, no Reino Unido, num ensaio dirigido ao Duque Beaufort, enaltecendo todas as virtuosidades dos animais. Hieover manifestou-se especialmente quanto aos cavalos e aos contributos deles ao trabalho e economia humanas, à diversão, ao esporte, e à guerra, ou seja, à tudo que representa dinheiro, e por isso, aduziu que, se fôssemos cientes do bem que esses animais nos fazem, lhes dirigiríamos humanidade, como dirigimos a outros seres humanos.

À propósito do apelo de Harry Hieover, recentemente, o governo britânico entregou uma medalha póstuma de heroísmo a um cavalo, por sua contribuição na I Guerra Mundial (1914-1918). A "Cruz Vitória", premiação que honra os animais utilizados nas forças armadas britânicas, foi recebida pelo neto do dono do equino durante uma cerimônia do Museu Imperial de Guerra em Londres. Warrior, ou “o cavalo que os alemães não conseguiram matar”, como também é conhecido, serviu na frente de batalha durante os quatro anos do conflito, e sobreviveu a ataques aéreos e a bombas.

¹⁷ Vide “O conto do camponês eloqüente, Egito, 1970 – 1640aC”; Sócrates, na Grécia, século 5aC; Confucionismo; Budismo; Taoísmo; Hinduísmo; Judaísmo; Islamismo; Judaísmo; Cristianismo, Jesus Cristo, na Bíblia, em Mateus, Capítulo 22, e Marcos, Capítulo 12, do século 1 dC); Fonte: British Humanist Association. London, [www.humanism.org.uk](http://humanismforschools.org.uk/wp-content/uploads/2014/03/GoldenRule-poster_WEB2014-Final.pdf), texto completo disponível em http://humanismforschools.org.uk/wp-content/uploads/2014/03/GoldenRule-poster_WEB2014-Final.pdf, Acesso em: 04 Set 2014. Tradução livre.

¹⁸ “**Bipeds and Quadrupdes**”, de Harry Hieover, de 1853, disponível em <http://biodiversitylibrary.org/page/25264471>. Acesso em 06 de Agos 2014.

Segundo o governo britânico, o animal foi um "verdadeiro sobrevivente" e sua história mostra "o papel vital dos milhares de animais na I Grande Guerra". Outros 66 animais já receberam essa menção honrosa do Governo Britânico, entre eles, 32 pombas, 29 cachorros, 4 cavalos e 1 gato¹⁹.

Como se vê, o Princípio da Reciprocidade é amplo, abarcando os animais não-humanos, e influenciando, pois, na temática do Direito dos Animais. Tom Regan²⁰ refere que Mahatma Gandhi teria dito que “a grandiosidade de uma nação e o seu progresso moral podem ser medidos pela forma com que seus animais são tratados”, e a Declaração Universal dos Direitos dos Animais²¹ de 23 de Setembro de 1977 dispõe expressamente em seus considerandos que “o respeito aos animais pelos homens está ligado ao respeito dos homens entre eles mesmos”.

2.2 Doutrinas utilitaristas

Um segundo fundamento na defesa dos animais, tido como doutrina utilitarista, diz que tratar mal os mesmos é especismo (Singer), assim como racismo, sexismo, xenofobismo e outros “ismos”, e decorre de uma visão estreita do ser humano como centro do universo (antropocentrismo), já derrocada de há muito por Galileu e Darwin. Esse viés epistemológico entende que a ampliação da fronteira da consciência moral segue níveis escalonados em relação à transcendência do sujeito.

Nessa perspectiva, pensar-se conscientemente somente em si (no “Eu”) seria egoísmo, o que, normalmente, consegue-se vencer/ultrapassar, dado que o indivíduo, já nos primeiros anos de vida, pensa em sua família, em seus amigos e

¹⁹ Notícia disponível em <http://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/internacional/2014/09/04/cavalo-recebe-medalha-por-combater-na-i-guerra-mundial.htm>. Acesso em: 07 de Set 2014.

²⁰ REGAN, Tom. **Jaulas Vazias**: encarando o desafio dos direitos dos animais. Tradução Regina Rhena. Porto Alegre: Lugano, 2006, prefácio.

²¹ **Declaração Universal dos Direitos dos Animais** de 23 de Setembro de 1977, disponível em <http://www.filosofia.org/cod/c1977ani.htm>. Acesso em: 04 de Set 2014.

em algumas outras pessoas²²; mas, pensar só na sua família seria algo como um narcisismo um pouco mais ampliado, ou um “exclusivismo”.

A doutrina prega a ampliação do foco consciencioso do indivíduo para a atenção a outros espécimes da mesma espécie, ou seja, pugna-se por sair do egoísmo, considerando-se a alteridade do outro; sair-se do narcisismo familiar, considerando-se a alteridade e valor das outras famílias (outras pessoas, como amigos, vizinhos); sair-se do sexismo, considerando-se o valor aos outros sexos que não o seu; sair-se do racismo, aceitando outras raças que não a sua; sair-se do elitismo, dando valor para outras classes sociais; sair-se do nacionalismo, dando valor para outras nações; e sair-se do especismo, dando valor para outras espécies que não a sua, ou seja, dando-se valor aos animais não-humanos.

Nesse sentido,

Para evitar o especismo, temos que admitir que seres semelhantes, em todos os aspectos relevantes, tenham direito semelhante à vida. O fato de um ser pertencer à nossa espécie biológica não pode constituir um critério moralmente relevante para que ele tenha esse direito. Dentro desses limites, ainda poderíamos sustentar, por exemplo, que é pior matar um ser humano adulto normal, com capacidade de autoconsciência, de planejar o futuro e de manter relações significativas com os outros do que matar um camundongo que, presumivelmente, não compartilha todas essas características²³.

Assim, embora Peter Singer reconheça a consciência e sentiência dos animais, foca no pressuposto epistemológico especismo, e admite, pelo utilitarismo de Jeremy Bentham, que se use os animais de acordo com suas circunstâncias e interesses envolvidos.

2.3 Consciência, dor e prazer

Outro pressuposto epistemológico da proteção aos animais, parte da noção de que os animais possuem consciência e sentiência identicamente aos seres humanos, embora em graus menores, e que variam para cada espécie.

²² NACONECY, Carlos Michelin. **Ética & Animais**: um guia de argumentação filosófica. Porto Alegre: Edipucrs, 2006, pág. 71, aqui usado de forma indireta no parágrafo anterior e nos seguintes, sobre especismo e sua superação em esferas de amplitude cada vez maior (vide livro e página citada).

²³ SINGER, Peter. **Libertação Animal**. Tradução de Marly Winckler e Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Rita Paixão. Editora WMF Martins Fontes: São Paulo, 2013, p. 30.

A senciência é a capacidade de sentir dor. Se há essa capacidade, por raciocínio inverso, conclui-se que há a capacidade de sentir prazer por uma situação e, mais longe ainda, conclui-se que há um interesse deste “ser” em afugentar a dor e buscar o prazer, como os humanos fazem. Vários animais são capazes de estados psicofísicos como os humanos (consciência e senciência) o que, hodiernamente, já é cientificamente reconhecido através da Declaração de Cambridge sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos²⁴.

No dia 7 de Julho de 2012, um eminente grupo internacional de cientistas (neurologistas, neurofarmacologistas, neurofisiologistas, neuroanatomologistas, cientistas de computação e cognitivos), reuniu-se na Universidade de Cambridge para discutir sobre os substratos neurobiológicos da experiência consciente e os comportamentos relacionados a essa experiência em animais humanos e não-humanos. Chegaram ao consenso de que, na estimulação emocional, há identidade entre as redes neurais dos animais humanos e não-humanos, que se percebe em testes como no uso de alucinógenos, sono, auto-reconhecimento no espelho, seja em aves, golfinhos, ou símios e até polvos, testes onde se vê que as reações, tanto das redes neurais medidas, quanto das manifestações físicas, quanto dos afetos, são idênticas entre os humanos e os não-humanos.

Os cientistas concluíram que os circuitos neurais que suportam estados comportamental-eletrofisiológicos de atenção, sono, e tomada de decisão em humanos parecem ter surgido evolutivamente ainda na radiação dos invertebrados, sendo evidentes em insetos e polvo, e perceberam que algumas aves apresentam comportamento, neurofisiologia e neuroanatomia num caso notável de evolução paralela da consciência, inclusive com evidências de níveis de consciência quase humanos em papagaios-cinzentos africanos.

Por fim, na célebre reunião, os especialistas declararam ter evidências de que as sensações emocionais de animais humanos e não-humanos surgem a

²⁴ **Declaração de Cambridge sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos**, escrita por Philip Low e editada por Jaak Panksepp, Diana Reiss, David Edelman, Bruno Van Swinderen, Philip Low e Christof Koch, publicada em 07/07/2012, na sala Balfour do Hotel du Vin, em Cambridge, e está disponível em <http://fcmconference.org/>). Acesso em 05 de Set 2014, s 17h03. Tradução obtida da Revista eletrônica IHU no endereço <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/511936-declaracao-de-cambridge-sobre-a-consciencia-em-animais-humanos-e-nao-humanos>.

partir de redes cerebrais subcorticais homólogas, o que fornece provas convincentes de uma mesma qualidade afetiva primitiva evolutivamente compartilhada, assinando que:

A ausência de um neocórtex não parece impedir que um organismo experimente estados afetivos. Evidências convergentes indicam que animais não humanos têm os substratos neuroanatômicos, neuroquímicos e neurofisiológicos de estados de consciência juntamente como a capacidade de exibir comportamentos intencionais. Conseqüentemente, o peso das evidências indica que os humanos não são os únicos a possuir os substratos neurológicos que geram a consciência. Animais não humanos, incluindo todos os mamíferos e as aves, e muitas outras criaturas, incluindo polvos, também possuem esses substratos neurológicos²⁵.

É nesse sentido que, para a doutrina de proteção e defesa do direito dos animais, os estados de consciência e senciência constituem uma condição suficiente para a posse de um valor inerente em si (dignidade) e, conseqüentemente, elevariam os animais à condição de serem respeitados como possuidores de direitos. Esta última linha de entendimento está intimamente ligada ao especismo, porque propugna os animais como loci de valor, considerando-os, não como agentes morais (de fazerem afirmações morais), mas como moralmente aceitável que se lhes preserve a vida.

A senciência também seria um pré-requisito para se ter interesses, o que significa dizer que o senciente se importa com o que lhe acontece (afasta a dor e busca o prazer), motivo pelo qual seríamos moralmente obrigados a calcular os danos (custos) e benefícios de nossas ações conjuntamente com os interesses desses animais (seu bem-estar), onde se encontra o utilitarismo bem-estarista de Peter Singer (que também evoca o especismo) como doutrina em defesa dos animais não humanos.

2.4 O abolicionismo de Tom Regan

²⁵ **Declaração de Cambridge sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos**, escrita por Philip Low e editada por Jaak Panksepp, Diana Reiss, David Edelman, Bruno Van Swinderen, Philip Low e Christof Koch, publicada em 07/07/2012, na sala Balfour do Hotel du Vin, em Cambridge, e está disponível em <http://fcmconference.org/>). Acesso em 05 de Set 2014, s 17h03. Tradução obtida da Revista eletrônica IHU no endereço <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/511936-declaracao-de-cambridge-sobre-a-consciencia-em-animais-humanos-e-nao-humanos>.

Por fim, adotando como fundamento os pressupostos de alteridade no trato com outros humanos e a constatação de consciência e senciência dos animais, tem-se a ideia de que se deve priorizar a vida dos animais em si porque, para eles, eles são sujeitos-de-uma-vida: eles são sujeitos de si; há uma linguagem deles; há um interesse deles na vida deles; há afeto, família, comunidade e interesses deles; tudo neles seria igual aos humanos (e se bem que de forma menos complexa), embora nem sempre se consiga compreender tal condição - assim como, seguidamente, não compreendemos outras culturas/línguas propriamente humanas também, e que nem por isso deixam de ser humanas.

Conjugando os vários pressupostos epistemológicos, como o de que o trato do homem com os animais reflete(iria) o trato desse homem com os outros homens; de que os animais possuem consciência e senciência como os humanos; a doutrina abolicionista prega a completa abolição de seu uso.

Para Regan²⁶, a doutrina bem-estarista de defesa dos animais, ao visar um tratamento mais “humanitário”, algo como uma “guarda responsável dos animais não-humanos”, acaba por viabilizar a continuidade da exploração animal, utilizados irrestritamente para os seus projetos econômicos. Daí porque a necessidade do acerto abolicionista. Como assinala Sônia T. Felipe,

Quando compreendi que os animais são indivíduos singulares e vulneráveis ao mal que lhes podemos fazer, abdiquei da minha condição de matadora e passei à de defensora deles, pela mesma razão pela qual defendo direitos humanos fundamentais para todos os indivíduos da espécie animal na qual me foi dado nascer. Revogo a posição antropocêntrica especista que diz que os humanos estão no topo de uma hierarquia, acima de todos os seres vivos e, por isso, podem fazer aos animais e aos ecossistemas o que bem entendem. E o faço por não reconhecer hierarquia alguma nas espécies de vida terráqueas, apenas suas diferentes linguagens, não passíveis ainda de tradução com as palavras que constituem a nossa linguagem. Aqui, nesta nave Terra, que segue silenciosamente a viagem interplanetária e interestelar, não há seres superiores nem seres inferiores. Há, apenas, seres configurados em seus corpos com design varados, múltiplos. A igualdade dos animais não deve ser averiguada na aparência exterior de seus organismos. A igualdade, buscada por uma ética sem kakothymía, não está desenhada na matéria. Se assim fosse, já não poderíamos nos dizer iguais, porque não há sequer dois organismos humanos iguais. O que dizer, então, de duas mentes animais iguais? Conforme bem o expressam Tom Regan e Paul W. Taylor, a igualdade de todos os animais sencientes dá-se por uma condição de vulnerabilidade e singularidade, indissociável do fato

²⁶ REGAN, Tom. Jaulas Vazias: encarando o desafio dos direitos dos animais. Tradução Regina Rhena. Porto Alegre: Lugano, 2006.

de todos estarmos em vida nas mesmas condições, carentes de luz e de calor, para nos mantermos em bom estado, aquele no qual nosso bem próprio é alcançado por nós, não atrofiado pelas imposições alheias²⁷.

Naconecy²⁸ cita outras diversas doutrinas de defesa dos direitos dos animais, mas que, crê-se, estão aqui representadas, eis que possuem como pano de fundo um ou alguns desses pressupostos epistemológicos.

Em face dessas bases epistemológicas da doutrina de proteção dos animais, qual a realidade encontrada hoje na América Latina em relação ao trato dispensado aos animais não-humanos? Para responder a essa pergunta é necessário compreender melhor o constitucionalismo na América Latina.

3. UM NOVO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA?

3.1 As mudanças sociais e os novos arranjos

Em relação à formatação dos Estados-nação, a crise desencadeada pelas guerras mundiais - e que coincidiu com as crises dos chamados Estados Liberais e Estados Sociais - foi marcada pelo surgimento de constituições fundantes de Estados-nação com feições democráticas: o surgimento dos Estados Democráticos de Direito. Nestes modelos democráticos, prevalece o protagonismo das diversas forças sociais contidas nos Estados, por via dos fenômenos como a participação popular legislativa; ampliação da interculturalidade com o respeito à individualidade e diversidade (étnica, racial, sexual, cultural); a fixação de direitos sociais e patrimônios comuns de todos; e amplo acesso jurisdicional e judicialização da política²⁹.

²⁷ FELIPE, Sônia T. **Acertos abolicionistas**: a vez dos animais: crítica à moralidade especista. São José/SC: Ecoânima, 2014, p. 18.

²⁸ Veja-se, por exemplo, a Doutrina de Ryder [que, grosso modo, dá ênfase ao sofrimento como dito pelo utilitarismo, aliado à individualidade encontrada na teoria dos direitos]; os Deveres de Paul Taylor [os deveres são: - não-maleficência; não-interferência; fidelidade; entre outros]; e a Alteridade de Emmanuel Lévinas [onde a alteridade do outro se dá por si mesma, sempre num mistério indecifrável, que como tal deve ser respeitado, mais do que como mero objeto, como propriamente um sujeito] (NACONECY, Carlos Michelon. **Ética & Animais**: um guia de argumentação filosófica. Porto Alegre: Edipucrs, 2006, pág. 190, 197 e ss).

²⁹ WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo Latino-Americano**: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013; e HIRSCHL, Ran. The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide, 75 Fordham L. Rev. 721 (2006). Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol75/iss2/14>, Acesso em 31 de Jul 2014.

A questão primordial é que, diante das atrocidades ocorridas nas guerras mundiais, e das rupturas democráticas na América Latina, os indivíduos, enquanto sociedade civil organizada, clamaram por novos arranjos institucionais e paradigmas éticos, visando uma maior fraternidade, participação ativa no âmbito político e emancipação pessoal e cultural – de todas as culturas, especialmente coloniais e indígenas – e que se extrai da literalidade dos textos constitucionais, e da sua natureza analítica, com pretensão de expressar claramente os direitos em diversas matérias (constitucionalização).

É esse fenômeno que, com Wolkmer, entende-se por Novo Constitucionalismo ou Constitucionalismo Latino-Americano, e que:

O constitucionalismo moderno, tradicional, de teor político-liberal e de matriz eurocêntrica não é mais integralmente satisfatório, pois, na advertência do advogado indígena boliviano Idón M. Chivi, tem sido historicamente insuficiente para explicar sociedade colonizadas; não teve clareza suficiente para explicar a ruptura com as metrópoles européias e a continuidade de relações tipicamente coloniais em suas respectivas sociedades ao longo dos séculos XIX, XX e parte do XXI. Tem em conta essa preocupação é que se introduz e ganha força a proposta de um novo constitucionalismo – denominado por alguns de constitucionalismo andino, plurinacional ou transformador -, que começa a gestar-se nos países latino-americanos, diante das mudanças políticas, dos novos processos constituintes, dos direitos relacionados aos bens comuns da cultura e da natureza, e das relações paradigmáticas entre o Estado e as populações originárias³⁰.

Na América Latina, foram marcos desse fenômeno, numa primeira etapa, a Constituição do Brasil de 1988 (Constituição Cidadã) e a Constituição Colombiana de 1991; numa segunda etapa, a Constituição da Venezuela (1999); e, por fim, representando o ápice, as constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009)³¹. Nesses movimentos, enquanto pontos comuns,

Parece evidente que as mudanças políticas e os novos processos sociais de luta nos Estados latino-americanos engendram não só novas constituições que materializam novos atores sociais, realidades plurais e práticas biocêntricas desafiadoras, mas igualmente, propõem diante da diversidade de culturas minoritárias, da força incontestável dos povos indígenas do Continente, de políticas de desenvolvimento sustentável e da proteção de bens comuns naturais um novo paradigma de constitucionalismo, o que poderia denominar-se de constitucionalismo pluralista e intercultural – síntese de um constitucionalismo indígena, autóctone e mestiço.

³⁰ WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 29. Aqui, transcender-se-á da discussão de se existe ou não um neoconstitucionalismo (ou Novo Constitucionalismo), para cuja discussão remete-se o leitor para as obras citadas na nota de rodapé nº 1.

³¹ Ibidem, p. 30-2.

Claro que não é possível colocar todas as constituições latino-americanas num mesmo nível de desenvolvimento, até porque os diversos países possuem cada qual suas particularidades, momentos evolutivos diversos, e textos promulgados em épocas diferentes, com mais ou menos alterações posteriores, por isso, podendo-se dizer que há etapas no processo da nova constitucionalização da América Latina.

Essas etapas de desenvolvimento foram separadas e classificadas por Wolkmer em três momentos distintos de evolução antes já referidos.

3.2 As principais novas Constituições latino-americanas

A Constituição brasileira de 1988³², conhecida no Brasil como a “Constituição Cidadã”, instituiu um Estado Democrático de Direito³³, na forma de uma República Federativa indissolúvel, sendo de relevo os termos utilizados na instituição da forma estatal, que prima pela democracia após longos anos de ditadura, limita o poder pelo direito, e enaltece que a *res* é pública.

Após o preâmbulo, a Constituição dispõe que a pessoa humana, a solidariedade e a fraternidade são os fundamentos do Estado (arts. 1º e 3º, CF/88), então elencando um extenso rol de direitos individuais e sociais (arts. 5º, 6º e 7º, CF/88), declarando muitos deles irrevogáveis e inalteráveis e, expressamente, manifestando a aceitação de outros tantos que decorram dos princípios da qual ela é imbuída, ou que derivem de tratados internacionais dos quais o Brasil participava, participe, ou venha a participar.

³² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível no site oficial do governo brasileiro, no banco de dados de legislação (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 03 de Set 2014. Neste texto, usar-se-á o texto constitucional obtido nos sítios eletrônicos de cada país, além dos existentes no *Political Database Of The Americas*, sítio eletrônico mantido pelo CLAS – Centro de Estudos Latino Americanos da Universidade de Georgetown dos Estados Unidos (<http://www.georgetown.edu/>) em cooperação com a OEA – Organização dos Estados Americanos e com a FLACSO/Chile (<http://www.flacsochile.org/>) de estudos constitucionais.

³³ Embora não seja a discussão aqui, veja-se por todos as peculiaridades do Estado Constitucional procurando estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de Direito in CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ªed. 6ªreimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 93 e ss.

A Constituição da Colômbia de 1991³⁴, conhecida na Colômbia como a “Constituição dos Direitos”, instituiu um Estado Social de Direito, na forma de uma República Unitária Descentralizada. Esta carta também inicia com os fundamentos do Estado-nação pelo reconhecimento de que o poder emana do povo, unidos sob o fundamento da dignidade humana, conscientes da pluralidade de manifestações culturais, prevendo um extenso rol de direitos individuais (arts. 11 à 41).

Na Constituição Colombiana, há vários meios e admoestações de como cumprir tais direitos e da força que os mesmos possuem (arts. 83 à 94). Ela concede especial atenção ao poder do povo contra o próprio Estado-nação, sua governança, e à jurisdição constitucional que dê efetividade às disposições nela contidas, inclusive prevendo o acesso de cada pessoa individualmente à Corte Constitucional (arts. 241 e 242).

Após essas duas constituições, segue-se a Constituição da Venezuela de 1999³⁵. Ela instituiu um Estado Democrático e Social de Direito e de Justiça, na forma de uma República Federal Descentralizada, amplia o rol de proteção e garantias, motivo pelo qual destacada num segundo momento do fenômeno do novo constitucionalismo.

Na Venezuela, a forma de Estado inclui as duas outras formas anteriormente existentes na América Latina, e ainda inclui expressamente o vocábulo extremamente ético-valorativo Justiça³⁶ na própria formação do Estado.

³⁴**Constitución Política de La República de Colombia** de 1991. Disponível em <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes/vigencia-expres-y-sentencias-de-constitucionalidad>, sítio do Governo da Colômbia, e em Political Databe Of The Americas (<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/col91.html>). Acesso em: 03 de Set 2014.

³⁵**Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Disponível em <http://www.gobiernoenlinea.ve/home/archivos/ConstitucionRBV1999.pdf>, sítio do Governo da Bolívia, e em Political Databe Of The Americas (<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/vigente.html>). Acesso em: 03 de Set 2014.

³⁶ Aqui, vale lembrar que, para Dworkin, “Estado de Justiça é aquele em que se observam e protegem os direitos (rights) incluindo os direitos das minorias [...] é também aquele em que há equidade (fairness) na distribuição de direito e deveres fundamentais e na determinação da divisão de benefícios da cooperação da sociedade (Rawls), e considerar-se-á, ainda, “o estado social da justiça” (justiça social) em que existe igualdade de distribuição de bens e igualdade de oportunidades (Marx)” (apud CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ªed. 6ªreimp. Coimbra: Almedina, 2003). Sem embargo, também é interessante lembrar, com Alasdair MacIntyre, das várias “Justiças” e várias “Racionalidades”, no sentido de que “não há nenhum outro modo de se realizar essa formulação, elaboração, justificação

A observação é importante, na medida que tal abertura se coaduna com a proposta de formação de um Estado multiétnico e pluricultural, onde se pugna pela não intervenção sobre outrem e pela autodeterminação destes.

Por isso mesmo, tem-se-na como autêntica precursora do novo constitucionalismo de tipo pluralista, expressando o maior avanço democrático da região até então, e representando um elo de ligação entre as duas constituições anteriores e as duas constituições vindouras³⁷. Invocando expressamente o exemplo histórico do líder libertário e nacionalista Simón Bolívar, para além das garantias individuais e sociais antevistas, a Constituição da Venezuela é permeada pela unidade na diferença étnica e cultural, e um forte apelo social e comunitário por meio de valores éticos.

Como participantes da terceira etapa de formação desse novo constitucionalismo na América Latina, tem-se as constituições do Equador de 2008³⁸ e da Bolívia de 2009³⁹. A Constituição do Equador de 2008 institui um Estado Constitucional de Direito e Justiça, Social, Democrático, Soberano, Independente, Unitário, Intercultural, Plurinacional e Laico, na forma de uma República Governada de forma Descentralizada, e chama especial atenção em dois pontos principais.

Já no preâmbulo, inova ao rememorar as tradições e os antepassados milenares, juntamente com a deidade andina *Pachamama* - A Natureza -, da qual somos parte - diz expressamente no texto - e que é vital para a existência dos equatorianos. Ela invoca uma profunda responsabilidade com o presente e com o futuro (gerações futuras) e uma total liberdade em face de quaisquer tipos de dominação ou colonialismo.

racional e crítica das concepções da racionalidade prática e da justiça, a não ser a partir de uma tradição particular, através do diálogo, da cooperação e do conflito entre aqueles que habitam a mesma tradição” (MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Tradução Marcelo Pimenta Marques. São Paulo, Edições Loyola, p. 376).

³⁷ WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 31.

³⁸ **Constitución de La República Del Ecuador de 2008**. Disponível em Political Databe Of The Americas (<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador08.html>). Acesso em: 03 de Set. 2014.

³⁹ **Constitución Política Del Estado del Republica Del Bolivia**. Disponível em Political Databe Of The Americas (<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>). Acesso em: 03 de Set 2014.

A Constituição do Equador de 2009 também inova completamente a temática constitucional com a adoção de uma ética do bem viver (“Sumak Kawsai” = plenitude do viver), cuja proposta recebe um capítulo próprio no Título II destinado aos “Direitos” lato senso, e recebe um título específico para si, o Título VII, “do Régimen Del Buen Viver”, onde se define um Plano Nacional de Desenvolvimento orgânico envolvendo tudo (todo o aparelhamento estatal) e todos (qualquer cidadão equatoriano) na concreção e efetividade das regras constitucionais tendentes ao bem viver, que engloba, desde inclusão social e equidade de tratamento, até a biodiversidade e a natureza.

Por fim, consagrando a terceira fase do novo constitucionalismo, tem-se a Constituição da Bolívia de 2009. Ela traz também toda a representatividade e proeminência dos povos indígenas, cuja luta antiga nas Américas, aqui, ganha especial relevo e notoriedade pela ascensão explícita numa Constituição estatal. A Constituição boliviana institui um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário (art. 1º), na forma de uma República de Democrática Participativa Representativa e Comunitária (art. 11º).

Substancial representante do protagonismo dos povos indígenas, o mote principal da Constituição boliviana são três pilares mestres: Direitos Indígenas, Autonomia e Amazônia, evocando que “jamais compreenderam o racismo que sofreram desde os funestos tempos em que foram colonizados”, tendo como mote principal a socialidade e o pluralismo (e, embora não use no epíteto estatal a palavra Justiça, evoca em seus termos as mesmas concepções éticas e de virtude conflagradas semanticamente por este termo, como na Constituição do Equador de 2008).

Eis, em linhas gerais, o novo constitucionalismo da América Latina, cuja análise aqui realizada pretendeu ser genérica e focada na formação e fundamentos dos Estados latinos pós-guerras mundiais e interstício ditatorial, apenas com a intenção de demonstrar essa nova fase, e enaltecer que, a despeito de discussões doutrinárias sobre o termo correto a ser usado, a verdade é que houve uma evidente transformação nos Estados-nação latinos no final do Século XX, início do Século XXI.

Especialmente, na análise comparativa entre as constituições antigas de cada qual desses países latinos, e suas novas constituições aqui explicitadas, percebem-se as grandes diferenças, que demonstram a emergência de uma nova ordem sócio-estatal. Veja-se a diferença entre um Brasil de 1967⁴⁰, sem previsão de dignidade humana alguma, e sob os punhos de chumbo de uma ditadura, e os novos ditames e perspectivas estatais da “Constituição Cidadã”, como é chamada a atual; ou da Colômbia de 1886 - e as sucessivas reformas políticas que transpassaram a secessão da Venezuela, Equador e Panamá – com a Colômbia de 1991. O mesmo ocorre na Venezuela de 1961⁴¹, onde não se tinha o aspecto de multi-etnicidade e pluriculturalidade como visto na nova Constituição de 1999, e com as constituições do Equador e da Bolívia.

Em 1998⁴², observa-se um Equador já multicultural, mas ainda formalista - como as tantas constituições da época -, e sem *Pachamama* e *Buen vivir*, e a Bolívia de 1967⁴³ (com reformas até 2005) é muito mais formalista e sem o reconhecimento expresso de “várias nações internas”, e sem o calor do reconhecimento de todas as suas riquezas históricas, naturais e culturais como no novo texto constitucional.

Assim, a análise das novas constituições latino-americanas demonstra que suas preocupações transcendem pretensões meramente organizativas do aparelho estatal, e vão além da doutrina do *check balances* e das garantias individuais do cidadão em face do Estado Liberal (liberdade negativa) ou de exigências de liberdades positivas do Estado Social (*Welfare states*).

Para além de novos arranjos teóricos, substituição de palavras e reorganização de tópicos, as novas constituições latino-americanas são,

⁴⁰ Constituição Brasileira de 1967 com a Emenda Constitucional de 1969, em pleno regime ditatorial, que tratava basicamente de organização estatal, e cujos direitos e garantias individuais nela previstos foram suspensos por diversos Atos Institucionais. Constituição disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm. Atos Institucionais disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/_AITs_CF1967.htm. Acesso em: 04 de Set 2014.

⁴¹ Disponível em <http://www.gobiernoenlinea.ve/home/archivos/Constituci%C3%B3n1961.pdf> e acesso em: 04 de Set 2014.

⁴² Disponível em <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html> e acesso em: 04 de Set 2014.

⁴³ Disponível em <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/consboliv2005.html> e acesso em 04 de Set 2014.

precipuamente, o re-escalonamento de valores éticos e a rememoração de um passado inglório cujas lembranças são transmutadas em autoconsciência da dignidade de ser-em-si e para-si, perceptível na comunhão na e com a vida, como representado iconograficamente no sol multicolorido do logotipo da república equatoriana⁴⁴.

4 UM CONTINENTE BIOCÊNTRICO?

A análise das mudanças constitucionais operadas na América Latina em meados do século XX, cotejadas com as doutrinas de proteção dos direitos dos animais em suas várias bases epistemológicas, desvela que o conteúdo normativo-constitucional da América Latina está mais relacionado com uma ética biocêntrica dentro de uma perspectiva ecológica mais ampla, do que simplesmente propugna ou referenda um Direito dos Animais.

De fato, quanto ao Brasil, pode-se perceber que, no que tange aos referenciais de meio ambiente⁴⁵, ou Direito dos Animais⁴⁶, a Constituição mais defende o equilíbrio daquele, do que propriamente a proteção destes últimos. O mesmo se dá com a Constituição da Colômbia, que cuida mais do meio ambiente e da diversidade ética⁴⁷, do que propriamente dos animais⁴⁸.

⁴⁴ Vide sítio eletrônico oficial do governo equatoriano (<http://www.presidencia.gob.ec/>) e diversas reportagens de jornais locais noticiando a assunção do logo, inicialmente apenas para o turismo, como marca registrada do país, como relatado aqui: http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101034318/-1/%27Ecuador_ama_la_vida%27,_es_el_nuevo_lematur%C3%ADstico_de_la_naci%C3%B3n_andina.html#.VAiqBKNik3U

⁴⁵ Art. 225, § 1º, todos os incisos, salvo o inciso VII.

⁴⁶ Art. 225, §, inciso VII.

⁴⁷ Art. 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Art. 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. (...) Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente (...) Art. 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental (...). Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

⁴⁸ Art. 65. La producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado. Para tal efecto, se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales (...). De igual manera, el Estado promoverá la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario, con el propósito de incrementar la productividad.

A Constituição da Venezuela, por sua vez, foca no meio ambiente e no desenvolvimento sustentável⁴⁹, prevendo inclusive um Tribunal Agroambiental, fazendo constar em seu preâmbulo, expressamente, o equilíbrio ecológico e os bens jurídicos ambientais como patrimônios comuns e irrenunciáveis da humanidade.

Quanto à Constituição Boliviana, embora invoque a *Pachamama* em seus “considerandos”, o que mais chama atenção em seu conteúdo é a plurinacionalidade, no sentido de identificar, reconhecer e acolher diversos povos, etnias e línguas próprias da cultura andina milenar, que ganharam expressos direitos e jurisdição⁵⁰.

Quanto à Constituição Equatoriana, esta sim celebra “a natureza, a Pacha Mama, de que somos parte e que é vital para nossa existência”, já nos “considerandos”⁵¹, e invoca a “sabedoria de todas as culturas que nos enriquecem como sociedade”, prevendo em seu texto expressamente que:

⁴⁹ Art. 127. Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia. Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley. Art. 128. El Estado desarrollará una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable (...) Art. 305. El Estado promoverá la agricultura sustentable como base estratégica del desarrollo rural integral, a fin de garantizar la seguridad alimentaria de la población; entendida como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor. La seguridad alimentaria se alcanzará desarrollando y privilegiando la producción agropecuaria interna, entendiéndose como tal la proveniente de las actividades agrícola, pecuaria, pesquera y acuícola. La producción de alimentos es de interés nacional y fundamental para el desarrollo económico y social de la Nación. A tales fines, el Estado dictará las medidas de orden financiero, comercial, transferencia tecnológica, tenencia de la tierra, infraestructura, capacitación de mano de obra y otras que fueran necesarias para alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento. (...)

⁵⁰ Vide Constituição da Bolívia, Considerandos, Artigo 5º (povos e línguas), 11º (representação comunitária), 26º (direitos políticos), 30º (direito dos povos indígenas) e 190º (jurisdição indígena).

⁵¹ (...) CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia (...) APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, (...) Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, Decidimos construir Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza,

Art. 71. A natureza ou Pacha Mama, onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos.

Toda pessoa, comunidade, povoado, ou nacionalidade poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos, observar-se-ão os princípios estabelecidos na Constituição no que for pertinente.

O Estado incentivará as pessoas naturais e jurídicas e os entes coletivos para que protejam a natureza e promovam o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema.

Veja-se, então, o quão forte é a noção de providência da Mãe Terra (Pachamama) na constituição Equatoriana que “reproduz e realiza a vida” e que por isso “ela tem o direito a que se respeite integralmente a sua existência, a sua manutenção e a regeneração de eventuais ciclos vitais que tenham se deteriorado”, “sendo qualquer um legítimo para exigir da autoridade que assim o faça”.

Some-se à *Pachamama* a expressa adoção de uma ética do bem viver (“Sumak Kawsai” = plenitude do viver)⁵², cuja proposta recebe um capítulo próprio no Título II destinado aos “Direitos” lato senso e um título todo específico, intitulado “do Régimen Del Buen Viver”, que define o Plano Nacional de Desenvolvimento, um plano sistemático e orgânico que prevê o envolvimento de

para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana -sueño de Bolívar y Alfaro-, La paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y, En ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos La presente (...).

⁵² Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, La biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y La recuperación de los espacios naturales degradados. Art. 27.- La educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en El marco del respeto a los derechos humanos, al medio ambiente sustentable y a la democracia; será participativa, obligatoria, intercultural, democrática, incluyente y diversa, de calidad y calidez; impulsará la equidad de género, la justicia, la solidaridad y la paz; estimulará el sentido crítico, el arte y la cultura física, la iniciativa individual y comunitaria, y el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar. La educación es indispensable para el conocimiento, el ejercicio de los derechos y la construcción de un país soberano, y constituye un eje estratégico para el desarrollo nacional. Hábitat y vivienda Art. 30.- las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable, y a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica. Salud Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, El trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.

todos os órgãos do governo e da sociedade civil na concreção e efetividade da ética do bem viver, englobando desde inclusão social e igualdade material de tratamento, até biodiversidade e natureza.

Por isso, assinala Wolkmer⁵³ que

Possivelmente, o momento primeiro e de grande impacto para o “novo” constitucionalismo latino-americano vem a ser representado pela Constituição do Equador de 2008, por seu arrojado ‘giro biocêntrico’, admitindo direitos próprios da natureza e direitos ao desenvolvimento do “bem viver”.

Trata-se de considerar a natureza não mais como objeto apropriável, mas como um organismo vivo onde a vida se realiza de forma integral e integrada:

Certamente que o conceito “postcapitalista” do “buen vivir” expressa uma visão integral da convivência humana e social com a natureza, da justiça com o meio ambiente, não podendo haver direito do bem viver sem uma natureza (*Pachamama*) protegida e conservada. Porém, há de se ter presente, como adverte o uruguayo Gudynas, que acompanhou o proceso constituinte, de que

As tradições culturais andinas expressadas no ‘buen vivir’ (ou *Pachamama*) têm muitas ressonâncias com as ideias ocidentais da ética ambiental, promovida, por exemplo, pela ‘ecologia profunda’, ou os defensores da uma ‘comunidade de vida’. (...) Iguamente, nem todas as posturas dos povos indígenas originários são biocêntricas, e que inclusive existe diferentes construções para a *Pachamama*⁵⁴.

Mas, na dialética dos textos constitucionais, e análise com a doutrina do Direito dos Animais, pode-se perceber que as disposições constitucionais estão mais voltadas para uma concepção de respeito à natureza enquanto um todo, não se encontrando algo que defenda a não ingerência total do homem em relação aos animais não-humanos, na perspectiva de uma doutrina reaganiana, ou da mínima intervenção utilitarista numa perspectiva singeriana, por exemplo.

De todas as Constituições analisadas, a que mais inova e destoa em relação aos direitos dos animais *stricto sensu*, é a Constituição brasileira, que trata de forma expressa e específica destes, vedando qualquer crueldade contra os mesmos⁵⁵.

Não se é capaz de afirmar que Colômbia e Venezuela não possuem nenhuma proteção aos direitos dos animais, por exemplo. Ou que o Brasil os protege melhor. Não se fez tal pesquisa no presente trabalho. Tal pesquisa teria

⁵³ WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 33.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 35.

⁵⁵ Art. 225, §1º, inc. VII, CF/88.

que analisar a legislação infraconstitucional, como a existência de leis sobre pesquisa com animais, sobre abate humanitário ou criminalização de maus-tratos. Ainda, talvez fosse necessária uma análise antropológica e sociológica sobre eventual desnecessidade de qualquer referência expressa aos bons tratos dos animais, em face da cultura indígena prevalente naqueles países, cultura com ethos de comunhão com e na vida e, pois, com respeito à natureza e aos animais. Havendo uma cultura predominantemente indígena, ou seja, um ethos propriamente harmônico com a natureza e com os animais, talvez não haja porque se prever uma conduta (“proibido crueldade com animais”) que não ocorre de per se em face do próprio ethos social, por pressuposto moral dos indivíduos que compõe a nação⁵⁶.

Frisa-se, então, que aqui se analisou e se comparou apenas os principais textos constitucionais representativos do novo constitucionalismo da América Latina e, nesse sentido, o texto constitucional brasileiro é o único a prever expressamente a vedação à crueldade contra os animais não-humanos.

5 CONCLUSÃO

Em que pese divergências quanto ao nome a se dar ao fenômeno, a verdade é que há uma clara distinção entre as constituições pré e pós-guerras, motivo pelo qual se pode falar num neoconstitucionalismo ou num novo constitucionalismo após esse período, especialmente na América Latina, onde as constituições mostram evidente ruptura e diferentes ethos em relação aos textos revogados, com especial protagonismo dos povos coloniais e indígenas.

Nesse sentido, a América Latina destaca-se sobremaneira em relação aos demais países, vindo a incorporar disposições totalmente inovadoras, pugnando por uma dignidade da vida e comunhão equilibrada com esta, representada numa ética do bem viver ou ética biocêntrica, chegando algumas constituições - como a boliviana de 2009, mas, especialmente, a equatoriana de 2008 -, a reconhecerem

⁵⁶ Por todos, ver CASTRO, Eduardo Viveiros de. **A inconstância da alma selvagem**: e outros ensaios de antropologia. São Paulo: Cosac & Naify. 552 páginas.

a Pachamama - deidade ou mito andino com caracteres femininos, geradora e mantenedora da vida, “uma própria Mãe Terra” - como “sujeito de direitos”.

Verifica-se, então, que o Constitucionalismo da América Latina é louvável no que toca com a instauração de um novo ethos focado na ética do bem viver ou biocêntrica, em busca de uma harmonização ambiental da e na vida, mas nele não se encontra disposições expressas no que toca aos direitos dos animais *stricto sensu*. O mais próximo que se pode chegar a afirmar, na esteira do que já dito por Eduardo Gudynas, Rúbén Martínez Dalmau e Marco Aparicio Wilhelm, todos citados por Antônio Carlos Wolkmer, é que as Constituições latino americanas possuem um forte componente biocêntrico, próprio duma ecologia profunda⁵⁷ e, talvez, aí, tenha-se o (algum) respeito aos animais.

Mas, embora haja pontos em comum entre a *Deep Ecology* e os Direitos dos Animais, e se queira essa aproximação, ainda não se pode falar de identidade conceitual ou de identidade epistemológica entre as duas doutrinas, antes pelo contrário, há diferenças claras entre elas, que permitem observar níveis diferentes de proteção, crendo-se que as constituições latino-americanas estejam mais para uma ética biocêntrica ou ética do bem-viver, do que para uma doutrina de proteção dos animais.

Como visto, a temática dos Direitos dos Animais envolve prioridades mais concretas relacionadas ao bem estar destes animais não-humanos, de uma forma específica e individual, como por exemplo, o não mau-trato, abate humanitário, o não-uso em experimentação científica, o menor uso possível e indolor (para as doutrinas utilitaristas), ou até a própria não sacrifcação em geral, mesmo para a alimentação (abolicionismo).

⁵⁷ “Deep Ecology pugna por um meio ambiente profundamente equilibrado, enquanto um organismo vivo que não está à disposição do ser humano e do qual este não é o Senhor Absoluto, mas antes, deve aprender e agir conforme aquele. Como ensina Fabio Corrêa Souza Oliveira, “Ecologia Profunda é a denominação criada no início da década de 1970 por Arne Naess, professor emérito de Filosofia da Universidade de Oslo, para configurar a compreensão que procura romper com a concepção antropocêntrica da natureza, dos seres não integrantes da espécie humana, contrapondo, assim, à Ecologia Rasa, esta voltada eminentemente para os interesses humanos, entendendo os demais seres, a natureza, com valor meramente instrumental em função das demandas da humanidade”. (OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **A Ecologia Profunda e os novos direitos**. [10 de Junho de 2013] Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/520841-a-ecologia-profunda-e-os-novos-direitos-entrevista-especial-com-fabio-correa-souza-de-oliveira>. Acesso em: 08 Abr 2015. Entrevista concedida ao IHU On Line: Instituto Humanitas Unisinos).

Como assinala David Favre⁵⁸, o Direito dos Animais têm como premissa que animais são seres com um status ético e moral como os seres humanos, logo, eles não deveriam apenas ter proteção do direito, mas ser uma parte do sistema legal com seus próprios direitos.

Elencou-se como sendo quatro os principais pressupostos epistemológicos fundantes da temática dos Direitos dos Animais: o trato do humano com outros humanos (Regra de Ouro); as doutrinas utilitaristas; a epistemologia que vê nos animais não-humanos consciência, dor e prazer (senciência); e o abolicionismo de Tom Regan, que vê os animais como sujeitos-de-uma-vida.

Das Constituições tidas como pertencentes ao movimento do constitucionalismo latino-americano, apenas a Constituição brasileira de 1988 possui disposições específicas em relação aos Direitos dos Animais. Ao mesmo tempo, é interessante a análise de Trajano⁵⁹ no sentido de que a Constituição brasileira na palavra “todos” da expressão “todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” inclui “todos os seres” e, pois, os próprios animais.

Embora se perceba que, de fato, a Constituição brasileira prevê expressamente a não crueldade contra os animais - algo omitido nas outras constituições latinas - não se pode criticar as constituições vizinhas de “não proteção”, eis que o *ethos* indígena é harmônico, não só com a natureza, mas com os animais individualmente, análise que deveria ser feita por um viés antropológico e sociológico mais apurado, e que não cabe na presente pesquisa.

Veja-se que o ápice da visão biocêntrica é encontrado na Constituição do Equador, que estipula a Natureza como “sujeito de direitos”. Embora a Natureza (*Pachamama*) tenha sido elevada à essa condição, e todo cidadão seja legítimo “ad processum” para requerer à autoridade estatal que a proteja, a verdade é que diversos artigos dela prevêem a agropecuária, a pesca etc, políticas que não se coadunam com o Direito dos Animais stricto sensu.

⁵⁸ FAVRE, David. **O Ganho de força dos direitos dos animais**. In: SANTANA, Heron José de Santana; SANTANA, Luciano Rocha. Revista Brasileira de Direito Animal. – Vol. 1, n.1 (jan. 2006). – Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006, pag. 25 à 35, esta citação à pág. 28.

⁵⁹ SILVA, T. T. A. ou TRAJANO, Tagore. Teoria da Constituição: Direito Animais e Pós-humanismo. RIDB Ano 2 (2013), nº 10, 11683-11731 / <http://www.idb-fdul.com/> ISSN: 2182-7567.

REFERÊNCIAS

BARBERIS, M. **Neoconstitucionalismo**. Revista Brasileira de Direito Constitucional nº 7, São Paulo: ESDC, Jan/Jun 2006, Vol. 1, p. 18-30.

BOLÍVIA. **Constitución Política Del Estado del Republica Del Bolivia**.

Disponível em Political Databe Of The Americas

(<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>). Acesso em: 03 de Set 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível

no site oficial do governo brasileiro, no banco de dados de legislação

(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 03 de Set 2014.

CANOTILHO, J.J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ªed. 6ªreimp. Coimbra: Almedina, 2003.

COLÔMBIA. **Constitución Política de La República de Colombia de 1991**.

Disponível em <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes/vigencia-expresa-y-sentencias-de-constitucionalidad>, sítio do

Governo da Colômbia, e em Political Databe Of The Americas

(<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/col91.html>). Acesso em 03 de Set de 2014.

DEXTER, J. **A plea for the horse, in a few remarks and suggestions upon his treatment and management**. 1847, Boston/EUA, folhetim, Disponível em

<http://biodiversitylibrary.org/page/16461387>. European Library,

<http://www.theeuropeanlibrary.org>. Acesso em 06 de Ago 2014.

EQUADOR. **Constitución de La República Del Ecuador de 2008**. Disponível

em Political Databe Of The Americas

(<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador08.html>) . Acesso em: 03 de Set. 2014.

FAVRE, D. **O Ganho de força dos direitos dos animais**. In: SANTANA, Heron José de Santana; SANTANA, Luciano Rocha. Revista Brasileira de Direito Animal. – Vol. 1, n.1 (jan. 2006). – Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.

FELIPE, S. T. **Acertos abolicionistas: a vez dos animais: crítica à moralidade especista**. São José/SC: Ecoânima, 2014, 320p.

HIEOVER, Harry. **Bipeds and Quadrupes**, 1853, Londres/UK, folhetim,

Disponível em <http://biodiversitylibrary.org/page/25264471>. European Library,

<http://www.theeuropeanlibrary.org>. Acessado em 06 de Ago de 2014.

HIRSCHL, R. **The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide**, 75 Fordham L. Rev. 721 (2006). Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol75/iss2/14>, Acesso em: 31 de Jul 2014.

MACINTYRE, A. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Tradução Marcelo Pimenta Marques. São Paulo, Edições Loyola, p. 376

NACONECY, C. M. **Ética & Animais: um guia de argumentação filosófica**. Porto Alegre: Edipucrs, 2006.

OLIVEIRA, F. C. S. **A Ecologia Profunda e os novos direitos**. [10 de Junho de 2013] Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/520841-a-ecologia-profunda-e-os-novos-direitos-entrevista-especial-com-fabio-correa-souza-de-oliveira>. Acesso em: 08 Abr 2015. Entrevista concedida ao IHU On Line: Instituto Humanitas Unisinos.

POZZOLO, S. **Neoconstitucionalismo, um modelo constitucional ou uma concepção da Constituição?** Revista Brasileira de Direito Constitucional nº 7, São Paulo: ESDC, Jan/Jun 2006, Vol. 1, p. 231-253.

REGAN, T. **Jaulas Vazias: encarando o desafio dos direitos dos animais**. Tradução Regina Rhena. Porto Alegre: Lugano, 2006.

SILVA, T. T. A. **Teoria da Constituição: direito animal e pós-humanismo**. RIDB, Ano 2 (2013), nº 10.

SINGER, P. **Libertação Animal**. Tradução de Marly Winckler; revisão técnica Rita Paizão. Ed. rev. Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2004, 357 pág.

_____. **Libertação Animal**. Tadução de Marly Winckler e Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Rita Paixão. Editora WMF Martins Fontes: São Paulo, 2013, 461 pág.

STRECK, L. L. **Contra o Neconstitucionalismo**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27.

STRECK, L. L. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª Ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, 678 páginas.

UNESCO. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS ANIMAIS**. 23 de Setembro de 1977. Disponível em <http://www.filosofia.org/cod/c1977ani.htm>. Acesso em: 04 de Set 2014.

UNIVERSIDADE DE CAMBRIDGE. **DECLARAÇÃO DE CAMBRIDGE SOBRE A CONSCIÊNCIA EM ANIMAIS HUMANOS E NÃO HUMANOS**. Escrita por Philip Low e editada por Jaak Panksepp, Diana Reiss, David Edelman, Bruno Van

Swinderen, Philip Low e Christof Koch. Publicada em 07/07/2012, na sala Balfour do Hotel du Vin, em Cambridge. Disponível em <http://fcmconference.org/>. Acesso em 05 de Set 2014. Tradução obtida da Revista eletrônica IHU no endereço <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/511936-declaracao-de-cambridge-sobre-a-consciencia-em-animais-humanos-e-nao-humanos>.

VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Disponível em

<http://www.gobiernoenlinea.ve/home/archivos/ConstitucionRBV1999.pdf>, sítio do Governo da Bolívia, e em Political Databe Of The Americas (<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/vigente.html>). Acesso em 03 de Set 2014.

WOLKMER, A. C.; MELO, M. P. **Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, 218 pág.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

**GT – REPENSANDO A PUNIÇÃO CRIMINAL: POR
UMA SOCIOLOGIA DAS IDEIAS PENAS**

CANOAS, 2015

RACIONALIDADE PENAL MODERNA, INOVAÇÃO E REGRESSÃO PENAL: AS IDÉIAS PENAIS NO DEBATE SOBRE A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL¹

Riccardo Cappi

RESUMO: Esta comunicação pretende oferecer uma descrição e uma leitura teórica dos “modos de pensar” o controle social da criminalidade e a justiça penal, a partir da análise das Propostas de Emenda Constitucional para redução da maioria penal e dos debates parlamentares brasileiros sobre o tema, ocorridos na Câmara e no Senado entre 1993 e 2010. Numa primeira análise dos discursos será possível apresentar alguns resultados tais como: a estruturação dos argumentos favoráveis à redução da maioria penal; a identificação dos pontos cruciais de oposição entre os discursos favoráveis e contrários à mudança constitucional; a elaboração de quatro discursos-tipo, delineando maneiras diferentes de pensar o controle social da delinquência juvenil. Num segundo momento a partir do referencial teórico da “racionalidade penal moderna” (Pires), mostra-se como, para além das posições políticas sustentadas, um amplo espectro de discursos parlamentares permanece centrado na visão hostil do autor da infração e na ideia de sanção afluiva, referenciais dominantes em matéria de resposta social às condutas criminalizadas. Neste sentido ganham importância os conceitos de inovação e regressão, para compor um tríptico conceitual importante para designar as ideias penais.

PALAVRAS-CHAVE: maioria penal; controle social; racionalidade penal moderna; inovação penal; regressão penal.

1 INTRODUÇÃO

Esta contribuição pretende oferecer uma descrição e uma leitura teórica das “maneiras de pensar” o controle social da criminalidade e a justiça penal, inscrevendo-se num contexto internacional caracterizado pela multiplicação de

¹ Este texto, já publicado com outro título e com pequenas diferenças em Cappi (2013), apresenta alguns resultados oriundos da pesquisa de doutorado, cujo título é *Motivos do controle e figuras do perigo: a redução da maioria penal no debate parlamentar brasileiro* (tradução nossa), defendida em 2011 no programa da Escola de Criminologia da Universidade Católica de Louvain e orientada pelo Prof. Dr. Dan Kaminski, a quem renovo meus agradecimentos e minha estima.

estudos e de discussões criminológicas sobre a evolução do controle penal, que ilustram e analisam, dentre outras mudanças, o incremento das soluções punitivas – isto é, aflitivas (CHRISTIE, 2005) – advindas notadamente através do recurso maciço ao encarceramento. A realidade brasileira, por sua vez, não escapa a essa tendência, nem aos intensos debates levantados por ela, uma vez que as políticas criminais conduzidas após a promulgação da Constituição de 1988 traduzem concepções muito diversificadas em matérias de controle social.

Torna-se importante propor uma análise dessas concepções, para entender em que elas divergem ou coincidem, notadamente a partir da observação empírica. Neste sentido, serão apresentados os resultados de um estudo dos debates parlamentares brasileiros, acerca da redução da maioria penal, ocorridos na Câmara e no Senado entre 1993 e 2010, na esteira das numerosas Propostas de Emenda Constitucional elaboradas durante o mesmo período. Dada a abundância e a diversidade dos discursos, este material mostrou-se adequado para uma análise que ajude a compreender as diversas concepções do controle social, a partir das posições expressadas pelos parlamentares – favoráveis ou contrários à redução da maioria penal –, que têm construído seus argumentos e mobilizado referenciais cognitivos, sustentando assim diversos entendimentos da resposta social a ser produzida diante da delinquência juvenil.

Propõe-se um desenvolvimento em três partes. Num primeiro momento serão afirmados o fundamento e a importância, na abordagem criminológica, de estudar as “maneiras de pensar” o controle social da delinquência, sugerindo uma ilustração através de uma leitura analítica dos debates parlamentares sobre a redução da maioria penal. Em seguida, a título de referencial teórico, será exposto o marco da Racionalidade Penal Moderna (RPM), entendida como “sistema de pensamento da justiça criminal tal como construído a partir da segunda metade do século XVIII” (PIRES, 2004, p. 39), bem como as perspectivas de um possível distanciamento deste marco. Enfim, voltando à observação dos debates parlamentares, se ilustrará como um amplo espectro de discursos se afilia ao modelo que consagra a pena aflitiva – em

modo particular, a privação de liberdade – como referencial dominante em matéria de controle social, e isto, para além da distinção tradicional entre posições favoráveis e contrárias à redução da maioria penal. Contudo, será igualmente possível identificar os discursos que não se filiam à RPM, por propor respostas que se inscrevem nas vertentes da “inovação” e da “regressão”, conceitos que, além de completar o quadro teórico proposto, sugerem uma leitura política original das concepções expressadas pelos parlamentares.

2 UM ESTUDO DAS “MANEIRAS DE PENSAR” ATRAVÉS DA ANÁLISE DOS DISCURSOS

A análise dos discursos parlamentares referentes à redução da maioria penal se insere, de maneira mais ampla, no conjunto de estudos da criação da norma penal que, na tradição criminológica associada ao “paradigma da reação social”, constitui o primeiro passo lógico no campo da criminologia e da sociologia da justiça penal. (ROBERT, 2005) Em outras palavras, trata-se de abrir a caixa preta dos processos de produção das leis que definem o que é crime e as condições legais da resposta social ao mesmo, incluindo as diversas formas de “tratamento” dos infratores. Estudar a criação da norma penal, a chamada criminalização primária (BARATTA, 2002), significa de fato estudar um “teatro organizado em vista da conquista ou da manutenção do poder político” (LASCOUMES, 1990, p. 145) envolvendo interações complexas entre atores e mobilização de racionalidades múltiplas. Neste sentido é oportuno reconstituir o processo que vai da indicação de um problema social emergente à escolha de uma resposta jurídica, penal ou não, através de sua “formatação” nos discursos, para compreender como e porque se formula essa resposta.

No caso em tela, o estudo do processo privilegia a observação das “maneiras de pensar” as respostas às condutas criminalizadas, através da análise dos discursos parlamentares, deixando em segundo plano o estudo das interações entre os atores específicos que, ao longo do período mencionado,

deram vida a este processo. A intenção é de mostrar como as definições dos problemas e suas explicações podem ser relacionadas às maneiras de pensar as normas, ou ainda, como as diversas maneiras de ver e (re)construir a realidade social interferem no modo de conceber as respostas para a delinquência juvenil, a partir diversas “visões de mundo” (BOURDIEU, 2001), ou de diversos “referenciais cognitivos”. (MULLER, 2000) Enfim, pretende-se ilustrar uma possível articulação entre a “normativização do mundo”, por um lado, e a “leitura e explicação do mundo”, por outro. (MULLER, 2000)

A análise foi conduzida a partir da observação dos textos das 37 Propostas de Emenda Constitucional (PEC) voltadas para redução da maioria penal e os discursos parlamentares que se referem às mesmas, entre 1993 e 2010,² mobilizando uma metodologia de cunho indutivo, seguindo o referencial da “teorização enraizada nos dados”. (GLASER; STRAUSS, 1967; LAPERRIÈRE, 1997³)

Num primeiro momento foi possível identificar todos os argumentos apresentados pelos parlamentares sustentando a posição favorável à redução da maioria penal,⁴ bem como os argumentos alegados por aqueles que defendem a posição contrária. Este exercício permitiu igualmente identificar os referenciais cognitivos dos diversos discursos, isto é as imagens e definições da realidade produzidas pelos parlamentares, bem como suas maneiras de conceber resposta estatal as transgressões. Isto permitiu identificar uma série de diferenças importantes entre os discursos, classificadas a partir da maneira de abordar três grandes questões, a saber:

- a) a definição e a explicação do problema das transgressões dos jovens na sociedade;
- b) a percepção dos jovens infratores;
- c) a concepção da(s) resposta(s) diante da transgressão.

2 A análise foi conduzida utilizando as comunicações nos plenários do Senado (85 discursos) e da Câmara (479 discursos), durante o período 1993-2010.

3 Dado os limites do artigo, não se encontram apresentados os numerosos passos que esta metodologia comporta. Para maiores detalhes remetemos a Cappi (2011).

4 O conjunto dos argumentos favoráveis foi apresentado, em Cappi (2011), num esquema que identifica uma árvore de silogismos, onde se constrói uma estrutura lógica e “hierárquica” dos mesmos.

Embora cada discurso seja único, foi possível elaborar, a partir dos discursos observados, quatro discursos-tipo,⁵ entendidos como quatro linhas narrativas que oferecem uma síntese, com maior densidade teórica, das posições expressadas no conjunto do material analisado. Trata-se, de fato, de estruturas condensadas de discursos, purificadas de elementos contingentes, que dão acesso às racionalidades encontradas nos diversos discursos. Sem poder detalhar aqui os diversos passos na metodologia adotada, relatamos a seguir os quatro discursos-tipo que foram construídos a partir da análise dos dados.

2.1 O discurso da “punição”

Este discurso oferece uma leitura que parte de uma percepção dramatizada da delinquência juvenil, entendida como contribuição expressiva para o panorama de insegurança generalizada e do medo que afetam a sociedade como um todo. Há uma referência recorrente à mídia e aos fatos que encontram ampla cobertura, com forte impacto na opinião pública. Esta é entendida como lugar de expressão da demanda "por uma solução", que assumiria a forma de medidas punitivas duras, incluindo a redução da maioria penal. Ao sentimento de insegurança amplamente relatado, faz eco a percepção de uma forte degradação moral; a leitura global do fenômeno desconsidera a complexidade do problema – a começar da sua inclusão num contexto sócio-histórico marcado por desigualdades de variada natureza – privilegiando uma análise simplificadora, emocional e contingente dos problemas sociais. Aqui, o discurso "científico" é geralmente subestimado e pouco mobilizado.

Os jovens – os “delinquentes” – são entendidos como elementos de uma classe perigosa, como “monstros” ou incuráveis, fortemente responsáveis pelo aumento da insegurança, do ponto de vista quantitativo e qualidade, contra a qual é essencial reforçar a resposta punitiva, numa perspectiva explicitamente

5 Para maiores detalhes sobre este método, ver, por exemplo, Hirshhorn (1999).

retributiva ou dissuasiva. Na mesma linha, aparecem argumentos que sugerem a necessidade de adotar medidas destinadas à neutralização, como as penas de longa duração ou mesmo a pena de morte. Aparece a noção de "responsabilidade" do menor, conceitualmente reduzida a uma simples consequência da dureza da sentença. Enfim, esse discurso parece desviar da perspectiva garantista que marcou a ascensão do direito penal moderno — incluindo a proteção dos direitos individuais — tanto no que diz respeito às modalidades processuais, quanto ao conteúdo da sanção proposta. A evocação de modalidades de punição extralegais, sugere que elas existem em grande escala na sociedade brasileira e que, no limite, chegam a constituir formas aceitáveis de resposta às transgressões dos jovens.

2.2 O discurso da “punição garantista”

Este segundo discurso apoia a redução da maioria penal numa perspectiva de diminuição gradual, ou condicional, das medidas socioeducativas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente como forma de intervenção estatal frente às condutas transgressivas dos jovens. A partir da leitura de insegurança que atribui um papel significativo à delinquência juvenil, o foco é posto na necessidade de punir os jovens infratores como os adultos, dada a ineficácia das medidas previstas pela lei atual. A referência à imprensa e aos fatos sujeitos a extensa cobertura da mídia é feita com tons menos dramáticos do que no discurso anterior; a redução da maioria penal é, contudo, defendida como uma resposta adequada para esses fatos. A leitura da realidade social leva em conta a complexidade dos problemas, propondo uma série de medidas complementares, começando pela sugestão de políticas de assistência aos jovens ou, ainda, políticas de prevenção.

São mencionados os perigos associados aos jovens infratores, embora reconhecendo que existem mecanismos sociais que colaboram para a vulnerabilidade desta categoria. Dada a contribuição significativa dos jovens — menores de idade — para a insegurança da população, torna-se importante estender a resposta punitiva a este grupo da população, a partir do momento

que é possível considerá-los plenamente responsáveis por suas ações. A responsabilidade penal, com respectivo aumento das penas, deve ser estendida também aos adultos que desempenham um papel significativo na determinação das condutas delituosas dos menores de idade. As funções retributiva e dissuasiva da pena aparecem claramente neste tipo de discurso que, todavia, não desconsidera a busca de objetivos educacionais ou terapêuticos, reconhecendo inclusive o impacto negativo da privação de liberdade, tal como praticada atualmente. Enfim, este discurso se inscreve nitidamente na perspectiva de garantista do direito penal, que aposta essencialmente no teor aflitivo da resposta estatal, sem excluir outras formas de intervenção entendidas, contudo, a título complementar.

2.3 O discurso da “proteção”

Este terceiro discurso é aquele que defende a manutenção da maioria penal numa perspectiva de conservação do sistema de justiça juvenil estabelecida pela Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), baseado na adoção de medidas socioeducativas frente às condutas transgressivas dos jovens. A leitura da delinquência atribui um papel importante aos mecanismos de exclusão social e às políticas públicas – ou à ausência das mesmas – que definem de maneira significativa a vulnerabilidade de muitos jovens. Este discurso sustenta uma abordagem baseada na “proteção integral”, que prevê, para os jovens infratores, ações educativas e de tratamento, denunciando inclusive o impacto negativo da privação de liberdade. Aqui também é feita a referência aos meios de comunicação e a opinião pública, mantendo, contudo, uma distância em relação a visões sensacionalistas ou redutoras. A defesa da manutenção da maioria penal fundamenta-se também na adoção de políticas de prevenção ou de assistência, frente aos problemas de insegurança.

Os “jovens (criminosos)” são percebidos de forma menos hostil e são também considerados vítimas de diversos mecanismos sociais que determinam sua fragilidade. São enxergados como sujeitos de direitos – formalmente estabelecidos pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente –,

que devem ser garantidos concretamente, inclusive pelo fato dos adolescentes serem “pessoas em fase de desenvolvimento”. A abordagem punitiva não está ausente deste discurso, especialmente no que diz respeito a sua função dissuasiva. Por um lado, encontra-se a valorização do aspecto aflitivo das medidas socioeducativas, considerado semelhante ao das respostas da justiça criminal; por outro lado, afirma-se a ideia de maior punição para os adultos que têm a custódia dos jovens infratores. Novamente, a ideia de responsabilização está presente: da sociedade, pela garantia de direitos aos jovens; do adolescente, em relação à sua conduta; da família, que é encarregada da educação do jovem. Enfim, podemos dizer que este discurso sustenta a visão de “proteção”, seguindo a tradição dos sistemas de justiça juvenil tal como se desenvolveram nos países ocidentais durante o século XX (TRÉPANIÉ; TULKENS, 1995; VOLPI, 1997), o que não exclui a referência, a título complementar, a respostas punitivas, de caráter aflitivo, ainda que legalmente regulamentadas.

2.4 O discurso do “protagonismo emancipador”

Este último discurso, além de apoiar a manutenção da maioria penal nos termos atuais, difere significativamente do anterior. Em primeiro lugar, quando descreve a violência, esta é entendida, sobretudo, como violência estrutural: o primeiro problema é dado pelas estruturas sociais, descritas como violentas. Logo, o elemento de perigo se encontra no discurso para denunciar o caráter negativo da situação social do país. Da mesma forma, o tema da insegurança está associado a uma análise mais abrangente da violência estrutural. A referência à mídia só aparece em função de uma leitura crítica: afirma-se que esta oferece ao público ferramentas empobrecidas e redutoras para análise dos problemas, especialmente quando se trata da questão da insegurança. Em função disso, nessa perspectiva, seria necessário propor um exame aprofundado das diferentes manifestações da violência na sociedade, para engajar transformações radicais no plano político, que possam reduzir as desigualdades e as dinâmicas de exclusão.

Como no discurso anterior, os jovens são vistos como vítimas da dinâmica social, em sua condição de “pessoas em desenvolvimento” e de sujeitos de direitos – os quais não são garantidos a contento. Todavia, este discurso propõe olhar para os adolescentes (infratores) de uma forma que não seja simplesmente “não hostil”. Trata-se de apostar nas potencialidades do adolescente – ele é considerado o “futuro da nação” – e vê-lo como um ser semelhante. Isto está de acordo com uma leitura abertamente crítica da perspectiva punitiva, não só em relação às condições concretas de privação de liberdade, mas também no que diz respeito a sua filosofia geral, cujos aspectos aflitivo e retributivo são claramente criticados. Assim, a ideia de educação é entendida aqui como uma alternativa à punição e não apenas como uma abordagem complementar. Além disso, neste tipo de discurso, é feita referência às propostas educativas que se afastam nitidamente de posturas autoritárias e paternalistas, para priorizar a construção da autonomia do jovem, a ser construída gradativamente durante o processo de intervenção socioeducativas, conduzido em meio aberto. Enfim, ainda que de forma, apenas esboçadas, esta abordagem mostra-se aberta a métodos de intervenção pautados na ideia de “justiça restaurativa” no processo de resolução de conflitos.

Os quatro discursos-tipo assim construídos a partir da análise dos discursos ilustram diferentes “maneiras de pensar” a resposta estatal às condutas delitivas dos jovens. Em outras palavras, para além da discussão sobre a questão da maioria penal, essas tipificações constituem percursos narrativos que expressam, no campo político explorado, visões específicas do controle social, permitindo decodificar as formas de entender a resposta do Estado à delinquência juvenil. Como mostra a tabela a seguir, as narrativas propostas complexificam a leitura dicotômica inicial, que só distinguia os discursos favoráveis à redução da maioria penal dos discursos contrários.

Tabela 1 - Os quatro discursos-tipo referentes à redução da maioria penal

3 AS “MANEIRAS DE PENSAR” A RESPOSTA AO CRIME: RACIONALIDADE PENAL MODERNA, INOVAÇÃO E REGRESSÃO

Uma outra forma de analisar os discursos parlamentares referentes à redução da maioria é aquela que mobiliza um referencial teórico consolidado para descrever o “sistema de pensamento da justiça criminal tal como construído a partir da segunda metade do século XVIII” (PIRES, 2004, p. 39), isto é a denominada Racionalidade Penal Moderna (RPM). Trata-se segundo as palavras de Pires, de uma “maneira de pensar e de fazer” em matéria penal, que veio se consolidando ao longo dos últimos dois séculos nas sociedades ocidentais. (PIRES, 2001) Em outras palavras pretende-se observar os discursos parlamentares, desta vez à luz do referencial teórico da RPM, que constitui, portanto, um novo instrumento de leitura. Antes de proceder a esta análise, cabe apresentar ao leitor os elementos conceituais da racionalidade penal moderna, bem como as formas pelas quais seria possível operar um distanciamento da mesma, do ponto de vista teórico.

3.1 A racionalidade penal moderna e as teorias da pena

O conceito de “racionalidade penal moderna” designa um sistema de ideias que estabelece um suporte teórico e ideológico para o direito penal e suas formas de intervenção. Desde os anos 1990, os trabalhos de Álvaro Pires nos ajudam a descrever e a compreender este sistema de pensamento, percebido como dominante e entendido como “obstáculo epistemológico” (BACHELARD, 1938) à transformação do próprio direito penal e das outras modalidades de resposta ao crime enquadradas juridicamente.

O conjunto das ideias que caracterizam a RPM, sustentam respostas estatais aos crimes essencialmente pautadas em seu teor aflitivo, tendo a privação de liberdade como expressão característica. Em outras palavras, a resposta prevista frente à transgressão é obrigatoriamente punitiva excluindo, por isso mesmo, respostas que não sejam de natureza aflitiva. A valorização do castigo e da sua severidade traduz um apoio irrestrito à exclusão social, inerente à privação de liberdade, em detrimento de medidas alternativas de resposta ao crime, que se tornam assim impensáveis neste sistema de pensamento.

Uma das originalidades da contribuição de Pires (2004, p. 43) é justamente de mostrar como a RPM comporte uma articulação das teorias da pena, que

[...]concebem a proteção da sociedade ou a afirmação das normas de modo hostil, abstrato negativo e atomista. Hostil, por representarem o agressor como o inimigo de todo o grupo e por estabelecer uma equivalência necessária (mesmo ontológica) entre o valor do bem ofendido e o grau de sofrimento que se deve infligir ao transgressor. Abstrato porque, mesmo reconhecendo que a pena causa um mal concreto e imediato, concebem que este mal produz um bem imaterial e mediato para o grupo. [...] Negativo, já que essas teorias, como já dito, excluem qualquer outra sanção ou medidas que visem reafirmar a norma por meio de uma ação positiva (reparação pecuniária, tratamento em liberdade etc.). E atomista, enfim, porque a pena – na melhor das hipóteses – não deve se preocupar com os laços sociais concretos entre as pessoas a não ser de forma secundária e acessória.

Essas teorias conjugam um certo número de ideias e princípios que gozam de uma autoridade reconhecida no campo penal e, mais ainda, na cultura ocidental moderna, marcando um sistema de pensamento dominante na esfera criminal; trata-se das teorias da retribuição, da dissuasão, da denunciação e da ressocialização, que serão rapidamente evocadas aqui.

Segundo a teoria da retribuição, tradicionalmente associada ao pensamento kantiano e hegeliano, bem como ao pensamento religioso cristão da idade média, a pena aflitiva é um mal necessário, susceptível de restabelecer, no plano moral e jurídico, o equilíbrio rompido pela conduta criminosa. A sanção, neste sentido, deve ser dolorosa para expiar o mal produzido pela transgressão. O mal só pode ser respondido pelo mal, independentemente de qualquer perspectiva utilitária, enfatizando-se aqui o caráter obrigatório da resposta aflitiva e a desqualificação respostas que não o sejam. Enfim, de acordo com esta teoria da pena, “o objetivo do castigo é o próprio castigo”. (PIRES, 1998c, p. 197, tradução nossa)

Na teoria da dissuasão, trazida pelos clássicos do direito penal, tais como Bentham e Beccaria (1764), o caráter aflitivo da pena passa a ser associado a um objetivo utilitário: deve-se punir para dissuadir a população de cometer crimes ou para evitar que o culpado cometa novos crimes. Segundo esta teoria, tipicamente oriunda do pensamento iluminista, associa-se ao crime uma consequência negativa – a pena – cuja função é justamente a de conduzir

o cidadão, entendido como pessoa dotada de livre arbítrio, a abster-se de cometer delitos. As penas afliativas constituem, portanto, nesta visão, um importante instrumento de defesa do “contrato social”, materializando uma obrigação pragmática ou política de punir que, novamente, propõe uma valorização exclusiva da sanção afliativa em detrimento de outras possíveis respostas: o mal – e só o mal – serve para evitar (novos) males. (PIRES, 1998b)

Menos conhecida e mais recente é a teoria da denúncia, também chamada “teoria da prevenção positiva” ou “teoria da reafirmação dos valores”. Consolidada na tradição penal a partir do século XIX (PIRES, 2007, p. 11), esta teoria estabelece o castigo como método que, por excelência, expressa indignação e desaprovação social frente à conduta delitiva. A severidade da pena – e somente ela – expressa o grau de condenação social da conduta criminalizada. Esta teoria pode evidentemente ser posta em relação com o populismo penal (PRATT, 2007) ou com a “judicialização da opinião pública” (PIRES, 2004), movimentos pelos quais o público torna-se um ator relevante nas decisões punitivas.

Enfim, a teoria da ressocialização merece uma atenção específica na economia da racionalidade penal moderna. Contrariamente às três teorias ora mencionadas, esta teoria não valoriza diretamente a ideia de aflição, nem sua obrigatoriedade. Consolidada na órbita do positivismo criminológico italiano do fim do século XIX (DIGNEFFE, 1998), a teoria da ressocialização atribui uma nova finalidade à pena moderna: reabilitar, reeducar, tratar o réu. Encontra-se aqui uma nova visão instrumental da sanção, na medida em que se trata de intervir de forma “competente”, com o aporte da ciência, na pessoa do apenado, de tal forma que seja “transformado” ou, ainda, “pronto para a vida em sociedade”. Esta teoria merece nossa atenção, pois ela se apresenta numa dupla vertente, tornando mais complexa sua articulação com a racionalidade penal moderna. Na sua primeira formulação, a da “primeira modernidade” (PIRES, 2006; FOUCAULT, 1975), a prisão continua sendo, por excelência, o lugar de execução da pena. Assim, fechada, controlada, vigiada, esta é concebida como o lugar apropriado para “reforma” do indivíduo, através da

disciplina, da formação ou, mais tarde, da intervenção educativa e/ou terapêutica. Dessa forma, em função dos objetivos perseguidos, esta primeira formulação da teoria da ressocialização não está em discordância com o uso de penas privativas de liberdade, inclusive aquelas de longa duração; em consequência, de acordo com Pires e Acosta (1994), ela se apresenta como uma forma de complexificação do sistema de pensamento dominante do direito penal moderno, mais do que uma teoria alternativa, não abrindo para uma nova racionalidade. Em outras palavras, apesar da aflição não ser valorizada em si mesma nesta formulação, seria excessivo vislumbrar nela a aparição de uma nova maneira de pensar: a teoria da ressocialização da “primeira modernidade” se constitui como uma variante dentro da RPM, que propõe mais uma função atribuída a pena, entendida essencialmente como privação de liberdade. Será necessário esperar uma nova formulação da teoria da ressocialização, a da “segunda modernidade” (PIRES, 2006, p. 225) que aparece na segunda metade do século XX, para ver o conceito de reabilitação claramente distinto das ideias de exclusão e sofrimento, associadas ao encarceramento e intrínsecos à racionalidade penal moderna.

Após esta rápida apresentação das quatro teorias, cabe ressaltar que, para além das diferenças que as distinguem, elas se fortalecem mutuamente para consolidar logicamente um sistema de pensamento, a RPM, hoje, dominante na esfera penal, que afirma a hostilidade para com o autor de condutas criminalizadas e sua exclusão social. Este deve ser tratado de maneira aflitiva, através de penas estabelecidas de acordo com a gravidade da conduta; mais ainda, tal maneira de pensar desvaloriza e exclui outras formas de resposta estatal frente ao crime.

3.2 A tomada de distância da RPM: inovação e regressão

Diante da racionalidade penal moderna, assim como foi apresentada, cabe perguntar-se quais seriam as características de “maneiras de pensar” diferentes desta; propõe-se aqui um síntese de duas outras formulações – a inovação e a regressão – susceptíveis de fornecer duas respostas distintas

para esta pergunta, perfazendo assim a elaboração de uma trilogia conceitual que tenta dar conta teoricamente das “maneiras de pensar (e de fazer)” em matéria penal.⁶

Chama-se de *inovação* em relação à RPM, de acordo com Kaminski (2009), aquela maneira de pensar que associa à mudança nas formas de reagir à delinquência, duas características essenciais: abandonar a ideia segundo a qual um mal é necessário para dar uma resposta a uma conduta criminalizada, por um lado, e produzir uma visão da mesma resposta que seja menos hostil, menos abstrata, menos negativa, menos atomista, por outro lado. Isto é, só pode haver inovação se houver respostas não centradas na punição aflitiva e na valorização de sua severidade. De acordo com as considerações Pires (2006), constata-se facilmente que a maneira como veio se configurando a justiça de menores ao longo do século XX nos países ocidentais, oferece espaços para se falar em inovação, pelo menos no plano teórico, na medida em que a resposta às condutas delitivas dos jovens passou a ser pensada de forma francamente menos hostil. O Brasil não foge a esta tendência já que, segundo a doutrina da “proteção integral” que da sustentação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, a resposta ao ato infracional deve ser elaborada, em primeiro lugar, a partir do postulado segundo o qual o jovem faz plenamente parte da sociedade. Apesar da transgressão, o autor do delito é percebido como alguém que necessita de um atendimento socioeducativo, logo de atenções que vão, no sentido da proteção, do acompanhamento e da educação. (VOLPI, 1997) A inovação, portanto, reside na aposta em respostas construtivas, onde a hostilidade não constitui uma condição necessária para afirmação de valores; a resposta social funda-se na compreensão das condições sociais e psicológicas da emergência da conduta delitiva, na valorização dos laços sócias concretos, apostando inclusive na possibilidade de reparação do dano causado pela conduta reprovada.

6 Diante dos limites e da natureza deste artigo, o tratamento desta discussão será necessariamente simplificado visando, contudo, não perder a substância da argumentação. Para maiores aprofundamentos cabe a leitura de Pires (2006), Cauchie e Kaminski (2007), Kaminski (2009) e Cappi (2011).

Desta forma, são incluídas nas formas inovadoras de pensar a resposta estatal ao delito, aquelas propostas que afirmam a reabilitação do autor do ato infracional em meio aberto, contando com a participação ativa da comunidade e do próprio adolescente para sua execução. Do ponto de vista teórico, encontra-se aqui uma nova vertente da teoria de ressocialização, dita da “segunda modernidade” (PIRES, 2006), na qual a privação de liberdade é explicitamente afastada, por ser entendida como um obstáculo concreto ao bom êxito da intervenção.

O ideário da inovação inclui igualmente formulações que privilegiam a leitura do ato infracional como um conflito (CAPPI, 2009), propondo intervenções no âmbito da chamada “justiça restaurativa”, aquela que “privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as conseqüências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito”. (JACCOUD, 2005, p. 169)

Se a inovação constitui uma maneira de pensar que se afasta da RPM, torna-se oportuno de apresentar uma outra perspectiva possível, designada aqui como regressão.⁷ Através desta expressão, entende-se mais uma forma de pensar à resposta ao delito, associada desta vez ao questionamento ou mesmo ao abandono de certos critérios ou princípios que foram consagrados pela racionalidade penal dominante nos últimos dois séculos, fazendo com que esta pudesse “se distinguir dos aspectos mais discriminatórios e simplificadores da pré-modernidade”. (CAUCHIE, 2005, p. 417, tradução nossa) Para pensar a regressão é necessário constatar que, se do ponto de vista da RPM não pode ser acreditada a ideia de não demandar castigos aflitivos, tampouco seria admissível, nesta mesma perspectiva, exigir castigo em demasia ou, ainda, se opor, além de um certo limite, aos direitos dos infratores. A regressão é, portanto, uma maneira de pensar a resposta ao crime pela qual se abandonam os tradicionais princípios limitadores do *jus puniendi* estatal, que caracterizaram a resposta penal desde sua consagração no século XVIII, notadamente os

7 Não atribui-se a esta expressão uma conotação temporal. Assim, podem existir propostas novas, de natureza regressiva.

princípios de legalidade da pena, de proporcionalidade, ou de respeito, ainda que mínimo, dos direitos dos apenados, ou ainda o abandono total do objetivo de reabilitação⁸. De uma maneira simples, pode-se entender a regressão como o abandono dos princípios moderadores que, apesar de tudo, caracterizam as soluções promovidas pela RPM.⁹ Assim, são tidos como regressivos os ideários que privilegiam respostas pautadas no desrespeito maciço aos direitos dos infratores – incluindo-se a perspectiva de eliminação sumária – e no abandono dos mais elementares princípios moderadores da resposta punitiva ou, ainda, intervenções caracterizadas pelo completo desinteresse em relação a qualquer objetivo de reabilitação do apenado.

4 OS DISCURSOS SOBRE A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: RPM, INOVAÇÃO E REGRESSÃO

A partir da trilogia conceitual apresentada, é possível voltar à análise do material de estudo constituído pelos discursos parlamentares referentes à redução da maioridade penal. Mais especificamente, pode-se observar¹⁰ em que medida esses discursos acompanham essas “maneiras de pensar”, construídas teoricamente no âmbito da literatura criminológica.

Em primeiro lugar, pode-se analisar a maneira como a RPM encontra-se nos discursos estudados. Não é surpreendente constatar que ela está presente, em larga medida, nos discursos favoráveis à redução da maioridade penal, notadamente através da mobilização das teorias da pena explicitadas acima; tais teorias são convocadas, ora de maneira separada, ora de maneira cumulativa, para justificar a necessidade de punir mais severamente os adolescentes infratores: afirma-se portanto uma maneira de pensar que

⁸ Este último princípio merece uma discussão diferenciada na medida em que não pode ser diretamente associado à “matriz nucléica” da RPM (Pires, 2006). Contudo, pensamos como Cauchie que o abandono deste princípio configura uma posição regressiva.

⁹ Isto faz com que entre a inovação e a regressão exista uma assimetria fundamental, tomando-se a RPM como referência. Se a inovação constitui uma mudança radical em relação à RPM, a regressão pode ser concebida como uma maneira de pensar que privilegia também respostas aflitivas, abandonando, contudo, qualquer princípio moderador.

¹⁰ No âmbito desse artigo são relatados somente os resultados da análise dos discursos. Para detalhes, ver Cappi (2011).

promove a proteção da sociedade através de respostas aflitivas, pautadas na obrigação de castigar (mais) e a valorização da privação da liberdade, em detrimento de formas de intervenção inovadoras – nos sentido expressado acima –, perante a delinquência dos jovens. Trata-se de um resultado esperado, vista a natureza específica da tese a ser argumentada: a redução da maioria penal, isto é a ampliação da esfera de atuação do direito penal e de suas modalidades tradicionalmente aflitivas de intervenção.

A observação mais surpreendente da análise é, contudo, uma outra: a RPM não está ausente dos discursos que defendem a posição contrária à redução da maioria penal. Por isto é útil detalhar este resultado indicando três argumentos encontrados neste grupo de discursos.

O primeiro argumento é aquele que sustenta que o Estatuto da Criança e do Adolescente já oferece uma resposta punitiva adequada, fazendo prova de uma “justa severidade”. Esta afirmação, muita embora possa ter um valor estratégico no contexto específico do debate sobre a redução da maioria penal, indica que a legislação atual responde de maneira satisfatória à demanda de castigo, o que permite sustentar igualmente um ideal de reabilitação em meio fechado.

O segundo argumento é mais decisivo e pode ser formulado da seguinte maneira: é preciso aumentar a duração legal da privação de liberdade, no âmbito das medidas socioeducativas previstas pelo ECA; trata-se, para quem defende este argumento, de aumentar o período máximo da internação, atualmente limitada a três anos. Este argumento parece transpor, na arena do direito da infância e da adolescência, alguns princípios tipicamente associáveis ao pensamento dominante que sustenta a penalidade dirigida aos adultos. Em outras palavras, à salvaguarda do limite jurídico entre o Direito Penal e o ECA não corresponderia, segundo esta perspectiva, a manutenção da fronteira no que diz respeito à racionalidade devendo prevalecer em cada um dos espaços. Parafraseando Pires (2006, p. 227), se poderia afirmar a existência de uma “colonização” da justiça dos menores pela RPM, notadamente através da mobilização das teorias da dissuasão e da reabilitação, na versão da “primeira modernidade”.

Enfim, dentre os discursos favoráveis à manutenção da maioria penal foram encontrados argumentos tipicamente associáveis à RPM, desta vez utilizados para sustentar a adoção de medidas punitivas contras os adultos que, de alguma maneira, contribuem para a delinquência juvenil.

Esta análise, conduzida à luz do referencial teórico da RPM, permite afirmar que à fronteira entre as posições no que diz respeito à maioria penal não corresponde um divergência tão nítida quanto à adoção da racionalidade penal dominante. Mais especificamente os discursos que defendem a manutenção do atual dispositivo constitucional, não deixam de utilizar as teorias da pena, valorizando sua dimensão aflitiva, sustentando a medida de internação e negligenciando as medidas sócio-educativas a serem cumpridas em meio aberto. Dito de uma forma mais contundente, nem todos os discursos favoráveis à manutenção da maioria penal se afastam da RPM.

Este resultado pode ser confirmado observando os discursos a partir do conceito de inovação. Os discursos favoráveis à redução da maioria penal não ao apresentam vestígios desta maneira de pensar. Ao contrário, os discursos que defendem a manutenção apresentam diferenças significativas entre eles. Pode-se ressaltar a existência de dois subgrupos de discursos: aqueles que permanecem na linha da racionalidade dominante e aqueles que se mostram a favor de novas formas de intervenção frente à delinquência juvenil. Cabe, contudo, sinalizar que não há um investimento significativo, do ponto de vista quantitativo e qualitativo, em argumentos que valorizam as modalidades alternativas de intervenção junto aos adolescentes infratores. Em outras palavras, se é verdade que boa parte desses discursos denuncia as ineficiências do sistema penal, sua seletividade sociorracial, alertando igualmente para necessidade de políticas básicas de garantia de direitos à juventude ou mesmo para a urgência de reformas estruturais, esses mesmos discursos se mostram muito mais tímidos no que diz respeito à sustentação de formas alternativas da resposta estatal às transgressões juvenis. Existe, portanto, um baixo investimento discursivo nas teses inovadoras, tanto em matéria de propostas de intervenção concreta quanto na formulação de

conceitos que vislumbrem uma reação social pautada em referenciais diferentes do castigo afilitivo e da privação de liberdade.

A análise dos discursos parlamentares oferece, assim, uma visão interessante da “transversalidade” da RPM, que confirma uma formulação mais ampla do próprio Pires: “a racionalidade penal moderna se constrói como um sistema de pensamento “pré-político” ou “transpolítico”, pois se sedimenta antes ou independentemente das visões políticas do mundo”. (PIRES, 2004, p. 45)

O estudo dos discursos revelou igualmente um outro resultado importante: alguns discursos favoráveis à redução da maioria penal mostraram-se claramente inscritos na vertente da regressão. Trata-se de discursos se que mostram-se favoráveis a castigos exemplares, de caráter autoritário (PASTANA, 2009) e alheio às formas processuais tradicionais, mostrando inclusive um certo grau de tolerância às soluções punitivas espontâneas, sejam elas praticadas pela polícia ou por outros cidadãos. Estaríamos em frente de posições que consagram a visão conhecida como “direito penal do inimigo” (JACOBS, 2005; ZAFFARONI, 2007) com a única diferença que aqui caberia a idéia de “exceção permanente” (AGAMBEM, 2004), aplicável aos jovens das camadas pobres da população, essencialmente negros, percebidos como “ontologicamente” perigosos e elimináveis (BAUMAN, 2007; FLAUZINA, 2008): a exclusão ou mesmo a morte tornam-se legítimas no discurso regressivo, que banaliza o uso sem moderação da resposta afilitiva ou eliminatória.

Podemos assim sintetizar os resultados obtidos através de uma nova categorização dos discursos parlamentares, em função da “racionalidade” adotada, isto é da maneira de pensar a resposta às condutas delitivas dos jovens.

discursos, apontando para uma diversidade que vai além da dualidade posta inicialmente.

Num segundo momento, foi mobilizada uma importante ferramenta conceitual oriunda da recente literatura criminológica, a racionalidade penal moderna, para dar consistência ainda maior e substância teórica ao questionamento proposto acerca das maneiras de pensar o controle social a justiça penal. O exercício permitiu identificar e detalhar os contornos de mais duas racionalidades – a inovação e a regressão –, constituindo assim uma trilogia conceitual capaz de oferecer elementos precisos para um novo olhar sobre as manifestações discursivas dos parlamentares.

Este foi o exercício apresentado na última parte do texto, que ajudou a sustentar a ideia da “transversalidade” da racional penal moderna, presente em boa parte dos discursos, para além da clivagem inicial entre posições favoráveis e contrárias à redução da maioria penal. Na mesma análise foi possível identificar os discursos afiliados à uma racionalidade inovadora e os que, ao contrário, propõem uma visão regressiva do controle social.

Do ponto de vista da análise, espera-se ter mostrado a possibilidade e a importância de estudar cuidadosamente as diversas maneiras de pensar o controle social. Mais ainda, parece claro, nos diversos discursos, que há uma relação entre as “maneiras de ver” problema da delinquência juvenil e seus protagonistas, por um lado, e as maneiras de pensar a intervenção estatal frente às transgressões juvenis, por outro. Sugere-se que este método de análise possa ser estendido a outras manifestações do controle social.

Enfim, no plano político, observaram-se duas realidades a nosso ver inquietantes para quem já optou pelo abandono das tradicionais respostas aflitivas em matéria penal ou, pelo menos, pretende ponderar o teor dos diversos discursos alternativos.

De um lado, preocupa o fato das propostas inovadoras aparecerem em número reduzido e com baixa densidade teórica. Embora não se espere dos parlamentares um esforço especial em matéria de concepção das alternativas ao castigo, parece claro o déficit que ainda estamos vivenciando, no que diz respeito à fundamentação teórica da inovação em matéria penal: a

racionalidade penal moderna se mostra particularmente insistente na hora que pretendemos nos afastar dela. Por outro lado, e isto soa mais preocupante ainda, a presença de discursos de cunho regressivo, ainda que em número reduzido, não pode deixar de alertar a vigilância dos que pretendem ainda zelar por um Estado capaz de conceber e implementar limites para o exercício do próprio poder punitivo.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. **Homo sacer - Il potere Sovrano e la nuda vita**. Torino: Giulio Einaudi, 2004.

BACHELARD, G. **La formation de l'esprit scientifique**. Paris: Vrin, 1983.

BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

BAUMAN, Z. **Le présent liquide. Peurs sociales et obsession sécuritaire**. Paris: Seuil, 2007.

BECCARIA, C. **Des délits et des peines**. Paris: Flammarion, 1991.

BOURDIEU, P. **Langage et pouvoir symbolique**. Paris: Seuil, 2001.

CAPPI, R. Mediação e prevenção da violência. In: LOMANTO, M.; AMORIM, S.; LEONELLI, V. (Org.). **Mediação popular: uma alternativa para a construção da justiça**, Salvador: Juspopuli, 2009 p. 27-35.

CAPPI, R. **Motifs du controle et figures du danger: l'abaissement de l'âge de la majorité pénale dans le débat parlementaire brésilien**. 2011. Tese (Doutorado) - Universidade Católica de Louvain, Bélgica, 2011.

CAPPI, R. "Maneiras de pensar' o controle social e a justiça penal: uma análise dos discursos parlamentares sobre a redução da maioridade penal." In: L.C. Lourenço, G.L. Rocha Gomes (org.), **Prisões e punições no Brasil contemporâneo**, Salvador, Edufba, 2013.

CAUCHIE, J. Fr. **Un système pénal entre complexification et innovations. Le cas ambivalent des travaux communautaires belges**. *Déviance et Société*, v. 29, n. 4, p. 399-422, 2005.

CAUCHIE, J.-Fr., KAMINSKI, D. L'innovation pénale : oxymore indépasseable ou passage théorique obligé ? *Champ pénal / Penal field*, nouvelle revue

internationale de criminologie In: **SÉMINAIRE INNOVATIONS PÉNALES**, 24 mai 2007. Disponível em: <<http://champpenal.revues.org/1353>>

CHRISTIE, N. **Au bout de nos peines**. Bruxelles: De Boeck, 2005.

DIGNEFFE, Fr. L'école positive italienne et le mouvement de défense sociale. In: DEBUYST, Ch; DIGNEFFE, F; PIRES, A. P. **Histoire des savoirs sur le crime & la peine**: La rationalité pénale et la naissance de la criminologie, Bruxelles, De Boeck Université, Presses de l'Université de Montréal et Presses de l'Université d'Ottawa, 1998. p. 233-300. (v. 2).

FLAUZINA, A. L. P. **Corpo negro caído no chão**: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007.

FOUCAULT, M. **Surveiller et punir**: naissance de la prison, Paris: Gallimard, 1975.

GLASER, B. G., STRAUSS, A. L. **The discovery of grounded theory**: strategies for qualitative research, New York: Aldine Pub. Co, 1967.

HIRSHHORN, M. Type idéal. In: A. AKOUN ET P. ANSART, **Dictionnaire de sociologie**, Paris, Seuil, 1999.

JACCOUD, M. Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa. **Justiça Restaurativa**, Ministério da Justiça, 2005.

JAKOBS, G. **Direito penal do inimigo**. Noções e Críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KAMINSKI, D. **Pénalité, management, innovation**. Namur: Presses Universitaires de Namur, 2009.

LAPERRIÈRE, A. La théorisation ancrée (grounded theory) : démarche analytique et comparaison avec d'autres approches apparentée. In: POUPART, J.; DESLAURIERS, J. P.; GROULX, L. H.; LAPERRIÈRE, A.; MAYER, R.; PIRES, A. P. **La recherche qualitative**: enjeux épistémologiques et méthodologiques. Montréal: Gaëtan Morin, 1997. p. 309-340.

LASCOUMES, P. Pluralité d'acteurs et pluralité d'actions dans la création contemporaine des lois. In: DEBUYST, C. (Org). **Acteur Social et Délinquance**. Bruxelles: Mardaga, 1990.

MULLER, P. L'analyse cognitive des politiques publiques: vers une sociologie politique de l'action publique. **Revue française de science politique**, n. 2, p. 189-208, 2000.

PASTANA, D.R. **Justiça penal no Brasil contemporâneo**: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

PIRES, A. P. Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale modern. In: DEBUYST, Ch.; DIGNEFFE, F.; PIRES, A. P. **Histoire des savoirs sur le crime & la peine**. Bruxelles: De Boeck Université, Presses de l'Université de Montréal et Presses de l'Université d'Ottawa, 1998a. p. 3-52.

_____. Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne. In: DEBUYST, Ch. DIGNEFFE, F.; PIRES, A. P. **Histoire des savoirs sur le crime & la peine**. Bruxelles: De Boeck Université, Presses de l'Université de Montréal et Presses de l'Université d'Ottawa, 1998b. p. 83-143.

_____. Kant face à la justice criminelle. In: DEBUYST, Ch.; DIGNEFFE, F.; PIRES, A. P. **Histoire des savoirs sur le crime & la peine**. Bruxelles: De Boeck Université, Presses de l'Université de Montréal et Presses de l'Université d'Ottawa, 1998c, p. 145-206.

_____. Alguns obstáculos humanistas à mutação do direito penal. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 64-95, 1999.

_____. La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique. **Sociologie et sociétés**, v. 33, n. 1, p. 179-204, 2001a.

_____. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos, *Novos Estudos*, Cebrap, v. 68, n. 3, p. 39-60, 2004.

_____. Tomber dans un piège ? Responsabilisation et justice des mineurs. In: DIGNEFFE, F.; Th. MOREAU (Dir.). **La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale**, Bruxelles: Larcier, Perspectives criminologiques, 2006. p. 217-246.

PIRES A.P.; ACOSTA, F. Les mouches et la bouteille à mouches : utilitarisme et rétributivisme classiques devant la question pénale. **Carrefour**, v. 16, n. 2, p. 8-39, 1994.

PRATT, J. **Penal populism**. London; New York, Routledge, 2007

ROBERT, P. **La sociologie du crime**. Paris: La Découverte, 2005.

TRÉPANIÉ, J.; TULKENS, F. **Délinquance et protection de la jeunesse** : aux sources des lois belge et canadienne sur l'enfance, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal. Ottawa: Les Presses de l'Université d'Ottawa, Bruxelles, DeBoeck Université, 1995.

VOLPI, M. (Org.). **O Adolescente e o Ato Infracional**. São Paulo: Cortez Editora, 1997.

ZAFFARONI, E. R. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

OS NOVOS RUMOS PARA A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL BRASILEIRO

Andrea Tourinho Pacheco de Miranda

RESUMO: A justiça restaurativa atualmente tem ganhado destaque, enquanto modelo alternativo de resolução de controvérsias na esfera penal. A valorização da vítima na resolução do conflito, a reparação do dano e a conscientização do ofensor pelas consequências oriundas do delito, colaboram para o entendimento de que a justiça restaurativa seja uma opção à pena privativa de liberdade. Todavia, mister se faz que esta seja recepcionada pela legislação penal brasileira, integrando o Código de Processo Penal e que seja cabível a crimes cuja pena ultrapasse dois anos. Vale salientar que a justiça restaurativa foi inspirada no abolicionismo penal, surgindo como uma resposta ao fracasso do atual sistema de justiça, sendo um novo paradigma para resolver as lacunas deixadas pelo império da lei.

PALAVRAS-CHAVE: justiça restaurativa; modelo alternativo; abolicionismo penal; novo paradigma.

ABSTRACT: The restorative justice has now gained ground as an alternative model of dispute resolution in criminal cases. The valuation of the victim in the conflict resolution, the repair of damage and awareness of the offender the consequences arising out of the offense, collaborate to understand that restorative justice is an alternative to a custodial penalty. However, this occupation is that it does received by Brazilian criminal law, integrating the Code of Criminal Procedure and is applicable to crimes whose punishment exceeds two years. It is noteworthy that restorative justice was inspired penal abolitionism, emerging as a response to the failure of the current justice system, is a new paradigm to address the gaps left by the rule of law.

KEYWORDS: restorative Justice; alternative model; abolitionism penal; new paradigm.

1 INTRODUÇÃO

O modelo penal contemporâneo, que tem a pena como principal protagonista, falhou na América Latina, cujo sistema de justiça criminal é

marcado pelas desigualdades e criminalização da pobreza, paralelo ao crescente índice de violência e criminalidade, embora abstratamente a prevenção criminal esteja pautada como uma resposta punitiva.

O paradigma *jus positivista*, o qual foi adotado em quase todos os sistemas de justiça, assevera a necessidade da intervenção estatal para a resolução dos conflitos, sendo o Estado o único ente legitimado para a aplicação do direito. Esse entendimento, no entanto, já vem sofrendo alterações, desde a lei 9.099/95, quando modificou a obrigatoriedade da denúncia em determinados crimes, para iniciar o procedimento criminal. Hodiernamente, no procedimento em que figure crimes de pequeno potencial ofensivo, já existe intervenção privada, com a possibilidade de acordos e conciliações, como a aplicação de institutos despenalizadores, oriundos da Lei 9099/95, os quais são pautados no princípio da obrigatoriedade regrada.

Consoante o positivismo jurídico, o direito é fruto do poder soberano do Estado, portanto, apenas o Estado é detentor da prerrogativa de aplicar o direito e ser detentor do *jus puniendi*.

Nessa linha de entendimento o paradigma punitivo da racionalidade moderna, tem como consequência para um ato ilícito, uma resposta aflitiva, que muitas vezes é envolvida no semblante da vingança.

Podemos destacar, enquanto paradigma punitivo, dois modelos tradicionais de resposta ao delito: o modelo retributivo e o modelo preventivo. No sistema de justiça retributiva, predominantemente vigente em nosso País, a pena assume um caráter de retribuição de um mal, onde o ofensor deverá atravessar uma série de ritos, podendo culminar em uma prisão; um encarceramento oriundo de uma sentença condenatória, para finalmente fazer com que o indivíduo transgressor, se isole do mundo social.

Por outro lado, a vítima, é alijada do processo penal, não sabendo o que se passa, tampouco não recebe qualquer assistência psicológica, econômica ou jurídica do Estado. A vítima se ressentida do sistema e se frustra, é o que chamamos de *fenômeno de neutralização da vítima*.

A ideia de ressocializar o indivíduo infrator, com o encarceramento é nula em seus efeitos. É certo que o cárcere criou um microssistema nas

prisões, com a existência de códigos e regras próprios, cujas atividades ilícitas proliferam, tais como homicídios, lesões corporais, tráficos de entorpecentes, e formação de verdadeiras facções dentro da prisão. Destarte, a pena não cumpre o seu fim humanitário de ressocialização, pois o infrator preso é refém do sistema carcerário e de todo supracitado microsistema.

A pena, na América Latina, desune laços comunitários, desagrega, segrega, faz a seleção dos menos afortunados, aqueles que foram excluídos dos direitos sociais, construindo o mito do direito penal do inimigo, longe da aplicação de princípios garantistas que deve reger o processo penal, como bem preconiza Günther Jakobs.

Na opinião de Raúl Zaffaroni, (ZAFFARONI, 1989), o sistema e o discurso jurídico penal latino-americano sofrem profundo descrédito, por conta do subdesenvolvimento social e econômico da região marginal e periférica, possivelmente recuperável mediante o desenvolvimento progressivo e políticas públicas que diminuam as desigualdades sociais e implemente políticas públicas de educação e inclusão.

“na verdade, sempre se soube que o discurso penal latino-americano é falso. A diferença qualitativa neste momento crítico reside no fato de que não é mais possível sair desse impasse com o argumento da transitoriedade dessa situação e continuar apresentando-a como o resultado de meros defeitos conjunturais de nossos sistemas penais, defeitos produzidos pelo nosso subdesenvolvimento e recuperáveis mediante o desenvolvimento progressivo, semelhante, em quase tudo, ao caminho empreendido pelos países centrais. (ZAFFARONI, 1989).

O autor completa, sinalizando a crise dogmática:

“Hoje, temos consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal, e de que todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais”. (ZAFFARONI, 1989).

Este sistema penal não produz os resultados sociais esperados. Igualmente, não é mais possível se admitir o monismo no direito, pois a sociedade por ele regida é plural e admite a coexistência de diversas ordens

jurídicas. Nada melhor do que exemplificar esse entendimento, quando as partes podem resolver seus conflitos por meios lícitos de consenso. Melhor ainda, quando os resolvem na esfera penal.

As novas formas de administração da justiça devem incluir formas comunitárias e participativas, através de meios alternativos de resolução de conflitos, que se desenvolvam através de procedimentos penais mais eficazes e informais. É certo que o Estado se apropriou do conflito das partes envolvidas e, atualmente pela falha do sistema penal, existe uma necessidade de que as partes possam, elas mesmas, resolverem seus conflitos.

Atualmente novos modelos alternativos de resoluções de conflitos são mais eficazes nas demandas judiciais. Tais modelos possuem a força de constituir novos espaços e reafirmações de democracia em comunidades marcadas por estigmas e privações, onde a violência e a criminalidade são crescentes. O modelo consensual vem sendo substituído pelo modelo repressor.

Os sistemas jurídicos latino-americanos se alimentam do paradigma liberal, cujo individualismo e formalismo positivista são o núcleo do direito, daí haver a necessidade de mudança do paradigma punitivo que sejam mais apropriados ao realismo marginal dos países periféricos.

Nesses países, uma política criminal não deve se reduzir a uma política penal limitada apenas à função punitiva do Estado, precisando igualmente ser capaz de transformar a realidade social no âmbito do Direito, com implementações de mais políticas públicas que possam interagir com a proposta legislativa.

Dentre as novas modalidades de administração da justiça criminal, que pode não só transformar o sistema penal, que envolve, ofensor, vítima e comunidade, a mais representativa é a Justiça Restaurativa

2 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A RACIONALIDADE PENAL MODERNA

A Justiça Restaurativa é um conjunto de práticas que tem o objetivo de promover entre os envolvidos no conflito, iniciativas de solidariedade, diálogo e programas de reconciliação, mas, no sentido mais amplo, uma prática

restaurativa significa qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime.

Esse procedimento, adveio de uma prática ancestral, de uma sociedade primitivista indígena, a tribo *maori*, da Nova Zelândia, onde o interesse coletivo se sobrepõe ao individual, com forte regulação social centrada na manutenção da coesão de grupo, onde se trabalha as reações às transgressões de normas do grupo para o restabelecimento do equilíbrio rompido. Vale dizer, o trabalho é para reestabelecer as relações que foram quebradas pela transgressão.

No modelo restaurativo, a pena se transforma em um fator de encorajamento do ofensor em assumir sua culpa, participando do conflito de forma positiva, pois, a resposta pelo mal causado, advinda da reparação, só é alcançada a partir do momento em que ofensor se responsabiliza pelo dano. Nesse procedimento, a reparação é a melhor ferramenta para se alcançar o objetivo das partes, pois é uma técnica que visa o futuro. “Daqui por diante” como vamos proceder? ou seja, reflete sobre as consequências causadas pelo crime. Nesse sentido, alguns sentimentos negativos, como raiva, rancor, traumas, são preparados para que as partes encarem o problema para que possam enfrentar relações futuras consigo mesma e com a sociedade.

Enquanto a vítima é preparada para encarar o ofensor, este também participa do diálogo e expõe fatores que o levaram a realizar o delito. Vale salientar que esse procedimento só terá eficácia mais profunda quando houver auxílio de uma equipe interdisciplinar, que atue de forma ativa para detectar o conflito oculto de cada participante.

A aplicação de um contexto de justiça restaurativa não pode ser enxergada sob o prisma cartesiano, ou seja, de uma forma linear. Antes de tudo, é necessário entender o caráter multidisciplinar do procedimento e a necessidade de uma resposta diferente da resposta punitiva. Esse modelo, diferente do retributivo, propõe ir além do pensamento sistêmico, para atingir principalmente o ser e não apenas *o dever ser*.

No sistema de justiça restaurativa, ao contrário do sistema penal tradicional, a vítima ocupa o centro do processo e recebe atenção, assistência, ajuda terapêutica, se necessário, e reparação do dano. Há ganhos positivos de

ambos os lados, além do que são supridas as necessidades individuais e coletivas ao partir de um encontro onde o diálogo é sua principal fonte, pois a alteridade, que é a possibilidade de entender o outro, contribui para o entendimento de certos comportamentos.

Com o sistema penal tradicional punitivista, atualmente o que se vê é o direcionamento errôneo para edição de leis mais severas, que em nada irão contribuir para a melhora da criminalidade. Destarte, é necessária a introdução de uma justiça criminal participativa fundamentada na promoção dos direitos humanos e da cidadania, da inclusão da paz social, sendo indispensável uma concepção de justiça criminal multidisciplinar e não apenas de uma justiça meramente positivista.

A justiça restaurativa propõe uma resposta mais eficaz para a sociedade, que produza a pacificação do conflito e que resolva as relações a partir daquele momento de encontro; é, portanto, uma justiça para o futuro, como já assinalado anteriormente.

A justiça restaurativa enquanto prática comunitária, possui diversos exemplos a saber: além das práticas realizadas pelas *Tribos Maoris*, da Nova Zelândia, que serviram de exemplo para o próprio sistema judicial neozelandês, povos originários latino-americanos também a utilizava para dirimir conflitos, e documentos da ONU e União Europeia validam e recomendam a aplicação de práticas de justiça restaurativa em seus Estados membros.

Na América Latina, o exemplo mais consolidado na forma de lei de justiça restaurativa está exposto na legislação colombiana, em seus artigos 518 e ss, “ del Código de Procedimiento Penal Colombiano” (Ley 906 de 2004) e no art. 250 da Constituição Colombiana.

O artigo 518 do *Código de Procedimiento Penal Colombiano* é um marco na legislação latino-americana e está na vanguarda do continente, assim descrito:

Artículo 518. Definiciones. Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.

Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.”¹¹

Nessa linha de entendimento, podemos veementemente observar uma mudança de paradigma punitivo, bem diferente da identificada na racionalidade penal moderna, que, consoante Álvaro Pires, consiste em uma maneira particular de conceber a justiça penal, que começou a ser construída a partir do século XVIII.

A racionalidade penal moderna consubstancia um sistema único de regras jurídicas, constituídas com finalidades e valores próprios, que fazem do Direito Penal um subsistema peculiar dentro do direito, podendo ser conceituada como um determinado sistema de pensamentos.

A racionalidade penal moderna "um sistema de pensamento ligado a um conjunto de práticas institucionais jurídicas que se designa como 'justiça penal' ou 'criminal', constituído por uma rede de sentidos com unidade própria no plano do saber e que liga estreitamente fatos e valores, o que lhe confere um aspecto normativo. Esse sistema de pensamento, que aqui denominarei como 'racionalidade penal', produz um ponto de vista que contribui para construir um subsistema jurídico específico, o sistema penal moderno, e para justificar a forma que ele assume". (PIRES, 2004)¹²

Para a racionalidade penal moderna, a violação a uma norma de comportamento deve, sempre, ser seguida da aplicação de uma norma de sanção, que se apresenta de forma aflitiva. Assim, ainda segundo Álvaro Pires, (PIRES, 2004), concluímos que as normas de comportamento e de sanção representarão um todo unitário, sem que uma possa prescindir da outra: havendo crime, haverá pena – e não outra resposta. Há, portanto, a

¹¹ CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO. *Legislación a la mano*. Bogotá: Ibanez, 2012, art. 518.

¹² PIRES, Álvaro. *A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos*. Novos Estudos, CEBRAP, nº 68. São Paulo: CEBRAP, 2004.

necessidade de sanção punitiva enquanto uma obrigação ou necessidade. Em outras palavras: dada a não prestação, *deve ser* sanção.

Nesse contexto, se depreende que a pena é a melhor forma de assegurar a observância das normas de comportamento, o que faz do saber penal uma ciência voltada para o punitivismo, “em que o procedimento penal hostil, autoritário e acompanhado de sanções aflitivas é considerado o melhor meio de defesa contra o crime”. É por isto que, consoante assinalamos, tanto o modelo retributivo quanto o modelo preventivo são enquadrados dentro do paradigma punitivo, apresentando a função da pena apenas como a de castigar ou inocular o infrator.

Nesse diapasão, a racionalidade penal moderna contribui para “naturalizar a estrutura normativa inicialmente eleita pelo sistema penal”, de sorte que qualquer modificação que se deseje será afastada pela lógica racional penal atual.

Partindo-se da concepção construída pela racionalidade penal moderna, que se apresenta como um elo entre as normas de comportamento e de sanção, com a obrigatoriedade de aplicação de ambas, é necessário um sistema de freios à necessidade punitiva. Punir por punir ou para dar uma satisfação à sociedade não é a solução mais conveniente nos tempos atuais, onde a saga punitivista é uma realidade inoperante comprovada em nosso sistema penal.

É certo que o atual paradigma punitivo, e a racionalidade que o fundamenta, encontram-se em crise, ocasionada, especialmente, pela ausência de legitimação do modelo. Estamos diante de um sistema penal a cada dia mais ineficaz, que transforma o “operador do direito” num senhor impotente diante do sistema autofágico.

Para finalizar, entendemos que os princípios que determinam a atuação do Direito Penal foram construídos em momentos históricos anteriores às ciências humanas (séculos XI, XII e XIII), pautados em uma construção inquisitorial, da Idade Média e que teimam ainda em continuar persistindo.

Podemos dizer que o Direito Penal está fadado ao fracasso histórico. Nesse sentido, quando o legislador revê a possibilidade de aumentar uma

pena, é como se estivesse voltando ao tempo, valorizando concepções dos séculos XI, XII e XIII, que repetitivamente fracassaram, como bem assinala Álvaro Pires.

A falta de eficiência do Direito Penal se deve ao fato de ele pensar as penas com o princípio de causa e efeito, partindo do princípio de que as pessoas só pensam em custo e benefício, num sistema penal capitalista que lucra com a indústria do crime.

3 O EMPODERAMENTO DAS PARTES E A MUDANÇA NA JUSTIÇA CRIMINAL REALIZADA ATRAVÉS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A justiça retributiva está voltada para a manutenção do Estado de Direito e pelo interesse público, tendo a vingança como seu principal fundamento, enquanto a justiça restaurativa leva em consideração o interesse das pessoas envolvidas e da comunidade. Nesse entendimento, a justiça retributiva faz uso dogmático do direito penal positivo, enquanto a justiça restaurativa faz uso crítico e alternativo do direito.

No sistema de justiça restaurativa há intenso comprometimento do Estado com a inclusão e justiça social, enquanto o sistema de justiça retributiva busca a verdade real, é contencioso e contraditório, na justiça restaurativa requer a colaboração das partes e é voluntária. A justiça restaurativa é uma justiça para o futuro, onde se delimita o comportamento dos envolvidos a partir daquele momento em diante.

Enquanto no sistema de justiça retributiva há a penalização, o pagamento do mal com o mal – sistema de estigmatização e discriminação do apenado -, no sistema de justiça restaurativa há o pedido de desculpas, a reparação dos danos, a reparação dos traumas morais e emocionais - sistema de inclusão e restauração.

Na Justiça retributiva há penas desproporcionais, sistema seletivo, regime carcerário desumano, cruel, degradante, genocida e criminógeno. Na Justiça restaurativa há proporcionalidade e razoabilidade das obrigações assumidas no acordo restaurativo, e a alteridade é um importante fundamento.

Na Justiça retributiva a vítima e infrator estão isolados e o objetivo de ressocialização é secundário. Para a justiça restaurativa, a prioridade é a reinserção de vítima e infrator no seio social, pretendendo alcançar a paz.

No sistema de justiça retributiva, a vítima é distante e alienada do processo, não sabe o que se passa e não recebe qualquer assistência psicológica, econômica ou jurídica do Estado. A vítima se ressentida do sistema e se frustra. No sistema de justiça restaurativa, a vítima ocupa o centro do processo e recebe atenção estatal, assistência, afeto e reparação dos danos.

Há ganhos positivos e são supridas as necessidades individuais e coletivas, ou seja, a vítima sai do estado de neutralidade e passa a ter um papel de destaque, de protagonista. No sistema de justiça retributiva, o infrator é desestimulado e inibido a dialogar com a vítima, não sendo responsabilizado pelo fato, mas meramente punido; no sistema de justiça restaurativa, o infrator é encorajado a se desculpar e se sensibilizar com o trauma da vítima.

No novo paradigma de justiça restaurativa, o empoderamento das partes é resgatado, bem como a autonomia de cada envolvido no conflito. Os “donos do conflito” finalmente encontram a melhor solução para dirimi-lo.

4 O FUTURO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM NOSSO SISTEMA PUNITIVO

Embora a Justiça Restaurativa seja um procedimento eficaz enquanto controle penal, este modelo vem encontrando alguns obstáculos para a sua implementação e desenvolvimento. O sistema punitivo brasileiro é extremamente burocrático e legalista, e atua em concordância com esse funcionamento. Juízes, Promotores, serventuários e advogados trabalham no sistema autofágico, com suas tarefas definidas.

Com essa formação burocrática e legalista, advinda de Faculdades de Direito altamente funcionalistas, estes profissionais passam a desenvolver hábitos e costumes do sistema penal positivista e burocrático. Ademais, o sistema punitivo brasileiro se traduz no que deseja os advogados e operadores do Direito, sem ouvir o que realmente desejam as partes.

Até mesmo nos Juizados Especiais Criminais é possível observar essa característica sistêmica-burocrática. Mesmo com a institucionalização da Justiça Restaurativa, em alguns Juizados Especiais Criminais, não é raro fazer uma conciliação e chamá-la de acordo restaurativo.

Para que as práticas restaurativas sejam melhor aceitas pela comunidade jurídica, será necessário que as Faculdades de Direito comecem a desenvolver núcleos de práticas jurídicas restaurativas, que possam, de igual maneira, envolver outros saberes, que não apenas o Direito, mas sim, um conhecimento multidisciplinar.

Um enfoque interdisciplinar, com profissionais de outras áreas das ciências, como psicólogos, sociólogos, assistentes sociais, pedagogos, ecologistas, pode ser uma opção para que a troca de experiência em diversas áreas, também possa ser absorvida pela justiça penal e tornar mais fácil o desenvolvimento dos meios alternativos de resolução de conflitos.

Formação de grupos de pesquisa interdisciplinar, realização de seminários sobre o tema, e abordagem e discussão sobre a importância da justiça restaurativa em diversos setores, devem ser incentivados para que a mudança de paradigma seja finalmente aplicada e recepcionada no Código de Processo Penal e em nosso ordenamento, como no caso da Colômbia, já citado anteriormente.

No Brasil, a justiça restaurativa, já vem tendo um desenvolvimento satisfatório, enquanto modelo alternativo de resolução de conflitos, sobretudo em Projetos Pilotos, que foram institucionalizados em Tribunais de Justiça, como no Rio Grande do Sul, São Paulo, Brasília, Bahia, Maranhão, sendo a justiça juvenil, um modelo importante para práticas restaurativas.

Um dos projetos-piloto citado, de Porto Alegre, foi transformado em projeto de lei, em trâmite no Congresso Nacional desde o ano de 2006, onde pontos importantes foram destacados, sobretudo o fato do tema justiça restaurativa ter sido inserido em diversas instituições e sistemas, como o Sistema de Mediação Penal em Porto, Portugal.

O Projeto aludido é a PL 7006/2006, prevê que os encaminhamentos de casos realizados pela polícia e pelo promotor de justiça, dependam da

anuência do juiz. Essa observação confirma o entendimento de que teremos, cada vez mais, a concentração do poder nas mãos do juiz, um ponto que já deveria ter sido modificado, haja vista que o Juiz de Direito nesse procedimento, teria apenas a participação na homologação dos acordos realizados pelos mediadores e partes.

Um aspecto preocupante do Projeto, é que as partes não poderão optar livremente pelo sistema restaurativo, ainda que o queiram, por ausência de previsão legal, salientando que tal ausência, não poderia ser contornada pela interpretação extensiva do interessado.

Como bem assinala Daniel Achutti,¹³ “a centralização de uma decisão importante como essa nas mãos dos magistrados (ou dos demais operadores jurídicos) contraria diretamente a necessária autonomia do sistema restaurativo, tornando-o mero apêndice do sistema penal e reduzindo substancialmente as chances de não repetir a sua “lógica de funcionamento”.

Outrossim, dois modelos de sistema punitivo não podem conviver harmoniosamente, num mesmo Juizado Especial Criminal, pois o novo e o velho paradigma são distintos, sendo a Justiça Restaurativa um modelo com princípios e procedimentos próprios, que poderá auxiliar o judiciário, com apoio de uma equipe interdisciplinar, onde deveria funcionar um núcleo separado da justiça penal formal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da justiça restaurativa ter ganhado destaque, enquanto modelo alternativo de resolução de controvérsias na esfera penal, ainda há muito por fazer para que esse procedimento seja uma prática usual no ordenamento jurídico brasileiro.

¹³ ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. Tese (Doutorado) – PUCRS. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. Área de Concentração: Sistema Penal e Violência. Linha de pesquisa: Criminologia e Controle Social. Porto Alegre, 2012

Muito se faz empiricamente, mas pouco se consubstanciou na prática, como fazer justiça restaurativa no País, estando ainda em trâmite o Projeto de Lei 7006/2006, no Congresso Nacional, que já apresenta falhas técnicas antagônicas a proposta de novo paradigma.

Mesmo sendo um avanço enquanto sistema alternativo de controle penal, considerado abolicionista, o Projeto que ainda não entrou em vigor, contém riscos em conservar práticas inquisitoriais do sistema de justiça criminal, como a manutenção do controle nas mãos dos juízes, promotores e Advogados, ao invés de deixar as partes livres para celebrarem acordo.

Apesar da existência da Resolução 2002/12 da ONU, o legalismo característico da cultura jurídica brasileira indica, nesse sentido, que é necessário uma legislação específica sobre a matéria, mas que não se afaste realmente do sentido alternativo de se fazer justiça restaurativa.

Mister se faz, dentre outros pontos que devem ser resguardados, a observação dos princípios básicos da justiça restaurativa, como a liberdade de formalismo, a voluntariedade, a devolução do conflito às partes e autonomia, para que não haja a repetição da estrutura autofágica típica do sistema de justiça criminal comum.

Dentre tais elementos, podemos assinalar: uma estrutura desburocratizada, próxima da comunidade; a autonomia das partes, diminuição de profissionais que utilizem uma linguagem legal e difícil de se entender; utilização da mediação e da conciliação e de círculos restaurativos, necessidade permanente de uma equipe interdisciplinar, para atuarem como facilitadores, entre outros.

Uma outra opção da implementação da Justiça Restaurativa, seria a aproximação da comunidade, implementação de núcleos de justiça restaurativa em locais vulneráveis e que possam propiciar um melhor acesso à justiça, para o desenvolvimento de programas de prevenção criminal e cultura de paz.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, D. S.. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. Tese (Doutorado) – PUCRS. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. Área de Concentração: Sistema Penal e Violência. Linha de pesquisa: Criminologia e Controle Social. Porto Alegre, 2012.

AZEVEDO, R. G. de; CARVALHO, S. de. **A Crise do Processo Penal e as Novas Formas de Administração da Justiça Criminal**. Porto Alegre: Notadez, 2006.

BARATTA, A.. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1997.

BECCARIA, C.. **Dos delitos e das penas**. Trad. Antonio Carlos Campana. São Paulo, José Bushatsky, 1978.

BONAFÉ-SCHMITT, J. P.. **Justice réparatrice et médiation pénale**: versa de nouveau modèles de régulation sociale ? Paris: L'Harmattan, Collection Sciences Criminelles, 2003.

CARVALHO, S. de. **Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual**: retórica garantista, prática abolicionista. Diálogos sobre a justiça dialogal. Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich (org.). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

CASTRO, L. A. de. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CERVINI, R.. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO. **Legislación a la mano**. Bogotá: Ibanez, 2012.

DIAS, J. de F.; ANDRADE, M. da C.. **Criminologia**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DOTTI, R. A.. “Conceitos e distorções da Lei 9.099/95”. **Juizados Especiais Criminais: Interpretação crítica**. São Paulo, Malheiros, 1997.

FERREIRA, F. A.. **Justiça Restaurativa: Natureza. Finalidades e Instrumentos**. Coimbra: Coimbra, 2006.

FOUCAULT, M.. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 26ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GERBER, D.; DORNELLES, M. L.. **Juizados Especiais Criminais Lei n.º 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

HULSMAN, L.; CELIS, J. B. de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão.** Trad. Ephraim Alves. Petrópolis: Vozes, 2002.

KARAM, M. L.. **Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KONZEN, A. A.. **Justiça Restaurativa e Ato Infracional: Desvelando Sentidos no Itinerário da Alteridade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEITE, A. L.. **A Mediação Penal de Adultos: um novo paradigma de justiça? análise crítica da lei n. 21/2007, de 12 de junho.** Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

MAZZILLI NETO, R.. **Os caminhos do Sistema Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

MOLINA, A. G. P. de; GOMES, L. F.. **Criminologia.** Coord. Rogério Sanches Cunha. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, A. S. S. de. **A Vítima e o Direito Penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PIRES, A.. **A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos.** Novos Estudos, CEBRAP, nº 68. São Paulo: CEBRAP, 2004.

PRADO, G.. **“Justiça penal consensual”.** Diálogos sobre a Justiça dialogal. Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich (org.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ROSA, A. M. da. **Introdução Crítica ao Ato Infracional - Princípios e Garantias Constitucionais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SABADELL, A. L.. **Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma Leitura Externa do Direito.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SALIBA, M. G.. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo.** Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, B. de S.. **O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988.

SANZBERRO, G. P.. **Reparación y conciliación en el sistema penal.** Abertura de una nueva via? Granada: Comares, 1999.

SCURO NETO, P.. **Sociologia Geral e Jurídica:** introdução à lógica jurídica, instituições do Direito, evolução e controle social. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SHECAIRA, S. S.; SÁ, A. A. de (orgs.). **Criminologia e os Problemas da Atualidade.** São Paulo: Atlas, 2008.

SICA, L.. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal - O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SLAKMON, C.; MACHADO, M. R.; BOTTINI, P. C. (Orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança.** Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006.

_____ ; Catherine; VITTO, R. C. P. De; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos.** Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

SÁ, A. A. de; SHECAIRA, S. S. (Orgs.). **Criminologia e os Problemas da Atualidade.** São Paulo: Atlas, 2008.

VASCONCELOS, C. E. de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** São Paulo: Método, 2008.

VEZZULLA, J. C.. **A Mediação de Conflitos com Adolescentes Autores de Ato Infracional.** Florianópolis: Habitus, 2006.

WARAT, L. A.. **Territórios desconhecidos:** a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Vol. Florianópolis: Fundação Bateu, 2004

_____. **“Medicina y Políticas Públicas de Seguridad Ciudadana”**, In: Surfando na Pororoca: o ofício do mediador. Vol. III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WUNDERLICH, A.; CARVALHO, S. de. **Diálogos sobre a Justiça Dialogal:** Teses e Antíteses do Processo de Informalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ZAFFARONI, E. R.. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Trad. Vânia Romana Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro, Revan, 1989.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

**GT – LEGAL PROFESSIONS WG FAMILY
SUBGROUP ON ACCESS TO LAW AND ACESS TO
JUSTICE**

CANOAS, 2015

THE FRAGMENTED ACCESS TO FAMILY LAW AND JUSTICE(S) IN PORTUGAL

João Pedroso

Patrícia Branco

Paula Casaleiro

ABSTRACT: In the context of changes within families and in Western family law it appears that, in contrast, policies and legal regimes on legal aid have undergone a slow transformation (and even a setback). This discrepancy increases the gap between family and children law and the practices of inequality and vulnerability, particularly of women and children in the domestic space. So, resources for accessing law and justice, in this area of social conflict, involve a large number of institutions, actors and partnerships with the State, the community and the market, forming a fragmented network capable of compensating inequalities therein and acting as a factor for social change.

KEYWORD: access to law and justice; dispute resolution; family and children's law and justice;

1 FAMILY(IES), LAW AND MEANS TO ACCESS LAW(S) AND JUSTICE(A): THE TIMING OF CHANGES IN PORTUGAL IN THE EUROPEAN CONTEXT

Family mutation trends have taken place throughout Europe in recent times, related to both cultural and socioeconomic changes, such as urban development and industrialisation, and to family regulation, such as privatisation, secularisation, and sentimentalisation. Since the mid-1970s, there are fewer marriages across Europe, couples have fewer children and at later stages in life than the previous generations, more men and women are in de facto relationships and divorces are more frequent. The European family pattern, however, is still defined by coexistence as couples, and by being small in size (on average of about three people). Most of the demographical changes kicked in at an earlier stage in Northern and Western Europe (reduction in marriage and birth rates, increase in divorce rates) which, alongside the political, cultural, and sociopolitical

specificities, is reflected in the current profile of households, with the highest proportion of individuals living alone, childless couples, and informal relations.¹ Southern Europe, in contrast, including Portugal, shows the highest percentage of couples living with their children.²

So, despite general trends, significant differences between European countries still persist in terms of extent, pace, and period in which family developments related to political, cultural and economic factors took place. Look at Portugal, for example, where family transformations began later, in particular from the time of political change begun on 25 April 1974. From the mid-1970s to today, the forms and organisation of marriages show that the marital bond is increasingly more informal and family pathways have changed in many possible ways, now including partings and reconstitutions, according to a less institutional perspective of two-way relationships, personal achievement, and the family itself. The tendency is for marriages to be fewer, to occur later in life, and to have more civil marriages. Moreover, in Portugal, couples have fewer children, and have them later in life.

The consequence of the family transformations mentioned above is that family law in Western societies is changing as a fast pace. The following main pillars of change in family and children's law can be noted: adoption of the legal principle of equality, democratisation of family life, and gender parity; individualism and privatisation; secularisation, deinstitutionalisation and contractualisation of family relations; enhancement of affection instead of hierarchy and tradition; decline in the significance of procreation; children's rights at the centre of the new family law; (re)disclosure of the new family law (children and gender equality); fragmentation, weakening and expansion of family law (from civil law to social law to criminal law); dejuridification and dejudicialisation in family dispute resolution; cultural and normative pluralism of contemporary family law (PEDROSO; BRANCO, 2008).

¹ On the changes in family relationships in Europe, see, among others, Kiernan (2004), Therborn (1995).

² On the changes in family relationships in Portugal, see, among others, Torres (1996), Torres *et al* (2008), Wall (2005) and Aboim (2006).

This analytical framework enables us to establish a liaison between political and socioeconomic changes, family changes, and legal changes. It shows that over the past 30 to 40 years the major changes in family and children's law in Portugal (OLIVEIRA, 2004) occurred in the following four periods: a) from 1974 to 1978 – (the first disruption or) the democratisation of family law; b) from 1994 to 1995 – (the reform of the streamlining process or) openness to the dejudicialisation of divorces and the change in parental responsibility and adoption; c) from 1998 to 2001 – (the reform of children's rights and of dejudicialisation) recognising children as fully fledged subjects of law; of common law marriages and of simplification and dejudicialisation; and d) from 2006 to 2010 – (the second disruption or) the public exposure of domestic violence crimes, the adoption of the parental responsibility regime and the change in the marriage concept (to accommodate same-sex marriage). These disruptions, reforms and continuities are, for the most part, politically-driven (initiated by parties, government and/or National Assembly), combined with the “public activity” involving the State and NGOs in the democratization process, recognition of children's rights and of new types of marriages.³

The changes in family and children's law are directly related with the changes that have taken place in the past thirty years in the means to access laws and justice, and with the much needed change in family and children dispute resolution in Portugal. The outcomes of the study of the various changes are two-pronged. First, the study enables the presentation of a “map” listing the means of access to law and justice, and the authorities – judicial and extra-judicial (state formal authorities, non-state formal authorities, and informal authorities) – in charge of resolving family and children disputes in Portugal, based on the vertical distribution of decision-making authorities, at the top, and self-configured authorities at the base of the litigation pyramid and of a dispute resolution system; secondly, it presents the legal aid schemes (legal information, legal advice, legal representation, and dispute resolution) available to citizens, so that they may be aware of them and defend their rights (table 1).

³ Further developed in Pedroso *et al* (2011).

2 FAMILY AND CHILDREN'S LAW NEEDS TO BE EFFECTIVE – MAPPING OUT THE MEANS TO ACCESS LAW AND JUSTICE (THE STATE, THE COMMUNITY, AND THE MARKET)

The transformation of families and of family and children's law in the past 40 years in Portugal corresponds to the democratisation of the domestic space, to offset the inequalities therein and, consequently, to the analogous change in the means to access law and justice, so that everyone may exercise and be aware of their rights and duties, and contribute to a deepening of individual and collective citizenship.

We need to, therefore, map out the existing judicial and extra-judicial institutions for the resolution of family disputes in Portugal, as being wholly part of such means, so that the legal services provided are suited to the needs and do not stifle their demand, facilitating the access to the family and children's law(s) and justice(s). With a view to analysing and representing the "system" or "network" of access to the family and children's law(s) and justice(s), we have built a "map" (table 1) containing the structures and players, based on the concept of spaces where the law is produced (SANTOS, 1995, p. 411-455) and on the principles of policy regulation (FERREIRA, 2005). The approach also involves the analysis of players that provide legal information, legal advice, legal representation, and dispute resolution, judicial and extra-judicial, in the spaces/principles of policy regulation of the community, market, State, and "State in partnership" (*i.e.*, where the State penetrates and is coupled with other spaces/principles to provide a public service through partnerships).⁴

Table 1 – Map of the structure/players of the network/system of access to family and children's law and justice in Portugal

| Spaces/regulation | Providers | | | |
|-------------------|-----------|-------|-------|---------|
| | Legal | Legal | Legal | Dispute |
| | | | | |

⁴ Ferreira (2005), in the footsteps of Schmitter, calls this space/regulation principle "associative", but we believe the concept "State in partnership" better defines the underlying reality.

| | information | advice | representati on | resolution |
|-----------------------------|--|---|---|---|
| Community | Formal and informal associations ; NGOs; Third sector | Lawyers and/or solicitors of formal and informal association s; NGOs and third sector | Lawyers and/or solicitors of these associations | Family therapy / informal conciliation and mediation Informal third parties |
| Market | Lawyers and solicitors Legal experts/family technical support Insurance | Lawyers and solicitors Insurance lawyers | Lawyers and solicitors Insurance lawyers | Family therapy/conciliation and mediation (private) |
| State | Public Administration (e.g., Social Security, CIG, ACIDI, etc.) Public Prosecution Ombudsman | Local authorities (lawyers) Public Prosecution (best interest of the child) | Public Prosecution (best interest of the child) | Public family mediation system Courts (ordinary or specialised) Public Prosecution Civil registry offices |
| State in partnership | CPCJ State and Associations | Appointment of lawyers by | Lawyers (appointed legal | CPCJ |

| | | | | |
|--|--|--|--|--|
| | | the Bar Association (legal aid) for advice | representation by the Bar Association – legal aid) | |
|--|--|--|--|--|

Source: Adapted from Pedroso and Branco (2008)

Based on the table above, it can be said that there is an expansive regulatory framework on the access to law and justice and to family and children dispute resolution (FERREIRA, 2005, p. 80). As can be seen, these means are not limited to the public legal aid system (or funded by the State), but exist also in other forms in the State, community, market, and in hybrid forms. These plural means consist of legal mechanisms, provided by the State, embodied in the courts and Public Prosecution⁵; of formal State mechanisms embodied in the Public Prosecution, family mediation, and civil registries; of child and youth protection committees, resulting from partnerships between the State and the community; and, lastly, they consist of the means available in the market (service provision) and in the community, in other words, informal third parties (friend, priest, etc.) (SANTOS *et al*, 1996).

3 PUBLIC PLAYERS

3.1 Legal information, legal advice, and legal aid: the State's agenda

There is no public policy on legal information relating to people's rights. It is, however, important to note that the Public Prosecutor, in defending the public interest, plays an essential role in promoting access to law and justice to certain categories of citizens. In accordance with its statute (Law 60/98, of 28 August), the Public Prosecution fulfils two important functions in the social area: to assist/inform, and to promote the judicial and extra-judicial defence of rights of certain categories of people, which include children.

⁵ This map does not include informal mechanisms in the market and in the community, including the activity of lawyers/solicitors and/or neighbours and members of the extended family formed by themselves and aided by a third party, and even formed by the parties themselves.

Before the Public Prosecution becomes involved in a procedure, it provides an important service in assisting and informing the users. The consequence of its good geographical distribution is that it covers the entire country in terms of providing an information system that defends the best interest of children. Moreover, the information given is free of charge and readily accessible. The Public Prosecution is a well-coordinated communication channel between the various public authorities involved in the family and children's access to law and justice, and an interface between citizens, courts, and all the bodies concerned with the promotion of children's rights.⁶

Other important stakeholders other than Public Prosecution, such as social security services, have since 2000 the power to decide on legal aid applications (the right to a lawyer for legal advice or representation in court) to those who apply and are entitled to it (lack of financial resources), and provide legal information, at least on the access to the legal aid scheme and on the promotion of children's rights.⁷

Although the criteria for establishing the lack of sufficient economic resources were changed in 2007, they are still rather tight and selective, as they establish as a requirement for accessing all types of legal aid a threshold of the applicant's net household income at less than €315 per month, that is, below the legal minimum wage; applicants may also access legal advice, be released from payment, or make phased payments of court fees up to the available net household income of €1,408.

The number of applications for legal aid observable in statistical data from social security increased about 243%, from 103 965 in 2001 to 253 349 in 2008, the latter year accounting for 91 819 applications, 26 521 (10.5%) of which were refused, and 132 314 are pending approval. In addition to showing the inability of social security to respond to legal aid applications, these data clearly demonstrate

⁶ Further developed in Dias (2013).

⁷ In 2000, Law 30-E/2000 established a comprehensive eligibility criterion for beneficiaries, the Ministry of Justice finances the system, and the Portuguese Bar Association manages and appoints the lawyers, and the examination of applications for legal aid was dejudicialised to the Social Security Institute – which, until then, was up to the trial judge – and the legal aid procedure became independent of the case. In 2004, Law 34/2004 limited the eligibility criteria to access legal aid. Law 47/2007 was published in August 2007, establishing the current eligibility criteria referred to in the text.

their particular relevance in the access to the law and justice. Total or partial release from payment of court fees and other procedural charges was the arrangement solicited the most, followed in 2008 by the appointment of a lawyer and the payment of the fees thereof, totalling 31.8% (46 434). It does seem paradoxical that the weight of applications for assistance concerning legal advice is so low (1%). There may be a variety of reasons for this, from the simple fact that citizens are unaware of this arrangement, which is why they don't apply for it, to the poor performance of services (accessibility, organisation, quality of information), or the fact that there are other ways of obtaining legal information, e.g., from Public Prosecution services, resorting to lawyers "in the market" in a pre-trial stage, or even obtaining legal information at the CPCJs or community associations (NGOs).

It can also be seen from the social security statistical data that demand for legal aid in the field of family and children law represents 28% (21 121) of all applications, and that legal aid is primarily granted in the following cases: related to marriage breakdowns – 52.4% (11 053) (divorce, legal separation, granting of family residence, maintenance) – and related to children's rights (regulation of parental responsibility, child support, breaches, and guardianship), representing 43.1% (9 094). These figures mean that a percentage of legal aid is applied for proceedings in extra-judicial bodies, such as civil registry offices. It also means that in Public Prosecutor's actions in guardianship proceedings and, in particular, the initiation of parental responsibility proceedings, legal aid is mobilised as a complement to the Public Prosecutor's action, to defend children's rights in court by one of the spouses, usually the mother, according to the interviews made (PEDROSO, 2011).

There are other State services to consider, for e.g., CIG – Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género [Commission for Citizenship and Gender Equality] –, the then ACIDI – Alto Comissariado para a Integração e Diálogo Intercultural [High Commission for Integration and Intercultural Dialogue] –, and the Ombudsman, all of which provide assistance to citizens and legal information (and referral) on gender equality, promotion of women's rights, protection of

domestic violence victims, immigrants' rights, children's rights, and recommendations on how the authorities work.

3.2 State resources for the resolution of family and children's disputes: courts, public prosecution, civil registry offices, and family mediation

3.2.1 Courts: general and specialised family and children's justice (until 1 September 2014)⁸

To have the rights enshrined in family civil law and children's rights (and other legally incompetent persons) recognised, people may lodge complaints with family and children's courts in Portugal through the following approaches: family declarative civil proceedings, divorce and legal separation, civil guardianship (parental responsibilities), promotion and protection of children in danger (also known as children at risk), and education guardianship (children over 12 and under 16 years of age, accused of a crime). Until 1 September 2014, the legal system was divided into two "territories" and two types of family and children's courts.⁹ On the coast and in the largest urban centres, there were specialised jurisdiction courts (Family and Children's Courts) run by specialised competent judges and, in other "territories" there were general jurisdiction courts.

The demand for family and children's justice in the early 21st century represents about 11% of the demand for judicial courts, whereas civil justice represents 62%, criminal justice 18%, and labour cases 9%. Family and children's

⁸ The law on the organisation of the judicial system came into effect on 1 September 2014 (Law 62/2013, de 26/08, regulated by Decree-law 49/2004, of 27 March), enacting the new geographical distribution of courts and, as regards family justice, it enshrined the existence of specialised jurisdiction courts in almost all the national territory (cf. CARMO, 2014)

⁹ The competence of general jurisdiction courts is set out in Article 77, of Law 3/99, of 13 January, and its main duties are to prepare and judge cases concerning cases not assigned to another court. The specialised jurisdiction courts, in turn, are responsible for cases on specific matters, there being several types of specialised jurisdiction courts, such as Family and Children's Courts (Article 78 of Law 3/99). The competence of Family and Children's Courts is enshrined in Articles 81 to 84 of Law 3/99, of 13 January (competence on spouses and ex-spouses, minors and children of full age, and are competent to enact specific measures applicable to "child victims" and misfits who engage in criminal offences – between the age of 12 and 16), and are also enshrined in Articles 114 to 117 of Law 52/2008, of 28 August (competence on the state of people and family – Article 114, competence on minors and children of full age – Article 115 – and competences on education guardianship and protection – Article 116).

cases that reach the courts are not all related with routine cases involving the collection of debts, and imply that the court has to carry out political, instrumental and symbolic functions, acting as compensation for the suffering and social vulnerability of those seeking the court.

Specialised justice in Family and Children's Courts, found in the Portuguese coastal areas, of a more urban type, covered about half of the population and 19.8% of the territory, with one judge per 60 000 to 80 000 inhabitants. These courts settled 55% of disputes reaching the family and children's courts, and satisfied a demand of more than 71.9% of closed guardianship proceedings per 100 000 inhabitants (496.9 cases per 100 000 inhabitants), in other words 63.1% (26 383 in 41 770) of all closed guardianship proceedings, *i.e.*, relating to the rights and protection of the best interests of the child, and to the cases in which adolescents between the age of 12 and 16 are accused of a crime. They are also characterised by offering and being sought for divorce and legal separation proceedings.

General jurisdiction courts, in turn, offer and are sought for declarative civil proceedings relating to family disputes (229.4 cases per 100 000 inhabitants) and urgent preventive proceedings (74 cases per 100 000 inhabitants).

Supply and demand of family and children's justice confirm that there are two dispute paradigms in these two markedly different territories: specialised courts settling more cases and focusing on guardianships, *i.e.*, children's rights, and general jurisdiction settling more civil declarative proceedings and preventive procedures relating to the urgent protection of the interests of adults.

Thus, Family and Children's Courts encourage supply and demand and, consequently, the access to law and justice in the promotion of children's rights, and in contentious divorce proceedings, whereas the general jurisdiction courts are more sought for settling civil family law disputes and preventive proceedings. The explanation for this different profile of specialised family and children's justice of Family and Children's Courts compared with general jurisdiction courts builds on a set of factors external to the courts, *i.e.*, the different sociocultural and sociodemographical characteristics of territories which they serve, in which the territory of Family and Children's Courts is more urban, younger, is more

populated, has more information on rights, and is multicultural. On the other hand, in terms of internal factors, these specialised courts, specialised judges and prosecutors (or that deal only with this type of family and children's disputes) provide public prosecution services to citizens, have access to more technical support resources (e.g., psychology, social services), and are more focused on and sensitive to children's rights.

The analysis of demand for family and children's justice based on closed cases brings to light the tendency for demand to decline and the mobilisation of civil family justice in courts, due to the successive dejudicialising legal interventions, in particular divorce by mutual consent, the increase of mobilisation of guardianship justice, that is, the demand for legal proceedings relating to the promotion of children's rights, and also the increase of urgent preventive proceedings to 24% of civil family justice.

Guardianship justice consists primarily of civil guardianship proceedings, the number of which has nearly doubled between 2000 and 2010. This increase is due to the huge demand for parental responsibility regulation most of which are brought to court by the Public Prosecutor at the request of the children's mothers. The fact that there are few judicial proceedings on the promotion and protection of children at risk is because this is a process of consolidating the first line of intervention in the hands of the public entities and the community with competence in the field of childhood and youth and, in particular, of the second level of intervention assigned to the child and youth protection committees (CPCJs), where 26 338 complaints cases were lodged in 2010. The intention is for the courts to gradually become subsidiaries of these two first lines of intervention. The courts did not have to respond to the huge demand, which was referred to the CPCJs, and they would in any case not be able to satisfy this demand. They are therefore sought after as "courts of appeal", which is very seldom – a Public Prosecutor's initiative for the review of the CPCJ decisions – or when the CPCJs are not yet established and are unable to intervene for legal reasons – lack of parental consent or child's refusal – or material reasons (lack of resources).

As regards education guardianship proceedings, that is, proceedings in respect of children between the ages of 12 and 16 (exclusive) who have

committed a crime, there has been a significant decline in the number of proceedings, about 9 000 lodged in 2000, to a little over 1 100 in 2010. Nonetheless, note that inquiries started by the Public Prosecutor increased between 2004 and 2010, however the Public Prosecutor only initiated judicial proceedings in 1 471 of the 8 459 filed lawsuits, in other words about 17%, in 2010. The backdrop of guardianship justice places, on the one hand, the Public Prosecutor as the most important body in the resolution of these proceedings and, on the other hand does not confirm the media and political discourse on the increase of juvenile delinquency.

As regards the mobilisation of family and children's justice in judicial courts, and based on 2010 data, the involvement of the Public Prosecutor falls mostly on guardianship matters for the defence of the best interests of the children (89%), in particular on civil guardianship proceedings, whereas the family declarative civil proceeding represented only about 11% of the cases filed with the Public Prosecutor.¹⁰

3.2.2 The Public Prosecutor: the broadening of its competences – from prosecutor to coordinator and decision-maker

The resolution of disputes and the administration of justice in family and children's matters do not end with the courts, as we have mentioned. Seen in these terms, we need to take into consideration the already mentioned dejudicialisation process¹¹ that transferred certain competences and procedures "in the hands" of judges to the public prosecutors. So, in this area, the Public Prosecutor in addition to promoting the defence of the child's best interests and to representing the legally incompetent, a public interest to be pursued by the State, is competent to also act in the field of the activities of child and youth protection

¹⁰Official statistics on the civil declarative actions in 2006 corroborate the prosecutor's data, where it represented 11% of closed declarative actions, while lawyers and trainee lawyers appointed to provide legal aid represented 6% of actions, the other 61% remaining in the hands of law firms.

¹¹ Pedroso et al (2002, p. 29) distinguish informalisation from dejudicialisation, where informal justice informal arises from the community and dejudicialisation from the transfer of court competences to administrative or community entities, or from the partnership between the State and the community.

committees (CPCJs)¹² and to settle family disputes (articles 3 and 5, of Law 60/98, of 27 August).

Law 147/99, of 1 September (LPCJP), enacted a “new” statute for the Public Prosecutor’s activity, for the promotion and protection of the rights of children at risk. Under this statute, the Prosecutor’s has decision powers of its own (e.g., referral for adoption – Article 68 (a), LPCJP) in a two-fold mission:¹³ monitors the legality and merit of decisions made by the CPCJs, “carrying out, where necessary, judicial reviews, attend meetings and give expert opinions when appropriate”. It also “ensures the proper coordination of child protection committees with courts of the smooth running of the regime governing the promotion of the rights and protection of children and youth at risk”.¹⁴

Decree-Law 272/2001, of 13 October, gave new powers to Public Prosecutors¹⁵, in family and children’s disputes, giving them the power to decide on cases which were previously under the jurisdiction of investigating judges. Thus, the Public Prosecutor is solely responsible for: deciding on requests for withdrawal of consent, requesting disability or absence of person; authorising the legal representative of the legally incompetent to exercise its powers, where required by law; and authorising the disposal or encumbrance of the absent person’s assets, when temporary or final custody and care have been approved.¹⁶ By assuming decision-making in proceedings involving the protection of interests of the legally incompetent and absent, the role of the Public Prosecutor is to de-bottleneck the courts, for e.g., deciding on 3 437 cases in 2008, and 3 401 cases in 2010.

¹² Under Article 3(1) of the Law on the Protection of Children and Young People at Risk, the “intervention for the promotion of the rights and protection of the child and young person at risk occurs when the parents, the legal representative, or whoever has guardianship endanger its safety, health, upbringing, education or development, or when this danger is caused by an act or omission by a third party or by the child or young person itself to which the latter do not oppose in such a way as to remove said danger”.

¹³ Cf. Carmo (2002, p. 136 *et seq.*).

¹⁴ In respect of its competences on the Education Guardianship Law, it is up to the Public Prosecutor to lead the inquiry, decide to close it or promote its continuity through the legal proceeding.

¹⁵ Ex-officio inquiries on paternity matters have always been the responsibility of the Public Prosecutor (Article 1864 of the Civil Code).

¹⁶ In addition to these competences, it is also for the Public Prosecutor to express its opinion on the agreement, upon presentation of the agreement on the exercise of paternal authority in respect of minors in separation or divorce by mutual consent proceeding.

3.2.3 Alternative dispute resolution: family mediation

Over the past three decades, the number of marriage crises, conflicts and breakdowns has increased, to which the property and non-property related conflicts are added, leading to the frail structure of couples, married or otherwise, and to the “psychologisation” of family and children’s law. According to Vezzulla (2006), family mediation respects the confidentiality and intimacy of the parties, helping them resolve their disputes in a climate where key ties are preserved, and given its flexible nature, it accommodates the needs and time that the mediated parties need to interact with each other and to reach (or not) an agreement.

In this context, the type of hope placed in family mediation formulas therefore comes as no surprise. The tendency is for family mediation to replace legal fights and negotiations between lawyers with the active help of a neutral and friendly third party, whose role is to make the parties themselves find ways of establishing the basis for a mutually acceptable and lasting agreement, avoiding the dichotomy between winner/loser, taking into account their individual needs and, in particular, the needs of children, in a spirit of responsibility and at a low cost (MEULDERS-KLEIN, 1999).

The public family mediation system, in its current form, was recently established (2007) as a new way of settling family disputes.¹⁷ This service is promoted by the Ministry of Justice – available since 2008 in all municipalities in Portugal – and is concerned with settling family disputes out of court, as an informal, flexible, voluntary and confidential arrangement that fosters the bringing of the litigating parties together and supports them in their attempt to reach an agreement.

The family mediators work wherever it is more practical to hold the mediation sessions. This can be in public facilities (rooms provided by the municipalities, parishes, Justices of the Peace) or suitable private facilities (associations and charity institutions). In Portugal, the following disputes may be

¹⁷ Prior to the divorce proceeding, the civil registry office or court must inform the spouses about family mediation and its purposes, as laid down in Law 61/2008, of 31 October.

mediated: a) regulation, modification and breach of the exercise of parental responsibility; b) divorce and legal separation; c) conversion of legal separation into divorce; d) reconciliation of separated spouses; e) entitlement to and modification of maintenance, temporary or definitive; f) disqualification from using the surnames of the other spouse; or g) authorisation to use the surname of the former spouse or the family residence. The relative novelty of the family mediation system, in turn, associated with the scarcity of information, enables us to only note the positive evolution of the mediating activity, although still at an early stage and much criticised by lawyers and magistrates. In 2010, the number of requests for information and mediation fall below 1 200, which does not reflect the expectations of those who defend this type of dispute resolution.

3.2.4 Civil registries: the transfer of competences

Decree-Law 272/2001,¹⁸ of 13 October, with the amendments introduced by Law 61/2008, of 31 October, dejudicialised and transferred to the civil registries the competences on a number of voluntary legal cases relating to family disputes – child support for children of full age and assignment of family residence, disqualification from and authorisation to use the surnames of the current or former spouse, and the conversion of separation into divorce, if the parties so wish, to be decided by the court if one of the parties oppose the decision. Matters in respect of dissolution of marriage in the case of divorce by mutual consent (Article 14)¹⁹ have become the exclusive competence of the civil registry offices.

The civil registry offices play a major role in the (consensual) resolution of divorce and legal separation proceedings – about 50%, in 2010 (19 671) – which is directly related to various factors, such as the social “recondition” of the dispute resolution by consent, fixed price, the fact that a lawyer is not needed, greater proximity (compared with a court) with the people, financial aid for proceedings

¹⁸ Cf. Articles 5 to 15 of said law.

¹⁹ On 18 July 2010 (Article 87, as amended by Law 1/2010, of 15 January, as according to the previous wording this law would come into effect on 18 January 2010) inventory proceedings have formally become the competence of civil registries (and of notary offices), as laid down in Law 29/2009, of 29 June.

dealt with in civil registries, speedy confirmation of a consensual solution, providing every citizen with minutes for easy to complete forms, and also the acceptance of the agreement on the regulation of parental responsibility and sharing of jointly-held assets, if the parties so wish.

3.3 A call for partnerships, the Market and the Community

3.3.1 Information, legal advice and legal aid

To comply with its constitutional obligation to ensure a system for accessing law and justice, the State seeks the public administration (Social Security Institute, CIG) and Public Prosecutor services, and establishes partnerships to develop the legal aid system. As mentioned before, the State (Ministry of Justice and Social Security) finances and grants the provision of social support, but contracts out to the Portuguese Bar Association the selection, management and appointment of unofficial representatives, if the legal aid is approved by Social Security.²⁰ In respect of the community, note also the non-governmental organisations that provide legal information and help with referrals to the competent entities and institutions (Public Prosecutor, legal aid, etc.) in various fields relating to family and children, as for e.g., the NGOs that aid victims, in particular domestic violence victims, and to the promotion and protection of family and children's rights.²¹

There are other lawyers and solicitors available in the legal market for those able to afford their services, dealing with matters of family and children's law and justice (solicitors deal mostly with patrimonial issues). One can say that the legal market is still the largest provider of legal information and representation. Legal protection insurance, however, is still not quite significant in this field. There is broad consensus that the legal market considers that the field of family and

²⁰ Moreover, under the law, the Portuguese Bar Association should have at least legal advice offices (GCJ) available, but the practice of most of these GCJ is suspended due to the lack of financing agreements with the Ministry of Justice.

²¹ For example, APAV, *CrescerSer*, *Associação Família e Sociedade*, *Pais para Sempre*, *UMAR*, among others.

children's disputes is financially unattractive, and does not give it much consideration.

3.3.2 Child and youth protection committees (CPCJs): a State-community partnership for the administration of justice (local justice)

The transformation of systems for the promotion of the rights and protection of "children at risk" in various Western countries occurred since the 1960s. These systems aimed to dejudicialise the system, calling for the involvement of the community and developing into intervention systems, mostly administrative – Germany, England, Belgium, Italy, Canada, the United States, Sweden –, in general working as child and youth protection services governed by social security at state, regional or municipal level.²² France and Denmark, however, continue to have mixed systems which may, in the future, accommodate a strong legal involvement component.

In Portugal, the core of the protection system is, since 2001, with the entry into effect of Law 147/99, of 1 September, centred in the child and youth protection committees, supplemented by the court if the parents or legal representatives do not consent to this,²³ if the child or youth aged 12 or over opposes to this;²⁴ if no committee exists in the municipality or parish of the area of residence, or if it does exist, the committee feels it is not in a position to act. In any case, the CPCJs also become involved as ancillary actors when the entities competent in child and youth matters are unable to "act properly and satisfactorily to eliminate the danger"^{25,26} in which the children and youth find themselves, and work in a more restricted or extensive scope.²⁷

²² For all these cases, compare Pedroso e Fonseca (1999) and Torres et al (2008).

²³ Article 9 of the Law on the Protection of Children and Youth at Risk (LPCJP).

²⁴ Article 10 of the LPCPJ.

²⁵ Article 8 of the LPCPJ.

²⁶ The entities with jurisdiction on child and youth matters have limited jurisdiction in a specific area – health, education, among others – and should focus their action on the area concerned. They are the first to be involved and the first line of intervention, and they make the first contact with the entities and the youth, according to the direct participation of the youth and its parents.

²⁷ Article 16 of the LPCJP.

CPCJs have functional autonomy and jurisdiction in the municipal area where they are established.²⁸ As they are interinstitutional and multidisciplinary, they are formed by a representative of the municipality, a representative of Social Security, a representative of the Ministry of Education services, a doctor, a representative of the private social solidarity institutions, a representative of parents' associations, a representative of children and youth related sports, cultural or recreational associations or other private organisations, a representative of youth associations, one or two representatives of police forces, four people appointed by the municipal assembly or by the parish assembly, technicians co-opted by the committee with training in social service, psychology, health, law, and even a citizen with a special interest in child and youth issues.²⁹

CPCJs intervene as an autonomous and independent third party to defend the best interests of the child and youth at risk, and decide on the measure to be applied, the terms for compliance and its duration. To have legal value, this decision must be approved by the parents, legal representatives or guardians of the child, and must not be rejected by the child if it is over 12 years of age (or is similarly mature).

Article 12(1) of the LPCJP defines the nature of CPCJs³⁰ as follows,

Child and youth protection committees (...) are unofficial legal institutions with functional autonomy that aim to protect the rights of children and youth and prevent or put an end to situations likely to affect their safety, health, upbringing, education or full development.

It seems clear and obvious that CPCJs are legally considered as being non-judicial institutions for the administration of justice. For a start, just as “courts are independent and only subject to the law”,³¹ so to the CPCJs “decide with impartiality and independence”.³² Moreover, just as courts ensure “the defence of the legally protected rights and interests of citizens” and settle “conflicts of public

²⁸ Article 15(1) of the LPCJP.

²⁹ Article 17 of the LPCJP. The scope of the committee may be limited (core) or extended. Its broad competences are to promote the rights and prevent hazardous situations from harming the child and the youth, and should, therefore, act accordingly within the community.

³⁰ As to their legal nature, CPCJs do not fall within any of the typical categories of Administrative law. They have no patrimony or legal personality. They are not public corporate bodies, public associations, administrative associations, or public institutions.

³¹ Article 20 of the CRP.

³² Article 12(2) of the LPCJP.

and private interest”³³ so do the CPCJs “aim to protect the rights of the child and the youth and prevent or put an end to situations likely to affect their safety, health, upbringing, education or full development”.

Article 12(2) states that CPCJs are to “exercise their duties in accordance with the law”. As a consequence of having the competence to resolve disputes in accordance with the principal of legality, rather than equity and discretion, albeit reasoned, and to freely investigate the facts, collect evidence and promote any diligence they see fit with a view to finding the truth, the CPCJs are a channel for the settlement of disputes in connection with the promotion of the rights and protection of children at risk.

The Promotion and Protection Procedures (PPPC) at the CPCJs³⁴ must comply with guiding principles, among which we note the “best interest of the child”, “privacy” – every intervention must be done in full respect of intimacy, the right to public image and the right to privacy, “minimum intervention” and “proportionality and accuracy” – and besides being needed for and suited to the hazardous situation, the intervention must only interfere in the child’s and family’s life as it is strictly necessary.³⁵

It seems therefore that this entire process that takes into account major procedural principles, such as the adversarial proceeding, (to be observed when the family, or the minor over the age of 12 do not consent or show their objection to the measure determined by the commission), the principle of cooperation, the principle of concentration³⁶ (the duty to abstain from “repeating steps already made”) and the principle of procedural acquisition (according to which the procedural truth must tally as far as possible with the material truth). Thus, by their

³³ Article 202(2) of the CRP.

³⁴ Following this, the CPCJs must hear the child, youth, parents or legal representatives, thus initiating the procedure, collecting “information, proceedings and the analyses needed and appropriate for understanding and substantiating the situation, for applying the respective measure, and for its enactment” (Article 97(2) of the LPCJP). The decision will be made by the core committee, who will close the case if the situation ceases, or applies the appropriate measure. After this decision, the parents, legal representative or the child’s legal guardian, as well as the minor aged 12 or over may give their consent or non-opposition, thus the decision will be set out in writing in the form of an agreement.

³⁵ Article 4 of the LPCJP.

³⁶ The principle of concentration posits that the approach to procedural acts should be uniform and continued, to the extent possible, and concentrated in both space and time.

very definition, competences, composition, compliance with the law, principles of procedure and proceedings, the CPCJs are not a legal entity of an administrative nature, but rather a non-judicial institution for the administration of justice, providing local justice.

Note that the CPCJs have experienced an exponential increase in the number of procedures in recent years, in a total of 6 338 cases in 2010. This increase is the result of the increasing number of committees, their greater visibility and acknowledged legitimacy in promoting and protecting children's rights. Our analysis has allowed us to assess the direct activity of the CPCJs and to determine the importance of other State services, such as police authorities or health and education establishments, in the protection of children and youth rights, and thus in the access to law and justice, by identifying children and youth at risk, as in Portugal they are responsible for pinpointing 19% and 31.4% of these situations.

The CPCJs represent the baseline partnership between the State and the community and a local form of justice, facilitating access to family law and justice and, in particular, children's law and justice. As a public service, this network is designed to socially monitor the family and defend the rights and protection of children at risk, which is no longer an issue of the private sphere.

4 CONCLUSION: A FRAGMENTED "NETWORK" OF ACCESS TO FAMILY AND CHILDREN'S LAW(S) AND JUSTICE(S)

Towards the end of the 20th century, the number of actions brought before the courts escalated significantly linked to the rising demographical trend of separations and divorces, and related personal and patrimonial after-effects. This trend was at the same time accompanied by the dejuridification of family relations and the dejudicialisation of disputes thereof. The dejudicialisation process, the purpose of which was to adapt formal justice to the intimate and personal nature of family matters (and also to de-bottleneck the courts), also has the "perverse" effect of deritualising justice and of transforming 'talks' with the judge "in his office", or with the Public Prosecutor, or even with mediators, into true binding trials

(MEULDERS-KLEIN, 1999, p. 562-563). “Non-judicial” justice, when the parties are in an unequal relation of power, tends to transform into a “repressive mediation” (SANTOS, 1982) to the detriment of the weakest party.

In this context of social relations of power, of happiness and suffering, and where the law is constantly evolving, as is the case of family and children’s law, there must be ways to access law, justice, judicial and non-judicial arrangements in Portugal, public and in partnership, as part of the access to law and to family and children’s dispute resolution. We are dealing with a coordinated system, consisting of different levels, in which the paradigm of the centrality of courts is eroding. We should therefore view the need for broadening the duties of the Public Prosecutor (defender of children’s rights, a means to access the law, decision-maker, and the guarantor of the coordination between the judicial and non-judicial), for transferring procedural competences and decisions from the courts to the Public Prosecutor, as well as to the civil registry offices, developing the public family mediation service, and strengthening the CPCJs.

Three innovations may therefore be highlighted in this “network”. First, the role of the public administration and community NGOs, as providers of legal information for the monitoring and institutional referral of the most vulnerable people and children. Secondly, the Public Prosecutor, given that it now decides on disputes, as the means for accessing law and justice, as provider of legal information, legal advice, and legal referral, and in the field of promotion and protection of the rights of children at risk, the role as coordinator between the judicial and non-judicial. Lastly, the CPCJs embody the partnerships between the State and the community for the resolution of disputes involving children at risk, of an interinstitutional and interdisciplinary nature, responsible for, in accordance with the constitutional law, *non-jurisdiction forms of disputes*, and acting independently, therefore its nature is described as *a non-judicial institution for the administration of justice*, which is one of the *local justice* resources available in Portugal.

Portugal, however, lacks a public policy on legal information on the exercise of rights, and the public coverage and performance of the legal and institutional regime in respect of legal aid is weak (Ministry of Justice, Social Security and Bar

Association), to which, as already mentioned, only people with a very low income, i.e., extremely poor, are eligible.

In conclusion, the early 21st century is characterised by increased family and children's justice, distributed across the judicial courts and non-judicial institutions for family and children's dispute resolution, with a twofold effect: the decongestion of judicial courts and promotion of access to law and justice through the institutions closest to the citizens. The Public Prosecutor took on the special task of mediating between the judicial and non-judicial, and of promoting the access and protection of children's rights. Moreover, society and the State offer various ways for citizens to access family and children's law and justice through public and private entities working both inside and outside the justice system. Despite its shortcomings, this unstructured and fragmented "network" – this is because there are still many 'gaps' – of complementary (and interdisciplinary) legal services makes it possible to create a broad range of resources aimed at defending and protecting fundamental rights, especially of the most vulnerable families and children, offsetting the inequalities and democratizing social and family relations in the public and domestic spheres.

REFERENCES

ABOIM, S. **Conjugalidades em mudança**. Percursos e dinâmicas da vida a dois. Lisboa: ICS/Imprensa de Ciências Sociais, 2006.

CARMO, R. O Ministério Público e as Comissões de Proteção de Crianças e Jovens. **Revista do Ministério Público**, n. 91, p. 135-139, Jul./Sep. 2002.

CARMO, R. A nova organização do sistema judiciário e a jurisdição de família e Menores. **Revista do Ministério Público**, issue no. 140, p. 09-32, Oct./Dec. 2014.

DIAS, J. P. **O Ministério Público no acesso ao direito e à justiça**. "Porta de Entrada" para a cidadania. Coimbra: Almedina, 2013.

FERREIRA, A. C. **Trabalho procura justiça**: os tribunais de trabalho na sociedade portuguesa. Coimbra: Almedina, 2005.

KIERNAN, K. Changing European Families: Trends and Issues. In: SCOTT, J.; TREAS, J.; RICHARD'S, M. (eds.). **The Blackwell companion to the sociology of families**. Malden: Blackwell Publishing, 2004. p.17-33.

MEULDERS-KLEIN, M.-T. **La personne, la famille et le droit. 1968-1998**. Trois décennies de mutations en occident. Paris/Bruxelas : LGDJ/Bruylant, 1999.

OLIVEIRA, G. Transformações do Direito da Família. In: FDUC (org.). **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977**, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 763-779.

PEDROSO, J.; BRANCO, P. Mudam-se os tempos, muda-se a família... todo o direito é composto de mudança – As mutações do acesso ao direito e à justiça de Família e das Crianças em Portugal. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, issue no. 82, p. 53-83, 2008.

PEDROSO, J. et al. **As mutações do acesso à lei e à justiça na União Europeia - o estudo de caso da justiça da família em Portugal**. Coimbra: FCT/CES, 2010.

PEDROSO, J. et al. A odisseia da transformação do Direito da Família (1974-2010): um contributo da sociologia política do direito. **Revista Sociologia: Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto**, vol. XXII, p. 219-238, 2011.

PEDROSO, J.; FONSECA, G. A justiça de menores entre o risco e o crime: uma passagem[...] para que margem?. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, issue no. 55, p. 131-165, 1999.

PEDROSO, J. **Acesso ao Direito e à Justiça**: um direito fundamental em (des)construção. O caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. 2011. Tese de Doutoramento em Sociologia do Direito e da Administração, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra.

SANTOS, B. S. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, issue no. 10, p. 9-40, 1982.

SANTOS, B. S. **Toward a new common sense**. Law, science and politics in the paradigmatic transition. Nova Iorque, Londres: Routledge, 1995.

SANTOS, B. S. et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. O caso português. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

THERBORN, G. **European Modernity and Beyond**. The Trajectory of European Societies 1945-2000. Londres: Sage Publications, 1995.

TORRES, A. **Divórcio em Portugal**. Ditos e interditos. Oeiras. Celta editora. 1996.

TORRES, A. et al. **Estudo de Diagnóstico e Avaliação das Comissões de protecção de Crianças e Jovens**. Lisboa: CIES/ISCTE, 2008.

VEZULLA, J. C. **Mediação**. Teoria e Prática. Guia para utilizadores e profissionais. Lisboa: Ministério da Justiça, 2006.

WALL, K. (org.). **Famílias em Portugal**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2005.

MEDIAÇÃO FAMILIAR E O DIREITO: POR UMA COMUNICAÇÃO INCLUSIVA

Júlia Francieli Neves de Oliveira

RESUMO: A mediação como um meio alternativo transformador dos conflitos familiares e suas consequências para a comunicação social e a aceitação das diferenças é o tema que será desenvolvido no presente artigo. Os conflitos identitários no âmbito familiar envolvem sentimento e desafiam o Poder Judiciário e seu fechamento funcional. As dimensões afetivas são cada vez mais constitutivas das demandas familiares e suas racionalidades pouco compreendidas pelo direito. É preciso pensar na riqueza da alteridade, da mediação por uma comunicação inclusiva das diferenças. A complexidade da produção de sentido do Direito como paradoxo torna-se, assim uma condição para a observação da comunicação do Direito, uma vez que essa constitui a capacidade da linguagem, da afetividade e da evolução social.

PALAVRAS-CHAVE: comunicação; mediação; família.

1 INTRODUÇÃO

Num contexto em que as relações familiares são extremamente complexas e ressignificadas pelas diferentes formas constitutivas de afeto e sexualidade, o direito precisa promover novos diálogos e novas capacidades para compreender os conflitos gerados no universo familiar. Partindo da concepção que o mediador é a arte de muito ouvir e pouco intervir, um questionamento emerge nas dinâmicas jurisdicionais que medida a mediação poderá auxiliar na construção de um modelo de enfrentamento dos novos problemas familiares, construídos sobre novas e diversas racionalidades de reconhecimento e de afeto?

A metodologia a ser utilizada para a abordagem do tema será fenomenológica como interpretação, para fazer uma reflexão sobre o ser humano e suas relações sociais conflitivas, e, também analisar a problemática que surge diante deste modelo alternativo de justiça, fundamentado no consenso construído entre as partes através da mediação.

Busca-se identificar a real importância do reconhecimento dos conflitos identitários familiares e as dificuldades que surge dentro do âmbito judicial e

extrajudicial para tratar desse tipo de litígio, principalmente frente a grande problemática que surge diante deste modelo alternativo de justiça, fundamentado no consenso construído entre as partes através da comunicação. Esta abordagem consiste em uma transformação de conflitos, objetivando desconstruir o senso comum teórico dos juristas, visando um sistema aberto, para que haja a real solução do conflito de modo que possa haver uma melhor qualidade de vida através do resgate dos vínculos afetivos, entre os seres envolvidos.

2 DESENVOLVIMENTO DO ARTIGO

O presente estudo tem por objetivo apresentar o importante momento de transição que a sociedade contemporânea está passando, cheio de diversidades, onde pessoas de culturas, etnias, orientações sexuais, valores diferentes, mas que convivem em um mesmo espaço, mas para que essa convivência seja harmônica, é preciso que haja reflexão sobre as nossas diferenças e semelhanças. Certamente as relações sociais pautadas pelo respeito ao outro sem preconceitos geram um grande avanço no mundo globalizado, o qual ainda se encontra em adaptação com relação à importância da mediação familiar.

3 O RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE NA ESTRUTURA FAMILIAR

No processo de construção da identidade, motivado pela cultura, a modernidade contribuiu para a descoberta do indivíduo. As ideias liberais motivaram o surgimento da individualidade e a emancipação do indivíduo, isto é, de que o indivíduo pode imprimir sua liberdade em relação a um coletivo, rompendo com uma tradição milenar: Deus e o cosmos não são mais o centro, mas sim o indivíduo. Na história antiga e na história medieval, a tradição visava que o todo sempre se sobreponha à parte. Esta compreensão mudou com a ótica liberal moderna. O centro, aos poucos, torna-se o homem-indivíduo com direitos que protegem a parte em relação ao todo. (GHIRALDELLI, 2007, p. 27-40)

Esclarece Charles Taylor, que a política do reconhecimento, é uma suposta relação entre reconhecimento e identidade, ou seja, suas características a definem, como ser humano.

“A tese consiste no facto de a nossa identidade ser formada, em parte, pela existência ou inexistência de reconhecimento e, muitas vezes, pelo reconhecimento incorrecto dos, outros, podendo uma pessoa ou grupo de pessoas serem realmente prejudicadas, serem alvo de uma verdadeira distorção, se aqueles que os rodeiam reflectirem uma imagem limitativa, de inferioridade ou de desprezo por eles mesmos”.(TAYLOR, 1994, p. 45)

Portanto, o não reconhecimento ou reconhecimento incorreto, acaba por limitar o ser humano de forma negativa, reduzindo-o ou distorcendo sua imagem. Através da identidade individual o reconhecimento foi-se aumentando e modificando. A partir do séc. XVIII as pessoas são dotados de um sentido moral, do bem e do mal, enraizado nos sentimentos, que diziam respeito à recompensa e aos castigos divinos. (TAYLOR, 1994, p. 48)

Através da mudança na ênfase moral dos seres humanos, surge à noção de autenticidade, que ocorre quando a atenção que se dá aos próprios sentimentos assume uma importância moral independente e essencial, como uma nova forma de introspecção, passamos a nos ver como sujeitos dotados de uma profundidade interior. (TAYLOR, 1994, P. 49)

A descoberta do indivíduo na modernidade estabelece uma nova compreensão ético-moral. A moral essencialista é superada e concebe-se uma moral guiada pela razão individual. Isto é, há um descobrimento da subjetividade e da racionalidade individual. A partir desta descoberta, em oposição à ética de princípios, a moral subjetivista começa a ser o centro da nova perspectiva moral. Esta ótica afirma a autonomia e a liberdade dos indivíduos frente à civilização e as suas tradições. (GHIRALDELLI, 2007, p. 27-40)

O reconhecimento do indivíduo ocorre no plano pessoal e no plano social. No plano pessoal, o reconhecimento encontra-se embasado em fatores culturais, construídos a partir da diferença diante do outro, em que as pessoas encontram-se reconhecidas pelas suas identidades individuais. No plano social, que abrange

as sociedades arcaicas até as mais recentes, há um reconhecimento igualitário de uma identidade social. (MORIN, 2000, p. 162)

Neste contexto, de definição da identidade e seu reconhecimento, ao buscar compreender como a efetivação da cidadania da mulher vem sendo paulatinamente construída, emerge a necessidade de verificar a forma como vem sendo construída a sua identidade em um contexto histórico e cultural.

Esclarece Bourdieu que a dominação masculina pode ser compreendida como tendo sustentação em uma divisão arbitrária entre homens e mulheres. Esta divisão é concebida através de oposições binárias, que classificam uns e outros segundo adjetivos opostos, sendo reservados os positivos a homens e os negativos a mulheres (BOURDIEU, 2002, p. 19). E esta maneira de se classificar é o princípio de um trabalho de construção social dos corpos, que visa tornar verdadeira a divisão arbitrária que o próprio esquema de pensamento dominante formula.

Esses esquemas de pensamento, de aplicação universal, registram como que diferenças de natureza, inscritos na objetividade, das variações e dos traços distintivos (por exemplo, em matéria corporal) que eles contribuem para fazer existir, ao mesmo tempo em que as naturalizam, inscrevendo-as em um sistema de diferenças, todas igualmente naturais em aparência; de modo que as previsões que eles engendram são incessantemente confirmadas pelo curso do mundo, sobretudo por todos os ciclos biológicos e cósmicos (BOURDIEU, 2002, p. 16).

Ao ampliar sua reflexão, ele menciona que há duas operações imprescindíveis nesta socio-dicéia masculina: “ela legitima uma relação de dominação inscrevendo-a em uma natureza biológica que é, por sua vez, ela uma própria construção social naturalizada”. (BOURDIEU, 2002, p. 33)

Ou seja, de acordo com Bourdieu “[...] incorporamos, sob a forma de esquemas inconscientes de percepção e de apreciação, as estruturas históricas de ordem masculina; arriscamo-nos, pois, a recorrer, para pensar a dominação masculina, a modos de pensamento que são eles próprios produto da dominação”. (BOURDIEU, 2002, p. 13)

Constata-se, assim, que através de violência física e de fatores subjetivos foi ensinado o que cabe aos homens e às mulheres, denominado pelo autor como habitus (BOURDIEU, 2002, p. 41). Para o autor, a construção social de homens e mulheres – que se incorpora, de fato, fazendo parecer que é natural esta maneira de concebê-los – está fundada na ordem simbólica (BOURDIEU, 2002, p. 45), acreditando que o caminho de reversão do processo de dominação aponta para aquilo que ele chama de revolução simbólica.

Esta revolução consistiria em modificar as “condições sociais de produção” dos discursos (BOURDIEU, 2002, p. 100-115), aos quais são expostos duradouramente dominantes e dominados, fazendo uso das instituições produtoras e reprodutoras do discurso de dominação (família, escola, Estado e Igreja).

Diante do reconhecimento da identidade e do reconhecimento das pessoas em seus diferentes grupos culturais, bem como a evolução cultural identitária, tanto no âmbito social como também no pessoal, o local onde as diferenças estão bastante à mostra no cotidiano é o ambiente familiar.

Através da história da noção de sujeito moderno, a ideia de identidade se transformou. As identidades eram plenamente unificadas e coerentes com uma racionalidade centrada e atualmente há espaços, a partir de uma racionalidade descentrada, para uma multiplicidade de identidades. Estas transformações sublinham o surgimento de um momento particular do sujeito, surgindo uma forma nova e decisiva de individualidade, onde há uma nova forma de compreensão do sujeito – individual – e de sua identidade. (HALL, 2005, p. 24-25)

A partir do reconhecimento do indivíduo em sua multiplicidade e diversidade, uma das estruturas profundamente afetadas e transformadas foi e continua sendo a estrutura familiar. (SCOTT, 2002, p. 25)

O livro a “Luta por Reconhecimento- a gramática moral dos conflitos sociais de 2003 Axel Honneth” originalmente editado na Alemanha, em 1992. A denominada “Teoria do Reconhecimento” se fundamenta nos estudos da formação da identidade de George Herbert Mead, e nas premissas universais de reconhecimento social de Georg W. Friedrich Hegel. De forma sucinta, a tese central de Honneth aponta que a identidade dos indivíduos se determina por um

processo intersubjetivo mediado pelo mecanismo do reconhecimento. Assim sendo, a busca por este reconhecimento se dá através de três dimensões - do amor, da solidariedade e do direito, e não pela inclusão econômica. A ausência de reconhecimento intersubjetivo e social seria o mote dos conflitos sociais.

Em linhas gerais, a tese que acompanha essa obra pode ser entendida a partir da afirmação de que os conflitos sociais são marcados (têm origem) na luta pelo reconhecimento intersubjetivo e social – esta luta é o motor das mudanças sociais e conseqüentemente da evolução das sociedades, de modo que a ausência de reconhecimento é o que deflagra os conflitos sociais.

Os indivíduos e grupos só formam suas identidades e são reconhecidos quando aceitos nas relações com o próximo (amor), na prática institucional (justiça/direito) e na convivência em comunidade (solidariedade). Assim, as perguntas que o próprio autor se faz são: como a experiência do desrespeito está ancorada nas vivências afetivas dos sujeitos humanos, de forma que possa dar, no plano motivacional, o impulso para a resistência social e para o conflito, mais precisamente, para uma luta por reconhecimento? E mais, se o reconhecimento é uma dimensão que pode ser mediada pelos pilares do amor, do direito e da solidariedade, quais são, então, as categorias morais que identificam a ausência do reconhecimento? (HONNETH, 2009, p.214). O esforço em busca das respostas a essas questões, que Honneth diz não terem sido respondidas nem por Hegel, nem por Mead, monopoliza o texto.

Neste, o autor aponta os maus tratos corporais na infância como a primeira experiência de desrespeito que o indivíduo pode experimentar. A segunda forma de reconhecimento negado se refere à exclusão dos direitos ou ao precário acesso à justiça, o que afeta o autorrespeito moral do indivíduo. E, finalmente, o terceiro tipo de rebaixamento pessoal diz respeito ao sentimento de desvalia originário da ausência de estima social, ou seja, quando o modo de vida ou autorrealização do sujeito não desfruta de valor social, dentro do arcabouço das características culturais de status de uma determinada sociedade.

Apesar do certo mal-estar que acomete alguns segmentos das ciências sociais e aplicadas em relação ao destaque que Honneth confere às experiências individuais dos sujeitos, não há como desconsiderar que os sentimentos de

abandono, injustiça e menosprezo são sentimentos que afloram primeiro no âmbito individual e subjetivo, porém, com potencial fecundo de resistência política quando evoluem, dialeticamente, num contexto político propício. Isso aparece bem explicado em *Luta por Reconhecimento*:

[...] saber empiricamente se o potencial cognitivo, inerente aos sentimentos da vergonha social e da vexação, se torna uma convicção política e moral depende, sobretudo, de como está constituído o entorno político e cultural dos sujeitos atingidos – somente quando o meio de articulação de um movimento social está disponível é que a experiência de desrespeito pode tornar-se uma fonte de motivação para ações de resistência política (HONNETH, 2009, p. 224).

Desta forma, Honneth torna claro os fundamentos da categoria central da sua teoria do reconhecimento, a saber, o conceito de “reconhecimento intersubjetivo e social”, debruçando-se sobre as fontes teóricas e empíricas arroladas na construção dos pilares da estrutura das relações sociais do reconhecimento.

A razão individual torna-se, portanto, o critério para decidir sobre o certo e o errado. Cada indivíduo deve escolher o que é melhor para si e para a sociedade, sendo esta postura e este novo entendimento decisivos para as transformações de estruturas e para as mudanças culturais que se desencadearam em fins do período medieval e não pararam mais. Uma das estruturas principalmente afetadas e transformadas com o descobrimento da razão individual e sua conseqüente história foi e continua sendo a estrutura familiar.

4 A FAMÍLIA PLURAL

A família plural tem como critério em sua base a afetividade, mas que não possui uma forma homogênea no sentido de ter uma única estrutura ou forma, conhecida como família plural.

Na visão de Giddens, construção se propicia através de relações democráticas entre companheiros e companheiras e entre pais e filhos (GIDDENS, 2005), onde os cônjuges e companheiros trabalham em atividades

extra-lar, e ao mesmo tempo ambos dividem a responsabilidade doméstica. (BORGES, 2007. p. 15).

Como o critério afetividade abre possibilidades para formas familiares distintas, pode-se pensar em relações homoafetivas, em famílias monoparentais e em união estável entre homem e mulher.

Neste modelo familiar há uma crise da autoridade dos pais, pois a autoridade não está dada. A noção de autoridade não está, neste sentido, predeterminada, pré-estabelecida, a autoridade em novas famílias é construída. Na visão de Giddens, esta construção se propicia através de relações democráticas entre companheiros e companheiras e entre pais e filhos. (GIDDENS, 2005, p. 99)

Segundo o entendimento de Roudinesco, em relação à terceira fase da evolução ou estruturação da forma familiar: “A partir dos anos 1960, impõe-se a família dita contemporânea – ou pós-moderna - que une, ao longo de uma duração relativa, dois indivíduos em busca de relações íntimas ou realização sexual”. A transmissão da autoridade vai se tornando então cada vez mais problemática à medida que divórcios, separações e recomposições conjugais aumentam. (ROUDINESCO, 2003, p.19)

Roudinesco relata as características das novas famílias denominando-a como família contemporânea ou pós-moderna. A primeira característica é a duração relativa, a união dos casais pode ser dissolvida e cada indivíduo tem a possibilidade, após a dissolução da relação, mudar de parceiro ou parceira para construir novas relações. A segunda característica é os dois indivíduos, a família contemporânea começa a não ter mais como regra a heterossexualidade, mas incluir a homossexualidade. A terceira característica da família pós-moderna é a realização sexual de ambos os parceiros. (ROUDINESCO, 2003, p. 19).

Paulo Ghiraldelli Júnior afirma que “o corpo torna-se o grande centro de atenção” (GHIRALDELLI JÚNIOR, 2007, p. 44) para o homem pós-moderno e que “temos uma identidade não mais alojada no plano da consciência tomada no sentido robusto, mas posta no plano de uma consciência minguada que, enfim, se torna dispensável, pois sua referência é o corpo”(GHIRALDELLI JÚNIOR, 2007, p. 42).

Portanto, a instituição novas famílias “tem a ver com a emergência do corpo no palco de atuação do indivíduo”, (GHIRALDELLI JÚNIOR, 2007, p. 43), pois, na contemporaneidade tornou-se central a busca de relações íntimas ou realização sexual para unir indivíduos e constituir famílias. Isso, porque, “no final do século XX e início do XXI, então, estamos vivendo uma quase identidade entre o ‘eu’ e o ‘corpo’”. (GHIRALDELLI JÚNIOR, 2007, p. 46)

Andrighi entende as novas famílias “sob a dimensão dos direitos humanos de terceira geração, a solidariedade tem como escopo defender a humanidade, difundindo-se o afeto, nesse contexto, como fator de solidariedade. O afeto tem, assim, compromisso com o gênero humano”. (ANDRIGHI; KRÜGER, 2008. p. 84)

É notório que atualmente, a pós-modernidade tem trazido relevantes mudanças nos relacionamentos afetivos, que nos dizeres de Zygmunt Bauman apresenta um novo quadro cultural que ele define como modernidade líquida (BAUMAN, 1998). Liquidez é a metáfora que Bauman utiliza para explicar o sentido da pós-modernidade, onde a crise das ideologias fortes, pesadas, sólidas – típicas da modernidade – produziu, do ponto de vista cultural, um clima fluido, líquido, leve, caracterizado pela precariedade, incerteza, rapidez de movimento (BAUMAN, 2005). Afirmando:

Os líquidos, diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade [...] Enquanto os sólidos têm dimensões especiais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo (resistem efetivamente a seu fluxo ou tornam irrelevante), os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la. (BAUMAN, 2005, p. 8).

Com tantas incertezas próprias da pós-modernidade, o modelo denominado patriarcalismo vem sendo superado, através da mudança cultural no conceito de família. (CASTELLS, 2000, p. 169-285). Esta mudança no conceito de família, por sua vez, está vinculado ao movimento denominado feminismo, sobre o qual esclarece Hahn:

O feminismo consiste num movimento político, social e cultural, simultaneamente. Este movimento é caracterizado como o que mais revolucionou a história humana nos últimos séculos. O movimento feminista foi decisivo para

gerar crises na estrutura patriarcal inerente às estruturas que compõem as sociedades contemporâneas (HAHN, 2010, v. 2, p. 56).

Diante destes elementos essenciais que identificam os fatores que visam a mudanças sociais e atualmente as transformações na estrutura familiar, resignificando a pluralidade de famílias modernas, os tribunais e a doutrina passaram a valorizar o afeto, que encontra respaldo no princípio da solidariedade humana no art. 3º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, visando à afetividade nas instituições familiares, e chamando-a de família plural.

Desde meados dos anos de 1960 até atualmente os indivíduos sentem-se livres para inventar e criar novas estruturas familiares, diferentes das tradicionais, este processo de autonomização e de individuação que possibilita resistir, inventar e ser diferente. (GIDDENS, 2005, p. 102)

Portanto, a diversidade cultural cumpre uma função fundamental na criação dos sistemas sociais, intensificado pelas migrações e pelas mudanças. Há um anseio generalizado pela família para prover estabilidade num mundo de transformações, como a flexibilidade e adaptabilidade no local de trabalho: o mesmo precisa se aplicar a capacidade de conservar relacionamentos através da mudança, até mudanças radicais como o divórcio, torna-se central não somente para a felicidade do indivíduo, mas também para a continuidade das relações com os filhos através do exercício e prática da democracia. (GIDDENS, 2005, p. 104)

Tendo o termo família, sido escolhido num momento e contexto histórico em que predominava o patriarcalismo, deriva do latim *famulus* que significa o conjunto de servos e dependentes de um chefe ou senhor. Para os antigos romanos, a esposa, os filhos, os servos libertos e os escravos eram *famulus* de um patriarca, o que, no contexto histórico atual faz surgir a necessidade de uma ressignificação do termo. (HAHN, 2010, p. 55).

E, com as mudanças, a economia e a cultura se transnacionalizam tanto na família como em outras áreas, cada qual demandando reconhecimento e respeito às suas origens valores e ideias, reconhecendo o multiculturalismo como uma proposta ética e filosófica do respeito mútuo que merece cada uma de todas as culturas. Assim, a capacidade transformadora das estruturas familiares implica

igualdade, respeito mútuo, autonomia, tomada de decisão através da comunicação e resguardo da violência. Grande parte destas mudanças fornece também um modelo para os relacionamentos pais-filhos. Os pais mesmo reivindicando autoridade sobre os filhos, esta será mais dialogada. (GIDDENS, 2005, p. 103)

Por sua vez, ao estudar as fases históricas de formas familiares se compreendem que a ideia atual de família é que a cultura familiar é um sistema de padrões de comportamento socialmente transmitidos que servem para adaptar e transformar as comunidades humanas. Portanto a família é o produto de formas históricas de organização entre os humanos que está em um momento de construção de uma sociedade democrática. Onde, atualmente, o surgimento da nova estrutura familiar é a superação do paradigma metafísico-essencialista, ou seja, a descoberta do indivíduo, a afirmação da razão individual e da subjetividade, são fatores decisivos para a mudança de comportamento.

Com o critério afetividade nas relações familiares abre possibilidades para formas familiares distintas, pode-se pensar em relações homoafetivas, em famílias monoparentais e em união estável entre homem e mulher.

Atualmente, a legislação considera família aquela que decorre do casamento civil derivada da união estável, família matrimonial, e a comunidade formada por um dos pais e o filho(a), consanguíneos ou não – família monoparental (artigo 226, §§ 1º a 4º da Constituição Federal/88 e artigo 25, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

A doutrina e a jurisprudência reconhecem a família informal, nascida de vínculos afetivos fora do casamento e da união estável formada por casais do mesmo sexo a família homoafetiva; família anaparental, constituída por parentes ou, ainda que não parentes dentro de uma estruturação com entidade de propósito e, por fim, a família eudemonista que, unida pelo afeto, dá sustento psicológico para que cada integrante busque sua emancipação individual (DIAS, p.44-48, 2005).

Portanto, o papel social da família é extremamente importante, pois a família é o ponto de encontro de uma gama de tendências que afetam a sociedade como um todo, como a igualdade crescente entre os sexos, o ingresso

generalizado de mulheres na força de trabalho, mudanças no comportamento e nas expectativas sexuais e a mudança na relação entre casa e trabalho. Podendo-se enumerar, pelo menos, três grandes modelos familiares determinados por um critério que se encontra em sua base organizativa presentes ao longo da história.

Compreende-se que a ideia atual de família é que a cultura familiar é um sistema de padrões de comportamento socialmente transmitidos que servem para adaptar transformar as comunidades humanas. Portanto a família é o produto de formas históricas de organização entre os humanos que está em um momento de construção de uma sociedade democrática.

Portanto, a diversidade cultural cumpre uma função fundamental na criação dos sistemas sociais, intensificado pelas migrações e pelas mudanças. Há um anseio generalizado pela família para prover estabilidade num mundo de transformações, como a flexibilidade e adaptabilidade no local de trabalho: o mesmo precisa se aplicar a capacidade de conservar relacionamentos através da mudança, até mudanças radicais como o divórcio, torna-se central não somente para a felicidade do indivíduo, mas também para a continuidade das relações com os filhos.

Quer-se educar filhos para a cidadania em um modelo de Estado Democrático de Direito, educar filhos a partir de formas familiares onde se exercita e se pratica a democracia, cada qual demandando reconhecimento e respeito às suas origens valores e ideias, reconhecendo o multiculturalismo como uma proposta ética e filosófica do respeito mútuo que merece cada uma de todas as culturas e estruturas familiares (HAHN, 2010, v. 2, p. 56).

Onde o surgimento da nova estrutura familiar, denominado de plural, é a superação do paradigma metafísico-essencialista, ou seja, a descoberta do indivíduo, a afirmação da razão individual e da subjetividade, fatores decisivos para a mudança de comportamento.

5 A MEDIAÇÃO NA ESTRUTURA FAMILIAR

Percebe-se que a instituição família e a sua diversidade cultural bem como a construção da identidade e do reconhecimento da mesma e a busca pela resolução de conflitos extrajudiciais através da mediação, vem surgindo como uma das formas mais bem sucedidas para a transformação de conflitos nas relações entre os membros familiares, pois favorece o diálogo e o entendimento entre as partes e propõe uma mudança cultural nas interações humanas, pela qual as relações das divergências pressupõem um diálogo, através de uma comunicação compreensiva e respeitada entre os membros, que significa a transformação pacífica de pessoas para uma cultura de paz social.

Os últimos anos do final do século XX estão associados às grandes mudanças ocorridas na sociedade, resultante do aprofundamento da diversidade identitária nas relações de família. Não obstante, as modificações nas estruturas familiares resultantes dos movimentos sociais, dos avanços tecnológicos e da globalização, levando a uma consequência lógica dessas transformações a disseminação de uma identidade cultural mundializada.

As modificações da sociedade, resultantes de uma espécie de reação ao processo globalizante verifica-se na construção de uma civilização com identidade local com hábitos, valores, costumes e culturas, no panorama globalizado. Dada essa multiplicidade e complexidade social, torna-se cada vez mais relevante à compreensão da influência das mudanças culturais na construção da identidade das pessoas e importa reconhecer a diversidade cultural e seus efeitos na sociedade.

Vê-se que, ao mesmo tempo em que construção da identidade na sociedade e na cultura influencia no desenvolvimento das relações familiares e na dinâmica dos conflitos interindividuais, refletindo sobre a mediação para a solução dos conflitos familiares que surgiram através de tais transformações.

A formação psicológica em termos gerais é o resultado das experiências vividas, principalmente pelas experiências infantis e pelas relações interpessoais. E geralmente o que desencadeiam os conflitos familiares é a introjeção de valores e regras que os pais passaram aos filhos. Sendo a família a célula mais

importante para o desenvolvimento psíquico para compreender a reprodução da cultura e da construção da subjetividade de cada indivíduo.

Percebe-se, que no Estado Democrático de Direito, os conflitos sociais entre eles os familiares é regulado e tratado no judiciário em que o Estado-Juiz analisa o caso específico e aponta a lei. Na tentativa de agir sobre o conflito, ao invés de intervir sobre o sentimento das partes, o conflito não é solucionado apenas transformado. Assim o diálogo e a compreensão estão sendo abolidos da vida cotidiana e isso vem trazendo consequências negativas para a sociedade que sofre devido aos inúmeros conflitos que surgem diariamente entre as pessoas e que acabam sendo levados a resolver perante a justiça.

Por estas razões, a mediação surge como forma alternativa de soluções de conflitos, permitindo o reestabelecimento de comunicação entre as partes, sob a concepção sistêmica, o amor neste contexto, se traduz na diretriz onde a comunicação entre os seres se origina autopoeticamente de modo que o direito de amar e de ser feliz se constitui em dever de compreender a si próprio e estar com o outro, rompendo a individualidade. Partindo da concepção que o mediador é a arte de muito ouvir e pouco intervir.

O direito de família esta diretamente ligada à vida e aos sentimentos e também disposto a conflitos gerados no âmbito no seio familiar. Porém tais conflitos se bem desenvolvidos e resolvidos podem trazer crescimento e melhorar o convívio familiar trazendo harmonia e satisfação para as partes envolvidas na mediação.

Portanto a mediação é um método transformador de resolver os conflitos no âmbito do direito de família. As práticas da mediação tratam primeiramente dos sentimentos, principalmente da afetividade que sempre estão presentes em conflitos familiares e na maioria dos casos é a questão principal que envolve o problema em discussão. Desta forma necessitam vincular-se afetivamente, ser reconhecido e valorizado, para que possa obter melhor qualidade de vida consigo mesmo e com o outro principalmente no âmbito familiar.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, percebe-se que o reconhecimento da importância da mediação nas estruturas familiares tem desempenhado importante papel na busca pelo reconhecimento intersubjetivo e social, debruçando-se sobre as fontes teóricas e empíricas arroladas na construção dos pilares da estrutura das relações sociais do reconhecimento.

Portanto, o intuito desta pesquisa além de abordar as mudanças legislativas, envolvendo famílias plurais no Brasil, trata também da importância da construção de uma sociedade fraterna. Hoje, diante da diversidade cultural, principalmente em termos de família, a sociedade é convidada a vivenciar uma pluralidade de identidades e a conviver com novas formas de agrupamentos familiares.

O multiculturalismo contribui com estes debates, buscando ampliar o acesso aos direitos humanos das minorias e pode-se afirmar que a sociedade multicultural tem aberto espaço, inclusive jurídico, para a liberdade de expressão da orientação do desejo sexual. Desta forma, as novas estruturas familiares, compostas por casais homossexuais, encontram-se alicerçadas na diversidade e nas diferenças dentro da realidade social e jurídica, abrangendo, inclusive questões previdenciárias.

Assim, constata-se a intenção do Estado de acompanhar os fatos sociais em curso, oferecendo um procedimento que consiga dar conta da complexidade social e o garantir acesso a Direitos Fundamentais para todas as pessoas, independente de sua orientação sexual. Este aspecto tem sido muito positivo no Brasil, embora muito ainda falte para que a cultura do respeito à diversidade seja efetivado no convívio social.

Pois a afetividade/ amor é antes de tudo uma relação marcada por uma grande diversidade de sentimentos, paradoxos e ambiguidade: vai-se do amor ao ódio com uma facilidade incrível. Quando sentimos que não recebemos a mesma quota de atenção que despendemos ou nos achamos merecedores.

Importa destacar que admitir a existência de comunidades familiares é respeitar os valores constitucionais da democracia, do estado democrático de direito e a eficácia dos direitos fundamentais.

Considerando os princípios democráticos e a inegável pluralidade de formas de vida amorosa, conclui-se que o direito necessita adequar-se à sua finalidade protetiva, afastado de qualquer tipo de moralidade dominante.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, F. N.; KRÜGER, C. D. G. **Coexistência entre a socioafetividade e a identidade biológica – uma reflexão**. In: BASTOS, Eliene Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da (Coords.). Família e jurisdição II. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BAUMAN, Z. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

_____. **Ensaio sobre o conceito de cultura**. Trad. Carlos A. Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BORGES, F. C. **A mulher do pai – Essa estranha posição dentro das novas famílias**. São Paulo: Summus, 2007.

CASTRO, C. R. S. In: TABAK, Dany; VERUCCI, Florisa (org.). **A difícil igualdade: os direitos da mulher como direitos humanos**. Rio de Janeiro: Relume - Demará, 1994.

DIAS, M. B. **União Homossexual: O preconceito & a justiça**. 2 ed. Ver. Atual. Porto Alegre livraria do advogado, 2001.

_____. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GIDDENS, A. **A terceira via**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 5ª edição. Editora: Record. Rio de Janeiro, S. Paulo, 2005.

GHIRALDELLI JÚNIOR, P. **O corpo**. Filosofia e educação. São Paulo: Ática, 2007.

- GRZYBOWSKI, C. **Caminhos e Descaminhos dos Movimentos Sociais no Campo**. Rio de Janeiro: Vozes, 1987.
- GOLEMAN, D. **Inteligência Social: O poder das relações humanas**. São Paulo, Ed. Campus, 2007.
- HAAL, S. **Identidade cultural na pós-modernidade**. Trad. Tomaz Tadeu Silva: DP&A Editora. 7ª edição – São Paulo. 2005.
- HAHN, N. B. Feminismo e novas famílias: conexões possíveis. In.: SANTOS , André Leonardo Copetti ; DEL'OLMO, Florisbal de Souza (org.). **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 2.
- HABERMAS, J. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.
- HONNETH, A. **Luta por reconhecimento, a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- LACAN, J. **Da psicose paranoica em suas relações com a personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1989.
- LUHMANN, N. **O amor como paixão para a codificação da intimidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 1991.
- MATURANA, H.; Francisco, V. **A árvore do conhecimento. As bases biológicas do entendimento humano**. São Paulo: editorial Psy II. 1995.
- MILL, J. S. **A sujeição das mulheres**. Coimbra: Almedina, 2006.
- MOCELIN, Daniel Gustavo; GEHLEN, Ivaldo (Org.). **Organização Social e Movimentos Sociais Rurais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.
- MORIN, E. **Sete saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2000.
- ROUDINESCO, E. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- SCOTT, J. W. **A cidadã paradoxal: as feministas francesas e os direitos do homem**. Florianópolis: Mulheres, 2002.
- TOURAINE, A. **Um novo paradigma para compreender o mundo de hoje**. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

_____. **Iguais e Diferentes. Poderemos viver juntos?**, Rio de Janeiro: Vozes, 1997.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

**GT – FUNDAMENTOS E ATUALIDADES DE
CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

CANOAS, 2015

CONTROLE PUNITIVO E CONTEXTO BIOPOLÍTICO: REVISITANDO O REALISMO MARGINAL DE EUGÊNIO RAUL ZAFFARONI

Fabrizio Martinatto da Costa,

RESUMO: A noção de biopolítica, desenvolvida por Michel Foucault e, mais recentemente, Giorgio Agamben, faz referência à formação de uma sociedade em que a política é dirigida ao controle da vida em todos os seus aspectos. Nesse sentido, o presente artigo pretende levantar a possibilidade de inserir o discurso jurídico-penal nesse contexto analítico, a fim de compreendê-lo como um importante elemento que compõe o conjunto de procedimentos de governamentalidade das populações, constituindo estratégias de gestão populacional e de administração dos ilegalismos levadas a cabo pelos dispositivos de segurança. Nesse sentido, a construção das formulações técnico-jurídicas do direito penal processa-se em torno da necessidade de preservação do Estado Democrático de Direito e das formas de vida legitimadas por tal paradigma sócio-político. Os dispositivos de exceção passam, assim, a constituírem-se em mecanismos de garantia da própria democracia: o direito penal atua como instrumento de garantia, como instrumento que reduz (ao mesmo tempo em que autoriza e fundamenta) a incidência do poder punitivo, sendo submetido a uma racionalidade governamental que opera a partir da chave da economia (avaliação dos efeitos, se positivos ou negativos), e não da legitimidade jurídico-política. Paralelamente a tal abordagem, constata-se que as propostas deslegitimadoras do poder punitivo, não-abolicionistas, como a do realismo marginal de Eugênio Raul Zaffaroni, pretendem a contenção do exercício do poder de punir, através de uma reformulação do discurso jurídico-penal. O estudo do discurso jurídico-penal a partir da formação de uma sociedade biopolítica, entretanto, evidencia a necessidade de se buscar novos rumos para a perspectiva deslegitimante, sob pena de se perder o caráter radical que dá renovado fôlego à análise do fenômeno criminal.

PALAVRAS-CHAVE: controle punitivo; deslegitimação do poder punitivo; funções do direito penal; realismo marginal; biopolítica.

1 INTRODUÇÃO

Não parece exagero afirmar que o problema levantado pela noção de biopolítica é incontornável, caso se pretenda compreender minimamente as

implicações éticas e políticas dos dispositivos de poder na atualidade. A vida humana tornou-se não mais o objetivo último da intervenção política, mas sim um recurso para gerir populações, um instrumento de governo. Mais do que as disciplinas, os mecanismos biopolíticos reformulam a relação entre vida e política, de modo que o mero viver acaba por se equivaler a uma técnica de administração/gerência de recursos humanos. Efetivamente, o cálculo dos mecanismos biopolíticos é feito para preservar e cuidar da vida, quando útil, e abandoná-la, quando inútil. O presente artigo pretende demonstrar a pertinência de inserir os discursos jurídico-penais no contexto analítico supra exposto. Contexto este desenvolvido por autores como Michel Foucault e Giorgio Agamben. Diante de um déficit no diálogo entre biopolítica e saber jurídico-penal, a maioria dos trabalhos que adotam uma análise foucaultiana da atuação do direito penal contemporâneo acabam por sonegar veementemente os estudos acerca dos dispositivos biopolíticos, ficando apenas no já tão debatido tema dos dispositivos disciplinares. É necessário advertir desde já, portanto, que não se parte de uma cisão inexistente entre dispositivos do poder disciplinar e dispositivos da biopolítica. Defende-se, ao contrário, uma relação de complementaridade, tal como referido por Foucault.

Por seu turno, assiste-se, contemporaneamente, à emergência de uma dogmática jurídico-penal voltada para as consequências (HASSEMER, 2008), em que se exige, para sua legitimidade, além de uma conformidade normativa, uma conformidade efetiva sobre o mundo, seja para proteção de bens jurídicos, seja para prevenção (geral e especial) ou mesmo para garantir a aplicação racional, segura e justa do direito, esta última uma clara herança moderna. Qualquer que seja a orientação epistemológica das vertentes dogmáticas, as categorias que formam o arcabouço discursivo do direito penal estão orientadas para, nos termos de Vera Regina de Andrade (1994, p. 262), “gestar a segurança jurídica na administração da Justiça Penal”. Trata-se, portanto, de compreender o papel das teorias penais na manutenção ou não da estratégia governamental contemporânea expressada pelos mecanismos biopolíticos.

Diante disso, passar-se-á a considerar a proposta deslegitimadora do poder punitivo, levada a cabo, na América Latina, pelo Realismo Marginal do

penalista argentino Eugênio Raul Zaffaroni que, em síntese, pretende a contenção do exercício do poder de punir, através de uma reformulação do discurso jurídico-penal. A questão, aqui, fundamentalmente será a de averiguar as limitações passíveis de serem encontradas quando se insere o Realismo Marginal na perspectiva biopolítica: seria, ainda, pertinente sustentar o direito penal como instrumento destinado à contenção do poder punitivo, diante da emergência de uma estratégia de poder que restringe o político à administração da vida humana? Quanto poderia resistir o direito penal para efetivamente afastar-se dos mecanismos biopolíticos e formular um discurso dirigido à contenção das arbitrariedades do poder punitivo?

2 A BIOPOLÍTICA, A GOVERNAMENTALIDADE, OS DISPOSITIVOS DE SEGURANÇA: A LÓGICA DO DIREITO PENAL “GARANTISTA”

Michel Foucault, nas aulas proferidas no Collège de France, desenvolveu, especialmente entre 1975 e 1980, o problema da biopolítica. *Em defesa da sociedade, Segurança, território e população e Nascimento da biopolítica* são os cursos de Foucault que darão ênfase à questão da biopolítica, vista como “a nova tecnologia que [...]se dirige a multiplicidade dos homens” (FOUCAULT, 1999, p. 289). Tecnologia esta que, ao mesmo tempo em que se diferencia, é complementar às técnicas disciplinares anteriormente estudadas pelo filósofo francês.

A noção foucaultiana de biopolítica é desenvolvida especialmente em decorrência do método que o autor adota para estudar as relações de poder. Segundo Foucault, não é possível compreender as relações de poder a partir de uma teoria da soberania, eis que tal teoria pressupõe a existência de um sujeito submetido a outro sujeito, um poder unitário e fundado em uma legitimidade transcendente. Foucault (1999, p. 51), ao contrário, trabalha com o que chama de “operadores de dominação”. Isso quer dizer que não são os poderes que derivam da soberania; a análise não parte de elementos preliminares, mas sim da “própria relação de poder, da relação de dominação no que ela tem de factual, de efetivo, e de ver como é essa própria relação que determina os elementos sobre os quais

ela incide” (FOUCAULT, 1999, p. 51). O que interessa para Foucault são, portanto, “as relações de sujeição efetivas que fabricam sujeitos” (FOUCAULT, 1999, p. 51) e não procurar o fundamento pelo qual os sujeitos se submetem à sujeição.

A perspectiva metodológica acima delineada permite a Foucault problematizar um dos atributos fundamentais da teoria clássica da soberania, qual seja, o direito de vida e de morte, bem como a transformação dos mecanismos de poder operada especialmente nos séculos XVII, XVIII e XIX. Trata-se de uma modificação do poder soberano de “fazer morrer e deixar viver” por um poder de “fazer viver e deixar morrer”, a biopolítica.

Foucault argumenta que essa nova tecnologia de poder opera em um nível diferente daquele em que se exerce o poder disciplinar. Uma vez que “a disciplina tenta reger a multiplicidade dos homens na medida em que essa multiplicidade pode e deve redundar em corpos individuais que devem ser vigiados, treinados, utilizados, eventualmente punidos”, a biopolítica, por seu turno,

se dirige a multiplicidade dos homens, não na medida em que eles se resumem em corpos, mas na medida em que ela forma, ao contrário, uma massa global, afetada por processos de conjunto que são próprios da vida, que são processos como o nascimento, a morte, a produção, a doença, etc. (FOUCAULT, 1999, p. 289).

Trata-se, portanto, de um mecanismo de poder que procura dar conta de problemas relacionados à população e às massas. Problemas esses advindos de uma explosão demográfica e industrial que demandava um certo controle através de órgãos complexos de coordenação e centralização. Esta nova tecnologia de poder seria, portanto, complementar aos mecanismos disciplinares operacionalizados sobre indivíduos (FOUCAULT, 1999).

Entretanto, diante da expressão “fazer viver e deixar morrer”, característica essencial da biopolítica, surge a questão: “como um poder como este pode matar, se é verdade que se trata essencialmente de aumentar a vida, de prolongar sua duração, de multiplicar suas possibilidades, de desviar seus acidentes, ou então de compensar suas deficiências?” (FOUCAULT, 1999, p. 304). Foucault, então, argumenta que a ideia de racismo, apesar de não ter sido inventada com esse propósito, emerge como o mecanismo que permitirá decidir

quem deve morrer e quem deve viver. É dessa forma que os Estados soberanos passam a utilizar mecanismos biopolíticos como meio eficaz de exercício do poder:

Se o poder de normalização quer exercer o velho direito soberano de matar, ele tem de passar pelo racismo. E se, inversamente, um poder de soberania, ou seja, um poder que tem direito de vida e de morte, quer funcionar com os instrumentos, com os mecanismos, com a tecnologia da normalização, ele também tem de passar pelo racismo. (FOUCAULT, 1999, p. 306).

O termo racismo não é empregado, aqui, simplesmente na sua concepção étnica, mas deve ser compreendido como todo e qualquer mecanismo de exclusão do diferente destinado a assegurar a vida. Esse movimento, portanto, consistente num exercício de seletividade e eliminação, permite delinear o princípio racista, do qual o exercício do biopoder é dependente: “a morte dos outros e o fortalecimento biológico da própria pessoa, na medida em que ela é membro de uma raça ou de uma população, na medida em que se é elemento numa pluralidade unitária e viva” (FOUCAULT, 1999, p. 308).

O paradoxo que se constata é que a exclusão e conseqüente morte do outro, operada pela biopolítica, fortalece o sentimento de ser coletivo, social e plural. Nesse mesmo sentido, é possível fazer um paralelo com o sentimento de comunidade inferido por Zygmunt Bauman, nos seguintes termos:

A comunidade realmente existente será diferente da de seus sonhos — mais semelhante a seu contrário: aumentará seus temores e insegurança em vez de diluí-los ou deixá-los de lado. Exigirá vigilância vinte e quatro horas por dia e a afiação diária das espadas, para a luta, dia sim, dia não, para manter os estranhos fora dos muros e para caçar os vira-casacas em seu próprio meio. E, num toque final de ironia, é só por essa belicosidade, gritaria e brandir de espadas que o sentimento de estar em uma comunidade, de ser uma comunidade pode ser mantido e impedido de desaparecer. O aconchego do lar deve ser buscado, cotidianamente, na linha de frente. (BAUMAN, 2001, p. 22).

Realizando o movimento de inserção do discurso jurídico-penal legitimante na perspectiva biopolítica, é possível afirmar que, se é o saber disciplinar (poder sobre o corpo) que efetiva as práticas punitivas nas instituições, por outro lado é a biopolítica que dá novo sentido ao poder punitivo, ao permitir que a vida seja controlada sob a justificativa da segurança, da proteção aos bens jurídicos, ou da efetivação dos direitos fundamentais. É a biopolítica que confere o espaço legítimo de atuação do poder punitivo, a partir de todo um aparato discursivo que procura, simultaneamente, assegurar e aniquilar a vida.

A biopolítica, portanto, consiste em uma nova estratégia de governo, que não age diretamente sobre os indivíduos, mas que “lida com estes fenômenos da política [...], que são os interesses ou aquilo por intermédio do qual determinado indivíduo, determinada coisa, determinada riqueza, etc., interessa aos outros indivíduos ou à coletividade” (FOUCAULT, 2008, p. 62). Exemplo de tal estratégia, segundo Foucault, seria o princípio da moderação das penas: entre o crime e o poder soberano de punir interpõe-se uma “fina película fenomenal” que sustenta o interesse pela punição e sobre a qual a razão governamental biopolítica pode agir:

E com isso a punição aparece como devendo ser calculada em função, é claro, dos interesses da pessoa lesada, da reparação dos danos, etc. Doravante, porém, a punição deve arraigar-se apenas no jogo dos interesses dos outros, do seu meio, da sociedade, etc. Interessa punir? Que interesse há em punir? Que forma a punição deve ter para que seja interessante para a sociedade? Interessa supliciar ou o que interessa é reeducar? E reeducar como, até que ponto, etc., e quanto vai custar? A inserção dessa película fenomenal do interesse constituindo a única esfera, ou antes, a única superfície de intervenção possível do governo (FOUCAULT, 2008, p. 63).

Outro exemplo de implementação desta estratégia biopolítica seria a utilização de análises eminentemente econômicas para decifrar fenômenos não econômicos – a criminalidade, por exemplo –, como fizeram os neoliberais da Escola Econômica de Chicago. Complementando os argumentos inferidos em *Vigiar e Punir*, Foucault afirma que a suavização das penas sugerida por essa nova estratégia de governo – da qual Beccaria pode ser considerado o precursor – não está associada a qualquer princípio de humanidade ou de sensibilidade diante das formas antigas de punição, como o suplício. Trata-se, segundo Foucault, de uma análise econômica da política, uma “economia política” do funcionamento da justiça penal. A política penal, assim, não está dirigida à impossível missão de fazer desaparecer o crime, mas de intervir no “mercado do crime e em relação à oferta de crime”, no intento de limitar essa oferta. A intervenção representa um custo que, todavia, não poderá superar nunca o custo da criminalidade cuja oferta se pretende limitar (FOUCAULT, 2008).

Outros problemas, portanto, são inseridos na ordem do direito penal, que não mais se limita a dizer quais condutas devem ser consideradas crimes e como puni-las. Trata-se, agora, de uma gestão da criminalidade, aquilo que Foucault

denomina de “questão de penalidade”, ou seja, gerir a quantidade de delitos que devem ser permitidos e a quantidade de pessoas que devem ser deixadas impunes (FOUCAULT, 2008, p. 350).

Poder-se-ia dizer que, tal como os reformadores penais do século XVIII formularam uma verdadeira dogmática jurídico-penal destinada a dar um fundamento ao direito/poder de punir do Estado, ainda hoje é possível constatar nos discursos legitimadores do direito penal a tentativa de instituir uma economia política da justiça penal.

É nesse sentido que Cesar Candiotti elabora interessante estudo sobre a normalização e a regulação da delinquência em Michel Foucault. Em *Vigiar e Punir*, Foucault apresenta a prisão como uma forma de punição que permite operacionalizar as disciplinas, produzindo indivíduos dóceis e úteis. Entretanto, a delinquência disciplinada na prisão deve servir também a outros interesses, como a produção de riqueza. Assim,

a questão não é eliminar a delinquência, mas normalizá-la, torná-la economicamente útil, politicamente favorável ao lucro fácil e escuso. O delinquente não seria o efeito negativo do fracasso prisional, mas o resultado positivo de uma sociedade burguesa que se alimenta da acumulação legal e ilegal do capital (CANDIOTTO, 2012, p. 22).

Daí a conclusão, nada ortodoxa, mas muito oportuna, de que o policiamento e o encarceramento não são mecanismos de combate à delinquência, mas são produtores da insegurança, eis que normalizam e regulamentam a delinquência para gerir as manifestações políticas e sociais, legitimando as muitas vezes ilegais atuações do estado e de seus aparelhos repressivos (CANDIOTTO, 2012). À conclusão semelhante chega Giorgio Agamben, quando afirma, na linha de Deleuze, que, mais do que disciplinar, o Estado contemporâneo destina-se a gerir e controlar, e cita um exemplo atual: “depois da violenta repressão das manifestações contra o G8 de Gênova, em julho de 2001, um funcionário da polícia italiana declarou que o governo não queria que a polícia mantivesse a ordem, mas gerisse a desordem” (AGAMBEN, 2014).

O delinquente é duplamente fabricado e gerido, seja pelos dispositivos disciplinares, em espaços como a prisão, seja através dos dispositivos de segurança, quando está fora dos muros do cárcere. Essa conclusão, iniciada em

Vigiar e Punir e complementada em *Segurança, Território e População*, permite a Foucault romper com o binarismo segurança/insegurança: os dispositivos de segurança não pretendem acabar com a insegurança. Segundo Candiotti (2012, p. 23), a delinquência passa a ser governada, pois

a permissividade da circulação da delinquência está na raiz da racionalização em torno dos discursos sobre a ordem pública, que a produção da insegurança é constituinte do discurso em torno das estratégias securitárias. Ao pensar assim, ele [Foucault] rompe com a lógica dicotômica e binária segundo a qual a ordem seria a negação da desordem, a política o término da guerra, o direito a negação da violência.

Tem-se, portanto, dispositivos de segurança que são fundados na insegurança, destinados a gerir todos os espaços da vida, a partir de uma economia política. Agamben (2008) evidencia o equívoco de justapor em uma única expressão os termos “economia” e “política”, pois “onde tudo é normalizado e tudo é governável, o espaço da política tende a desaparecer”. Este espaço ausente de política é aquele onde o estado de direito é fundamentado e se indetermina a partir do seu estado de exceção, onde os dispositivos de segurança se legitimam nas apelações por segurança, onde finalmente direito e violência não representam uma dualidade, mas estabelecem uma relação de complementaridade. O conceito de biopolítica delineado por Foucault possibilita realizar a devida crítica ao movimento totalizante empreendido pelos mais diversos discursos jurídicos contemporâneos: a tentativa de formalização da vida, ou seja, a ideia de abarcar todos os meios de vida no mundo formal do direito, de modo que seja possível a apropriação, a regulamentação e o controle de todas as ações humanas, sob o argumento “humanizadamente” perverso de “controlar para fazer viver”. Nesse sentido são as palavras de Foucault:

Ora, agora que o poder é cada vez menos o direito de fazer morrer e cada vez mais o direito de intervir para fazer viver, e na maneira de viver, e no “como” da vida, a partir do momento em que, portanto, o poder intervém sobretudo nesse nível para aumentar a vida, para controlar seus acidentes, suas eventualidades, suas deficiências, daí por diante a morte, como termo da vida, é evidentemente o termo, o limite, a extremidade do poder (FOUCAULT, 1999, p. 295).

É a biopolítica que justifica, a partir da captura da vida, o ato de “fazer viver e deixar morrer” do Estado, ou seja, o poder de aniquilar a vida do outro para que as vidas de algumas pessoas possam ser preservadas. É a partir de um objetivo garantidor que se permite a regulamentação da vida e o controle generalizado dos

corpos. Evidentemente, o sentido de aniquilamento da vida pela biopolítica, aqui referido, não significa apenas a morte biológica, mas todas as formas que levam à morte indireta: “o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição, etc.” (FOUCAULT, 1999, p. 306).

Os mecanismos do biopoder utilizados pelos Estados contemporâneos centram-se, em suma, na ideia de que “a sociedade ou o Estado, ou o que deve substituir o Estado, tem essencialmente a função de incumbir-se da vida, de organizá-la, de multiplicá-la, de compensar suas eventualidades, de percorrer e delimitar suas chances e possibilidades biológicas”. A consequência dessa função atribuída aos Estados e efetivada no âmbito da biopolítica consubstancia-se “[n]o direito de matar ou [n]o direito de eliminar, ou [n]o direito de desqualificar” (FOUCAULT, 1999, p. 313).

Assim, necessário se faz abandonar qualquer ideia que aprisione o sujeito à normatividade, como se fosse possível que o homem autorizasse a regulação de sua vida – sob o argumento de segurança e garantia – em prol de uma irrealizável liberdade. Assim, torna-se inócua qualquer tentativa discursiva de reintroduzir o “sujeito normativo” (o cidadão) à ordem jurídica, como pretendem determinados discursos jurídico-penais ditos garantistas, pois não se trata de um simples equívoco normativo (falta de um estatuto garantidor aos condenados criminalmente). A estratégia de desconstrução a ser efetivada passa essencialmente pela crítica ao discurso jurídico-penal enquanto estratégia de poder que busca disciplinar e controlar os corpos através da biopolítica.

Nesse sentido, os estudos de Agamben, baseados na noção de biopolítica de Foucault, servem como norte para a constatação de alguns efeitos proporcionados pelo saber jurídico-penal. É nesse sentido que o filósofo italiano infere que o horizonte biopolítico explicita as dicotomias vividas na Modernidade, que permitiram, por exemplo, a transição do Absolutismo para a Democracia sem a necessidade de modificação profunda na lógica jurídica que sustenta essas duas estruturas (AGAMBEN, 2007a). Outra passagem que corrobora tal entendimento é a seguinte:

A contiguidade entre a democracia de massa e os Estados totalitários não têm, contudo, [...] a forma de uma improvisada reviravolta: antes de emergir impetuosamente à luz do nosso século (século XX), o rio da biopolítica, que arrasta consigo a vida do *homo sacer*, corre de modo subterrâneo, mas contínuo (AGAMBEN, 2007a, p. 181).

Ao passo que a apropriação da vida para o exercício concomitante do controle e da exclusão constitui elemento evidentemente necessário para a promoção do Estado de Direito, ou seja, para garantir a própria vida, não é de se admirar que o saber jurídico-penal, apesar da criação de uma dogmática orientada para o Direito Penal Mínimo, não consiga constituir-se em uma racionalidade que afaste toda e qualquer forma de violência. Tal constatação não propõe pensar uma reconstrução do direito penal voltada para afastar a violência institucionalizada, mas sim alegar que até mesmo a criação de modelos minimalistas não são capazes de efetivar aquilo a que se propõem, precisamente porque fomentam a continuidade de um sistema estatal moldado pela biopolítica.

A importância de Agamben, portanto, reside não apenas na continuidade que o filósofo dá aos trabalhos de Foucault sobre a biopolítica, mas também no estabelecimento de uma relação íntima entre o poder jurídico institucional e o poder biopolítico. Essa relação não foi mencionada nos trabalhos de Foucault, que separava drasticamente poder soberano e biopolítica. Nesse sentido, infere Agamben o seguinte:

Pode-se dizer, aliás, que a produção de um corpo biopolítico seja a contribuição original do poder soberano. A biopolítica é, nesse sentido, pelo menos tão antiga quanto a exceção soberana. Colocando a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não faz mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua [...], reatando assim com o mais imemorial dos *arcana imperi* (AGAMBEN, 2007a, p. 14).

Este trabalho, portanto, adota uma posição mais aproximada à de Agamben, no sentido de considerar que biopolítica e soberania são poderes que estão intimamente relacionados, ainda que não se confundam e guardem certas diferenças. Desde tal ponto de vista, a biopolítica pode constituir-se em uma estratégia de poder efetivamente orientada pelo poder soberano. É, portanto, a estratégia biopolítica que autoriza o Estado a fundamentar suas ações, fato que Agamben constata no desenvolvimento da ideia de vida nua, ou seja, uma vida que é incluída para ser excluída, que permite ao modelo estatal contemporâneo defender os direitos fundamentais a partir de uma lógica defensivista: exclusão do

outro considerado uma ameaça. É possível concluir, com Agamben, que “a vida nua tem, na política ocidental, este singular privilégio de ser aquilo sobre cuja exclusão se funda a cidade dos homens” (AGAMBEN, 2007a, p. 15), cidade esta em que a vida nua não pode habitar, estando, todavia, restrita a um novo espaço: o campo.

É possível concluir, ainda, que o saber jurídico-penal sustenta-se e opera a partir dessa lógica. Daí a necessária referência à biopolítica e à vida nua aqui realizada. A apropriação da biopolítica pelo Estado inclui a vida nua no espaço político. Aquilo que antes estava localizado à margem do ordenamento jurídico agora é incluído para ser excluído. É a vida nua consubstanciada pelos mecanismos biopolíticos que se tornará, segundo Agamben, “o fundamento oculto sobre o qual repousa o inteiro sistema político” (AGAMBEN, 2007a, p. 17). A vida nua constitui todo o aparato político que pretende a “proteção da vida”.

Desta feita, não se pode afirmar que a vida nua seja passível de eliminação pelo Estado de Direito, eis que é exatamente o movimento excludente dessa vida que permite a permanência do paradigma político vigente. A definição de estado de exceção por Walter Benjamin, na oitava tese sobre a história, cujo estudo é ampliado por Agamben, denota de maneira contundente a inclusão da vida nua no ordenamento jurídico para que se torne objeto de exclusão: para a vida nua, o estado de exceção é a regra. O estado de exceção não significa a oposição da vida nua à norma jurídica, como se fosse um local onde faltasse direito. Ao contrário, o estado de exceção é autorizado pela norma a suspendê-la, inserindo a vida nua no âmbito do ordenamento para que seja efetivamente excluída. O estado de exceção permite que o ordenamento se relacione intimamente com aquilo que é excluído do direito, de modo que a vida nua está em perpétua relação com o poder que o banuiu:

A exceção é uma espécie da exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. A norma se aplica a exceção desaplicando-se, retirando-se desta. O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão. Neste sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, capturada fora (*ex-capere*) e não simplesmente excluída (AGAMBEN, 2007a, p. 25).

O estado de exceção, assim, se torna a regra para fazer funcionar todo o aparato estatal idealizado para “proteger” a vida. Com as ideias aqui expostas, é possível inferir que os estudos jurídicos contemporâneos não veem, por exemplo, nos verdadeiros extermínios realizados pelo sistema punitivo brasileiro um ato constitutivo do Estado de Direito, mas uma simples ausência de Constituição. Toda a estrutura jurídica que sustenta esses extermínios torna-se, portanto, inabalável diante de uma crítica jurídica que se limita a tentar estender os direitos fundamentais para a população excluída. Não percebe que, ao realizar essa crítica, os extermínios continuarão, pois é exatamente a noção de “proteção” aos direitos fundamentais que contribui para a barbárie operada, acreditando-se ainda que o fortalecimento da ordem jurídica, a partir da submissão total da vida ao direito, seria capaz de resolver as mazelas sociais. Mais do que isso, o simples desejo de estender os direitos fundamentais à vida nua desconsidera que o viver político dessa população continua inoperante, apesar de capturado.

Em outras palavras, o saber jurídico contemporâneo preocupa-se exclusivamente em estender aos excluídos uma “vida de direitos”, ou seja, tornar possível uma forma de vida racionalmente constituída a ser aceita sem maiores indagações. Trata-se, portanto, de um saber que se contenta na realização dos ideais normativos previamente constituídos pela lógica racionalista, sem promover qualquer senso crítico acerca da perversidade de uma lógica que somente considera válida as formas de vida normatizadas. Ou seja, os próprios ideais normativos (de justiça, de segurança, etc.) passam incólumes por qualquer reflexão jurídica.

Nesse sentido, o contexto biopolítico do estado exceção, desenvolvido por Agamben a partir das incursões a Michel Foucault, Hanna Harendt, Walter Benjamin e Carl Schmitt torna-se especialmente relevante neste trabalho, pois se trata de um importante exemplo de estratégia jurídica contemporânea totalizante, destinada à propagação dos efeitos de poder sobre determinadas camadas da população, entre elas aquela que é tragada diariamente pelo sistema punitivo estatal. Sistema este racionalmente justificado pelo saber jurídico-penal, onde a estratégia biopolítica encontra seu *locus*. A grande inovação trazida pela noção de biopolítica ao estudo dos impactos punitivos na contemporaneidade é considerar

não apenas o soberano com o trânsito livre pelo espaço da vida nua, submetendo os corpos e exercendo o poder de matar e fazer viver (vida matável e insacrificável, no sentido de impossibilidade de uma pena capital). No espaço da vida nua, qualquer ação é justificada para a consecução dos objetivos do saber biopolítico, do qual o saber jurídico-penal é absolutamente conivente. É a vida nua uma categoria presente no mundo atual graças à racionalidade instrumental que torna suportável aquilo que é eticamente insuportável.

A apropriação da vida em todos os sentidos, bem como o limiar que torna direito e vida indiscerníveis (vida=norma) constituem dois efeitos de poder do discurso jurídico-penal atual. Diante da apropriação de todas as formas de vida para seu efetivo controle, com a conseqüente eliminação do Diferente, o movimento totalizante, fruto de uma racionalidade instrumental, segue o seu destino rumo à justificação de qualquer forma de violência institucionalizada. A grande contribuição do estudo da biopolítica no âmbito do discurso jurídico-penal legitimante consiste, portanto, numa constatação daquilo que as teorias jurídicas contemporâneas ainda se furtam de enfrentar, ou que arditosamente acabam por justificar: uma estratégia política de reconhecimento e apropriação, com o conseqüente movimento de eliminação (a constituição daquilo que Agamben chama de vida nua).

Sem a consciência de que o duplo movimento de apropriação/eliminação constitui o próprio cerne do discurso penal legitimante, não seria possível realizar a crítica aqui proposta, eis que é possível constatar que a violência justificada pelo discurso é operada precisamente na ideia totalizante da biopolítica.

Portanto, é interessante perceber como que as instituições totais vão se aperfeiçoando, de modo que, hoje, a vida não necessita ser mais aprisionada para ser submetida ao controle. Mais do que um mecanismo econômico de submissão de uma classe dominada por uma classe dominante, trata-se de um movimento político que permeia todas as relações humanas, em que todos são submetidos a uma normalização da vida. Nada mais escapa ao controle e ao exercício do poder: o direito formaliza a vida ao ditar a forma a ser aceita ou tolerada e definir qual o padrão a que todos devem estar submetidos. Sua única preocupação seria estender essa forma de vida a todos. Estamos vivendo o ápice

da totalidade jurídica: o direito encontrou a forma de vida perfeita, revestiu-a de legitimidade constitucional e projeta estendê-la sem maiores considerações.

3 EXCURSO: AS DIFICULDADES DAS TEORIAS JURÍDICO-PENAIIS DE RESISTÊNCIA NA COMPREENSÃO DOS MECANISMOS BIOLÓGICOS

A noção de biopolítica, como observado, é fundamental para compreender o aparato controlador desenvolvido para que a vida siga determinado rumo previamente estabelecido. São as exigências de proteção que formam determinado padrão de vida a ser preservado. A partir de então, é este padrão – também utilizado pela ciência penal - que dará sustentação às decisões sobre aquilo que deva ser preservado ou aniquilado.

A vida, em todos os seus sentidos, é facilmente controlada por mecanismos tão sutis que hoje são considerados fundamentais para se viver. Vide, por exemplo, a ideia de crime e pena: poucos são aqueles que conseguem pensar a existência da vida sem a presença desses mecanismos de controle social, não obstante a comprovação empírica de sua absoluta falta de eficiência e a constatação da violência que tais categorias produzem. De certa forma, não se consegue fugir das amarras da biopolítica, eis que se fez crer que esta é essencial para a própria existência da vida.

Os mecanismos de controle da vida são, assim, identificados com a própria realidade e tornados eternamente necessários. Mais do que isso, é possível verificar que o discurso jurídico-penal tenta desvincular as ações biopolíticas do exercício do poder, justificando o controle punitivo como uma estratégia meramente normativa, necessária para a proteção das pessoas. Assim, por exemplo, a teoria do bem jurídico, que atribui ao direito penal a função de tutela de bens jurídicos, delineia estratégia punitiva alicerçada na necessidade de punir para proteger. Tal teoria procura se afastar da realidade biopolítica através de um argumento estritamente normativo e, por conseguinte, possui baixíssimo grau de criticidade quanto à “bondade” do poder punitivo.

É possível afirmar que o discurso que justifica a implementação dos mecanismos biopolíticos esgota a vida, pois reduz a realidade aos termos

conceituais de uma teoria legitimadora. Que se encubra a violência intrínseca à execução de uma pena criminal com a elaboração de uma sentença condenatória considerada justa, simplesmente porque esta foi elaborada racionalmente em consonância com todos os princípios do direito penal e do processo penal, é já um dos efeitos perversos da representação tornada realidade pela ciência penal.

É possível dizer, ainda, que há sempre um transbordamento de sentido quando a ciência penal pretende impor determinados limites para sua atuação. Isso porque no próprio estabelecimento das bases dogmáticas do direito penal, que procuram impor limites à incidência do poder punitivo, já se escamoteiam as relações de poder que estão em jogo. Nessa construção discursiva, são eleitas funções metafísicas que nada dizem respeito ao atuar concreto do poder punitivo.

No entanto, como ensina Foucault, não é possível desvincular as relações de poder da formulação de um saber. E, como observa-se em Agamben, o estado de direito não é passível de conter ou de impor limites ao estado de exceção que se verifica no exercício do poder punitivo, precisamente porque o estado de exceção sustenta o estado de direito. A relação entre poder punitivo e estado de direito confirma a tese: não é possível pensar, hoje, o estado de direito sem o exercício do poder punitivo. O que nos faz concluir que as figuras do homo criminalis, do desviante, do inimigo não são apenas elementos privilegiados de um Direito Penal de Exceção (ou, para a teoria penal contemporânea, de um Direito Penal do Inimigo). Eles são figuras essenciais também para o Direito Penal do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos (1984) infere que

uma política criminal de 'proteção da sociedade contra o crime' como foco dirigido para o indivíduo criminoso, submetido à remoção, segregação, cura e educação, sob o fundamento do estado 'perigoso', mesmo que acene com um Direito Penal 'humanizado' pela 'ciência do crime e do criminoso', não deixa de constituir a forma mais acerbadada de violência repressiva.

Evidentemente, não se trata de tornar indiferentes o Direito Penal de Exceção e o Direito Penal do Estado Democrático de Direito. As medidas teóricas criadas para a efetivação de um direito penal orientado contra o poder soberano de punir, instituindo aportes dogmáticos de contenção das agências executivas

punitivas, são especialmente relevantes nos países cujas instituições democráticas demonstram-se fragilizadas, como o Brasil.

No entanto, como será delineado a seguir, a construção de um direito penal contendor do poder punitivo não aprofunda o problema. Permanecerá a possibilidade de criação de um espaço de exceção constituinte do estado de direito, permitindo que a vida nua, a partir desse espaço indiscernível de atuação soberana, possa ser morta. A morte ocorre sob os auspícios do Estado de Direito, e não fora dele.

Talvez mesmo a dogmática jurídico-penal não comporte um problema desta magnitude. No entanto, tratando-se de um saber conivente com o exercício do poder punitivo, mesmo quando pretende contê-lo, necessário se faz uma investigação acerca das pretensões do direito penal diante do modelo atual de Estado e de Direito estudado por Michel Foucault e, mais recentemente, por Giorgio Agamben.

Diante desse quadro, ainda que o saber penal não seja capaz de modificar a estratégia biopolítica, é a partir da análise de seu discurso que se abrem possibilidades para um pensamento que vai além da mera justificação do exercício do poder punitivo ou da mera tentativa de conter o estado de exceção consubstanciado nas práticas punitivas.

Nesse sentido, deve-se ter a devida consciência da esfera de incidência do discurso legitimador do poder punitivo. Para tanto, não é possível mais dizer que o direito penal atua exclusivamente no âmbito da decisão penal e da execução da pena. O direito penal, ao representar a “programação normativa e tecnológica do exercício de poder dos juristas” (ANDRADE, 2006, p. 469), autoriza e fomenta o funcionamento de todo o sistema penal, desde as técnicas utilizadas pelas instituições de operacionalização do controle penal (Congresso, Polícia, Ministério Público, Justiça, Penitenciária) até a formação de uma cultura punitiva (mídia, escola, universidade). As funções eleitas pelo discurso, portanto, estão intimamente relacionadas com todo o aparato penalógico que sustenta e envolve o sistema penal como um todo.

4 O REALISMO MARGINAL DE ZAFFARONI: É POSSÍVEL CONSTITUIR UM DIREITO PENAL LIVRE DAS AMARRAS BIOPOLÍTICAS?

Diante do que foi até aqui discutido, restaria questionar como as teorias jurídico-penais ocupam-se em construir elementos dogmáticos a fim de operacionalizar o direito penal nesse contexto biopolítico, acima delineado. Ao considerar que a penalidade contemporânea é cada vez mais uma questão de gerência da desordem do que propriamente uma questão de manter a ordem, é possível localizar o discurso jurídico-penal numa nova dimensão. Trata-se de um discurso mais preocupado em criar maneiras de atuação efetivas e condizentes com o modelo estatal adotado do que legitimar-se internamente. Uma dessas tentativas pode ser atribuída ao Realismo Marginal de Eugênio Raul Zaffaroni.

A proposta de Zaffaroni é partir de um direito penal deslegitimado, ou seja, sem a intenção de justificá-lo com os objetivos de segurança ou proteção, fato que ocorre comumente nas teorias penais hegemônicas. A posição teórica, assim ganha especial relevância, sobretudo na América Latina, local em que, como salienta Zaffaroni, diante da alta mortalidade advinda da operacionalidade do sistema penal, o discurso “se desarma ao mais leve toque com a realidade” (ZAFFARONI, 1991, p. 12).

A deslegitimação do sistema penal proposta por Zaffaroni é constatada a partir da análise de dados sociais, que são mais aparentes na região marginal (América Latina):

mortes, privação de liberdade e vitimizações que recaem sobre os setores majoritários e carentes de nossas populações; a total indiferença pelas vítimas dos órgãos que exercem o poder penal; a perda completa de controle sobre as agências executivas do sistema penal e a crescente minimização da intervenção dos órgãos judiciários; e a prática de delitos gravíssimos por parte dos integrantes dos órgãos penais (ZAFFARONI, 1991, p. 108).

Em suma, as mortes produzidas cotidianamente em decorrência da operacionalidade do sistema penal permite, sem exageros, denominar o que hoje se vive como “um genocídio em andamento” (ZAFFARONI, 1991, p. 108).

Desde já, percebe-se que a posição deslegitimante de Zaffaroni está sedimentada numa observação da realidade social da América Latina. Esta consideração não é admitida pela maioria dos discursos jurídico-penais, pois

estes consideram que, por se tratar de um saber normativo, a programação do direito penal não poderia ser deslegitimada por dados empíricos, estando restrita ao mundo do “dever ser”. No entanto, é pertinente a crítica de Zaffaroni (1991, p. 19) ao inferir que o discurso jurídico-penal, ao restringir-se ao “dever ser”, desconsidera a possibilidade de esta programação “vir-a-ser”, pois, segundo o penalista argentino, “para que esse ‘dever ser’ seja um ‘ser que ainda não é’ deve considerar o vir-a-ser possível do ser, pois, do contrário, converte-a em um ser que jamais será, isto é, num embuste”.

Portanto, o discurso jurídico-penal formulado alheio à realidade social é um discurso perverso, pois “oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício de poder” (ZAFFARONI, 1991, p. 19). O erro metodológico das teorias legitimantes evidenciado não consistiria simplesmente na formulação de um “direito penal desprovido de dados sociais, mas sim construído sobre dados sociais falsos” (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 65-3).

A partir de tal fato, destacam-se dois dados falsos incorporados pelo discurso legitimante: “a) a suposta realização natural da criminalização secundária e b) a partir dela, a ilusão de sua capacidade para resolver os mais complexos problemas e conflitos sociais” (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 67). Nesse sentido, o discurso estaria superdimensionando o poder da agência judicial frente à seletividade do poder punitivo. No entanto, “a mera observação leiga da realidade” permite constatar que o poder punitivo realmente opera a partir da seletividade, evidenciando uma séria lesão ao “narcisismo teórico do direito penal” e destruindo a crença messiânica do discurso jurídico-penal (ser o direito penal capaz de resolver os mais graves problemas sociais):

Pode-se afirmar que a história do poder punitivo é a das emergências invocadas em seu curso, que sempre são sérios problemas sociais. [...] o poder punitivo pretendeu resolver o problema do mal cósmico (bruxaria), da heresia, da prostituição, do alcoolismo, da sífilis, do aborto, da rebelião, do anarquismo, do comunismo, da dependência de tóxicos, da destruição ecológica, da economia informal, da especulação, da ameaça nuclear etc. Cada um desses conflitivos problemas dissolveu-se, foi resolvido por outros meios ou não foi resolvido por ninguém, mas nenhum deles foi solucionado pelo poder punitivo. Entretanto, todos suscitaram emergências em que nasceram ou ressuscitaram as mesmas instituições repressoras para as quais em cada onda emergente se apelara, e que não variam desde o século XII até a presente data (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 68).

Valendo-se dessas falsas premissas e de objetivos “bondosos”, constrói-se um discurso jurídico-penal que: (a) cumpre função legitimadora, não apenas da agência judicial, mas de todo o sistema penal (teorias da pena); (b) cumpre função pautadora de decisões que devem ser necessariamente adequadas à premissa legitimante (teorias do delito), importando mais a coerência interna de um sistema justificador do poder punitivo do que propriamente a realidade conflitiva social; (c) é dotado de elementos negativos que reduzem o poder da agência judicial, impondo limites ao horizonte de projeção do saber penal e legitimando o exercício de poder das agências executivas (ZAFFARONI, 1991, p. 186).

A partir da constatação de um poder punitivo deslegitimado e da falsidade e conseqüente violência dos discursos jurídico-penais legitimantes, Zaffaroni (1993) elabora, a partir do realismo marginal, um outro discurso – consciente dos efeitos de poder produzidos pela dogmática penal – que não esteja comprometido em legitimar o exercício do poder punitivo.

O autor infere ser necessário, primeiramente, que o jurista tome consciência dos “estritos limites de seu poder” (ZAFFARONI, 1991, p. 195). Ao constatar que o seu discurso legitimante está “esvaziado”, o jurista perceberá que o sistema penal – que é um fato de poder – permanecerá intacto. Assim, “por maior que seja a deslegitimação discursiva, os fatos de poder não desaparecem com os escritos dos juristas, uma vez que não estão sublinhados por sua legitimidade, mas, sim, por seu poder” (ZAFFARONI, 1991, p. 195). Seria necessário que as agências judiciais abandonassem a tentativa de relegitimar o exercício do poder punitivo (que não é um poder exercido pelas agências judiciais, mas sim pelas agências executivas) e procurassem legitimar o seu próprio exercício de poder.

Essa tomada de consciência é fundamental para Zaffaroni, pois a desidentificação entre discurso jurídico-penal e exercício do poder punitivo permitirá a construção da proposta fundamental de todo o pensamento do penalista argentino: constituir o direito penal como “ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso

do estado constitucional de direito” (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 40). O autor admite, assim, uma “volta ao direito penal liberal em novas bases, que reforcem a orientação decisória limitativa e redutora do poder punitivo por parte das agências jurídicas” (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 77).

Admitindo-se a inexistência de estados de direito reais perfeitos, mas apenas “estados que contêm (mais ou menos eficientemente) os estados de polícia neles enclausurados”, propõe-se que “o estado de direito [contenha] os impulsos do estado de polícia que encerra” (ZAFFARONI et. al., 2003, 41). Essa contenção, por sua vez, dar-se-ia através da constituição de um poder jurídico consciente dos seus limites, somente instituído de legitimidade quando destinado a controlar o exercício arbitrário do poder punitivo. Conforme Zaffaroni et. al. (2003), o exercício do poder punitivo a ser contido é uma clara expressão do estado de polícia que sobrevive dentro do estado de direito graças às teorias legitimantes que, em maior ou menor escala, racionalizam as funções manifestas do direito penal.

Zaffaroni justifica, por conseguinte, a necessidade de uma decisão pré-dogmática (política) sob a qual se fundamente o direito penal, tendo em vista a impossibilidade de um saber jurídico-penal politicamente neutro: “o direito penal, neste sentido, é teleológico: trata-se de um saber com um destino político definido de antemão, que pode ser garantidor (limitador) ou autoritário (supressor de limites), funcional quanto ao estado de direito ou ao estado de polícia” (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 154).

Ao reivindicar um posicionamento político do discurso jurídico-penal, Zaffaroni pretende denunciar um discurso asséptico que tem a pretensão de atingir a segurança jurídica através da neutralidade de seus conceitos. Além disso, torna-se perceptível que os objetivos do discurso jurídico-penal não são definidos pelo método dogmático, mas são produtos de uma escolha política anterior, que orientará toda a construção conceitual do discurso (teoria do delito, especialmente).

No entanto, o autor nega que a simples explicitação de uma opção política do discurso seja capaz de fazer oposição à violência do exercício do poder punitivo. Argumenta que também se faz necessário um “discurso sistemático

elaborado de modo progressivo e redutor” (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 172). Refere que, caso não se construa um discurso sistemático, a partir da deslegitimação do poder punitivo, ocorreria a substituição do sistema “por uma decisão política pura, só que em lugar de fazer a opção pelo estado de polícia, far-se-ia pelo estado de direito” (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 161). Nesse sentido, não bastaria definir a opção política do discurso; esta deveria vir acompanhada de uma sistemática que oferecesse racionalidade às decisões judiciais.

Assim, para Zaffaroni, uma dogmática que não explicita sua opção política – pleiteando a neutralidade – constituiria um discurso “irracional por seu método construtivo, sem prejuízo de que possa acabar no autoritarismo e ainda que não o faça” (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 154). Por sua vez, um discurso que, apesar de realizar a opção política, não adote determinada sistemática ou adote uma sistemática falsa (doutrina penal voltada para a legitimação das criminalizações primárias, fundamentando-se na ficção de que “o legislador é racional” e prescindindo de uma confrontação com os dados da realidade), transformaria o direito penal em instrumento arbitrário, sem qualquer efetividade para orientar as decisões judiciais e conter o poder punitivo.

Assim, a opção política da construção teórica de Zaffaroni é, como exposto, a de constituir um direito penal capaz de conter os excessos do poder punitivo. Acompanhada dessa escolha política, o autor procura construir um sistema que comporte tal função jurídico-penal e permita orientar as decisões judiciais no sentido politicamente proposto. Nesse sentido, utiliza-se da metáfora do “dique” para explicitar uma sistemática do direito penal politicamente orientada para a contenção do poder punitivo – portanto, não voltado para a simples sistematização das decisões legislativas (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 156-5 e 162).

À constatação da deslegitimação do poder punitivo exercido sempre de maneira “irracional”, Zaffaroni responde com a elaboração de um direito penal com “racionalidade contentora”. Essa construção sistemática seria permanentemente dinâmica, tensa e contraditória, pois se estaria diante de uma relação de constante luta, onde são opostos direito penal e poder punitivo.

A proposta, portanto, é feita a partir de uma dupla tomada de consciência. A primeira diz respeito à deslegitimação do poder punitivo. A segunda se refere aos limites do direito penal, que não é capaz de resolver os problemas sociais a que se propõe. A partir dessa conscientização, o direito penal ganha uma função delimitada, que consiste em oferecer elementos conceituais capazes de, racionalmente, orientarem uma decisão judicial contentora do poder punitivo. Para tanto, estado de direito (direito penal) e estado de polícia (poder punitivo) são polarizados. Nesse sentido, admitindo que o estado de polícia (poder punitivo) jamais será erradicado pelo estado de direito (direito penal), elabora-se um modelo (que também tem a pretensão de exercer poder – poder jurídico) que reduza a incidência do poder punitivo.

As construções dogmáticas propostas por Zaffaroni a partir da perspectiva do realismo marginal não são objeto de estudo do presente trabalho. O que interessa especificamente é a crítica formulada pelo penalista argentino a uma dogmática que se furta à análise dos dados sociais para as suas formulações teóricas e a proposta alternativa a essa construção teórica. O pensamento de Zaffaroni traz o esboço até então inédito de um saber penal voltado para a produção de efeitos de poder que a operacionalidade dos conceitos inevitavelmente produz. É esse pensamento que, particularmente, interessa à presente exposição. Por seu turno, a perspectiva deslegitimante do poder punitivo emerge de uma confrontação entre dogmática jurídico-penal e dados fornecidos pelas ciências sociais (que, para Zaffaroni, não são meramente ciências acessórias ou auxiliares).

Todavia, percebe-se que o movimento de Zaffaroni não ocorre no sentido de buscar aproximar a dogmática jurídico-penal da realidade, mas de questionar o direito penal que pretende afirmar as suas funções na realidade, de questionar os próprios limites que o projeto do direito penal encontra diante da realidade.

O poder punitivo mostra-se deslegitimado não apenas em relação a não verificação empírica das funções declaradas da dogmática penal na realidade, mas, principalmente, em relação à pretensão – sempre totalizante – de esclarecer o fenômeno criminal e estabelecer a solução para o problema. Trata-se de uma tomada de consciência fundamental, em que a dogmática jurídico-penal é

responsabilizada eticamente, porque não é possível que ela produza eternamente o seu discurso sob o argumento de ser uma ciência normativa e, portanto, atuar no mundo do “dever ser”. A normatividade da dogmática jurídico-penal e o seu caráter programático não são desculpas plausíveis para escamotear o entendimento de que o real sempre está diante do saber e nunca absolutizado pelo saber. Significa dizer, em outros termos, que os conceitos dogmáticos, ao tentarem efetivar as funções que dão legitimidade ao poder punitivo, pré-concebem o fenômeno criminal e, numa pretensão de dominação da realidade, acreditam que os problemas estão desvelados com o esclarecimento do real.

No entanto, a questão que permanece diante da proposta deslegitimante de Eugenio Zaffaroni é: não estaria o direito penal, ainda que delimitado por uma função redutora, relegitimando o poder punitivo ao pretender encontrar elementos racionalizantes que autorizam (ainda que restritivamente) a incidência de tal poder? Não estaria o direito penal relegitimado no contexto biopolítico que não discerne estado de direito e estado de polícia? A que se presta, hoje, essa desidentificação entre direito penal e poder punitivo?

Quando Giorgio Agamben, na esteira de Walter Benjamin, afirma que a exceção tornou-se a regra, que a vida excepcionada pelo poder estatal tornou-se vida nua e que a biopolítica converteu-se na tática de governo hegemônica, quer-se dizer, ao final, que as democracias tornaram-se incapazes de pensar uma política fora do âmbito estatal. Mais do que isso, as teorias jurídicas não mais enxergam o resíduo entre vida nua e direito. Baseando-se numa igualdade formal, em que todos são sujeitos de direitos, tais teorias acreditam tratar-se de um mero problema de efetivação de direitos e ignoram que a “ausência” de direitos é fato constitutivo do estado de direito. Isso porque, repita-se, não há, para essas teorias, uma política fora do Estado: a biopolítica ainda emerge como modelo de governo a ser combatido.

É preciso dimensionar, agora, as implicações dessas constatações no direito penal, especialmente sobre aquele direito penal que, acertadamente, não mais fundamenta a criação de seus conceitos a partir de objetivos metafísicos que nada dizem respeito ao atuar jurídico-penal. Tal análise acaba por restringir-se ao modelo deslegitimante de Zaffaroni, o único penalista que, reconhecidamente,

trabalha o direito penal desde uma perspectiva agnóstica e, portanto, não vincula os conceitos jurídico-penais às pretensas funções “cientificamente” estabelecidas pelo sistema jurídico.

A teoria de Zaffaroni, ao propor a contenção do poder punitivo (estado de polícia) pelo direito penal (estado de direito), está perfeitamente consciente – ao contrário do pensamento penal hegemônico – de que o estado de polícia não foi sucumbido pelo estado de direito. Apesar de ver os dois modelos como ideais e antagônicos, admite que o estado de polícia está presente no estado de direito através do exercício do poder punitivo e que “o poder do estado de polícia (poder punitivo) jamais será erradicado pelo direito penal” (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 96).

Sendo assim, não parece desautorizada a aproximação entre os conceitos de “estado de exceção” de Agamben e “estado de polícia” de Zaffaroni, principalmente em decorrência da relação desses dois modelos com o estado de direito. No entanto, enquanto, para o primeiro, o estado de exceção é o fundamento do estado de direito, para o segundo, o estado de polícia é passível de contenção pelo estado de direito. A reivindicação de Zaffaroni por um poder judicial (o direito penal) capaz de conter os arbítrios do poder punitivo está certamente muito distante da leitura que Agamben faz acerca do estado de exceção.

O problema que Agamben identificaria na teorização de Zaffaroni talvez fosse o mesmo que o motivou a escrever *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*: a ausência de uma teoria que seja capaz de relacionar o modelo jurídico-institucional e o poder biopolítico. Nesse sentido, o estado de direito como contendor do poder punitivo constituiria a manutenção da estratégia biopolítica, pois o que acaba por subsistir é o estado de direito violento, o exercício legitimado da violência estatal, a gestão da insegurança por dispositivos de segurança. A função contentiva do estado de direito acaba também tornando possível o exercício do estado de exceção. Aliás, não poderia ser outro o resultado de tal proposição, tendo em vista que estado de direito e estado de exceção são complementares e não opostos.

A violência é exercida, portanto, em nome da própria salvação do estado de direito. A matriz da exceção que torna direito e vida indiscerníveis continua capturando fora a figura do não-cidadão dentro do próprio estado de direito. Com isso não se quer dizer que Zaffaroni defenda o estado de exceção como regra, mas que o movimento deslegitimante perde a grande chance de questionar o próprio esquema violento que sustenta o direito penal.

O reconhecimento do poder punitivo como um elemento político, fora do direito, não apenas desidentifica direito penal e poder punitivo. Há, igualmente, uma tentativa fracassada de desidentificação entre direito penal e violência, que não faz outra coisa do que autorizar a violência através do direito. Nesse sentido, afirmar que o direito penal faz-se necessário apesar de sua insuficiência não seria um retorno ao discurso eficientista que a própria racionalidade deslegitimante pretendia combater? Propor que o direito penal, que durante toda a sua história legitimou o poder punitivo, seja capaz de agora contê-lo não seria escamotear o próprio problema de uma estrutura jurídica fundamentalmente violenta?

Dessa forma, admitir um poder jurídico incapaz de acabar com a violência do poder punitivo é uma constatação pertinente feita por Zaffaroni, ao identificar o genocídio em andamento vivido principalmente na América Latina. No entanto, a proposta redutora acaba por inviabilizar a radicalidade da crítica, ao se perpetuar o exercício do poder punitivo como elemento político a ser contido.

Se o poder punitivo não pode ser destruído pelo poder dos juristas e se a desaparecimento do poder punitivo necessita de profundas mudanças culturais, é preciso que os manuais de direito penal – se não são capazes de formular propostas radicais – não admitam a eternização desse poder punitivo, impedindo a crítica à subsistência da violência nas teorias jurídico-penais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A biopolítica, considerando o que se arguiu ao longo desta exposição, constitui-se em uma estratégia de poder evidenciada também nas práticas punitivas contemporâneas, delineando importante discurso jurídico-penal que se coaduna perfeitamente com o Estado Democrático de Direito. A exceção, que a

biopolítica inscreve sobre o Estado Democrático de Direito, mostra-se fundamental para a garantia do próprio paradigma do Estado de Direito, constituindo uma zona indiscernível onde a exclusão inclusiva pode ser operada, onde o poder punitivo pode livremente circular sobre a vida nua.

Nesse sentido, é possível questionar se o discurso jurídico-penal não pressuporia sempre, em alguma medida, a legitimação do poder punitivo, e não sua contenção ou limitação. Isso porque, segundo as considerações de Agamben sobre direito e violência, não seria cabível criar categorias da dogmática penal capazes de conter a incidência do poder punitivo. Essa tarefa estaria reservada a outro nível analítico, certamente mais inacessível quanto mais desejável, qual seja, o espaço político, ou aquilo que Agamben (2004, p. 97), inspirado em Walter Benjamin, denomina “desmascaramento da violência mítico-jurídica”, em que direito e violência não estão mais conjurados e indistintos. Reconhece-se o caráter enigmático da expressão, que necessitaria de um novo trabalho para ser satisfatoriamente explicado. Entretanto, bastaria aqui dizer que a solução da relação entre direito e violência, consubstanciada no estado de exceção e fomentada pela estratégia biopolítica, não pode ser dada por uma “reorganização” dos objetivos do direito, em especial do direito penal. Quem sugere isso desconsidera irresponsavelmente a violência que funda e mantém o direito.

Por seu turno, a biopolítica mostrou-se a categoria que melhor explicita o discurso jurídico-penal como um gestor da vida, a partir de dispositivos que servem não para promover segurança, mas gerir a insegurança. O grande objetivo dos discursos jurídico-penais, hoje, consiste na governamentalidade das grandes massas, oferecendo uma proteção ilusória em função dos riscos e perigos. Entretanto, é mesmo dentro dos limites impostos ao poder punitivo que operam os dispositivos de segurança, de modo que a distinção entre dentro (direito penal) e fora (poder punitivo), como demandado pelo Realismo Marginal de Eugênio Zaffaroni, não faz qualquer sentido no contexto biopolítico. Aceitando as palavras de Foucault, que Zaffaroni tão bem conhece, “não é recorrendo à soberania contra a disciplina que poderemos limitar os próprios efeitos do poder disciplinar” (FOUCAULT, 1999, p. 47).

Evidentemente, não se trata, de modo algum, de questionar a importância fundamental da teoria de Zaffaroni na redução das arbitrariedades e tiranias do poder punitivo estatal e de sua função histórica humanizadora; seu papel decisivo na história do pensamento criminológico crítico não pode deixar de ser reconhecido, salvo por um déficit analítico imperdoável. A intenção do presente trabalho foi a de apenas indicar o caráter bifronte que quanto ao seu discurso se pode reconhecer, como em todo e qualquer acontecimento de efetiva relevância histórica e política, evidenciando suas limitações e possibilidades para se pensar além do discurso deslegitimante do realismo marginal e sua proposta de contenção do poder punitivo.

Se Zaffaroni fala em um poder deslegitimado que necessita ser contido, entretanto permanece sem qualquer crítica a legitimidade de fato do Estado, que é chamado a responder às demandas sociais através da implementação de dispositivos de segurança. Em alguma medida, no sistema contentivo, o poder punitivo estará legitimado: diante da impossibilidade de —criar a ordem, restará ao direito penal, juntamente com outros aparelhos estatais, gerir a desordem, problema que a crítica deslegitimadora do exercício do poder punitivo não é capaz de, sequer, levantar.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. **Como a obsessão por segurança muda a democracia**. Le Monde Diplomatique. 6 jan. 2014. Disponível em: www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1568. Acesso em 1º jul. 2014.

_____. Democracia e pós-ideologia se elidem. **IHU Online**. 2008. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/12818-democracia-e-pos-ideologia-se-elidem-entrevista-com-giorgio-agamben>. Acesso em 1º jul. 2014.

_____. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007a.

ANDRADE, V. R. **Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida**. 1994. 501 fl. Tese de Doutorado. Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994.

_____. Minimalismos e Abolicionismos: a crise do sistema penal entre a expansão e a deslegitimação. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 13, p. 459-488, 2006.

BAUMAN, Z. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

CANDIOTTO, C. Disciplina e segurança em Michel Foucault: a normalização e a regulação da delinquência. **Revista Psicologia e Sociedade**, Belo Horizonte, vol. 24, p. 18-24, 2012.

FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1974-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Segurança, território e população**: curso no Collège de France (1977- 1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HASSEMER, W. **Direito Penal**: Fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

LARRAURI, E. **La herencia de la criminología crítica**. 3ª ed., Madrid: Siglo Veintiuno, 2000.

SANTOS, J. C. **As raízes do Crime**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, E. R. et. al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

DISCIPLINARY AND CONTROL SOCIETIES: URBAN SECURITY AND SEGREGATION IN PORTO ALEGRE

Fiammetta Bonfigli¹

Giovanni Fiamminghi²

ABSTRACT: In December 2014, during an empirical research on public/private security and urban violence in Porto Alegre (Brasil), two main field studies have taken place: the first one in the Presidio Central (Central Prison) of Porto Alegre; the second one at the DEICC (Department for urban control) of the city.

According to the semi-structured interviews conducted and the collection of quantitative data taken so far, the hypothesis of this article are:

-Disciplinary society and control society, as theorized by Michel Foucault, are ongoing processes. In particular, we refer firstly, to the construction of a specific rethoric about security- as expressed by the interviewed- and secondly, to video-surveillance as an instrument for the creation of docile bodies, social normalization and spatial segregation. In this sense, disciplinary and control processes are neither rivals nor at odds with each other: they are connected in symbiosis.

-Urban and prison environments have in common specific organization and structural division. Together with Wacquant the argument is that dispositifs of spatial, ethnical and social segregation, as the ones of subjectivation/de-subjectivation, create urban division and are at the same time reflected in the ethno-social composition of prisional population and its spatial/economical organization.

KEYWORDS: disciplinary control society; urban surveillance; prison system; Brasil; Porto Alegre.

1 INTRODUCTION

Smooth switching between disciplinary-society and control-society has never occurred. The two models of repression and government, far from being monolithic and compartmentalized systems, are processes that work, through

¹ **Fiammetta Bonfigli**, Post-doc em Direito, UnilaSalle, Canoas (RS), Brasil. E-mail: fiammetta.bonfigli@unimi.it

² **Giovanni Fiamminghi**, Dipartimento di Progettazione e Pianificazione in Ambienti Complessi, Università IUAV di Venezia, Venezia, Italy, e-mail: gio.fiamminghi@gmail.com

autopoietic mutually legitimizing mechanisms , in order to expand the possibility of governmentality.

Security - and its related rhetoric and the reality of violence (emptied of every possible political connotation) and fear - are outlined as places (topoi) of veridiction, legitimacy of the state, governance and policies, through the production and manipulation of languages and subjectivities. They make use of mechanisms of repression and coercion, control and vigilance, in a simultaneous or intermittent ways of acting, depending on the subjects involved, the different situations and historical or political moments.

The links between these two modalities of governmentality, the disciplinary society and the society of control are many, rhizomatic and smart: firstly, the exceptional, the spectacle or opacification of violence; secondly the discretion and pseudoscientific of what informs the decisions of governance; the action of the regimes of visibility on the ego.

They are immediately involved with the spheres of policy, law and representation as central fields in these processes.

Moreover, applying Loicq Wacquant's analysis on prison and ghetto it is possible to draw a line of proximity and fusion between the control strategies governing life in both spaces.

This “deadly symbiosis” (Wacquant:2001) is reproducing ethno-racial division and domination in the Brazilian context and the penal apparatus is working as a substitute of the ghetto for caste control.

In the analysis of the two devices of the "Presidium of the Central" and the "Integrated Command and Control Department of Porto Alegre", we observed and questioned the modalities of operation of these mechanisms, in their similarities and differences.

We experienced, in each of the two places, a guided tour of the architectural structures - of which were made two video-report - and a series of video interviews. More accurately:

15th December _ Presidio Central de Porto Alegre | Major Dagoberto Albuquerque da Costa | Brigada Militar | Diretor do Presidio Central | _| Major

Guatemi Echart | Integrante da Gestão do Presídio Central | Elaine de Oliveira | Assistente Social | SUSEPE

18th December _ DCICC, Departamento Comando e Controle Integrado de Porto Alegre | Coronel Antônio Scussel, Diretor | _ | Coronel Ricardo Alex Hofmann | Divisão de Análise Criminal

This paper tries to reveal the rhetoric and narratives that generate those "places of veridiction" (Foucault:2005) capable of legitimizing the creation and the acceptance - by the social corpus (body) - of certain devices, institutions, policies, regulations.

2 EXCEPTION AND *DISPOSITIF*

The "exception", as the basic institution in Law, allows the application of specific measures that can be found within a range of phenomena necessary for the possibility of governing-mentality, both regarding the disciplinary and repressive mechanisms and control and "vigilância distribuída" ones (Bruno 2013).

Giorgio Agamben (Agamben 2003), that deeply investigated this institute, in particular on the basis of theories made by C.Schmitt and W.Benjamin. He defines the "exception" as "the legal form of what cannot have the legal form", the force of law without the law, and as something that "has now become the norm," critical to the functioning of every regime of government of men, in particular of democratic regimes. He speaks of a "state of exception" as a *dispositif* by which the right refers to life and includes life within itself, through its own suspension.

In the Agamben's ontology, everything is divided into living beings (or substances) and *dispositif*. The interaction between them produces subjects. And that means that everything that is not a living being is *dispositif*: the computer on which I am now typing, pen and paper that could replace it, and every technology. even the language - probably "the oldest of the *dispositif*".

The *dispositifs*, on which it would be misleading to differentiate between material and symbolic, or between concrete and abstract, are configured rather as

an *assemblage*, a network of mechanisms, devices, instruments, behaviors, speeches, writings, knowledge, forms of production, average, protocols, frameworks, policies, institutions, languages, etc .. that are closely related to each other and related to the processes of subjectivation and de-subjectivation, that shape individuals and social organizations.

Through this kind of interpretation devices thus become a broad and nuanced category.

It is the ability to create processes of subjectivity (and-subjectivation) that makes a *dispositif* of government: removing, concealing the exercise of violence.

As we said, therefore, the *dispositifs* in their interaction with the living, would be the producers of the processes of subjectivity.

The relationship subject / subjectivation / subjection is at the center of the grid, which is configured as something likely to activate and put it to work - on each individuality and collectivity - a series of techniques and *technologies* of the self (Agamben: 1995), which are fundamental to the application of the possibility of the biopolitics.

Thus, these processes affect directly and massively the possibility of creating a personal and collective identity, that could be free and definite, jointly liable. They act directly on the personal and emotional sphere of the individual, mediating its understanding / representation of reality, compromising the interpretation capacity, influencing the world views and relationships with others, confining, so, in what remains as a precarious and temporary identity , a ghostly identity (also affected by diseases and neurosis), easily influenced and controllable. All that also results territorially in how we live and inhabit the space, private and collective, *habitats* and daily life.

As we said, today in the reading of some authors, the role of the *dispositif* becomes central: they create docile bodies and identities that must be subservient or precarious, spectral; they structure behaviors, produce or inhibit the desires, needs, everyday life, the ways of being together, our spaces.

The ability to perceive and to be aware of these flows is increasingly compromised, left to the individual and the individual's power to resist and react to real or symbolic violence, that those devices bring. However, a conscience

overstimulated just from an attention that becomes a pathological mechanism of supervision and continuing distrust, in which is rooted the fear of the other and the inability of the action, has little chance.

Therefore, the individual and the population become fundamental variables for governmentality. The main variable, for the possibilities of the government of men and of spaces in its various forms.

Andrea Cavalletti (2005) develops a concept of relationship between two fundamental notions - urbanization and civilization. The need for security is identified as what allows to legitimize the transfer of a part of our absolute freedom, at least potentially, to the state, leaving him a monopoly on force and violence. This process has been historicized by Contractarianism (Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau), in the fiction of an agreement that gives birth to a certain idea of modern society, with the overshoot of a hypothetical "state of nature". And with that, it also allows the creation of the 'a-social" and of the "abnormal", as we learn from H.Arendt and M.Foucault. Probably, in the name of fear rather than in the name of common good.

When the concept of population, space and govern, becomes a process, also become dynamic,. It fits the mode of capitalism and liberalism, with a logic that produces ripple effects, autopoietic. They have at their disposal new fields of experimentation: the territory, the body and minds, which become variables and constants on which to operate.

Assume the centrality of the concept of "population" (which connect subjectivities and space) and "territory" (which connect population and fear, according to the definition of territory given by Haesbaert(Haesbaert 2007), can help in understanding how they work the two different machines of repression and "vigilância distribuída".

3 PRESIDIO CENTRAL

"Let me look here, we have 3716 people and a capacity for 1900 and something ..."

The numbers of the prison in Porto Alegre, provided by the Director of the "Presidio Central", Major Albuquerque Dagoberto da Costa, leave nothing to the imagination on the situation of the prison population :“Here inside there are prisoners for various types of crime but the general profile of the inmate here is 67% of people between 18 and 24 years old, 68% for drug-dealing and consume, 45% not have completed primary education and are practically analphabets. They are young, poor, dwellers of the peripheral areas and the biggest amount is black.”

Every daylife conditions' and socio-spatial segregation, already part of the reality of the prisoners before incarceration, are reproduced within the prison. Here prisoners are located in different pavilions and galleries, according to territorial origin and to gangs, or sexual preference, or religious beliefs. In this way, it is shown: on one side a coextension between prison and territory; and on the other a deep connection between subjectivity and spatial body, physical and symbolic (in terms of the individual place in society and as its ability to access certain territories and resources).

The selectivity of justice- in the selection of crimes in the subjects to suppress and to punish- is already well established; the possibility of its discretion is linked to the powerful rhetoric and spectacularisation of drug trafficking, and to the legislation on the possession of drugs that leaves a gray space. In this gray space the exceptional can operate: the definition of the quantities that determine the charges of personal use or drug dealing and the periods of detention are established within the mesh of the legal institution and prison.

The exception system continues to emerge in the particular management of the “Presidio Central” de Porto Alegre, entrusted to the Brigada Militar for more than 20 years. This is the only case in Brazil where the extraordinary measure theoretically linked to an emergency situation, it is still in place, despite the initial planned period should be about 6 months.

“In the 90's there were a lot of revolts inside the prisons of Rio Grande do Sul, the most tensious moment was in 1995 when a lot of prisoners escaped from here after closing themselves inside the hospital. There were a lot of deaths and the Security Secretary chose at that time to give the responsability of the prison to

the Brigada Militar for six months. But this exceptional situation never ended and we are still in charge of the situation”.

All this then imply a reflection on staff training. Those who look to the "Prison Service", are the military police, who do not have the skills to perform the tasks assigned to them and that are formed, learning by doing, in the tense situation inside the prison. Even if they are assisted by the staff of SUSEPE (also still a segment of the Brazilian Military Police) with social workers, psychologists and other health workers, each of the respondents admitted, when questioned, the difficulties of the rehabilitative function theoretically assigned to the prison system .

Prison should ensure, in its foundational rhetoric, then in her own place of veridiction, the prisoner as a subject that is still part of the society and as the holder of a whole series of rights, notably absent and violated behind the bars.

Its constitutive fiction, therefore, falls here. The “ghost” of privatization of the prison system (which opens the possibility of exploitation of prison labor, probably already taking place informally) was supported by the new President of the State do Rio Grande do Sul, José Sartori.

The rehabilitative function- which is implied in government programs of education and work within the Presidio Central- if put into effect, could pave the way preparing the prison population to the introduction of private companies in the system of exploitation of labor.

This, to be possible, requires a number of rhetoric strategies to legitimize itself. These strategies are already at work: about the inefficiency of the judicial process, the impunity of criminals, the disfunctions of the prison system (officially sanctioned by the report produced on the structural conditions of the “Presidio Central” - that define it as the worst prison in the Americas or the creation of fear of the indult for the holidays of Christmas, which is spoken in the media as the setting free of a multitude of prisoners).

This rethorical strategies about prison of Porto Alegre, were contested and contextualized by the respondents, who have emphasized the manipulation by the the media and the public debate.

Also, thanks to the power of narratives, it was created the justification for the internal management of the prison by the Military Police, and the system of

internal representation of individual galleries of the prison, with the establishment of the position of *prefeitos*.

The overcrowded structure, in the prison of Porto Alegre, is what conveys the exceptional and is what allows the use of these *dispositifs*.

The number of prisoners does not even allow the closure of the cells (in the face of a space designed for 6-8 people, Maj Albuquerque spoke of a factual situation of more than 40 people). The cells are left open, allowing free movement within the galleries, each floor of the various pavilions present.

As the head of the BM explains:

“We are here since twenty years and we have established to develop a modality of administration in this prison that is not similar to others. There is no other police in the entire Brasil that has this ability to deal with a overcrowded prison like this. So we apply a strategy that is widely criticized[...]we have representatives in every prison wing, we have one prefeito and representatives of the gangs that negotiate between the brigada and the prison population. Me, for example, I cannot talk with 3700 prisoners so I just talk with the representatives of every wing, and he brings our orders to the other prisoners.

I know that this strategy can be easily criticized because this empowerment of the prisoners is what strengthens the leaders inside and outside the prison. But there is no other way to do that, I cannot just sit and say that we have to stop this “representative method” because the representatives of the gangs are the ones that are helping us to maintain the prison under control and in peace.”

Mechanisms of representation are introduced and tested as the only possibility to manage the situation and even justified through the rhetoric of participation and empowerment of *prefeitos* who are elected within each gallery.

The creation of the figure of *prefeitos*, in the exceptional situation of the prison, explains the coextension between territory and imprisonment, by reproducing inside, the logic, and the dynamics of gangs or other types of affiliations; also does not allow a real control of what happens inside as revealed by the dynamics required for a search - you must empty the pavilion to allow the revenue of the Military Police, an operation that requires the whole day and a huge

deployment of resources - or the discovery of a large number of weapons, telephones and other objects (or substances) that takes place in it.

Control, as previously observed for the function rehabilitation, proves here to be a fiction.

Thanks to this specific regime inside the Presidio Central that differentiates it from other prisons, is configured differently even the panoptic mechanism linked to the device.

This, however, is known and used explicitly, as explains Major Guatemi during the interview: it is activated to allow the maintenance of internal security at the prison, used to compensate for the imbalance of numbers, the police, supervise as effectively as possible the many, the prisoners.

Questions about the devices and the security protocols Maj Guatemi chose not to answer. He did it just to maintain this fiction, this doubt, worried we might socialize the information on the numbers of police officers involved in the operation in the galleries, or due to the devices and systems security. He was also worried that this information could then get hold somewhat of detainees.

The same attitude of suspect is probably the basis of the behavior of Captain Marobin that, during the guided tour of the prison facilities, asked to stop shooting video once we stepped inside the room where the video surveillance system of the prison is centralized.

This technique, this dispositif of visibility, allows the automatic operation of the power, and allows the self-policing mechanism is delayed as much as possible.

Precisely in the regimes of visibility, as well as in the exceptional, and also in the intentional action of suspension of the rights and norms, we find one of the intersections with the mechanisms and the targets of the dispositifs of surveillance/control, of the videosurveillance systems and of those who map digital identities and behavior in cyberspace

4 THE REGIMES OF VISIBILITY

“multiplos efeitos para o menor numero de causas; o maximo de aparencia para o minimo de realidade”(Bruno 2013)

The regimes of visibility, as said, are central to the functioning of both *dispositif s* of repression and control : by affecting the subjectivity through the game of seeing and being seen, of the control and being controlled.

The similarities of their effects, can be found in the grammar of urban landscapes, as in behavior - induced and standardized - of the subjects. However differences between regimes of visibility, depend on the manner of supervising, and by the types and numbers of people involved.

The architecture, real and ephemeral, of Bentham's panopticon, the base of the the design and structure of modern prisons, inform the total and distributed supervisory model, but not reified it, indeed it expands and refines it. Makes it work in a different way, leading some authors to speak of a synoptic model (Baumann 1999) and "palin-optical" (Bruno, 2013).

The panoptic produces an "internalization of the eye that watches, assures the automatic functioning of power and the transition to self-supervision"

In the panoptic model are "few" those whom watch over the "many", by concealing the eye that watches, that in this way is always present and induces the prisoners, who do not know at what time are observed to self-restraint. In synoptic, instead, are many who watch over few.

With the emergence of the current regime of visibility (typical of cyberspace but that expands itself to other territories) Fernanda Bruno, instead, speaks of the appearance of palinottico:“ Nem panoptico nem sinoptico, mas um modelo reticular e distribuido onde muitos vigiam muitos ou onde muitos veem e sao visto de variadas formas”

This latter term seems particularly appropriate, because it takes into account the mechanisms at the basis of all the *dispositifs* analyzed up to here: not a linear process but a movement that includes and excludes at the same time, that works with a dual action of capture and escape.

Networks of spread vigilance , not simply speak about hyperpanoptismo, as evolution of the model of Bentham, but bring out a new machine with a different

assembly of its components, and then an "other configuration of practices and devices in which supervision becomes a process distributed among multiple agents, techniques, functions, contexts, propositions, suffering, etc. "

The blatant violation of rights is somehow legitimized, such as those relating to privacy, conveyed through the emergency, the urgency and the security question, implemented by the cameras together with the proliferation of a number of other dispositif, in public and private spaces. Also a whole range of software, scripts, cookies, applications, work raking information about us while we browse the internet, while we experience in the virtual space of our social policies, while we give vent to the needs or desires through the purchase of products, visualize movies, music, etc ..

These dispositif are directly integrated in many of the technologies and mobile devices that we use in everyday life, and even though latent, potentially expect only to be activated.

Mobile phones, our laptops, audio recording devices, cookies, apps, are always there, present: are activated only when needed, and normally are disguised to justify them and accept them as non-dangerous: this is true for the actual function of the centers of command and control of the city of Porto Alegre, or for the integration of cameras in mobile phones or in the public space.

They are therefore latent systems that are activated simply in a different manner and are directed selectively depending on referents. But they, however, expands the surveillance network's, in a capillary way.

Potentially, through video-surveillance, *dispositif* observe the gestures, movements, actions, interactions in space; through audio-wiretaps they listen to the speeches; through the spy app on the Internet, they map and record our needs, desires and perversions, diseases, and the forms of our interaction. It is thus possible to create a new science of the individual.

All this sets in motion the formation of a topology of subjectivity, that through certain knowledge and disciplines, and thanks to the personal information collected by the computing device allows the construction of a new taxonomic machine, which allows a more precise control of the population and individuals ,

which are directly called to participate, to enable operation of the machine and the improvement of the system.

And so, while theoretically the self and the sociability of the individual expands and free itself thanks to new technologies, its subjectivity and its relations are expropriated, mapped, studied, algorithmized, functionalized.

It becomes clear, in these systems, a tension between the participatory and collaborative pulses', a way of operating that is widespread and horizontally , that however, must live with hierarchical and centralized models.

The participation and involvement of the individual and social groups, become the engine of the system: they are what is controlled and what allows the machine control to exist, to function, to expand itself potentially and deeply in the spaces of our intimacy, whether they are the ones in which we move or those of the inner-self.

The connection points and crossroads, between the various models such as those in which intersect surveillance and entertainment analyzed by Bruno, are central to the understanding of these dynamics.

Where there is no self-control, where does not works spontaneous inhibition achieved through imagery, rhetoric, narratives, languages and action on subjectivity, then still get physical coercion, state monopoly and whose possibilities are guaranteed by law and by the police / militia.

5 CONTROL CENTERS

The establishment of the two "Centre for Integrated Control" present in Porto Alegre is directly linked to the World Cup football in 2014, and with them the entry into operation of the metropolitan integrated system of video-surveillance: the CEICC, pertaining to municipal , and designed for civilian use, and DCIC under state jurisdiction and entrusted to the management of the military police.

This concerns the possibility of its economic realization, and its legitimacy through the rhetoric of security and the logic of spectacle and major events.

While setting in motion these *dispositif*, we lose the idea of any guarantism regarding privacy and individuals' physical and psychological integrity, as well as

any principle concerning to personal freedoms (the freedom of movement for example).

The suspension of such rights, which requires, as always, a place of veridiction that legitimate the new rules, measures and protocols, is not produced directly by physical coercion and by internment, but prior through a subtle game, which acts on the processes of subjectivation and spatialization, and on contemporary regimes of visibility.

The video-surveillance system is just one of the services offered by these centers, that flanks a whole different set of services to citizens that somehow mask and concur in legitimizing the video-surveillance system. So is clear the close link between these devices and the situation of exceptionality that legitimate and allows it to function.

Very interesting is to understand what it is instead linked to the collective participation from the user-citizen, the intersections between alertness and spectacle, the impact on subjectivity and spaces.

Both centers work due to the same network of cameras, the images of which are used for different purposes but with coherent goals and in a similar manner. The network is composed of more than 1500 units, of which a part are of a direct public property, the minority, and another instead of private property. These are then connected to the main infrastructure, after checking, and first imposed, a series of standards and requirements.

The machine, to work, requires human being, despite the positivist and misanthropy rhetorics' on technology, automation, and unreliability. Its requires the actor rather than dell'attante. The machine also needs all that apparatus that still can be provided only by natural persons, which must be organized in hierarchical structures but also in horizontal and participatory networks.

Here we have two trends.

On the one hand, we have the diffusion (and dispersion) and on the other centralization. They do not work according to a dualistic logic, but thanks to a differential and reticular interaction, which has contact points and multiple crossing.

On the other hand, there is the endemic disorganization linked to the hierarchy of the Brazilian's apparatus of security and defense. The existence of different police forces (the civil and the military in particular as regards the "management" of urban violence) produces as well as a competition between these, also a difficult integration of the different phases of the police actions (the one preventive, the first-intervention, the detective, that repressive), the persistence of the military throughout the territory, the distance between the source of the problem (urban violence) and who should deal with it (the security is an issue pertaining to state and federal authorities, not to the municipal ones), mystifying and hiding the problems, internal management, etc .. behind the bureaucracy.

The overlap of the tasks of the police, integrated under the "secretariat for safety", but still divided, complicates and increases the cost of management, creates conflicts between police forces.

The expansion of the network can be produced thanks to individuals and private sectors, whether they are government-related, public-private investee companies, trade associations, inhabitants' groups: the installation of cameras in public space is entrusted to them, as well as the cost of installation and maintenance. The public authority then deals only to expand the infrastructure, transfer data, ensure their usefulness as evidence.

The rhetoric and the alleged urgency of security, subjective adhesion of the citizens to the perpetuation of the "barbarism", are what already allows the existence of these systems. So, the private participate to the construction of collective security of the few and the perpetuation of socio-spatial segregation of many.

The video-surveillance, however, is only one of the contemporary dispositifs used to stimulate the feeling of insecurity. Even these, however, similarly, operate according to a participatory and reticular logic.

The use of a range of apps and devices to connect authorities and population, and to monitor and stimulate, in an even more sophisticatedly way, behaviors and fears, is - in the words of Coronel Antônio Scussel, Diretor DCICC -

what they aspire to, and there is no doubt that it will be realized in the coming years.

All this, even without there being no evidence of the effectiveness on reducing crime by these systems, and despite the obvious and disturbing intentions that already the system of video-surveillance offers, well expressed by Coronel Scussel:

"We do not know how to compare with June of the year before [...] what we want is to have, with this technology, more efficiency in the action of the police ...This means: one can commit a crime, but we want to get to a point where you have the absolute control of the public space..this is our goal: .to have the total control of public space "

6 SPATIAL EFFECTS AND DISPOSITIFS

These devices occupy the space, creating landscapes and urban grammars and at the same spatialization: they isolate and displace, map, geo-reference, locate, connect differentially, segregate, etc [...]

The action, in the form of work is performed or induced by the networks of dispositifs, and not by a person who is reduced, by forcing, to a body without organs – like in Guattari the city and then the territory shall be regarded as a physical body of the different apparatus without organs (Foucault 2010), that give meaning to them, through the processes of territorialization / territorialization of flows. They just have to function.

The process by which we come to develop these possibilities of action for the engineering of the space and for social-engineering is the result of experimentation, invention, sedimentation, removal of certain parts of knowledge.

The result is that the coextension between body and body and between body and territory, are cut off. The unity of the environment understood as spontaneous interaction between natural factors and human factors, and that of the collective beings, is mediated through the dispositifs. This unity is broken by controlling the material and symbolic territorialisation, and that of spatial and

social representations. The space and the everyday, together with the imaginary, so became the field of domination and struggle.

7 FEAR LANDSCAPES

The layering of landscapes of safety and fear, as of a cyberspace with "dark" features, of red or black areas inside the metropolis, outlines as central the archaeological and genealogical investigations made on the term "territory" by Rogerio Haesbaert (which points out the proximity of the Latin roots between terra-territorium (land) and *térreo-territor* (terror, terrorizing)), as those of Andrea Cavalletti on the origins of the terms "population" and "urbanization" (Haesbaert 2007, Cavalletti 2005). In the city of Porto Alegre, the dispositifs - be they of coercion or control - invade the space: the rich neighborhoods (with infrared cameras, principals of private security), in the places of intimacy, as in those in which they are located the total institutions.

Proximity between prison and the city shows how the production of space and the externalities of the dispositifs are not controllable, but produce these landscapes of fear and socio-spatial segregation.

The location of this device, of this total institution, produces the city (and socio-spatial segregation) generating a phenomenon of displacement of the relatives of the prisoners and all those the informal subjects connected with the lives of the incarcerated population.

In the 50s, by planning and with the location of the prison in a peripheral area - whose initial design is shown in Figure 1- thought as an isolated structure in a green area, next to the axes of the capital's historic expansion, are produced a series of spatial and social effects: with the expansion of the city in the second of the '900 and in the first decade of 2000, the prison buildings is not only incorporated by urban expansion but becomes one focus of it. Occurs so a transformation of the city in which the "Presidio Central" became one of the attractive points, and allows a further marginalization of the subjects not only inmates but linked to them by a series of connector: familiar, emotional, economic.

8 GHETTO AND PRISON “MEET AND MESH”

Loicq Wacquant (2001) describes the existence of a strict relationship between the dynamics of the ghetto and the ones ruling the prisional system. A “deadly symbiosis” between the two goes along a “colour line” that stuctures the control dispositifs in the urban sphere and in the penitentiary world.

The author has witnessed and analysed a swift and a profound deepening in the gap between the imprison rates of blacks and whites in the United States.

His analysis is sustained by two main arguments: one hystorical and one institutional.

Taking an historical perspective means “replacing the carceral institution in the full arc of ethno-racial division and domination”(2001, pg. 97).

The “institutional” perspective clarifies how black incarceration is a “result of the obscelence of the ghetto as a device for caste control”(Ibidem). In this last sense, there is the need for a substitute (prisonal system) in order to mantain the status quo created by a long history of domination through slavery.

If we look at the case of Brasil, also analysed by Wacquant, Brazil can be considered as

“A living laboratory to uncover the deep logic of punitive containment as political strategy for managing dispossessed and dishonored populations in the polarizing city, a strategy first applied to the residents of the imploding black ghetto in the aftermath of the Civil Rights revolution in the United States and then to postcolonial migrants and their descendants in the deindustrializing urban periphery of Europe, as attested by their stupendous over-incarceration, relative to whites” (2008, pg. 58)

on the one side of the Atlantic and to nationals on the other”.

At the same time Brasil is , according to the author, one of the most enthustic Countries in applying in the urban context the “Zero Tolerance” policies of the then-Mayor of New York Rudolph Giuliani inspired by the world-wide known theories of the “Broken Window”:

“Many citizens, of course, are primarily frightened by crime, especially crime involving a sudden, violent attack by a stranger. This risk is very real, in Newark as

in many large cities. But we tend to overlook another source of fear—the fear of being bothered by disorderly people. Not violent people, nor, necessarily, criminals, but disreputable or obstreperous or unpredictable people: panhandlers, drunks, addicts, rowdy teenagers, prostitutes, loiterers, the mentally disturbed.” (Kelling & Wilson 1982)³.

Wacquant explains further how ghetto and prison have changed internally becoming more and more similar to each other:

“The resulting symbiosis between ghetto and prison not only enforces and perpetuates the socioeconomic marginality and symbolic taint of the urban black subproletariat, feeding the runaway growth of the penal system that has become a major component of the post-Keynesian state. It also plays a pivotal role in the remaking of ‘race’ and the redefinition of the citizenry via the production of a racialized public culture of vilification of criminals[...]This emerging government of poverty wedding the ‘invisible hand’ of the deregulated labor market to the ‘iron fist’ of an intrusive and omnipresent punitive apparatus is anchored, not by a ‘prison industrial complex’, as political opponents of the policy of mass incarceration maintain [...] but by a carceral-assistential complex which carries out its mission to surveil, train and neutralize the populations recalcitrant or superfluous to the new economic and racial regime”. So, prison offered itself to be a vehicle to solve the “black question”(2001, pg. 97).

The hypothesis is that this convergence between the two spheres, ghetto and prison, experienced by the post-fordist United States, is applied and functioning in the contemporary Brazil. The punitive apparatus is taking the place of social welfare to control the urban poor, that is composed by black youngsters living in favelas or in the peripheral areas of Brazilian cities.

Taking an historical perspective, this situation is traced in the colonization and slavery processes, that then left their marks in the political and social body of Brazil. The military dictatorship and the actual neo-liberal policies in Brasil such as the approval of the *redução da maioridade penal*⁴ confirms this suspect.

³ <https://www.theatlantic.com/past/docs/politics/crime/windows.htm>

⁴ http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13332&revista_caderno=12

According to Wacquant, methodologically, it is important for the researcher to be careful when analysing these processes in the disadvantaged areas of the metropolis, trying to use analytical tools and not “folk concepts” :

“To grasp the deep kinship between ghetto and prison, which helps explain how the structural decline and functional redundancy of the one led to the unexpected ascent and astonishing growth of the other during the last quarter-century, it is necessary first to characterize accurately the ghetto. But here we come upon the troublesome fact that the social sciences have failed to develop a robust analytic concept of the ghetto; instead they have been content to borrow the folk concept current in political and popular discourse at each epoch. This has caused a good deal of confusion, as the ghetto has been successively conflated with—and mistaken for—a segregated district, an ethnic neighborhood, a territory of intense poverty or housing blight and even, with the rise of the policy myth of the ‘underclass’ in the more recent period, a mere accumulation of urban pathologies and antisocial behaviors”(2000, pg. 382).

In this sense, it is important to underline the structural mechanisms that make prison and ghetto “meet and mesh” to maintain inequality, poverty and the colour of violence through a relation of ethno-racial control: stigma, constraint, territorial confinement and institutional encasement. This colour of violence is historically marked by the penal apparatus, when state institutions gradually replace the communal ones.

The economical growth of Brazil in the last years has also brought an increase of zero tolerance policies against the poor, targeting them in order to “clean the streets” and gradually sterilize the urban space (2006)

“From Brasília to Caracas to Buenos Aires, public officials have raced to adopt measures mimicking those showcased by then-Mayor Rudolph Giuliani in New York City; and politicians have run head over heels to be photographed alongside the living incarnation of penal rigor, William Bratton, latter-day prophet of the virile religion of “zero tolerance” and pricey globe-trotting “consultant in urban policing” after he was fired from his position as head of the New York City Police Department in 1994. Not because these policies are particularly efficient[...]but because they are ideally suited to publicly dramatizing the new-found commitment

of political elites to slay the monster of urban crime and because they readily fit the negative stereotypes of the poor fed by overlapping prejudices of class and ethnicity.”(2008, pg. 57)

The imprisonment rates of Brazil talks clearly: 715.000 prisoners in 2014 make Brasil the third contry in the world in inprisonment rates (After United States of America and China).The Rio Grande do Sul State, where the capital city is Porto Alegre, is the fifth in the order with 28.743 people behind bars in 2013.⁵

The research and the interviews conducted in the “Presidio Central “ (Central Prison) of Porto Alegre confirm most of Wacquant's assumptions.

The urban context happens to be as an open-air prison with a less visible type of control but not less intrusive and pervasive. The “dangerous neighbourhoods” are targeted and the citizens that live there too. In this sense, as Wacquant explains, ghetto and prison are in a relationship of functional equivalency, structural homology and cultural fusion:

“This relationship has spawned a carceral continuum that ensnares a super-numerary population of younger black men, who either reject or are rejected by the deregulated low-wage labor market, in a never-ending circulus between the two insti-tutions”.

In the brazilian context this relationship happens to be a specific tool of “limpeza da rua” (street cleansing) as is applied in the United States:

“In both societies multiseclar caste or color divisions haunt the configuration of urban space and continue to impinge upon the functioning of the chain of insti-tutions of law enforcement, from the police and the courts to the correctional administrations and their extensions. In both nations, the penalization of urban marginality relies on and reactivates symbolic associations between blackness and dangerousness, vice, and violence forged during and immediately after bondage” (2008, pg. 68).

The point of the author is to underline how penal apparatus functions in reproducing and strenghtening urban marginality:

⁵ <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/11/rio-grande-do-sul-e-o-5-estado-com-mais-presos-no-pais-4641002.html>

“I stress how aggressive policing, severe judicial sanction, and routine incarceration constitute self-standing sources of added urban dislocation, such that the penal state contributes directly to entrenching the very marginality it claims to resorb”(2008, pg. 58)

9 CONCLUSIONS

Concluding, the governance practices typical of disciplinary and police societies, as the ones of the control societies, seem to unite and inform each other: the great imprisonment with new Panopticon, the socio-spatial segregation with self-control and self-restraint of the behaviors. All as a function of the creation of docile bodies, which enable and facilitate the governmentality of the population.

Control is permitted by multiple devices that work simultaneously: the video-surveillance centers, the web 2.0, as the television one: a Truman Show generalized, legitimized by the rhetoric despite no proven impact of these technologies and systems on data on crimes.

Moreover, the link between the creation of these integrated systems and large events - in a manner similar to the relationship between processes of urbanization and transformation of the territories and major events - talks about the centrality of another theme: the exceptional .

Similarly the exceptional becomes central to another phenomenon found: that of the reduction of the fundamental rights of the person.

The dynamics stimulated by the security question, directly modulated by the feeling of insecurity, due to stratification and internalization of what is called the "Cultura do medo" - are emerging as a process now autopoietic, able to regenerate itself autonomously. This process legitimizes the contraction of public space, the socio-spatial segregation, limitation of human movement, creating pathological habitus' based on fear and insecurity: both to who internalizes his figure like the poor or the violent, and both of those who build their "identity" only on the process of negative definition of the others, creating itself "identity" in opposition to others and to the deviants.

All these processes are implied in the rhetoric of a "security emergency" - created especially through the media hype and the spectacle of violence, the creation of prejudice, etc. - the opportunity to influence and control behavior, geographies and relationships, but also of contract and reduce the fundamental rights of the person, stimulating, highlighting and giving voice to the demands of the Penal apparatus. In this context, the debates on urban violence, on the ethno-racial segregation in the city and inside the prison play a central role.

BIBLIOGRAPHY

- AGAMBEN, G. **“Che cos’è un dispositivo?”**, Roma, Nottetempo, 2006.
- AGAMBEN, G. **“Homo Sacer. il potere sovrano e la nuda vita”**, Torino, Einaudi, 1995.
- AGAMBEN, G. **“Stato di Eccezione”**, Torino, Bollati Beringhieri, 2003.
- BATISTA, V. M. “Adesão subjetiva à barbárie”, In: **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**, Rio de Janeiro, Editora Revan, 2012.
- BAUMANN, Z. **Dentro la globalizzazione - le conseguenze sulle persone**, Ed. Laterza, Roma - Bari 1999.
- BRUNO, F. **“Máquinas de ver, modos de ser: vigilância, tecnologia e subjectividade”**, Editora Sulina, Porto Alegre, 2013.
- CAVALLETTI, A. **“La città biopolitica. Mitologie della sicurezza.”**, Milano, Bruno Mondadori, 2005.
- DELEUZE, G. “Qu'est-ce qu'un dispositif?”, In: FOUCAULT, M. **Rencontre internationale**, Paris, 9, 10, 11 janvier 1988, Paris, Le Seuil (tr. it.: **Che cos’è un dispositivo?**, Napoli, Cronopio, 2002).
- FOUCAULT, M. “Nascita della Biopolitica”. **Corso al College de France (1978-1979)**, Milano, Feltrinelli, 2005.
- FOUCAULT, M. “Sicurezza, territorio, popolazione”. **Corso al College de France (1977-1978)**, Milano, Feltrinelli, 2005.
- FOUCAULT, M. **“Eterotopia”**, Mimesis Edizioni, 2010.
- KELLING, G., Wilson J. **“Broken Windows. The police and neighbourhood safety”**, disponível em: <

<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>>, 1982.

WACQUANT, L. 2000, "The new 'peculiar institution': on the prison as surrogate ghetto", In: **Theoretical Criminology**, Vol. 4(3), London: SAGE 377–389;

_____ - 2001, "Deadly symbiosis. When ghetto and prison meet and mesh", In: **Theoretical Criminology**, Vol 3(1), London:SAGE, 95–134.

_____ -2006, "Castigar a los parias urbanos", In: **Antipoda**, n. 2, Universidad de los Andes (Colombia), 59-66.

_____ -2008, "The militarization of urban marginality: lessons from the brazilian metropolis", In: **International Political Sociology**, n. 2, 56–74
<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13332&revista_caderno=12>.

ZERO HORA. RS é o estado com mais presos no país. Disponível em:
<<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/11/rio-grande-do-sul-e-o-5-estado-com-mais-presos-no-pais-4641002.html>>.

ADMIRÁVEL(?) CASTIGO VELHO – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE CASTIGO, PUNIÇÃO E SISTEMA PENAL

Anna Tereza Santos,
Larissa Urruth Pereira,

RESUMO: O artigo objetiva-se a traçar breves considerações a respeito da cultura do castigo, desde uma perspectiva sociológico-histórica, passando por uma abordagem psicológico-criminológica, tentando buscar nos diversos saberes a origem, por excelência, da aplicação do castigo como forma de educação e repreensão de comportamento. Ao final, a partir de uma perspectiva crítica, analisar possíveis alternativas, como a justiça restaurativa, para o modelo sancionador vigente.

PALAVRAS-CHAVE: castigo; punição; justiça restaurativa.

1 INTRODUÇÃO

O castigo, a punição como excelência, tem sido a resposta para os conflitos (morais e sociais) desde as épocas mais remotas da história da humanidade. Trata-se de assunto sensível, abordado pelos mais diversos campos do saber (criminologia, direito, sociologia, psicologia, etc). Não raras vezes se fala na falência dos modelos punitivistas adotados pela modernidade (CAMPOS; BARATTA; STRECK; ANDRADE, 1999, p.14), aduzindo a sua total incapacidade de resolução das situações-problema⁶ decorrentes da vida em sociedade. Tobias Barreto (2003, p.46), por exemplo, apresenta uma Teoria Agnóstica da Pena, pela qual defende que a pena, assim como a guerra, não tem nenhuma finalidade; é, em verdade, uma escolha política.

No entanto, a punição, antes mesmo da pena - em seu sentido jurídico – está presente em nossas comunidades, desde a educação das crianças, passando pelas instituições de ensino e de emprego, até a mais drástica de suas apresentações: o sistema legal sancionador. Dessa forma, como bem salienta

⁶ Terminologia trazida por Hulsman. (HULSMAN; CELIS, 1997).

Garland (1999, p.32), ao analisarmos o castigo, devemos levar em consideração que este se trata de um conjunto complexo de processos e instituições interrelacionados.

Dessa forma, o objetivo deste trabalho é traçar, ainda que breves, considerações a respeito da cultura do castigo, desde uma perspectiva sociológico-histórica, passando por uma abordagem psicológico-criminológica, a fim de verificar as origens do modelo sancionador vigente e possíveis alternativas para a sua execução (ou não).

2 SOCIEDADE, CONTROLE E CASTIGO

Ao falarmos de castigo (em sua forma mais abrangente – sanção, punição, pena) não há como nos afastarmos das diversas análises já realizadas. Desde os mais antigos relatos, temos a punição presente nos sistemas sociais. Há autores que defendem, inclusive, que o castigo se trata de uma instituição social (GARLAND, 1999), tamanho seu vulto e expressão nas relações, constituição e formação das sociedades. Assim, iniciamos nossa fala situando algumas dessas interpretações e análises já realizadas.

Primeiramente cabe destacar – ainda que brevemente – uma perspectiva histórica do castigo e da inflição de dor no cenário latino-americano. Importante perceber que quando falamos em “perspectiva histórica” estamos usando a abordagem defendida por Benjamin (1972, p. 180), o qual reitera a importância de se conhecer a história “a contrapelo”, ou seja, pela perspectiva dos vencidos e não dos vencedores. Nesse sentido, nota-se que em nome de um progresso, calcado na evangelização e no catolicismo, a conquista do “novo mundo” se deu por meio da transformação das colônias em verdadeiras câmaras de tortura (LÖWI, 2007, p.2).

Assim, já se pode perceber que o castigo, a tortura, a privação de liberdade e a inflição de dor vêm se mostrando como as mais antigas formas de afirmação de poder e dominação, revestidas por uma perspectiva educacional ou progressista. A evangelização dos povos indígenas, a exterminação de sua cultura e a imposição de um forçado padrão europeu marcam o início de uma

história de sofrimento que se perpetua na América Latina. A situação da Bolívia, em relação ao contrabando e ao descaminho – por muitas vezes única fonte de renda da paupérrima população -, a exploração dos diamantes na Venezuela e a tortura praticada durante todas as ditaduras do continente são exemplos que, para muito além do sistema jurídico, por décadas demonstraram e ainda demonstram a violência exercida sobre essas populações (GALEANO, 2012, p. 187;193).

Em um cenário mais atual, de acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública – Versão 2013, ao menos cinco pessoas morrem vítimas da intervenção policial no Brasil, todos os dias, ou seja, aproximadamente, 1.890 vidas foram tiradas pela ação das polícias civis e militares em situações de “confronto”, no ano de 2013 (BUENO; SERQUEIRA; DE LIMA, 2013, p. 125). Assim, para além da prisão, o extermínio também tem se mostrado como resposta, ainda que revestida de um caráter “confrontista”, às ações violentas, ilegais ou indesejáveis praticadas pelos indivíduos.

Nesse sentido, como já lecionava Rosa del Olmo (1974), é importante perceber que há uma prevalência da chamada violência estrutural e institucional no cenário latino-americano. O que quer dizer que – até mesmo em grau superior à violência praticada pelos indivíduos (os crimes propriamente ditos) - a falta de assistência estatal bem como a tortura e o extermínio conduzido pelos agentes repressivos se mostram como fatores preponderantes na nossa realidade.

Feito esse pequeno aporte histórico, imperioso trazer à baila as observações tecidas por Durkheim (1983 e 2007), o qual, por meio de sua *teoria da solidariedade social*, compreende o castigo como um juízo moral, que tem como finalidade reafirmar a ordem moral da sociedade. Para além desse juízo moral, há que se levar em consideração as análises políticas e econômicas sobre a punição, que, por uma visão Marxista, pode considerar o castigo como parte de um sistema de produção o qual corresponde às relações produtivas da sociedade que o aplica (GARLAND, 1999, p. 114). Assim, o sistema de punições, dentro de um sistema capitalista, também pode ser entendido como uma etapa produtiva, que pode ser observada pelas relações econômicas que produz (serviços de vigilância, privatização dos presídios, etc).

Ainda sob uma perspectiva político-econômica, podemos considerar o castigo como um mecanismo que reflete a luta de classes entre ricos e pobres, burgueses e proletariado. A Criminologia Crítica, virá realizar uma análise nesse sentido, demonstrando a característica seletiva do sistema penal vigente, que tende a criminalizar as camadas mais débeis da população, realizando uma verdadeira eleição de sua “clientela”⁷. Assim, mais uma faceta da punição se desvela: a possibilidade de exercício de controle e de disciplina sob os indivíduos por meio da aplicação de sanções, assim, o que notamos é uma nítida perpetuação do caráter de dominação, historicamente exercido por meio da imposição de castigos.

Neste ponto, importante salientar as perspectivas de Michel Foucault e Gilles Deleuze sobre a história das prisões e o surgimento das sociedades disciplinares e de controle. Em vigiar e punir Foucault apresenta a história do poder punitivo, desde a sociedade feudal – quando o corpo do condenado era o objeto da pena - até a sociedade capitalista – na qual tem-se a supressão do tempo livre e da liberdade, como objeto da pena (FOUCAULT, 2002).

Sob essa ótica, o autor descreve os suplícios públicos como maneira de fazer-se notar a presença do soberano, deixando claro o seu poder e instaurando a sensação de medo no povo, que, motivado por este, respeitaria as normas e por conseguinte a sua soberania. No entanto, estas práticas passaram a ser vistas como “ameaça” ao poder soberano, uma vez que não mais assustavam o povo, o qual se solidarizava com o condenado realizando uma “confusão” entre soberano, condenado e julgador, frente às barbáries do castigo, que se apresentavam mais cruéis que o delito a ser penalizado (FOUCAULT, 2002, p.50-53).

A punição, então, vai deixando o campo da percepção quase diária dos suplícios para adentrar no campo da consciência abstrata: “A certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro” (FOUCAULT, 2002, p.13). Nesta seara é que são instituídas as prisões, tornando-se a principal forma de castigo das sociedades capitalistas. Foucault fundamenta

⁷ Nesse sentido ver: ANDRADE, 2003; BARATTA, 2002; ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011.

na disciplina a razão pela qual as prisões, antes vistas como sinônimo de ociosidade, passam a ser a principal resposta ao delito (SANTOS, 2005).

O poder de soberania cede espaço ao poder disciplinar. As disciplinas tornaram-se, no decorrer dos séculos XVII e XVIII, as fórmulas gerais de dominação, instituídas para “o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade”(FOUCAULT, 2002, p.118).É justamente por meio das instituições sociais que a disciplina irá se estabelecer e se firmar como meio de controle social. Estará presente na escola, na fábrica e, por excelência, no sistema judiciário.

A instituição-prisão será, então, constituída como um mecanismo disciplinar de exercício do poder, elaborado para repartir, classificar, fixar e distribuir espacialmente os indivíduos, tirando deles o máximo de força e de tempo, com o objetivo de garantir a disciplina e adestramento, evitando atitudes de rebeldia, tornando-os submissos à ordem que se impõem (FOUCAULT, 2002, p.195).

Ao fazer da detenção a pena por excelência, ela introduz processos de dominação característicos de um tipo particular de poder. Uma justiça que se diz “igual”, um aparelho judiciário que se pretende “autônomo”, mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares, tal é a conjunção do nascimento da prisão, “pena das sociedades civilizadas.” (FOUCAULT, 2002, p.260).

Assim, a sociedade capitalista, dos meios de produção e das fábricas foi regida por um conceito de disciplina, dado por um confinamento em massa, que se instaurava em cada uma de suas instituições e por meio delas se mantinha. Ao passo que as instituições sociais passaram a se modificar – da fábrica para a empresa, da escola para a formação contínua, etc. – a disciplina deu lugar ao controle (DELEUZE, 1992, p. 225).

Agora, vivenciamos a sociedade da informação, na qual os acontecimentos são difundidos instantaneamente, as redes sociais divulgam e disseminam cada passo de seus usuários e a mídia – por meio, principalmente, do marketing – controla e dita as atitudes e os desejos dos indivíduos. A prisão passa a ser reservada para aqueles que não podem adquirir os produtos anunciados por essa mídia (MATHIESEN, 2003, p.98-100) e o homem deixa de ser o homem confinado (nas escolas, nas fábricas e na prisão) para ser o homem endividado (que

sucumbe aos desejos de mercado, compete com seus iguais no âmbito da empresa e se submete a um processo de eterna formação nas instituições de ensino) (DELEUZE, 1992, p. 227-228). Nessa nova realidade, o mercado define quem será castigado, a punição se apresenta como exclusão àquele que não serve à lógica do consumo.

Feito este pequeno aparato teórico, podemos vislumbrar que a prisão, o castigo e a punição atravessaram o tempo como as formas máximas de expressão do poder, muito mais ligados à manutenção das relações sociais (principalmente de dominação) do que como forma de educação ou prevenção de conflitos. No breve relato feito neste ponto, vimos que a punição teve/tem como escopo garantir (ou tentar) garantir os preceitos morais da sociedade, a hierarquia nela instituída e, mais marcadamente, garantir as relações de controle e de poder.

Frente a essas prévias conclusões sobre o desenvolvimento do castigo nas sociedades, tentaremos, com auxílio de alguns conceitos oriundos das ciências *psi*, averiguar se a punição realmente possui caráter preventivo e educativo em relação aos reais conflitos sociais/penais ou se apenas se solidifica como expressão máxima de poder de uns sobre os outros. Tentaremos fazer isso de forma quase que metafórica, usando de conceitos da obra literária, sempre atual, “Admirável Mundo Novo”.

3 O CHOQUE ELÉTRICO DA PUNIÇÃO

“E agora - gritou o D.I.C. (pois o barulho era ensurdecador) - agora vamos gravar mais profundamente a lição por meio de um ligeiro choque elétrico” (HUXLEY, 2008, p. 18). Esse extrato trata-se de um pequeno diálogo constante no início da obra de Aldous Huxley. A fala ilustra um dos procedimentos utilizados para a formação de crianças no mundo novo criado pelo autor: o choque elétrico. Na ficção do texto, todos os indivíduos eram gerados em uma espécie de laboratório, formados para agirem e exercerem papéis sociais pré-estabelecidos. Assim, quando ainda bebês, eram submetidos a choque elétricos imediatamente após serem apresentados a estímulos não compatíveis a sua estratificação social.

Como vimos no ponto anterior, a aferição de dor, a privação de liberdade e a “estimulação” negativa se vislumbram nas formas de castigo socialmente aplicadas ao passar dos anos. Assim, como no “Admirável Mundo Novo”, embora não façamos, necessariamente uso de choques elétricos, desde o início da formação do ser, aplicamos punições como a máxima educacional que irá diferenciar o “certo” do “errado”.

Não há como definir, ao certo, em que momento da história da humanidade esse “sistema educacional” foi implementado, no entanto, podemos encontrar vastas explicações para a sua adoção. Considerando o vulto deste trabalho, faremos uma abordagem simplista, partindo de alguns conceitos oriundos da psicologia comportamental⁸, com a finalidade precípua de exemplificar os efeitos do castigo na *psique* humana.

Pavlov desenvolveu a teoria do reflexo condicionado realizando experiências com cachorros, nas quais observava as suas respostas a estímulos e as tendências a repetir as respostas quando submetidos a situações semelhantes. Por exemplo, ao emitir determinado som ao mesmo tempo que oferecia ácido aos cães, Pavlov observou que estes tendiam a repetir as expressões de repúdio quando ouviam aqueles mesmos sons, embora não estivessem mais sendo expostos ao ácido (PAVLOV, 1972, p. 183-185).

Assim, essa teoria pode nos levar a entender que um indivíduo, por meio da repetição de determinada ação, tende a ficar condicionado a agir de determinada forma, quando os estímulos forem semelhantes. Nesse sentido, a psicologia da aprendizagem vem nos contar que tais estímulos podem se tratar de reforços ou punições, sendo que mediante os reforços (recompensas) aumenta-se a frequência do comportamento, enquanto, na ocorrência da punição, existe uma tendência de diminuição do comportamento (SANT’ANA, 2004).

Parece-nos que é, justamente, baseada em tais condicionamentos comportamentais que a punição vem se estabelecendo (há tantos anos) como forma suprema de educação. No entanto, o que as teorias psicológicas demonstram é que o cérebro é capaz de condicionar-se por estímulos, sejam

⁸ Quando falamos em psicologia comportamental, nos referimos aos estudos de Pavlov, no sentido da psicologia da aprendizagem, por meio de reação a estímulos, conferir PAVLOV, 1972.

estes positivos ou negativos (os positivos estimulam comportamentos e os negativos os inibem). Evidente que está é uma análise superficial das diversas formas cerebrais possíveis para responder a estímulos, no entanto, faremos uso dela para causar, ao menos, um desconforto em relação ao padrão educacional utilizado.

Ocorre que, historicamente temos nos validos de conceitos fechados, baseados em uma indevida apropriação de “máximas universais” para justificar nossas escolhas. Embora seja cediço – nos estudos neurocientíficos - que o ser humano pode ter seu comportamento relativamente condicionado, o psiquismo é formado por incontáveis fatores, sendo impossível dizer que é possível universalizar um determinado método para controlar condutas⁹. Dizemos isso porque nos parece que tem sido mais fácil utilizar a imposição de dor como inibidor de comportamentos, em detrimento ao diálogo e à compreensão, por exemplo.

Buscamos, incessantemente, por uma resposta científica, exata, uma forma mágica que irá reduzir a criminalidade, a violência. E é dessa forma que nos apropriamos, indevidamente, de teorias como as de Pavlov, generalizando conceitos tão abrangentes, tornando-os a receita exata do bolo, que trará “a cura” para nossos males. Mascaramos o sistema por meio de uma interface calcada em um ideal de educação – afinal de contas somente a punição é capaz de evitar o mal – enquanto, em verdade, ocultamos as reais finalidades do castigo, da pena em si: a reafirmação do poder.

Traçar um paralelo entre a história de Huxley e as teorias de Pavlov nos permite questionar se não existem outras alternativas, que não a punição, para evitar, diminuir ou solucionar os conflitos sociais. Entender que o comportamento pode ser condicionado tão somente por meio de estímulos pode nos levar a um determinismo, quase que cego, em direção a uma realidade muito próxima àquela traçada pela ficção: um mundo tão perfeito em que não há espaço para sermos algo diferente daquilo que fomos programados para ser, deixando-nos levar pelo

⁹ Nesse sentido, ver: ZIMERMAN, 2010, p. 113-124; MELLO, MIRANDA, MUSZKAT, 2005; TRINDADE, 2004; SPITZ, 2004; WINNICOTT, JOHNS, ROBINSON, 1997.

exercício de um controle invisível, que já nos mostrou o encarceramento em massa, em Foucault e tem nos mostrado a vigilância contínua em Deleuze.

4 RETRIBUIÇÃO? RESTAURANDO O “MUNDO NOVO”

Questionando-nos então a sobre a punição como forma única de educação, passamos a analisar nosso sistema sancionador por excelência: o jurídico-penal. Existem diversas teorias que buscam explicar as funções da pena no modelo brasileiro (retributiva, prevencionista e ressocializadora – por exemplo) (REALE JÚNIOR, 2009, p. 47-56). No entanto, como dito no começo desse trabalho, há que se observar uma forte crítica em relação às possíveis funções da pena. É necessário ter-se em mente que o Sistema Penal acaba por refletir muito da realidade – em especial das desigualdades – apresentadas na sociedade da qual se origina, o que faz com que nos deparemos com o seu caráter seletivo, o qual tende a reproduzir a discriminação que a sociedade projeta sobre as minorias, selecionando “as pessoas, quer para criminalizá-las quer para vitimizá-las [sic.], recrutando sua clientela entre os mais miseráveis”(ESPINOZA, 2002, p. 35-36).

É da natureza humana não aceitar o outro, o diferente, excluindo-o dos grupos, marginalizando-o. Figurando nessa parcela tida como “diferente” aos olhos da sociedade podemos apontar as classes mais baixas, as crianças, as mulheres, a população negra, dentre outros grupos (BECKER, 2008, p. 28-30). Em reflexo disso, os hipossuficientes, com menor representatividade nos grupos sociais, costumam sofrer, com maior incidência, o controle exercido pelos órgãos mantenedores da ordem social, quais sejam, a polícia, o judiciário e o governo. Dessa forma, analisando-se a população carcerária do Brasil, facilmente perceberemos uma maior presença de homens, negros e pobres.

Nesse sentido importante retomar a já citada Teoria Agnóstica da Pena, trazida por Tobias Barreto. Tal teoria aduz que o ordenamento constitucional brasileiro não traz nenhuma justificante à aplicação das sanções, regulando apenas sua execução, visando dirimir os possíveis abusos cometidos durante o seu cumprimento. Portanto, a pena, assim como a guerra, não tem nenhuma

finalidade, é, em verdade, uma escolha política. Dessa forma, tal punição só se justifica pela proteção do réu a fim de que este não sofra as dores de uma vingança ou de uma ação estatal exagerada, sendo uma mera regularização do castigo, que tem como função aplicar o menor grau de dor possível àqueles que a ela se submetem (CARVALHO, 2010, p. 147-153).

O que podemos vislumbrar é uma disfunção no sistema, dada pelos níveis de dor e sofrimento que o encarceramento despende àqueles que a ele se submetem (CHRISTIE, 1984, p. 95-96), perdendo toda e qualquer função preventiva ou socializadora, agindo apenas de forma a degradar os indivíduos a ele submetidos. Logo, os castigos corporais que tanto nos orgulhamos de termos extinguido de nossos sistemas de controle, se fazem presentes. A pena de prisão, com a privação de ar, de sol, de luz, de espaço; o odor, a cor da prisão, as refeições sempre frias, a falta de atendimento médico, a proliferação das doenças, todos esses são fatores que degradam o corpo (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 62).

A punição, por meio da pena restritiva de liberdade, consiste, como vimos, em uma história que conta com mais de 200 anos de fracassos e, além disso, trata-se de uma história marcada por sua eficácia invertida: em lugar de reduzir a criminalidade, introduz os condenados em carreiras criminosas, produzindo reincidência e organizando a delinquência (BECKER, 2008, p. 42-44). O sistema penal hoje intervém nas relações por meio das agências judiciais estipulando de forma abstrata qual será a resposta dada a um todo, adotando uma linha de reação uniforme, desprezando a complexidade humana e enxergando o crime como um ato isolado, fora do contexto em que se passou.

Para o sistema penal, o fato decisivo é o delito, não as características individuais do culpado, não as circunstâncias particulares da sociedade local, sendo que, ao excluir todos esses fatores, o sistema se converte em uma negação de toda uma série de opções e possibilidades que deveriam ser tomadas em consideração (CHRISTIE, 1984, p. 60). Ocorre que muitos delitos consistem apenas na tentativa de se dizer algo. Em vez de isolar essas pessoas através da pena restritiva de liberdade, deveríamos entender suas ações violentas como oportunidade para o início de um diálogo, ao invés de submetê-las a uma

resposta igualmente torpe às ações desaprováveis que cometeram (CHRISTIE, 1984, p. 15).

São várias as justificantes que se dão a fim de sustentar o sistema, que há tantos anos temos adotado como resposta para as situações problemáticas de nossa sociedade. Por vezes se fala em reabilitação, intimidação, prevenção geral, interdição dos transgressores e uma justa distribuição de punição para aqueles que causaram dano a outrem. No entanto, estudos após estudos temos visto que nenhum desses fundamentos se concretiza e que o aprisionamento (ou até mesmo a punição, em sua forma mais abrangente) não contribui em nada para a nossa sociedade (MATHIESEN, 2003, p. 89-95).

Por esses motivos, acreditamos que somente uma mudança radical, cultural, que venha a demonstrar a irracionalidade da pena de prisão, afastando-a o máximo possível de nossos conflitos seria capaz de proporcionar um menor nível de sofrimento aos indivíduos e, talvez, uma maior compreensão sobre as suas atitudes. Temos muitos estudos sugerindo que o efeito preventivo da prisão é muito modesto (MATHIESEN, 2003, p. 91), então por que insistirmos nela? Seguindo os valores que estampamos em nossas constituições, por que não perseguir situações em que reinam a bondade e as ideias humanitárias, buscando opções aos castigos e não castigos opcionais? (CHRISTIE, 1984, p. 8-14)

Com base em todo o exposto e, principalmente, entendendo que, historicamente o castigo se mostra tão somente como forma do exercício de poder, que na falência em que se encontra o sistema carcerário, tem sido, acima de tudo, um instrumento de imposição de dor, vislumbramos, na justiça restaurativa uma possível forma de administração de conflitos. Trata-se de uma alternativa inovadora, não punitiva, que com forte influência das correntes abolicionistas, rompe com a ideia de aplicação de uma pena, propondo que ocorrido o fato criminoso, as pessoas que estiverem nele envolvidas, bem como a comunidade que o cerca, discutam juntos o problema e firmem um acordo, com vistas à reparação. O objetivo do processo restaurativo é trazer vantagens para

todos os envolvidos no fenômeno criminal, e principalmente dar a palavra a vítima, permitindo que ela ocupe parte central no processo¹⁰.

Para compreender a Justiça restaurativa, é indispensável que se reconstrua o conceito de crime. Para Howard Zehr, a lente pela qual enxergamos determina o modo como configuramos o problema e a “solução”. Costumamos ver o crime através da lente retributiva e o processo penal valendo-se desta lente, não consegue atender a muitas das necessidades da vítima e do ofensor e acaba por negligenciar as vítimas enquanto fracassa no intento de responsabilizar os ofensores e coibir o crime (ZEHR, 2008, p.167-168).

O crime é resultado de um sistema legal que faz distinções arbitrárias entre variados danos e conflitos. É um construto artificial que joga num só balaio uma série de comportamentos e experiências distintos, separando-os de outros danos e violações e, assim, ocultando o verdadeiro significado da experiência (ZEHR, 2008, p.167-168).

Neste contexto, Hulsman (1997, p. 99) propõe, inclusive, uma mudança de linguagem, sugerindo o abandono da palavra “crime” e “criminalidade” pelo termo situação problema. Acredita que a palavra “crime” obscurece os conflitos sociais e com a mudança de denominação do conflito, abre-se um leque de possibilidades de desfechos para a situação problemática, indo além da opção única do castigo (PALLAMOLLA, 2009, p. 43).

A justiça restaurativa idealiza um modelo no qual não há, simplesmente, a imposição de uma pena irracional e sim, um modelo no qual a Justiça seja avaliada segundo sua capacidade de fazer com que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam satisfatoriamente atendidas e a cura, ou seja, um resultado individual e socialmente terapêutico alcançado (PINTO, 2003, p. 5).

Acreditamos que a aproximação das partes, em um cenário público alternativo “onde a argumentação e o pensar escrupuloso sejam valores dominantes; um espaço público com uma cultura diferente que no final possa competir com o espaço público superficial dos meios de comunicação de massa”(MATHIESEN, 2003, p.108), seja um caminho mais coerente e, provavelmente, mais eficaz para a resolução dos conflitos. Afinal de contas,

¹⁰ Nesse sentido ver: ACHUTTI, 2012; CARVALHO, 2011.; LARRAURI, 2004; PALLAMOLLA, 2009; MARSHALL, BOYACK, BOWEN, 2005.

mesmo com base na teoria comportamental de Pavlov, os estímulos positivos podem moldar comportamentos, então por que fazer uso da dor da punição no lugar do pensar escrupuloso, como sugere Mathiesen?

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo buscou, fundamentalmente, reiterar as afirmações de falência do nosso sistema punitivo, marcado por promessas não cumpridas que vão além da função intimidatória da pena até à perspectiva de ressocialização. Por meio dos estudos de Foucault nota-se que desde seu surgimento a prisão já era fadada a sua ineficácia, uma vez que sua verdadeira finalidade nunca fora a humanização do condenado, como defendido quando da sua implementação no lugar dos suplícios, mas unicamente a reafirmação do poder.

Por meio de uma análise multifocal sobre as noções de castigo e punição, tentou-se demonstrar que a sanção não se trata do único e do mais eficaz meio de evitar condutas ou solucionar conflitos. O que se tentou fazer foi demonstrar que um espaço público, que envolva as partes em um diálogo pode se mostrar muito mais eficaz e menos doloroso nos processos de interação e prevenção da criminalidade.

Com base nessas críticas, apontou-se a justiça restaurativa como uma possibilidade de resolução de conflitos, não punitiva, eficaz, voltada ao restabelecimentos de vínculos sociais solapados pela violência cotidiana, e muito especialmente à assunção de responsabilidades por parte tanto dos autores de práticas violentas ou de desrespeito ao direito alheio. Tendo como principais objetivos a conciliação e a reparação entre as partes, a resolução do conflito, a reconstrução dos laços rompidos pelo delito, a prevenção da reincidência e a responsabilização, e não a imposição de dor e punição do indivíduo.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, D. S. **Justiça restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. Porto Alegre, 2012.

ANDRADE, V. R. P. de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora LTDA - Livros, 2003.

BARATTA, A.. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARRETO, T. **Menores e loucos em Direito Criminal**. Brasília: Senado Federal, 2003.

BENJAMIN, W. B. Bartolomé de Las Casas. In: **Documentos de Cultura, Documentos de Barbárie**: escritos escolhidos. Seleção e apresentação Willi Bolle. São Paulo: Cultrix, 1972.

BECKER, H. S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008.

BUENO, S.; CERQUEIRA, D.; DE LIMA, R. S. Sob fogo cruzado II: letalidade da ação policial. **Anuário de Segurança Pública – Versão 2013**. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2013-corrigido.pdf> Acesso em 11 jul. 2014.

CAMPOS, C. H. de (org.); BARATTA, A.; STRECK, L. L.; ANDRADE, V. R. P. de. **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

CARVALHO, S. de. **Antimanual de criminologia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. XXV.

CHRISTIE, N. **Los Límites del Dolor**. México: Fondo de Cultura Económica, 1984.

DELEUZE, G. **Conversações**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.

DURKHEIM, E. **As Regras do Método Sociológico**. Tradução de Pietro Nasseti- Ed. Martin Claretto – São Paulo, 2007.

DURKHEIM, E. **Da Divisão do Trabalho Social**. Os Pensadores – 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

ESPINOZA, O. A Prisão Feminina desde um Olhar da Criminologia Feminista. **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**. Pelotas, v.1, n.1, p.35-60, jan./dez. 2002.p.35-36. Disponível em: <<https://antares.ucpel.tche.br/ojs/index.php/PENIT/article/viewFile/34/33>>. Acesso em: 18 jul. 2012.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 26. ed. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2002.

GALEANO, E. **Nosotros decimos no: crónicas 1969-1988**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

GARLAND, D. **Castigo y sociedad moderna**. Madrid: Siglo Veintiuno, 1999.

HULSMAN, L. & CELIS, J. B. de. **Penas perdidas**. O sistema penal em questão. 2. ed. Niterói: Luam, 1997.

HUXLEY, A. **Admirável mundo novo**. São Paulo: Globo, 2009.

LARRAURI, E. **Tendencias actuales en la justicia restauradora**. Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, nov./dez. 2004.

LÖWI, M. **El punto de vista de los vencidos em la historia de América Latina**. Revista a l'encontre (Suiza), 2007.

MARSHALL, C.; BOYACK, J.; BOWEN, H. **Como a Justiça Restaurativa assegura a boa prática**. Uma Abordagem Baseada em Valores. In: BASTOS, M. T.; LOPES, C.; e RENAULT, S. R. T. (orgs.). **Justiça Restaurativa: coletânea de artigos**. Brasília: MJ e PNUD, 2005.

MATHIESEN, T. A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível? **VERVE - Revista semestral autogestionária do Nu-Sol** (Núcleo de Sociabilidade Libertária do Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais da PUC-SP). São Paulo, n.4, p.80-111,2003.p.98-100. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/viewFile/4964/3512>>. Acesso em: 03 nov. 2012)

MELLO, C. B. de, MIRANDA, M. C., MUSZKAT, M. (Org.). **Neuropsicologia do Desenvolvimento**. 1. ed. São Paulo: Memnon, 2005.

OLMO, R. del. Limitaciones para la Prevención de la Violencia: la Realidad Latinoamericana y la Teoría Criminológica. Palestra apresentada nas **II Jornadas Venezolanas de Criminologia**, realizadas em Maracaibo, em julho de 1974 e publicada na Revista Psicología, Vol. I, n. 1, Escola de Psicologia da Universidade Central da Venezuela: Caracas,1974.

PALLAMOLLA, R. da P. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1. ed. São Paulo: **IBCCRIM**, 2009.

PAVLOV, I. P. **Reflexos condicionados e inibições**. Rio de Janeiro: Zahar, 1972.

PINTO, R. S. G. A construção da Justiça Restaurativa no Brasil. O impacto no sistema de Justiça criminal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1432, 3 jun.2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9878>>. Acesso em: 27 de março de 2013.

REALE JÚNIOR, M. **Instituições de direito penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANT'ANA, V. L. P. A Psicoterapia Analítico-Comportamental. **Anais da VI Semana de Psicologia da UEM**: Subjetividade e Arte. Maringá-UEM: 06/10/2004 à 08/10/2004. Disponível em: <http://www.dpi.uem.br/v-semanapsi/pdf/a%20psicoterapia%20analitico-compo.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2014.

SANTOS, J. C. dos. 30 anos de Vigiar e Punir (FOUCAULT). Trabalho apresentado no **11 Seminário Internacional do IBCCRIM** (4 a 7 de outubro de 2005), São Paulo. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/30anos_vigiar_punir.pdf>. Acesso em 18 mai. 2014.

SPITZ, R. A. **O primeiro ano de vida**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. XIX.

TRINDADE, J. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2004.

WINNICOTT, D. W.; SHEPHERD, R.; JOHNS, J.; ROBINSON, H. T. (Org.). **Pensando sobre crianças**. Porto Alegre: Artmed, 1997.

ZAFFARONI, E. R; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2011. v. 1.

ZEHR, H. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008.

ZIMERMAN, D. E. (Org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. 3. ed. Campinas: Millennium, 2010.

A ATUALIDADE DE MICHEL FOUCAULT – DESDE VIGIAR E PUNIR

Marco Antonio de Abreu Scapini

RESUMO: O presente texto tem como propósito apresentar alguns questionamentos a partir das referências temáticas de Michel Foucault, ainda em 1975, na obra *Vigiar e Punir*. Embora a referida obra tenha uma certa centralidade nas linhas que se seguirão, a análise da sua atualidade se dará muito mais em torno as temáticas decorrentes de uma certa leitura das questões que dizem respeito aos jogos de ilegalismos, aos dispositivos de controle e de vigilância, cuja prisão é expressão ou símbolo máximo, e que poderá abrir caminhos para a compreensão da biopolítica contemporânea. Assim, o presente texto se constrói em torno a estas temáticas, sempre com um endereçamento à justiça que, no modo como a concebemos, se dá pela negação ou pela crítica à violência. Além disso, tendo como pretensão levar ao limite as questões levantadas por Foucault, e sabendo dos riscos e das implicações que isso pode significar, entendemos necessário estabelecer encontros com autores como Adorno, Agamben, Derrida e Blanchot.

PALAVRAS-CHAVE: Desconstrução; Poder; Violência;

1 INTRODUÇÃO

A atualização do pensamento de Michel Foucault se mostra cada vez mais urgente, tendo em vista as grandes contribuições do filósofo francês em diversos campos do saber e também pelas ferramentas que deixou como legado para a construção de diversas possibilidades de crítica à violência. No presente texto, fizemos a opção por abordar a temática acerca do jogo de ilegalismo presente, na obra *Vigiar e Punir*, desenvolvendo os desdobramentos deste jogo para além da própria obra do autor. Nesse sentido, nas linhas que se seguirão, estabelecemos aberturas e diálogos com outros autores de modo a enfrentar criticamente as problemáticas biopolíticas contemporâneas.

2 DESENVOLVIMENTO DO ARTIGO

No mundo, em que as coisas estão em seu lugar, em que os olhos, as mãos e os pés sabem encontrá-las, em que a ciência prolonga a topografia da percepção e da práxis, mesmo ao transfigurar seu espaço; nos lugares onde se localizam cidades e campos que os humanos habitam, ordenando-se segundo diversos conjuntos, entre os entes; em toda essa realidade “correta”, o contra-senso dos vastos empreendimentos frustrados – em que política e técnica resultam na negação dos projetos que os norteiam – mostra a inconsistência do homem, juguete de suas obras.

Emmanuel Levinas¹¹

O objetivo deste texto é apresentar alguns questionamentos a partir das referências temáticas de Michel Foucault, ainda em 1975, na obra *Vigiar e Punir*¹². Embora a referida obra tenha uma certa centralidade nas linhas que se seguirão, a análise da sua atualidade se dará muito mais em torno as temáticas decorrentes das questões que dizem respeito aos jogos de ilegalismos, aos dispositivos de controle e de vigilância, cuja prisão é expressão ou símbolo máximo. Deste modo, espera-se que tal análise poderá abrir caminhos para a compreensão da biopolítica contemporânea caracterizada por uma espécie de assujeitamento do ser.

Assim, pensar a atualidade, no sentido que estamos propondo, significa realizar uma leitura ou abordagem fora da usual. Não se trata, portanto, de um pragmatismo, mas de uma leitura que possa contribuir para alguma mudança desde as ideias lançadas por Foucault. Estamos próximos a Seligmann-Silva que,

¹¹ LEVINAS, Emmanuel. “Humanismo e an-arquia”. In: LEVINAS, E., *Humanismo do outro homem*. Trad. Pergentino S. Pivatto – Anísio Meinerz – Jussemar da Silva – Luiz Pedro Wagner – Magali Mendes de Menezes – Marcelo Luiz Pelizzoli. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 71.

¹² Cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 41ª ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

ao apresentar a atualidade dos pensamentos de Walter Benjamin e Theodor W. Adorno, afirma o seguinte:

Não se trata de fazer um apanhado da vida e obra, nem de se fazer meticulosa avaliação crítica dos textos. A atualidade é um conceito positivo, e o texto de análise voltado para atualidade é abertamente parcial em mais de um sentido. O “atualizador” não teme cortar e recortar o fato cultural que ele estuda. Trata-se de um modo diverso do que normalmente se pratica no âmbito acadêmico, pois a escrita voltada para a atualização será mergulhada na atualidade e não pode ser simples encômio e comemoração. O autor que busca a atualidade de um pensamento parte de um diagnóstico de seu presente. Atualizar implica estar atento para o que se passa no presente do autor que escreve agora. A atualização busca um curto-circuito entre o ocorrido e o agora. Trata-se de um ato de memória e, como toda modalidade de atualização, parte de um conceito forte de agora¹³.

A atualidade do pensamento de Foucault, portanto, passa pelo diagnóstico de sua importante presença como ferramenta de análise do contemporâneo, sobretudo quando a análise envolve as questões referentes ao controle biopolítico, aos processos de subjetivação, ao encarceramento, a vigilância, ao espaço, a invisibilidade dos dispositivos, a loucura, etc.

A questão em torno à prisão e ao sistema penal é de interesse de Foucault bem antes da publicação de *Vigiar e Punir*. Trata-se, em verdade, pelo interesse pela lei, ou melhor, pela transgressão da lei em sentido amplo, o que significa que a questão não se restringe ao sistema penal. Pode-se dizer que, de algum modo, a transgressão do limite é central nas análises de Foucault. Nesse sentido, diz filósofo francês em 1971:

Há um problema que há muito tempo me interessa, é o do sistema penal, da maneira como uma sociedade define o bem o mal, o permitido e o não permitido, o legal e o ilegal, a maneira como ela exprime todas as infrações e todas as transgressões feitas à sua lei. Já encontrei com esse problema com relação à loucura, pois a loucura é igualmente uma forma de transgressão. Foi extremamente difícil para nossas civilizações fazer a divisão entre esse desvio que é a loucura e a falta ou o crime que são a transgressão. Tal é, portanto, minha preocupação: o problema da transgressão da lei e da repressão da ilegalidade¹⁴.

O interesse, portanto, de Foucault diz respeito ao que está por trás do que se mostra explicitamente no sistema penal. Trata-se das definições ou critérios de como uma sociedade define a legalidade, o que implica desde já no critério sobre

¹³ SELIGMANN-SILVA, Márcio. *A atualidade de Walter Benjamin e de Theodor W. Adorno*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, pp. 11-12.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. *Um problema que me interessa há muito tempo é o do sistema penal*. In: *Estratégia, poder-saber (Ditos e escritos IV)*. Trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 32.

as infrações e as transgressões feitas. Nesse sentido, as transgressões feitas à sua lei remetem ao âmago da questão propriamente dita que é, justamente, a formulação desta lei. Segundo Gilles Deleuze:

Um dos temas mais profundos do livro de Foucault consiste em substituir a oposição, por demais grosseira, lei-ilegalidade por uma correlação final *ilegalismos-lei*. A lei é sempre uma composição de ilegalismos, que ela diferencia ao formalizar. Basta considerarmos o Direito das sociedades comerciais para vermos que as leis não se opõem globalmente à ilegalidade, mas que umas organizam explicitamente o meio de não cumprir as outras. A lei é uma gestão dos ilegalismos, permitindo uns, tornando-os possíveis ou inventando-os como privilégio da classe dominante, tolerando outros como compensação às classes dominadas, ou, mesmo, fazendo-os servir à classe dominante, finalmente, proibindo, isolando e tomando outros como objeto, mas também como meio de dominação¹⁵.

Desde esta perspectiva, podemos conceber a importante substituição da oposição (grosseira) da lei-ilegalidade para a correlação *ilegalismos-lei* como a pressuposição de que toda lei, neste sentido, faz um jogo de ilegalidades cuja produção – e diferenciação – se dá no ato de sua própria formulação. Não por outra razão, a lei é considerada por Foucault como uma *gestão de ilegalismos*.

Esta gestão é bem demonstrada por Foucault com a análise histórica que faz na passagem para o séc. XVIII, quando descreve as transformações sociais do período, com as respectivas mudanças do controle sobre os ilegalismos, e os reais motivos da reforma penal daquela época. Assim, afirma Foucault:

Podemos dizer esquematicamente que, no Antigo Regime, os diferentes estratos sociais tinham cada um sua margem de ilegalidade tolerada: a não aplicação da regra, a inobservância de inúmeros éditos ou ordenações eram condição do funcionamento político e econômico da sociedade. Traço que não é particular ao Antigo Regime? Sem dúvida. Mas essa ilegalidade era tão profundamente enraizada e tão necessária à vida de cada camada social, que tinha de certo modo sua coerência e economias próprias¹⁶.

A tolerância da ilegalidade era recíproca entre as classes, sendo elemento estruturante das relações diante da marca profundamente enraizada em cada camada social. Esta condição – tolerante ao ilegalismo – estabeleceu, segundo Foucault “o jogo recíproco das ilegalidades”¹⁷, que fazia parte da vida política e econômica da sociedade.

¹⁵ DELEUZE, Gilles. *Um novo cartógrafo (Vigiar e Punir)*. In: Foucault. Trad. Claudia Sant’Anna Martins. São Paulo: Brasiliense, 2013, p. 39.

¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. pp. 79-80.

¹⁷ Idem. Op. cit. p. 81.

Todavia, com as mudanças econômicas no período, houve uma rearticulação da lógica sobre a *economia dos ilegalismos*. Na metade do séc. XVIII, iniciou-se a inversão do jogo. Segundo Foucault “*primeiro com o aumento geral da riqueza, mas também com o grande crescimento demográfico, o alvo principal da ilegalidade popular tende a ser não mais em primeira linha os direitos, mas os bens*”¹⁸. A alteração no panorama sobre o que denominamos *economia dos ilegalismos*, fez com que se incrementasse o interesse da classe burguesa na punição, criando então, a necessidade de se reprimir com urgência as inúmeras práticas de ilegalidade em torno à propriedade.

Neste cenário, há também a transformação da estratégia do poder de punir ou castigar. Se antes tínhamos uma certa cumplicidade entre as classes e um consentimento mudo do poder, tornando o jogo das ilegalidades algo enraizado na sociedade, passa-se, juntamente com a transformação econômica, à reestruturação da máquina penal. Nesse sentido, a “reforma penal” está profundamente vinculada aos novos interesses econômicos decorrentes, sobretudo, da necessidade burguesa de tutela à propriedade, o que transformou toda uma massa de pessoas em criminosas por sua mera condição existencial. Assim, segundo Foucault, os objetivos primeiros da estratégia da reforma seriam:

Fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor, punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir¹⁹.

Diante desses objetivos declarados, cujos (falsos) argumentos são absolutamente atuais no sentido de uma punição mais qualificada e universal, percebemos uma certa dissimulação em torno a questão do *humanismo*, cuja centralidade discursiva era a crítica aos suplícios e ao poder ilimitado do soberano. Isto porque, por trás deste interesse pela limitação do poder de punir e castigar está presente uma racionalidade econômica que pauta toda a reelaboração das estruturas punitivas e desloca o direito de punir – do soberano à defesa da sociedade²⁰. O próprio discurso da “reforma” é sustentado por esta

¹⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. p. 81.

¹⁹ Idem. op. cit. p. 79.

²⁰ Importante ressaltar que este deslocamento do poder de punir – do soberano à defesa da sociedade – é construído com base na teoria geral do contrato social, cujo pressuposto é a

racionalidade. Nesse sentido, segundo Foucault, “*essa racionalidade “econômica” é que deve medir a pena e prescrever as técnicas ajustadas. “Humanidade” é o nome respeitoso dado a esta economia e a seus cálculos minuciosos*”²¹.

Para além do dever em medir a pena e prescrever as técnicas ajustadas, o que nos interessa nesse momento é, justamente, a forma pela qual esta racionalidade econômica se dissimula *em nome* de um humanismo, reestruturando toda a máquina punitiva-disciplinar, e o modo pelo qual os desdobramentos deste gesto irão aparecer mais tarde. Assim, segundo Blanchot:

Não é, portanto, por bondade que o destino dos condenados é tornado mais discreto, e tampouco é por gentileza que os corpos dos culpados são deixados intactos, atacando-se suas ‘almas’ e ‘mentes’²².

Assim, o *humanismo* se torna apenas instrumento para suavização dos discursos declarados na reestruturação do poder. Atualmente declara-se o horror em nome da *justiça* e do humanismo. Nesse sentido, Jacques Derrida, leva ao limite a questão do que está por trás das “novas guerras da religião” como interesses econômicos, político-militares, etc. Para Derrida:

Por trás do que se apresenta sob o nome da religião, para além do que se defende ou se ataca em seu nome, mata, mata-se ou se mata mutuamente e, por isso, invoca objetivos declarados, dito de outra maneira, menciona abertamente a *indenidade*. De modo inverso, se o que *nos acontece* assim, como dizíamos, assume frequentemente (nem sempre) as figuras do mal e do pior nas formas inéditas uma *atroz* “guerra das religiões”, esta, por sua vez, nem sempre se apresenta como tal. Com efeito, não é certo que, ao lado ou diante dos crimes mais espetaculares e mais bárbaros de certos “integristas” (do presente ou do passado), outras forças superarmadas não estejam empreendendo também “guerras da religião” inconfessadas. As guerras ou as “intervenções” militares conduzidas pelo Ocidente judaico-cristão em nome das melhores causas (do direito internacional, da democracia, da soberania dos povos, das nações ou dos Estados, inclusive dos imperativos humanitários) não serão também, em alguns aspectos, guerras da religião²³?

Há, portanto, a presença do inconfessável naquilo que nos acontece. Em nome da religião, das melhores causas (da justiça, do direito internacional, da democracia, da soberania, do humanismo), se faz a guerra, mata e se mata, num

aceitação de cada um a todas as regras da sociedade. Inclusive, Foucault menciona em nota que as ideias de Rousseau foram usadas na constituinte. Cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. p. 87.

²¹ Idem. Op. cit. p. 88.

²² BLANCHOT, Maurice. *Da sujeição ao sujeito*. In: Uma voz vinda de outro lugar. Trad. Adriana Lisboa. Rio de Janeiro: Rocco, 2011, p. 137

²³ DERRIDA, Jacques. *Fé e saber*. In: A religião: o seminário de Capri. (Orgs.) Gianni Vattimo e Jacques Derrida. Trad. Marcelo Rondinelli. São Paulo: Estação Liberdade, 2000, p. 39.

exercício dissimulado (de poder) que nem sempre aparece como tal. O discurso declarado, cuja hipocrisia é sem limites, expõe-se pela falsa bondade referida acima com Blanchot. Além disso, tais discursos (declarados) mencionam abertamente a *indenidade*, cuja significação da palavra nos leva a pureza, o não contaminado, o intocado, o sagrado ou o santo, antes de qualquer profanação, ferida, ofensa ou lesão. A palavra *indene* é associada por Derrida às palavras “imune”, “imunidade” e “auto-imunidade”²⁴. O que nos leva a perceber que tais discursos, além de pretender dissimular seus reais interesses, buscam também se auto-imunizar das próprias ações que tentam desesperadamente justificar. Trata-se de uma espécie de expiação da culpa.

Imersos que estamos nesta dimensão – *religiosa* – deveríamos, pois, tentar uma espécie de *dissociação* da questão religiosa. Tarefa, por assim dizer, impossível. Segundo Derrida:

Seria necessário estabelecer a dissociação entre as características essenciais do religioso como tal e as que servem de fundamento, por exemplo, aos conceitos da ética, do jurídico, do político ou do econômico. Ora, nada mais problemático do que fazer tal dissociação. Os conceitos fundamentais que nos permitem isolar ou pretender isolar o político, para nos limitarmos a esta circunscrição, continuam sendo religiosos ou, em todo o caso, teológico-político²⁵.

Assim, todas as questões econômica, política e, nesse sentido, jurídica também, encontram-se indissociadas do religioso. Esta indissociação com o religioso também é pautado por Foucault, tendo como exemplo a questão do surgimento do inquérito policial. Diz Foucault:

Devido a todas as implicações e conotações religiosas do inquérito, o dano será uma falta moral, quase religiosa ou com conotação religiosa. Tem-se assim, por volta do séc. XII, uma curiosa conjunção entre a lesão a lei e a falta religiosa. Lesar o soberano e cometer um pecado são duas coisas que começam a se reunir²⁶.

Não obstante, como assinalamos ao início, se a questão foucaultiana é, justamente, a transgressão da lei e, posteriormente, os desdobramentos da repressão da ilegalidade, então, o problema também é de fé. Isto porque, além desta contaminação com o religioso, esta *instância de fé* é condição do

²⁴ Idem. Op. cit. p. 36.

²⁵ DERRIDA, Jacques. *Fé e saber*. In: A religião: o seminário de Capri. (Orgs.) Gianni Vattimo e Jacques Derrida. Trad. Marcelo Rondinelli. São Paulo: Estação Liberdade, 2000, p. 40.

²⁶ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003, p. 74.

acontecimento performativo da fundação da lei. Nesse sentido, valendo-se dos pensamentos de Pascal e Montaigne, Derrida diz o seguinte:

O fundamento da lei – a lei da lei, a instituição da instituição, a origem da constituição – é acontecimento “performativo” que não poderá pertencer ao conjunto que ele fundamenta, inaugura ou justifica. Tal acontecimento é injustificável na lógica do que tiver aberto. Ele é a decisão do outro no indecível. Desde então, a razão deve conhecer aí o que Montaigne e Pascal chamam de irrecusável “fundamento místico da autoridade”. O místico entendido dessa forma alia a crença ou o crédito, o fiduciário ou o fiável, o secreto (o que significa aqui “místico” ao fundamento, ao saber, também diremos mais adiante, à ciência como fazer, como teoria, prática e prática teórica, isto é, a uma fé, à performatividade e à performatividade tecnocientífica ou telectonológica. Nas situações em que, desmoronando, esse fundamento fundamenta, nas situações em que se furta sob o solo do que ele fundamenta, no instante em que, perdendo-se assim no deserto, perde inclusive o vestígio de si mesmo e a memória de um segredo, resta à “religião” começar e re-começar: quase de forma automática, mecânica, maquinal, espontânea²⁷.

Esta questão mística do acontecimento performativo nos parece anterior ao jogo de ilegalismos suscitado por Foucault, ao mesmo tempo em que também está presente na questão foucaultiana, justamente, pela perda de seus vestígios, o que implica ainda mais na atualidade de Foucault. Nesse sentido, o místico é entendido como a concessão de um crédito, e aí está a autoridade das leis. Para Derrida “*a autoridade das leis repousa apenas no crédito que lhes concedemos. Nelas acreditamos, eis seu único fundamento*”²⁸. Esta é a característica mais intrínseca do que estamos assinalando em torno às dissimulações do poder.

Além disso, encontramos – nas críticas de Pascal e Montaigne –, conforme nos expõe Jacques Derrida: “*as premissas de uma filosofia crítica moderna, uma dessedimentação das superestruturas do direito que ocultam e refletem, ao mesmo tempo, os interesses econômicos e políticos das forças dominantes da sociedade*”²⁹. Não se trata aqui de um pessimismo absoluto em relação ao direito, mas de uma vigia a este aspecto fundamental que, por vezes, fica subsumido na lei já instituída, mas que nos assombra permanentemente. Podemos sugerir aqui um certo jogo de dissimulações do poder, em que as forças dominantes da sociedade se valem para reorganizar e ampliar a sua lógica de governo.

²⁷ DERRIDA, Jacques. *Fé e saber*. In: A religião: o seminário de Capri. (Orgs.) Gianni Vattimo e Jacques Derrida. Trad. Marcelo Rondinelli. São Paulo: Estação Liberdade, 2000, pp. 30-31.

²⁸ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei: o fundamento místico da autoridade* p. 21. Trad. Leyla Perrone-Moyses. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 21.

²⁹ Idem. op. cit. p. 23.

Podemos, ainda, sugerir a existência uma dissimulação em torno da fé, ou seja, na crença na lei, ao passo que o projeto “reformista” se pauta, justamente, na legalidade e na ideia já sugerida de humanismo.

Assim, sob a aparência de boas intenções que este humanismo dá a entender, o poder se rearticula silenciosamente, fazendo da própria linguagem *mero* instrumento, tornando-a serva de seus interesses nem sempre declarados. Para Theodor Adorno:

A palavra que não é simples meio para algum fim parece destituída de sentido, e as outras parecem simples ficção, inverdade. Os juízos de valor são percebidos ou como uma publicidade como conversa fiada. A ideologia assim reduzida a um discurso vago e descompromissado nem por isso se torna mais transparente e, tampouco, mais fraca. Justamente sua vagueza, a aversão quase científica a fixar-se em qualquer coisa que não se deixa verificar, funciona como instrumento da dominação. Ela se converte na proclamação enfática e sistemática do existente³⁰.

A palavra, portanto, *parece* destituída de sentido. Mas é justamente a sua vagueza e o seu descompromisso que fazem dela instrumento de dominação. E assim se converte na mera proclamação do existente como algo natural.

É preciso, portanto, cuidado ao enfrentar a questão propriamente dita desta racionalidade, tendo em vista que nem sempre o ponto fulcral ou decisivo está visível. Nesse sentido, é justamente pela instrumentalização da linguagem, articulada por este estilo de racionalidade, mencionado por Foucault, que é possível fazer a reengenharia da lógica de poder e de castigo como meio, *talvez*, mais suave – se comparado ao suplício –, mas não menos cruel. Que a *humanização* das condições carcerárias-punitivas tenha representado um certo avanço, *talvez*, seja difícil questionar. Todavia, é preciso entender *em nome de* que tal situação foi possível ou desejável. Ou seja, entender, no caso de Foucault, desde esta racionalidade econômica e seus cálculos minuciosos, os reais motivos, ou seja, as razões deste acontecimento. O próprio Foucault percebe esta dimensão, quando afirma o seguinte sobre o pensamento burguês do séc. XIX: “*ela é inteligente e cínica. Basta ler o que ela dizia de si mesma e, melhor ainda, o*

³⁰ ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, M. *A indústria cultural: o esclarecimento como mistificação das massas*. In. *Dialética do Esclarecimento*. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p 123.

que ela dizia do outros”³¹. Nesse sentido, o aparente humanismo pode obliterar o olhar crítico, pois a racionalidade que sustenta tal pensamento, além de cínica é dissimulada. A lógica desta racionalidade é, justamente, escamotear seus reais interesses, ao passo que, por exemplo, prometendo liberdade, rearticula-se de modo a reforçar o controle e a dominação sobre o existente. A contradição, nesse caso, é meramente aparente. Desta maneira, diz Blanchot:

Nem tudo aquilo que melhora as condições as condições carcerárias é, claro está, detestável, mas corre o risco de nos enganar sobre as razões que tornaram essas melhorias desejáveis ou bem-sucedidas. O século XVIII parece dar-nos o gosto de liberdades novas – isto é muito bom. Contudo, o fundamento dessas liberdades, seu “subsolo” (diz Foucault), não muda, já que ainda o encontramos numa sociedade disciplinatória cujos poderes de supremacia se dissimulam enquanto se multiplicam. Estamos sempre e cada vez mais subjugados. Dessa *subjugação*, que já não é grosseira e sim delicada, extraímos a consequência gloriosa de ser *sujeitos*, e sujeitos livres, capazes de transformar em conhecimento os métodos mais diversos de um poder mentiroso, na medida em que é preciso que esqueçamos sua transcendência substituindo a lei de origem divina pelas diversas regras e pelos procedimentos razoáveis que, quando nos cansarmos deles, parecerão frutos de uma burocracia, sem dúvida humana, mas monstruosa (não nos esqueçamos de que Kafka, que parece descrever com genialidade as formas mais cruéis da burocracia, também se inclina diante dela, vendo aí a estranheza de um poder místico, que praticamente não foi degradado³²

A passagem de Blanchot é precisa no modo pelo qual estabelece a questão. Não se trata meramente da situação carcerária, esta questão é exemplificativa, sem dúvida, mas não se esgota em si mesma. A questão propriamente dita envolve a própria condição da existência, cada vez mais subjugada, com uma falsa aparência de liberdade. O subsolo foucaultiano – fundamento das novas liberdades –, não se alterou. Os poderes que articulam aquilo que Foucault denomina sociedade disciplinar se dissimulam enquanto se multiplicam. Nesse sentido, Barthes afirma o seguinte: “*adivinhamos então que o poder está presente nos mais finos mecanismos do intercâmbio social*”³³. O exercício do poder, portanto, está presente em cada intercâmbio social, algo muito próximo do que Foucault afirma na sua *Microfísica do poder*. Além disso, é

³¹ FOUCAULT, Michel. *Entrevista sobre a prisão: o livro e o seu método*. In. *Estratégia, poder-saber* (Ditos e Escritos IV). p. 168..

³² BLANCHOT, Maurice. *Da sujeição ao sujeito*. In. *Uma voz vinda de outro lugar*. Trad. Adriana Lisboa. Rio de Janeiro: Rocco, 2011, pp. 137-138.

³³ BARTHES, Roland. *Aula: aula inaugural da cadeira de semiologia literária do Colégio da França, pronunciada dia 7 de janeiro de 1977*. Trad. Leyla Perrone-Moysés. São Paulo: Cultrix, 2013, p. 19.

preciso entender que o poder – o exercício do poder – cria objetos de saber. Não por acaso, a racionalidade que sustenta os pilares da lógica do cárcere é a que regulará, por exemplo, a estrutura psiquiátrica – hospitalar –, escolar, militar, e a própria construção das subjetividades. Assim, afirma Foucault:

Não há que se contentar em dizer que o poder tem a necessidade de tal ou tal descoberta, de tal ou tal forma de saber, mas sim que exercer o poder cria objetos de saber, os faz emergir, acumula informações, as utiliza. Não se pode compreender nada do saber econômico se não se sabe como se exercia, em sua cotidianidade, o poder, e o poder econômico. O exercício do poder cria perpetuamente o saber e, inversamente, o saber acarreta efeitos de poder³⁴.

O poder, portanto, não tem a necessidade de uma forma de saber específica, pois seu exercício cria os objetos de saber. Nesse sentido, compreender o exercício do poder é condição para a compreensão do saber econômico. É por isso que a análise de Foucault passa também pelo exercício (de poder) das instituições. Para Deleuze “o poder *‘produz realidade’* antes de reprimir³⁵. Assim, esta “produção de realidade” está vinculada a um processo de naturalização da violência. Além disso, implica na introjeção da lei, já instituída, e dos dispositivos de controle nas subjetividades. Por esta razão é que Blanchot nos alerta para o fato de estarmos cada vez mais subjugados. O próprio Foucault reconhece a importância desta dimensão ao dizer: “*hoje, é a luta contra as formas de sujeição – contra a submissão da subjetividade – que prevalece cada vez mais, mesmo se as lutas contra a dominação e a exploração não desaparecerem, muito pelo contrário*”³⁶. Assim, a percepção e a luta contra estas formas de sujeição, ou a submissão da subjetividade, não pode ficar restrita apenas a análise do funcionamento e do exercício de poder das instituições. É nesse ponto que Foucault marcará uma ruptura com Goffman, que se fixa na análise da instituição propriamente dita. O que faz Foucault tão atual, na leitura que estamos propondo, é justamente o fato de que a sua análise é anterior. Isto significa que procura a racionalidade que faz operar a máquina –, ou seja, o modo pelo qual

³⁴ FOUCAULT, Michel. *Entrevista sobre a prisão: o livro e seu método*. In: Estratégia, poder-saber (Ditos e escritos IV). Trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 172.

³⁵ DELEUZE, Gilles. Op. cit. p. 38.

³⁶ FOUCAULT, Michel. *O sujeito e o poder*. In: Ditos e Escritos, volume IX: genealogia da ética, subjetividade e sexualidade. Trad. Abner Chiquieri. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Pp. 123-124.

opera nas instituições e como se sobrepõe à vida das pessoas. Nesse sentido, é a racionalidade (a forma como opera) que produz as formas de sujeição e que faz o cálculo sobre o *modus operandi* das instituições. Desse modo, diz Foucault:

De minha parte, procuro mostrar e analisar a relação que existe entre um conjunto de técnicas de poder e de formas: formas políticas como o Estado e formas sociais. O problema ao qual Goffman se prende é o da instituição mesma. O meu é o da racionalização da gestão do indivíduo. Meu trabalho não tem como objetivo uma história das instituições ou uma história das ideias, mas a história da racionalidade, tal como ela opera nas instituições e na conduta das pessoas.

A racionalidade é o que programa e orienta o conjunto da conduta humana. Há uma lógica tanto nas instituições quanto na conduta dos indivíduos e nas relações políticas. Há uma racionalidade nas formas mais violentas. O mais perigoso, na violência, é sua racionalidade. É claro que a violência é, nela mesma, terrível. Mas a violência encontra sua ancoragem mais profunda e extrai sua permanência da forma de racionalidade que utilizamos³⁷.

A racionalidade, portanto, programa os limites do viver. O que percebemos, desde *Vigiar e Punir*, é o desdobramento perverso de uma lógica totalizante de uma racionalidade, cuja pretensão é o controle absoluto do viver propriamente dito. Além disso, podemos perceber também o engodo que significou o projeto do sistema penal que, a grosso modo, abriu a possibilidade real para que as estruturas de poder se reorganizassem, ou seja, o jogo de ilegalismos perpetuou-se dissimuladamente pelo subsolo, cujo fundamento jamais se alterou. Segundo Foucault: “*de fato, a sociedade busca, mediante o sistema penal, organizar, acomodar, tornar política e economicamente vantajoso todo um jogo de legalidades e de ilegalismos*”³⁸. Os ilegalismos demonstrados historicamente por Foucault permanecem atuais e apenas vão se adaptando as novas condições para exercer o seu próprio jogo. Além disso, poderíamos ainda questionar, se o projeto da prisão já era fracassado desde seu nascimento como afirma Foucault³⁹, por que ainda utilizamos toda a máquina penal? Desde os argumentos já construídos, podemos sugerir que as dissimulações do poder e das formas de sujeição contribuem não apenas para que o sistema se mantenha, mas que as

³⁷ FOUCAULT, Michel. *Foucault estuda a razão de estado*. In: Estratégia, poder-saber (Ditos e escritos IV). 2ª ed. Trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 319.

³⁸ FOUCAULT, Michel. *O ilegalismo e arte de Punir*. In: Segurança, penalidade e prisão (Ditos e escritos VIII). Trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 54.

³⁹ Idem. *Entrevista sobre a prisão: o livro e seu método*. Estratégia, poder-saber (Ditos e escritos IV). 2ª ed. Trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 162

próprias pessoas *assujeitadas* exijam ainda mais vigilância e controle, ainda mais poder de polícia sobre elas mesmas *em nome* da segurança. Trata-se exatamente da “produção de realidade” da qual referiu Deleuze. Naturaliza-se a estrutura punitiva pelo exercício das instituições nas mais diversas formas de poder, incidindo, sobretudo, no âmago da subjetividade. É nesse nível que a racionalidade se torna nela mesma terrível. Este processo de naturalização da violência, desde a delinquência e seus níveis de criminalidade, é desvendado por Foucault:

A utilidade econômico-política da delinquência pode ser facilmente desvelada: primeiro, quanto mais houver delinquente, mais haverá crimes; quanto mais houver crimes, mais haverá medo na população; e, quanto mais houver medo na população, mais aceitável e mesmo almejavável se tornará o sistema de controle policial. A existência desse perigo interno permanente é uma das condições de aceitabilidade desse sistema de controle. Isso explica porque, nos jornais, na rádio, na TV, em todos os países do mundo, sem nenhuma exceção, se dá tanto espaço à criminalidade, como se a cada novo dia se tratasse de uma novidade⁴⁰.

Desde esta perspectiva, percebemos que o próprio espetáculo, que fazia parte ritual do suplício, é reinventado na atualidade. Além disso, o medo é também mecanismo de controle do poder, fortalecendo a utilidade econômica e política das práticas *em nome* da segurança. Assim, em *Vigiar e Punir*, também encontramos a genealogia destes processos de sujeição, bem como da passagem da punição disciplinar a vigilância geral, cuja condição é, justamente, este processo de sujeição. Nesse sentido, diz Foucault “*uma sujeição real nasce mecanicamente de uma relação fictícia*”⁴¹. Trata-se, exatamente do que estamos insistindo com Blanchot, ou seja, da dissimulação do poder que nos torna cada vez mais subjugados. O projeto do panoptismo (de Bentham) se rearticula para além dos limites e dos muros da prisão, tornando-se a lógica de gestão da biopolítica na atualidade, através de dispositivos de controle. Para Agamben, *dispositivo* é um termo técnico no pensamento de Foucault que remete a questão da governabilidade e ao governo dos homens, desde a concepção de “positividade” do jovem Hegel que, segundo Hyppolite, é o nome dado ao

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *As malhas do poder*. In: Segurança, penalidade e prisão (Ditos e escritos VIII). Trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 183.

⁴¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: o nascimento da prisão*. p. 192.

elemento histórico com toda a carga de regras e ritos interiorizada⁴². O que não significa que Foucault tivesse como objetivo seguir a linha hegeliana de reconciliação entre os viventes e o elemento histórico. Além disso, o termo dispositivo tem uma herança latina (do termo *dispositio*) e, ainda, possui uma herança teológica, o que implica a assunção da semântica da *oikonomia*. Para Agamben:

Os “dispositivos” de que fala Foucault estão de algum modo conectados com esta herança teológica, podem ser de alguma maneira reconduzidos à fratura que divide e, ao mesmo tempo, articula em Deus ser e práxis, a natureza ou essência e a operação por meio da qual ele administra e governa o mundo das criaturas. O termo dispositivo nomeia aquilo pelo qual se realiza uma pura atividade de governo sem nenhum fundamento no ser. Por isso, os dispositivos devem sempre implicar um processo de subjetivação, isto é, devem produzir o seu sujeito⁴³.

Trata-se, portanto, com o termo dispositivo, de uma *pura* atividade de governo, ou seja, o modo pela qual a atividade de governo é exercida: sem nenhum fundamento no ser. Assim, o exercício desta *pura* atividade de governo implica na produção de subjetividades, ou seja, de seus *próprios* sujeitos. Esta é a condição da práxis de governo, da gestão e do controle, cuja referência é uma *oikonomia*⁴⁴. Desde a perspectiva foucaultiana, Agamben propõe ir além na análise dos dispositivos, dividindo o existente em dois grupos; de um lado, os seres viventes; e de outro os dispositivos que incessantemente realizam a captura dos viventes. Retomando o termo dos teólogos, Agamben propõe a divisão entre a ontologia das criaturas e a *oikonomia* dos dispositivos. Nesse sentido, diz Agamben:

Chamarei literalmente de dispositivo qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes. Não somente, portanto, as prisões, os manicômios, o Panóptico, as escolas, a confissão, as fábricas, as disciplinas, as medias jurídicas, etc., cuja conexão com o poder é numa certo sentido evidente, mas também a caneta, a escritura, a literatura, a filosofia, a agricultura, o cigarro, a navegação, os computadores, os telefones celulares e – por que não – a própria linguagem, que talvez é o mais antigo dos dispositivos, em que há milhares e milhares de anos um

⁴² AGAMBEN, Giorgio. *O que é um dispositivo?* In: *O que é contemporâneo e outros ensaios*. Trad. Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009, pp. 27-32.

⁴³ Idem. Op. Cit. p. 38.

⁴⁴ O termo *oikonomia* significa em grego a administração do *oikos*, da casa. Cf. AGAMBEN, Giorgio. *O que é um dispositivo?* In: *O que é contemporâneo e outros ensaios*. Trad. Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009, p. 35.

primata – provavelmente sem se dar conta das consequências que se seguiram – teve a inconsciência de se deixar capturar⁴⁵.

Talvez, Agamben tenha reduzido a leitura de Foucault e o seu uso do termo dispositivo, o que caberia uma análise própria que não o faremos nesse momento. Todavia, é desde esta relação entre estas duas grandes classes (os seres vivos e os dispositivos) que para Agamben surge uma terceira classe: os sujeitos. É nesta relação, portanto, que há a proliferação dos processos de subjetivação. Assim, se a herança semântica da oikonomia é a administração e gestão da casa, o dispositivo nos termos expostos por Agamben é, antes de tudo, *“uma máquina que produz subjetivações e somente enquanto tal é também uma máquina de governo”*⁴⁶. O desdobramento desta máquina de governo sem nenhum fundamento no ser é, justamente, a sua própria disseminação e reprodução permanente. E novamente, diante deste jogo de dissimulação perpetrado também pelos dispositivos para efetivação da sujeição (em sentido foucaultiano), o próprio processo de subjetivação carrega em seu âmago uma dimensão dessubjetivante. Nesse sentido, Agamben afirma o seguinte: *“as sociedades contemporâneas se apresentam assim como corpos inertes atravessados por gigantescos processos de dessubjetivação que não correspondem a nenhuma subjetivação real”*⁴⁷. As implicações políticas deste processo são terríveis, na medida em que não parece haver saída e que estamos todos dominados – exatamente como colocamos em epígrafe com Levinas – *somos joguetes de nossas próprias obras*. Nesse sentido, diz Theodor W. Adorno *“todos os fenômenos enrijecem-se em insígnias da dominação absoluta do que existe”*⁴⁸. Estamos, pois, capturados por esta máquina de dominação do existente onde a liberdade é apenas o reflexo de sua aparência, eis uma das aporias da nossa existência..

⁴⁵ AGAMBEN, Giorgio. *O que é um dispositivo?* In: *O que é contemporâneo e outros ensaios*. Trad. Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009, pp. 40-41.

⁴⁶ Idem. Op. Cit. p. 46.

⁴⁷ Idem. Op. cit. p. 48.

⁴⁸ ADORNO, Theodor. *Crítica cultural e sociedade*. In: *Indústria Cultural e sociedade*. 5ª ed. trad. Augustin Wernet e Jorge Mattos Brito de Almeida. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 101.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em torno a todas estas dimensões expostas, o espectro de Foucault ainda nos assombra e a questão em torno ao poder nos perturba, esta coisa ao mesmo tempo visível e invisível que se dá num jogo enigmático. Deste modo, deixemos em suspenso a questão foucaultiana: “*quem exerce o poder? e onde ele se exerce?*”⁴⁹. Questão que o aproxima, nesse sentido, a Jacques Derrida, quando pergunta, “*quem assina a violência?*”⁵⁰. É no rastro destes questionamentos que poderemos desconstruir as lógicas de violência do contemporâneo, de modo a possibilitar a abertura de caminhos em meio às ruínas da atualidade.

REFERÊNCIAS

ADORNO, T.. **Crítica cultural e sociedade**. In: Indústria Cultural e sociedade. 5ª ed. trad. Augustin Wernet e Jorge Mattos Brito de Almeida. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

ADORNO, T.; HORKHEIMER, M.. **A indústria cultural: o esclarecimento como mistificação das massas**. In: Dialética do Esclarecimento. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. BLANCHOT, Maurice. Da sujeição ao sujeito. In. Uma voz vinda de outro lugar. Trad. Adriana Lisboa. Rio de Janeiro: Rocco, 2011.

AGAMBEN, G.. **O que é um dispositivo?** In: O que é contemporâneo e outros ensaios. Trad. Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009.

BARTHES, R.. **Aula: aula inaugural da cadeira de semiologia literária do Colégio da França, pronunciada dia 7 de janeiro de 1977**. Trad. Leyla Perrone-Moysés. São Paulo: Cultrix, 2013.

BLANCHOT, M.. **Da sujeição ao sujeito**. In. Uma voz vinda de outro lugar. Trad. Adriana Lisboa. Rio de Janeiro: Rocco, 2011.

DELEUZE, G.. **Um novo cartógrafo (Vigiar e Punir)**. In: Foucault. Trad. Claudia Sant’Anna Martins. São Paulo: Brasiliense, 2013.

⁴⁹ FOUCAULT, Michel. *Os intelectuais e o poder*. In: In: Estratégia, poder-saber (Ditos e escritos IV). 2ª ed. Trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 43.

⁵⁰ DERRIDA, Jacques. *Prenome de Benjamin. Força de Lei: o fundamento místico da autoridade* p. 21. Trad. Leyla Perrone-Moyses. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 69.

DERRIDA, J. **Fé e saber**. In: A religião: o seminário de Capri. (Orgs.) Gianni Vattimo e Jacques Derrida. Trad. Marcelo Rondinelli. São Paulo: Estação Liberdade, 2000;

_____; **Força de Lei: o fundamento místico da autoridade** p. 21. Trad. Leyla Perrone-Moyses. São Paulo: Martins Fontes, 2007;

_____; **Prenome de Benjamin**. Força de Lei: o fundamento místico da autoridade p. 21. Trad. Leyla Perrone-Moyses. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FOUCAULT, M.. **As malhas do poder**. In: Segurança, penalidade e prisão (Ditos e escritos VIII). Trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

_____; **A verdade e as formas jurídicas**. 3ª ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003;

_____; **Entrevista sobre a prisão: o livro e seu método**. In: Estratégia, poder-saber (Ditos e escritos IV). Trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006;

_____; **Foucault estuda a razão de estado**. In: Estratégia, poder-saber (Ditos e escritos IV). 2ª ed. Trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006;

_____; **O ilegalismo e arte de Punir**. In: Segurança, penalidade e prisão (Ditos e escritos VIII). Trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012;

_____; **Os intelectuais e o poder**. In: In: Estratégia, poder-saber (Ditos e escritos IV). 2ª ed. Trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006;

_____; **O sujeito e o poder**. In: Ditos e Escritos, volume IX: genealogia da ética, subjetividade e sexualidade. Trad. Abner Chiquieri. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014;

_____; **Um problema que me interessa há muito tempo é o do sistema penal**. In: Estratégia, poder-saber (Ditos e escritos IV). Trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006;

_____; **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 41ª ed. Petrópolis: Vozes, 2013

LEVINAS, E.. "Humanismo e an-arquia". In: LEVINAS, E., **Humanismo do outro homem**. Trad. Pergentino S. Pivatto – Anísio Meinerz – Jussemar da Silva – Luiz Pedro Wagner – Magali Mendes de Menezes – Marcelo Luiz Pelizzoli. Petrópolis: Vozes, 1993.

SELIGMANN-SILVA, M.. **A atualidade de Walter Benjamin e de Theodor W. Adorno**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

A CRÍTICA CRIMINOLÓGICA QUE NÃO TEME DIZER SEU NOME: INDAGAÇÕES E HIPÓTESES PARA UM DEBATE

Salo de Carvalho

RESUMO: O ensaio procura analisar o desconforto que o exercício do controle social representa para a criminologia crítica, sobretudo a partir do momento em que, na América Latina, vive-se a experiência de governos de esquerda. A investigação é direcionada à análise das políticas criminais alternativas contemporâneas e à reflexão sobre o papel (e o compromisso) dos criminólogos críticos no enfrentamento das graves e sistemáticas violações aos direitos humanos produzidas na era do populismo punitivo. Em última análise, o ensaio problematiza importante questão apresentada, na década de 90, por Lola Aniyar de Castro: “vale a pena [ao criminólogo crítico] assumir o exercício do poder?”

PALAVRAS-CHAVE: criminologia crítica; políticas criminais; populismo punitivo; direitos humanos.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the distress that the exercise of social control causes to critical criminology, especially from the time when Latin America experiences the increasing number of leftist governments. The research focuses on the analysis of contemporary criminal alternative policies and the reflection about the role (and commitment) of critical criminologists in coping with serious and systematic violations of human rights seen in the era of punitive populism. Ultimately, this essay discusses the important question raised by Lola Aniyar de Castro in the 90s, “does it worth to [the critical criminologist] assume the exercise of power?”

KEYWORDS: critical criminology; criminal policies; punitive populism; human rights.

1 INTRODUÇÃO: A URGÊNCIA DA CRÍTICA E A OPÇÃO PELOS DIREITOS HUMANOS

“O despertar do sujeito tem por preço o reconhecimento do poder como princípio de todas as relações.” (Adorno & Horkheimer,

1985)

A viragem paradigmática realizada pelo rotulacionismo e o salto qualitativo na análise dos processos de criminalização proporcionado pela criminologia crítica constituem-se como dois momentos decisivos para a desconstrução do saber criminológico de corte positivista, que nasceu associado à psiquiatrização do delito e que, ao longo do século passado, se infiltrou nas agências penais e nas instituições acadêmicas, consolidando-se como o discurso oficial da criminologia (criminologia ortodoxa).

A partir das décadas de 70 e 80, a projeção do saber criminológico crítico em ações transformadoras da realidade de criminalização seletiva (típica dos modelos capitalistas de exclusão social), possibilitou a emergência de projetos de contração e/ou abolição do sistema punitivo, conhecidos como *políticas criminais alternativas*.

Em razão do substrato marxista nas fundamentações política e teórica da criminologia crítica e da concretização dos seus postulados em práticas político-criminais voltadas para a transformação da sociedade e para a emancipação humana, foi possível designar esta tendência criminológica como uma *criminologia da práxis*⁵¹ – *práxis* pensada a partir do sentido proposto por Marx e Engels nas *Teses sobre Feuerbach*.^{52 53}

Conforme aponta Leandro Konder, a *práxis* consiste em uma

“[...] atividade ‘revolucionária’, ‘subversiva’, questionadora e inovadora, numa expressão extremamente sugestiva ‘crítico-prática’. A *práxis* é a atividade concreta pela qual os sujeitos humanos se afirmam no mundo, modificando a realidade objetiva e, para poderem alterá-la, transformando-se a si mesmos. É a ação que, para aprofundar de maneira mais consequente, precisa da reflexão, do autoquestionamento, da teoria; e é a teoria que remete à ação, que enfrenta o desafio de verificar seus acertos e desacertos, cotejando-os com a prática.”⁵⁴

⁵¹ Termo (“criminologia da práxis”) utilizado em CARVALHO, S. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 150-154; CARVALHO, S. Criminologia Crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 21, v. 104, São Paulo, 2014, pp. 292-297.

⁵² MARX, K. & ENGELS, F. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 539.

⁵³ “A *práxis* é o conceito central na filosofia de Marx, o que está mais vivo nela. É a matriz de uma concepção original da história, uma concepção que, sendo materialista, reconhece o poder do sujeito de tomar iniciativas, fazer escolhas. Por isso, precisa de uma ética. Depende de valores que lhe permitam empenhar-se em projetos de transformação do mundo, na criação de um tipo melhor de sociedade, num futuro que valha a pena lutar.” (KONDER, L. **Em Torno de Marx**. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 16).

⁵⁴ KONDER, L. **O Futuro da Filosofia da Práxis: o pensamento de Marx no Século XXI**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 115.

Nesse registro de um pensamento criminológico construído a partir da tradição teórica do marxismo (e exatamente por isso *crítico*) e direcionado à desconstrução de uma *teoria tradicional*⁵⁵ que pressupõe como fatos históricos (o crime e a pena, p. ex.) fenômenos que deveria explicar⁵⁶ – e, em consequência, reduz a vida humana à condição de objeto (processos de alienação e de reificação) –, foram projetadas intervenções emancipatórias, ações de ruptura identificadas com os discursos do abolicionismo, do minimalismo, do garantismo, do realismo de esquerda, do realismo marginal e do uso alternativo do direito penal.

Na confluência entre a perspectiva rotulacionista e a tradição marxista da sociologia do conflito, a criminologia crítica, em sua primeira fase, apresentou uma pauta negativa, desconstrutora da *forma mentis*⁵⁷ *inquisitória* que rege a criminologia ortodoxa e que se proliferou nos discursos das ciências criminais

⁵⁵ O termo *teoria tradicional* está inserido no âmbito de análise da Escola de Frankfurt, sobretudo a partir do referencial texto de Horkheimer (1937) (HORKHEIMER, M. Teoria Tradicional e Teoria Crítica In: BENJAMIN, W; HORKHEIMER, M; ADORNO, T. W. & HABERMAS, J. **Textos Escolhidos**. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983) e do desdobramento das suas conclusões em O Conceito de Esclarecimento (1947), de Adorno e Horkheimer (ADORNO, T. W. & HORKHEIMER, M. O Conceito de Esclarecimento In: ADORNO, T. W. & HORKHEIMER, M. **Dialética do Esclarecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985).

⁵⁶ Nos *Manuscritos Econômico-Filosóficos* (1844), Marx apresenta uma das diretrizes centrais da perspectiva crítica: “*não nos desloquemos, como [faz] o economista nacional quando quer esclarecer [algo], a um estado primitivo imaginário. Um tal estado primitivo nada explica. Ele simplesmente empurra a questão para uma região nebulosa, cinzenta. Supõe na forma do fato (Tatsache), do acontecimento, aquilo que deve deduzir, notadamente a relação necessária entre duas coisas, por exemplo entre divisão do trabalho e troca. Assim o teólogo explica a origem do mal pelo pecado original (Sündenfall), isto é, supões como um fato dado e acabado, na forma histórica, o que deve explicar.*” (MARX, K. **Manuscritos Econômicos-Filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 80).

Sobre a importância dos *Manuscritos de Paris* na fundação do pensamento crítico, conferir os comentários de Souza, Ricardo Timm de. **As Fontes do Humanismo Latino II: a condição humana no pensamento filosófico contemporâneo**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, pp. 193-204.

⁵⁷ “*Ciência tradicional disfarçada de argumento, que esconde dissimuladamente o desejo de invadir a realidade. Estrutura de compreensão da realidade para a qual a criminologia foi manifestação explícita da vontade de sistema; forma mentis que é já criminologia: empecilho ao conhecimento da realidade para o qual uma não-realidade tipicamente conceitual é eleita com o condão de ocupar o vazio que a impossibilidade desse conhecimento deixa. Significa que o desconhecimento, proprius da fungibilidade que as coisas assumem para esse hábito mental, promove, com a ausência material da sua resposta, isto é, com a sua inautêntica pergunta, que o seu próprio pensamento ocupe o lugar da coisa e, em nome dela, mantenha como objeto de seu saber, como objeto criminológico, qualquer coisa que signifique ‘o sistema positivo e a prática oficial’, mas exclua a violência do seu pensamento da ordem de violências que deveria criticar.*” (PANDOLFO, A. C. **A Criminologia Traumatizada: um ensaio sobre violência e representação dos discursos criminológicos hegemônicos no século XX**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 65).

(direito penal, processo penal e criminologia) e nas práticas institucionais (agências de punitividade).⁵⁸ É na agenda positiva, porém, que os postulados teóricos ingressam no campo de disputa das políticas públicas, notadamente a partir do momento em que, após a queda dos regimes autoritários na Europa e das Ditaduras Cívico-Militares na América Latina, as *esquerdas* chegam ao poder.

O presente *paper* procura ampliar o campo de visão sobre este desconforto que representa “*as aventuras e as desventuras de um criminólogo crítico no exercício do controle social*”, conforme antecipado há quinze anos no já clássico relato de Lola Aniyar de Castro.⁵⁹

Penso que este exercício teórico, baseado na literatura e na experiência de criminólogos críticos no poder – e, no Brasil, a referência primeira é a experiência de Nilo Batista no segundo Governo de Leonel Brizola no Rio de Janeiro (1991-1994) – é extremamente necessário para que possam ser (re)pensadas não apenas as políticas de esquerda de modo geral, mas, sobretudo, para que se analise o papel (e o compromisso) dos criminólogos críticos no enfrentamento das graves e sistemáticas violações aos direitos humanos produzidas nas e pelas instituições do Estado. A questão latente que perpassa o ensaio é, portanto, aquela apresentada por Lola Aniyar de Castro: “*vale a pena – em definitivo – assumir o exercício do poder?*”⁶⁰

2 CRIMINOLOGIA CRÍTICA E POSICIONAMENTO POLÍTICO CRIMINAL

Neste sentido, antes de enfrentar a pergunta de Lola Anyiar, creio fundamental retomar outra indagação, proposta por Becker no seminal artigo *Whose side are we on?* (1967). Talvez reelaborando a interrogação, em uma

⁵⁸ Sobre a pauta negativa que resulta da série de discursos que conformam o campo crítico na criminologia, conferir CARVALHO, S. Criminologia Crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 21, v. 104, São Paulo, 2014, pp. 286-292.

⁵⁹ ANIYAR DE CASTRO, L. Criminología y Poder: aventuras y desventuras de un criminólogo crítico en el ejercicio del control social. In: **Capítulo Criminológico**, v. 23, n. 02, 1995, pp. 03-13. Em 1996, a autora publicou versão do debate, com algumas modificações, no Brasil, (ANIYAR DE CASTRO, L. Criminólogos Sediciosos no Poder? In: **Discursos Sediciosos**, v. 01, n. 02, 1996, p. 59-66).

⁶⁰ ANIYAR DE CASTRO, L. Criminólogos Sediciosos no Poder? In: **Discursos Sediciosos**, v. 01, n. 02, 1996, p. 61.

espécie de licença acadêmica, ou subvertendo a tradução para *do lado de quem estamos?*, a questão parece expor a tensão sempre presente entre as práticas de governo e a proteção dos direitos (das pessoas).

Becker publica o artigo em forma de resposta à acusação de que a teoria do rotulacionismo apresentaria leituras demasiadamente parciais dos problemas aos quais se propunha investigar, sobretudo pela tendência de os resultados de pesquisa serem interpretados como manifestos de defesa daquelas pessoas ou grupos inconvenientes que perturbavam a ordem e a paz social – em outras palavras, os *outsiders*. Neste ponto, o texto de Becker antecipa o debate proposto por Herman e Julia Schwendinger em *Defensores da Ordem ou Guardiões dos Direitos Humanos?* (1975)⁶¹, trabalho atualizado e “domesticado”, no Brasil, por Mayora e Garcia em *A Criminologia Crítica na Encruzilhada da Dominação e da Transformação Social* (2013).⁶²

O problema é conhecido, mas longe de estar esgotado, motivo pelo qual merece ser retomado. A propósito, no momento de consolidação de mais de uma década do partido dos trabalhadores no Governo Federal, voltar ao problema, desde as suas fundações, representa algo urgente. Soma-se, ainda, ao recente processo eleitoral de 2014, outro evento absolutamente significativo na história brasileira recente: as Jornadas de Junho em 2013.

Desde o meu ponto de vista, as respostas sobre o direcionamento das políticas criminais (alternativas ou tradicionais), sobre os limites e as (im)possibilidades de atuação concreta em defesa dos direitos humanos desde dentro das instituições, pressupõem clareza (e, em consequência, comprometimento) em relação à pergunta *ao lado de quem estamos?*

Conforme trabalhado em outro momento⁶³, dentre os mais variados temas que envolvem a questão, as imagens e as percepções das violências produzidas pelas agências do sistema penal são decisivas para a escolha do “lado”. É na

⁶¹ SCHWENDINGER, H. & SCHWENDINGER, J. Defensores da Ordem ou Guardiões dos Direitos Humanos? In: TAYLOR, I; WALTON, P & YOUNG, J (orgs.). **Criminologia Crítica**. Rio de Janeiro: Graal, 1980, pp. 135-176.

⁶² MAYORA, M. & GARCÍA, M. A Criminologia Crítica na Encruzilhada da Dominação e da Transformação Social In: **Revista de Estudos Criminais**, n. 51, Porto Alegre, 2013, pp. 169-192.

⁶³ CARVALHO, S. Criminologia Cultural In: LIMA, R. S; RATTON, J. L & AZEVEDO, R. G (orgs.). **Crime, Justiça e Polícia no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014, p. 139.

dicotomia entre a percepção da violência institucional como *estrutural* ou *conjuntural* que o ator (social, político ou acadêmico) irá tomar partido. Afirmar o caráter *conjuntural* da violência institucional permite a tranquilidade de um trabalho menos conflitivo nas agências punitivas (conflitividade tanto em relação aos demais atores quanto às próprias convicções). O trabalho, contudo, apresenta um limite inquestionável que é o da *reforma*. Qualquer perspectiva de ruptura resta inexoravelmente prejudicada ou simplesmente excluída deste âmbito de ação. O ponto ótimo de ingerência seria o da proposição (e eventualmente de implementação) de estratégias redutoras, que sempre estão nos limites da relegitimação e da recapacitação de práticas e instituições anteriormente submetidas à crítica em razão do seu *ser* violento.

Em sentido oposto, se a percepção é a de que a violência produzida nas e pelas agências de controle é inerente às práticas do sistema penal (*violência estrutural*), as atuações orientadas pela perspectiva crítica esbarrariam, em algum momento, nos limites impostos pela necessidade de *êxito político*. Aniyar de Castro, ao relatar sua experiência no Governo do estado venezuelano de Zulia, sintetiza a questão: “*governamos com nossos princípios. Muitos deles são incompatíveis com o êxito político.*”⁶⁴

Os princípios orientadores da ação-reflexão de um criminólogo crítico, em seu trabalho de aprofundamento da democracia, segundo a autora, seriam os de (a) transparência do discurso (isto é, “*nunca enganar as pessoas*”^{65 66}), (b) defesa dos direitos humanos, (c) negação da seletividade do controle, e (d) antiautoritarismo.⁶⁷

Mas para além das diretrizes apontadas por Lola Aniyar de Castro, resta uma indagação absolutamente pertinente: qual seria esta incompatibilidade da

⁶⁴ ANIYAR DE CASTRO, L. Criminólogos Sediciosos no Poder? In: **Discursos Sediciosos**, v. 01, n. 02, 1996, p. 65.

⁶⁵ ANIYAR DE CASTRO, L. Criminólogos Sediciosos no Poder? In: **Discursos Sediciosos**, v. 01, n. 02, 1996, p. 61.

⁶⁶ “*Não mentir. Não esqueço de ter escrito que ‘libertação’ é ‘libertação da mentira’.* Isto significa abster-se do duplo discurso, ou seja, autenticidade e sinceridade sobre a gestão do governo; e, sobretudo, não oferecer nada que não se possa cumprir” (ANIYAR DE CASTRO, L. Criminología y Poder: aventuras y desventuras de un criminólogo crítico en el ejercicio del control social In: **Capítulo Criminológico**, v. 23, n. 02, 1995, p. 13).

⁶⁷ ANIYAR DE CASTRO, L. Criminólogos Sediciosos no Poder? In: **Discursos Sediciosos**, v. 01, n. 02, 1996, p. 61.

postura crítica com o *êxito político*? Na atualidade – e desde a orientação crítica uma das tarefas centrais é o “diagnóstico do presente”⁶⁸ –, em uma conjuntura na qual as principais democracias ocidentais, inclusive as latino-americanas, aderiram explícita ou implicitamente ao populismo punitivo⁶⁹, o compromisso de defesa dos direitos humanos, que traz consigo uma postura antiautoritária e de negativa da seletividade do sistema penal, no mínimo dificulta (e em determinadas situações simplesmente aniquila) a real disputa pelo poder político.

Uma das alternativas possíveis, que evitaria qualquer possibilidade de relegitimação da violência inerente ao sistema punitivo, seria a de desocupar estes espaços institucionais e, desde fora (da academia, p. ex.), potencializar sua crítica (negativa) e propor formas alternativas (não-penais) de resolução dos conflitos – o legado abolicionista, p. ex., reflete muito esta postura e dá indicativos reais de como esta atuação externa é possível. No entanto esta negativa pode, em determinados momentos, ser compreendida como imobilismo, indicando, inclusive, uma postura relativamente contraditória com o papel transformador que cabe à *práxis crítica*, pois “*um criminólogo crítico se define por sua vocação transformadora. Não só da teoria, mas também da realidade.*”⁷⁰

A esfera intelectual é imprescindível e inegociável na perspectiva crítica, sobretudo porque estabelece um diálogo direto com as práticas transformadoras.

⁶⁸ No texto clássico de Horkheimer, o autor afirma uma das orientações principais da Teoria Crítica, que é a crítica ou diagnóstico do presente – “*os interesses do pensamento crítico são universais, mas não são universalmente reconhecidos. Os conceitos que surgem sob sua influência são críticos frente ao presente.*” (HORKHEIMER, M. Teoria Tradicional e Teoria Crítica In: BENJAMIN, W; HORKHEIMER, M; ADORNO, T. W. & HABERMAS, J. **Textos Escolhidos**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 138).

Segundo Nobre, “[...] a Teoria Crítica tem sempre como uma das suas importantes tarefas a produção de um determinado diagnóstico do tempo presente, baseado em tendências estruturais do modelo de organização social vigente, bem como em situações históricas concretas, em que se mostram tanto as oportunidades e potencialidades para a emancipação quanto os obstáculos reais a ela”. (NOBRE, M. **A Teoria Crítica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 11)

⁶⁹ Neste sentido, conferir GARLAND, David. La Cultura del Control: crimen y orden social en la cultura contemporánea. Barcelona: Gedisa, 2005, pp. 275-312; GARLAND, D. As Contradições da Sociedade Punitiva: o caso britânico In: **Discursos Sediciosos**, ano 7, número 11, 2002, pp. 69-92; PRATT, J. **Penal Populism**. London: Routledge, 2007, pp. 08-35; SIMON, J. **Governing Through Crime**. Oxford: Oxford Press, 2007, pp. 75-110; WACQUANT, L. A Ascensão do Estado Penal nos EUA In: **Discursos Sediciosos**, ano 7, número 11, 2002, pp. 13-40; CARVALHO, S. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 27-58.

⁷⁰ ANIYAR DE CASTRO, L. Criminólogos Sediciosos no Poder? In **Discursos Sediciosos**, v. 01, n. 02, 1996, p. 59.

Todavia isso não significa que se possa abdicar do enfrentamento institucional e do exercício do poder. Do contrário, uma importante estratégia emancipatória de conquista de espaços seria negada, como, p. ex., a disputa pela hegemonia, em formações sociais como as ocidentais em que há relativo equilíbrio entre sociedade civil e sociedade política, através daquilo que Gramsci definiu como “guerra de posições.”⁷¹ A questão apresentada por Aniyar de Castro (*vale a pena assumir o exercício do poder?*), portanto, merece uma resposta positiva. No entanto este atuar deve estar sempre condicionado ao respeito intransigente daqueles princípios antiautoritários que orientam a crítica, sobretudo na definição de como agir de forma emancipatória nos *hard cases*. No momento em que surgem conflitos insolúveis entre a preservação dos direitos das pessoas e a afirmação do poder estatal, situações em que a razão de Estado se sobrepõe ao respeito aos direitos humanos, a única alternativa possível ao crítico é a desocupação imediata do ambiente institucional, sabendo, contudo, que as práticas intelectuais permitem expor, em forma de denúncia, este tipo de situação.

Neste ponto, entendo que duas observações são importantes. A primeira é no sentido de que o trabalho acadêmico é, efetivamente, *atuação* (e *atuação política*). A simplificação, comumente apresentada pela teoria tradicional, que relega à academia uma função meramente *teórica* (falsa dicotomia teoria *versus* prática), sobretudo nas humanidades, deriva da herança positivista que transformou o procedimento matemático no ritual teórico por excelência, interditando, conforme Adorno e Horkheimer, a exigência clássica de “*pensar o pensamento*”⁷² – esforço que constitui, por si só, em atividade altamente relevante e com profundos impactos no mundo da vida (*prática*). Neste cenário,

⁷¹ Conforme Carlos Nelson Coutinho, “(...) Gramsci pôde formular, de modo positivo, sua proposta de estratégia para os países ‘ocidentais’: nas formações ‘orientais’, a predominância do Estado-coerção impõe à luta de classes uma estratégia de ataque frontal, uma ‘guerra de movimento’, voltada diretamente para a conquista e conservação do Estado em sentido restrito; no ‘Ocidente’, ao contrário, as batalhas devem ser travadas inicialmente no âmbito da sociedade civil, visando à conquista de posições e de espaços (‘guerra de posições’), da direção político-ideológica e do consenso dos setores majoritários da população, como condição para o acesso ao poder de Estado e para sua posterior conservação.” (COUTINHO, C. N. **Gramsci**: um estudo sobre o seu pensamento político. Rio de Janeiro: Campus, 1989, p. 89).

⁷² “Na matematização galileiana da natureza, a natureza ela própria é agora idealizada sob a égide da nova matemática, ou, para exprimi-lo de uma maneira moderna, ela se torna ela própria uma multiplicidade matemática. O pensar reifica-se num processo automático e autônomo, emulando

“para o positivismo que assumiu a magistratura da razão esclarecida, extravar em mundos inteligíveis é não apenas proibido, mas é tido como um palavreado sem sentido [...]. Para [est]a mentalidade científica, o desinteresse do pensamento pela tarefa de preparar o factual, a transgressão da esfera da realidade é desvario e autodestruição, do mesmo modo que, para o feiticeiro do mundo primitivo, a transgressão do círculo mágico traçado para a invocação, e nos dois casos tomam-se providências para que a infração do tabu acabe realmente em desgraça para o sacrílego.”⁷³

Penso não ser excessivo lembrar que a atividade acadêmica criticamente orientada implica na reflexão sobre o mundo da vida, sobre as práticas cotidianas. Implica, igualmente, não apenas em produzir diagnósticos do presente a partir da análise empírica das instituições (punitivas, no caso), mas em projetar novas formas de atuação, o que contribui para a formação de um pensamento de tipo novo, capaz de reanalisar as práticas.

Em consequência (e em segundo lugar), é fundamental perceber o papel dos intelectuais na produção cultural. Se “*as ideologias das classes superiores refletem os seus interesses, apesar de serem expressos de forma idealizada*”⁷⁴, os meios materiais de produção intelectual (livros, jornais, revistas, *web* e sala de aula, p. ex.) são os veículos de formação dos consensos sobre estes interesses. Assim, a *prática* científica dialoga diretamente com os sistemas econômicos e políticos, fornecendo, inclusive, as condições discursivas de legitimação do poder: “*esta é a razão pela qual os intelectuais, apesar de relativamente livres para formar suas ideias, tendem, de fato, a produzir ideologias favoráveis à classe que os sustenta*”⁷⁵. Mas, por outro lado, é sobretudo nesta esfera de produção intelectual que são estabelecidas as formas de disputa pelo conhecimento, que se constituem como qualificadas ferramentas de resistência à ideologia dominante, inclusive projetando práticas inovadoras e subversivas da ordem.

*a máquina que ele próprio produz para que ela possa finalmente substituí-lo. O esclarecimento [iluminismo] pôs de lado a exigência clássica de pensar o pensamento – a filosofia de Fichte é o seu desdobramento radical – porque ela desviaria do imperativo de comandar a práxis, que o próprio Fichte, no entanto, queria obedecer. O procedimento matemático tornou-se, por assim dizer, o ritual do pensamento. Apesar da autolimitação axiomática, ele se instaura como necessário e objetivo: ele transforma o pensamento em coisa, em instrumento, como ele próprio o denomina”. (ADORNO, T. W. & HORKHEIMER, M. O Conceito de Esclarecimento In: ADORNO, T. W. & HORKHEIMER, M. **Dialética do Esclarecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985, p. 33).*

⁷³ ADORNO, T. W. & HORKHEIMER, M. O Conceito de Esclarecimento In: ADORNO, T. W. & HORKHEIMER, M. **Dialética do Esclarecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985, p. 33.

⁷⁴ COLLINS, R. **Quattro Tradizioni Sociologiche**. Bologna: Zanichelli, 1996, p. 50.

⁷⁵ COLLINS, R. **Quattro Tradizioni Sociologiche**. Bologna: Zanichelli, 1996, p. 50.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Eliane Brum, ao analisar o imaginário sobre a Amazônia que a ditadura civil-militar enraizou na cultura nacional, afirma a permanência de uma lógica forjada pelo regime de exceção. Segundo a jornalista, vários entulhos autoritários corroem os nossos dias, como, p. ex., os *autos de resistência*, utilizados pela polícia para justificar a execução de suspeitos ou desafetos, resultado perverso do aumento do poder policial na Ditadura e que se mantém inalterado na Democracia.⁷⁶

A criminologia crítica brasileira já havia nominado as permanências autoritárias nas práticas punitivas e no pensamento social, sobretudo com os estudos de Vera Malaguti Batista.⁷⁷ Eliane Brum chama a atenção, porém, para o fato de que, no atual estado de coisas, não se decodifica essa violência como violência, o autoritarismo como autoritarismo, e “*o mais perigoso é sempre aquilo que não detectamos como perigoso, aquilo que se naturaliza como inevitável.*”⁷⁸

Exatamente por isso, Vera Malaguti Batista e Eliane Brum reivindicam a necessidade de jogar luz sobre o passado e compreender estas permanências. Sobretudo nominar estas práticas violentas típicas de modelos de exceção que não cessaram com a redemocratização formal do país. Nominar a *Ditadura que não diz seu nome* é a condição de possibilidade para superar a sua potência violenta que permanece viva e transversal aos regimes políticos formalmente democráticos.

Entretanto, junto a esta necessidade de nominar a violência e de confrontar os atores que *justificam o injustificável* (Timm de Souza)⁷⁹ em nome da

⁷⁶ BRUM, E. A Ditadura que não Diz seu Nome In: **El País Brasil**, 31/03/2014 (versão *on line*).

⁷⁷ Neste sentido, Batista, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 41. Conferir, igualmente, CARVALHO, S. As Permanências Autoritárias no Sistema Punitivo Brasileiro e a Práxis de Resistência da Criminologia Crítica in *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 22, n. 262, 2014, pp. 12-14.

⁷⁸ Brum, Eliane. A Ditadura que não Diz seu Nome in *El País Brasil*, 31/03/2014 (versão *on line*).

⁷⁹ Utilizo a expressão no sentido proposto por Souza, Ricardo Timm. O Nervo Exposto: por uma crítica da razão ardilosa desde a racionalidade ética in BAVARESCO, A; MILONE, J; NEIVA, A & TAUCHEN, J (orgs.). *Filosofia na PUCRS: 40 anos do Programa de Pós-Graduação em Filosofia (1974-2014)*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014, p. 352.

governança – e este não é um mero jogo de palavras com efeitos retóricos, pois basta pensar na situação prisional brasileira e nos discursos que suavizam sua potência genocida –, torna-se fundamental marcar o discurso crítico como *crítico*, na linha do inspirador trabalho de Safatle, *A Esquerda que não Teme Dizer seu Nome*, apropriado no título deste *paper*.

Demonstra Safatle que a política [inclua-se: política criminal] não pode ser vista como a esfera de decisão sobre o *possível*, a política “[...] *não é simplesmente a arte da negociação e do consenso, mas a afirmação taxativa daquilo que não estamos dispostos a colocar na balança. O que falta hoje à esquerda é mostrar o que, segundo seu ponto de vista, é inegociável.*”⁸⁰

O argumento de Safatle atinge o centro do problema político-criminal brasileiro na atualidade: o que é inegociável para a esquerda, o que é inegociável para a criminologia crítica?

É inegável que os fenômenos do extermínio e do encarceramento em massa da juventude negra são urgências que não podem deixar de ser enfrentadas em todos os níveis dos poderes públicos: se a Polícia é responsável pelo assassinato em forma de *autos de resistência*, o Ministério Público é igualmente responsável por não denunciar os suspeitos e o Judiciário, da mesma maneira, por arquivar os inquéritos; se o Legislativo é responsável pelo aumento do *input* e redução do *output* do sistema penitenciário, são os atores da Polícia, do Ministério Público e do Judiciário que efetivam o populismo punitivo, através, p. ex., do alargamento dos critérios para realizar prisões em flagrante, da ausência de parâmetros razoáveis para pedir a conversão em preventiva e da falta de fundamentação para decretar prisão provisória.

Nas duas pontas do sistema de justiça criminal (atuação da polícia e execução da pena), é a juventude negra que sofre com a seletividade genocida das agências punitivas brasileiras. E são dados concretos de realidade como estes que não apenas permitem seguirmos afirmando, como requerem que a crítica seja contundente, sem meias palavras, sem os pudores típicos dos intelectuais colaboracionistas e dos agentes políticos que *justificam o injustificável*

⁸⁰ Safatle, Vladimir. *A Esquerda que não Teme Dizer seu Nome*. São Paulo: Três Estrelas, 2013, p. 78.

– pensemos, p. ex., nas constantes decisões que autorizam o enclausuramento de pessoas em circunstâncias desumanas sob o argumento da *reserva do possível* e da impossibilidade de *ingerência na política*, quando, em outros temas, o próprio Judiciário desconsidera tais argumentos e atua sem pudores como agente político (judicialização da política).

Talvez nas margens do Ottawa ou do Tâmis tenhamos alcançado um nível civilizatório em que a violência radical deflagrada pelas agências punitivas seja lembrada apenas como um pesadelo que atormentou um passado muito distante. Talvez em um Estado em que os direitos humanos sejam efetivos, formal e materialmente, possamos abdicar da crítica. Tenho sérias dúvidas, mas talvez seja possível. Na beira do Tietê ou do Arroio Dilúvio, porém, a realidade parece ser outra, bastante distinta e muito urgente.

Várias biografias e muitos trabalhos acadêmicos, sobretudo aqueles que concentram as investigações na produção teórica da sua juventude, apontam a análise de Marx sobre a criminalização do furto de madeira como um momento central da sua sensibilização com a fragilidade dos camponeses perante o poder normativo dos proprietários de terra. Conforme destaca Guastini, a perspectiva do jovem Marx, apresentada no texto publicado em 1842, embora ainda estivesse distante da adesão ao comunismo, apresenta elementos bastante evidentes de crítica ao significativo momento de luta de classe entre o ascendente modelo capitalista e os últimos resíduos da propriedade comunal da terra, processo histórico que, mais tarde, será descrito como *acumulação original*, em *O Capital*.⁸¹ Marx, em realidade, é assombrado pela crueldade de uma legislação egoísta que excluía da massa despossuída (pequenos produtores e camponeses) o direito legítimo de colher a madeira caída ao chão⁸², em favor dos interesses particulares da antiga aristocracia feudal.⁸³ Com a finalidade de garantir os direitos dos

⁸¹ Guastini, Riccardo. *Marx: della filosofia del diritto alla scienza della società*. Bolonha: Il Mulino, 1974, p. 71.

⁸² As questões relativas à natureza do ato e à valoração da sua ilicitude são temas sensíveis de análise. Sobre o tema, esclarecedores os comentários em Guastini, Riccardo. *Marx: della filosofia del diritto alla scienza della società*. Bolonha: Il Mulino, 1974, pp. 72-75.

⁸³ No artigo publicado na Gazeta Renana, Marx acusa o parlamento renano (Dieta Renana) de constituir um Tribunal especial para os delitos patrimoniais, o que representaria uma espécie de privatização da jurisdição, em razão de a Lei contra o furto de madeira prever que o responsável pela propriedade determinaria o valor da madeira subtraída. Se a determinação do valor do dano

campesinos, Marx propõe uma inovadora forma de interpretação ao invocar um argumento conservador contra o conservadorismo. Assim, ressignifica o direito consuetudinário em favor dos espoliados, invertendo as formas tradicionais de produção do jurídico:

“[...] em defesa da massa pobre, política e socialmente espoliada, nos opomos àquilo que os treinados servos denominados historicistas descobriram como a verdadeira pedra filosofal que transforma qualquer alegação de erro em um genuíno ouro jurídico. Reivindicamos à pobre gente o direito consuetudinário, e não apenas um direito costumeiro local, mas um direito que em todos os países é o direito consuetudinário dos pobres. Vamos ainda mais adiante e afirmamos que, pela sua natureza, o direito consuetudinário só pode ser o direito desta massa espoliada.”⁸⁴

Surpreende ver Marx invocar elementos de corte jusnaturalistas, comuns aos juristas da escola histórica para garantir os privilégios da nobreza, para defender os campesinos,⁸⁵ em uma espécie de *paleogantismo jurídico* ou *protouso alternativo do direito*.⁸⁶ Ocorre que nesta inovadora argumentação de

é um dos elementos que integram a jurisdição, a Lei personificaria o interesse do proprietário que assumiria a ambígua posição de “juiz” e “parte”. (Marx, Karl. Debates on the Law on Thefts of Woods in Treviño, A. Javier. *The Sociology of Law: classical and contemporary perspectives*. Nova Iorque: St. Martin’s Press, 1996, pp. 134-136).

⁸⁴ Marx, Karl. Debates on the Law on Thefts of Woods in Treviño, A. Javier. *The Sociology of Law: classical and contemporary perspectives*. Nova Iorque: St. Martin’s Press, 1996, p. 131.

⁸⁵ Aponta Guastini que a relação entre Marx e Savigny, sobretudo a tensão entre direito escrito e direito costumeiro, foi interpretada das formas mais díspares – “assim, p. ex., H. Jaeger sustenta que, não obstante ‘a sua violenta polémica contra a Escola Histórica e os seus representantes’, Marx não deixa de recorrer aos ‘princípios savignianos’ para defender os direitos consuetudinários do povo. C. Vigouroux, ao contrário, vê na reivindicação de um direito costumeiro dos pobres, um ataque direto à Escola Histórica. M. Rossi, ao seu turno, escreve que ‘Marx encontra uma forma de redirecionar contra os juristas da Escola histórica, que utilizavam os costumes como fontes de direito para garantir a justificação dos mais reacionários privilégios de classe, a reivindicação dos mesmos direitos aos pobres, enquanto a sua condição fosse equalizada ao nível primordial de vida, ao qual, historicamente, o direito consuetudinário foi adequado” (Guastini, Riccardo. *Marx: della filosofia del diritto alla scienza della società*. Bolonha: Il Mulino, 1974, p. 87/88). Na concepção de Guastini, Marx, apesar do uso diferenciado do direito costumeiro na defesa dos campesinos, sustenta o primado do direito positivo e “qualquer afinidade entre Marx e Savigny pareceria algo de extravagante” (Guastini, Riccardo. *Marx: della filosofia del diritto alla scienza della società*. Bolonha: Il Mulino, 1974, p. 89).

De fato, a conclusão de Guastini parece a mais razoável. É que a legitimidade de ambas as manifestações normativas (direito costumeiro e direito escrito) dependerá, para o jovem Marx, do seu grau de racionalidade, entendida (a racionalidade do direito) como uma ordem não arbitrária e isenta de privilégios. As formas jurídicas escritas ou costumeiras que mantêm privilégios de classe, revivendo os modelos feudais, se opõem ao sentido de generalidade e de igualdade próprio das formas modernas de legislação. Sobre o tema, Guastini, Riccardo. *Marx: della filosofia del diritto alla scienza della società*. Bolonha: Il Mulino, 1974, pp. 81-87.

⁸⁶ Neste sentido, interessante lembrar o conceito, os usos e os limites daquilo que Michel Mialle chamou de “direito natural como arma de combate”. (Mialle, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa, Editorial Estampa, 1989, pp. 274-275). De igual forma, o uso do “jusnaturalismo de

Marx encontramos uma diretriz bastante precisa que se configura em uma espécie de *a priori* ético-metodológico da práxis criminológica crítica: pensar e agir em defesa dos *vencidos* da história. Em última instância, este é o diferencial inquestionável que opõe, p. ex., as interpretações de Marx e de Savigny sobre a função do direito costumeiro na crítica ao direito escrito.

Na emergência da criminologia crítica e da crítica ao direito penal – momento em que Neumann problematiza os discursos de legitimação da pena⁸⁷ e Rusche e Kirchheimer exploram as variáveis históricas que possibilitaram o surgimento e a edificação do carcerário⁸⁸ –, já estão estabelecidos os vínculos e definidas as preocupações, até então inéditas, com aqueles que foram verdadeiramente os *vencidos* na trama econômico-punitiva da Modernidade: as pessoas submetidas aos processos de criminalização e sacrificadas pela experiência carcerária. Neste ponto, a orientação do jovem Marx, que guia a *práxis* da criminologia crítica, nutre a perspectiva frankfurtiana, notadamente as lições de Benjamin sobre a história, sobretudo a sétima tese.⁸⁹

Excluída pelos mecanismos de exploração econômica, a *ralé* (Jessé de Souza⁹⁰) ou a *canaglia* (Melossi)⁹¹, tem sido consumida pela máquina burocrática, definindo uma espécie de *tipo concreto* (não apenas de *tipo ideal*, em sentido weberiano) de vidas matáveis que caracteriza o objeto da intervenção punitiva. É

combate” no movimento do Direito Alternativo brasileiro. (Carvalho, Amilton Bueno. *Direito Alternativo: teoria e prática*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 58-66).

⁸⁷ Neumann, Franz. *Uma Introdução Filosófica ao Direito: tratado sobre a relação entre Estado e pena*. Dissertação para obtenção do Doutorado na Faculdade de Direito de Frankfurt, Frankfurt am Main, 1922.

⁸⁸ Rusche, Georg & Kirchheimer, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

⁸⁹ “A natureza dessa tristeza torna-se mais clara se procurarmos saber qual é, afinal, o objeto de empatia do historiador de orientação historicista. A resposta é, inegavelmente, só uma: o vencedor. Mas, em cada momento, os detentores do poder são os herdeiros de todos aqueles que antes foram vencedores. Daqui resulta que a empatia que tem por objeto o vencedor serve sempre aqueles que, em cada momento, detêm o poder. Para o materialista histórico não será preciso dizer mais nada. Aqueles que, até hoje, sempre saíram vitoriosos integram o cortejo triunfal que leva os senhores de hoje a passar por cima daqueles que hoje mordem o pó. Os despojos, como é de praxe, são sempre também levados no cortejo. Geralmente lhes é dado o nome de patrimônio cultural”. (BENJAMIN, W. Sobre o Conceito de História in BENJAMIN, W. *O Anjo da História*. Belo Horizonte: Autêntica, 2012, p. 12).

⁹⁰ *Apud* Mayora, Marcelo & García, Mariana. A Criminologia Crítica na Encruzilhada da Dominação e da Transformação Social in *Revista de Estudos Criminais*, n. 51, Porto Alegre, 2013, p. 188.

⁹¹ Melossi, Dario. Discussione a mo’ di Prefazione: cárcere, postfordismo e ciclo di produzione dela ‘canaglia’ in De Giorgi, Alessandro. *Il Governo dell’Eccedenza: postfordismo e controllo della montitudine*. Verona: Ombre Corte, 2002, p. 21/22.

no olhar proposto pela teoria e pela criminologia críticas, porém, que esta massa de miseráveis criminalizados sem nome e sem importância passa a ter *significado real*.

Se no campo das ciências criminais a teoria oficial e as práticas gerencialistas narram, repetem e seguem afirmando o *cortejo dos vitoriosos* (Benjamin) – do passado rudimentar da criminologia positivista ao presente sofisticado da neurocriminologia –, ou seja, sustentam o discurso dos grandes criminólogos e penalistas que forneceram as condições de possibilidade para a transformação dos marginalizados sociais em *objetos* de intervenção no laboratório criminológico, a crítica inverte o fluxo da historiografia oficial e constrói uma nova história. Ao contar a história dos vencidos, a crítica não apenas denuncia a ideologia dos opressores, mas resgata a potência de vida da *ralé*, transformando estes massacrados pelo sistema punitivo em sujeitos da história.

Conforme Seligmann-Silva, é neste compromisso com os excluídos que Benjamin propõe uma nova ética da memória.⁹² No campo das ciências criminais, os excluídos da história que precisam ser recuperados são exatamente aqueles submetidos à radicalidade da violência oficial justificada pela razão ardilosa de direita ou de esquerda: as vítimas do genocídio em marcha que se sustenta nas engrenagens da burocracia punitiva, sobretudo na periferia do capitalismo financeiro. Vítimas que podem ser representadas pela juventude negra brasileira: grupo social preferencial dos assassinatos em nome da lei encobertos nos autos de resistência e no encarceramento seletivo.

REFERÊNCIAS

ADORNO, T. W. & HORKHEIMER, M. O Conceito de Esclarecimento. In: ADORNO, T. W. & HORKHEIMER, M. **Dialética do Esclarecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

ANIYAR DE CASTRO, L. Criminología y Poder: aventuras y desventuras de un criminólogo crítico en el ejercicio del control social. In: **Capítulo Criminológico**. v. 23, n. 02, 1995.

⁹² Seligmann-Silva, Márcio. A Atualidade de Walter Benjamin e de Theodor W. Adorno. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 53.

ANIYAR DE CASTRO, L. Criminólogos Sediciosos no Poder? In: **Discursos Sediciosos**. v. 01, n. 02, 1996.

BATISTA, V. M. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BENJAMIN, W. Sobre o Conceito de História. In: BENJAMIN, W. **O Anjo da História**. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

BRUM, E. A Ditadura que não Diz seu Nome. In: **El País Brasil**, 31/03/2014 (versão on line).

CARVALHO, A. B. **Direito Alternativo: teoria e prática**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, S. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, S. As Permanências Autoritárias no Sistema Punitivo Brasileiro e a Práxis de Resistência da Criminologia Crítica. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. ano 22, n. 262, 2014.

CARVALHO, S. Criminologia Crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 21, v. 104, São Paulo, 2014.

CARVALHO, S. Criminologia Cultural. In: LIMA, R. S.; RATTON, J. L. & AZEVEDO, R. G. (orgs.). **Crime, Justiça e Polícia no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.

CARVALHO, S. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COLLINS, R. **Quattro Tradizioni Sociologiche**. Bologna: Zanichelli, 1996.

COUTINHO, C. N. **Gramsci: um estudo sobre o seu pensamento político**. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

GARLAND, D. As Contradições da Sociedade Punitiva: o caso britânico. In: **Discursos Sediciosos**, ano 7, número 11, 2002.

GARLAND, D. **La Cultura del Control: crimen y orden social en la cultura contemporánea**. Barcelona: Gedisa, 2005.

GUASTINI, R. **Marx: della filosofia del diritto alla scienza della società**. Bolonha: Il Mulino, 1974.

HORKHEIMER, M. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. In: BENJAMIN, W; HORKHEIMER, M.; ADORNO, T. W. & HABERMAS, J. **Textos Escolhidos**. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

KONDER, L. **Em Torno de Marx**. São Paulo: Boitempo, 2010.

KONDER, L. **O Futuro da Filosofia da Práxis**: o pensamento de Marx no Século XXI. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

MARX, K. & ENGELS, F. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007.

MARX, K. Debates on the Law on Thefts of Woods. In: TREVIÑO, A. J. **The Sociology of Law**: classical and contemporary perspectives. Nova Iorque: St. Martin's Press, 1996.

MARX, K. **Manuscritos Econômicos-Filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2010.

MAYORA, M. & GARCÍA, M. A Criminologia Crítica na Encruzilhada da Dominação e da Transformação Social. In: **Revista de Estudos Criminais**, n. 51, Porto Alegre, 2013.

MELOSSI, D. Discussione a mo' di Prefazione: cárcere, postfordismo e ciclo di produzione dela 'canaglia' In: DE GIORGI, A. **Il Governo dell'Eccedenza**: postfordismo e controllo della montitudine. Verona: Ombre Corte, 2002.

MIAILLE, M. **Introdução Crítica ao Direito**. Lisboa, Editorial Estampa, 1989.

NEUMANN, F. **Uma Introdução Filosófica ao Direito**: tratado sobre a relação entre Estado e pena. Dissertação para obtenção do Doutorado na Faculdade de Direito de Frankfurt, Frankfurt am Main, 1922.

NOBRE, M. **A Teoria Crítica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

PANDOLFO, A. C. **A Criminologia Traumatizada**: um ensaio sobre violência e representação dos discursos criminológicos hegemônicos no século XX. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRATT, J. **Penal Populism**. London: Routledge, 2007.

RUSCHE, G. & KIRCHHEIMER, O. **Punição e Estrutura Social**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

SAFATLE, V. **A Esquerda que não Teme Dizer seu Nome**. São Paulo: Três Estrelas, 2013.

SCHWENDINGER, H. & SCHWENDINGER, J. Defensores da Ordem ou Guardiões dos Direitos Humanos? In: TAYLOR, I.; WALTON, P. & YOUNG, J. (orgs.). **Criminologia Crítica**. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

SIMON, J. **Governing Through Crime**. Oxford: Oxford Press, 2007.

SOUZA, R. T. O Nervo Exposto: por uma crítica da razão ardilosa desde a racionalidade ética. In: BAVARESCO, A.; MILONE, J.; NEIVA, A. & TAUCHEN, J. (orgs.). **Filosofia na PUCRS: 40 anos do Programa de Pós-Graduação em Filosofia (1974-2014)**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014

SOUZA, R. T. de. **As Fontes do Humanismo Latino II: a condição humana no pensamento filosófico contemporâneo**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

WACQUANT, L. A Ascensão do Estado Penal nos EUA. In: **Discursos Sediciosos**, ano 7, número 11, 2002.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

GT – COMPARATIVE LEGAL CULTURE

CANOAS, 2015

HOW TO PRODUCE A LAWYER IN BRAZIL AND IN FRANCE: A BRIEF COMPARATIVE AND CRITIC ESSAY

Fernando de Castro Fontainha

ABSTRACT: This essay proposes a comparison between the lawyer production process in France and in Brazil, aiming to bring critical approaches towards the Brazilian experience. It is not a full scientific paper once I do not present a complete a data based analysis to build an objective point. This paper was written in the frontier between a scientific article and a position paper. The subtitle “brief essay” is an attempt to avoid raising readers’ expectations.

KEYWORDS: lawyers training; legal teaching; sociology of legal professions.

1 INTRODUCTION

During my five-year academic experience in France – four of them as Political Sciences Ph.D. candidate and one as an *Attaché Temporaire d’Enseignement et de Recherche (ATER)* – in the Department of Political Sciences of Montpellier Law School, I studied the French selection process of judges. Indirectly, I also learned about the professional training of jurists, especially lawyers, for the reasons I will explain later.

This paper will not review a great number of scientific works on its theme and it will not present first-hand empirical data. This essay presents an overview, in which institutions and the way they operate are contrasted through a normative approach. It aims to seek the institutional meaning that agents and stages convey to the production of lawyers in Brazil and in France.

I organized this essay according to the institutional path to become a lawyer. Therefore, after a short explanation about the use of comparisons, I firstly discuss the admission in a Law School; then, the preparation to exams; the exams themselves; and, finally, the professional training.

2 THE USE OF COMPARISON

The comparative method is widely used by several areas of knowledge; consequently, there is a huge range of variations and nuances concerning it. Legal studies have linked the comparative method – which some legal scholars call “comparativism” or “Comparative Law” – to an idea of *pattern*. Rather than trying to understand similar institutions through generalization or the typification of their most remarkable characteristics, the idea of pattern brings out a normative attribute that alters its meaning; it conveys the idea of an example that comes from the occasional need of importing a foreign legal concept (some jurists call it an “alien legal concept”). This paper does not adopt such approach, because I do not intend to provide a critique to Brazilian institutional meaning that would exhort Brazil to do as France does.

My approach is closer to those that social scientist adopt. It consists on the systematization of categories, making comparison parameters explicit, as Cécile Vigour (2005: 7) summarized. The author explains that comparisons provided by social sciences studies are different from analogies or homologies; they are a process in which there is no “impossible comparison”, once the researcher establishes similarities, connections and contrasts between different objects (*Idem*: 8). Hence, I will try to compare the institutional designs of lawyers professional training in Brazil and in France according to the following parameters: (1) the homology of duties and expectations concerning lawyers in both countries; and (2) the fact that lawyering is a profession that only the ones who hold a bachelor degree in Law and that succeed examinations are entitled to perform.

Furthermore, my approach is closer to the anthropological idea of comparison (although this paper does not even resemble an ethnography). Known as Structural Anthropology, there has been a long tradition of ethnological studies that describe universal characteristics of the human spirit through a comparison based on *similarities*, as expressed by the work of Claude Lévi-Strauss (1962). The author pursues the “savage mind” – the subjective stage of every human being before “cultivation” or “domestication” – instead of seeking the “mind of savages”. Social Anthropology uses comparison based on *differences*, according

to which the study of the *other* broadens one's knowledge on *oneself*. Such approach plays an important role of denaturalization of western culture – by removing its alleged universality – through ethnographies that express different ways of constituting knowledge and diverse social practices and demonstrate they are *native* categories found in different contexts. Moreover, anthropological comparison allows one to *denaturalize* one's knowledge and practices through the strangeness of *oneself* caused by the study of the *other*. Concerning Legal Anthropology, Roberto Kant de Lima (2008: 5) asserts that comparisons often systematically hide the observer's society, because they value the absence of the *self* negatively. Therefore, I do not have any interest in exhorting the adoption of a French “pattern”. I simply intend to question the training of lawyers in Brazil by describing the French institutional design of its elements and stages.

3 THE *FACULTÉ DE DROIT* AND THE *FACULDADE DE DIREITO*

In a co-authored paper – written with Michel Mialle (2010) – I had the opportunity of discussing similarities concerning the *Faculté de Droit* and the *Faculdade de Direito* that are different from the previously mentioned characteristics: they are both a subsequent stage to high school and they are an indispensable platform to legal professions. Mialle and I questioned one of the aspects that have contributed to the loss of the central position of Law: the organization of legal studies in Law Schools based on subjects that “reflect” the legal system; and on a structure of prerequisites that conveys a false idea of progression, according to which students would only acquire knowledge that is more complex if they had formerly learned a simpler one. We used Immanuel Kant's (1793) distinction – later adopted by Pierre Bourdieu – between critical and mundane schools to highlight the political colonization of the intellectual environment of the *Facultés de Droit*; institutions that are power-oriented instead of knowledge-oriented.

Universality has long been the paradigm of French university, as opposed to *talent reserve* (Charle: 1994). However, as Michel Mialle (1979) points out, the *Facultés de Droit* experienced the massification that would deeply change them in

terms of faculty and students during the postwar period, a phenomenon Brazil would only experience during the 1990's. Such massification of the *Facultés de Droit* is a result of French government efforts towards public universities: private *Facultés de Droit* are rare and not prestigious, except for *Université Catholique de Lille*. In Brazil, the massification of *Faculdades de Direito* also involves government efforts although the private sector runs most of Brazilian Law Schools.

The admission in a *Faculté de Droit* begins with an application in which applicants must send their *baccalauréat* certificate, known as “*BAC*”, a high school examination report. In practical terms, there is no initial selection, once the positions are filled according to applications. During the first year, one quarter of students drop out, and this kind of selection process becomes more intense as students come closer to achieving higher education diplomas. Examinations that guarantee positions in the legal career are the final stage of such selection process. In Brazil, although *Faculdades de Direito* have been replacing the traditional *Exame Vestibular* for the *Exame Nacional de Ensino Médio – ENEM*, the admission in a Law School is a real selection process. There are positions for everyone, but not in the most prestigious colleges, which are mostly public institutions. I believe readers know the consequences of such structure to the social distribution to Brazilian legal professions, but they are a topic of this paper.

The *Faculté de Droit* had to adapt themselves – not without protesting – to the European university system. As a result, they now offer four degrees: (1) *License*, obtained after a three-year course; (2) *Master 1*, which consists of the fourth year of a course; (3) *Master 2*, which is the fifth year of a course; and (4) *Doctorat*, obtained after three years of research practice and the presentation of a thesis. *Master 1* degree (obtained after a four-year course) authorizes the application in legal profession positions, such as lawyers' judges' and commissioner of police's. The *Faculdades de Direito* offer a bachelor degree, which is obtained after a five-year undergraduate course, and it authorizes the application to all legal professions, except for the teaching of Law in higher education institutions.

In the *Facultés de Droit*, holding a Ph.D. is a prerequisite for a professional to be accepted as a faculty member. Indeed, even an ATER position requires a

Ph.D. candidacy. Exceptionally, however, some outside professionals – such as lawyers and judges – may be recruited as *vacataire*. They are offered a fixed-term contract, and they are paid on hourly basis; moreover, they do not establish an institutional affiliation with the University and they cannot be a member of a research center. Their activities are limited to *Instituts d'Études Judiciaires (IEJs)*, which will be later commented. In *Faculdades de Direito*, there is a great difference between the recruitment of professors in private and public universities, and although the number of professionals that hold a Ph.D. degree is increasing, the doctoral degree is not a prerequisite to become a faculty member. Furthermore, being a Law Professor is a rare profession; multi-professionalism, on the other hand, is a much more frequent phenomenon (ALMEIDA: 2012). Ordinarily, in Brazil, lawyers or judges are Law Schools' faculty members, and they often hold important positions, such as Graduate Programs Coordinators and thesis and dissertation's supervisors.

Maybe the difference between legal scholars and legal practitioners in France (BOURDIEU: 1986) and in Brazil is most remarkable contrast between this and that country. The teaching of Law as well as the practice of law are professions that one performs exclusively, and exceptions are quite rare. It is interesting to notice that exclusiveness is not limited to faculty members; students must also dedicate themselves solely to their study routine; in fact, they often have classes and exams during the weekends. Being a student is the main occupation of French law student for at least three years; universities only allow students to become interns during their fourth year, and all internships are closely and strictly supervised.

In *Faculdades de Direito*, generally, classes occur during mornings or evenings, and some schools offer classes during the afternoon. A Brazilian law student often becomes an intern early, sometimes during the first year of the undergraduate course. It is interesting to notice that before the fourth year – when the universities provide an administrative staff that do not supervise, but at least regulate legal internships - informal internships are quite frequent, and public bodies offer many of them. Likewise, some students work during the undergraduate course, and several of them to pay for fees and tuitions. In addition,

a third type of behavior has become more common among Brazilian students: law students attend university and examination preparatory courses' classes concurrently. The only kind of Brazilian student that one cannot find is a full time Brazilian law student.

Probably, the first contrast that constitutes our first critical strangeness concerning Brazilian situation is the following: the institutional meaning of Law Schools in France is that they structure the entire legal scenario. The central position of Law Schools produces material and symbolic effects that amaze Brazilian observers. Professors are the most valued legal professionals; the *Counours d'Agrégation* is highly prestigious, and the professorial supremacy is immediately recognized during interprofessional interactions, such as the examinations committees that I could observe during 2007 and 2008 French examinations for judges' positions (FONTAINHA: 2009). I also demonstrated the strategic importance of using – or not – undergraduate and graduate degrees during French examination for judges' positions depending on one's educational attainments (FONTAINHA: 2010). Academic supremacy is not exclusively found in French Law; however, its consequence is impressive: a deep difference between academic training (what a scholar must know) and a professional training (what a lawyer or a judge must know).

This paper focuses on the professional training of lawyers. I will begin by debating the professorial supremacy during the transition from a type of training to another, that is, I will start with the preparation and initial selection processes of legal careers. From now on, similarities become rarer and differences are more perceptible.

4 THE *INSTITUTS D'ÉTUDES JUDICIAIRES (IEJS)* AND THE “*CURSINHOS*”

1958 is a crucial year to the French legal professional system, once it is when De Gaulle government created the *École Nationale de la Magistrature*, and established the examinations for judges' positions and lawyer's examinations. The *Facultés de Droit* were assigned the institutional mission of preparing both exams; they were also assigned to create examination preparatory institutes without

receiving a budget supplement. In 1961, thirty-two preparatory centers had been already created; twenty-two of them already bore the form of *Instituts d'Études Judiciaires (IEJs)* (BODIGUEL: 1991). Currently, there are forty-one of them in the following mainland France's *Facultés de Droit*: Aix-Marseille, Amiens, Angers, Avignon, Bordeaux IV, Brest, Caen, Cergy-Pontoise, Chambéry, Clermont-Ferrand, Dijon, Évry Val d'Essonne, Grenoble II, La Rochelle, Le Mans, Lille II, Limoges, Lyon 3, Montpellier 1, Nancy II, Nantes, Nice, Orléans, Paris I, Paris II, Paris V, Paris X, Paris XI, Paris XII, Paris XIII, Pau, Perpignan, Poitiers, Reims, Rennes, Rouen, Saint-Étienne, Strasbourg, Toulon, Toulouse, Tours, Versailles Saint-Quentin. There are also two IEJs in the overseas territory's law schools: La Réunion, and Martinica.

It is important to mention that IEJs have always considered *Instituts d'Études Politiques (IEPs)* a competitor in relation to the preparation to examinations for judges' positions, once the law requires applicants to attest the completion of any four-year undergraduate course. IEPs are elite schools that teach not only Political Sciences but also Management, Economy, and Law. They can be found in the following cities: Aix-en-Provence, Bordeaux, Grenoble, Lille, Lyon, Paris, Rennes, Strasbourg, and Toulouse. In 2007, IEPs' degree holders had been authorized to undertake lawyer's examinations, but they had to face the protests of the heads of Paris and Montpellier universities' *Facultés de Droit* reported by *Le Monde* (ANTONMATTEI; MAISTRE DU CHAMBON: 20). I do not have data concerning the competition between former law and political sciences students; nevertheless, collected data on 2007 French examination for judges' positions impressively indicates that former IEPs' students have better attainments, as we can bellow:

Table 1: French examination for judges' positions passing rates per institution

| Institution attended | Preparatory institution | Passing rate |
|-------------------------------|---------------------------------------|---------------------|
| <i>SciencesPo Paris</i> | <i>Instituts d'Études Politiques</i> | 87,5% |
| <i>SciencesPo Rennes</i> | <i>Instituts d'Études Politiques</i> | 80% |
| <i>SciencesPo Grenoble</i> | <i>Instituts d'Études Politiques</i> | 66,67% |
| <i>Université de Paris 11</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 55,56% |
| <i>SciencesPo Lyon</i> | <i>Instituts d'Études Politiques</i> | 50% |
| <i>Université de Paris 10</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 40% |

| | | |
|---|---------------------------------------|--------|
| <i>Université de St. Étienne</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 40% |
| <i>Université de Paris 2</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 35,21% |
| <i>Université de Cergy-Pontoise</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 33,3% |
| <i>Université de Évry Val d'Essone</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 33,3% |
| <i>Université de Poitiers</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 30% |
| <i>Université de Paris 1</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 29,36% |
| <i>Université de Nice</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 28,57% |
| <i>Université de Rennes 1</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 27,27% |
| <i>Université Catholique de Lille</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 25% |
| <i>SciencesPo Bordeaux</i> | <i>Instituts d'Études Politiques</i> | 25% |
| <i>Université de Orléans</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 25% |
| <i>Université de Valenciennes</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 25% |
| <i>Université de Lyon 3</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 17,31% |
| <i>Université de Bordeaux 4</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 16,67% |
| <i>Université de Strasbourg 3</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 14,29% |
| <i>SciencesPo Aix-en-Provence</i> | <i>Instituts d'Études Politiques</i> | 14,29% |
| <i>Université de Montpellier 1</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 12,5% |
| <i>Université de Paris 13</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 12,5% |
| <i>Université de Rouen</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 12,5% |
| <i>Université de Aix-Marseille</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 12% |
| <i>Université de Toulouse 1</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 11,36% |
| <i>Université de Caen</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 9,09% |
| <i>Université de Clermont Ferrand 1</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 9,09% |
| <i>Université de Nancy 2</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 8,33% |
| <i>Université de Lille 2</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 7,41% |
| <i>Université de Nantes</i> | <i>Instituts d'Études Judiciaires</i> | 5,56% |

IEJs are examinations preparatory institutions mainly concerned with exams to become lawyers, judges, public attorneys, and police officers. Law students who had concluded the fourth year of their education and intended to pursue such careers are eligible to apply for a position in a one-year preparatory course offered by those institutes. Granted titles vary widely, but almost all of them mention “Judiciary Career”, followed by a reference to Procedural Law or Criminal Law. The preparation for the exam that enables someone to become a lawyer is known as pre-CAPA; CAPA stands for *Certificat d’Aptitude à la Profession d’Avocat*, a document that authorizes the practice of law in France.

The IEJs teaching exclusively aims to the preparation to admission exams. Small groups of students perform practical tasks, debrief former tests, and emulate tests while coaches supervise them. Preparation focuses on Broad-based Knowledge and Private Law; and it is important to mention that Criminal Law, Labor Law and Procedural Law do not constitute part of Public Law in the French

legal system. Concerning educational costs, students must only pay a registration fee of less than € 200, once French government mainly supports education.

Instituts d'Études Politiques and *Instituts d'Études Judiciaires'* lecturers are different from Universities' faculty members: many of them are *vacataires*. It is only during the preparation to examinations that lawyers and judges can play a role in French legal teaching, but they are not alone: faculty members also take part in the preparation of students and they are responsible for the management of the institutes.

For those reasons, it is no exaggeration to say that *Faculté de Droit* has the monopoly of examinations, especially lawyers' examination. Private institutions or private instructors marginally assist students in few cases. As a consequence of this monopoly, which is considered one of the results of the institutional role *Facultés de Droit* play, the professorial supremacy will be reproduced during the recruitment of legal professionals - especially the selection of lawyers. Therefore, the *Faculté de Droit* frames not only the recruitment of French lawyers, but also the French lawyering.

This shows us that Brazil has not overcome the idea that the *Faculdade de Direito* only grants degrees to future lawyers, instead of facing it as a lawyering school. Until 1960, one had only to present a university law degree to one of the Brazilian Bar Association's (*Ordem dos Advogados do Brasil – OAB*) sections in order to become a lawyer. After the implementation of the OAB's Exam, our institutional framework considers the examination an evaluator of the knowledge law students acquire during the undergraduate course. While law schools are considered the only preparation needed, reality proves this idea wrong. The difference between the institutional design and reality produces a clash between two factors: (1) a law school that is unable to cause full legal academic reverberations and that fails in framing the Law; and (2) a legal scenario that is individually dominated by legal practitioners and institutionally ruled by courts and large law firms. As a result, the selection of lawyers does not comply with *Faculdades de Direito*, and does not evaluate the necessary skills to practice law.

We will discuss later the OAB's Exam. For now, we will debate the preparation. The consequence of such shock is the creation of a huge preparation

market that joins both the OAB's Exam and the examinations to recruit civil servants. It is an unregulated market in every respect. Essentially private, it is organized by the competition between several companies that offer the following services: classes, practice tests and workbooks. In general, practitioners are recruited to teach and many of them are the co-owners of *cursinhos* (preparation courses). *Cursinhos'* instructors are better paid in relation to private law school's lectures and professors; and the fees and tuitions students must pay are unrestricted and unregulated as well.

The autonomization of lawyers and civil servants' selections is such a powerful phenomenon that even the courts and the OAB's Sections were unable to make any good institutional use of it; they profited financially though. What do I mean? Many of Brazilian courts and OAB's members take part in the preparation to exams; however, these institutions could not turn the examinations into a tool to "measure one's calling", in which potential skills would be tested, considering each profession daily work's needs. No. Instead of not taking part in this market share, these institutions gradually created schools to compete in it. Therefore, many *Escolas da Magistratura* essentially prepare students to succeed the public examination to select judges. Public Attorney Offices and Public Defender Offices have also created their own preparation schools. Since 2009 May, when the OAB's Exam was unified, many *Escolas Superiores da Advocacia* (ESAs) were also created by OAB's sections.

There is no better demonstration of the loss of the central position of *Faculdades de Direito* than such scenario. It also shows the total lack of institutional meaning of professional schools in Brazil. We shall discuss the OAB's Exam and the French lawyer's examination in more details now.

5 THE CERTIFICAT D'APTITUDE À LA PROFESION D'AVOCAT (CAPA) AND THE ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL'S EXAMINATION

French lawyers organize themselves professionally around *Barreaux Régionaux*. Although there is a *Council National des Barreaux*, each *Barreau* is autonomous and independent. A harsh national regulation guarantees the

institutional cohesion of the profession. The Federal Statute of 1971, December 31 (altered by the Federal Statute of 2004, February 11) regulates the lawyer profession in France. Even though the *Council National des Barreaux* has the competence to write the National Rules of Procedures, local *Barreaux* are the basis of the profession organization, as lawyers are professionally associated to a *Barreau*. Moreover, the *Barreaux* organize the admission exam to lawyering schools that are called *Centres Regionaux de Formation à la Profession d'Avocat (CRFPAs)*. Currently, there are one hundred and eighty one local *Barreaux* in France, but only the ones with a great number of members can house a CRFPA, such as Paris, Versailles, Lille, Strasbourg, Villeurbanne, Marseille, Montpellier, Bordeaux, Poitiers, Bruz, Córsega, Guadalupe, La Réunion and Martinica.

One of the major differences between the *Examen d'Admission* and OAB's Exam is that if an applicant succeed the former, he is admitted in a CRFPA where he will receive professional training; while if an applicant succeed the latter, he can become a professional member of OAB. The Decree of 1991, November 27 regulated by the *Ministère de la Justice's* Ordinance of 2003, September 11 establishes the CRFPA *Examen d'Entrée* Program and its types. The exam takes place once a year. The presidents of each university must set a date and informs it to the CRFPA three months in advance. Students cannot apply directly to the exam; each IEJ sends a list of students that are apt to take the exam. Applicants must hold a French nationality and a degree that attests a four-year legal higher education. In other words, each CRFPA is affiliated to a university that organizes the exam. The university appoints an evaluation committee and issues certificates that allow students to enroll in a CRFPA.

The exam is divided in two stages. The first one consists of three tests. All the tests have the same weighting (weight 2):

- I. A five-hour test in which students must write a summary note based on “documents related to legal aspects concerning social, political, economic and cultural issues of contemporary world”;
- II. A five-hour test that consists of two essays that will evaluate the candidate's ability to “legal reasoning”, one test on Law of Obligations and another one on Civil Procedure, Criminal Procedure or Administrative Law, on candidate

choice.

- III. A three-hour test in which students must write an essay that approaches practical issues related to one of the following subjects: Law of Persons and Family, Property Law, Criminal Law, Corporate Law, Collective Lawsuits and Guarantees, Administrative Law, Public Law of Economic Activities, Labor Law, Private International Law, European Community Law, Business Tax Law.

Candidates that succeed the first stage face five tests in the second stage. All tests take place in public sessions. The second stage consists of:

- 1) A fifteen-minute oral presentation that occurs after a one-hour preparation. The presentation is followed by the inquiries of the evaluation committee on the following topic: “the protection of freedom and fundamental rights, which evaluates the candidate’s capacity of reasoning and oral expression” (weight 3);
- 2) A fifteen-minute oral test after an equal time preparation on one of the subjects that the candidate did not chose in the first stage (weight 2);
- 3) A fifteen-minute oral test after an equal time preparation on one the following subjects: Civil Enforcement Procedure or European Community Law (weight 1);
- 4) A fifteen-minute oral test after an equal time preparation on one the following subjects: Private Accountancy and Public Finance (weight 1); and
- 5) An oral inquiry that is performed in one of the following foreign languages: German, English, Classical Arabic, Chinese, Spanish, Hebrew, Italian, Japonese, Portuguese and Russian (weight 1).

The *Facultés de Droit* that organize the exams recruit committee members. Two Law professors, one ordinary court judge, one administrative court judge, three lawyers – generally, a *bâtonniers* or an *ex-bâtonniers* – and a foreign language professor form the committee. The presence of legal educational institutions in professional selections is more impressive in the examinations for judge’s positions, in which the *École Nationale de la Magistrature* recruits the committee, generally formed by Law professors and judges. The supremacy of the university during professional selection is not limited to the recruitment of committee members; the university is also responsible for designing and planning

the selection and for preparing candidates. Many best-seller manuals for the preparation to legal careers are written by professors and they mention in the title the good results in relation to both CRFPAs exams and examinations for judge's positions GHÉRARDI; SABIO: 2003), (HARICHAUX: 1999), (DUBOS *et al.*: 2004), (MARMOZ *et al.*: 2007), (NÉRET: 1977), (PIERRE: 2006), (ORTEGA: 1996).

Succeeding this exam does not guarantee the CAPA. It only entitles the candidate a right of enrollment in a CRFPA, differently from the OAB approval certificate. Another fundamental difference is that candidates only have three attempts to succeed the *Examen d'Entrée* – after the third unsuccessful attempt, the candidate can no longer pursue a lawyer career; the examination for judge's positions applies the same rule – while the OAB's Examination does not limit the number of attempts.

In Brazil, Federal Statute n. 8,906 of 1994 regulates the lawyer profession. *Ordem dos Advogados do Brasil's* Federal Council Provision n. 51 of 1996 created the OAB's Exam and Provision n. 144 of 2011 regulates it. The OAB's Exam happens three times a year. Candidates apply directly to the OAB, which also recruits committees and publishes the results. In general, differently from the French experience, the institutions that are responsible for the selections hire private institutions to organize OAB's Exams and Public Examinations to civil servants positions. Fundação Getúlio Vargas has organized the most recent OAB's Exams.

OAB's Exam consists of two stages. The first one is a test that contains eighty multiple-choice questions. In order to achieve the second stage, candidates must provide correct answers for at least half of the questions on the following subjects: Civil Procedure, Criminal Procedure, Civil Law, Criminal Law, Corporate Law, Labor Law and Labor Procedure, Tax Law, Constitutional Law, Administrative Law, Human Rights and Deontological Ethics. The second stage consists of one test that is divided into two sections: the first one is a writing section, in which candidates must "write professional documents", such as pleadings or legal reports; while the second one consists of a set of essay practical questions on one of the following subjects, on the candidate choice: Administrative Law, Civil Law, Constitutional Law, Corporate Law, Labor Law, Criminal Law, and Tax Law.

Successful candidates must achieve the minimum score of six in this second stage.

The hired institution must recruit the committee that not only prepares the exams but also corrects them. I do not have precise data on the evaluation committees' morphology, but it is important to emphasize that multiprofessionalism is not an exception in such groups: it is not an exception in OAB's Exams nor in Public Examinations' committees. It is interesting to notice that many public examinations for legal professional's positions recruits committee members among internal – once each public body organizes its own selection processes – and outside professionals. Among the latter, some are Law professors; however, as a rule, (multi)professionals are recruited, that is judges, public attorneys, public defenders, etc. that *also* teach in *Faculdades de Direito*. Indeed, the power of recruitment adds immense value to a jurist's career in Brazil because there is a high level dispersed capacity of adaptation to committees' expectations, which allows that the opinion of a committee member increases the possibility of changing some of his legal opinions and publications.

The *Faculdades de Direito* are not completely distant from this process; differently from the *Facultés de Droit*, they are not the foremost players either. In fact, *Faculdades de Direito* are subject to OAB. The latter publishes the results of its exam together with a ranking of the *Faculdades de Direito*, according to their passing rate. Top *faculdades de direito* receive a quality label called "OAB *Recomenda*". OAB acts as the Brazilian legal teaching quality standard-setter, and that is the usual explanation to OAB's label. Although "OAB *Recomenda*" is not a topic of this paper, it is important to mention Edson Nunes, André Magalhães Nogueira and Leandro Molhano Ribeiro's (2001) criticism to OAB's label methodology. On the other hand, *Faculdades de Direito* – especially the public ones that usually rank better than private schools – make no efforts to adapt legal teaching to OAB's Exam.

Concerning *Facultés de Droit*, they are evaluated by the *Ministère de l'Éducation Nationale*, which also publishes a ranking (as Brazilian Ministry of Education does). Moreover, private research and assessment institutions evaluate *Faculté de Droit* as well. They publish a ranking according to their employability

index.

This section not only emphasizes the secondary role of *Faculdades de Direito* in Brazil but also demonstrates the total lack of institutional meaning in the professional training of Brazilian lawyers: while a successful OAB's exam candidate can immediately become an OAB member, a successful French candidate can only become a CRFPA student.

6 THE CENTRES RÉGIONAUX DE FORMATION À LA PROFESSION D'AVOCAT (CRFPAS) AND THE ESCOLAS SUPERIORES DA ADVOCACIA (ESAS)

Successful *Examen d'Entrée* candidates become *élèves-avocats* (lawyer-students) in CRFPAs. They receive an eighteen-month professional training that is funded by lawyers' donations and the French government; students also pay enrollment fees. It is worth noticing that this is the moment that *Facultés de Droit* leaves the stage: experienced lawyers conduct the professional training; Law professors – legal scholars – only complementary and marginally assist them. *École Nationale de la Magistrature* also adopts the same pattern: its faculty members are judges with at least ten years of experience that will instruct students for five years.

Article 57 of Decree n. 91 of 1991, November 27 regulates the initial training of French lawyers, which consists of an eighteen-month three-stage program. During the first stage (the first six months), lawyer-students attend classes on professional deontological ethics, and on the Rules of Procedure. They also study legal writing, oral debates, oral statements, procedures, law firm management, and a foreign language. During the second stage (the next six months), lawyer-students write an Individual Pedagogical Proposal to be submitted to CRFPA, which will revise and approve it. Students must present an internship proposal that cannot include law firms. Students are introduced to the professional world, and even though this introduction leaves lawyering activities out, it is still related to the interests of future lawyers. It is quite common to see lawyer-students who intend to develop a career as a criminal justice lawyer become interns in a Police

Department or a student who wants to pursue a career as a tax lawyer to become an intern in the General Inspection of Finances. A CRFPA committee must approve and evaluate all internships through the reports students must present. The third stage (the last six months) consists of an internship at a law firm. An appointed lawyer-instructor evaluates students together with a CRFPA committee.

After an eighteen-month professional training, the lawyer-student can apply for the CRFPA *Examen de Sortie* (an exam to leave). Successful candidates receive a CRFPA certificate that allows them to become a *Barreau* member and to practice law. This exam's committee is similar to the *Examen d'Entrée*'s, but its members are appointed by CRFPA. Students receive seven scores, which are obtained through:

- 1) a five-hour writing test, in which students must write a legal report and a pleading (weight 2);
- 2) a fifteen-minute oral statement after a three-hour preparation (weight 2);
- 3) an oral test on Rules of Procedure and professional deontological ethics (weight 3);
- 4) an oral test on a foreign language after a twenty-minute preparation (weight 1);
- 5) an oral test on the Individual Pedagogical Proposal report (weight 1);
- 6) an oral test on the law firm internship report (weight 1); and
- 7) a continued control score, which consists of the average all scores obtained during the professional training (weight 1).

After succeeding the exams and having obtained the CAPA, the French lawyer is finally produced. It is important to emphasize that initial training period is not only a learning and evaluating process, but also a strong professional socialization process. During CRFPAs classes, lawyer-students are in contact with experienced local lawyers. Moreover, the two internships are the opportunities students have to become members of extraordinary professional networks; many students find their first jobs during the internships at law firms. CRFPAs effectively acts as strong regulator of a market that is known by its liberal and private characteristics.

In Brazil, OAB's Exam successful candidates face this market differently. Candidates who intend to develop a career as lawyer depend on their own abilities

to constitute a network that guarantees important clients and a satisfying position in the market. Those who intend to pursue a legal career and to become a civil servant also needs the same social and financial aid to support an exclusive preparation that can take many years.

Finally, in order to illustrate the lack of institutional meaning of the initial training of Brazilian lawyers, it is worth mentioning the recent profusion of *Escolas Superiores de Advocacia* (ESAs) that are associated to OAB's sections. ESAs express two movements: (1) the increasing offer of OAB's Exam preparation courses, and (2) the offer of specialization courses and *lato sensu* graduate programs; both of them are paid and unregulated courses. The institutional meaning of initial and continued professional training is that they are mandatory; otherwise, it is impossible to enter the profession. In Brazil, there is no such meaning. Instead, there is a confusion between legal training and professional training.

I promised to readers that I would not conclude this paper by exhorting Brazil to "follow in France's footsteps" or to get inspired by the French "pattern". There is no French "pattern", there is simply a way to produce lawyers in France that is a result of a social reality – not addressed in this paper – that is different from ours. However, the way *avocats* and *advogados* are produced express the meaning – or the lack of it – conveyed in each stage.

The differences between the two production processes demonstrate a first Brazilian paradox: the most secondary institution – the *Faculdades de Direito*, which only issues degrees – is the only one that holds the institutional mission of training all legal professionals; in other words, they hold the mission of training a kind of *ultraprofessionals*, that is, the ones who can pursue all types of legal positions.

In France, there is a clearer distribution of institutional missions: police schools train police officers, judges' schools train judges, and lawyers' schools train lawyers. The *Faculté de Droit* trains scholars.

Obviously, such distribution – in both France and Brazil – is not a result of “institutional spontaneities”. Power struggles are present in all institutional arrangements, especially the ones related to the Law. The professorial supremacy in the French Law is known for the excessive power of legal scholars over other legal professionals, in symbolic and practical terms. However, the constitution of an institutional meaning that maintains such professional production process is based on an internal coherence that allows the interaction of diverse agents, and that guarantees the effective regulation of the process. In France, the institutional meaning of stages and institutions involved enables to diminish inequalities that were inherited by the ones who take part in the competition – that is what it is about – not only from the perspective of individuals, but also from institutions’ point of view.

I do not mean that Brazil must do as France does. But we must do something in Brazil!

REFERENCES

ADEODATO, J. M.. Formação universitária, exercício profissional e especialização em direito. “**Revista da Faculdade de Direito (Faculdade Maurício de Nassau)**”, Volume 3, 2008.

ALMEIDA, F.. “O profissional-docente ao docente-profissional: da valorização simbólica dos títulos acadêmicos e da experiência docente no campo jurídico brasileiro”. In: CARVALHO, Evandro Menezes de et al (org). **Representações do professor de Direito**. Curitiba: CRV, 2012.

BODIGUEL, J. L.. **Les Magistrats un Corps Sans Âme ?** Paris: PUF, 1991.

BOIGEOL, A.. **French women lawyers and the women’s cause in the first half of the twentieth century**. « International journal of the legal profession ». Vol 10, Num 2, 2004.

BOURDIEU, P.. **Homo Academicus**. Paris: Minuit, 1984.

_____. **La Force du Droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique**. « Actes de la Recherche en Sciences Sociales ». Volume 64, Numéro 1, 1986.

CAMPILONGO, C. F.. **Universities, Changes in Law, and the New**

Constitutional Order in Brazil. « Beyond Law », Volume. 3, 1994.

CHARLE, C.. **Pour une histoire sociale des professions juridiques à l'époque contemporaine** : note pour une recherche. « Actes de la recherche en sciences sociales », Volume 76, Numéro 1, 1989.

_____. **La République des Universitaires.** 1870-1940. Paris: Seuil, 1994.

DUBOS, O.; GONTHIER, F.; LAMARCHE, M.; MALABAT, V.; MELLERAY, F.; SAINT-PAU, J. C.. **Se préparer à EFB-CRFPA, ENM, ENG.** Paris: Litec, 2004.

FALCÃO NETO, J. A.. **Os advogados: ensino jurídico e mercado de trabalho.** Recife: Massangana, Fundação Joaquim Nabuco.

_____. **Crise da Universidade e Crise do ensino Jurídico.** « Revista da Ordem dos Advogados do Brasil (Brasília) », Volume 9, 1978.

FARIA, J. E. **A reforma do ensino jurídico.** Porto Alegre: Fabris, 1987.

FELIX, L.. **Da Reinvenção do Ensino Jurídico- Considerações sobre a Primeira Década.** In: OAB – Conselho Federal e Comissão de Ensino Jurídico. (Org.). « OAB Recomenda – Um Retrato dos Cursos Jurídicos ». Brasília: OAB – Conselho Federal, 2001.

FONTAINHA, F. C.. **Les (en)jeux du concours:** une analyse interactionniste du recrutement à l'École nationale de la magistrature. Sarrebrück: Éditions Universitaires Européennes, 2011.

_____. **The French judicial public competitive examination, the candidates and their files:** construction and self-construction in non-face-to-face interaction. "New Cultural Frontiers", v. 1, p. 117-138, 2010.

_____. **Work division, domination, and solidarity in French law field:** scholars, judges, and the National Judicial School's public contest oral exam. In: SERAFIMOVA, Maria; HUNT, Stephen; MARINOV, Mario (dir). « Sociology and Law: the 150th anniversary of Emile Durkheim ». Newcastle Upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2009.

GHÉRARDI, E.; SABIO, J. P.. **La note de synthèse au CFPa et à l'ENM.** Paris: Ellipses, 2003.

GLEIZAL, J. P.. **La formation des juristes dans l'État français.** « Procès », Volume 1, Numéro 3, 1979.

HARICHAUX, M.. **La note de synthèse** : examen d'entrée au CRFPA, concours d'accès à l'ENM. Paris: Monchrestien, 1999.

ISRAËL, L. **Robes Noires, Années Ombres** : avocats et magistrats en résistance pendant la Seconde Guerre mondiale. Paris: Fayard, 2005.

JUNQUEIRA, E. B.. **Faculdades de Direito ou Fábricas de Ilusões?** Rio de Janeiro: LetraCapital/IDES, 1999.

KANT, I.. **Le conflit des facults**. Paris: Vrin, 1973.

KANT DE LIMA, R.. Por uma Antropologia do Direito, no Brasil. In: “**Ensaio de Antropologia e de Direito**”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KARPIK, L.. **Les Avocats: entre l'État, le public et le marché**. Paris: Gallimard, 1995.

LÉVI-STRAUSS, C.. **La pensée sauvage**. Paris: Plon, 1962.

MAILLE, M.. **Sur l'enseignement des facultés de droit en France** (les reformes de 1905, 1922 et 1954). « Procès », Volume 1, Numéro 3, 1979.

MAILLE, M.; FONTAINHA, F. C.. “O ensino do direito na França”, **Revista Direito GV** vol. 6, n. 1 (junho 2010): 59–66.

NÉRET, J. A.. **Guide d'études juridiques et leurs débouchés** : la capacité en droit, le D.U.T. mention 'carrières juridiques et judiciaires', le D.E.U.G. Mention 'droit', la licence en droit, les maitrises, les diplômes de 3e cycle, les concours administratifs, magistrature, barreau, notariat. Paris: Ed. et Guides Néret, 1977.

NUNES, E.; NOGUEIRA, A. M.; RIBEIRO, L. M.. **Futuros possíveis, passados indesejáveis**. Selo da OAB, provão e avaliação do ensino superior. Rio de Janeiro: Garamond, 2001.

ORTEGA, O.. **La note de synthèse juridique à l'entrée à l'EFB, aux CRFPA et à l'ENM**. Paris: PUF, 1996.

PIERRE, S.. **Les épreuves de procédure civile au CRFPA et à l'ENM**. Paris: Ellipses, 2006.

VIGOUR, C.. **La comparaison dans les sciences sociales**. Paris: la Découverte, 2005.

COMPARING APPLES AND PEARS: LITIGATION AND REGULATION ACROSS DIFFERENT MODELS

Pedro Fortes¹

ABSTRACT: This paper investigates the connection between legal ideas and institutional infrastructures, analysing emphasis on litigation and regulation across different models of consumer collective action in the U.S., Europe, and Latin America. Infrastructure and network show differences in legal culture supported by resource allocation and institutional mobilisation. Structure (Friedman, 1975; Blankenburg, 1994) and networks (Ogus, 2006; Riles, 2006) reveal contrasting patterns in institutional politics, social movements, and law in action. 21 relevant legal actors were interviewed. Functional method (Zweigert and Kötz, 1998; Orücü and Nelken, 2007) is attenuated by bricolage (Tushnet, 1999) and triangulation. Institutional competition affects mobilization of resources and institutional moves to establish linkages with consumers and capture their social movements and aggregated demands. Attorney General Office, Public Defenders, State Assembly Attorneys and NGOs designed their infrastructure to foster linkages with consumers and have competitive advantages in relation with their competitors. These institutions reduce risks of capture, are responsive to consumer demands, and advance adversarial legalism (Kagan, 2003; Kelemen, 2011). Institutional interactions suggest that predominance of regulation or litigation does not come only from culture or politics, but also from moves made by different actors within socio-legal networks and through their designed infrastructure.

¹ **Pedro Fortes** is a Professor of Law at FGV Law School in Rio de Janeiro, Brazil. He holds a LLB (UFRJ), a BA in Business (PUC-Rio), a LLM (Harvard), a JSM (Stanford), and is currently a DPhil Candidate at CSLS/Law, Oxford. His work appears in English, Portuguese, and German at the *Journal of Legal Pluralism*, *Indian Journal of Law and Society*, *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, *DBJV Mitteilung*, *Southwestern Journal of International Law*, and *FIU Law Review*. Prof. Fortes held positions as Visiting Professor at the WB NUJS in Kolkata (India), Visiting Scholar at the ILF (Frankfurt), Visiting Researcher at the MPI of Hamburg and Frankfurt (Germany), and taught at the Stanford Programme in Oxford. Having professional experience as a public prosecutor and an attorney for the Brazilian Central Bank, he spoke as a legal expert at both state and federal House of Representatives and gave more than one hundred interviews on various legal subjects in Brazil. Under the former capacity, he worked as a member of the State Permanent Forum for Consumer Protection, the National Committee for Fighting and Preventing Violence at Football Stadiums, and the Attorney General's Internal Commission to Overview the Preparation for the World Cup and the Olympic Games. Additionally, Prof. Fortes was recipient of teaching awards in 2004, 2005, and 2011, selected to the Harvard-Stanford IJFF in 2011, and nominated for the Podgorecki Prize in 2014 by Mavis Maclean and Lawrence Friedman. At UFRJ, he was editor-in-chief of the Student Law Review and is currently editor-in-chief of the FGV Law School Series (Caderno FGV Direito Rio).

KEYWORDS: institucional infrastructures; consumer; litigation.

1 INTRODUCTION

On April 6 2011 consumer protection public prosecutors filed a collective action suit against both the electricity company and the gas corporation of Rio de Janeiro. They had been investigating lack of proper maintenance at the thousands of underground distribution chambers in the municipality for over a year. A massive explosion destroying a taxi at Copacabana on April 1st was decisive for their initiative to file a suit on that day. This petition was distributed just five minutes before the end of the working day at the local court of justice. On the same day, the evening news publicized the prosecutor's request for an interim injunction and for collective moral damages of R\$ 1,000,000.00 per underground explosion.

On April 7 the attorneys of the State Assembly's Committee for Defense of Consumers (hereinafter, CODECON) filed a similar collective suit. As they requested a fast track judicial distribution, their petition was immediately brought to the hands of a corporation's judge and did not take the regular two days period of bureaucratic delivery to a judicial authority. The attorneys of the CODECON were aware of the initiative of the public prosecutors and wanted to get an interim injunction before the prosecutorial request was decided. However, they failed to obtain a judicial remedy on grounds that their file did not contain sufficient evidence.

On April 8 another corporation's judge received the prosecutor's collective action and determined a mandatory session of negotiation with the companies. Prosecutors had established a partnership with the Engineers Guild and collected evidence with support from the guild's Chamber of Accident Prevention. Evidence revealed that the electricity company had to renovate 4,000 underground chambers and the gas corporation needed to substitute 50 kilometers of gas tubes.

After three months of intense debates, on July 7 the prosecutors signed an agreement with the electricity company to renovate all underground chambers

within 2 years, establishing a system of electronic monitoring, and paying fines of R\$ 100,000.00 per any future explosion. On July 28 the gas corporation signed a similar agreement. This negotiation was facilitated by a series of three explosions in the period that increased pressure from public opinion and the city mayor over the companies to settle. The judge approved the terms of these agreements and closed the case. Excluded from the negotiations, CODECON appealed, but without success. The regulatory agencies for electricity and gas did not participate in these decisions. After two years, both companies complied with their obligations and renovated their underground infrastructure according to the settlement.

The case of the underground explosions in Rio de Janeiro is a prodigious example of various dynamics between collective actors. Institutional competition and cooperation between different enforcement agents is clearly exposed. Public prosecutors filed their collective action very soon after an explosion, anticipating that other competitors could bring the case to court and preempt their initiative. Interestingly, the attorneys of CODECON still made an attempt to obtain an injunction before the prosecutor's request was decided. In his interview for this research, an attorney admitted that they were aware of the other collective suit, but "there was a competition for institutional space" and the CODECON "wanted to demonstrate its capacity and power to discuss these relevant social issues in a high level". The state assembly's representative responsible for the CODECON took the decision, but the legal team also embraced the objective of occupying this institutional space and receiving social recognition for their work. Likewise, the attorney admitted that one of their reasons for an appeal in this case came from the fact that they were not invited to the negotiation table and "not treated as a relevant institutional actor" by the prosecutors.

2 COLLECTIVE ACTORS AND THEIR INFRASTRUCTURES

Collective actors are an important part of any system of collective action. Because they represent interests of a mass of consumers, their role is decisive for effective consumer protection. Collective actors function as intermediate bodies. They are responsible for collecting multiple consumer demands and for translating

them into collective claims. A collective claim will be sustained in decision-making arenas that may advance the protection of consumer interests. Particularly in the Brazilian case, these arenas comprise not only courts and regulators, but also pre-trial negotiation rooms and the public opinion tribunal. As evidenced by the case of underground explosions, cases are litigated also through the media. Some collective claims are protected by means of a comprehensive collective settlement that is overviewed by the public prosecutors and approved by judicial authorities. In any event, collective actors are responsible for managing the collection of aggregated consumer interests and should exercise their duties as their adequate representatives².

My empirical research on institutional competition included interviews with 21 relevant legal actors in Rio de Janeiro and São Paulo and data on particular infrastructures come from these interviews. Public prosecutors are members of the Attorney General's Office (hereinafter, AGO) and traditionally most of the prosecutorial work was eminently criminal. However, influenced by French law and its *parquet*³, prosecutors also played protective roles in a selected group of private law cases (for instance, family law, children's cases, and land expropriation). A series of legal and constitutional reforms in the 1980's changed the profile of the Brazilian AGO. The Civic-Public Action Act (1985) granted public prosecutors independent standing for filing collective actions for consumer protection. The Brazilian Constitution (1988) confirmed the prosecutorial mandate for collective actions and protection of societal interests. The Code for Defense of Consumers (1990) not only brought a long repertoire of detailed consumer rights, but also reaffirmed the independent standing of public prosecutors for consumer collective suits.

During the 1990's in Rio de Janeiro, the consumer protection public prosecutors were working under delegated authority from the Attorney General and were not independent. In this initial period, prosecutors had close personal contact with consumers because of the prosecutorial strategy of mediating

² Federal Rules of Civil Procedure, art. 23.

³ Frances Deak and Max Rheinstein, *The Machinery of Law Administration in France and Germany*. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 84, n. 7 (May, 1936), pp. 846-876.

individual consumer complaints with corporations. These multiple individual interactions with consumers generated evidence of repetitive cases. However, the public prosecutors brought only 24 collective suits to courts in the 1990's, because of their lack of independence, expertise and infrastructure. In this period, their major focus was on individual mediation of multiple individual consumer complaints and the AGO was operating primarily as a consumer ADR bureau instead of as a collective actor⁴.

In 2001, the Attorney General decided to restructure the consumer protection office. First, four offices of tenured independent public prosecutors were established instead of a team working as delegates of the Attorney General. Additionally, the newly appointed prosecutors changed their strategy and focused primarily on collective suits. Dozens of collective actions were filed each year. Consequently, their expertise also grew and they learned by doing how to frame collective claims, and blame corporations for collective wrongdoings, and claim consumer rights in courts⁵. One of the leading legal entrepreneurs in this period was a public prosecutor who learned how to use the media to publicize his collective suits. Escaping from the iron cage of his office and exercising charismatic leadership⁶, public prosecutors became a reference in consumer protection. As their claims were widely broadcasted, the publicity attracted a constituency of consumers who send more written complaints and petitions for the AGO.

In 2005, a new Attorney General decided to establish the office as a general ombudsman, creating a hotline and a website to collect all sorts of juridical complaints from the population. The Attorney General positioned itself as the general ombudsman even in the absence of specific legislation, which would only legally consolidate this position with the enactment of the Ombudsman Act (2013). This strategy was successful and consumer protection prosecutors now receive

⁴ Hodges, C. J., Benöhr, I., Creutzfeldt-Banda, N., & Galič, A. (2012), *Consumer ADR in Europe*. Hart Pub.

⁵ William Felstiner, Richard Abel, and Austin Sarat, The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, blaming, claiming, *Law and Society Review*, vol. 15 (1981), pp. 631.

⁶ Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology* (Vol. 1), University of California Press (1978).

dozens of daily complaints, which are distributed to each individual office. Occasionally, hundreds of similar messages are simultaneously received, like when fans complained of football ticket prices, customers reported long delays in delivery of online purchases, and university students considered a tuition raise during the academic year to be abusive. However, most complaints are reported by only one or a few number of individuals. In this case, prosecutors have to evaluate whether the case involves a collective wrongdoing or only an individual claim.

In 2012, the Attorney General established a fifth office of consumer protection. In this period, the supporting structure was improved and each individual prosecutor works with secretaries, legal clerks, and legal interns. This professional structure of civil service was non-existent in the 1990's, insipient in the 2000's, and is consolidated in the 2010's. Additionally, the Attorney General invested resources in establishing a team of forensic experts to provide technical support for the public prosecutors in highly complex cases. As revealed by the case of underground explosions, this scientific support is not sufficient and prosecutors have to established cooperation, like the agreement made with the Engineer Guild's Chamber of Accident Prevention in this case. Nonetheless, the accumulation of social capital through important juridical victories widely publicized in the media was accompanied by resource mobilization and infrastructure improvement. The AGO established a successful model that attracted institutional competitors.

Another collective actor is the Office of Public Defenders (OPD). Originally, the role of public defender was exercised by other institutional actors – in São Paulo state attorneys were assigned for judicial assistance of poor criminal defendants; in Rio de Janeiro working as a public defender was the initial stage in the career of public prosecutors. The Brazilian Constitution (1988) established the OPD as a mandatory institution for the machinery of justice in the union and all states. However, public defenders have to fight for their institutional space, for their professional prestige, and for infrastructure investments. In most areas of the country, the limited number of public defenders is incapable of responding to the popular demand. Likewise, their salaries are not always competitive and their

infrastructures not always efficient. An exceptional case is the OPD of Rio de Janeiro, in which the quantity and earnings of public defenders are equivalent to the prosecutors. Their institutional growth resulted from strategic moves that increased their political relevance and was followed by their professional recognition.

Particularly in the case of consumer protection, public defenders from Rio de Janeiro pioneered in filing collective actions, as if the OPD had autonomous standing for group litigation. Their original efforts were repeatedly rejected by courts, which pointed to the absence of the OPD in the list of potential plaintiffs for civic-public action in the Civic-Public Action Act (1985). Their initial failure was followed by success in isolated cases in which the OPD filed a collective suit on behalf of a civil association that lacked economic resources for funding their civic-public action suits. However, their exceptional presence as a plaintiff in collective suits created momentum for more demands for recognition of the OPD as a potential independent plaintiff for group litigation. Gradually courts accepted this possibility⁷ and the OPD lobbied in the Brazilian Congress for a legal reform that expressly admitted the OPD as a potential plaintiff for civic-public actions, what eventually happened with the Standing for OPD in Collective Actions Act (2007). Immediately after the enactment, the National Association of Public Prosecutors filed a constitutionality control action in the Supreme Court, claiming that this legal recognition of standing of the OPD for group litigation was unconstitutional, a case not yet decided by the Brazilian justices.

The Nucleus for Defense of Consumers (hereinafter, NUDECON) is composed by a team of public defenders, who work as delegates of the Defender General. Their leader exercises a political role inside the OPD and is constantly promoting the institutional image of consumer protection public defenders, representing the NUDECON in various interviews, conferences, and policy meetings. Additionally, 7 public defenders work at their office in downtown Rio de Janeiro, attending approximately 80 individual consumers daily from Monday to Thursday. From these 320 individual cases the NUDECON selects the repetitive

⁷ STJ, REsp. nº 555.111-RJ, 3ª T., rel. Min. Castro Filho, j. 05.09.2006, DJ 18.12.2006.

individual cases that are considered to have a collective dimension⁸. There is 1 public defender especially designated for collective suits and this position is a very important and strategic one for the consolidation of the standing of the OPD for civic-public actions. Following the example of public prosecutors, this public defender also publicizes her cases in the media and is frequently interviewed. The OPD has a clear strategy to influence lawmakers and justices from the Supreme Court. Public defenders even edited and distributed a book with a collection of dozens of cases in which the OPD successfully filed collective actions in recent years, clearly an act of institutional propaganda.

An additional collective actor is the CODECON. Institutionally, the CODECON is an organ of the state legislative assembly, a committee for defense of consumers. Its original mission was restricted to provide support for lawmakers regarding consumer affairs. However, a state representative decided to increase the organ's institutional space, by providing legal assistance for individual consumers. Therefore, CODECON developed its own infrastructure in downtown Rio de Janeiro, with a hotline and a space with lawyers with expertise on consumer protection to assist the population in their consumer demands. At their office they receive complaints from individual consumers, contact the corporations through registered correspondence and function as a mediator between companies and their clients. If there is no settlement between the parties of this controversy, the CODECON simply produces a petition for the consumer, who is then expected to file her individual suit a small claims court and defend her own rights without any assistance of a lawyer.

In comparative terms with the AGO and the OPD, this infrastructure was disadvantageous for individual consumers who would prefer to be attended by a public defender to solve an individual problem and by a public prosecutor to solve the collective wrongdoing. Consequently, the CODECON developed a different strategy and established a different infrastructure to collect complaints and translate then into a collective action. Individual consumers would predominantly go to the NUDECON to be attended by a public defender, because the OPD would

⁸ Fernando Fontainha et alli, The Over-Indebtedness in Action: An Ethnographic Research at NUDECON/Brazil, *Intenational Journal of Sociology and Anthropology*, Vol. 7, 21-37 (2015).

advocate their interests not only in the pre-trial procedure, but also at the small claims courts. Therefore, the CODECON decided that one team led by a lawyer would leave for the suburbs of Rio de Janeiro everyday inside an adapted bus labeled the 'citizenship bus'. The bus stops regularly near busy commercial streets and the CODECON team attends dozens of consumers with questions, problems, and complaints against corporations. Their cases are registered, evidence is collected, and the lawyer prepares a dossier for each individual consumer for future mediation with the company. Eventually, the lawyer may leave the bus for a while to talk directly to a manager of a store in the vicinity, trying to solve a conflict informally without the production of a written dossier. Their strategy of circulating across various neighborhoods in the outskirts of Rio de Janeiro has been very successful and the 'citizenship bus' may attend 100 individuals in a busy day.

Subsequently, the CODECON also decided to establish itself as a plaintiff for civic-public actions. Benefitting from the dozen of complaints collected daily through the 'citizenship bus', the attorneys identify repetitive cases and discuss in their weekly meetings about the potential civic-public action suits they may bring to courts. Their decision to file a class action is not always motivated by the quantity of repetitive claims. Sometimes the context of a consumer rights violation indicates that a problem affects multiple consumers, even if only one single individual made a formal complaint. For instance, the existence of an abusive clause in an adhesion contract is also sufficient for filing a collective suit. Likewise, an individual case may provide evidence of illegal design of a service, lack of information regarding a product, and asymmetry of powers in the relationship between the corporation and a consumer. All these problems are not isolated, but potentially collective because they are arguably repeated in every consumer experience. Particularly in the case of CODECON, another source of civic-public action is a request made by the state representative responsible for the direction of this organ.

In the case of the underground explosions, there was a special order from the state representative that the CODECON should get an interim injunction and solve the problem of lack of maintenance in the electrical chambers of Rio de Janeiro. The head of the legal team of CODECON was fired as a result of his

inability to get an injunction and to participate in the negotiations that resulted in the commitment from both companies to renovate their installations. Interestingly, this lawyer had been a very important legal entrepreneur for CODECON, because courts were initially reluctant to recognize standing for this organ to file civic-public actions. The Civic-Public Action Act (1985) granted standing for collective actions to the union, the state, and municipalities and their organs, but courts were reluctant to recognize the standing of the committee for Defense of Consumers. The head of the legal team appealed of several decisions from low courts and courts of appeals until the superior tribunal of justice established the judicial precedent that recognizes standing also for the CODECON as an organ of the state⁹. However, CODECON was still fighting for institutional space and for credibility. The organ was still perceived by different collective actors as political instrument to give visibility and votes for the state representative responsible for its direction.

In addition to the AGO, the OPD, and CODECON, consumer civil associations are also important collective actors. The Civic-Public Action Act (1985) granted standing for private actors, such as political parties, unions, and civil associations. In the case of consumer protection, civil associations are very active, but unions are more inclined to be collective actors for protection of labor rights and the parties focus primarily on political questions. Contemporarily, three of these consumers associations are relevant for the institutional operations of the collective action system in Rio de Janeiro and São Paulo. First, the Institute for Defense of Consumers (hereinafter, IDEC) is the most respected and traditional association of consumers in Brazil. Their strategy is to fund their activities exclusively with resources from their associated members, refusing any funding from government or corporations. The IDEC is very strict in its policy and positions itself as an anti-marketing institution. In contrast to other private associations, the IDEC rejects commercial promotions, branding, and product selling through the association channels. Members consider their credibility to be the most important asset of IDEC.

⁹ STJ, REsp Nº 1.075.392 - RJ (2008/0158653-6), Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 15.12.2009.

This civil association developed consumer trust through many years as a watchdog of the market. A very important historical episode for IDEC was the Collor Plan, an economic plan against inflation that froze savings and other financial assets from the population. This highly heterodox economic plan reduced the value of assets of millions of consumers in the country in 1990. Banks benefitted highly from this economic plan, because the new governmental regulation retained savings in the banks without imposing a duty to incorporate the previously established interest rates. Founded in 1987, IDEC had an opportunity to become a prominent collective actor because of these massive consumer wrongdoings. Founding members of this civil association behaved as legal entrepreneurs and used the visibility of their actions to aggregate thousands of consumers as new associated members. As a result of the recruitment of thousands of financial customers, dozens of collective suits against banks were filed by IDEC from 1993 onwards. Their active role in these cases improved their social capital, professional recognition, and the number of constituents.

However, many of IDEC constituents were affiliated with this civil association because of prospects of receiving damages from their losses with Collor Plan. With the closure of these collective actions and payment of damages for these associated members, thousands of them cancelled their subscription and left this consumer association. Their number of associated members was reduced to approximately 10,000 individuals and, as IDEC does not receive funds from government or corporations, their capacity to fund their activities is currently more limited than before. Particularly regarding collective actions, IDEC takes strategic decisions regarding the consumer claims that will become suits. Internally, members refer to a few cases of collective actions that were filed years before and involved high litigation costs with very limited outcome in terms of economic profit, social recognition, and public visibility. Therefore, directors discuss the potential of each collective wrongdoing in terms of how their network of consumers will be sustained and increased.

Their calculation is not a crude cost-benefit analysis, because IDEC members also have a sense of their institutional mission and will file non-lucrative collective actions that they consider to be relevant for mass justice and consumer

protection. A concrete example was a case involving an extra-fee of R\$ 10.00 charged by cable television company for extra TV sets. IDEC members considered this commercial practice to be an abusive charge, because consumers paid for the broadcasted content and not for the availability of these programs in multiple TV sets. However, the cable television company argued that their commercial operation had extra costs for each individual TV set, what justified the extra-fee. In this particular case, IDEC directors were concerned that a court would eventually require expensive evidence provided by an expert on telecommunications infrastructure that this civil association would not have funds to cover. Ultimately, the collective action was filed by AGO and the court determined that this evidence would be funded by the company and would be produced by an independent expert chosen personally by the judge. The point clarified by this example is that IDEC may refer some collective actions to the AGO, particularly cases that may result in expensive litigation costs or are not too relevant for their constituency of consumers.

A competitor of IDEC is another civil association of consumers named PROTESTE, a language game that simultaneously invites individuals to *protest* against abusive practices and evokes their attitude of being *pro-test* or favorable to testing rigorously products in the market. This association is member of an international network of consumer protection associations and it was founded after the refusal of IDEC in becoming an affiliated member of such network. The fierce competition between these two consumer associations is explained not only by this rejection of a partnership from IDEC, but also by the fact that some important collaborators of PROTESTE were recruited from IDEC. Additionally, PROTESTE director emphasizes their strong international connections as important competitive advantage that differentiates this civil association from other institutions.

In contrast to IDEC, PROTESTE has a very strong marketing strategy, distributing magazines regularly to its affiliated members and even offering a welcome gift for the newcomers as a strategy to recruit a large number of constituents. PROTESTE has partnership with a few selected companies and offers a credit card with PROTESTE brand. The director became a columnist,

writing a column in one of Brazilian most popular newspapers. Likewise, results of their tests are widely publicized in the media, shared with the population, and also sent to the AGO for responsibility of corporations through collective actions. Their network of consumers is very large and aggregates more than 100.000 individual members.

Even if PROTESTE is legally recognized as a potential plaintiff, it rarely has the initiative of filling its own collective suits. It predominantly communicates collective wrongdoings to the AGO, expecting that they may eventually negotiate a settlement with the corporation or file a collective suit. This strategy led to some episodes of conflict between PROTESTE and public prosecutors, when their dossier was not considered to contain a mass injustice and was immediately closed. In these cases, PROTESTE filled an internal appeal to the Superior Council of AGO, a board of senior public prosecutors. Public prosecutors are normally upset by these appeals, especially when the case is reopened and redistributed to another public prosecutor. On the other hand, PROTESTE has also established punctual partnerships with the AGO in cases in which both a public prosecutor was investigating a specific product and the direction of PROTESTE considered the case to be relevant and funded the tests that provided evidence for the prosecutorial dossier. A particularly interesting case involved proving that a 'frozen yogurt' is not really anyhow similar to a 'yogurt' and the producers should not refer to the product as such. The AGO did not have funds or expertise to conduct this test, but PROTESTE decide to contract a laboratory and sponsor these tests in a punctual cooperation with the public prosecutor responsible for this case.

Another consumer association is ABRACONT, an acronym for Brazilian Association of Consumer and Workers. ABRACONT is known for more controversial strategies, filing collective action suits on behalf of consumers, but then charging consumers individually to represent their interests in small claims courts. As individual consumers may very well represent themselves at these courts or eventually be assisted gratuitously by public defenders, some will made formal complaints against ABRACONT for operating more as a law firm for private practice and defense of individual interests than as a collective actor. In one

remarkable case, ABRACONT advertised in the suburbs of Rio de Janeiro that contracting a service of a rechargeable bank card would entitle someone to receive R\$ 1,000.00 as damages. This example of an advertisement of 'Sign and get R\$ 1,000.00' demonstrates not only the importance of communication channels for collective actors, but also the inter-relationship between their messages, strategies and infrastructures. After all, ABRACONT did not file a collective action, requesting an interim injunction for interruption of such contractual practices and financial service. Instead, this commercial association stimulated individuals to enter into a contractual relationship with the bank and subsequently to sue the bank for abusive conduct.

This research highlights the competition between public prosecutors, public defenders, state attorneys, and consumer associations for institutional space. Each of these institutional actors developed a particular infrastructure to facilitate access to consumer demands, collection of multiple claims and production of a collective action. Their dispute for social recognition and professional prestige impacts also their institutional capacity for resource mobilization. The following section theorizes about institutional concentration, competition, and cooperation.

3 INSTITUTIONAL CONCENTRATION, COMPETITION, COOPERATION, AND DEFERENCE

One empirical study of civic-public actions in the state of Rio de Janeiro during the 1990's indicated that the AGO almost detained a de facto monopoly as a plaintiff for collective actions in various fields of law (consumer protection, environmental law, defense of socio-economic rights, etc.)¹⁰. Even if the Civic-Public Action Act (1985) granted standing as a potential plaintiff to various institutional actors, the AGO had predominantly the initiative of filing these collective suits. The authority of the Attorney General was very strong, since public prosecutors worked with delegated powers and there was no other strong institutional competitor. Consequently, the AGO had more institutional control over

¹⁰ Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, *Acesso à Justiça: Juizados Especiais e Ação Civil Pública: Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. Forense (2000), 2nd edition.

the agenda of consumer protection in the state of Rio de Janeiro. The concentration of this power to set the institutional agenda resulted in a more homogeneous practice of consumer protection. Conversely, progressive competition brought a plurality of institutions, strategies, infrastructures, and perspectives. The experience of collective actions for consumer protection became much more heterogeneous.

Agenda control is problematic for democracy, because a monopoly agenda setter may concentrate excessive authority over political outcomes, especially eliminating certain issues for the public agenda¹¹. When all consumer demands are concentrated with one single institution, veto powers are not checked. During the 1990's, if the public prosecutor rejected a consumer complaint, the only alternative for the individual was an internal appeal for the Superior Council of AGO. Nowadays, in a scenario of competition between different collective actors, controls are not only internal, but also inter-institutional. The AGO does not have agenda control anymore, because a consumer can make a similar complaint at NUDECON, CODECON, and at the three consumer associations. Actually, the case of the underground explosions demonstrates that different institutional actors are investigating identical cases simultaneously.

Interestingly, all collective actors recognized that their institutions do not set their own agendas, but rather that they respond to consumer demands made through their infrastructures. Generally, this lack of control of agenda was recognized with a degree of anxiety and some legal professionals shared their strategies to increase their degree of control over their activity and professional objectives. Public prosecutors from São Paulo reserved part of their time for strategic meetings, research on complex wrongdoings, and definition of a high impact agenda. One of these attempts resulted in an internal task force that filed a collective action against dozens of banks for abusive interest rates, which ironically attracted no interest from the Brazilian media, was not publicized, and was judged unmeritorious. However, other cases managed to capture the public imagination and resulted in legal reform by initiative of representatives even before

¹¹ Giandomenico Majone, *Agenda Setting*, Oxford Handbook of Public Policy, OUP, p. 230 (2006).

a judicial decision. Likewise, public defenders, state assembly attorneys, and civil association lawyers have their own strategy to exercise some degree of control over their agenda. Nonetheless, these collective actors recognize that they have to be responsive to consumer demands and that the source of the majority of their collective actions is their network of consumers captured through their particular infrastructures.

Perhaps counter-intuitively, this limited agenda control seems positive and results from a gradual decentralization of authoritative powers. It means that the public agenda is determined according to demands made by the people, whose collective interests are protected through responsive institutions¹². Institutional concentration of powers may cause authoritarianism, because monopoly of institutional control may generate self-contained public authorities unresponsive to people's demands. The development of a dense internal normative structure of *administrative autonomy* may insulate institutions and authorities from the outside world.¹³ On the other hand, the existence of a plurality of competing institutions unsettles the status quo¹⁴ and authority becomes relative, depending on the appropriate relationship between different institutional actors.¹⁵

In a scenario of plural authorities of equivalent hierarchical level, fragmentation and decentralization of power limits agenda control and maximizes opportunities for democratic participation¹⁶. Likewise, each different institutional actor tends to position itself in a differentiated mode, developing an infrastructure that creates a comparative advantage in relation to the others. A plurality of competing institutions and authorities may generate multiple infrastructures that are concrete manifestations of different ideas, opinions, and attitudes on their objectives. Particularly in the case of consumer protection, these infrastructures result from continuous dialogues between different collective actors and their networks of consumers. Conceptually, this dialogical interaction means that

¹² Giandomenico Majone, *Agenda Setting*, Oxford Handbook of Public Policy, OUP, p. 232 (2006).

¹³ Denis Galligan, *Authoritarianism in Government and Administration: The Promise of Administrative Justice*, Current Legal Problems (2001) pp. 89.

¹⁴ Nicole Rougham, *Authorities: Conflicts, Cooperation, and Transnational Legal Theory*. OUP (2013), page 5.

¹⁵ Nicole Rougham, *Authorities: Conflicts, Cooperation, and Transnational Legal Theory*. OUP (2013), page 10.

¹⁶ Giandomenico Majone, *Agenda Setting*, Oxford Handbook of Public Policy, OUP, p. 232 (2006).

collective actors conduct their organizational activities according to observations of their institutional competitors and their networks of consumers¹⁷. Collective actors are constantly monitoring their competitors and managing their constituencies.

Multiple authorities may be classified as a 'same-domain plurality', in which more than one body is authoritative for similar subjects in the same field and has concurrent powers; and as an 'interactive-domain plurality', where the domains are separate but interconnected through regulated activities or interactions of subjects¹⁸. In terms of collective action for consumer protection, all institutional actors are examples of 'same-domain plurality', because public prosecutors, public defenders, state assembly attorneys, and consumer associations have concurrent power for filing civic-public action suits on behalf of consumers. All these collective actors have interactions with regulatory agencies, executive bureaus for protection of consumers (hereinafter, PROCON) and other bodies whose activities include the regulation of consumer relations. For instance, the municipal secretary of public transportation is responsible for monitoring quality of the service, imposing fines, and even disqualifying transportation companies. Public prosecutors have constant interaction with this municipal authority because their work has concrete consequences on the same regulated activity, even if from different normative fields. Interactions of this type of 'interactive-domain plurality' will be explored in section 5.4.

Relationships between institutional actors may be characterized by competition, cooperation, and deference. Competition is a relationship that is predominantly of conflict between these institutional actors, given their different directives or interests in a particular case. Cooperation is a relationship that involves the pursuit of a shared plan of joint action towards a common goal. Deference entails a relationship of respect for the other authority's power, even if another institutional actor is also entitled to authoritative action for also having

¹⁷ Nicole Rougham, *Authorities: Conflicts, Cooperation, and Transnational Legal Theory*. OUP (2013),

¹⁸ Nicole Rougham, *Authorities: Conflicts, Cooperation, and Transnational Legal Theory*. OUP (2013), 45-46.

power to decide the same matter¹⁹. All collective actors are constantly in a state of competition. Interestingly, their primary objectives are similar, because AGO, OPD, CODECON, IDEC, PROTESTE, and ANACONT have the same directives. Their institutional mission consists of protecting consumer rights through civic-public action and other corrective instruments. However, their secondary objectives are different, because these collective actors are also disputing institutional space. A prodigious example comes from the case of underground explosions and the attempt of CODECON to obtain an interim injunction before the AGO, using a procedural fast track to bypass the public prosecutors.

There is also space for cooperative behavior between collective actors, particularly because they share the same goal and could often establish a shared plan of joint action. However, these collective actors are fighting for social recognition, professional prestige, and resource mobilization. Therefore, institutional interests normally prevail and prevent more cooperative relationships. For instance, after the failed attempt to obtain an interim injunction against the electricity company and the gas corporation of Rio de Janeiro, CODECON contacted the AGO and consulted the public prosecutors about the possibility of participating in the negotiation of a settlement in that civic-public action. Because they had not been treated with deference by CODECON and considered them untrustworthy, the public prosecutors responded that the state assembly attorneys had their own independent collective suit. Previously, AGO and CODECON cooperated at a case involving football games ticket pricing and their cooperative relationship was respectful and complementary. Interestingly, the AGO cooperated in this case with a professional regulator, the Engineer's Guild through its Chamber for Accident's Prevention. This cooperation is facilitated by the fact that the guild is not a collective actor for consumer protection suits.

Cooperation between collective actors always appears to be influenced by their constant state of competition for institutional space. Therefore, the expression 'coopetition' captures well the meaning of a fragile cooperative relationship

¹⁹ Nicole Rougham, *Authorities: Conflicts, Cooperation, and Transnational Legal Theory*. OUP (2013), p. 48-59.

between collective actors that are primarily competitors²⁰. Even if there is potential for cooperation based on common goals, partnerships are fragile and often dependent more on interpersonal relationships than on official bureaucratic communications. For instance, only three civic-public actions were filed jointly by the AGO and the OPD in the 2000's and simply because a prosecutor's wife was working at the NUDECON and suggested these joint actions. Later, AGO, OPD, PROCON, and INMETRO joined forces to establish a permanent state forum for consumer protection, but the promise that a public prosecutor would be its first president was not kept and NUDECON maneuvered the election for presidency of a public defender instead. This political maneuver gave public prosecutors a clear sense that the OPD was more interested in establishing itself as a protagonist of consumer protection rather than developing a genuine partnership. This ill-fated initiative lasted only a couple of years, when a political turn inside the OPD altered the leadership of NUDECON and the other institutional actors simply decided to terminate the so-called 'Permanent (sic) Forum for Consumer Protection'.

Some legal professionals suggest that more cooperation would enhance their political strength and improve their efficiency as collective actors for consumer protection. Comparing themselves with the corporations, they perceive that their efforts are much less coordinated and ultimately ineffective. An interesting example comes from a legal reform project of the Civic-Public Action Act (1985) that was rejected by congress in the 2010's. An interviewed corporate lawyer revealed that the rejection of this project was one of the priorities in the annual agenda of the Federation of Industries of São Paulo (FIESP). The industries coordinated their efforts in a very organized way to lobby in congress against the legislative reform. They even sent corporate lawyers to explain to federal representatives their concerns that the new legislation would facilitate collective actions. According to their discourse, this legislative reform would bring normative uncertainty for industries, harming both businesses and workers. In contrast to these well-coordinated efforts, the collective actors didn't organize

²⁰ Daniel C. Esty and Damien Geradin, *Regulatory Co-opetition*. *Journal of International Economic Law* (2000) pp. 235-255.

themselves in an analogous way and a legal reform that would improve the efficiency of their procedural instruments was rejected by the Brazilian congress.

This inefficiency is even more evident through empirical observation of the economic consequences of these civic-public actions. Section 4 comprises a study of 405 consumer civic-public actions filed in Rio de Janeiro between 1990 and 2010, revealing that individual consumers are not compensated and corporations are not economically sanctioned²¹. A possible solution for this problem would involve a system of coordinated efforts between collective actors and regulatory agencies²². In theory, regulatory agencies could receive the judicial sentences and be responsible for the overview of compliance. Not only Brazilian agencies have an adequate technical infrastructure for this specific overview of the relevant market players, but also these coordinate efforts would facilitate dialogue and internalization of consumer protection within the regulated fields.

However, there are also dynamics of institutional competition between collective actors and regulatory agencies. Using again the case study of the underground explosions, the National Agency for Electrical Energy (hereinafter, ANEEL) remained distant from the civic-public action filed by the AGO. The regulatory agencies normally expect their standard-setting and overview practices to be respected by other institutional actors. Filing a civic-public action may be interpreted as a lack of deference from a collective actor to a regulatory agency and may alienate potential partnerships. On the other hand, collective actors for consumer protection consider that Brazilian regulatory agencies are captured by private interests of regulated companies and have a low level of trust on their capacity to challenge powerful corporative interests. In the end, regulatory agencies do not normally overview compliance of judicial sentences, what would maximize their efficiency.

The reasons are clear, as evidenced by the following hypotheticals. The Brazilian Central Bank could easily overview that all convicted banks deposit a credit in the bank account of the customers benefited by a judicial sentence in a collective action. Likewise, the National Agency for Telecommunications

²¹ Pedro Fortes, *The Phenomenon of Lucrative Illegality*, OSLR, forthcoming, 2015.

²² Richard A. Nagareda, *Mass Torts in a World of Settlement*, University of Chicago Press, 2007.

(hereinafter, ANATEL) could easily overview that all convicted telecommunication companies grant a credit to all clients benefited by a decision in a civic-public action. Normally, banks, mobile companies, and cable television corporations have long-term contracts with their customers and could benefit from this direct channel of communication for full recovery of the damage caused by their collective wrongdoings. However, empirical observation shows that these companies simply do not pay damages in collective actions. A lack of proper coordination between collective actors, courts, and regulatory agents prevent this potentially successful cooperation for overview of compliance with judicial sentences of collective actions.

This low level of economic efficiency increases the relevance of media. Especially in competitive markets, negative publicity becomes an important informal sanction for corporations. During the crisis of underground explosions in Rio de Janeiro, the Brazilian media reported a series of urban accidents with poorly maintained electrical chambers. Because of these repeated news of explosions, both the electricity company and the gas corporation were under a lot of pressure from the public opinion and eventually accepted the settlement conditions and a fine of R\$ 100,000.00 per explosion. This dialogue between collective actors, corporations, and networks of consumers through the media has become an important part of the system of consumer protection. Collective actors prefer a negotiated solution instead of litigating their cases in courts and normally will invite the corporation for sessions of negotiations before filing a collective action. In these pre-trial procedures, negotiations are conducted in a very discrete manner without any publicity. However, the corporation lawyers are aware that public prosecutors will publicize their collective wrongdoings in the absence of a settlement, if they have to file a civic-public action. On the other hand, when the corporation settles a case during the pre-trial proceedings, adjusting their unlawful conduct according to the consumer laws, the collective actors normally avoid publicly criticizing a collaborative company. Therefore, before the collective action, discreteness is an incentive for settlement. After it, negative publicity may function as a source of pressure as well.

Interestingly, the presence of collective actors in the media also increased their social recognition, professional prestige, and social capital. Following the leadership of public prosecutors, public defenders, state assembly attorneys, and consumer association lawyers also publicized widely their cases. Their infrastructures were established as a result of resource mobilization for consumer protection. The movements of consumers are motivated by a sense of relative deprivation in their relationships with businesses (B2C relationships), but mobilization of resources and consolidation of infrastructures is necessary for their protection. In the Brazilian experience, the network of consumers is mobilized by intermediate bodies – AGO, OPD, CODECON, IDEC, PROTESTE, ANACONT are the most influential collective actors in Rio de Janeiro and São Paulo. These collective actors represent interests of masses of consumers in their negotiation and litigation with corporations. Their relationship is not dualistic though, but includes a complex scenario of competition, cooperation, and deference with other institutional actors. Moreover, imperfect enforcement of judicial sanctions and lack of proper coordination with regulatory agents reduces the economic impact of civic-public actions. Negative publicity becomes an important informal sanction and attracts even more players to the institutional arena of collective action.

4 CONCLUSION

This paper investigated the connection between legal ideas and institutional infrastructures, analysing emphasis on litigation and regulation across different models of consumer collective action. Infrastructure and network show differences in legal culture supported by resource allocation and institutional mobilisation. Structure and networks reveal contrasting patterns in institutional politics, social movements, and law in action. 21 relevant legal actors were interviewed. Functional method is attenuated by bricolage and triangulation. Institutional competition affects mobilization of resources and institutional moves to establish linkages with consumers and capture their social movements and aggregated demands. Attorney General Office, Public Defenders, State Assembly Attorneys and NGOs designed their infrastructure to foster linkages with consumers and

have competitive advantages in relation with their competitors. These institutions reduce risks of capture, are responsive to consumer demands, and advance adversarial legalism. Institutional interactions suggest that predominance of regulation or litigation does not come only from culture or politics, but also from moves made by different actors within socio-legal networks and through their designed infrastructure.

THE CENTRAL AMERICAN CONSTITUTIONAL IDENTITY AND ITS COMMON LEGAL CULTURE

Lidia P. Castillo Amaya²³

Antonio Carlos Wolkmer²⁴

ABSTRACT: This working paper focuses on presenting and discussing a suitable theoretical and methodological framework for an ongoing research project designed to critically examine the dynamics between the strict legal formants and the local legal culture (meta-formants) in which the law is produced and/or implemented. Based on a previous research, which revealed the existence of a rather weak, yet historically anchored and persistent, Constitutional Identity in the region, our current research firstly seeks to verify the existence of an analogous common legal culture/tradition among the Central American countries, by uncovering common values and regular patterns throughout the politico-constitutional and socio-economic history of the region. Secondly, it intends to investigate to what extent these historical and ideological underpinnings (cultural formants) exert an influence on the evolution, production, scope, application, and effectiveness of the law that regulates the process of integration (community-building) in the region (Constitutional and Community Law in Central America). The proposed categories of legal culture, constitutional tradition are discussed taking into consideration that although we are highlighting patterns and commonalities the research will focus on describing the dynamics (that we expect to be rather conflictive instead of harmonic) between different elements that coexist and provide the matrix in which the law is embedded. Due to the critique against the use of the concept of legal culture in a static, monolithic and orthodox understanding (and exclusively related to national legal culture) our research attempts to apply a dynamic and pluralistic notion of legal culture in post-national domains.

KEYWORD: central American; system of integration; constitutional identity; common constitutional tradition; common legal culture.

²³ PhD in Public Law at the University of Bari "Aldo Moro" in Italy, Postdoctoral researcher PNP/CAPE of the Post-Graduate Program in Law at UFSC, Brazil. Attorney at law and Notary in El Salvador. Email: castilloyco@gmail.com

²⁴ Full Professor of the Master's Program in Law and Society at UNILASALLE-RS and of the Post-Graduate Program in Law at UFSC. Level 1-A researcher of CNPq and ad hoc consultant for CAPES. Member of the Argentinean Society of Legal Sociology. Visiting professor in post-graduate courses in several Brazilian universities and abroad (Argentina, Peru, Colombia, Chile, Venezuela, Costa Rica, Mexico, Spain and Italy). Email: acwolkmer@gmail.com

1 INTRODUCTION

This working paper focuses on developing and discussing a suitable theoretical and methodological framework for critically examining of the underlying dynamic between the strict legal formants and a common legal culture/tradition that has shaped the legal order of the Central American System of Integration that for the purposes of this paper will be called “SICA” for its acronym in Spanish.

The first section of the paper is devoted to provide a general overview of the background of the Central American Integration Process and to explain the results of a previous research, which revealed the existence of a historically anchored and Constitutional Identity in the region. The section ends with a description of the main purposes of our ongoing research.

A second section follows, and discusses the theoretical and methodological framework we intend to apply to our object of study. Thus, we propose the use of the concept of legal culture in connection with that of constitutional tradition. We defend the choice of this notion since it allows to highlight patterns and commonalities intrinsic to the five Central American countries²⁵. However, since the main focus of our research is to uncover the dynamic (that we expect to be rather conflictive instead of harmonic) between different elements that coexist and provide the matrix in which the law is embedded, we will work with a correspondingly dynamic and pluralistic notion of legal culture.

The paper ends with some remarks about the general contributions of the research not only for a better understanding of how the law interacts with its cultural (and postcolonial) context but to the specificities of the socio-political orders in peripheral and postcolonial societies and the need to redefine categories according to the uniqueness of their needs.

2 BACKGROUND, PREMISES AND AIMS

²⁵ Throughout this paper when referring to Central America we mean the five Central American States that have a shared political and constitutional history: Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua and Costa Rica.

2.1 Regional Integration in Central America

Regional integration in Central America is no historical accident. Geographically and culturally linked to the Mesoamerican region, integration endeavors are a constant in the history and development of region. However, this *longue dureé* process, has also been marked by internal tensions and periods of stagnation, as well as external interruptions from foreign powers, from the European colonial occupation to the geopolitical domination of the United States (facilitated by the geostrategic location of the isthmus). One of the attempts – previous to the current SICA- at integrating the region revolved around the Central American Common Market (CACM), between the decades of the 50's and early 80's. The CACM offers the economic and institutional background to the current regional construction. But the economic crisis and military political instability of the early 80s, left permanent marks on the development of the region. As explained by Casaus (1998) the peacemaking efforts, both from the Contadora Group and the Esquipulas II, were undertaken considering a regional perspective on the national internal crisis. The reactivation of the integration process in the region is therefore, intrinsically connected to the historical search for peace in the region.

Later, with the relative progress of political stabilization began attempts to revitalize regional integration. That turn was marked by government initiatives. The official decree of integration of the nineties was signed at the Summit of Antigua in June 1990 as an almost exclusive initiative of the Central American Presidents. There was virtually no consultation with the Central American civil society, except for some business groups (economic elites) that have always exercised significant influence on the regional market and the economic policies within the region.

Under this dynamic the SICA was established under the Protocol to amend the Charter of the Organization of Central American States, signed in 1991, but which came into force in February 1993, to reframe the legal and institutional framework for integration and includes Panama as part of the System. Subsequently, in October 1993 the Treaty of the Technical Secretariat for Central American Economic Integration (SIECA) which reinforces the will of governments to deepen economic and trade integration in the region was reformed. Subsequent

steps were the adoption of the Declaration of the Central American Alliance for Sustainable Development, the Treaty of Social Integration and finally a series of declarations and conventions on safety, environmental and cultural aspects.

Either from positive convergence elements, such as geographical proximity, linguistic homogeneity, shared cultural traits, or from negative shared experiences, such as war, poverty and pervasive social inequalities, a social history of the peoples of Central America, which reflects a regional society with a common past, seems to merge them and challenge the imposed artificial boundaries among them. This particular regional physiognomy of the isthmus has also been a feature of its linkage to the rest of the world.

2.2 Constitutional Identity and a common constitutional tradition in Central America

A previous comparative study, between the EU and the SICA's orders reexamined the unquestioned belief that the current integration process in the region is detached from its constitutional history and is solely guided by the economic rationale. Although primarily focused on discovering the underlying structural differences among the two integration experiences, the analysis was carried out under the premise that integrations processes are complex and in the case of Central America, closely connected to the process of State formation and nation building. The Legal Formants theory developed by Sacco (1991) provided the general methodology for the study, which was additionally informed by the theories of historical formation of the European collective singulars following the framework developed by Kosellek (2004).

This combination of both the diachronic ("longue durée" notion) and synchronic perspectives applied to the theoretical reconstruction of the SICA's legal formants (legislation, doctrine and jurisprudence) provided a model to adequately contextualize the "tertium comparationis" and allow for a less Eurocentric approach to comparison, while exposing the tensions, disruptions and continuities of integration/disintegration process in the region.

The results of the study confirmed that the SICA's structure and modality is not a direct result of its specific historical constitutional tradition but a consequence of a constitutional imitation, according to the notion of De Vergottini (2001), of a foreign external model: the European Union. Paradoxically, the results provided sufficient evidence to argue that there is a Central American Constitutionalism (understood as a doctrinal unity among the different Central American States), which provides the foundation for a corresponding Constitutional Identity in the region.

Yet, the "unionist tradition" that can be traced in the history of the process of integration remains as at purely symbolic level that we characterized as symbolic constitutionalization, using the term coined by Neves (1998) to refer to an overemphasis on the politico-ideological aspects of the law and a low presence of legal concreteness.

Therefore, the research concluded that the legal transplant of the European integration model in Central America has substitutive effects, since the common constitutional tradition is not taken into consideration in the text of the foundational treaties, therefore failing to produce a useful effect on the functioning of the legal system that regulates the integration efforts in the region. Similarities with the European model, remain at a mere nominal level fostering further conceptual confusions in the doctrinal constructions of both Central American scholars and judges.

Symbolic constitutionalization coupled with persistent imitation/transplants the legal order and replace its intrinsic constitutional nature, which should instead be valued in account for its integrative potential. Since the import of successful models and ideas produced mainly in the European context has always characterized the implementation of programs and institutions in Latin America, explaining the reasons for the imitation is crucial to assess their effects on the development of a legal system capable of achieving the integration goals in Central America.

In addition, because adaptations of external models to the regional context and the way of selecting of those models depend on the Central American legal

agents (legislators, judges and scholars), the imitation phenomena is inherent to the legal culture of the region.

2.3 Aims of the research

As afore-mentioned, our study's premises are based on a preceding research, which examined the dynamics between the legal formants of the Central American Integration Law (rules, legal doctrine and case law) and whose results indicate the existence of a precarious, nonetheless persistent "Central American Constitutional Identity".

Given the recurring political and legal endeavors seeking to unify the region under some type of organization throughout 200 years of history create a pattern tied to a legal tradition, the analysis of the influence of meta/formants or figurations (the interacting historical, sociological, political and economic contexts) on the legal structural elements (formants), is unescapable. Therefore, our current study has the following purposes:

Firstly, it seeks to verify the existence of common cultural features and a common heritage of values and aims among the five historical Central American countries (intra-regional comparison), in connection with notions about the ethos and telos of the integration process present in the incipient intellectual history of the region.

Secondly, it intends to assess the "integrative potential" of this common legal culture/tradition and its influence and impact on the intellectual "figurations" of internal legal actors and ultimately, on the production of a "Central American law" and community building/identity formation beyond the national spheres.

Finally, the research attempts to explain the reasons that account for the unsuccessfulness of the continuous efforts to integrate the region by means of critically assessing the reasons for the imitation of the European model of integration and the role of both internal (legislators, judges and scholars) and external legal actors (political and economic elites) on the structural weakness of the regional legal order and its institutions.

3 CREATING A THEORETICAL AND METHODOLOGICAL FRAMEWORK

This section will be dedicated to discuss the theoretical and methodological framework more suitable to approach our object of study. The study will follow the main methodology provided by Comparative Law, the structural approach based on the theory of legal formants developed by Sacco (1991) for the operationalization of concepts: "meta-formant" and "cultural formant", which are basic categories for our analysis. The dynamics between formants and meta-formants should then reveal a particular type of legal culture in the Central American region.

So, since the research will address epistemological issues that emerge in the context of discussing the relationship between law and culture, it will be directly connected to the methodological studies on Comparative Legal Culture, specially to the guidelines provided by Nelken (2004).

Although there are similarities between the notions surrounding the idea of a Common Legal Culture in the European Union, as demonstrated by literature about the European Legal Culture (Helleringer, 2014), we propose an approach to legal culture that acknowledges that the process of standardization and cultural homogenisation might be spontaneous and endogenous to a particular region, and might even have expressions of a regional constitutional Identity, like in Central America.

As it has been argued by many scholars a static understanding of legal culture as national legal culture has prevailed in many studies, and there is necessity of adopting a dynamic and pluralistic understanding of legal culture that escapes hegemonic consequences. According to Comparato (2014) culture can become a useful descriptive tool when if it is viewed as a dynamic concept.

For the purpose of this paper we will use an all-encompassing concept that includes the pluralist character to consider legal culture as heterogeneous, with even conflicting worldviews, ideologies, and plural actors and interests, as suggested by Varga (2007), since it will allow us to explain the dynamicity of culture and even its conflictive nature.

In a society, multiple mechanisms of finding solutions to problems and preference for some mechanism, and dismissal of others, such as transfers, imitations, imports, transplants external elements that would interact with other views and preferences, either from internal or external actors of the legal culture. Therefore, Friedman's (1975) distinction into internal and external legal culture provides further theoretical tools to avoid a monolithic use of the concept.

We must keep in mind that Central America is not only a geographical region, but a cultural one, that differs from the rest of countries in Latin-American. Although very similar in some conformations, particular historical events and developments compelled the region to follow a singular path after independence from the Spanish kingdom. A historical approach to the legal doctrine, show that several historical concepts where shaped and develop their own semantics.

Unlike the European integration Process, Central America possesses a constitutional patrimony that can be traced back to the end of the colonial period in the region and the creation of the first federation in 1846. The failure of the Central American Federal Union, did not necessarily involved the disappearance of the "idea of union".

Therefore, the efforts continued steadily during more than 200 years. But this "idea of union" is also closely related in an intricate relationship with the efforts to build a nation of people. Our thesis is that tracing the social history and mapping the commonalities will promote a thicker integration based on shared values and ideals capable of fuelling a collective consciousness, which can also become the basis for social solidarity beyond national settings. Thus, we can also link the idea of legal culture with that of legal consciousness based on Kennedy's arguments (1980) that define legal consciousness as part of legal culture:

I understand legal culture as "comprising both behavioural and cognitive spheres of people's relationship with law. It encompasses: values, attitudes to law, as well as legal behaviour. Legal consciousness is therefore treated here as an aspect of legal culture – a theoretical concept relating to the cognitive sphere of people's relationship with law, their values, attitudes to law, but also images, myths, and understandings of it.

It is also important to state that these intellectual patterns found in the common history of the region are directly related to the role that the intellectual

elites have played in the construction of the ideas about the possibility of a Central American Union. For this reason, the Reconstruction of the Central American Legal Culture will be first be approached from the methodological contributions of the History of Ideas from the Latin-American perspective of Cerutti Guldberg (1997) in the search for an incipient History of the Central American Ideas around the “Ideal of Unity” to try to find out whether these ideas have shaped the political projects that have sought political and economic integration in the region.

Although our research highlights the similarities among the Central American countries we do not mean to state that the Central American society is not pluralist or that its population is culturally homogeneous. There are indeed different views and needs at subnational and national level. However, Central American conflicts do not arise from the same type of cultural differences that give the European Union its distinctive nature. Persistent inequalities, poverty and social problems shape Central America’s conflictive social nature. The unstable political history of the region shows that it lacks the channels to provide peaceful solutions to its political and social conflicts. This conflictive nature is also replicated by the political institutions and by the legal system as well.

Therefore, our investigation must be coupled with the explanatory power of the theoretical and empirical contributions of the Latin American Critical Legal Studies, such as theories on the particularities. The itinerary followed by the Critical Legal Thinking in Latin America, and described by Wolkmer (2006), provides an adequate theoretical framework for non-Eurocentric research. For example, the studies about the problem of Identity within the Latin American Philosophy developed by Leopoldo Zea (1976, 1974) and their connections to studies of about the “internal coloniality” and “external coloniality” developed by Anibal Quijano (2000), will shed some light about the conflictive dynamics of the Central American society.

These critical frameworks that establish the connection between law, history and postcolonial cultures can be coupled with theories about the possibilities and consequences of cultural/legal transfers between Europe and Latin America such as Theory of Transnational Law of Diego Lopez Medina (2004) and Transplants in

Latin America, like the studies recollected by Bonilla Maldonado (2009) to provide a highly critical matrix for our research.

Our study also benefits from the theoretical frameworks in the field of sociology especially from Norbert Elias (1986) figurational sociology in terms of “intellectual figurations” as proposed by Michele Carducci, (2010) of some regional legal actors (internal legal culture), since the notion of habitus and figuration entails a social interdependence mechanism to understand the role and influence of both intellectual and economic elites in the production of law in Central America.

4 FINAL CONSIDERATIONS

The results of a previous research put into question the existence of a "Euro-Latin American dialogue" and its corresponding key words and the use of the European Union as an appropriate “model” and “tertium comparationis. But in more general terms, the characteristics of the Central American Integration Law, showed by that study, demonstrated the tension around its Constitutional Identity, also depicted the Law produced in Central America as a type of knowledge with poor scientific foundations, since its production is not the result of analysis and reflection and genuine concern to solve the problems that arise within that particular reality of reference. These issues exposed the gap between rhetorical political discourse and practical undertakings that construct the Law. But they also reveal a particular legal culture heavily dependent from knowledge production in “other places” (*idee fuori luogo*).

Because adaptations of external models to the regional context and the way of selecting of those models depend on the Central American legal agents (decision makers, judges and scholars), the imitation phenomenon is embedded in the legal culture of the region. Additionally, this legal culture is deeply linked to the colonial and post-colonial cultural background and the social structure of the Member States on which the Central American community legal framework has been developed. Therefore, both imitation and remaining colonial structures affect the efficiency and legitimacy of supranational institutions and the respect of the rule of law and international commitments by Member States.

We argue that, to be able to release the central American law makers, judges and scholars (including comparatists) from the burden of imitation, it must be first acknowledged that mimicking the European law and institutions, no matter how successful and brilliant the solutions might be, can cause more damage and deformations to the law, in both at the production (law and knowledge production) and operational levels (effectiveness of the law).

We also, reaffirm that the uniqueness and originality of the Central American culture, lies in its particular and constant efforts to re- build its nation (the Central American Nation). This is linked to the cultural factors which also constitute shared/common elements: language, values, art, thought: Central America as a Community of Values, embedded in geography, history and culture. Therefore, our premise is that Central America is not only a political term to name a particular form of state and government (such as Central American Federation, or Central American State), but a region with a shared social and political history among the five main Central American States.

However, we also acknowledge that by also revealing the social realities and inequalities within each country and between them, it will be possible to create the legal and constitutional framework that consents the development of genuine legal formants. Comparative historical-sociological analysis of the historical equalities and social injustices within the Central American States might reveal parallelisms and common grounds in which to base a more realistic unionist ideal while offering solutions to shared structural problems.

Finally we maintain that it is crucial to acknowledge that any process of creation of law expecting to achieve a relative success, cannot disregard its own historical and social underpinnings. A better understanding of the regional integration process in Central America, following the notions of self- reflection and critical methodology shall contribute to:

- 1) add new inputs to the debate on the originality of the region's legal culture;
- 2) explain how ideas, models and institutions have been transplanted and adapted in different cultural settings;

- 3) prompt a re-examination of approaches in comparative law that focus solely in function and structure of the legal orders under study.

Thus, we expect our comparative study not only allow us to understand legal phenomena in Central America, but to set out a point of self-recognition of the specific legal culture that should be embraced in its authenticity and developed with scientific independence and dignity.

REFERENCES

- BONILLA, D. **Teoría del Derecho y Transplantes Jurídicos**. Bogotá: Siglo del Hombre, 2009.
- CASAUS ARZU, M.; CASTILLO QUINTANA, M. **El proceso de integración y pacificación regional centroamericana: la cumbre de Esquipulas II**. Madrid: Centro Español de Estudios de América Latina - CEDEAL, 1989.
- CARDUCCI, M. **Coinvolgimento e distacco nella comparazione mondo**, in Boletín Mexicano Derecho Comparado, 128, Mexico D.F. 2010.
- CERUTTI GULDBERG, H. **Hacia una metodología de la historia de las ideas (filosóficas) en América Latina**, Centro Coordinador y Difusor de Estudios Latinoamericanos, 1997
- COMPARATO, G., ANDRESEN, J. **Challenging legal culture**. European Journal of Legal Studies, Firenze, v. 7 n. 2. 2014.
- DE VERGOTTINI, G. **Modelos constitucionales e innovación**, in Estudios de Teoría del Estado y derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú, Madrid y México D.F., 2, 2001.
- ELIAS, N. **El Proceso de la Civilización, Investigaciones Sociogenéticas y Psicogenéticas, Mexico**: Fondo de la Cultura Económica, 1989.
- FRIEDMAN, L. **The legal system: A social science perspective**. New York: Russell Sage Foundation, 1975.
- HELLERINGER, G., PURNHAGEN, K. **Towards a European Legal Culture, Baden-Baden**: Nomos, 2014.
- KENNEDY, D. (1980). **Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940**. Research in Law and Sociology, 3(1), 3-24.

KOSELLEK, R. **Historia de los Conceptos y Conceptos de Historia**, Ayer, 53 (1), 2004, 27-45

LÓPEZ MEDINA, D. **Teoría impura del derecho**. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana, Bogota: Legis-Universidad de los Andes-Universidad Nacional, 2004

NELKEN, D. **Using the concept of legal culture**. Australian Journal of Legal Philosophy 29, 2004, 1-28.

NEVES, M. **Symbolische Konstitutionalisierung**. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

QUIJANO, A. **Coloniality of Power, Eurocentrism, and Latin America**, in Nepantla: Views from South 1 (3), 2000, 533-580

SACCO, R. **Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law** (Installment I), American Journal of Comparative Law, 39 (1), 1991, 1-34

VARGA, S. **Comparative Legal Cultures?**, Acta Juridica Hungarica, 48 (2) 2007, 95-113

WOLKMER, A.C. (a) **Pluralismo Jurídico**. Fundamentos de una Nueva Cultura del Derecho. Sevilla: MAD, 2006.

_____. (b) **Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico**. 2ed. Bogotá:ILSA; Mexico: Universidad San Luis Potosí, 2006

ZEA, L. **El pensamiento latinoamericano**, Barcelona: Ariel, 1976.

_____. **Dependencia y liberación en la cultura latinoamericana**. México, Ed. Joaquín Mortiz, 1974.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

GT – SOCIOLOGY OF CONSTITUTIONS

CANOAS, 2015

THE CONSTITUTION OF GLOBAL SOCIETAL SUB-SYSTEMS: SEARCHING FOR A 'NEW' CONSTITUTIONAL OBJECT

Jack Meakin

Abstract: While recognition of societal constitutions resulting from the private acts of individuals has enabled the creation of a 'new' constitutional discourse, emerging theorisations can be seen to present a functional model of constitutions in society. The influence of systems theory upon the traditional conception of *pouvoir constituant* has disconnected individuals and redefined their interaction according to 'communicative potential'. Driven by imagery of self-constitution and the meeting of 'consciousness and communication', the relationship between subject and object in the societal constitution paradigm appears to be one of active agent and reflexive constitution. In light of the recognition of global societal constitutionalism in the sociology of constitution it is prudent to consider the following questions: What does it mean to be constituted? What are 'constituents' or 'the people' in current theoretical discourse? And where do we situate constituents in relation to constitutions? 'Prudent', for where scholarly strides forward occur, key concerns remain unresolved following contemporaneous shifts in emphasis.

KEYWORDS: systems theory; social constitutions; globalization.

1 INTRODUCTION TO THE CONSTITUENT POWER PROBLEMATIC FOR A CONSTITUENT CONCEPTION

Far from representing 'the people', the constituent power's classical claim to connect 'the people' to the constitutional formula is a semantic tool for political legitimacy separate from a concern for agency. In its traditional form as a normative principle, constituent power is the organic (pre-political) popular will that grants legitimacy to the constitution¹. As Thornhill succinctly elaborates there is however both a 'surface' (external) projection of legitimacy and an internalised

¹ Thornhill, C. Rights and Constituent Power in the Global Constitution. *International Journal of Law in Context* 10(3) 2014 p.359 Loughlin, M and Walker, N. (eds) *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* Oxford University Press 2007p.1

function of constituent power that provides a legitimate base² for political action exercised on behalf of the people. Thus, constituent power is an abstract term separated from agency with a politically performative function. Since the uncovering and widespread acceptance of the constituent power's symbolic/political function and its known lack of any practical "juristic function"³: The "founding idea that there is a *legitimizing externality* at the core of constitutional law has become deeply questionable"⁴. These 'issues, crises and dilemmas' surrounding the constituent power are subject to a debate that rumbles on with only one scholastic certainty - there is a necessity for greater insight into the constituent dilemma.

Lamentably, the scholastic reaction has favoured trends toward functional comprehension of constitutionalisation, and the resituating of constitutional legitimacy. Constitutional theory therefore avoids a discourse regarding constituent experience. One that both locates a polity, through a balance of the object (everyday) and observation (theory) level⁵ of inquiry, and represents a complex reflection of what it means to be a constituent. Although, such "irresolution"⁶ regarding the place of the people in the constitutional formula is not a contemporaneous dilemma. In seventeenth century England the Leveller's broad aim to activate the people's will in Parliament and control government included a commitment to consider "the relationship between the people and their parliament"⁷, or in other words to clarify and safeguard the relation between constituent and the constituted power. Their concern for objects extends to a constitutional contribution recognising the autonomisation and centrality of the

² Thornhill (2014) p.364

³ *ibid.*, p. 27 Loughlin

⁴ Thornhill (2014) p.369 - The concept of a external "constituent democratic volition" has been a key norm for the founding of law

⁵ Walker, N. Beyond the Holistic Constitution? In *The Twilight of Constitutionalism?* Edited by Dobner, P and Loughlin, M. Oxford University Press 2010

⁶ Loughlin, M. *Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice* in Loughlin, M and Walker, N. (eds) 2007 p.47 - "We are still living with these ambiguities." – p.28

⁷ *ibid.*, p.36

constituted power of the people with relationships based on trust and political delegation.⁸

In light of the constituent power's symbolic demise and the post-state recognition of transnational and societal constitutional orders. The barrier to a reconsideration of constituents appears to be constitutional theory's current trends toward both: functionally-oriented scholarship aimed toward explicating constitutional formation, and the reconceptualisation of classical constitutional explanations of legitimacy. Neither of which pay sufficient theoretical or empirical attention to the place of individuals as constituents. What follows in this paper is structured around analysis of Teubner's commitment to establishing societal constitutionalism but with a restricted conception of constituent acts and a constituent power detached from a definable group. With Chris Thornhill's reconceptualisation of the constituent power norm as an internalised legitimacy source detached from agency, shown to add to the trend toward functional explanation of the procedural workings of constitution, at the expense of substantive conceptions of the constitutional object (agents). This leaves the final section to consider the possibilities of a constituent discourse relieved of classical concerns for legitimacy and accepting of the complex nature of social life that must be reflected in constitutional theory.

In the post-illusory constituent power context the invitation to consider 'the people', as succinctly illustrated by Neil Walker as having shifted from law-makers to law-takers, is a call to recognise the changing "attitudes and expectations and patterns of compliance and interpretation as subjects of the law as well as in their changing 'constituent' composition. The mono-symbolic hold that enabled the myth of nation-state dominance is broke, where we see social and constitutional fragmentation and accept the misguided universality of *reductio ad unitatem*,⁹ the need for new social and theoretical realities becomes apparent. From the national electorate to the transnational social sphere and beyond that remnant of the constituent power, there is a requirement to conceptualise those who are affected

⁸ *ibid.*, p.42; 38

⁹ p.169 Carrozza - belief that one state equals one polity

by constitution and served by it where reference to their 'power' or active authorising capacity are inadequate and misleading.

There is scholarly acceptance of "infinite regression" from the 'correct' (or originally conceived) democratic source of constitution¹⁰. Walker notes how static versions of constituent power fail to recognise the change in constituent activity and are occupied with "founder's intent or some other originalist methodology"¹¹. While dynamic versions, "are more alert to the incompleteness and provisional quality of the original authorisation, and remain mostly open to the argument that both the identity of the constituent power and the conditions for the effective realisation of its associated collective goods may alter"¹². Thus, a balance is to be achieved but with no visible line only critique and development of current conceptions remains.

We must reformulate the constitutional question: Who is the constituent power? And instead ask: Who is, and what does it mean to be, the constituent? There is a requirement for a constituent discourse that operates beyond a formal constitutional-centric conception of political actors, and elaborates upon the potential relationships between individual and constitution. I will suggest an epistemological questioning of our constitutional associations that encourages an avoidance of descriptive labels attached to prescribed groups; instead defining the phenomena of constituent through multiple transient communicative acts that occur in our 'lived' constitutions.

2 TOWARD THE CONSTITUTIONAL PLATEAU

The nature of constitutional theory's inquiries can be sourced to a traditional emphasis upon explication of authority and exercise of positive constitutional functions¹³ ('actorship', political acts of constituent power). Such scholarship is

¹⁰ P.249 Walker recognises that assessment of democratic credentials is difficult, while in theory the system can be for 'the people' with correct processes followed on their behalf - but are they?

¹¹ p.249 Walker

¹² p.250 Walker

¹³ see Llanque's consideration of constitutional membership rejects the ideological aspect of belonging to a community, instead favouring a functional explanation of political community¹³ and

caught between the promise and threat of the constituent power. Neil Walker elaborates this dichotomy with the former presenting the constituent that initiates self-government and generates authority. Therefore challenging the positivist claim that legal-constitutional authority stems simply from the existence of a canonical constitutional form (the legal document itself).¹⁴ While the threat is wrapped in Walker's concern for 'pedigree and effective realisation' of the constituent power. The dual consideration of identifying 'the' constituent power and their intentions, followed by assurances of the de facto exercise of constitutional acts by government according to the values associated with the constituent power. Of course scholarship which seeks the constituent power in the hope of mitigating its threat provides an explicatory model, but where the concern is devotedly 'resolved', the chance for epistemological reflection is constricted. Moreover, the promise is not pursued in order to identify a natural constituent power but is rather (owing to common recognition of the vicarious constituent power in the complex political arena of democratic representation) objectified to ensure identification of constitutional legitimacy. It is not that these are not worthwhile contributions, but their abundance causes myopia resulting in epistemological stagnancy and inconclusiveness.

the role of citizens, referring to rights and duties as opposed to a substantive (and abstract) concern for the acts of constituent. *"The term 'constitutional membership', then, is intended here to refer to the provisions a constitutional state makes for the purpose of defining what is expected of citizens in terms of behaviour and actions, rights and duties."*

¹³ The above is sufficient as an answer to the functional question, what makes a constitutional citizen? Llanque sees the issue as lacking sufficient concern for what constitutions say of the citizens' role

¹³. This citizenship approaches is consumed with those conditions which permit the transition from individual to citizen, and citizenship means 'actorship' with members conferred a blend of rights and duties

¹³. This is not to say we should be consumed by concern for a demos or collectivising cultural references, but we must consider another conception of constituents outside this prescriptive 'politically-centred' mainstream constitutionalism.

¹⁴ P.248 Walker Const power paradox book

3 TEUBNER'S FUNCTIONALISM

To elaborate the problematic of functionally-concerned constitutional theory we turn to Gunther Teubner's central problem-solving remit in *Constitutional Fragments*¹⁵. Societal constitutionalism presents the constitutionalisation of social sub-systems, therefore providing a comprehension of what it means to have multiple constitutions throughout society. For Teubner all subareas of the social sphere are capable of constitutionalisation, therefore providing his theoretical obstacle: How can the experience of these self-founding autonomous sub areas be translated into a comprehension of global societal constitutional orders and regimes?¹⁶

While Teubner doesn't opt for what he describes as a 'functional' definition of constituent power: a non-political explication made-up of two elements, structural coupling and a hierarchy of norms¹⁷. Reference to Teubner's functionalism here recognises *Constitutional Fragment's* commitment to 'provide a solution' to global societal subsystems as an accepted constitutionalism, by illustrating the function of constitution in society.

This concern for constitutional structure is intentionally influenced by Teubner's recommendation to generalise known theory and then re-specify¹⁸ *à la* societal constitutionalism. Indeed, the decision to move from a state-centricity is replaced by constitutional-centricity; on the one hand a positive step but equally one that limits the inquiry in a manner it had sought to avoid. Our enlightenment of social formation may well come from societal constitutionalism studies, but a reliance on previous conceptions provides unsure foundations and an ignorance to outstanding problematics.

Following the dismissal of a "politically constituted world order"¹⁹ Teubner concentrates analysis upon the operation of societal constitutions as opposed to

¹⁵ Teubner, G. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford University Press 2012

¹⁶ *ibid.*, p.52-3; p.7

¹⁷ See Renner 2011 - rejected by Teubner

¹⁸ p.7 Teubner *Civil Constitutionalism*

¹⁹ P.45 Teubner

the distraction of illusory political claims. A claim to have constitutionalised the totality is rendered inoperable, instead we have global societal sub-systems, or to put it otherwise: Rejection of an all-encompassing constitutional scenario underpins recognition of constitutional fragments.²⁰ This however extends to an exclusion of individuals from the discourse. 'They' cannot be considered due to the unavoidability of generalisation.

The absence of a concern for constitutional objects can be registered in Teubner's response to issues that prevent the establishment of societal constitutions. For example, the critique that societal constitution's lack of an identifiable social substrate (constituents) denies their recognition as constitutional subjects in classical theory. Therefore, Teubner proposes modifications to the prerequisites for a constitutional substrate to exclude the necessity of objects²¹ but ensure recognition of global societal sub-systems as constitutional orders. I propose that where those outside the constitution's formal operational dynamic (such as individuals) are not of concern, we find ourselves in a position whereby the discourse operates at a constitutional 'plateau' where constitution-centric constitutionalism has precipitated the need for constituents.

The modifications presented are threefold and do not concern the place of the object. First, the disconnection of constitution from statehood to permit the

²⁰ Teubner thus counters the proposals of cosmopolitanism, that there may be a global community with several political and societal actors, instead presenting the fragmented global 'constitutional conflict of laws' ²⁰ p.13 Teubner (Fischer-Lescano; Teubner 2004)

Teubner makes reference to constitutional develops occurring not according to totalities but according to "islands of the constitutional" (p.52), in reference to the multiple autonomous state and non-state constitutions.

²¹ Absence of the following: a demos, pouvoir constituant/constitué, democratic legitimacy, collective identity and political pluralism. (p.59 Teubner)

Teubner's threefold response - First, the disconnection of constitution from statehood to permit the transnational; second, decoupling of institutionalised politics and finally, the removal of power as a requirement in constitutionalisation. p.60

Teubner notes Kosselleck's questioning of the difference between legislation and constitutionalisation, an important consideration where the divide between state and society becomes invisible and private law influences societal formations and thus engages in constitutionalisation through juridification of social norms. SEE KOSSELLECK - p.16 const fragments

There is here the acceptance that constitution-free social spheres do not exist (p.17 Constitutional Fragments), and that social constitutionalisation occurs despite the self-limitation of the political constitution owing to the protections of fundamental rights and norms of political activity. In this sense, societal constitutionalisation's existence is a case of supply and demand - it continues where the political constitution left off.

transnational; second, decoupling of institutionalised politics and finally, the removal of power as a requirement in constitutionalisation.²² The focus is upon overcoming those factors, which prevent recognition of global societal sub-systems as constitutional subjects, as opposed to investigating the place of polity, demos, or constituent power that resides in ‘the people’ and translated to constitution.

The social substrate remains but without a discernible link to objects (individuals) required in the qualifying elements to be a substrate. Objects remain in Teubner’s constitutionalism but the proposed concern for *la politique* and shedding of institutionalised power is not a move to uncover the individual constituent but rather part of the wider project to uncover a ‘true’ functioning of constitution in the social sphere beyond previously state-centric conceptions.

Of course the argument that the formal requirements were never a true representation of the object’s presence is a fair charge, and so too that societal constitutionalism and national (political) constitutions are not synonymous. The “constitutional substrate” is not the same as the “constitutional object,” the former representing the subject (constitutional order) and the latter the object (individual). Although, removal of a requisite connection to polity is a precursor to Teubner’s treatment of agency in relation to constituent power. The current theorisation respecifies the presuppositions of what it means to be a subject, in a manner that provides insufficient theoretical (and by extension empirical) consideration for the interaction of objects with global societal sub-systems. The problematic search for constituent or consideration of demos and polity are shelved. Both Teubner’s and Chris Thornhill’s recent resituating of constituent power are emblematic of such a matter of fact exclusion and the normalisation of the objects’ absence in constitutionalisation.

²² p.60 Teubner

4 SOCIETAL CONSTITUTIONALISM, SYSTEMS THEORY AND THE CONSTITUENT POWER

In fact Teubner's 'pouvoir constituant' illustrates the extent to which scholarly discourse is both constitution-centric and constituent agency absent in the aftermath of the classical constituent power. As opposed to alternative theorisations he calls upon systems theory:

[...] Which refuses to identify the 'pouvoir constituant' with either individuals, or the entire population, or a simple power relation between social groups. Systems theory opts for a phenomenon of social communication. Here it is suggested to understand the 'pouvoir constituant' as a communicative potential, a type of social energy."²³

Here the constituent power is not "a collective made up of a number of people" nor the result of individuals or of a social relationship, but a communicative potential active "where individual consciousness encounters social communication."²⁴ Thus 'flesh and blood' people are only present as the constituent power where they engage in the social phenomena of constitutional communication. Although such acts of constituent power require self-determination to exercise self-foundation and self-limitation through reflection.

This conception is unavoidably incomplete. While our interaction or relationship with constitutions may well be broadly described as communication or social energy, this is a broad label concerning itself with the political acts of constitutional self-foundation and self-reflection, which lacks insight into the complex array of constitutional relationships in society. For example, if the economy is a societal sub-system then it goes without saying that all citizens are not involved in self-constitution but remain subject to the constitutional order, therefore - aside from the formal act of '*pouvoir constituant*', what is the phenomena of '*constituant*'?

Teubner quickly rejects such an explication as 'de-humanising' the *pouvoir constituant*, stating that in fact the 'actual people' are recognised since the effect of constitutionalisation is to structure communication and therefore highlights the energy of self-constitutionalisation - which is an act of the people. Moreover, for

²³ *ibid.*, p.62

²⁴ *ibid.*, p.63

Teubner constitutional potential is improperly perceived where communication is only recognised as between social systems.²⁵ This is an important admission, it welcomes the agent to theory but their involvement is crudely curtailed where the limits of constitutional acts is set at foundation and reflection.

Let us zoom out at this point and consider Teubner's conception of the traditional constituent power. Combined with a rejection of totality and the awareness of illusions of representation of 'we the people' through constitution that flow from the paradox of constitutionalism, a move towards functionalism and away from a descriptive constant constituent power is understandable, even tempting. As is the subsequent conception of self-determination through constitution and the conception of a politically engaged society. For this reason, Teubner's treatment of these two issues, symbolism and actorship, require further elaboration.

Symbolism of 'the people' for Teubner is a veil to remove and reveal the 'true' functioning of constitutionalisation. As we are lead away from the collectivising myth of the mono-constitution the scholarly response sidesteps the perilous terrain of individuals. This scholarly reactionism to the obscurity of collectivising myths rejects the valuable texture within such social ambiguities. The issue presented by constitutional illusions must be considered; while its logic can be applied to rejection of grandiose plans for a global constitution, the same cannot be said of the societal (and thus scholarly) importance of collectivising myths in national and societal sub-system constitutions. The latter, as much as the unfashionable former rely upon collectivising norms.

The non-problem for Teubner is identification of the polity served by constitutions in the non-state scenario.²⁶ Definition of polity in the non-state sphere has already been shown to be problematic; instead Teubner suggests a redefinition of "collective self-determination for non-state constitutions"²⁷. Societal

²⁵ *ibid.*, p.62-3

²⁶ p.61 Teubner

²⁷ p.61

constitutionalism is shown to rest upon self-determination of a constitutional order with self-foundation and self-limitation through self-reflection.²⁸

[...] a type of social energy, literally as a 'power' which, via constitutional norms, is transformed into a 'pouvoir constitué' but which remains as a permanent irritant to the constituted power.²⁹

The requirement of political activity remains with this conception of a perpetual challenge of the constituent power as "permanent irritant". This appears however somewhat contingent, especially where political apathy rife³⁰ and societal formation cannot be considered an asymmetrical trend. There is therefore a gap to be plugged: where is the non-active constituent, how can their social energies be described and are they absent from constitutionalisation? Teubner however sees his conception as taking the constituent power from "semantic artefact", a reference to the performative ornament that is classical constituent power, to "a pulsating process at the interface of consciousness and communication."³¹ There is a requirement to look beyond mere self-determination involved in self-foundation and self-reflection to consider the extent of constituent action. Our relationship with constitutions may well be broadly described as communication or as social energy; however, is this not a broad label for a complex array of constitutional relationships? Furthermore, the obsession with actorship obscures the potential importance of this description in understanding constituent.

When we consider what the term 'to give back to the people' means we note an analogy with the distance between the individual and 'the people' in constitutional theory. Teubner references Thomas Jefferson's call for the function of issuing money to be returned to the people³²; meaning for this function to be performed by a public, as opposed to state, institution. 'The people' is the self-identified collective, an independent institution of the public not an arm of government. Which makes this reference not to individual but to a collective of 'the people' as opposed to a candid representation of the individuals that engage with or engaged by constitution. This collective is the performative container through which illusory claims to representation are made, which ultimately dissuades

²⁸ p.61

²⁹ p.62

³⁰ Take the example of UK where election turnouts continuously fall - with 65% roughly an average

³¹ p.63 Teubner

³² p.115 Teubner

Teubner from further inclusion of, or attempt to conceive of 'the people' as unavoidably hollow. The complex and contradictory nature of an agent living amongst a variety of functionally differentiated societal sub-systems illustrates the dynamism and uncertainty of their constitutional interactions; be they subjugations, reflexions or other. Despite such difficulty current conceptions do not endeavour to provide a theorisation of other relationships with the constitution.

Teubner explicates the *pouvoir constituant* as an act of constitution, of constitutional potential as opposed to a constituent power that is representative of the people. This transition from individuals as constituents to individuals having the potential to be, at a given time, a constituent is important. This *pouvoir constituant* is an active process, a label to be applied where an object communicates in the prescribed manner of reflection between individual and social system. The *pouvoir constituant* is therefore a strict state. Individuals are not needed within constitutional theory from this point. Constitution exists regardless, objects are not a constant, they are present as social energy through active realisation of consciousness through communication with the constitution.

The double connection between autonomy and responsibility - of individuals and of social systems - is possibly the most important message to emerge from a sociology of constitutions.³³

Central to the impetus behind societal constitution is this double act of constitution and by extension, the role of deliberative constituents to act on behalf of the social system. This reference to responsibility presupposes both the active constituent, through the need for self-foundation and self-limitation through reflection. The presuppositions being that we are engaged in active 'self-constitution' and we therefore are all both objects and subjects, as opposed to mere objects. If we consider that we are both object and subject then we may have to consider, in light of the above concerns: Whether 'self-constitutionalisation' is a passive act, as opposed to one where reflexivity is an active performance of political engagement? With Teubner's 'collective self-constitution'³⁴, a phenomena which does not suppose constitution by the totality, but rather constitutionalisation for the totality collective identity enables shared norms and consequent generation

³³ p.71 Teubner

³⁴ p.66 Teubner

of and alliance to a high culture underpinning a community³⁵. Therefore, while we know Teubner rejects the conception of a constant identifiable constituent power, we can recognise a gap in reasoning that encourages scholarly attention.

For instance, how do we explain the disconnection of individuals and thus lack of self-reflection with transnational societal constitutions? They may be defined by and affected by the actions of the constitution, yet an individual's own reflection may be absent. Theory of societal constitutionalism deals with the function of the social subsystem as constitution, but neglects the object's involvement in constitutionalism beyond a politically active (actorship) conception of constituents.

The result is Teubner's analysis concerning itself solely with the actions of constitutions, as opposed to the various interactions of non-constitutional objects with the constitution. Non-constitutional objects being factors that are not considered intrinsically constitutional, as opposed to traditional constitutional concerns such as founding legitimacy. Although I would suggest that which is discarded as constitutionally irrelevant is in fact deeply constitutional. Societal constitutionalism provides an important contribution to constitutionalism, but ultimately a theory of function excludes substantive concerns. Of course, a theory will reap what is sown, meaning: Such restrictions upon consideration are unavoidable where the remit is the identification of a framework for transnational societal constitutional subjects.

Teubner's depiction of societal constitutions musters imagery of active and abundant exercise of requisite social energy as constituent power. There is a reliance on the 'self' but is it an over-reliance? There are geographical locations with high social activity, civic engagement flourishes and 'la politique' is very much alive. Such locales as Onati, nestled in the Basque Country with ten thousand inhabitants, possess the intimacy of polity where individuals are stakeholders with sports, leisure and other various social organisations where civic engagement can be understood as the exercise of social energy to constitute and ensure survival through reflection. This is not the same however in vast metropolitan sites where

³⁵ Gellner1983 ; Anderson 1983

social intimacy is low, or even in other towns of 10,000 persons with less enmeshed residents and cultural importance of co-habitation. Onati is a special location for such intimacy, even in Basque terms³⁶, and its exceptional status should alert constitutionalism to the idealism inherent in an ‘actorship’ centred conception of constituent action.

There is perhaps an unfair slant to this critique: To continuously ask Teubner to consider the individual is an exercise ‘to flog a dead horse’. The systems theory conception bypasses concern for agency, replaced by the social energy of self-foundation and self-reflection (itself requiring an act of agency) and no more agency than that can be synthesised from Teubner’s constitutionalism. Teubner’s constitutionalism is by nature a functional tool, with constitution at state level co-ordinating and co-operating with the constitutions of public and private organisations through communication.³⁷ Additionally, there is an argument for rejecting a theory, which is (and must be) so broad that it no longer serves its explanatory purpose. Indeed can a conception move to conceive these informal and intrinsically diverse relations that connect constituents to constitution? Acceptance of multiple constitutional subjects (from the national to societal spheres) is one thing, and a limited conception of the engagement of constitutional objects is another. While both are fair observations, the ruminations have been considered: what is needed is further inquiry into constituent engagement.

Decentralisation of politics from the institutional recognises the politics of collective decision-making and popular sovereignty.³⁸ Therefore, the contribution of societal constitutionalism is also to unleash multiple *pouvoir* constituents as societal normative orders are constitutionalised by legal norms. The call to move from the “formal juridical viewpoint”³⁹ could involve recognition of individual constituents within constitutionalism but the resultant theorisation doesn’t entertain such conceptions. Teubner’s call for the removal of ‘power’ from constitutionalism, acceptance of multiple social autonomies (c/f one encompassing polity) and the

³⁶ Where town residents are often known to most other residents as social activity is centred outdoors in squares and bars with shared desires to maintain cultural heritage and also the social norms of regular interaction

³⁷ T p.40

³⁸ p.64-5 Teubner

³⁹ p.61

role of deinstitutionalised politics in society, do not reflect a theoretical welcoming of individuals as constituents. Le Politique and the injection of structured political power into any acceptance of societal subsystems are rejected by Teubner as crude and lacking respect for autonomy and differentiation.⁴⁰ Functional constitutionalism remains at odds with an understanding of dynamism and idiosyncrasy of individuals in social spheres. The intention is to recognise the variety of non-state social constitutions but only through comprehension of two acts of social energy. This itself is a paradox, as societal constitutionalism notes social energy but not the individuals that exercise it, they are an unlabelled tool of constituent action with two functions: self-found and self-reflect. Social differentiation is not synonymous with erraticism, the unpredictability of individual and incompatibility with theory but societal constitutionalism works toward the recognition of multiple social subsystems that exist within a logical theoretic explanation of constitution where constituent's interactions are circumscribed.

Although the lens is shifted to constitutionalisation in the private sphere, the concern is not individuals, but the existence of social spheres with their own logic that enable their foundation and continuation⁴¹ beyond the whims of an individual. The dominance of this approach in constitutional theory induces myopia whereby the individual is reduced to functionary in constitutionalisation. Societal constitutionalism has turned the scholarly gaze to social difference and the existence of constitution, but the object's constitutional interaction with this new constitutional subject remains taboo.

5 THE CONSTITUTIONAL LEGITIMACY PROBLEMATIC

To repeat, since the unveiling of constituent power as paradoxical and insufficiently reflecting constituents has been digested, theory now advances along overtly objective lines where agency in constitutionalism is absent. Chris Thornhill provides a functional analysis of constituent power as a constitutional norm in traditional nation-state constitutional orders (c/f Teubner and the construction of a

⁴⁰ p.29-30 Teubner

⁴¹ p.21 Teubner

new constitutionalism). Thornhill posits that legitimation for contemporary constitutions can be found in the transition from constituent power to rights. Meaning reference to ‘the people’ as “measurable external power”⁴² is no longer necessary as constituent and constituted power becomes hybridised.⁴³ This creates an “auto-constituent” which renders the constituent power unnecessary, but grants legitimacy and enables constitutionalism in the post-constituent power/state scenario.

Thornhill’s depiction of the constitutional formula encourages not a literal conception of such constitutional norms, but to recognise the ‘surface’ and ‘systemic’ levels and comprehend the politically performative nature of this norm.

Externally, this formula projected an image of a political system that derived legitimacy from comprehensive social inclusion and legal equality. Internally, this formula allowed the political system to operate at a high level of abstraction, and to perform uniform functions of legislation while restricting its openness to society and preserving its clearly differentiated standing in relation to other areas of activity⁴⁴

While Thornhill presents constituent power in its traditional form, as normative principle: “promoted as the basis of legitimate government” stemming from the genesis of a “single popular will... prior to the organic form of the political system”⁴⁵ (N.B. once again it is the unveiling of performative nature that shapes the resultant theory). This internalised functional comprehension of the constituent power functions to stabilise a political system; but also outlines the problematic of the constituent power as an inquiry separated from agency. The inability to establish a non-illusory extra-judicial “*legitimizing externality* at the core of constitutional law”⁴⁶ and emanating from ‘the people’ as an authority for decision-making means an absence of constituent power, and the rise of, and Thornhill’s endorsement for the hybridised constituent-constituted power.⁴⁷ In other words, societal foundation becomes obsolete as internal reference is made to rights to enable the functioning of a political system, legitimacy is no longer self-served by an external source but requisite power internally generated for a legitimated

⁴² *ibid.*, p.385

⁴³ *ibid.*, p.365

⁴⁴ p.364 Thornhill

⁴⁵ Thornhill p.359 2014

⁴⁶ p.369 Thornhill - The concept of a external “constituent democratic volition” has been a key norm for the founding of law

⁴⁷ p.365 Thornhill

sovereign.⁴⁸ The redundancy of the term fuels this (re)conception of rights as constituent power. In this state the norm of constituent power is a tool of politics, resonant for critical analyses of constitutionalisation, but impotent as a means to further conceive of constituents.

If this is de jure and de facto constituent power then we have a constitutional landscape whereby the agent is still vicariously present, but the absence of constituent involvement in this rights-centred reimagining only augments the functional nature of constituent power⁴⁹. What does this mean for the constituents themselves? ‘On the ground’, nothing appears to substantively change, especially as deliberative constitutional involvement and self-reflection are utopian, rarely publically inclusive and is not therefore materially ‘lost’ from social life. Political power remains self-serving but rather than cursory reference to society being required, rights provide a repository for a political system’s legitimacy. This “auto-constituent” renders the constituent power unnecessary, in fact, the individual appears ever more distant and rights themselves become sacred as opposed to the place of the constituent.

Do we then conclude, that we have learnt nothing new with regards to: who is the constituent? The explanation is replaced with rights-as-constituent power, a performative auto-constituent is presented as unapologetically systematic in its ousting of symbolic pretences to the people. Of course, the aim of scholarship isn’t locating legitimacy but the survival of this auto-constituent does rely upon the granting of legitimacy to rights by individuals. This ersatz constituent power therefore relies upon symbolic capital just as its classical predecessor, and as any suitable depiction of legitimacy must. Neither of these explanations are however, of the people, nor provide an elaboration of de facto constituent engagement beyond ‘actorship’, myth or positivism.

Thornhill recognises that the conception of rights as the constituent power is in part a semantic refocusing of the new legitimacy source in constitutional

⁴⁸ p.386 Thornhill

⁴⁹ p.386 Thornhill p consider that the systemic functioning of constituent power is extended and intensified as reference to “distinct local and private milieux” is unnecessary

sociology. The people never were part of the norm; the theorisation is of ‘political life’⁵⁰ and thus it functions at a level apart from the individual:

We cannot... realistically assume that the construction of persons as rights holders by the political system literally shows recognition of these persons as discernibly recognised or implicated in the social productions of power⁵¹.

The imagery provided is of differentiated constitutional systems whereby rights have superseded constituents in the constitutional space where individual constituents never were. This may provide a matter-of-fact evolution of constituent power as a legitimating norm in constitutional theory; but we must also consider the interaction of the constituent from the perspective of constituent, as an experienced phenomenon. Thornhill’s contribution to ‘constitutional life’ does raise the important factor that the situating of legitimacy in constitutional theory is an end in itself. This stems from the social necessity that; a constitutional form requires legitimate authority to exist. While Thornhill seeks to question the normative foundations (orthodox conceptions) of constitutional theory to recognise the societal process below constitutionalisation. The approach embraced is functionalism, to identify “the submerged functional meaning beneath the literal implications of normative claims”⁵². With the insertion of an “auto-constituent” there is a successful exercise in epistemological rupture, but the alignment with systemic societal acts results in a meta-societal inquiry where the intended concern for “submerged” workings reveals itself to be truly functional as opposed to recognising the full complement of societal contributors beyond systemics. The questions, which must be asked, fall between an acceptance of the performative legitimacy requirement and the search for the people of constitutions. We can read the contemporary scholarly consideration of constituent power as explicative of ‘constitutional life’ and in this sense, we recognise the absence of a discourse regarding agency in constitutional theory.

Despite the positive contribution of such scholarship, we must consider the current state of the constituent power not from the historical conception of legitimating norm, but through a concentration upon the perspective of *constituent*

⁵⁰ see Thornhill p.375

⁵¹ p.374-5 Thornhill

⁵² p.359 Thornhill

agency as an experienced phenomenon. Concern for social subsystems seemingly abandons concern for the individual vis-à-vis the economy, science, healthcare and other sub-areas. The people have de jure been erased from theory, while de facto they (dis)engage with these multiple constitutions. Thornhill's commitment to and Teubner's endorsement of a "post-ontological conception of society and society's norms"⁵³ is to be admired as far as it courts controversy, however the constituent can only be removed de jure; even if their 'pouvoir' is de facto limited and the traditional concept of demos becomes misleading, the constituent remains in a guise currently unelaborated in current discourse. The approach intended by Thornhill should be the apothegm of constitutional sociology but this commitment is a continuous project requiring empirical and theoretical engagement. We must look at the intricate, even transient, relations of constituents with constitution, and conceive of the constituent as more than the other end of a constitutions formalised self-reflection.

6 CONCLUDING CONSIDERATIONS ON THE FUTURE OF A CONSTITUENT DISCOURSE

How can constitutional theory account for the constituent?

Following the fragmentation of the classical constitutional sphere (whether as a theoretical or practical moment),

The national dimension of polity and its constitutional form did not disappear or exhaust their purpose. Rather, the national dimension of polity and its constitutional form became re-inserted into a complex multilevel system of government.⁵⁴

Ostensibly a banal observation, Paulo Carrozza's recognition of 'a' polity, the several distinct parts of a singular collective or several polities, is however anything but. Enabling scholarly movement toward a concern for agency and unorthodox constitutional conceptions, away from functionalism and obsession for the 'constituent power' per se. An abstract approach to the place of constitution in social life should be tackled where we are able to conceptualise the 'constituent'

⁵³ p.244 Thornhill 2011 p.3-4 T

⁵⁴ P.169 C

using an inductive non-predestined perspective. For instance, constituent power is the other half of constituted power, and there must be a reflection of the former in the latter. Let us reverse the refraction and reveal the constituted power as presented by the constituent. In other words we are returned to the need to ask the constituent question regarding constitutional engagement, therefore overcoming the re-emergence of cyclical constitutional dilemmas by asking: who is the constituent?

Of course constituent power “was never entirely real”⁵⁵ and nor was there a concern for agency, but the myopia of current studies avoids the difficult terrain of a constituent discourse. We must combat such anthropophobia and return to and reformulate the historically important (yet so far unfulfilled) constitutional question: *Who is the constituent power?* And ask – Who is the constituent? This requires a commitment to recognising agency not as: ‘*Constitution <-> Constituent*’, where constituent ‘actorship’ is the formal exercise of self-constitution and self-reflection by legislators or politically active and self-determining constituents. Rather we must also concern ourselves with the theoretical and practical problematic: ‘*Constitution - X - People*’, where the values of *X* are currently unknown. Clearly, the challenge presented to constitutional theory is inherently dense, but the nature of social interactions is thus and retreating to reductionist calms will provide no further insight.

The following can be seen as important signposts toward the development of constituent discourse:

- Who is the constituent? And what does it mean to be one?
- In constitutional theory what phenomena of constituent can be identified beyond the self-constituting and self-limiting communicative acts associated with the constituent power?
- What is a representative account of constituent experience?
- What informal constitutional phenomena can be identified beyond formal constitutional-centric ‘actorship’? And can constitutional theory support such

⁵⁵ Thornhill (2014) p.374

an informal discourse that seeks to document constituent's 'lived' conceptions of constitution?

- How do individuals conceive of their constitutional associations? And why do certain constituent phenomena occur?
- To what extent can reference be made to 'power' in relation to potential conceptions of constituent?

To begin this challenging reflection, let us draw an analogy with this problematic and Roger Cotterrell's identification of "moral distance"⁵⁶ in Durkheim's acknowledgement of a communicative distance between citizen and state⁵⁷. The restrictive nature of Durkheim's positivist orientation illustrates social groups as social facts, presenting ignorance to the fluidity of such groupings. Although citizen inactivity and state prescriptivism are inevitable, Cotterrell proposed comprehension of this 'moral distance' through greater consideration of, "the diversity of social experience of different social groups"⁵⁸ to combat the remoteness of citizen and state and harness political participation. In this vein we must move from constitutional-centric perspectives and investigate the "community as a web of understandings about the nature of social relations"⁵⁹ to reveal the array of associations between individuals and constitution. The insight here is illuminating, especially its recognition of the distance of state and citizen, but similarly its concern is for the potential multiplicity of regulatory acts and moral diversity that occurs in such 'communities'. We can recognise the promise of societal constitutionalism in the call to non-state inquiry, and similarly the self-limitation of constitutional theory that opts for positivist approaches to social explanations. From such legalistic or constitutional perspectives we must move to recognise not the manner in which there is political 'actorship', but contemplate the array of associations between agent and constitution. Constitutional theory must move from the periphery and embrace the inconsistencies presented by social life despite the pressures for concise and reliable conceptions of political life.

⁵⁶ Cotterrell, R. Emile Durkheim: Law in a Moral Domain. Stanford University Press, Stanford. 1999 p.165; 177; 222

⁵⁷ *ibid.*

⁵⁸ *ibid.*, p.222

⁵⁹ *ibid.*, p.226

We are therefore presented with the theoretical and empirical challenge to rupture and reconstruct our epistemological depiction of constituent. Neil Walker labels the current scenario ‘post-constituent constitutionalism’⁶⁰ and proposes the scholarly recognition of the dynamic and evolving nature of constituent power. Walker approaches this issue in relation to the European Union but the discussion provided is illuminating for discussion of the constituent power per se. Seeking “to avoid the paths of false pessimism and false optimism that an undue concentration upon the propitiousness or otherwise of original conditions brings, and tries to remain open to the myriad ways in which different constitutional forms... may interact over time to tap the fuller potential of the shifting title of constituent power.”⁶¹ Despite encouragement towards epistemological questioning there is also pessimism in his proposal.

Consider one of Walker’s conceptions of ‘the people’, defined as reflexive interpreters⁶²: At pre and post-constitutional stage who via public discourse “see themselves involved in a continuous project of self-government – one in which both the ‘self’ and the ‘government’ (identity of the author and realizability of its creation) is subject to ongoing renewal.”⁶³ For Walker they are presumed to be undeterminable by ‘positive constitutional means’, because it requires an unquantifiable conception outside the constitutional perspective. Therefore we have simultaneous inclusion and exclusion of the concern to identify the people. I would encourage the embracing of ‘non-positive constitutional means’ to enable a conception that embraced formal and informal constitutional relations. A dynamic constitutionalism can only concentrate upon the manner in which ‘the people’ are “involved in a continuous project of self-government”⁶⁴ if the act of ‘involvement’ is drawn into question and answered in the negative, to account for the absence of direct political engagement presumed by projections of ‘self’ founding, reflection or governance in constitutional theory. Taking care to avoid imposing new obfuscations through symbolic constructions of ‘the people’ or collectivising

⁶⁰ Walker (2007)

⁶¹ *ibid.*, p.264

⁶² *ibid.*, p.263

⁶³ *ibid.*

⁶⁴ *ibid.*

myths⁶⁵, while also remaining open to the role of such imagery in social construction. It is in this sense that the 'post-constituent' should be elaborated, so that constitutional sociology can attempt to reflect the "polyphonic articulation of social autonomy"⁶⁶.

I suggest that we move from scholarly concern for constituent power to constituent - that will be more illuminating, for instance of the 'post-constituent', we will know more about pedigree and realisation of democratic government where we know the constituent experience. If, we expand the pedigree then we generate a broader view of effective realisation.

In the search for a constituent discourse, a principal and daunting question presents itself: What does reference to 'constituents' mean? Importantly, a deduction of the constituent should not be the starting point, but rather an inductive approach to any attempted conception is required. The following considerations will however be suggested as a guide. First, the constituent is the object affected by a constitution, as opposed to simply a citizen or member, this bypasses the restrictions of actorship and therefore the epistemological parameters previously defined. The benefit can be seen, to use a national constitutional example that a refugee without citizenship would be otherwise absent from the inquiry yet their social life is affected by constitution. The necessary retort here may well present itself as, what does it mean 'affected'? But the scholarly mens rea behind this question is no different to the search for constituent discourse. To know what it means - affected by - is to be able to provide the abstract conception of constitutional engagement.

Second, the constituent must be sought not as a homogenous group, but as several phenomena with given and changing identities. Third, the reaction to symbolic constitutional illusions must not be to uncover a Truth of constituent absent from symbolism, the plurality of myths will be ever present through imagined conceptions and high cultures⁶⁷. These confounding factors of social life must be accepted and remain within social theory. Fourth, in light of the

⁶⁵ Teubner (2012) p.68; Anderson, B. *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism* 1983

⁶⁶ Thornhill in Teubner (2012) p.3

⁶⁷ Anderson

restrictions of ‘actorship’, constitutionalism needs to account for the influence of social forces, intraconscious⁶⁸ and self-domination through doxa and orthodoxy. From this brief reflection reference to self-determination, ‘revolution’ or the ‘potential’ of constituent power appears somewhat indulgent.

Developing Tools for a Constituent Discourse

“The material constitution tracks social reality and responds to the programme and wills of political parties. As a process, it is always the expression of a dynamic, one that cannot be ‘established’ or even projected in final form in the way that a constitutional text, in its very expressive logic, is bound to claim.”⁶⁹

To conceive the constituent I suggest we return to and extend Teubner’s ostensibly troubling constituent power as communicative act. While this constituent power is a strict state separated from the people and applicable where certain social energies are emitted; an expanded conceptualisation of communicative acts can recognise various constituent phenomena determinable according to a specific communicative act. Meaning the substantive difficulties in answering the question - Who are the ‘constituents’? - Are bypassed, along with descriptive and rudimentary notions concerned with binary conditions of eligibility. Instead we can begin to account for multiple contradictory and transient acts of constitutional communication performed by the same individual at different times.

Although, if we are to recognise agency in this manner it is necessary to delineate the usefulness of conceptualising communicative acts from its systems theory origin. For Luhmann, higher-order autopoietic systems in society are constituted by communication and not by human beings⁷⁰. And while Teubner is quick to reject the critique that constituent power à la systems theory is dehumanising⁷¹ because “actual people” are identified through the energy of self-constitutionalising communication. This theoretical basis would be antithetical to a study, which seeks to uncover the human experience of constituents and their relation to constitutions. To recognise the constituent beyond formal ‘actorship’, the promise of ‘communicative act’ must be divorced from a theoretical avoidance

⁶⁸ Bourdieu, Practical Reason, neither conscious nor unconscious - not such a dichotomous social conception as Marxist dialectics

⁶⁹ P.180 Carrozza

⁷⁰ Luhmann, N. A Sociological Theory of Law. Routledge: London 1986 p.172

⁷¹ Teubner (2012) p.42

of agency. Which necessitates an evolution of the ‘communicative act’ conception of multiple social energies, to support agency.

Furthermore, to distinguish and operationalise the communicative act we must explore constituent phenomena outside of direct self-constitution and self-reference⁷² (political constituent actorship). Current theorisations presuppose ‘self-constitution’; meaning we are all both objects and subjects⁷³, as opposed to mere objects. Yet, if we are *all* both then does ‘self -constitutionalisation’ require political activity? And in reply we can further question whether *all* engage in deliberative self-constitution and self-reflection?

I suggest that constituents whom are affected by a constitutional order may not be actively involved in self-constitution or reflection. For instance, beyond active self-reflection we may hypothesise; attempted reflection, ambivalence to reflection and even varying conceptions of ‘successful’ reflection. In recognising such ‘polyphonies’ the communicated self-descriptions of social systems can be shown not according to a central ‘meaning’⁷⁴ but reflecting the contradictions and disunity of agency, constitution and society.

To interpret how the constitution is ‘lived’ it will be necessary to continue contextualising and de-contextualising⁷⁵ the legacy of Ehrlich’s ‘living law’ which recognises: “Law which dominates life itself even though it has not been posited in legal propositions”⁷⁶. Through a re-evaluation of ‘living law’ combined with the recognition of multiple social constitutions we can hypothesise that a constitution develops beyond formal political institutionalisation into a social form, thus providing a ‘lived constitution’ flowing initially from the ‘jurisgenerative potential’⁷⁷ of constituents and the subsequent existence of diverse constituent experiences

⁷² *ibid.*, p.71

⁷³ *ibid.*, p.65

⁷⁴ In systems theory society premised on ‘meaning’ through communicative unity and existence of a functional logic in each subsystem - Teubner, G. *Law As An Autopoietic System*. Blackwell Publishers 1993 p.30

⁷⁵ Nelken, D. Ehrlich’s Legacies: Back to the Future in the Sociology of Law? In *Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich* Edited by Hertog, M. Hart Publishing: Oxford And Portland Oregon 2009 p.239

⁷⁶ Ehrlich, E. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, WL Moll (tr) Russell and Russell New York 1936/62 p.493

⁷⁷ Nelken 2009 p.248

emanating from social contestations⁷⁸. Nonetheless, fundamental to the development of a constituent discourse is the marriage of empirical analysis of individual's conceptions of constitutional involvement, with further insights from social theory and constitutional sociology.

In light of positivistic conceptions of constitutional legitimacy and the exercise of political acts in the name of, but separate from the originalist constituent power, the effects of governance become entangled with a need for a conceptualisation of 'the people' that accepts the polyphony and its ambiguous (non)-constitutional relations. The abstract approach to constituent will enable consideration of, and contribution to, pressing concerns in the sociology of law such as the impact of administrative law as a form of governance. For instance, if we look at the administrative law which is set up in each sub-area in the form of an internal constitution⁷⁹ we see the role of the auto-constituent and the fusion of private and public decision-makers acting on behalf of constituents without pretence to the 'power' of constituents. Therefore, we must ask the question – what is the impact of such proliferating regulation? How do these internal constitutions relate to, and affect individuals in society? Why particular constituent associations occur for certain individuals and groups. The recent developments in constitutional theory provide insight into the function of constitutions and location of legitimacy; the 'openness' of constitutionalism needs to be reconciled with the complexities of agency with a development of tools that conceive constituent engagement.

BIBLIOGRAPHY

ANDERSON, B. **Imagined Communities**: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism. London: Verso 1983.

⁷⁸ Webber, J. Naturalism and Agency in the Living Law in *Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich* Edited by Hertog, M. Hart Publishing: Oxford And Portland Oregon 2009 p.202 Social norms are not 'natural' but occur from contestations

⁷⁹ p.50-51

CARROZZA, P. Constitutionalism's Post-Modern Opening In: Loughlin, M and Walker, N. (eds). **The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form.** Oxford University Press 2007.

CHRISTODOULIDIS, E. Against Substitution: The Constitutional Thinking of Dissensus In: Loughlin, M and Walker, N. (eds). **The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form.** Oxford University Press 2007.

COTTERRELL, R. **Emile Durkheim: Law in a Moral Domain.** Stanford University Press, Stanford. 1999.

EHRlich, E. **Fundamental Principles of the Sociology of Law**, WL Moll (tr) Russell and Russell New York 1936/62 p.493.

GELLNER, E. **Nations and Nationalism.** Cornell University Press (1983) 2006.

LLANQUE, M. On Constitutional Membership. In: **The Twilight of Constitutionalism?** Edited by Dobner, P. and Loughlin, M. Oxford University Press 2010.

LOUGHLIN, M. What is Constitutionalisation? In: **The Twilight of Constitutionalism?** Edited by Dobner, P. and Loughlin, M. Oxford University Press 2010.

LOUGHLIN, M. Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice. In: Loughlin, M and Walker, N. (eds) **The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form.** Oxford University Press 2007.

LOUGHLIN, M and Walker, N. (eds) **The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form** Oxford University Press 2007.

LUHMANN, N. **A Sociological Theory of Law.** Routledge: London 1986 p.172.

NELKEN, D. Ehrlich's Legacies: Back to the Future in the Sociology of Law? In: **Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich** Edited by Hertog, M. Hart Publishing: Oxford And Portland Oregon 2009.

PRIBAN, J. Constitutionalism as Fear of the Political? A Comparative Analysis of Teubner's Constitutional Fragments and Thornhill's A Sociology of Constitutions. **Journal of Law and Society.** 39(3) 2012.

TEUBNER, G. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization.** Oxford University Press 2012.

TEUBNER, G. (eds) **Global Law Without A State.** Dartmouth Publishing 1997.

TEUBNER, G. **Law As An Autopoietic System**. Blackwell Publishers 1993.

THORNHILL, C. A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy. In: **Historical Constitutional Perspective**. Cambridge: Cambridge University Press 2011.

THORNHILL, C. Rights and Constituent Power in the Global Constitution. *International Journal of Law* In: **Context**, 10(3) 2014.

WALKER, N. Post-Constituent Constitutionalism? The Case of the European Union In: Loughlin, M and Walker, N. (eds) **The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form**. Oxford University Press 2007.

WALKER, N. Beyond the Holistic Constitution? In: **The Twilight of Constitutionalism?** Edited by Dobner, P and Loughlin, M. Oxford University Press 2010.

WEBBER, J. **Naturalism and Agency in the Living Law in Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich** Edited by Hertog, M. Hart Publishing: Oxford And Portland Oregon 2009.

LOOKING FOR THE CAUSES OF A CONVERGENCE. THE CONTRIBUTION OF SOCIAL ANALYSIS ON THE STUDY OF CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL LAW

Jacopo Paffarini

ABSTRACT: As the survival of capitalism is the continuous revolution of its own existential conditions, the ordinary development of contemporary societies is characterized by an high-level of normative dynamism. When new social structures are established, they give birth to new practices which shape (or deform) the existing legal institutions. Thus, the social analysis enables jurists to go beyond the formal source of law (legislation, judicial decisions, customary rules) and to disclose the “material issues” which explain the origin and the function of a normative rule. Legal doctrine may leave a legalist approach – even if enriched by further considerations of some theory of justice – and open the analysis to non-juridical elements. This cannot happen without a deep reflection on case-study selection, methodological studies of «metalegal formants» and analysis of social impact of law.

KEYWORDS: convergence of constitutional ideas; metalegal formants; law as a social practice; market society

1 INTRODUCTION

As one of the main outcomes of comparative method is shaping models of knowledge related to a particular branch of law, the matter of their “effectiveness” has gradually gained a central position within jurist’s debate. A «juridical model» is the «arrangement» used to represent one or more legal experiences, thus, a combination of abstractions – respecting a prearranged logic – to which their description has been devolved. The organization of the complexity of a legal phenomenon is a necessary premise to communicate the information acquired by the observation of normative facts. The jurist’s perception plays an important role in that systematization: the way he/she focuses on particular features explains the criteria used for the conceptualization of the normative language and the classification that follows.

There is a preliminary point that we might take into account: every classification of legal models needs foreign law studies. The jurist which “stay” just in one legal system faces *all the time* same systematic data and cannot perceive/distinguish them from the context they are part of⁸⁰. Therefore, one of the main debate on comparative law doctrine concerns the opportunity to build an inductive method in order to allow the jurists to go beyond the normative formant and to get in touch with the background of legal relationships. Actually, as it has been observed, «an inference-oriented scholarship is still difficult to come by»⁸¹ – specially in the field of constitutional law, where is used to call «comparative» single-country studies and it seems to prevail a «universalist approach» which brings jurists to overtook the historical basis of the transnational dialogue on constitutional models⁸².

Apart from classification (and in combination with it), comparative law have developed a new horizon of research, which scope is highlighting the *episodes of circulation of legal models*, their causes and cases of “cross-fertilization” with local law. That process claim for a new reflection on the *case-study selection*, that is, making it more functional to the aim of underpinning or deny a particular hypothesis or concept. This objective has been often persecuted through a simple quantitative pattern, which cannot always satisfy a scientific standard, nor guarantees the effectiveness of the concept created. In particular, the only way to accept a quantitative data research is overtake the peculiarity and causes of a national experience and looking just at the common features. Otherwise, how a proper “western model” of – for example – right to speech could be obtained from comparison if we (seriously) take into consideration all the “western” national provisions on defamation, hate-speeches, privacy protection, right to information?

Quite often an “assonance” among normative provisions of different national systems represents a “false-start” for comparative studies, especially in absence of an advanced case-law or when one or both the regulation have not been applied yet. In that case, the research is at stake and the only way to come out is

⁸⁰ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1990, p.161.

⁸¹ R. HIRSCH, *On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law*, in S. CHOUDHRY (ed.), *The migration of constitutional Ideas*, Cambridge, 2006, p. 39.

⁸² Ivi, p. 43 and 46.

looking beyond legal formants. Therefore, as it has been noticed, «a good theory requires to clarify concepts *as well as* offering causal explanation for observed phenomena»⁸³. The same need emerges from another point of view: if we assume that a “pure” and “neutral” description of social phenomena (including legal) is not an achievable goal, it should be considered a good practice adding “explanations” to the simple “portrayals”. Thus, the analysis of origins and causes could also reveal different matrix of similar legal institute. For example, the historical experience of dictatorship gives reason of the compulsory voting in Brazil, while the low-rate of social conflict and political stability explain why U.S. citizens have to request the Public Administration for being included in the electoral lists. Consequently, *taking the rights in their contest* allows jurist to learn more about their function, while, on the contrary, “universalist tones” are often challenged by the “law practice”.

The most important challenge for a comparative law scholar is building “enduring” juridical models, shaping them «through multiple description»⁸⁴ of singular national institutes and normative frameworks. Specifically, we may say that a juridical model is «enduring» when it is able to include in a descriptive framework the essential characteristics and functions of a specific institute, as they emerge from each national experience and notwithstanding the endemic dialectic of each legal systems.

The “gap” created by the enforcement of provisions is a traditional matter of the most dedicated comparative doctrine, for which “law” is «both the propositional statement as such and its invested meaning – which jointly constitute the rule»⁸⁵. However, can we perceive the «invested meaning» as the simple interpretation given by the judge/P.A. or there is something more beyond “wording” and “will”? At the aim to avoid a strict alternative, this contribution highlights how a better understanding of the contemporary circulation of some legal model is possible if we pay attention to the recent evolution of productive process and social assets. In compliance with an «inference oriented approach» this paper offers some practical

⁸³ Ivi, p. 46.

⁸⁴ Ivi, p. 43.

⁸⁵ P.LEGRAND, *What “Legal Transplants”* in D. NELKEN and J. FEEST (eds.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, 2001, p.55.

cases/tendencies to check if it is possible to define new legal transplants fostered by globalization process and, eventually, which of them are the most frequent. Furthermore, we will notice that the object of transplant in most of the cases are “ideas”, and not proper “models”: the still ongoing “dialogue” between national and international institution expresses an intellectual convergence whose empirical outcome are still uncertain.

2 PAPER DEVELOPMENT

2.1 Beyond the “law in the books” and the “law in action”

From a juridical perspective, the ordinary consequences of social dialectic is the modification of legal relationships, as the balances go in favor of one or more classes rather than others. Sometimes this brings to change the normative texts – and so it affects the legislative language – while more frequently the innovation is reached through interpretation process and law enforcement in general – a path that has been defined «judicialization of democracy»⁸⁶.

In this perspective, comparative studies in the field of constitutional law have progressively adopted an interdisciplinary approach, as the juridical categories have never been the products of the sole normative language (the “law in the books”) or the will of the enforcement bodies (the “law in action”). The basis of constitutional law are deeply rooted in the society “as a whole”, such as the last one find in the law is main cause of transformation/perpetuation (continuity/discontinuity). However, even if the first relationship is the most studied by jurists, the second is perceived as an “extra”, a further study outside the jurists’ task (and scientific field). The first consists in discover the historical, economic and political causes of a constitutional institute, so it assume a shift from society to legal discourse. The second outlines how the law change society, thus, the normative language is observed in the perspective of its practical impacts, unusual for legal studies.

⁸⁶ R. HIRSCHL, *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics* in *Fordham Law Review*, 2007, n. 75, p. 721-753.

Since long time legal positivism considers the last approach as “useless” at the aim of legal theory, while its outcome should have some function in “building justice theories”. Although there have been a never-stopped dialogue between scholars, the ordinariness is still a strict separation between legal discourse and sociological, economic discourses. The chronological coincidence between legal positivism and the emergence of the State, first, and democratic pluralism, than, can explain the need for an autonomous foundation of the legal concepts and why this autonomy sometimes turns in a “presumption of neutrality”. By fostering the objective nature of legal solution – as it derived from democratic institutions – political powers and the courts use to legitimize the conservation of one or a set of norms or a legal system. During the XX century only few times the jurists have seriously considered to push the research beyond the procedures – and, in general, the formal components of democracy – in order to reveal the *social factors* hidden behind the *normative fact*⁸⁷.

In the 90s more than 110 countries have reformed or entirely rewritten their constitutions. It cannot be a coincidence that – despite the multiplicity of causes that have given rise to the constituent processes – some important similarities emerge among the constitutional models adopted. An ethical and ideological legacy of the twentieth century is carved in the preambles, in the preliminary articles and, in general, in all those formulations from which one can infer the State political principles.

The 90s marked also the end of the ideological conflict that had divided the world, as the lives of many people, but during which – somehow – were achieved the highest level of participation of the masses in the political life of the national and international community. The mechanisms shaped by the “welfare democracies” guaranteed the development of the constitutional models that drove the State economic government notwithstanding the dialectic between different social interests. A part of those models – in particular the economic freedoms and personal liberties – inspired the “transformation” – what has been called a «constitutionalization» – of international law and defines the objectives of the main

⁸⁷ Among them, see M. MIAILLE, *Introduzione ad uno studio critico del diritto*, Roma, 1979.

supranational organizations controlled by the geopolitical bloc of liberal nations. On the contrary, the social rights remained anchored to the local sphere, compelled by the crisis of state sovereignty and unlikely to be compatible with the development model defined by the powerful dynamics of global finance.

2.2 Law as social practice»: a dialectic approach for constitutional studies

If the market globalization has reflexively forged a juridical one, it cannot be affirmed a direct-casual nexus between law and economics. The point is not if law shapes economic dynamics or, on the contrary, the economic problems are currently monopolizing the legal concepts. The aim is to consider the law – at the same time – a «*product*» and an «*instrument for social-life production*», which operate according to its own logic and procedures and by means of its institutions⁸⁸. In this perspective, the “judicial renovation” of constitutionalism, even if it could be perceived as a refuse of legal positivism, preserves its strict legalist characters. The research of a new legitimacy for the exercise of public powers beyond State sovereignty produced a break in the democratic foundation of constitutionalism, which, until now, has not been fixed with other than judicial techniques (growing use of proportionality test, driven comparative interpretation, ect.). Consequently, so far as the normative discourse remains closed on itself, the legal concept are used as the “glasses” through which looking at reality.

This attitude supposes an acceptance of reality “as it is”: it brings to the transformation of the “social assets and facts” into “*binding social assets and facts*”, as the mandatory nature of law disappears and its existence become “natural”⁸⁹. The «constitutional traditions common to the Member States» of European Union (art. 6 of the EU Treaty) – as they were detected by the “comparative reasoning” of the Luxemburg Court of Justice – are an example of this trend. But, nonetheless, are those “common traditions” still an “effective” characteristic of EU law after the integration process has spread to 28 countries? Have they ever been? Or should we rather say that a common constitutional

⁸⁸ See M. MIAILLE, *Introduzione ad uno studio critico del diritto*, cit., p.65-66

⁸⁹ Ivi, p. 167

heritage in Europe is being built – just as in the past – through the interpretations and “functional comparisons” of the Court of Justice and the political conditionality imposed by the so called “Copenhagen criteria”?⁹⁰.

The crisis of global finance has played an important role in determining the current complexity of transnational relationships between the public authorities and people, on the one hand, and between the same private entities, on the other. If the first steps of the “legal globalization” were characterized by a considerable attention to the “local” legal tradition, now we are assisting to a process of centralization of economic policies by the supranational institutions and the Western States. Thus, “judicial dialogue”, “multilevel protection of fundamental rights” and “legal pluralism” have apparently lost their leading position among the causes of migration of constitutional ideas.

2.3 How metalegal formants and social analysis can contribute. Understanding the new role of Judiciary

The contribution offered by the social inquiry can enlighten, not only the impact of law on society, but also its “reflexive effects”, i.e. the role played by the social structure in shaping legal categories.

In this perspective, the recent development of comparative studies experienced a deep attention to the “metalegal formants” of constitutional law. In each system can be traced a set of non-judicial rules that are expression of political balances and represents the regulatory basis of the relationship between authority and people. From this point of view some years ago an Italian Author introduced the concept of «institutionalized political formula» («*formula politica istituzionalizzata*»), which expresses somehow the “way of thinking of the political elite”⁹¹. Far to be a secondary aspect, this metalegal formant explains better than constitutional norms the fundamental characters of a national system. For example, sharing an idea of people’s rights, State competences and limits of law

⁹⁰ For an Italian perspective on this problem, see G.F. FERRARI, *Le libertà*, Milano, 2011, p.324-325.

⁹¹ See G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, 1986, p.70.

has been the most important component of the enduring United States Constitution – while amending its text is formally simpler than other constitutions due to the absence of provisions asking for parliamentary “special majorities”⁹².

The metalegal formants explain some of the most questioned aspects of constitutional law. As it is – for example – how a set of norms can survive to political changes, industrial revolutions, growing complexity of social framework or, on the contrary, why the norms and their interpretation are subject of frequent and important changes. Therefore, it is not just the legal doctrine that can explain why the Western Countries have developed a «judicial constitutionalism» while the majority of Latin American nations has begun democratic constituent processes by means of elected assemblies⁹³.

The promotion of some specific juridical institutions instead of others always testifies a political choice, even when the last-one is not expressed. In order to clarify how this works in the contemporary constitutionalism, it is useful to recall some important considerations of few years ago on the new role of Judiciary in time of globalization. The Judiciary in the contemporary law has gained a central position – or better, a «functional advantage»⁹⁴ – because its typical characteristics fit the new reality of globalization on three points. First, as a «polycentric institution», the Judiciary share with globalization the devolution of decisions-making activities: so, it guarantees a “diversification” of legal answers on the basis of the contexts. Second, the practice of jurisdiction has its main characteristic in the ability to connect private interests – that are the “impulse” of case-law – and public policies – produced through the decision-making process. Third, the jurisprudence is an increasing law-making process: courts are currently adopting a “problem-solving approach” which seems to refuse legal certainty and re-interpreting the political project of the constitution to make it fitting better present issues. While legal doctrine is progressively leaving a “positivist idea” of law, the high courts’ judges act like “*glocal bodies*” and take inspiration by new

⁹² See G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Il metodo*, Torino, 1994, p.155.

⁹³ See C. THORNHILL, *Contemporary constitutionalism and the dialectic of constituent powers*, in *Global Constitutionalism*, Issue 3, 2012, p. 392-3.

⁹⁴ See M.R. FERRARESE, *Diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, p. 81.

ideas of constitutionalism, which have chosen *rights* – rather than democracy – as the source of legitimacy of public powers. This trend fosters the «inner-systematic» function of rights: «the fact that the pluralistic design of contemporary constitutions gives emphasis to powerful judicial actors, usually producing and applying normative principles (rights) at a high level of international uniformity, replicates the original adaptive functions of constitutionalism»⁹⁵.

The shift of Judiciary from constituted to constituent power⁹⁶ is the most visible effect of globalization on the legal-formants and has opened a new challenge to the future of the democratic components of constitutionalism.

2.4 One more example: tracing the migration of constitutional ideas. Western hegemony or legal pluralism?

By the end of the last century, comparative studies highlighted a significant increase of the «reception cases» of Western legal models by the remaining areas of the world. As long as globalization produced growing state's economies, the traditional institutes of liberalism – first and foremost: property, contract autonomy, due process of law, anti-corruption policies – were perceived as necessary conditions for a social equity and sustainable development⁹⁷. Since the beginning of the financial crisis the rational authority of this theory is at stake but not its effectiveness, as the developing countries' economic reliance on the lending policies of international organization is not decreased.

Consequently, the majority of Western models' imitations have been grounded on the conditionality⁹⁸ imposed by the developed nations – on the

⁹⁵ See C. THORNHILL, *Contemporary constitutionalism and the dialectic of constituent powers*, cit., p. 393.

⁹⁶ Ivi, p.375.

⁹⁷ This are the theoretical premises of World Bank's cooperation projects with developing countries since the *World Development Report 1999*.

⁹⁸ Since 1952, the principle of conditionality has been implicitly introduced by the International Monetary Fund (IMF) triennial grant policies to force the beneficiary states to adopt a specific balance approach, characterized by a restrictive orientation on public spending. The practice of financial conditionality has known a growing legitimation and diffusion among the lending policies due above all to its convergence function between the objectives of contracting parties: the beneficiary interest in obtaining the lending is bound to the implementation of the politics that the borrower considers more appropriate to ensure production growth and, with this, the successful

commercial treaties – and by the international organizations – on the cooperation and development programs – rather than on the «prestige» of those models. While the “ethical dynamism of constitutions” is currently the main focus of Western doctrine and it has opened a transnational debate on the limits of judicial review, some interdisciplinary studies have highlighted the role of international investments on exporting Western ideas about private autonomy and State’s power limits⁹⁹.

Even if this feature of international organization was already identified by the international law doctrine, it has never openly challenged the State sovereignty as nowadays¹⁰⁰. Actually, the increasing removal of obstacles to the full development of economic liberties beyond States boundaries – considered necessary for better working conditions¹⁰¹ – associate the statutory objectives of some of the most important institutions born in the early postwar: the International Bank for Reconstruction and Development (IBRD), the International Monetary Fund (IMF), the General Agreement on Trade and Services (GATT) and, last, the European Economic Community (EEC). However, in the aftermath of Soviet disaggregation, there was an increase of developing countries adhesions to the

conclusion of the relation with the restitution of the amount agreed. On this argument, see M.GUITIAN, *Fund Conditionality Evolution of Principles and Practices*, Washington: IMF Pamphlet Series, 1981, pp.10-14.

After its extension to bilateral and multilateral archetype of non-lending agreements, the practice of conditionality was formalized by art. 60 of Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, which states that «the violation of a provision essential to the accomplishment or object or purpose of the treaty» represents a «material breach» that authorizes the parties to «terminate the treaty or suspending its operation in whole or in part». Not every infringement authorized the suspension of relationships, but only those that interest the essential clauses identified by the parties or identifiable through the interpretation of the provisions.

⁹⁹ U. MATTEI, L. NADER, *Plunder. When the Rule of Law is Illegal*, New York, 2008, p.59. The Authors point out the different ways of legal models migration: apart from military domination and the «prestige» of a normative institute, can be traced another way, the «conditional imposition». This expression means that «the acceptance of a system of rules is not totally free. The interested countries are persuaded to adopt the legal structures which meet Western standards if they do not want to be excluded from the international market».

¹⁰⁰ See, S. VEZZANI, *Gli accordi delle Organizzazioni del Gruppo Banca Mondiale*, Torino: Giappichelli, 2011.

¹⁰¹ One of the main objectives of the IBRD’s *Articles of Agreement* (1944) is «to promote the long-range balanced growth of international trade and the maintenance of equilibrium in balances of payments by encouraging international investment for the development of the productive resources of members, thereby assisting in raising productivity, the standard of living and conditions of labor in their territories» (Article 1).

IMF cooperation programs, of which the Western states are the main donors and promoters.

The primary objective pursued by global institutions in the present historical context is the adjustment of the East Europe and Asiatic economies which have quit the state-planning experience. Thus, the adaptation of the national “legal infrastructure” to the mechanisms of world competition did not starts “free” or “spontaneous”, nor affected the only commercial law. Since the beginning of the new millennium the States accession to the main organizations of international commerce and finance is subject to the acceptance of specific standards of human rights protection¹⁰². This implies two very important consequences. First, the trade organizations can express their rating both on the level of economic liberty and the efficiency of national legal systems. Second, the States that aim to enter the system of international relations ruled by World Trade Organization and International Monetary Fund shall reform their normative and institutional framework in order to match the legal models recommended by the latter. Reflecting on this process, legal science has introduced the notion of «political conditionality» to indicate the set of principles and norms – derived from customary international law (*jus cogens*) and the main international bodies' soft law – which shape the legal category of «human rights», «democracy» and «good governance».

From a general point of view the political conditionality has been defined:

a set of specific state behaviors – respecting human rights, organizing multiparty elections, working in a good governance mode, and cutting military spending – that are internationally upheld as conducive to development and whose realization is promoted, *inter alia*, through that leverage instrument. The specific state behaviors that are promoted may be said to constitute a regime: sets of internationally dominant principles and norms around which expectations converge and that define acceptable state behavior for both recipient and donor countries¹⁰³.

It can be traced back to these assumptions the distinction between «developed» and «developing nations» based on the presence or not of a *fully evolved legal infrastructure* able to efficiently regulate private trade.

¹⁰² M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, p. 116

¹⁰³ P. UVIN; I. BIAGIOTTI, *Global Governance and the “New” Political Conditionality*, in *Global Governance*, 2 (1996), p. 377.

In that perspective, Mc Cunnaghay distinguishes “developed” from “developing” nations «in a purely functional way»:

developed nations are those nations that enjoy fully developed legal infrastructures and the ability to effectively regulate commercial activity—principally the major industrialized trading nations of the West, perhaps along with the few most advanced industrialized nations of Asia. Developing nations are those nations whose judicial and commercial regulatory institutions lack the capacity to perform their prescribed or intended functions effectively, whether because the institutions do not exist, because they are under-developed, because they are under-funded, or because of some other disabling attribute, such as corruption¹⁰⁴.

This division plays a particularly important role in terms of migration of legal models. Attempts to transplant gain greater legitimacy when affecting the countries with a low level of institutional development, but are generally not considered appropriate when the country that should be the “receiver” has a “prestigious” legal tradition.

It is appropriate to notice that – despite their “economic vocation” – World Bank and International Monetary Fund are currently leading projects with direct effects on constitutional assets of developing countries. Thus, for example, the “strengthening” of private autonomy – even through the regulation of contractual legal relationships involving rights constitutionally established or, more generally, matters of public law – is presented as one of the most effective solution to the problems of government’s corruption in developing countries¹⁰⁵.

The «*New Directions on Justice Reform*» is the World Bank document that summarizes best the “*modus operandi*” of international organizations. In this publication, the Legal Vice Presidency explains in detail why the judicial system of a State carries out functions critical to economic growth, highlighting three different profiles. First, the proper functioning of justice is considered necessary to prevent crimes and mitigate the level of conflict and violence in society (identified as the main barriers to a sustainable development). Second, the democratization of the judiciary is necessary to fight against corruption, theft of public property by the ruling *elites* in developing countries and, more generally, to the prosecution of

¹⁰⁴ P.J. Mc CONNAUGAY, *The Scope of Autonomy in International Contracts and Its Relation to Economic Regulation and Development*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 39, december 2000, p. 601.

¹⁰⁵ P.J. Mc CONNAUGAY, *The Scope of Autonomy in International Contracts and Its Relation to Economic Regulation and Development*, cit., p. 603

crimes committed in the management of the economy by the public authorities of the State. Finally, the judicial system is acknowledged as «an essential State-function» in order to ensure the growth of the private sector in accordance with the framework traced by the political bodies of the country and the international bodies of the various business sectors. Therefore the Legal Vice Presidency believes that the predictability of the legal effects of contracts, the presence of legal protection of property rights and a system for resolving legal disputes are «key determinants of economic development»¹⁰⁶. In the last perspective, the «New Directions» claim a «*problem-solving approach*» in international cooperation¹⁰⁷. Taking inspiration of previous experience, where attempts to transplant Western legal models have remained unfinished for the resistance of the institutional culture of the receiving countries, the Legal Vice Presidency believes that the problem is not “how” reform the judiciary, but when “when” and “why” the justice system, with its inefficiencies, undermines economic development¹⁰⁸. In that sense, a case of “virtuous transplant” is detected in the establishment of the Arbitration Council (AC) in the United Kingdom of Cambodia: a quasi-judicial body through which the World Bank and the International Labour Organization have attempted to resolve the violent trend assumed by the trade union conflicts inside the textile production sites. The arbitration procedure – which concerns only collective disputes – is voluntary and assumes the dual purpose of addressing the social dialectic in the legal path and, consequently, raise the productivity of the clothing industry. The first objective is pursued with the reform of the Labor Code, which has given reception ILO’s standards of workers protection. The second, through the establishment of a preliminary procedure of conciliation, which, if unsuccessful, in 15 days must be followed by the decision of a panel appointed by the parties. According to the Legal Vice Presidency, the speed and informality of the process – which anyway

¹⁰⁶ See, *New Directions on Justice Reform – A companion piece to the updated strategy and implementation plan on strengthening governance tackling corruption*, Working Paper no. 70640, 2012, p.3-4, available on line: <http://documents.worldbank.org/curated/en/2012/05/16706679/world-bank-new-directions-justice-reform-companion-piece-updated-strategy-implementation-plan-strengthening-governance-tackling-corruption>.

¹⁰⁷ *Justice Reform Projects in Latin America: Lessons Learned (1995-2010)*, Working Paper No. 70755, 2011, p. 7.

¹⁰⁸ *New Directions on Justice Reform, cit.*, p. 9

claims to ensure compliance with the substantive and procedural law¹⁰⁹ – are the elements of the success of the Arbitration Council, as testified by increase of the complaints filed. However, it is rather uncertain that – over a period of time so limited – the arbitration procedure is able to issue a decision that reflects a fair balancing of the interests of the parties, nor in compliance with the legislative framework. It is not disputed that the brevity of this term contrasts strongly with the formulations that give full investigative powers to the arbitrators about the workplace conditions or that require them to examine all the documents brought by the counterparties in support of their demands¹¹⁰. Furthermore, it is necessary to note the contradictory nature of the rules of the arbitration procedure that, on the one hand, require the panel to decide the case in accordance with the provisions of the law¹¹¹, on the other hand, ask the arbitrators for deciding only on the matter indicated by the non-conciliation report¹¹².

This ideal of labor justice has never been questioned by the promoters of the two international projects that have given financial support to the activity of AC: the *Labor Dispute Resolution Project* – directed by the ILO – until 2009 and the *Demand for Good Governance Project* – directed by the World Bank – which was completed in March 2014. In contrast, the model of the Cambodian arbitration tribunal is sponsored by the Legal Vice Presidency of the World Bank, «[as] an

¹⁰⁹ Art. 34, *Prakas* 99 of 21 April 2004, issued by the Cambodian Ministry of Labor: «In matters referred to the arbitration panel, the panel shall have the power and authority to fully remedy any violation of provisions provided in the Labour Law, implementing regulations under the Labour Law, collective bargaining agreements or other obligations arising from the professional relationship between employer and employee. Within the limitations of the Labour Law and this Prakas, it has the power and authority to provide any civil remedy or relief which it deems just and fair [...]».

¹¹⁰ Article 312, par. 3 e 4, of Labor Code: «The Council of Arbitration has a broad power to investigate the economic situation of the enterprises and the social situation of the workers involved in the dispute.

The Council has the power to make all inquiries into the enterprises or the professional organizations, as well as the power to require the parties to present any document or economic, accounting, statistical, financial, or administrative information that would be useful in accomplishing its mission. The Council may also solicit the assistance of experts».

¹¹¹ Art. 312, Cambodian Labour Code: «The Council of Arbitration legally decides on disputes concerning the interpretation and enforcement of laws or regulations or of a collective agreement. The Council's decisions are in equity for all other disputes».

¹¹² Article 312, par. 1, of Labor Code: «The Council of Arbitration has no duty to examine issues other than those specified in the non-conciliation report or matters, which arise from events subsequent to the report, that are the direct consequence of the current dispute».

example of the application of an iterative, problem-solving approach to justice reform»¹¹³.

3 FINAL CONSIDERATIONS

The examples above underline a strong influence of the new economic assets on the traditional fields of comparative constitutional law, such as balance of State powers, legal certainty and effectiveness of social rights. Further case-studies are progressively developed with a renewed attention to the causal explanations of legal phenomena. By the means of some interdisciplinary studies we can find out an emerging conflict between constitutional law and market globalization¹¹⁴. In particular, while economic growth opens new possibilities for the effectiveness of some fundamental rights, at the same time – as the Cambodian case demonstrates – it restricts others.

A new direction on constitutional studies can be traced if we start to analyze the “legal dynamics of globalization” – such as powerful courts and spread of arbitration – as an expression of new social assets that are growing in a transnational perspective. For example, we have just demonstrated that «labor disputes» are internationally conceived as obstacles to the economic growth and how that brings national government and business companies to cooperate in order to seek their “rapid” and “cheap” resolution through arbitration. The former “ruling classes” and their representative institutions are unable to lead the development of social-life because the survival of financial capitalism asks for a legal standardization and transnational cooperation between States and international bodies. Thus, if globalization had initially promoted a “flexible and negotiated law”, each time pressing international agreements are strengthening the foundation of a new transnational order. Paradigmatic of the last trend are the European Stability Mechanism – which introduces new controls on public spending – the spread of the *New York Convention on the Recognition and Enforcement of*

¹¹³ See, *New Directions on Justice Reform*, cit., p. 9.

¹¹⁴ See, for example, F. Von BENDA-BECKMANN, K. Von BENDA-BECKMANN, A. GRIFFITHS, *The Power of Law in a Transnational World. Anthropological Enquiries*, New York-Oxford, 2009.

Foreign Arbitral Awards of 1958 – which has now reached 154 Member States and guarantees a worldwide application of the new “*lex mercatoria*”¹¹⁵.

The Karl Polanyi’s idea of a «Market Society» still has a descriptive effectiveness with regard to the dynamics that are now hegemonic in the transnational sphere of legal relationships. As in the Karl Polanyi’s thought, we are not just referring at the pervasive character of trade activity into the social life of industrial countries. So, the meaning of the concept is not quantitative, but it refers to the ability showed by the capitalist system to organize separate institutions by the means of which it incessantly shapes new social dynamics and assets.

The objective of jurists may be leave a legalistic approach - even if enriched by further considerations of some theory of justice - and open the analysis to extra-systemic elements. This cannot happen without a deep reflection on case-study selection, methodological studies of metalegal formants and analysis of social impact of law. In this perspective, the dynamics the modern «market society» are an «element of integration» of the legal system, as they provide identity and stability to the last one by promoting its receptivity to the new forms of institutional rationality from the supranational legal orders.

REFERENCES

BOGNETTI, G. **Introduzione al diritto costituzionale comparato**. Il metodo, Torino, 1994

FERRARESE, M.R. **Diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni**, Bologna, 2002

FERRARI, G.F. **Le libertà. Profili Comparatistici**, Milano, 2011

GUITIAN, M. **Fund Conditionality Evolution of Principles and Practices**, Washington: IMF Pamphlet Series, 1981.

HIRSCH, R. **On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law**, in S. CHOUDHRY (ed.), *The migration of constitutional Ideas*, Cambridge, 2006.

¹¹⁵ For a comparative perspective of the new characteristics of arbitration and its perspective of development, see J. PAULSSON, *The Idea of Arbitration*, Oxford, 2013.

HIRSCHL, R. **The new constitutionalism and the judicialization of pure politics** in Fordham Law Review, 2007.

LEGRAND, P. **What “Legal Transplants”** in D. NELKEN and J. FEEST (eds.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, 2001.

LOMBARDI, G. **Premesse al corso di diritto pubblico comparato**. Problemi di metodo, Milano, 1986.

MATTEI, U.; NADER, L. **Plunder. When the Rule of Law is Illegal**, New York, 2008.

Mc CONNAUGAY, P.J. **The Scope of Autonomy in International Contracts and Its Relation to Economic Regulation and Development**, in *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 39, 2000.

MIAILLE, M. **Introduzione ad uno studio critico del diritto**, Roma, 1979.

SACCO R., **Introduzione al diritto comparato**, Torino, 1990.

SCARCIGLIA R., **Introduzione al diritto pubblico comparato**, Bologna, 2006.

THORNHILL, C. **Contemporary constitutionalism and the dialectic of constituent powers**, in *Global Constitutionalism*, Issue 3, 2012

UVIN, P.; BIAGIOTTI, I. **Global Governance and the “New” Political Conditionality**, in *Global Governance*, 2 (1996)

VEZZANI, S. **Gli accordi delle Organizzazioni del Gruppo Banca Mondiale**
Von BENDA-BECKMANN, F.; Von BENDA-BECKMANN K.; GRIFFITHS, A. **The Power of Law in a Transnational World**. *Anthropological Enquiries*, New York-Oxford, 2009.

WORLD BANK, **Justice Reform Projects in Latin America: Lessons Learned (1995-2010)**, Working Paper No. 70755, 2011.

WORLD BANK, **New Directions on Justice Reform – A companion piece to the updated strategy and implementation plan on strengthening governance tackling corruption**, Working Paper no. 70640, 2012.

POTENTIALITIES AND LIMITS IN IMPLEMENTING PARTICIPATORY INSTRUMENTS WITHIN THE LAW-MAKING PROCESS

CRITICAL CONSIDERATIONS FROM THE CASE STUDY OF THE REGION OF UMBRIA (ITALY) IN THE CONTEXT OF THE 'MULTILEVEL GOVERNANCE' OF THE EUROPEAN UNION

Nicola Pettinari

ABSTRACT: More and more frequently legislators refer to the need to 'open' law making processes, promoting a new role for the recipients and making them, in different ways, 'co-authors' of those regulations which they will refer to and obey. In the face of possible benefits, it is necessary to devote much of the analysis to the risk that this kind of instruments could be affected by several dysfunctions (populist manipulation, etc.). The socio-legal approach aims to describe the key aspects of the role and functioning of participatory tools within the law making processes by attempting to answer questions such as: to which extent can these instruments interconnect social norms and legal norms? Can they make regulations more suitable for real needs? Can they increase the effectiveness and enhancing the respect for the law? How do they enable economic development and exercise of rights? What kind of resistances (oppositions, limits of applicability, etc.) do they meet? Based on the above, one of the emerging challenges for the contemporary sociology of law might be to try to understand if the implementation of participatory instruments within the law-making processes may represent a space of 'reconciliation' between the perspectives of the scholars who have stressed the importance of participation in deliberative dynamics (e.g. Habermas) with Luhmann's systemic approach, harmonizing the features of a discursive perspective with those of a systemic one. These two (apparently opposite) positions will be conceptualized in the light of the categories of '*Ductility*' and '*Rigidity*' (of the law making process towards the social sphere), with a specific focus on the role assumed by the tools described in the context of multilevel governance (also in response to phenomena such as globalization and privatization of law).

KEYWORDS: law; participatory instruments; globalization.

1 INTRODUCTION

(Development of participatory tools in Europe between quality of legislation and ICT. Institutional Provisions, experiences and critical aspects)

More and more frequently legislators refer to the need to ‘open’ law making processes, promoting a new role for the recipients and making them, in different ways, ‘co-authors’ of those regulations which they will refer to and obey. The implementation of participatory tools, in the European case, occurs frequently interconnected with strategies developed within the notion of ‘quality of legislation’ (the very same notion that includes the so-called “better regulation” and “smart regulation”). Generally speaking, it is admissible to talk about the ‘formal’ quality of legislation and the ‘substantial’ quality of legislation. In both cases a link with the notion of ‘participation’ of the recipients of the regulations is retraceable.¹¹⁶ The ‘intersection’ between legislative quality instruments and participatory instruments should be identified in the *public consultation*. Furthermore, the close connection between participatory instruments (directly related to the theory of participatory democracy) and quality of legislation cannot avoid taking into account another important element (strongly interconnected with both) represented by the new information and communication technologies (hereinafter ICT).¹¹⁷ Examining topics like institutions, tools for participatory democracy and quality control indicators for legislation goes to the core of the fundamental on-going process of rapprochement between citizens and institutions. If institutions have to fully represent the real needs of the population, tools which foster participation are

¹¹⁶ It is no coincidence that for several years supranational, national and regional legislators and rulers have shown a certain degree of attention towards quality, both formal and substantial, of normative material (and of the regulation in a broad sense) so as to make this aspect, in their statements, one of the objectives closely related to government programs (reasonably in response to the «need to acquire forms of democratic legitimacy of the process and of normative products», VALASTRO A., *La valutazione e i molteplici volti della partecipazione: quale ruolo per la consultazione?*, in RAVERAIRA M. (edited by), *“Buone” regole e democrazia*, 2007, p.149, my translation).

¹¹⁷ Stefano Rodotà, an Italian theorist of e-democracy, hypothesized that the use of digital technology would facilitate a move from “intermittent democracy” to “continual democracy” [See Rodotà, S. (1997). *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Bari, My translation] i.e. from the limited idea of “Government” to the more inclusive (but also undetermined) “Governance”.

essential for drawing up congruous, efficient and well-planned rules and policies¹¹⁸ (and for evaluating the social and economic impact they will produce¹¹⁹).¹²⁰

The aim of participatory instruments is to create a method¹²¹ which guarantees that stakeholders are consulted and play major roles in determining public choices, policy planning procedures and law-making. In the early 2000s¹²², European Institutions recognized that citizens have a role to play in consultations within the law-making, for example in analysing the impact of laws, as attested by numerous institutional documents (even in direct reference to the project of implementation and consolidation of the organizational model of the 'multilevel governance').¹²³ The content of the supranational documents mentioned above is

¹¹⁸ See the OCSE report "Citizens As Partners. Information, Consultation and Public Participation" (in Policy Making, 2001), and the report "Benchmarking e-government: A global perspective. Assessing the Progress of the UN Member States" (2001)

¹¹⁹ This feature is sufficient in itself to underline the real impact, especially in the present turbulent times, of the disruption of many traditional strategies for public intervention which are now unable to respond to the new challenges caused by the economic crisis and its social and political effects. See Black, J. (2007). See "Tensions in the Regulatory State". Public Law, 58-73.

¹²⁰ In order to better understand participatory democracy and its implications we can define it as the «interaction between society and institutions over a generally administrative - but sometimes legislative - public procedure which, through collaboration and/or conflict, aims at producing each time a single result that both parties own», Allegretti U., (2010). *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press.

¹²¹ See Valastro A. (2010). "Partecipazione, politiche pubbliche, diritti", in *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*. Jovene Editore, Napoli [My translation].

¹²² COM 11.12.2002, 704 final. This is the result of a consultation process which was started in response to the Commission's communication "Consultation document: Towards a reinforced culture of consultation and dialogue - Proposal for general principles and minimum standards for consultation of interested parties by the Commission", COM(2002) 277 final, Brussels, 5.6.2002.

¹²³ The need of citizens' consultation emerges as the main motif in a participatory system of democracy. It is also a feature of documents as the "Mandelkern Report on Better Regulation" (2001) and the "Decalogue for better regulation" (that, «meant to provide a checklist for integrating better regulation principles into the process of regulating at EU level», was issued by the High Level Group of Independent Stakeholders on Administrative Burdens, in Stockholm, November 12, 2009), as far as regards "Better regulation" and the quality of law making in general, under the profiles of both formal and substantial drafting. Before the 'Decalogue', the EU Commission issued (See Document SEC, 2005, 791, 15 June 2005) the Impact Assessment Guidelines, in order to analyse the impact of measures adopted by the Commission itself. It is also to be noted the establishment in November 2006 of a Committee (Impact Assessment Board-IAB), consisting of senior officials, under the direct authority of the President of the Commission. In 2007, the Commission published two documents of crucial interest: the Report on the evaluation of the impact analysis (see The Evaluation Partnership, Evaluation of the Commission's Impact Assessment System. Final Report, April 2007) and a note on "better regulation" and the re-launch of R.I.A. (Eu. Comm., Better Regulation and enhanced Impact Assessment, June 28, 2007 SEC, 2007, 926), with the aims of regularly updating the simplification program, identifying further improvements in R.I.A., quality and reducing administrative burdens (see Brussels European Council, 8-9 March 2007, Presidency Conclusions). See also: Dodds, A. (2006). 'The Core Executive's Approach to Regulation: From

particularly important to understand the role attributed to participatory instruments in the law making process of the Member States and regions (levels of government traditionally at the core of the implementation of the legislative function). In the EU context, this acquires a highly specific meaning according to the notion of 'European multilevel governance'.¹²⁴ This organizational model has largely amended many national models of the member states of the European Union, resulting in significant constitutional reforms. One of the trends emerging from these processes of national adjustments is unquestionably the 'regionalization', a term I am using to emphasize the growing importance of the regions in reference to the law-making process. A representative example of this type of process can be offered by the Italian case. In Italy the modification of the constitutional text is the result of the so-called 'Reform of Title V'¹²⁵ (the 'Title V' is the part of the Italian Constitution - Articles. 114-133 – concerning the territorial organization of the state). This institutional change was soon to lead, on the basis of the renewed sense of prestige of the regional legislation it conveyed, also to the need to ensure regulatory actions that meet appropriate standards in a qualitative and participatory sense (under formal and substantial profiles). The adoption of the typical tools of analysis of impact and participatory democracy was to become one of the key elements in the regional law-making process.

Observing how the tools of impact analysis and participatory instruments were introduced in the regional legislative asset is of outstanding importance, for several reasons. Primarily, it is the 'first step' to understand the role of the tools provided by lawmakers in the inclusion - within the regional legislative process - of

'Better Regulation' to 'Risk-Tolerant Deregulation'. *Social Policy & Administration*, 40, 526-542; Meuwese, A.C.M. (2008). *Impact Assessment in EU Lawmaking*. The Hague: Kluwer Law International.

¹²⁴ This notion is largely based on defining the allocation of legislative powers among the various levels of government: mainly between European institutions, states and regions but also local authorities, such as municipalities.

¹²⁵ Title V has been reformed with the 1. Cost. 3/2001, redesigning the structure of the legislative powers between state and regions, fully implementing art. 5 of the Constitution, which describes the local government bodies such as exponential authorities existing prior to formation of the Republic. Municipalities, metropolitan cities, provinces and regions are entities exponential of the population residing in a given territory and required to take charge of their needs. The government's action takes place at a lower level and as close as possible to the citizens, except for the power to replace the next higher level of government in the event of inability or non-fulfilment of the lower level of government (principle of vertical subsidiarity).

recipients affected by the regulatory impact (not only citizens, but also categories such as, more generally, the 'inhabitants'). From this, it is possible to detect the extent to which the European institutions and multilevel governance principles are directly related to the implementation of a 'democratic governance'. At this point it is clear how speaking of 'democratic governance' leads to automatically referring to an inclusive law making process at every governmental level. Among those levels, the regional one acquires a particular importance, not only on the basis of the principle of subsidiarity, but above all because the regions embody – compared to the national and supranational level – a legislative level undoubtedly closer to the territories, their inhabitants and their needs. For this reason, their normative 'products' seem to take up a central role in the actual construction of the multilevel democracy frequently present in the institutional rhetoric of legislators and policy makers in Europe. This result (still quite far from reality, especially in the Mediterranean and Eastern European countries) cannot be conceived as an automatic result of the insertion of participatory instruments or impact analysis in the legal system. In order for it to become concrete, it needs to be accompanied by reflections that are able to go well beyond the political rhetoric contained in the institutional documents and, similarly, far beyond the self-referentiality of the purely technical-legislative approach. With regard to those aspects, it appears obvious to say that the full understanding of the role, and of the use and implications of participatory instruments in the regional legislative process are essentially related to the 'legal culture' (and to the 'political culture') in the regional context observed. The Italian reality will offer case studies on a regional scale, from which it is possible to argue that the decision-making process has historically been seen by the rulers in a perspective which is strongly oligarchic and closed to the interventions of people outside the inner circle of politicians and institutional structures. This statement should however be redimensioned devoting a greater attention to regional contexts, which in some cases represent actual 'microcosms' of political and legal culture, that seem to escape the previously given definition. The reason for this inconsistency can be found in the political fragmentation existing before the (late) unification of the country (1861): a fragmentation expressed in the establishment, in different territorial units, of extremely varied and

different ruling classes (each one holder of a precise legal-political culture). Such legacies have largely transfused in subsequent political and legal cultures, determining effects still well observable in institutional practices of regional and local political classes. In most of the Italian regional contexts, the provision (in many cases never implemented) of tools such as impact analysis, consultation, and more in general participatory strategies (particularly in regional statutes after the constitutional reform) was the result of a mere (and artificial) attempt of 'Europeanisation' of the Italian Regions.

The reference to European standards was induced from the need, for the Italian state, to adapt its regions to the 'European multilevel governance' model, on the one hand in terms of distribution of legislative powers (achieved with the 'reform of Title V'), and, on the other hand, in terms of concrete application of the legislative function, with particular reference to the activities which are integral parts of the law making process (the introduction of participatory instruments and of RIA should have marked a second step on this path, immediately after the Reform of Title V of the Constitution). It is since 2001 that regions have manifested interest in these instruments, as it is shown by multiple experiments and provisions. With regard to RIA development and experimentation, it is worth noting that almost all the regions (albeit with different significance) have taken part to initiatives and programs organized by Formez¹²⁶ (on behalf of the Department of Public Administration). The activities of the Formez, materialized in two cycles (2002-2004 cycle and 2005-2007 cycle), implicating the involvement of some regions (Piemonte, Umbria and Campania) which, at that stage, applied RIA on more than one experimental regulatory measure. Since this preliminary introduction of the role of RIA in the context of regional legislation, it is observable how, in the intentions of those experimentations, the "first steps" I have mentioned were expected to have a propelling effect on the dissemination of impact analysis and its 'normalization' within the regional legislative process (in the intentions and expectations of the interested parties that result was desirable in the medium

¹²⁶ Formez is a governmental center for services, assistance, studies and training for the modernization of the public administration (<http://www.formez.it/>)

term).¹²⁷ After more than ten years since the process I am analyzing was launched, it can be argued that the actual insertion of instruments (aimed at ameliorating the quality of the regional regulation into a coherent set of practices) is, except for rare cases, far from being considered as widespread and institutionalized within the process of formation of regional laws. In most cases, those instruments represent only formal elements within statutory or legislative provisions (there are only few cases of enforcement provisions and their effects on regional organizational arrangements), although regions appear «aware of the importance and need for such instruments».¹²⁸ As a matter of fact, for a long time, the actual activity concerned only few episodes where the RIA was undertaken, (furthermore on single regulation projects) only occasionally and more often as experimentation.

2 PAPER DEVELOPMENT

A case study: the Umbria Region

As it partially emerged from the previous section of my work, regions occupy a leading role in the European multilevel governance and, therefore, the regional law making has a crucial importance not only in the regulation of social and economic activities which are fundamental for the inhabitants and territories, but also as a tool of 'grassroots democracy', able to reduce the distance between the sphere of the rulers (and their laws) and the one of the ruled (with their needs, established habits and conflicts). In order for the regional law making to achieve these goals, it has been necessary to introduce, in statutes and certain regional

¹²⁷ This general optimism collided however, in different contexts, with the realization that implementing such instruments, especially in those cases where they represented a truly innovative *quid*, meant to embark on an undoubtedly complex path, because of the diverse implications of updating the *iter legis*. This also - hub, this, really crucial - because of a series of purely cultural obstacles, that have pervaded and still pervade certain sectors of bureaucracy, and - above all - of politics, not yet willing to understand the changing times and the fact that in the current scenario «the authoritative decisions should be no longer legitimated only on the basis of the supremacy of the public entity by which they are issued». CARLI M., *La qualità della normazione in Italia: un problema di cultura*, in RAVERAIRA M. (a cura di), *"Buone" regole e democrazia*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2007, pag. 180 [My translation].

¹²⁸ BASILICA F., 2006 [My translation].

laws, legislative quality instruments, such as the impact analysis (RIA). It was within those impact analysis (in early 2000s) that participatory instruments were introduced, finding, later, their own autonomy, and being placed at the core of a specific law on public participation in three different Italian regions (Tuscany, Emilia Romagna, and Umbria). The outcomes of these three laws were strongly different. Umbria is the case I consider more representative in outlining the possible difficulties which can be encountered in the development of a strategy that aims at the insertion of participatory instruments in the legislative process.

The experimentation of RIA on the 'Discipline of the collection, cultivation, storage and commercialization of truffles': a case of 'technical success' of the consultation, and the indifference of the legislator.

The experimentation of RIA – taking place as part of a project of the Formez¹²⁹ – was implemented by the Umbrian Regional Junta, between July 2002 and May 2003, with the aim of determining the options from which to select the most suitable one for the preparation of the law on 'Discipline of the collection, cultivation, storage and commercialization of truffles'.¹³⁰ The first difficulty that needed to be overcome was represented by the inability of the current regulations to balance and harmonize the interests of the actors involved, among whom the conflictuality was growing, potentially destabilizing, in socio-economic and productive terms,¹³¹ a key field in an agricultural production typical of the Region (the truffle). The drafting of an outline of viable options (on the basis of which it is possible to select the best to be developed later in the legislation planning, discussion and approval) is typical of the impact analysis, being an instrument thought to support the choice of the policy- and law-makers.¹³² This phase of

¹²⁹ In addition to Umbria, other regions such as Abruzzo, Campania, Emilia Romagna, Lazio, Molise, Piemonte, Sardegna, Sicilia and Veneto were involved in the project.

¹³⁰ Umbria is a small region in central Italy, typically wooded and hilly. Among its most typical products truffle is the one that stands out (in several very prized varieties).

¹³¹ This occurred in those years when a trend of agricultural markets prone to the development of local and typical products was starting to emerge and consolidate.

¹³² The four options emerged in the course of this experimentation, which is the result of a preliminary investigation aimed at the collection of data and information from the parties involved in that policy (in particular, in addition to truffle collectors and owners / tenants of truffle fields,

identification of viable options was followed by the one concerning the consultation of stakeholders, characterized by the adoption of the focus group technique.¹³³ The option that met the most favor, at the end of the consultation, was the one based on deregulation - contemplated by 'option two' - on the basis of a cost-benefit analysis which showed how this choice proved to be the most suitable with respect to the purpose, also in view of a substantial and desirable reduction of indirect costs. It was then possible to proceed with the drafting of the RIA (at the Service of the Regional Junta Legal Affairs) of the regulatory intervention at stake.

At this point, it is necessary to highlight how the document regarding the impact analysis (the result of the participation of the recipients to the law making process) was not taken into consideration (as a matter of fact, being an experimentation, there were no legal obligations to the adoption of the document). The Regional Legislative Assembly adopted the Law (regional law Umbria 8/2004) without having transposed the result of the consultation of the recipients, choosing a regulative option completely different¹³⁴ from that chosen by the recipients (which had proved to be feasible in technical-legal terms and had found a common ground between the two categories involved in the conflict).

also the State Forestry Corp and mountain communities administrations, as authorities representative of the territory), were the following. '**Option zero**' consisted essentially of non-intervention, which, in this case, means no introduction of innovative legal effects, through new rules, showing the inability of the existing law (regional law Umbria 6/1994), to balance the right to harvest and the property law (generating conflicts). In the case of '**Option one**' the realization of training courses run by mountain communities, with the aim of compulsorily train all entities willing to carry out research and collection of truffles was hypothesized. The ratio was "educational", aimed at raising awareness among the interested parties, informing them of the prohibitions and sanctions provided for by law. The consultations with owners/tenants, however, immediately stressed how very hardly a training of this kind –although well structured – could actually induce changes in the truffle hunters' attitude (consolidated in practice and behavior). '**Option two**', purely focused on the hypothesis to abrogate the recognition of the controlled truffle fields, was aimed at creating a policy of deregulation, leaving the matter to agreements between the parties concerned under the rules of civil law. Finally, '**Option three**', consisting in the hypothesis of allocating economic incentives to the owners of lands hosting botanical species that contribute to the formation of truffles, would have entailed (for field owners) the obligation to allow free collection activities to truffle hunters.

¹³³ This technique, in this context, could claim several points in favor, allowing on the one hand «to investigate in depth, thanks to the interaction of the participants, who can discuss and ask questions to each other» and, on the other hand, «to bring out aspects not originally anticipated [Public Administration Department, *La consultazione nell'analisi dell'impatto della regolazione, Analisi e strumenti per l'innovazione*, p. 56]» [My translation]. The origin of this research technique is to be found in the United States of the 40s, where it was born and developed thanks to K. Levin and R. Merton, who developed it in order to focus on a certain topic and bring out the relations between participants.

¹³⁴ Based on a system of authorizations.

The case I have just analyzed provides an example of legislative action hetero-induced, without the contribution from a rational consultation¹³⁵, and disastrous in the attempt to institutionalize the ability to inclusively transpose the free (although structured) and useful exchange of positions between the parties. It is significant that lawmakers seemed to be *indifferent* to the outcome of consultation activities although these have taken place in full observance with all the bureaucratic fulfillments, with the schedule and without causing any inefficiency in the unfolding of the overall *iter legis* process. This *indifference* must be essentially related to the absence, in the reference political class, of a juridical-institutional culture truly capable to understand the real benefits that this type of tool can offer to decision-making and legislative planning process¹³⁶. Benefits which form appreciable advantages, both from a technical legislative point of view and also in reference to the contribution that flows in terms of building a democratic governance structured on multiple levels of government. Among these levels (following the well-known reform of Title V) the role of Regions has undoubtedly obtained - as already mentioned - a leading position. What we are considering here are the modes of action of the public authorities aimed at enhancing 'ex ante' (while not underestimating the corresponding 'ex post' instruments) contribution of the recipients, creating a «citizenship» communicative arena able to modify «the behavior of the subjects it addresses» making them involved in and aware of the «activities aimed at the satisfaction of general interests»¹³⁷

The relationship between administration (officials) and politics constitutes a typical point of tension in all democracies, leading to situations and relationships - sometimes confrontational and always embarrassing¹³⁸ - where «the contradiction between the principles that are the foundation of liberal democracies and the

¹³⁵ Although already conducted and, moreover, with a considerable use of economic and human resources.

¹³⁶ The subtle irony according to which «evaluation constitutes for politicians information they do not want to know» seems ascribable to John Maynard Keynes. See LIPPI A., *La valutazione delle politiche pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 7 [My translation].

¹³⁷ ARENA G., *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Maggioli, 2001.2001, p. 68 [My translation].

¹³⁸ See CARLASSARE L., *Amministrazione e potere politico*, Padova, Cedam, 1974, p. 136.

difficulty of harmonizing the dogmas of the past and present reality are poured». ¹³⁹ The disastrous outcome of the experimentation realized in Umbria seems to repeat the script of this controversial relationship between politics and technique, so as to have caused, in practice, the rejection of the idea of taking into account the outcome of the investigation of the latter by the former (skeptical about the insertion of subjects and elements of a technical nature within "its" decision-making process). And this even though the result of the work of the group of officials involved in the experimentation (the "technicians") had been given substance in the implementation of activities and assessments able to release "politicians" from onerous commitments (having, for example, already held consultations through focus groups), as well as integrated the debate in the Legislative Assembly with contributions of unquestionable utility (it can be useful to consider the range of options emerged, certainly capable of supporting the political discussion and orient a fair and appropriate choice in observance of the policy under discussion). Probably the skepticism of the politicians towards a consultation carried out by technicians rather than by themselves should be sought in their habit to the direct political model, which they perceive as the only instrument (consolidated within the reference 'political culture') aimed at representing needs and interests. ¹⁴⁰

Later legislative innovations: the confirmation of the absence of a legal-political culture of 'participation' and linked degenerative risks.

¹³⁹ D'ORTA C, MEOLI C., *La riforma della dirigenza pubblica*, Padova, 1994, p. 1 [My translation].

¹⁴⁰ Indeed, the experimentation has shown how the recipients of the regulatory intervention (as a 'sample' of 'civil society') have not presented, in the consultations, any reservation on the confrontation with the group of technicians and officials. At the contrary, it has shown how the debate has been lively and participated, probably supported by the perception of the stakeholders of having a real opportunity to contribute to the formation of the intervention called to resolve the situations that they perceived (given the conflict between truffle hunters and truffle fields owners/tenants) as urgently deserving a new discipline (which takes into account their needs, rationalized through their contributions to the focus groups). This seems to validate the hypothesis of a political culture prone to a vision of the involvement of the recipients as something merely instrumental (maybe confirmatory of decisions that have already been taken), essentially linked to the game of political forces rather than to a stable and binding insertion of these practices within the law making process, as well as characterized by discretion and eventuality (potentially entailing, as outputs, arbitrary decisions by the political class).

Little significant is the breakthrough occurred in 2010, with the approval of a regional law specifically on public participation: Regional Law 14/2010 on the “Discipline of the institutions participating to the functions of regional institutions (legislative and referendum initiatives, right to petition and consultation)”. Within it, there seems to persist a substantial absence of culture (both political and legal) of public participation to regional legislative process. The first evidence of it is the lexical formulation of the law, within which there is some confusion between the traditional instruments of direct democracy (popular legislative initiative, referendum, right to petition) and those of participatory democracy (consultation). Such confusion is significant: direct democracy is conceived, in certain decisional phases, as a ‘substitute’ of the normal procedures of representative democracy, while the instruments of the participatory democracy are not (and should not be) a ‘substitute’ of representative democracy, being meant, on the contrary, as ‘complementary’ (both from the ‘cognitive’ point of view, in order to expand the information base of the public decision and to increase the responsiveness to the needs and the effectiveness, and from the point of view of ‘*consensus*’, in order to include recipients legitimizing, in this way, a law or policy beyond the mere confines of representative politics).

Regional Law 14/2010, where speaking of consultation (Article 66), takes the form of a law more oriented to *listening* than to the *structured dialogue*, based on a limited openness to civil society: paragraph 1 of article. 66 confers a merely political nature to the results of the participatory process (presumably to prevent constraints in the legislative process), specifying how legally binding effects are excluded if the participation inheres administrative acts of address and planning (those that, for socio-economic strategic importance would require greater legitimacy - and therefore public participation in the process that produces such acts - based on the principle of democracy, transparency and accountability).

The final effect is the risk that the results of participation remain circumscribed to the sphere (purely political) of creation and mobilization of *consensus*: firstly assuming that the listening of needs, expectations and conflicts of the recipients is useful only to endorse choices shared by significant portions of the population, but not appropriate in terms of economic and environmental

sustainability or of rights of minorities. In this sense, again, it is possible to highlight the role of technicians and officials to determine the feasibility of interventions (which have to be participated, but also fit into a legal, productive, social, economic context where they need to integrate harmoniously: this necessarily requires technical and professional evaluations that must attenuate popular orientations, potential bearers of unsustainable effects). In these cases, in the use of participatory instruments within decision-making processes, a drift in *populist* sense is traceable. Another potential emerging risk is given by the confusion between *communication/information* and *participation*. The latter, in fact, cannot be considered a parameter satisfiable with institutional information and communication operations, barely consisting of a dissemination of results: an information lacking the active component of the participatory contributions from the citizens, who become mere individuals aware of decisions that have already been taken (although the law under consideration includes more advanced potentialities – albeit not legally binding – if there is sufficient political will to activate those instruments). It is a picture, the one just outlined, closely interconnected to a finding by which it is possible to argue that «if the introduction of the evaluation has known in Italy a devious and not yet consolidated path, this is way more obvious in the case of the consultation».¹⁴¹

How is it possible to ‘conceptualize’ the participatory instruments within the law making process? Some suggestions coming from the sociology of law in order to identify potentialities and limits.

The case of the Region of Umbria in Italy has already raised some relevant issues within the metalegal understanding of the participatory instruments’ role in the law making process, especially on the potential pathology emerging from their insertion and implementation. Actually, in the absence of answers assumed as true in absolute terms, the real effort undertaken in this paper will be to identify at

¹⁴¹ VALASTRO A., *L’esperienza italiana della consultazione un percorso a zig zag in una governance problematica*, in RAVERAIRA M. (edited by), *“Buone” regole e democrazia*, 2007, p. 202 [My translation].

least some 'interpretative coordinates'. This is under the auspices that, in the near future, they can become the basis of a 'check list' useful to elaborate models of analysis, which are not only theoretical but that can be used concretely, perhaps contributing to the development of 'guidelines' able to orient the implementation of participatory instruments in the law making process at all levels of government (and effectively correct the course of experiences where such instruments have been implemented in a distorted way or unsuccessfully). All this in the belief that a legal-sociological approach in the analysis of such instruments makes sense since it is capable of taking «as well as a cognitive relevance, also a pragmatic relevance»¹⁴², because it seems «obvious, indeed, that the awareness of the obstacles to the fulfilment of some laws constitute a fundamental prerequisite in order to intervene to improve its rate of effectiveness»¹⁴³.

The attempt to conceptualize at least the key points to an understanding of the role of tools and dynamics related to them can find, in classic and contemporary authors of the sociology of law, extremely useful suggestions in order to contrive interpretative argumentations on this particular issue. Many are the references that can be made: in different ways and with different intensities, talking about production of legal rules has automatically meant, for the majority of scholars, also speaking of the actors involved and, in doing so, proving (descriptively) how extended was their participation in the proceedings, as well as defining which were the legal instruments and institutions used to encourage such participation. There are, with regard to the same topics (actors, instruments and institutions involved in the law making process), more markedly descriptive approaches. It is not possible to offer in this work an all-encompassing overview of every single author's opinion. This is why I found it reasonable to consider Luhmann and Habermas's points of view as the most representative. This choice is due to the fact that both of them have distinctly felt the need to consistently treat the issue of participation, although the role reserved to it is antithetical within the production of the two authors. Those diametrically opposed positions represent, in

¹⁴² A. FEBBRAJO, *Partecipazione popolare e giustizia: alcune ipotesi sociologico-giuridiche* (Extract anticipated from *Partecipazione popolare e giustizia. Studi di diritto italiano e comparato*, edited by Vincenzo Vigoriti), 1980, Pavia, p. 6 [My translation].

¹⁴³ *Ibidem* [My translation].

my interpretative approach, an extremely valuable element which allows to identify two categories of reference useful for the analysis undertaken. Synthesizing the meaning of the two positions, the emerging categories are '**Rigidity**' (Luhmann's theory) and '**Ductility**'¹⁴⁴ (Habermas's theory).¹⁴⁵

Luhmann's position towards public participation in the legal sphere is essentially pessimistic, basing his theory «on the assumption that there is an unfillable inferiority of the level of complexity of the psychic system against the level of complexity of the social environment in which such system operates»¹⁴⁶. From this, it is possible to identify the limits of the real possibilities of the individuals to participate a) to the determination of the aims of the system to which they belong, as well as b) in their operation.¹⁴⁷ A second aspect concerns the public, which according to Luhmann would appear as 'restructured' on the basis of

¹⁴⁴ I intentionally avoided (although conceptually correct) the term 'flexibility', specifically in order to avoid confusion or overlaps with the notion of 'Flexible droit', elaborated in 1969 by Carbonnier [see CARBONNIER J., *Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 2011 (10th ed.). Paris: L.G.D.J.].

¹⁴⁵ In this approach, '**Rigidity**' and '**Ductility**' constitute two theoretical logical hypothesis at the antipodes: two poles, in short, both able to show the pros and cons of the closing or opening of the law making process to participatory instruments, but neither able, alone, to come to an understanding of the phenomenon studied, especially if the purpose is to develop concrete proposals for the implementation and improvement of the quality level and democratic level of the positive law. These proposals, expendable from a practical point of view, may instead result from taking into account the reflections emerging from both categories (descendants from the two theories), from which there are obtainable parameters designed to evaluate, from time to time, each case considered (allowing in the future, to avoid errors or distortions already detected). In essence, in the 'agnostic' impossibility to define a priori whether a participatory instrument "X" is really suited to a legislative process "Y" at any given time "Z", I find it useful to consider the law making process as a 'space' that, just as in nature for the biological matter, must be structurally and functionally suitable (and ready) to contract or expand towards the outside (ie towards the society). The positive law cannot therefore either be maximally rigid, nor maximally flexible in relation to the participation of society in its production process: in the first case the risk is an excess of dogmatic self-referentiality, in the second case, instead, a dangerous weakening of its autonomy and its certainty (in addition to the risk of a real procedural and organizational 'kàos', potentially destabilizing for both institutions and society). It is clear that the primary purpose of the legislator is to achieve an appropriate 'equilibrium point' between the inner tendency of the legal sphere to rigidity and the ductility required by the social sphere (and so by recipients of legal rules). This equilibrium point is expression of the need to balance the opening moments of the proceedings with the rigor intrinsically indispensable of the legal sphere. The assumptions made by Luhmann and Habermas undoubtedly clarify what is meant by 'Rigidity' and 'Ductility', and therefore what it means to establish what constitutes the identification of a balance between the two.

¹⁴⁶ A. FEBBRAJO, 1980, p. 8 [My translation].

¹⁴⁷ This aspect cannot be separated from the recognition that social institutions «with the increase of their complexity, would tend to maintain residues unknowable to the individual, and from this would originate the impossibility for individuals to follow the constant enrichment of themes and regulatory instruments of an advanced legal system», Ibidem [My translation].

a separation made between subjects that attract public attention and opinions related. Connected to this, the fact that it appears evident how the public constantly delegates «to a small group of experts (sociologists, lawyers, politicians) the development of corresponding judgments»¹⁴⁸ related to given topics of interest.¹⁴⁹ Third important aspect: in addition to the limits inherent to the social sphere, even the legal system does not lack «obstacles to a full realization of real forms of participation». First of all, these obstacles undoubtedly constitute what the same Luhmann identifies in the concept of 'planning' (*Planung*). The legal planning, in fact, differs significantly from the typical planning of the social sphere, constituting a further obstacle in translating, within the legal system, the «already limited influences that the public would be able to exercise». In this regard, it is not wrong to speak of a «certain insensitivity of the legal system towards the purposes of individual actions, and then a programmatic fracture between legal system and society»¹⁵⁰ (fracture that, beyond an undeniable sign of closing of the system to participation and its instruments, it is also, however, the premise of «certainty of decisions»).

The position of Luhmann finds, as anticipated, a «radical alternative in many ways»¹⁵¹ to the one expressed by Habermas. I find it useful to stress firstly how the analysis conducted by Luhmann has a markedly descriptive character, while that of Habermas shows the typical features of a mixture between the ontological and deontological points of view.¹⁵² It is necessary to highlight two elements placed at the core of Habermas's approach to participation: the division between 'instrumental action' and 'communicative action', on the one hand, and

¹⁴⁸ Ivi, p. 9 [My translation].

¹⁴⁹ About this point it seems fair to point out, however, that Luhmann does not deny the fact that public opinion itself «can consciously take as food for thought certain issues [FEBBRAJO A., My translation]».

¹⁵⁰ A. FEBBRAJO, 1980, p. 9 [My translation].

¹⁵¹ Ivi, p. 12 [My translation].

¹⁵² The theory of democracy developed by Habermas seems sometimes to perform in a way which is unstable and not clearly defined; the reason is that it inseparably intertwines factuality and validity (if we wanted to use a Hegelian terminology, we would talk about the level of «reality» and the level of «rationality»), as well as the refusal to adapt to these regulatory models that Habermas has judged to be too far away from feasibility.

‘discourse principle’, on the other. This principle states that a rule,¹⁵³ in order to be effective,¹⁵⁴ must enjoy general consensus, while the criterion according to which such consent is created is given by the principle of universalization: a moral norm is valid if it is the result of a debate in which the interests of all potential actors involved have been considered.¹⁵⁵ Direct consequence of this achievement is that the recipients of legal rules must also be able to configure themselves, in their entirety, as authors of those rules.¹⁵⁶ As recipients, they should be able to comply with the law "for calculation and for convenience", whereas, when they fulfil the role of authors, they should be able to follow the rule for "compliance of the law", as such observance would not represent nothing but the emanation and the reflection of the respect that they nourish and manifest towards themselves.¹⁵⁷ The sense of the synthesis of those assumptions summarized in the term ‘Ductility’ appears clear in reference to the law making process: the ‘communicative action’ is fulfilled, for Habermas,¹⁵⁸ far beyond the boundaries within which is institutionally placed.

The key concepts emerged from this brief overview on the theories of Luhmann and Habermas can constitute real interpretative coordinates in the

¹⁵³ The provision in question may be both moral and legal, in other words, the basic principle of discourse ethics is neutral with respect to its legal or moral determinations; only with its meeting with the legal form (or legal medium), it will give rise to the democratic principle, from which the system of fundamental rights that are the basis of a legitimate right can be developed. See J. HABERMAS, [(1992) *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*] Italian version, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini & Associati, 1996, p. 135-147.

¹⁵⁴ For validity, Habermas means rational acceptability and therefore moral acceptability.

¹⁵⁵ Alessandro Pinzani clarifies how, in the interest at issue, he does not detect a general abstract interest, as instead, the individual real interest of the participants in the discourse, even if the individual has to take into account the interests of all others. See A. PINZANI, *Problemi di applicazione nella teoria discorsiva della morale e del diritto*, «Ars interpretandi», 1, 1996, p. 57.

¹⁵⁶ Naturally, the attitude of the associates will be relative to their perspective, which may be that of recipients or that of authors. See J. HABERMAS, *Fatti e norme*, p. 146.

¹⁵⁷ Ivi, pp. 529-530.

¹⁵⁸ Deliberative democracy is essentially conceived by Habermas as the product of the complementarity between ‘public autonomy’ and ‘private autonomy’, that derive their specific structure from a system of rights within which both aspects, positive and negative, of freedom assume a primary importance. According to Habermas, democracy as it is presented in reality cannot be conceived as a kind of paradise of communicative rights nor in the form of a mere game of balance of power; if anything, the most satisfying interpretation is the one which leads to interpret it as a territory whose surface unfolds the polarity between the two extreme possibilities mentioned above (paradise of communicative rights, on the one hand, and game of balance of power, on the other). The empty space between these two poles is the arena that citizens have the right and the duty to fill with their discussions, the exchange of their views, the proposals, with the flow of rational arguments.

analysis of the problems related to the case study of the Umbria Region. These coordinates will help to complete the observations already partly outlined on the case study, allowing a generalized conceptualization of potentialities, limits and risks connected to the distorted or manipulated inclusion of participatory instruments in the law making process. Summarizing, the main problems emerged observing the experimentation of *ex-ante* impact analysis on the law on truffles (Umbria Regional Law 8/2004)¹⁵⁹ and its following legislative developments (especially those connected to the Umbria Regional Law 14/2010)¹⁶⁰ are:

1) Absence, in the reference political class, of an adequate legal and institutional culture of participation. The result is an attitude of indifference to the need to quantitatively and qualitatively expand the use of consultation or, whether a consultation has already occurred, indifference towards the outcome of the process.

2) Tension between specialized technicians/bureaucrats and political representatives.

3) Confusion about the role of the consultation (see regional law Umbria 14/2010, Article 66), **wrongly conceived as mere *listening activity*, rather than as a *structured dialogue*.** The result is an overall weakening of the legal effectiveness of the consultation, which remains confined to the political sphere alone (without legal effect, since the results of the participatory process do not become, in this way, a content of legal norms produced). The risk directly related to this issue is a *populist use* of listening recipients of rules, which becomes exclusively aimed to intercept the electoral consensus (manipulation of the expectations of the recipients).

4) Confusion between participation and *institutional information/communication activities*.

The first critical point highlights the need, in implementing participatory instruments in the law making process, for the development of a parallel 'culture of participation'. This is directly connected to the second critical point detected, since

¹⁵⁹ Regional law Umbria 8/2004 ('Discipline of the collection, cultivation, storage and commercialization of truffles').

¹⁶⁰ L. r. Umbria 14/2010 ('Discipline of the institutions of participation to the functions of regional institutions legislative and referendum initiative, right to petition and consultation').

it directly involves the legal culture¹⁶¹ and the political culture of the main actors of the legislative process: representatives in legislative assemblies and legislative officials involved in the law making (and, of course, recipients, insofar as they are consulted). The Umbrian case reveals how the analyzed experimentation has highlighted the ability of officials¹⁶² of being valuable actors in favor of a 'ductile' opening of the proceedings to the contributions coming from the recipients. They have played a key role in conducting consultations and in drafting regulatory shared options, reconciling the ductility required by Habermas's discourse principle and Luhmann's rigidity (especially with its need for specific planning, respectful of the differentiation between law and society). On the one hand, indeed, they have arranged dialogic instruments ('structured dialogue'¹⁶³) in order to open the legislative process to the confrontation with the recipients, while on the other hand their knowledge of legislative drafting and legal order has allowed that the options emerged were technically impeccable and formally suitable for the selection operated by the Legislative Assembly. All this has contributed to a rationalization of the outcomes of the consultation: a functional rationalization to reduce complexity, but also inherent to the issue of contingency.¹⁶⁴ Unfortunately, being an experimentation and not a binding proceeding, the choice made by the political representatives could not be influenced by such contribution (valuable from a technical point of view) in the search for a balance between ductility and

¹⁶¹ In order to understand the importance of the legal culture in the study of participatory instruments it is useful to remember that «the legal cultures can provide useful elements to interpret some important moments of the relationship between society and law, and in particular to explain, for example: the reasons why in some situations certain regulatory actions, rather than others, are relevant and necessary; the elements that affect the content and structure of these responses; the factors involved at various levels in their implementation processes; the variables that affect the actual reception of the regulations for their recipients [My translation]», A. FEBBRAJO, *Cultura giuridica. Contenuti e funzioni di un concetto*, in *Cultura giuridica e politiche pubbliche in Italia*, (edited by) A. FEBBRAJO, A. LA SPINA, M. RAITERI, Giuffrè Editore, 2006.

¹⁶² In addition to these, in general, it seems useful to recall the increasingly central role, in participatory processes, of the figure of the *facilitators of the process*, especially during the consultation.

¹⁶³ 'Structured dialogue' is an expression in my opinion particularly significant precisely to describe the ability of this instrument to balance the 'ductility' of *dialogue* (Habermas) with the need of a 'rigid' *structure* guaranteeing full legal effects fully incorporated in the legal system and in its planning activities (Luhmann).

¹⁶⁴ The options emerged from the experimentation of impact analysis are a good example of how, in the process of reducing complexity, it is always necessary to take into account the value of the selection among the various possibilities provided by the consultation and therefore by the related impact assessment.

rigidity of the procedure (essentially between the openness to the recipients and its necessary autonomy). This balance seems to be lacking, in a similar way, in the other two critical points emerged: that of undue overlap of the notion of participation in decision-making processes with mere listening (point 3) and with institutional information/communication activities (point 4). It should be pointed out that listening, information and communication are essential elements of participation, especially in Habermas, according to whom

The will discursively formed can be called «rational» because the quality of the discourse and the situation of the consultation guarantee that the consensus can only take place on *generalizable* interests adequately interpreted, namely on «*communicatively shared* needs¹⁶⁵.

It should however be noted that, although necessary, listening, information and communication are not sufficient to determine a true participation in the law-making process. If participatory instruments are meant as tools able to produce effects on the adoption of a legislative proposal, this erroneous overlap of meanings can become a harmful element, generating (in the recipients) expectations which are then frustrated by the mere communication of the decisions autonomously made by the legislators. This is aggravated in cases where there has been a listening to their needs, which has not been implemented by the regulations produced. Those outcomes generate in the recipients (and in the perception of the society in general) discontent and disillusionment about the role of participation and mistakenly lead to consider it useless and simply a tool of political propaganda, although this is the result of a distorted use of those instruments. Listening, information and communication must therefore be activities constantly part of law- and policy-making processes, but in order for the regulations and the policies produced to truly respond to the needs of the recipients (effectively welding society and law, and reducing conflicts) a further step is necessary. The ductility offered by the processes of dialogue between institutions and society must exceed the threshold of the '*communicative plane*' (based on the exchange of ideas and communication of needs) to switch to a '*performative plane*'. With this expression I intend to refer to the obligatoriness, on the part of the legislators, to take into account the positions emerged during the

¹⁶⁵ A. FEBBRAJO, 1980, p. 15.

dialogic phase of the consultation and the corresponding obligation to emanate a law which can produce effects on society thanks to its own contribution in the genetic stage (also in this case, the structured dialogue is fundamental). Obviously, this 'transfer' of contents from the social to the legal sphere presents some necessary limits, in the legal system, which continues to determine the goals, instruments and principles that no public participation can question (firstly, for example, fundamental rights and human rights, contained both in constitutions and international treaties which protect them¹⁶⁶). In this sense it is fully understandable how this type of 'rigidity' is essential for maintaining the autonomy of the legal sphere, its impartiality and certainty of the rules and decisions (protected, as mentioned, by a program that is specific and distinct from that of society).

Paradoxically, it is clear that the 'rigidity' desirable in order to protect the autonomy of the legal sphere can be interpreted as a real element of guarantee towards the 'ductility' required in the opening of the law-making process to the recipients, through consultation. But then, in order for participatory instruments to be implemented in an optimal way (creating a convergence the fullest possible between law makers and recipients) is it sufficient that they are envisaged in some laws¹⁶⁷ requiring legislators to use those instruments and binding them to adopt the results of consultations? Undoubtedly it is an essential step, but that does not automatically lead either to a control on the democratic nature of norms produced nor a check on the effects of the implementation. Answering this question means reflecting on further completion necessary for the creation of a participatory method in the law-making process. The interpenetration between ductility (opening of the law making process) and rigidity (autonomy of the legal sphere and guarantee of the effects of the regulations) finds a further completion in the 'ex post' evaluation, which allows to close a virtuous circle between *ex ante* and *ex*

¹⁶⁶ Habermas does not question the centrality of the procedure itself, since he asserts that «in the vertigo of this freedom we have no other point of reference if not the same democratic process: the meaning of which is already entirely decided in the system of rights [My translation]», J. HABERMAS, *Fatti e norme*, pp. 200-221.

¹⁶⁷ Regardless of whether it is a state law, a regional law or a statutory or constitutional provision (the nature of the norm, indeed, depends also on the type of legal system and tradition traceable in the context concerned).

post consultations¹⁶⁸. This means, in essence, to extend to the *ex post* stage, on the one hand, a) the ductile element represented by the possibility to open the law to the recipients (involved, in this way, also in the evaluation of the effects of the implementation of the law and the correspondence between results produced by the norm and the expected results, particularly in relation to the satisfaction of needs) and, on the other hand, b) a rigorous technical control of the regulation, according to the specific procedures of the legislative evaluation. This 'double participatory mechanism' seems a solution worthy of consideration also as a protection for officials and society from illicit intrusion and manipulation by political power and private interests.¹⁶⁹ In the case of political power, it helps to stem dangerous shift of the 'manifest function' of the law in the 'latent function'¹⁷⁰ (at the basis of norms whose contents and complexity are oriented only towards a substantial conservation of power of those who emanates them, and thus expression of what Luhmann defines as 'systemic corruption'¹⁷¹). In the case of private interests (particularly feared by Habermas), on the other hand, the circularity between '*ex ante*' and '*ex post*' participation appears as an element of protection to the need that laws defend pluralism¹⁷² (of values and rights, but also institutional), public interest and common good.

At this point one might wonder what kind of public entity, institution or

¹⁶⁸ In this sense, the consultation should «find a place not only at different times within the same '*ex ante*' evaluation, but also, and especially, in the '*ex post*' evaluation, as a "countercheck" of the effectiveness and quality of the regulation applied», VALASTRO A., in RAVERAIRA M. (edited by), *"Buone" regole e democrazia*, 2007, p.168 [My translation].

¹⁶⁹ This aspect has specific importance also in consideration of the fact that «History reminds us how numerous decentralization initiatives, far from having served the cause of democracy, have led to a subordination of the power of citizens or even to the strengthening of local nepotism (see, for example, Heller, 2001)», C. PATSIAS, A. LATENDRESSE and L. BHERER, *Participatory Democracy, Decentralization and Local Governance: the Montreal Participatory Budget in the light of 'Empowered Participatory Governance'*, International Journal of Urban and Regional Research, 2013, p. 2.

¹⁷⁰ The manifest function is expressed in the «orientation of behaviors of the members of the community» and in the «handling of individual conflicts», while the latent function of law is expressed in «legitimizing the emanating power», V. POCAR, *Guida al diritto contemporaneo*, Ed. Laterza, 2002, pag. 74 [My translation].

¹⁷¹ Luhmann refers to systemic corruption as «the moral problem of contemporary world society», M. NEVES, *Transconstitutionalism*, Hart, 2013, p. 31.

¹⁷² This is linked to the notion, mentioned at the beginning, of participatory democracy as complementary to the representative democracy, especially in view of the risk that the latter produces harmful effects on the rights of minorities (territorial, political, ethnic, cultural, of gender and orientation sexual, etc.)

authority could ensure a balance between 'ductility' and 'rigidity' of the law making process with respect to participatory instruments. In essence, this question is equivalent to wonder what subject can, *de facto*, take away such tools to degeneration, to exploitation and to the side effects described so far. One interesting idea (theoretically) is offered by Habermas, who specifies the role that constitutional courts should assume.¹⁷³ According to him, their task should consist, firstly, in assessing the controversial provisions «with special regard to the requirements of communication and procedural conditions of the democratic legislation».¹⁷⁴ The aim is clearly to protect the openness of the decision-making process in the sense of participation. The discussion on this specific aspect can constitute, at present, a particularly significant topic of study, both from the point of view of the constitutionalist and from the one of the sociologist of constitutions. An interesting example of an attempt of institutional response to the above requirements for protection and promotion is offered, in the panorama of Italian regions (where of course there are no constitutional regional courts), by the Region of Tuscany. It has established a specific authority of guarantee: the *Regional authority for the protection and promotion of participation*¹⁷⁵ (Articles 3-5 Regional Law), whose duties are to ensure the full development of participatory processes and compliance with the provisions contained in Tuscany Regional Law 46/2013 on “Regional public debate and promotion of participation in regional and local policy-making”.¹⁷⁶ In this sense there is a clear difference compared to the

¹⁷³ In this regard it is useful to recall that «The Constitutional Court may well be seen as the most political organ of the judiciary system and the most judicial organ of the political system», especially in the thought of Luhmann, who «considers the constitution an example of structural coupling» and «as such able to link the political system and the legal system» [My translation], A. FEBBRAJO, *Dal diritto riflessivo al diritto frammentato. Le tappe del neo-pluralismo teubneriano*, in (edited by) A. FEBBRAJO, F. GAMBINO, *Il diritto frammentato, Serie sociologico-giuridica*, Giuffrè Editore, 2013, p. 191 [My translation].

¹⁷⁴ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, p. 313 [My translation].

¹⁷⁵ “Autorità regionale per la garanzia e la promozione della partecipazione”.

¹⁷⁶ Tuscany Regional Law 46/2013 (“Dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali”, former regional law Tuscany 69/2007), provides (art. 1) that the region pursues the objectives of: a) helping strengthen and renew democracy and its institutions, complementing their action with practices, processes and instruments of participatory democracy; b) promoting participation as ordinary form of administration and government of the region in all sectors and at all levels of government; c) strengthening, through the participation of the inhabitants, the ability to build, define and elaborate public policies; d) contributing to a higher social cohesion, through the dissemination of the culture of participation and appreciation of all forms of civic engagement, knowledge and skills

case of the Region of Umbria, not only with regard to the protection reserved to participatory instruments¹⁷⁷ (free of the critical issues identified thanks to the contents of the law and to the Authority established), but also to a specific provision¹⁷⁸ on ‘ex post’ evaluation of the regulations produced following the consultations with the recipients (concretizing the virtuous circle between ‘ex ante’ assessment and ‘ex post’ evaluation). The strengths and critical points mentioned can be summarized in the following table, where I identify 4 degrees (increasing from Degree 1 to Degree 4) of effective participation in the law-making process.

| | <u>Instrument/Institutional</u> <u>Body</u> | <u>Attitude of</u> <u>the</u> <u>Legislator</u> | <u>Risk/</u> <u>Pathology</u> | <u>Potentiality</u> |
|---|--|---|--|--|
| <u>Degree I</u> E. g. → Experimentation R.I.A (on Regional law Umbria 8/2004) | Consultation (Experimentation) | Indifference | Self- referentiality of the Legislator Exclusion of the recipients | (Mere) Emergence of needs and conflicts |
| <u>Degree II</u> E. g. → Regional law Umbria 14/2010 | Consultation (provided for by law but not binding → No legal effects) | Listening | Populism Mere creation of electoral consensus | (Mere) Emergence of needs and conflicts |
| | Consultation (provided for by law. | ‘Ex ante’ structured | | Rationalization of needs and |

widespread in society; e) developing and disseminating new information and communication technologies as tools at the service of democratic participation of citizens; f) contributing to gender equality; g) promoting the inclusion of disadvantaged people and the emergence of widespread or poorly represented interests; h) evaluating the best experiences of participation, promoting the knowledge and diffusion [My translation].

¹⁷⁷ Which in this context appear fully capable of producing legal effects.

¹⁷⁸ (Art. 5 letter f) «[The Authority] assesses the performance and the effects of participatory processes».

| | | | | |
|--|---|---|--|--|
| <p><u>Degree III</u></p> | <p>Binding ONLY in ‘ex ante’ phase OR in ‘ex post’ phase)</p> | <p>dialogue [Law-making] OR ‘ex post’ structured dialogue [Legislative evaluation]</p> | | <p>conflicts emerged → <u>Partial inclusion</u> (of the recipients of the regulations in the Law making process)</p> |
| <p><u>Degree IV</u> E. g. → Regional law Tuscany 46/2013 (on “Regional public debate”[...])</p> | <p>Consultation (provided for by law. Binding in ‘ex ante’ phase AND in ‘ex post’ phase) + Guaranteeing authority</p> | <p>‘Ex ante’ structured dialogue [Law-making] AND ‘ex post’ structured dialogue [Legislative evaluation]</p> | | <p>Rationalization of the needs and conflicts emerged AND Evaluation of the effects of the laws/regulations adopted → <u>Full inclusion</u>)</p> |

The considerations made so far are generalizable to create models of study of experiences of participation in the legislative process in general, regardless of the level of government within which they are made. At this point, however, I find it useful to conclude this paper by conceptualizing an important element of the context to which I made extensive reference: that of multilevel governance. I mentioned how the Umbrian case must be connected to the constitutional reform which, in Italy, has significantly expanded the importance of regional legislative processes, in the attempt to decentralize the decision-making processes of the State, with the implied aim to follow a trend that has characterized many European experiences (largely fueled by the Community institutions). It was also recalled

how in implementing these processes the requirements of the European Union have had a great importance in terms of quality of legislation, and consequently in terms of consultation in the impact analysis and in the legislative evaluation. If the topic of participation has its significance in general for the sociology of the constitutions (investing content increasingly widely accepted, directly or indirectly, by constitutional texts and interpretations of these), it can be useful to analyze how the participatory processes fit into the construction of a multilevel governance (and its constitutionalization). In the case of the European Union this assumes a great importance, especially with regard to the failure of the attempt of approving an European Constitution,¹⁷⁹ closely interconnected to the thorny question of the '*democratic deficit*'.¹⁸⁰ In this sense, the European experience can be a paradigmatic case study to guide future choices not only for the Community institutions, but also for any similar project in other geographical areas.¹⁸¹ The case of the Umbria Region is not an isolated case of its kind, and its criticalities are not only representative of the current limitations of the legislative policy of the European regions, but also of the European Union itself. The structure of a multilevel democratic governance, indeed, requires strategies in two directions: both 'top-down' and 'bottom-up'. Similarly, in order to define its democratic nature and effectiveness, it is necessary to act on two of the most typical content of constitutionalism: institutional organization ('frame of government') and fundamental rights ('Bill of Rights'). These two aspects recall inherently a dual conception of pluralism: which is, on the one hand, able to enhance the legal contribution of the multiple levels of government, and on the other hand, it is able to protect the multiple components of society.¹⁸²

¹⁷⁹ The European Constitution (formally the Treaty establishing a Constitution for Europe) was a revision draft of the founding treaties of the European Union, edited in 2003 by the European Convention, and finally abandoned in 2009 following the stop to the ratification imposed by the negative outcome of the referendums in France and the Netherlands.

¹⁸⁰ This is «a concept invoked principally in the argument that the European Union and its various bodies suffer from a lack of democracy and seem inaccessible to the ordinary citizen because their method of operating is so complex», see http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/democratic_deficit_en.htm.

¹⁸¹ Especially when a transition from a pre-existing economic community to a supranational political-institutional union is wished for.

¹⁸² The dichotomous scheme sketched out seems largely overlapping with a bipolar conception of the notion of pluralism, declinable, on the one hand, as a principle that recognizes and protects

The attitude of indifference on the part of the regional legislator towards RIA experimentation (Umbria regional law 8/2004) and the fact that the Law on participation (regional law 14/2010) aimed to a mere listening without legal effect are not phenomena limited to the regional level. They clearly mark a substantial lack of bottom-up participatory strategy. In turn, however, it is wrong to assume that it is also the indicator of a substantial lack of top-down participatory strategy. What can be seen both domestically (the mentioned Reform of Title V of the Italian Constitution), both on the European Union level, which continues to show the three basic elements of 'multilevel governance' (cooperative, participative, and evaluative)¹⁸³ more as institutional elements than as instruments of relation between institutions and society. In essence, the representatives of the levels of government seem to be called upon to cooperate, participate and evaluate more than the recipients of the rules and policies, denoting a persistent refractoriness to the contributions that citizens, groups, communities and territories may offer to the law making. Despite the recall to the cooperative element, actually, the real weakness (both in the Italian Constitutional reform and in the institutionalization of the European multilevel governance) seems to lie precisely in a distortion of the original notion of cooperative federalism, where the «purely territorial dimension of distribution of power»¹⁸⁴ was placed in second place compared to the «interconnections and the reticular relations among the different actors of the system involved in the decision-making processes»,¹⁸⁵ thus making it possible to see in this orientation an unquestionable core of the «participated government

the plurality of levels of territorial government (with particular attention to the aspect involving their autonomy, competences, duties and methods of institutional interaction among them), and, on the other hand, as a principle that recognizes and protects the diversity of social actors (with reference to their cultural, ethnic, sexual, political, etc. identity). In the first case it is possible to talk about *institutional pluralism*, while in the second we should talk about '*cultural*', '*social*', '*religious*', '*political*', etc. *pluralism*. Certainly the pluralist principle, in all its aspects, constitutes a cornerstone of democratic regimes, where it is qualified as the fundamental principle of the constitutional order (think of how it and its protection qualify the form of State defined precisely 'pluralist democracy').

¹⁸³ In this regard, the Opinion of the Committee of Regions "Building a European culture of multilevel governance: follow-up to the Committee of the Regions" white paper' seems very significant (94th plenary session on 15 and 16 February 2012, CIVEX-V-020). To see the original document http://cor.europa.eu/en/activities/governance/Documents/vdb-opinion-mlg/cdr273-2011_fin_ac_en.pdf.

¹⁸⁴ VALASTRO A., *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti*, in *Le regole della democrazia partecipativa*, (edited by) VALASTRO A., Jovene Editore, Napoli, 2010, p. 25 [My translation].

¹⁸⁵ *Ibidem* [My translation].

method».¹⁸⁶ The design of a multilevel governance has therefore resolved in «flattening the reductive as sterile search for mere formulas of territorial articulation of power», with the only result - in the sense totally opposed to the pluralist constitutional instance – of having multiplied «the reserved and closed spaces of the local political class».¹⁸⁷ It seems, then, that the categories of 'ductility' and 'rigidity' derived from the theories of Habermas and Luhmann have been widely misinterpreted: the processes described, in fact, show the traits of a 'rigid' law making which excludes the recipients and, consequently, 'ductile' only in the self-referential rhetoric of the legislators (when, instead, it should have been rigid in maintaining the autonomy of the levels of government and ductile in effectively opening the law-making processes).

3 FINAL CONSIDERATIONS

It seems clear that the introduction of participatory instruments needs to be rethought starting from the regional level in order to create a multilevel governance able to harmonize not only institutional levels, but also the related regulatory processes with the needs of society.¹⁸⁸ The reasons are many, but they are primarily ascribable to phenomena like the global society and, on the legal plane, the transconstitutionalism. According to Teubner, the main question that the current 'constitutional issue' should ask is «how the constitutional theory attempts to respond to the challenges that arise from the two major trends that characterize our era: privatization and globalization»¹⁸⁹.¹⁹⁰ «Technical standardisation» and

¹⁸⁶ Ivi, pag. 24 [My translation].

¹⁸⁷ VALASTRO A., 2010, p. 25 [My translation].

¹⁸⁸ Collecting the feedbacks of the mentioned cases regarding the lack of implementation, and capitalizing, in terms of awareness, the critical issues in order to make them a real starting point of the path of the 'new' governance, ensuring the juxtaposition with a (likewise) 'new' method (based on learning -' trial and error '- and on improving the techniques and instruments, in accordance with the paradigm of 'enlightment' developed by Weiss).

¹⁸⁹ G. TEUBNER, *Ordinamenti frammentati e Costituzioni sociali*, in (edited by) A. FEBBRAJO, F. GAMBINO, *Il diritto frammentato, Serie sociologico-giuridica*, Giuffrè Editore, 2013, p. 377 [My translation].

¹⁹⁰ Teubner notes that «The old constitutions of nation-states made use of law to be able to develop and bring out the dynamics of democratic politics and, at the same time, to limit the repressive power regulating it. The current goal, however, is to promote and regulate various social dynamics, and to do so on a global level». The question that emerges naturally from this

«intra-organisational regulation in multinational enterprises (MNEs) are all forms of rule-making by private actors [Teubner]», at a time «when sovereign states are losing their controlling potential and globalization is highly fragmented».¹⁹¹

The introduction of participatory instruments within the law making, from the regional level right up to the main legislative bodies of the European Union (or a similar supranational structure), can greatly help counteract the side effects deriving from both globalization and the excess of privatization of the law. In the first case, rethinking the multilevel governance on those basis can contribute in the enhancement of the levels of government without oppressing local and territorial realities (bearers of their needs, cultures and conflicts). In this operation, the constitutionalist and sociologist of constitutions cannot back out of the necessary rethinking of the legislative assemblies, especially with regard to their vertical coordination, among all levels of governance. Legislative assemblies, therefore, must necessarily become more elastic with respect to society, becoming the headquarters of the search for a new balance between politics, law production and society. This consideration introduces to the observation of how it appears useful also in the second case, that of privatization, which requires the enhancement of pluralism of the subjects of society in order to oppose the dominance of the private interest of economically strong subjects on the weaker, fragile and underrepresented ones: the goal is the protection of law 1) from particular interests (Habermas) and 2) from the systemic corruption (Luhmann).¹⁹²

In conclusion, the introduction of the instruments observed has many

consideration is therefore: «Will the constitutional theory be able to generalize the ideas developed with reference to the nation and to re-specify them so that they can adapt to contemporary issues? In other words: can we consider the tradition of national constitutions a fertile ground from which to start to deal with the concurrence of the phenomena of privatization and globalization?», G. TEUBNER, 2013, p. 377 [My translation].

¹⁹¹ A. K. LINDBLOM, *Non-Governmental Organisations in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 95.

¹⁹² Given their ability to investigate the reality (through the results of consultations and participation instruments in general) and to support the dialogue between policy makers and recipients of interventions, 'ex ante' and 'ex post' evaluations appear to have characteristics that make them essential moments for the creation of a law characterized by a «reasonable pluralism [A. SANTAMBROGIO]». The 'reasonableness' of pluralism, in this sense, is qualifiable as result of an accomplished and mature transition from the dimension of 'plurality' (reflection of a 'multiplicity' which is presented as mere juxtaposition of the elements that compose it) to that of 'pluralism' (inseparable from the democratic principle), meant as a space for the creation of a high quality of coexistence among the members of civil society and between them and the institutions (at all levels of government).

strengths for a concrete and expendable revision of the European multilevel governance (providing a model that allows future similar experiences to avoid the mistakes made in the structuring of the latter so far). In order to make this adjustment, the introduction of participatory instruments in the law-making (and a proper 'ex-post' evaluation of the regulatory results produced) seems therefore an element to be carefully taken into account, especially on the basis of the technical capability of those instruments in the elaboration and implementation of an appropriate 'transition model': «a flexible model of democracy» able to guide the European multilevel governance from a dimension (misguided and simplistic) limited to mere «'rhetoric' and 'process'» to a dimension (genuinely democratic and potentially effective) of «'idea' and 'project' [A. FEBBRAJO]». ¹⁹³

REFERENCES

BALDWIN R., Cave M.(1999). **Understanding Regulation**. Theory, Strategy and Practice. Oxford University Press.

BLACK, J. (2007). "Tensions in the Regulatory State". **Public Law**, 58-73.

CARBONNIER, J., **Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur**, 2011 (10th ed.). Paris: L.G.D.J.

DODDS, A., **'The Core Executive's Approach to Regulation: From 'Better Regulation' to 'Risk-Tolerant Deregulation'**". *Social Policy & Administration*, 40, 2006.

FEBBRAJO, A. **Partecipazione popolare e giustizia: alcune ipotesi sociologico-giuridiche**, 1980, Pavia.

¹⁹³ This statement emerges from two sets of critical observations. The first consists in noticing that «the idea and the project of Europe have gradually diluted over time into a practice supported by a rhetoric somewhat vague and imprecise, destined to find each time concretization in individual decision making processes, without being subject to constraints resulting from a predetermined design», A. FEBBRAJO, *Europa come "idea" e "progetto" o come "retorica" e "processo"? Verso un nuovo modello di transizione*, in *L'Europa come idea e come progetto*, a cura di C. Mongardini, Roma, Bulzoni, 2009, pp. 91-92 [My translation]. The second observation, directly connected the criticalities related to the Italian constitutional reform of Title V (and therefore also the case study on the Umbria Regional Law 8/2004), is based on noting that «studies carried out in Europe by Sintomer and de Maillard (2007) and Sintomer et al. (2008) show clearly that the mechanisms of decentralization of local governments do not necessarily engender participatory democracy; on the contrary, some of these may encourage participation only at the neighborhood level or in a public-private partnership and thus fall short of the objectives of participatory democracy (Jouve and Booth, 2003)», C. PATSIAS, A. LATENDRESSE and L. BHERER, 2013, p. 2.

FEBBRAJO, A. Cultura giuridica. Contenuti e funzioni di un concetto, In: **Cultura giuridica e politiche pubbliche in Italia**, (edited by) FEBBRAJO, A.; LA SPINA, A.; RAITERI, M. Giuffrè Editore, 2006.

FEBBRAJO, A. Europa come "idea" e "progetto" o come "retorica" e "processo"? Verso un nuovo modello di transizione, In: **L'Europa come idea e come progetto, a cura** di Mongardini, C. Roma, Bulzoni, 2009.

FEBBRAJO, A. Dal diritto riflessivo al diritto frammentato. Le tappe del neo-pluralismo teubneriano, In: (edited by) FEBBRAJO, A.; GAMBINO, F.; **Il diritto frammentato**, Serie sociologico-giuridica, Giuffrè Editore, 2013.

HABERMAS, J., [(1992) Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates] Italian version, Fatti e norme. **Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia**, Milano, Guerini & Associati, 1996.

LINDBLOM, A. K., **Non-Governmental Organisations in International Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 95.

MEUWESE, A.C.M., **Impact Assessment in EU Lawmaking**, The Hague: Kluwer Law International, 2008.

NEVES, M., **Transconstitutionalism**, Hart, 2013.

PATSIAS, C.; LATENDRESSE, A. and BHERER, L., Participatory Democracy, Decentralization and Local Governance: the Montreal Participatory Budget in the light of 'Empowered Participatory Governance', **International Journal of Urban and Regional Research**, 2013.

POCAR, V., **Guida al diritto contemporaneo**, Ed. Laterza, 2002.

TEUBNER, G., Ordinamenti frammentati e Costituzioni sociali, In: (edited by)

FEBBRAJO, A., GAMBINO, F. **Il diritto frammentato**, Serie sociologico-giuridica, Giuffrè Editore, 2013.

VALASTRO, A., **Partecipazione, politiche pubbliche, diritti**, in Le regole della democrazia partecipativa, (edited by) A. VALASTRO, Jovene Editore, Napoli, 2010.

VALASTRO, A., La valutazione e i molteplici volti della partecipazione: quale ruolo per la consultazione?, In: RAVERAIRA, M. (edited by), **"Buone" regole e democrazia**, 2007.

GLOBAL AND LOCAL IN THE UNCONVENTIONAL USE OF MEDIA IN ADVERTISING

Laura Minestroni,

ABSTRACT: In an era of globalized communication such as ours, media such as television, radio and newspapers, even the Internet, are no longer perceived as the only or the most effective media at the disposal of communicators (brands, corporations and institutions) in order to reach audiences worldwide. Word-of-mouth recommendations from friends and family, often referred to as earned media, is today the most influential form of advertising around the globe. By creating a meaningful interaction, this source is now more trustworthy than traditional media or advertising, or traditional sources such as institutions or Corporations. The question is: are the apparently limited new strategies creating a process which can change the interplay between demos and localisms, contributing to a different perception of states? Is their success a sign that something is already changing culturally at this level? The purpose of the present study is to examine how, during the past decade, people think and feel about marketing communication and how the audiences perceive the source of these communications. As a support of our thesis, we will use global researches and surveys on *Trust in Advertising* and some international case studies (marketing communication campaigns).

KEYWORDS: communication; credibility of the source; globalization; localization; participation; trust in advertising/institutions; global marketplace; media; global consumer culture; political culture; word of mouth; word of mouse; sociology of constitutions.

1 INTRODUCTION

The past decade has witnessed the inception of a quiet but rapid revolution in marketing communication. Such a change has transformed the landscape of communication, especially classical advertising, having a particular impact on the system of media planning and on public/consumer experience.

Broadcasting marketing, first via television and then via the press and radio, seems less and less efficient and more cost-effective in terms of return on investment.

In Europe, there is a clear sign of adaptation of advertising markets in times of recession. The crisis creates pressure on advertisers, encouraging them to save money and seek more efficient channels to reach their audiences. In fact, the crisis accelerates the shift of advertising budgets towards new media (Picard, 2001).

But also with globalized communication, and not always when there is an economic crisis, media such as television, radio and newspapers, and even the Internet, are no longer perceived as the only or most effective media at the disposal of communicators (brands, corporations, institutions) to reach audiences worldwide (Cappo, 2003).

So we can say that in tandem with the growth of the global marketplace, in a *mediascape* characterized by the advent of digital media, "advertising"—the art of attracting public attention to a product or service, to a brand or an idea—has gradually moved from historical dependence on mass media to new, unconventional, more engaging and participatory strategies and approaches (Joachimsthaler and Aaker, 1997).

In an era of high-density communication such as ours (saturation of attention, of time, of marketing), where we are seeing a massive social dissemination of the brand and its messages (and not strictly advertising, think of packaging, the point of sale, sponsorship, and so on) all procedures that enable people to cope with the vast amount of information through processes of selection, schematics, inference and simplification of decision-making processes are increasingly important, being ways of optimizing and saving cognitive energy. Nothing but a natural process of simplification of incoming information: we tend to choose, remember and consider credible the known, the reassuring, the familiar compared to what needs to be understood in depth and verified. That is why, while in older advertising they pretend to tell us the truth, in unconventional marketing, story and storytelling, they let us lie to ourselves, about who we are, who we want to be and who we'd like to become.

The attention focus however, is structurally selective. (Treisman, 1964). Thus, the processes of information acquisition by "individual consumers" are undoubtedly more complex today than in the past. The focus, more than in any

other sociocultural phase, is choosy, limited, and hard to catch. We are talking about a consumer who already twenty years ago, in numerous international studies, was described as more pragmatic, emotional, competent, selective, demanding, curious, proactive, looking for products and services, alert to detail and price, nomadic but bargain-oriented, unfaithful to the brand, bewildered. And, above all, distracted.

On the other hand, we are referring more and more today to a "continuous partial attention" (Stone, 2008) a euphemism, perhaps, for the perennial distraction of modern-day individuals. Distraction generated by an information overload, a hyper-hyper-choice and range of channels and means; by the proliferation of messages, signals, advertisements. And further complicated by an irreversible, chronic lack of time. A growing amount of text messages, emails and stimuli of all kinds, distracts our attention on the activity - or activities - that we are working on. In the plural, because we perform more and more tasks simultaneously. And to each of these dedicate a small portion of our concentration. If focus is a matter of degrees and effort, selectivity and intensity, continuous partial attention corresponds to a state of maximum and uninterrupted alert, creating what has been called an "artificial sense of crisis" and impotence: something that we experience now, almost always and everywhere. We get to focus on a top priority, and at the same time "we cast an eye" (or transfer cognitive energy) on the outer edges of the scene, to see if there are, and if we are losing, other opportunities. At that point, if you intercept a message or interesting content, we will move our eyes. Our focus is fleeting, fickle, variable and subject to devolution.

Advertising is an intentional and systematic effort to affect individual attitudes and choices in relation to consumption. This form of communication is now faced with a significant *anthropological change* among consumers who have an unrivaled ability to avoid and skip "traditional" advertising messages (magazine and newspaper ads, radio and TV commercials and most forms of display and internet advertising). The individual also suffers from a shocking lack of attention, and often a continuous partial attention condition.

In fact, due to growing and massive advertising exposure, people have gained unprecedented control over communicative stimuli, more generally in the

spheres of brand and corporate communication. Today a large number of people are able to elude, block, challenge, share, filter and even manipulate these messages. They are also able to influence these messages and forms of communication, interacting with them, with other consumers and with companies. This attitude or state of mind is called “consumer empowerment”, and may also include skepticism towards TV advertising, disbelief of advertising claims, and a significant loss of confidence or trust in advertising. Consumer empowerment today means greater freedom of choice; higher expectations in terms of quality; the ability to defend oneself from the hype, from repetitive, intrusive advertising, the power to truly affect business strategies and, last but not least, great discretion in the use of media.

This empowered public has now developed antibodies against excessive intrusiveness of marketing communication, and is able to recognize the formal poverty and lack of ideas, as well as the innovation of languages and media. A large number of field researches have highlighted the rejection of non-motivated excess, bad taste, transgressions (based on gender stereotypes), sugariness and fiction (the happy family).

Information and persuasion, two aspects that are closely linked and in constant osmosis in advertising, appear for the first time to be challenged by the public itself.

Traditionally, one of the intrinsic values of mass-market advertising has been credibility: advertising guaranteed, by itself, a certain product reliability. Now, in many areas, the role that traditional advertising plays in purchasing processes and decisions is weakened by the Internet and by word of mouth. The Internet is supplanting the informational role of advertising, in the sense that it appears more credible. Especially since here the chances of confrontation, discussion and interaction place any message under the scrutiny of a ruthless and fierce panel of judges. If demonstration of how the product works, or enhances performance, through purely informational advertising, is viewed with annoyance or with suspicion, so too advertising that emphasizes overly intangible attributes and performance leads to skepticism and mistrust. This new attitude leads us to paraphrase Paul Watzlawick's (1964), famous axiom: "it is impossible not to

communicate", with "communicating is not enough". Communicating is not enough because brands today, in order to be attractive, must offer benefits to potential buyers: discounts, consumer usefulness, applications, emotions and participation. It follows that advertising must be, above all, useful. Which implies a "downsizing" of the expressive and connotative power of languages and tools used.

It is "content" that represents the dimension of today that drives advertising consumption. "Content" can be news, documentaries, entertainment, opinion making, storytelling, or any other form of communication that has the potential to generate public involvement (audience engagement) and participation.

For marketers, giving up classical commercial advertising or disinvesting in mass media communication may also mean giving up a wide audience, a sizeable and measurable audience, easy and quick product awareness, a larger market share.

But, whether it's advertising via classical mass media or newer media, earning the consumer's trust and grabbing his attention, getting him to remember the brand, making him desire the product or service, is the key to a successful campaign.

According to Nielsen's latest *Trust In Advertising report*, consumers around the globe are now more trusting of word-of-mouth recommendations from friends and family than other forms of marketing and "official" communication, such as branded websites, online advertising, ads on TV, radio and movie screens.

The latest Nielsen online survey on "trust in advertising" said that Word-of-mouth recommendations from friends and family (often referred to as "earned advertising" or "earned media"), are the most influential, with 84 per cent of global respondents across 58 countries saying this source was the most trustworthy.

The Nielsen Global Survey of Trust in Advertising polled more than 29,000 Internet respondents in 58 countries to measure consumer sentiment on 19 forms of paid, earned and owned advertising formats. Word-of-mouth recommendations increased by 6 percentage points, from 78 per cent in 2007, and owned advertising on branded websites increased by 9 percentage points, to 69 per cent in 2013. Sixty-eight per cent of survey respondents indicated that they trust

consumer opinions posted online, which ranked third in 2013, up 7 percentage points over 2007 (Nielsen, 2013).

| FORM OF ADVERTISING¹⁹⁴ | 2013 | 2007 | 2013 VS 2007 |
|--|-------------|-------------|-----------------------------|
| Recommendations from people I know | 84% | 78% | 6% |
| Branded websites | 69% | 60% | 9% |
| Consumer opinions posted online | 68% | 61% | 7% |
| Ads on TV | 62% | 56% | 6% |
| Brand sponsorships | 61% | 49% | 12% |
| Ads in newspapers | 61% | 63% | -2% |
| Ads in magazines | 60% | 56% | 4% |
| Billboards and other outdoor advertising | 57% | - | - |
| Ads on radio | 57% | 54% | 3% |
| Emails I signed up for | 56% | 38% | 18% |
| Ads before movies | 56% | 38% | 18% |
| TV program product placements | 55% | - | - |
| Online video ads | 48% | 34% | 14% |

¹⁹⁴ To what extent do you trust the following forms of advertising? Global average – percent completely/somewhat trust. Source: Nielsen Global Survey of Trust in Advertising, Q3 2007 and Q1 2013

| | | | |
|-------------------------------|-----|-----|-----|
| Ads on social networks | 48% | - | - |
| Display ads on mobile devices | 45% | - | - |
| Online banner ads | 42% | 26% | 16% |
| Text ads on mobile phones | 37% | 18% | 19% |

2 PAPER DEVELOPMENT

In saturated markets, marketers and communicators need to reach audiences with advertising messages using the formats that have the biggest impact and effectiveness. New forms and formats of “marketing communication” are emerging in the US, Europe and Brazil: most of them are based on techniques of *consumer engagement* in an unconventional, unexpected and evocative way, aimed at grabbing public attention and obtaining a unique, memorable reaction or a meaningful interaction. This consumer engagement is often based on participation, storytelling and experience (Schmitt, 1999). This new paradigm of communication transcends the classical theory of needs, creating an emotional appeal for products that the consumer often does not really need or even want. This appeal “touches” the audience during their daily urban routes, on buses and in subways, on sidewalks, benches, fountains, and creates the desire to share this experience (also via social networks, like Facebook, Instagram or You-tube) with others.

In this newest form of communication, marketers maintain the ability to control the messages about their brands in a way that consumers consider credible. This perceived credibility is a key component in advertising effectiveness.

As discovered in the first studies on credibility in communication (Hovland and Weiss, 1951; Hovland, Janis and Kelly, 1953; Harmon and Coney, 1982), the subjective perception of the credibility of a source depends on the subjective and

simultaneous evaluation of multiple dimensions, first of all “reliability” (trustworthiness) and “competence” (expertise).

Today, to be an effective competitor in the global economy, trusted cooperation, participation and complicity are required. Nevertheless, the concept of people’s participation is today becoming the central issue in managing the effectiveness of communication. And community participation is also central to cost-saving communication strategies in an urban, industrialized context, using and changing the public environment as a form of communication medium. If the concept of participation is combined with other nouns, resulting in terms such as *community participation*, *citizen participation*, *people’s participation*, *public participation*, and *popular participation*, it means “to have a share in” or “to take part in,” and is a vehicle for influencing decisions that affect the lives of citizens/consumers and an avenue for transferring political power as well as desirability of a product or idea in marketing strategies. From this point of view, the concept of participation, i.e. reaching consensus through public dialogue, contains all the contradictions expressed by Habermas (1984).

With different techniques, often defined as “touch points”, “guerrilla” “ambient media”, “unconventional” marketing”, “flash mobs”, marketing communication appears to redeem the value of urban spaces in the perspective of a localized, positive and memorable experience that retains (global) value on a face-to-face basis with the support of word of mouth (and of mouse), spreading messages epidemiologically, we might say, like a virus. The Internet plays the role of a global arena in this spreading process. And metropolitan areas have the same function in this unconventional out-of-home marketing communication method, which employ non-traditional and unexpected physical spaces or objects that are not typically designed to carry advertising messages, and which are located in consumers’ immediate external environment in order to create a memorable wow effect.

The first person to use the term "Guerrilla Marketing" was Conrad Jay Levinson (1984), describing “unconventional” marketing tools used in cases when financial or other resources were limited or non-existent. All of these unconventional techniques can take place within an urban context, to reach limited

audience (niches), be unexpected and unpredictable, and generate complete surprise, while being likeable (wow effect). On the other hand, they create adequate coverage, increasing buzz, word of mouth or editorial coverage of the event (newsworthiness). Most forms of unconventional marketing capitalize, in a parasitic form, on the media coverage of a major event to which they hook up, but without having paid sponsorship fees to the event's organizer to identify themselves as an "official" partner or sponsor (ambush marketing).

Exploiting the media coverage of the Sanremo Festival, the most important Italian singing competition (with the highest television audience), Diesel jeans engages the audience by capturing the public's attention on flash mob and interactive billboards and creating word of mouth, word of mouse and media interest.

In Paris, Diesel, covers the city of posters, free t-shirt and stencils on sidewalks. And in Geneva, the same brand, engages the audience in a kind of release of a pair of jeans trapped in an ice cube (interactive installation) with the promise of a new free pair of jeans at the Diesel store. Similar cases are those of Vigorsol, that organizes a "fresh air explosion", in major Italian cities to sell chewingum, and Hansaplast, sponsor of a singular race on high heels in Milan to sell and promote special foot-patches.

These events have the ability to create engagement and emotional involvement, newsworthiness, collective participation and desire to share with others (through social media) the unique and memorable experience. The role of group belongingness is decisive in terms of willingness to share. Postexperience advertising effects on consumer memory, like, *brand name recall* and *intention to buy* (Braun,1999) or *building brand identity* (Upshaw,1995) are secondary (in order of time) consequences.

What is significant, in the genesis of the process of this kind of word of mouth (buzz marketing), is joining the group, collective mobilization. The public is not (only) the reader, viewer, audience of the communication: it is also the main actor, starring. The shift is from a passive receiver of communication to an active creator of contents, seeking meaningful experiences.

Already Katz and Lazarsfeld (1955) have amply demonstrated that the mass media are powerful channels of information, but as is often the case the real "channels of influence" are elsewhere, especially in the network of interpersonal communications. So, in general, we pay much attention to the experiences and opinions of friends and relatives, or neighbors, colleagues and acquaintances. And to clarify the influence of the media and advertising on the behavior of individuals, Jean Noël Kapferer (1978), had shown that the key mechanism of influence is verbal communication between people, and not impersonal mass media, at least for the problems in which we are very involved.

In the contemporary global context, consumer empowerment and consumer participation in community communication experiences can make the difference between beautiful advertising communication and a memorable and effective marketing communication, capable of inducing the target consumers to memorize the product or the brand and then purchase them.

3 FINAL CONSIDERATIONS

Is marketing the art of tricking people into buying stuff they don't really need or want? Or is it about spreading ideas, epidemiologically, that people fall in love with (and share with others) in a new paradigm of participation? Are the apparently limited and localized new strategies creating a process which can change the interplay between demos and localisms, contributing to a different perception of states? Is their success a sign that something is already changing culturally at this level?

REFERENCES

AKER D. A. (1997), "Should you take your brand to where the action is?", **Harvard Business Review**, vol. 75, n°5, pp. 135-143.

ARCHPRU A. M., ALDEN D. L. (2010), "Global brand positioning and perceptions: international advertising and global consumer culture", **International Journal of Advertising**, vol. 29, n° 1, pp. 37-56.

ARMSTRONG S. J. (2010), ***Persuasive Advertising. Evidence-base principles.*** Palgrave Macmillan, London.

BAGOZZI R. P.; GÜRHAN-CANLI Z.; PRIESTER, J. R. (2002), **The Social Psychology of Consumer Behaviour**, Open University Press, Philadelphia.

BOUSH, D. M., FRIESTAD, M. R., GREGORY M (1994), "Adolescent skepticism toward TV advertising and knowledge of advertiser tactics", **Journal of Consumer Research**, Vol. 21, 1.

BRAUN K. (1999), "Postexperience Advertising Effects on Consumer Memory", **Journal of Consumer Research**, n°25, March.

BRYANT J., ZILLMANN D. (2002), **Media Effects: Advances in Theory and Research** (2nd ed.), Lawrence Erlbaum Associates, Mahwah.

CAPPO J. (2003), **The future of advertising. New Media, New Clients, New Consumers in the Post Television Age**, Advertising Age -Mc Graw Hill, New York.

CHISNALL P. M. (1994), **Consumer Behaviour**, McGraw-Hill, New York.

FESTINGER, L. (1950). **Laboratory experiments**: The role of group belongingness, in J. G. Miller (Ed.), *Experiments in social process*. New York: McGraw-Hill.

GILES D. (2003), **Media Psychology**, Erlbaum Associates, Mahwah.

GODIN S. (1999), **Permission Marketing. Turning strangers into Friends, and Friends into Costumers**, Simon and Schuster, New York.

HABERMAS, J. (1984), **Reason and the Rationalization of Society**, Vol. 1 of *The Theory of Communicative Action*, Beacon Press, Boston.

HARMON R., CONEY K. A. (1982), "The Persuasive Effects of Source Credibility in Buy and Lease Situations", **Journal of Marketing Research**, n°19, May, pp. 255-260.

HOVLAND C. I., IANIS I. L, A KELLY H. H., (1953), **Communication and Persuasion**, New Haven, Yale University Press.

HOVLAND C. I., WEISS, W. (1951), "The influence of source credibility on communication effectiveness", **Public Opinion Quarterly**, 15.

JOACHIMSTHALER E., AAKER D. A. (1997), "Building brands without mass media", **Harvard Business Review**, Jan./Feb. vol. 75.

- KAPFERER J. N. (1987), **Rumeurs, le plus vieux media du monde**, Seuil, Paris.
- KAPFERER J. N. (1978), **Les Chemins de la persuasion: le mode d'influence des média et de la publicité**, Bordas, Paris
- KATZ E., LAZARFELD P.F. (1955), **Personal Influence**, The Free Press, New York.
- KOTLER P. (1997), **Marketing management. Analysis, Planning, Implementation, and Control**, Prentice-Hall, Upper Saddle River.
- KOZINETS, R. V. (2002). Can Consumers Escape the Market? Emancipatory Illuminations from Burning Man, **Journal of Consumer Research**, 29(1), 20–38.
- LEVINSON, J. C. (1984). **Guerrilla Marketing: Secrets for making big profits from your small business**, Houghton Mifflin, Boston.
- LUXTON, S., & DRUMMOND, L. (2000), **What is this thing called ambient advertising**. Proceedings of ANZMAC 2000 Visionary Marketing for the 21th Century: Facing the Challenge Evaluations, Nov. 28-3 Dec., pp. 734–738. Griffith University, Queensland, Australia.
- PETTY, R. E., CACIOPPO, J. T. (1986), **Communication and Persuasion: Central and Peripheral Routes to Attitude Change**, Springer Verlag, New York.
- PICARD, R. G. (2001), "Effects of recessions on advertising expenditures: An exploratory study of economic downturns in nine developed nations", **Journal of Media Economics**, vol. 14, n°1, pp. 1-14.
- SAREL D. (1991), "Comparative advertising effectiveness: the role of involvement and source credibility", **Journal of Advertising**, n°1, January.
- SCHMITT B. H. (1999), **Experiential Marketing: How to Get Customers to Sense, Feel , Think, Act, and Relate to Your Company and Brand**, The Free Press, New York.
- SCOTT L. M., BATRA R. (2003), **Persuasive Imagery: A Consumer Response Perspective**, Lawrence Erlbaum Associates, Mahwah.
- SCOTT L. M., BATRA R. (2003), **Persuasive Imagery: A Consumer Response Perspective**, Lawrence Erlbaum Associates, Mahwah.
- STONE L. (2008), "**Continuous Partial Attention . Not the Same as Multi-Tasking**", Business Week, 24 luglio 2008.

SUTHERLAND M., SYLVESTER A. K. (2000), **Advertising and the Mind of the Consumer: What Works, What Doesn't, and Why** (2nd ed.), Allen & Unwin, St. Leonards, N.S.W.

TREISMAN A. (1964), "Selective Attention in Man", **British Medical Bulletin** n°20, pagg.12-16.

TREISMAN A. (1969), "Strategies and Models of Selective Attention", **Psychological Review**, n°76, pagg. 282-299.

UPSHAW L. B. (1995), **Building Brand Identity**, John Wiley & Son, New York.

VAUGHN R. (1980), "How Advertising Works: A Planning Model", **Journal of Marketing Management**, Harper and Row p. 10.

WATZLAWICK, P. (1964), **An Anthology of Human Communication**, Science and Behaviour Books Palo Alto.

WIPPERFÜRTH A. (2005), **Brand Hijack. Marketing Without Marketing**, Portfolio, New York.

ZYMAN S., BROTT A. A. (2004), **The End of Advertising as We Know It**, Wiley, New York.

SOCIOLOGY OF CONSTITUTIONS ON THE MOVE: COLLECTIVE ACTION AND SOCIETAL TRANSFORMATION

Pedro Fortes¹⁹⁵

ABSTRACT: The objective of the present paper is the analysis of collective action as a concept to reveal certain dimensions of societal transformation. The paper will examine collective actions as potential instruments for social movements to bring constitutional change. It will focus on theoretical aspects of the literature on social movements - relative deprivation; resource mobilisation; legal entrepreneurship - to discuss how groups of people may coordinate their conduct and through joint action promote societal transformation. This paper explores analytical concepts of social movements theory, theorising on how multiple interests of individuals may be aggregated by instruments of collective actions, creating momentum for the mobilisation of resources, access to the media, and pressure for constitutional reform. The paper is also inspired by Weber's role of charisma, and the idea of bureaucratic iron cages. This paper will contribute to literature on sociology of constitutions by questioning whether juridical instruments of collective action are capable of capturing the collective demands of social movements, translating social frustration into social mobilisation. In terms of results, it will suggest that collective actions have possibilities for social transformation, but also limitations. Collective action may be an important instrument for societal transformation, but both possibilities and limitations should be acknowledged. Further empirical research needs to be done.

¹⁹⁵ **Pedro Fortes** is a Professor of Law at FGV Law School in Rio de Janeiro, Brazil. He holds a LLB (UFRJ), a BA in Business (PUC-Rio), a LLM (Harvard), a JSM (Stanford), and is currently a DPhil Candidate at CSLS/Law, Oxford. His work appears in English, Portuguese, and German at the *Journal of Legal Pluralism*, *Indian Journal of Law and Society*, *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, *DBJV Mitteilung*, *Southwestern Journal of International Law*, and *FIU Law Review*. Prof. Fortes held positions as Visiting Professor at the WB NUJS in Kolkata (India), Visiting Scholar at the ILF (Frankfurt), Visiting Researcher at the MPI of Hamburg and Frankfurt (Germany), and taught at the Stanford Programme in Oxford. Having professional experience as a public prosecutor and an attorney for the Brazilian Central Bank, he spoke as a legal expert at both state and federal House of Representatives and gave more than one hundred interviews on various legal subjects in Brazil. Under the former capacity, he worked as a member of the State Permanent Forum for Consumer Protection, the National Committee for Fighting and Preventing Violence at Football Stadiums, and the Attorney General's Internal Commission to Overview the Preparation for the World Cup and the Olympic Games. Additionally, Prof. Fortes was recipient of teaching awards in 2004, 2005, and 2011, selected to the Harvard-Stanford IJFF in 2011, and nominated for the Podgorecki Prize in 2014 by Mavis Maclean and Lawrence Friedman. At UFRJ, he was editor-in-chief of the *Student Law Review* and is currently editor-in-chief of the *FGV Law School Series (Caderno FGV Direito Rio)*.

KEYWORDS: collective actions; social movements; constitucional.

1 INTRODUCTION

What makes a constitution a living document? Many commentators focus on constitutional rights and how individuals litigate their personal interests in courts by bringing constitutional claims that justify the existence of special juridical protections and governmental limitation. I would like to propose that we focus not on individual interests, but on collective interests and how they may transform societies.

For instance, constitutional thought on the remedy of habeas corpus, established by the magna carta 800 years ago normally focuses on the individual criminal suspect and how the state power to persecute criminal is limited by constitutional norms. Contemporary constitutional thought seems to imagine that these constitutional limitations come from the sky, as if they are god given human rights that should be applicable to each and every individual.

Constitutional scholars also depict the justices of the Supreme Courts like Hercules, extremely powerful and mythological judicial authorities with perfect capabilities to synthesize a plethora of constitutional principles and to project these normative abstractions into concrete judicial commands. In this sense, the remedy of habeas corpus seems to open an opportunity for judges to imagine a perfect society, in which a perfect state would have to grant to all criminal suspects a perfect procedural treatment. Some decisions in writs of habeas corpus sound like this.

However, scholars of sociology of constitutions should investigate the social movements behind these constitutional transformations. In 1215, criminal defendants could chose to exercise their right to appeal to a criminal conviction with a trial by battle. At this time in England, they would also be judged in Baronial courts normally by a group of 12 knights, belonging to their same social group. The courts would normally be open only once a month and the judges would hear the case and the verdict from these knights.

In this context, *habeas corpus* meant bringing the body of defendant to the king and also the case to one of the king's courts, which were not subjected to the same baronial interest of the local courts. Eight centuries of socio-legal history changed a lot the meaning of the writ of habeas corpus, but we should rediscover the sociological dimension of this constitutional remedy.

When 25 barons rebelled against King John in 1214 and took control of London, they forced the negotiation of the great charter in 1215 and the establishment of the habeas corpus as a remedy against criminal injustice. As a result of the negotiations in Runnymede, this remedy could also be used against the baronial powers, its reach being extended to all men. An interesting way of interpreting this episode is by observing that the king accepted to fragment his absolute powers, as long as the baronial powers were also fragmented as well.

This fragmentation of power would lead to multiple sovereignties (state sovereignty, popular sovereignty, and individual sovereignty) and also to be possibility that individuals get together to pursue their interests collectively. Liberals normally focus on the individual powers that derived from the Magna Carta and further constitutional developments, like the conventions and texts originated from the American and the French revolutions. However, civil and political liberties are not restricted to these individual rights.

In addition to these individual powers, there are normative linkages between groups of individuals that emerge as a collective phenomenon and generate constitutional change. Our societal organization through networks of individuals facilitates this phenomenon of societal transformation by means of collective action. Groups of individuals normally decide to pursue a cause after having a shared sense of deprivation. This consciousness of deprivation is not individual, but collective.

After developing a sense of relative deprivation, groups mobilise their resources and invest their time, money, and energy to achieve their collective interests. For instance, if I may borrow again the example of medieval England, the 25 barons shared a sense that they were being unfairly deprived of their money by excessive royal taxes to fight war against France. Their deprivation was

relative from their comparisons with previous kings and other royal families in continental Europe.

This sense of relative deprivation mobilise these political leaders to battle against king John, take control of London, and force the absolute monarch to edit the great charter with a series of limitations of the royal powers and prerogatives. Furthermore, these Barons had an enormous sense of initiative and leadership. In the jargon of collective action theory, they were extremely successful legal entrepreneurs and obtained widespread support among knights, sheriffs, and free men, particularly in the North. Their collective efforts transformed the legal landscape of medieval England and resulted in the Magna Carta.

This historical example is important because it shows that ancient constitutional texts was developed by means of collective actions. Even if analytical concepts of relative deprivation, resource mobilization, and legal entrepreneurship were not available at the time, they have explanatory power and may also cast an important light on our study of sociology of constitutions.

2 SOCIOLOGY OF CONSTITUTIONS ON THE MOVE?

The habeas corpus is the oldest of constitutional remedies, but nowadays each constitution is enforced by means of a repertoire of various constitutional remedies. In the United States, an important example of a judicial action for constitutional change is the class action. For instance, the landmark case *Brown v. Board of Education* was a class action suit filed on behalf of the black students that were segregated in the Southern schools by *Jim Crow Laws* and by the then prevailing doctrine of 'equal, but separate'.

Class actions should be considered a very important judicial instrument to foster societal transformation by means of collective actions. Particularly in the case of the civil rights movements in the United States, these judicial actions were followed by intense political participation of social groups that organized their movements in alignment with the class actions filed in courts. Judicial actions did not occur in a social vacuum, but were supported by networks of normative

meaning that influenced the outcome of these judgments and how they eventually transformed society.

Therefore, *Brown v Board of Education* is a prodigious example of how minority groups may coordinate their acts and promote societal transformation through their joint action. In this sense, these instruments of collective action may aggregate multiple interests of individuals. Class actions may create momentum for the mobilization of resources, access to the media, and pressure for constitutional reform.

In this example of racial minorities, for instance, adjudication inspired many individuals to join social movements and to dedicate their energy, devote their time, and invest their resources in the socio-legal emancipation of the so-called African-Americans in the United States. A series of landmark decisions by the U.S. Supreme Court during the period of chief justice Earl Warren established the perception of judicial activism in favor of discrete and insular minorities and created a positive cycle of social activism in the Southern streets.

Judicial authorities abandoned the classic attitude of social neutrality and legal formality. Instead of being simply the 'mouth of the law', following the famous formula of the post-revolutionary France, judicial authorities responded to the appeals made in the streets by organized social groups within their movements. There was a clear dialogue between the courts and organized social movements with mutual support and recognition of their reciprocal efforts to cause societal transformations and radical constitutional changes.

On one hand, the judicial authorities were giving practical reasons for minority groups to take the streets and fight for their equality against oppressive local authorities and racist groups, like the Ku Klux Klan. On the other hand, judges also had a sense of legal realism and they took a pragmatic approach regarding the enforcement of these new judicial decisions, acknowledging that these transformations should be implemented in society with 'all deliberate speed'.

Supreme court justices knew that merely proclaiming the existence of collective rights within a collective action suit was insufficient for societal transformation. Nonetheless, without these landmarks decisions of the U.S. Supreme Court, organized social groups would not have the necessary basis for

the resource mobilization that eventually led to the effectiveness of anti-segregation measures. Judicial decisions did not bring societal transformation by themselves. However, without these judicial decisions, social groups would not have the same incentives for occupying the streets and fighting for their rights as a collectivity.

This is also a very interesting example of judicial authorities performing their functions beyond their official prescriptions and outside the limitations of their bureaucratic iron cages. Not surprisingly, the Warren Court is characterized by its judicial activism and justices in the United States have become known by the general population. Their charisma may be paired with the charismatic leadership exercised by Martin Luther King Jr and all other representatives of the social movements responsible for the transformation of society in the United States.

Interestingly, other regimes also contain constitutional remedies like the U.S. class actions. In Brazil, for instance, there is the civic-public action. The Brazilian pioneering in collective action is widely recognized as the *Popularis Actio* was introduced by the Constitution of 1934 and disciplined by the *Popularis Actio* Act in 1965⁵⁷. The enactment of the Public-Civil Action Act (1985) and the Consumer Defence Code (1990) established a new form of collective action: the Public-Civil Action.

Regarding its institutional features, enforcement is not meant to be public, nor private necessarily. According with the Public-Civil model, standing was granted to relevant public and private actors to file the collective action: Attorney General Office; State Attorneys; State Bureaus; Labour Unions; Political Parties; Private Associations; Private Foundations. In the past couple of decades, all these legal actors have filed collective actions suits and seem to be competing against each other for public recognition.

The protagonist is the Attorney General Office, as public prosecutors have been responsible for a significant number of investigations, settlements, and Public-Civil Action suits. However, a significant number of collective action suits is filed by private actors, as the plaintiffs are exempt from judicial costs and defendant attorneys fees in case of loss. In addition, the litigation costs are not significantly high as in the U.S. Class Action system. In the absence of discovery,

courts may simply reverse the burden of evidence and request defendants to provide evidence and to demonstrate that their conduct was not illegal or abusive. Moreover, the plaintiffs are not obliged to notice all the individual members of a given class, being sufficient the publication of a collective notice at the official judicial gazette.

Therefore, collective litigation in Brazilian courts is just marginally more expensive than individual litigation. In a quite interesting development, other relevant actors – State Legislature Consumer Defence Commission and the Public Defenders Office – filed their own Public-Civil Actions, even in the absence of clear legislative mandates that granted them standing. Initially, courts were hesitant to admit their role as plaintiffs, but both are active Public-Civil Action plaintiffs nowadays.

Another interesting trait of the Brazilian model of collective action is the relationship between litigation and regulation. Unlike the U.S. system of compliance through litigation and deterrence or the E.U. system of compliance through regulation and cooperation, the model of Public-Civil Actions established a complex interplay between litigation and regulation. Observing the role of Brazilian public prosecutors in environmental enforcement, there is clear tension between conflict and cooperation among the Attorney General Office and the regulatory agencies. As a consequence of the mix of cooperation and conflict, rules would be enforced and episodes of capture were significantly reduced due to the shadow of a collective action.

In contrast to the Brazilian civic-public action, the U.S. class action system has different analytical features. One significant aspect of the U.S. model is the fact that private enforcement predominates over public enforcement. On one extreme, class action attorneys are perceived as “social advocates”, whose main interest is to pursue innovative litigation on behalf of disenfranchised individuals (minorities, consumers, employers, etcetera) and to promote social justice through collective litigation. On the other extreme, class action attorneys are identified as “legal mercenaries”, whose main interest is to maximize their own profits by finding mass violation cases that are apparently simple to litigate and would eventually lead to a settlement through which they would gain fairly high economic rewards.

However, it seems extremely romantic the image of the legal entrepreneur that brings innovative claims to courts, mobilize the class and take serious risks in order to change the law in search of social justice. Nowadays, the distinction between private and public enforcement in the U.S. Class Actions system seems blurred as the so-called “private attorney general” is dependent, in the large majority of the cases, on the activities of public actors and, in many cases, is fully paid by the federal government.

It is evident, on the other hand, that class action lawyers are fully conscious of the economic stakes of collective litigation and behave according with the regime of incentives and disincentives provided by the possible economic rewards and losses that may result from a class action suit. Therefore, the fees-oriented lawyer will favour cases in which costly and lengthy pre-trial discovery procedures are dispensable. It is also worth mentioning that losing a case means that the plaintiff attorneys will have to cover their expenses and will not be able to recover any fees, since they work under the rule of a “percentage of fund” (POF). Thus, probability of winning a case clearly impacts the choice of litigating it.

In addition, a significant number of class action negotiations may result in immediate injunctive relief for the victims and payment of attorney fees without the full recovery of previous damages. The different strategies vary, however, according with the prospects of profiting from the class action suit. One of the strengths of the U.S. Class Action system, on the other hand, is the power equilibrium that results from the aggregation of individual interests operated by their legal organization as a class of – potential or actual – litigants.

Because of the asymmetries between “haves” and “have-nots”, the companies have several structural advantages – expertise, caseload management, resources, etc. – that result from their position as a ‘repeat player’ in litigation as opposed to the individual consumer characterized as the weaker ‘one-shot’ player. One of the antidotes to such imbalance of power is exactly the possibility of aggregating all the individual interests and, therefore, defending rights collectively through class action attorneys with the necessary expertise and resources to litigate with the company lawyers.

Another important factor of the political and economic equation of the U.S. Class Actions is the possibility of imposing punitive damages. Once a case is certified as a collective action suit, defendants may have stronger economic incentives to settle. By definition, the private companies are risk averse. Faced with a certain probability of suffering severe economic sanctions, these defendants may prefer to trade uncertainty of extreme loss for the certainty of a reasonable economic loss. In this scenario, companies will often settle these cases in order to prevent convictions to recover extreme sums of money as a result of punitive damages imposed by juries.

The rationale of this model is, therefore, one of compliance through perfect deterrence, in which the threat of extreme economic losses plays – at least, in theory – an essential role. As actions are filed according with the expected economic rewards, the system is simultaneously over-inclusive and under-inclusive: not only frivolous lucrative claims may be brought to courts, but also meritorious non-lucrative cases will be not brought to courts. Paradoxically, the U.S. Class Action system is still perceive as a paradigm for legal reform abroad and it served as inspiration for recent legislative transformation in Canada, Norway, Sweden, and Israel.

Internally, however, conservatives have been struggling with progressives to reduce the scope, the funding, and the economic impact of these class actions. Through a series of landmark decisions in *Eisen*, *BMW v. Gore*, and *Exxon v. Baker*, the U.S. Supreme Court imposed higher costs of notice and limited the amount of punitive damages. Nowadays, class action attorneys should not expect unlimited rewards. In addition, as a general rule, they are expected to provide notice to all the individual members of a given class, so that the allegedly victims may decide whether to opt out or to remain as a party in the class action suit. The ideological dispute is reproduced in the political scenario, with republicans and democrats battling about it in the U.S. Congress. This internal crisis and external globalization may be labelled the “paradox of the class actions”.

The European approach to collective action is a somewhat different one. First, it is important to highlight that each jurisdiction has its own specific approach

towards it and one may not refer to one dominant national style of collective action that dominated the legal landscape in Europe. Legal arrangements vary from the Swedish, Norwegian, and Dutch class action to the Portuguese *Popularis*.

Actio, including several other forms of group litigation, such as the joint-representative action (*action de representation conjoint*) in France, the Group Litigation Order in England, and the representative action (*verbandsklagen*) in Switzerland and Germany. It is, therefore, true that diversity is evident at the national legal regimes in Europe. Nonetheless, there seems to be also a common perception that the different local mechanisms of collective action are either insufficient or inadequate to enforce adequately consumer rights and to prevent further episodes of massive wrongdoings by European companies.

One line of criticism focuses on the different remedies that were adopted in the different jurisdictions and emphasizes the fact that not only the plaintiffs do not have the necessary economic incentives (fees, rewards, costs), but also the courts lack the necessary technical instruments to manage the massive claims (aggregation of interests, production of evidence, respect to the procedural rights and to the due process of law). Another current criticizes the focus itself on remedies and argues that Europeans should develop several different mechanisms of collective redress instead of searching for the perfect ideal type of collective action. Observing one of the jurisdictions as an example may clarify the different lines of criticism.

The German legal tradition developed, for instance, the association or interest group complaint (*verbandsklagen*). Originally introduced as a procedural device to enforce associations to protect their interests against unfair competition in 1896, the *verbandsklagen* was gradually extended to consumer protection (*verbraucherschutz*). In recent years, as the consequence of massive litigation against Deutsche Telekom for misleading prospectuses that overloaded the Commercial District Court at Frankfurt, a new instrument of collective litigation was introduced experimentally with the enactment of the Capital Markets Model Case Act (*KapMuG*) in 2005, which introduced the concept of 'test case'. Basically, a paradigmatic individual case is selected as the 'test case' and the identical cases are suspended until a decision regarding the common question of law is made.

Once the 'test case' is judged, its ruling serves as a precedent for the following decisions, guiding parties and courts on the legal aspects of these massive controversies. In addition to the actions brought by associations (verbandsklagen) and to the 'test case' mechanism, various studies and projects of a typical collective action were presented to the Federal government, but none of them was enacted.

At the level of the European Union, nonetheless, a new approach was developed: collective redress. This different perspective focuses on the problems and the goals – standard-setting, behaviour control, and restitution – instead of the judicial dispute. The idea is to consider all the different regulatory, judicial, and ADR mechanisms that may provide efficient enforcement of substantive norms. Civil justice systems ought to be evaluated in an extremely comprehensive way, so that the role of regulators, small claim courts, and extra-judicial dispute mechanisms are not obliterated by an obsession for one single judicial remedy.

It is worthy noting that this approach maintains the European tradition of favouring public enforcement (especially through the key role of regulators) and prioritizes ADR over litigation. In contrast with the U.S. model of adversarial legalism and compliance through (ex post) judicial deterrence, collective redress may be obtained through regulatory techniques (ex ante) that reach compliance through persuasion, negotiation, and cooperation. According to this European emerging model, judicial collective procedures should be adopted as a last resource, only in case of failure of voluntary settlements or of regulatory schemes of restitution.

In summary, these three models of constitutional remedies for judicial collective action offer different alternatives for social movements to advance their causes and bring constitutional change and societal transformation. Each different model has possibilities and limits that should be further investigated. However, without a sociological investigation of how social groups may bring their collective constitutional demands to judicial, executive, and regulatory authorities, we lack an important piece of the puzzle. On the other hand, learning more about collective actions will improve our understanding of sociology of constitutions on the move

and we will learn more on how a society sustains and transforms its constitutional arrangements.

3 INCONCLUSIVE REMARKS

This paper hopes to contribute to literature on sociology of constitutions by questioning whether juridical instruments of collective action are capable of capturing the collective demands of social movements, translating social frustration into social mobilisation. However, at this stage, in terms of results, I can only suggest that collective actions have possibilities and limitations for social transformation. In this sense, as demonstrated by the historical examples of the Magna Carta in Medieval England and the Civil Rights Movement in the 20th century United States, collective action may be an important instrument for constitutional change and deep societal transformation. On the other hand, a close examination of the three contemporary models of collective action – U.S. Class Actions, L.A. Civic-Public Action, and E.U. Collective Redress - limitations should also be acknowledged. Further empirical research needs to be done, so that we may have a more clear understanding of how a society sustains and transforms its constitutional arrangements by means of collective action.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

GT – LAW AND MIGRATIONS

CANOAS, 2015

CONTRIBUIÇÃO DO ACORDO DE RESIDÊNCIA DO MERCOSUL À PROTEÇÃO DE IMIGRANTES MERCOSULINOS NO BRASIL¹

André Lopes Ribeiro²

Rafaely Regina Romani Simoni³

RESUMO: O objetivo da presente pesquisa é analisar a perspectiva da proteção dos imigrantes nacionais dos países do Mercosul a partir do Acordo e Residência do Bloco no Brasil (incorporado no direito interno por meio do Decreto número 6.975, de 7 de outubro de 2009) O Acordo representa vários avanços no que tange a proteção dos direitos humanos do imigrante. Contudo, ainda o exclui, restringindo seu acesso ao espaço público ao reproduzir a mesma lógica internacional de que o “diferente” é menor em dignidade e direito. Assim estudamos as diversas condições dos migrantes e suas dificuldades em conseguir seus vistos. Averiguamos que, seja por meio de uma insuficiência normativa do Acordo, seja por uma extensa burocracia, falta ao Estado Brasileiro maior empenho para com os “cidadãos do Mercosul”. Infelizmente, a migração ainda não é compreendida pelas autoridades brasileiras como assunto correlato aos direitos humanos, reafirmando a tendência global. O acordo acaba por estar fortemente, sem dúvida, pautado pelo poder discricionário do Estado. A burocracia e a falta de uniformização na aplicação do acordo, que em vários pontos se submete as leis do país receptor, ratifica a condição do migrante de privação do direito a vida pública e demonstra que o Mercosul está ainda muito longe de alcançar a livre circulação de pessoas. Apesar disso, é necessário destacar que o Acordo também afirma vários direitos aos imigrantes internos do

¹ Essa pesquisa é temática e realizada no âmbito do Projeto de Pesquisa Perspectivas Político-Normativas de Proteção de Direitos Humanos de Imigrantes no Brasil, vinculado ao MIGRAIDH/UFSM, que conta com o apoio financeiro do CNPq, processo n. 409541/2013-3.

² É estudante de graduação em Direito na Universidade Federal de Santa Maria. Participa do grupo de pesquisa Direitos Humanos e Mobilidade Humana Internacional (MIGRAIDH), vinculado ao CNPq e do Núcleo de Direito Constitucional (NDC), ambos da UFSM. Também atua com extensão no Núcleo de Interação Jurídica Comunitária (NIJUC), grupo de assessoria jurídica popular, nas áreas de direito à moradia, etnicidade, migrações e minorias. E-mail: andreir.maranhao@gmail.com

³ É estudante de graduação em Direito na Universidade Federal de Santa Maria. Participa do grupo de pesquisa Direitos Humanos e Mobilidade Humana Internacional (MIGRAIDH), vinculado ao CNPq. Como extensão universitária atua no Núcleo de Interação Jurídica Comunitária (NIJUC), grupo de assessoria jurídica popular, nas áreas de migrações, gênero e sexualidade, e, ainda como extensão, é monitora no projeto “O direito achado na rua”, também vinculado à UFSM. E-mail: rafaelysimoni@hotmail.com

bloco, avançando parcialmente em relação ao cenário das migrações internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: migração; mercosul; direitos humanos; livre circulação de pessoas.

1 INTRODUÇÃO

A consolidação do Mercosul perpassa pelo aprimoramento da integração política, econômica e social entre os países membros. Dentro deste contexto, é fundamental o fortalecimento dos laços comunitários sociais entre os nacionais de cada país do bloco. Nesse sentido, o presente artigo se propõe a analisar os movimentos de migração humana nos países do Mercosul, conhecer a realidade com que esses fluxos se deparam e a contribuição do Acordo de Residência do Mercosul (Decreto nº 6.975, segundo a legislação brasileira).

Em nível mundial, ao tratarmos da temática das migrações internacionais, encontramos a tentativa de criar condições menos tortuosas para migrantes e suas famílias, visto que os problemas humanos nesta circunstância se tornam ainda mais graves nos casos de migração irregular. Em especial, a “Convenção Internacional Sobre Proteção de Direitos dos Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias”, adotada pela ONU em 1990, e que até março de 2015 contava com apenas 47 Estados signatários, com quase nenhuma atenção dada por países da América do Norte e Europa, clássicos pólos de atração dos migrantes, destaca a necessidade de se garantir a proteção internacional de direitos. O objetivo desta convenção serviu de exemplo aos países membros do Mercosul, que têm buscado a ampliação das políticas de proteção ao migrante.

O Acordo de Residência do Mercosul e Países Associados, o qual entrou em vigor no Brasil em julho de 2009, permite a expedição de um visto temporário e/ou permanente aos nacionais dos países signatários, sem que seja acionada a competência do Conselho Nacional de Imigração (CNIg). Historicamente migrantes, em geral, dependem dos pareceres da CNIg para regularizar sua situação no país, portanto, o Acordo de Residência, ao suprir essa exigência, passa a ser um marco na integração entre os países do Mercosul.

O referido Acordo de Residência, que será aqui abordado, assinado pelos então Estados-Parte (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai)⁴ e pela Bolívia e Chile como Estados Associados, e, tardiamente também ratificado pela Colômbia em 2012⁵, garante aos seus nacionais o direito de estabelecer residência em qualquer Estado signatário. Além disso, um estrangeiro beneficiado com o Acordo de Residência Mercosul no Brasil possui igualdade de direitos aos nacionais, independentemente de estar em situação migratória irregular ou não. Quanto aos irregulares, é importante dizer, que os estrangeiros beneficiados com o Acordo estariam isentos de multas ou outras sanções administrativas relativas à sua situação migratória. Deveres e responsabilidades trabalhistas e previdenciárias também são resguardados, além do direito de transferir recursos, direito de nome, registro e nacionalidade aos filhos dos imigrantes.

Tendo o pedido de visto deferimento na polícia federal, mediante a apresentação dos documentos listados no Acordo, o imigrante pode assim registrar-se e receber sua Carteira de Identidade de estrangeiro (CIE). Após essa etapa, o imigrante pode então solicitar os demais documentos nos órgãos responsáveis para exercer suas atividades no País Receptor, como seu Cadastro de Pessoa Física (CPF) e Carteira de Trabalho, mediante taxa de emissão.

O referente Acordo, em uma de suas partes inovadoras, trás que a permissão para a circulação dos nacionais mercosulinos será feita de forma que não exista outro requisito além da própria nacionalidade, o que vai contra a lógica internacional que impede o migrante que não possui condições financeiras determinadas pelo Estado receptor. Hoje, em parte por causa disso, já se adota a expressão “cidadão mercosulino”, apto a exercer direitos de residência em países do Bloco Mercosul, mais Bolívia e Chile, com direitos de trabalhar e empreender.

⁴ A Venezuela aderiu ao Mercosul em 2012, logo após a suspensão temporária do Paraguai, assim o país também passará a adotar o Acordo de Residência, já que este foi assinado por todos os países que compunham o bloco ao tempo da assinatura do Acordo. Foi acordado no protocolo de adesão do país ao Mercosul que a incorporação das normas do bloco ao sistema jurídico interno do país deveria ser gradual e com um prazo máximo de quatro anos a assinatura do documento (Art. 3º Protocolo de Adesão da Venezuela ao Mercosul), assim, o Acordo de Residência entrará em vigor para a Venezuela no prazo máximo de cinco de abril de 2014 – Fase IV de incorporação.

⁵ MERCOSUL/CMC/DEC.Nº20/12 Adesão da República da Colômbia ao “Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul, Bolívia e Chile

Entretanto, apesar do nacional migrante mercosulino estar protegido, conforme o documento, caso não se apresente ao final de dois anos de autorização para residência temporária, perante autoridade migratória do país de recepção, os imigrante nacional do Mercosul fica submetido à legislação migratória de cada Estado Parte, portanto, à mercê do poder discricionário do Estado.

Assim, o objetivo da presente pesquisa é verificar a contribuição do Acordo de Residência do Mercosul e Países Associados em relação à proteção jurídica dos migrantes originários do Bloco no Brasil. Para isso, estudamos as condições de imigração de nacionais do Mercosul em território brasileiro, suas dificuldades em conseguir os vistos por meio de um Acordo que não altera completamente a maneira que os Estados-nação veem os migrantes e os possíveis avanços para a proteção dos imigrantes a partir do documento.

O presente trabalho usará o método de abordagem dialético, a partir da demonstração das contradições existentes entre a suposta segurança que se quer dar ao migrante e o que realmente é garantido ao mercosulino pelo Acordo de Residência. Como técnica de procedimento, será adotada a descritiva e a bibliográfica, na análise dos documentos relevantes na elaboração da pesquisa proposta.

2 DIÁLOGO: A TEORIA APLICADA À REALIDADE DO MIGRANTE NO BRASIL

É sabido que os migrantes internacionais são agentes de produção econômica transnacional. Ao buscarem melhores condições de vida em outro país, além de tentarem aprimorar suas funções laborais no seu país receptor e contribuir para o seu crescimento com a sua força de trabalho, ainda, comumente, fazem remessas de valores para seus familiares no seu país de origem. Porém, o migrante nessa situação não encontra amparo nem no seu país de origem, pois não está mais lá, nem no país receptor, pois diversas vezes é visto como um intruso, no que tange a sua vida social e política.

Por mais que seja um país formado em maior parte por imigrantes, o Brasil possui um histórico de segregar os estrangeiros em solo pátrio da vida política.

Como uma herança da Ditadura Civil-Militar, temos no Estatuto do Estrangeiro, corpo jurídico que normativiza as regras referentes aos imigrantes, um documento que deixa bem claro que no Brasil primeiramente importa a segurança nacional e não o bem-estar da pessoa humana. Temos como exemplo o art.7º deste Estatuto, no qual se entende possível a não concessão de visto a estrangeiros considerados nocivos, o que é uma definição subjetiva de quem e como serão definidos os parâmetros de nocividade aos interesses nacionais, o que reforça a ideia de que a imigração é uma questão de segurança pública e não de direitos humanos. O Acordo de Residência, deve ser dito, tenta quebrar a lógica da segurança nacional, porém o faz parcialmente.

São notáveis alguns avanços que este Acordo representa para a melhoria da integração mercosulina, mas ao se deslocar de um país com uma realidade econômica, social e cultural totalmente diferente do que encontra no seu país de destino, com condições econômicas normalmente frágeis, o migrante ainda enfrenta dificuldades na sua inserção imediata nesse novo corpo social. Assim, atentamos para o fato de que o migrante mercosulino não possui um espaço para reivindicação das suas necessidades sociais e políticas no seu novo país.

Apesar de avanços como a lei de migrações argentina (Lei n. 25.871/04), que no seu artigo 11 reconhece o direito do imigrante, ainda que temporário, à participação da vida política do país e das decisões administrativas das comunidades locais onde residem, no Brasil, nem mesmo as propostas já em trâmite e em discussão de substituição do Estatuto do Estrangeiro, tratam desse direito. Isto reforça a ideia de que o migrante é só um objeto de mercado, submetido aos termos e vontades do Estado receptor e assim é condicionado pela lógica biopolítica em que o Estado transforma a pessoa humana em um elemento econômico-político e decide quem vive e quem sucumbe às suas fronteiras simplesmente pelo artifício da cidadania⁶

A nacionalidade, ao ter uma dimensão chave para os sujeitos desde a formação dos Estados-Nação na Modernidade, possui referência em seu conceito

⁶ REDIN, Giuliana. Direito de Imigrar: direitos humanos e espaço público. Florianópolis: Conceito, 2013.

ao vínculo jurídico-político que une uma pessoa a um Estado⁷, compondo, então, parte de seu povo. Mais do que isso, a nacionalidade reflete a legitimidade da presença de determinada pessoa dentro uma ordem nacional, em respeito ao mito da própria nação formador do Estado Moderno. Desta maneira, o “nacional” tem o direito de ocupar o território do Estado a que pertence, ao passo que o não-nacional, estranho (estrangeiro), sempre precisa legitimar-se, pois não é legítima sua presença em dado território por si mesma.⁸

Desse modo, o migrante acaba por restringir a sua vida à esfera privada da sociedade em que se insere, visto que apesar estar no espaço público da mesma maneira que os nacionais, este não pode ajudar a construir ou opinar na forma de melhorar o ambiente coletivo. Assim, a sua função acaba se limitando à produção de riqueza do país receptor por meio de seu trabalho e da acumulação pessoal de recursos para melhorar a sua condição econômica. Isso acontece devido ao formato nacionalista e privatístico em que os acordos de migração são construídos. A limitação de apenas servir para a acumulação de riquezas retira o direito de ação no espaço público que lhe asseguraria a construção da sua identidade na sociedade, que é alcançada unicamente pela possibilidade do sujeito agir e interferir no meio social coletivo. “O pertencer do estrangeiro não é um pertencer na acepção da palavra “participar”, mas um pertencer de apoderação, como um objeto de produção”⁹

Além disso, temos casos em que o Acordo é sub-utilizado. Um exemplo de não aplicação do documento, é São Paulo, que recebe anualmente muitos (até milhares) de bolivianos que migram em busca de trabalho, porém, que soma apenas 10 vistos de trabalho concedidas pelo MTE em 2014 para bolivianos em todo o estado, segundo Base Estatística do CNIg atualizado até 30/09/2014¹⁰.

⁷ WAGBOU, Maguemati. ¿Es posible pensar las migraciones internacionales desde el enfoque universal de ciudadanía? El Estado y la ciudadanía ante el desafío de la inmigración. *Ciencia Política*, n.º 14, p. 113-139, p. 118.

⁸ SAYAD, Abdelmalek. O Retorno: Elemento Constitutivo da condição do Imigrante. *Travessia Especial*, n.º especial, p. 7-31, jan.2000, p. 21.

⁹ REDIN, op. cit., p. 30.

¹⁰ BRASIL, Ministério do Trabalho e Emprego, Autorizações concedidas por unidade federativa para países do Mercosul, atualizado até 30/09/2014. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A4A5E01F7014A62CAF1085E37/5%20%20-%20Mercosul%20-%20Autoriza%C3%A7%C3%B5es%20concedidas%20a%20por%20UF.pdf>> Acesso em 07,mar, 2015.

Ainda que o Acordo de Residência do Mercosul e Países Associados tenha sido construído com um viés que reforça a questão do poder biopolítico de controle do Estado, há que se admitir que o Acordo traz algumas inovações em relações a outros acordos que se referem à circulação de pessoas. Podemos citar que para se conseguir um visto temporário e/ou permanente na União Europeia o migrante deve, obrigatoriamente, ter um seguro-doença, para que o país receptor não tenha encargos com possíveis problemas de saúde do migrado, o que acarreta em um altíssimo custo para a migração lícita na Europa¹¹. Já no Mercosul, essa exigência não existe. Além disso, o Brasil oferece serviços médicos gratuitos aos estrangeiros pelo SUS (Sistema Único de Saúde), um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, da mesma maneira a que atende aos nacionais.

O Acordo de Residência vem na esteira, inclusive, de avanços do Mercosul em matéria previdenciária, dos quais o Acordo Multilateral de Seguridade Social (Decisão CMC 19/97, incorporado no Brasil pelo decreto nº 5.722, de 13 de março de 2006), que permite que trabalhadores migrantes e suas famílias tenham acesso aos benefícios da seguridade social, possibilitando que os nacionais de um Estado-Parte tenham contabilizado o tempo de serviço em outro Estado-Parte para fins de concessão de benefícios por aposentadoria, invalidez ou morte.

O Acordo também determina que a mesma educação que um Estado é obrigado a dar a seus nacionais, também será dada em relação a qualquer nacional dos países do Mercosul que habite seu país. Além do que consta no Acordo, o Mercosul possui outros protocolos para a integração educacional que prevêm a revalidação de diplomas, certificados, título e o reconhecimento de estudos nos níveis fundamental e médio, técnico e não técnico, e ainda, estudos de pós-graduação. Existe, também, o Sistema de Acreditação de Cursos de Graduação do Mercosul (ARCU-SUL) e o Sistema Integrado de Mobilidade (SIMERCOSUL). Nesses pontos, indiscutivelmente, grandes passos foram dados para a evolução da criação de uma área de livre circulação de pessoas em todo

¹¹ Uma das principais determinações do Tratado de Schengen, que atualmente conta com 25 países integrantes, é a obrigatoriedade da contratação de uma Assistência Seguro Viagem que contenha cobertura mínima de € 30.000 para garantir a execução do auxílio médico em caso de doença ou acidente, valor estipulado por atender todos os países pertencentes ao tratado.

território, porém, é válida a crítica que o Estado Brasileiro não se comprometeu verdadeiramente com esses pontos, alegando a autonomia de seu regimento interno.

Ademais, é importante destacar que é expresso pelo Art. 3, parágrafo 2, sobre o direito fazer a solicitação de visto provisório, independente da condição migratória em que houver ingressado o peticionante no território do país de recepção. Deve ser aplicado ainda pelo mesmo artigo isenção de multas e outras sanções administrativas mais gravosas.

Em qualquer um dos Estados-Parte do Acordo, perante o consulado do país receptor, é possível solicitar a emissão do visto temporário, ou para os já imigrados, diretamente perante as autoridades responsáveis de cada Estado-Parte. Com a autorização em mãos, há o direito de trabalhar no lugar que agora reside. São exigidos para um visto de residência temporário: prova de nacionalidade e identidade, certidão de nascimento, certificado de nacionalização ou naturalização, quando for o caso, certificado de estado civil.

Tradicionalmente, os Estados reúnem-se somente com o intuito econômico; contudo, hoje também está nas pautas a proteção e efetivação dos direitos humanos de seus cidadãos. Com relação ao Mercosul, a postura não tem sido diferente; o acordo facilita não só a integração de pessoas, de modo cada vez mais amplo no âmbito mercosulino, mas também o combate ao tráfico de pessoas para fins de exploração de mão de obra e diminuição das situações de degradação da dignidade humana, inclusive relativas às famílias de imigrantes, mulheres e crianças.

Com efeito, a livre circulação de pessoas, que representa a máxima expressão do direito de ir e vir por sua capacidade de desenvolver a cooperação econômica social e cultural, muitas vezes motivada por interesses financeiros, encontra como barreira o direito do Estado de controlar os fluxos migratórios, sendo que em um processo de integração regional que visa alcançar o mercado comum a solução desta antinomia torna-se diretriz para o desenvolvimento de políticas públicas fomentadoras do turismo e do trabalho extrafronteiriço em tais regiões.

Isso representa o desenvolvimento da consciência dos países signatários

em prol da proteção internacional dos direitos humanos e integração e, ao mesmo tempo, reafirma a necessidade da união entre os Estados com o objetivo de aumentar sua competitividade econômica. Aparentemente antagônicos entre si, cada vez mais, a interligação desses ideais reconhece que o indivíduo é parte fundamental no processo integracionista e é o destinatário direto das medidas adotadas pelos Estados.

3 O BRASIL EM FOCO: APLICANDO A BUROCRACIA AO CASO CONCRETO

A entrada de estrangeiros mercosulinos no Brasil e vice-versa, poderá se dar sem exigência anterior de fonte de renda, como no passado era exigido, bastando que solicitem a residência temporária no país, por até dois anos, podendo tornar-se permanente, atendidos os requisitos legais pré-estabelecidos, sem demais encargos. Além disso, o documento se compromete com o combate ao tráfico de pessoas para fins de exploração de mão-de-obra e situações que impliquem degradação da dignidade humana.

Fica claro, logo no início do Acordo, que os Estados signatários reconhecem a necessidade de avançar em mecanismos jurídicos comuns. Dessa forma, busca-se aprofundar e fortalecer todo o processo de integração entre os países da comunidade regional. Porém, por mais que em muitos pontos seja progressista em comparação aos demais documentos internacionais que tratem de imigrantes, algumas críticas podem ser feitas ao Acordo em questão.

No Art. 1º está escrito que aqueles que desejem residir no território de outro Estado-Parte devem comprovar a sua nacionalidade e apresentar na solicitação os demais documentos expressos no Art. 4º para requerer a residência legal. Ao sujeitar o imigrante ao caráter discricionário do Estado, pois, este apesar de estar em consonância com o Acordo, pode ainda exercer seu livre arbítrio de escolher quem será barrado ou não. Nota-se inclusive diversos pontos que a redação ratificada não contempla as necessidades do migrante, pois diversas vezes “depende da lei do Estado-Receptor” que pode ser muito diversa da ideal para os fins que o Acordo se propõe, sendo nítido que o este documento não fica nesses quesitos muito longe da lógica internacional, pois o Estado acaba sendo

reiteradamente aquele que escolhe quem é ou não aceito, ignorando porventura as reais necessidades dos indivíduos que migram. Muitos passam por essa etapa sem nenhum documento ou comprovante consigo, em estado de total debilidade.

É exigível igualmente certidão negativa de antecedentes judiciais e/ou penais e/ou policiais no país de origem ou nos que houver residido o peticionante nos cinco anos anteriores à sua chegada, declaração, sob as penas da lei, de ausência de antecedentes internacionais penais ou policiais e certificado de antecedentes judiciais e/ou penais e/ou policiais do peticionante no país de recepção, quando se tratar de nacionais que já estejam vivendo em outro Estado-Parte. O que reflete mais uma vez na discriminação do não-nacional, pois não necessariamente uma pessoa que possui antecedentes criminais vai voltar a praticar delito, e mesmo que o faça isso não significa que ele seria inalcançável ao sistema penal do país receptor. Ademais, o sistema penal estaria obtendo resultados negativos, pois, a sua intenção é a reabilitação e não a reincidência, assim, proibir um migrante que teoricamente deveria ter sido reabilitado é uma prática de discriminação aos cidadãos que passam pelo jugo do direito penal.

É dito que é um direito dos Estados-Parte solicitar ou não certificado médico expedido por autoridade médica migratória ou outra autoridade sanitária oficial do país de origem ou de recepção, no qual conste a aptidão psicofísica do peticionante, tudo devendo estar em conformidade com as normas internas do país de recepção. Ademais, a exigência de atestado médico/sanitário citada no art.4º, F, reforça o fato de que ser dependente da legislação interna de cada país dá ainda mais abertura ao poder discricionário de cada Estado Receptor, o que afasta ainda mais a possibilidade de livre circulação de pessoas.

Finalmente, ainda no Art. 4º, também é exigido o pagamento de uma taxa de serviço, conforme disposto nas respectivas legislações internas. Por mais que exista garantia de isenção de multas ou sanções administrativas mais gravosas que independam da condição migratória em que houver ingresso o peticionado, no país de recepção, no Brasil, as taxas somam R\$226,23¹². Nesse valor, não está incluso ainda o valor gasto na autenticação dos documentos que serão

¹² Polícia Federal. Disponível em: < <http://www.dpf.gov.br/servicos/estrangeiro/pedido-de-transformacao-acordo-mercosul>>. Acesso em 15abr.2015.

usados em anexo ao pedido do visto de residência temporário.

Ademais, após conseguir a autorização, o migrante gastará ainda mais para a produção de documentos nacionais. A Carteira de Identidade de Estrangeiro (CIE) que custa R\$124,23 (cento e vinte e quatro reais e vinte e três centavos)¹³ para a sua confecção é o único documento incluso nas taxas iniciais. Outrossim, caso o migrante seja furtado, perca ou extravie o seu documento, a taxa de confecção da segunda via da sua CIE é de R\$305,03 (trezentos e cinco reais e três centavos)¹⁴, um absurdo, visto que esse valor é superior a um terço do salário mínimo vigente.¹⁵ Ao passo que a confecção da segunda via da carteira de identidade dos cidadãos nacionais custa R\$54,24 (cinquenta e quatro reais e vinte e quatro centavos), quase seis vezes menos que o valor da segunda via da CIE do estrangeiro.¹⁶

Bem como o art.4º, o art.5º também repete a lógica da adequação do Acordo à legislação interna do país receptor ao deixar livre a este Estado a fixação do valor das taxas dos documentos exigidos para a entrada no país. Se o pedido for indeferido existe uma outra taxa extra em valor aproximado de 180 reais para anexar documentos que possam alterar a decisão denegatória¹⁷

Concedido pela Polícia Federal, o visto de residência temporária é válido por 02 (dois) anos. 90 (noventa) dias antes do fim desse prazo, o estrangeiro poderá solicitar a alteração de seu visto para de um de tipo permanente. Conforme o Art.6º os imigrantes que uma vez vencida a residência temporária de até dois anos, não se apresentarem à autoridade migratória do país de recepção, ficam submetidos à legislação migratória interna de cada Estado Parte do

¹³ Polícia Federal. Disponível em: <http://www.dpf.gov.br/servicos/estrangeiro/emitir-cedula-de-identidade-de-estrangeiro/emitir-cedula-de-identidade-de-estrangeiro>. Acesso em 15 abr.2015.

¹⁴ Polícia Federal. Disponível em: <http://www.dpf.gov.br/simba/estrangeiro/solicitacao-de-segunda-via-de-cie> Acesso em 15 abr.2015.

¹⁵ Valor atualizado até março de 2015: salário mínimo nacional vigente R\$788,00 (setecentos e oitenta e oito reais).

¹⁶ GOVERNO DO RIO GRANDE DO SUL, Brasil. Disponível em: http://www.tudofacil.rs.gov.br/servico_visualizar.php?id_servico=2 Acesso em 15abr.2015.

¹⁷ Ministério da Justiça. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={A1BC41DE-C501-4FD4-8651-4891730652C3}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B7E11F037-1651-4349-930F-BAC2F3BEBA50%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>

Acordo.¹⁸

Quanto aos documentos que devem ser apresentados na requisição de alteração de modelos de visto, alguns já previamente apresentados são novamente examinados pelas autoridades do país receptor, como a prova de identidade e certidão negativa de antecedentes judiciais e/ou penais e/ou policiais, no país de recepção. Além disso, outros documentos devem ser mostrados, como certidão de residência temporária.

Ademais, é necessário a comprovação de meios de vida lícitos que permitam a subsistência do peticionante e de seu grupo familiar de convívio e o pagamento de uma taxa perante o respectivo serviço de migração, estabelecida pelas respectivas legislações internas. Podemos criticar, de maneira concisa, a necessidade que existe em realizar a “comprovação de meios de vida lícitos para residência permanente”, que desconsidera o estado de miserabilidade que pode estar infligindo o candidato ao visto (como Bolivianos que laboram na indústria de tecidos e roupas no Estado de SP) em situação análoga à escravidão. Por mais que um dos objetivos do acordo seja evitar tráfico e exploração de pessoas, muito ainda deve ser debatido.

4 CONCLUSÃO

Com muitas das regras do Estatuto do Estrangeiro - que dificulta a residência e o trabalho - em desuso, o Acordo de Residência dos Estados Partes do Mercosul e Países Associados se torna uma normativa ainda mais importante, pois pode ampliar e facilitar a proteção do imigrante nacional do Mercosul.

É importante salientar que os avanços que este Acordo traz para a integração mercosulina são notáveis em um mundo onde o fortalecimento dos laços comunitários entre países se tornou tão importante como ferramenta para assegurar uma real proteção ao indivíduo, seja no seu país de origem seja no seu país receptor. Entretanto, combater a discricionariedade do Estado, que muitas

¹⁸ BRASIL, Decreto número 6.975, Acordo sobre residência para nacionais do Estados parte do Mercosul, Bolívia e Chile. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6975.htm> Acesso em 07.mar.2015

vezes materializa-se em acordos multilaterais, é extremamente necessário, pois, somente assim a liberdade de mobilidade dos migrantes será realmente concreta.

Sabemos que apenas garantir o direito de deslocamento dos nacionais dos países do Mercosul não é o suficiente, devido a necessidade humana de interação social que só é completa quando se detêm o pleno exercício de direitos. A migração por si só não basta. O não-nacional ainda é visto como um estranho, um intruso, no seu país receptor. Há que se pensar em políticas públicas e em legislações unificadas para tratar destas pessoas e combater, finalmente, a lógica biopolítica que diminui o estrangeiro a objeto econômico que pode ou não interessar ao Estado.

O Acordo de Residência trouxe, sem dúvida, uma grande contribuição a proteção dos direitos humanos dos migrantes, como os avanços nos requerimentos de ingresso do país ou na facilitação para uma regularização. Contudo, itens tradicionais, como seleção de imigrantes na concessão de vistos (como a diferenciação daqueles que tenham antecedentes criminais) e as barreiras para a participação política mantêm-se ainda presentes. Portanto, o Acordo tem vários avanços importantes ao que o cenário internacional oferece, contudo há elementos ainda por ser construídos para a afirmação do direito de migrar.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA, **Lei número 25.871**, Buenos Aires, 2004. Disponível em: <http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/residencias/ley_25871.pdf>. Acesso em 07mar.2015.

BRASIL, **Lei número 6.825**, Estatuto do Estrangeiro, Brasília, 1980. Disponível em: <<http://www.dpu.gov.br/encontro/encontroredpo/pdf/Lei%206815%20-%2019081980%20-%20Estatuto%20do%20estrangeiro.pdf>>. Acesso em 07 mar. 2015.

BRASIL, **Decreto número 6.975**, Acordo sobre residência para nacionais do Estados parte do Mercosul, Bolívia e Chile. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6975.htm> Acesso em 07.mar.2015.

BRASIL, Ministério do Trabalho e Emprego, **Autorizações concedidas por unidade federativa para países do Mercosul**, atualizado até 30/09/2014.

Disponível em:

<<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A4A5E01F7014A62CAF1085E37/5%202%20-%20Mercosul%20-%20Autoriza%C3%A7%C3%B5es%20concedidas%20a%20por%20UF.pdf>>

Acesso em 07,mar, 2015.

COMISSÃO EUROPEIA, **A Europa da livre circulação, e espaço Schengen**,

2011. Disponível em:<http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/schengen_brochure/schengen_brochure_dr3111126_pt.pdf>.

Acesso em 07 mar. 2015

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.

MERCOSUL, **Decisão CMC 19/97**, Montevideu, 1997. Disponível em:

<<http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec1997p.asp>>. Acesso em 07, mar.2015.

REDIN, G. **Direito de Imigrar**: direitos humanos e espaço público.

Florianópolis: Conceito, 2013.

REDIN, G; MEZZARROBA, O. Proteção jurídica do imigrante intrarregional no sistema jurídico brasileiro: a restrição “legalizada” de acesso ao espaço público.

Prisma Jurídico, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 355-370, jul./dez. 2012.

SANCHES, G. de O. Mercosul e liberdade de locomoção de pessoas: os direitos humanos na integração regional. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10408&revista_caderno=19>. In: **Ambito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 93, out 2011. Acesso em fev de 2015.

SAYAD, A. **A Imigração ou os Paradoxos da Alteridade**. São Paulo: Edusp, 1998.

_____. O Retorno: Elemento Constitutivo da condição do Imigrante. **Travessia Especial**, n.º especial, p. 7-31, jan.2000.

WAGBOU, M. ¿Es posible pensar las migraciones internacionales desde el enfoque universal de ciudadanía? El Estado y la ciudadanía ante el desafío de la inmigración. **Ciencia Política**, n.º 14, p. 113-139.

¿DE QUÉ SE HABLA CUANDO SE HABLA DE “INTEGRACIÓN” DE LOS MIGRANTES?

INTEGRARSE PARA SER CIUDADANO O CIUDADANIZAR PARA INTEGRAR¹⁹

Silvana Begala

RESUMEN: El objetivo del trabajo es presentar, analizar y ofrecer puntos de reflexión teóricos para la observación de distintas lógicas o “pensamiento de estado” y las formas diferentes de concebir la “integración” que actúan detrás de políticas y prácticas públicas generadas por la presencia de los migrantes. Por un lado la “integración” es entendida como estrategia de gestión de la amenaza al orden cultural y social (homogenizar para ciudadanizar) y por otro como expresión de membresía social y política (ciudadanizar para integrar). La interacción de estas diferentes lógicas (armónica y/o contradictoriamente) en relación a la política migratoria argentina ponen en evidencia el verdadero “pensamiento de estado” y su lógica restrictiva confrontando a una retórica discursiva de apertura en la política migratoria de este país. La concepción de la “integración” de los migrantes con aspectos relacionados a políticas que llamamos de “asimilación jurídica” no es coherente con una política migratoria planteada desde la lógica de los derechos humanos ya que limitan la apertura pretendida de las políticas públicas y acciona como mecanismo que hace inaccesible la ciudadanía plena de los migrantes. Esta “asimilación jurídica” si bien no está guiada por la homogeneidad cultural como exigencia del estado nación es una sutil e ideológica forma de actualizar la fuerza del estado ya que relaciona la ciudadanía con la idea tradicional de nacionalidad.

KEYWORD: migrantes; política migratoria; integración /asimilación; ciudadanía.

1 INTRODUCCIÓN

Hablar de integración en ciertos contextos, el de la migración es uno, exige siempre hacer algunas aclaraciones y advertencias. Esto pone en evidencia que “integración” es un concepto del los que Gallie (2012) denomina “esencialmente

¹⁹ Trabajo en proceso, se solicita no reproducir ni citar.

impugnado”. Plantear de qué hablamos cuando hablamos de integración en el contexto migratorio no es meramente una cuestión semántica, sino que exige indagar en el sentido del logro que se valora en el proceso de integración y los medios que se eligen para ese logro. Estos, medios y logros, pueden ser utilizados como indicadores para analizar posturas políticas e ideológicas respecto al migrante y lo que Sayad (2010: 385-404), describe como el *pensamiento de Estado* producido en el terreno político de la migración. El pensamiento de Estado remite al conjunto de ideas y prácticas instituidas como visión dominante o hegemónica en la construcción de la figura social de la inmigración y los inmigrantes. De acuerdo a este autor el pensamiento de Estado puede comprenderse como una forma de pensamiento (que involucra acción) producida por el Estado de manera relacional con otros actores sociales y políticos e interiorizada como visión dominante o hegemónica, a través de la cual se establecen como legítimos determinados principios de visión y división del mundo social.

En este trabajo nos proponemos ofrecer puntos de reflexión teóricos para la observación de distintas lógicas o *pensamiento de estado* y las formas diferentes de concebir la “integración” que actúan detrás de políticas y prácticas públicas generadas por la presencia de los migrantes y sus formas de manifestarse en la legislación actual de Argentina.

2 INTEGRACIÓN COMO CONCEPTO IMPUGNADO

2.1 Integración como condición de ciudadanía²⁰ vs ciudadanía como medio de integración

²⁰ Aclaremos que nos referimos a la ciudadanía solo en sus aspectos normativos ya que no tomamos en cuenta en este trabajo la acción de los migrantes, que al trabajar, reclamar, y participar de la vida de las sociedades donde residen ejercen de hecho acción ciudadana. Para profundizar este aspecto ver Mezzadra (2012). También advertimos el elemento normativo y la “naturalización” que significa hablar de ciudadanía en términos modernos, ya que esto descansa en una valoración positiva de un determinado estilo de vida y organización política que puede ser legítimamente cuestionado.

Hablar de procesos de integración de los migrantes produce, por la relación histórica entre integración y homogeneización o aculturación, una reacción negativa en quienes tienen como objetivo político la interculturalidad y la eliminación de las desigualdades basadas en las diferencias culturales y/o de nacionalidad.

Pero en la actualidad se puede pensar en la integración desde lugares ideológicos y políticos distintos.

Los “problemas” causados por la migración no europea a Europa ha reeditado concepciones y estrategias habituales a fines del siglo XIX principios del XX en América latina donde la construcción de la homogeneidad cultural como característica se pensaba como elemento fortalecedor de los estados emergentes. Así la integración aparece asociada a la noción de identidad nacional, ya sea como proyecto a construir, el caso de los nuevos estados latinoamericanos del siglo XIX o como realidad consolidada puesta en riesgo el caso de la actual situación europea, en ambos con la función de fortalece y sostener la idea de orden.

Los antagonismos que plantea la noción de integración tienen que ver con énfasis distintos derivados de cosmovisiones e intencionalidades políticas distintas relacionadas con distintas ideologías de estado

En la ideología del Estado liberal el supuesto de los individuos iguales y libres donde el orden se genera a partir del consenso en los valores cívicos y culturales que es el que generan la cohesión social y se manifiesta una importante confianza en la agencia del estado en la producción de la integración que se pretende. También se evidencia un sentido disvalioso de la diversidad como generadora de desintegración social, cuya causa parece ser preponderantemente la migración. Las posturas inmersas en estas nociones abordan la migración y la presencia del migrante como algo que le pasa a la sociedad receptora en la medida en que ellos son distintos y pone en riesgo el orden social, ya sea porque hacen peligrar su “identidad cultural” o porque no acuerdan en cuestiones centrales del “estilo de vida local” o por que disputan recursos escasos (seguridad social, trabajo, salud, educación). Mientras esos riesgos no sean disipados la presencia del migrante es ilegítima y peligrosa. La

forma de purgar estos riegos tiene que ver con estrategias asimilacionista que obligan a los migrantes a ajustarse, adaptarse, asimilarse a la sociedad receptora para poder seguir estando y aspirar a ser titulares de derechos.²¹

Estas posturas adoptan una concepción esencialista de cultura e identifica fronteras culturales con fronteras políticas. Allí donde hay una frontera de un tipo la habrá de otro, porque entre ellas hay un vínculo de implicación simple (Grimson 2011: 20)

En este sentido la ciudadanía es entendida no solo en término de derechos y deberes, sino en términos de demandas culturales y morales hacia los nuevos miembros como prueba de su identificación con la nación, que si son satisfechas otorgan el privilegio del reconocimiento de algunos derechos.

Otra cara dentro de la misma concepción del Estado liberal tiene que ver con las posturas “étnicas diferencialistas” frente a ellas la asimilación perdió legitimidad y la ganó el derecho a defender y preservar la identidad colectiva y el rechazo a la adaptación a la cultura hegemónica. Los relatos nacionales de homogeneidad fueron desacreditados no solo por los procesos de globalización sino por dinámicas emergentes como la indígena, afro, mestiza, que repusieron la distancia entre el territorio jurídico y la cultura (Grimson 2011: 22).

Tanto las tendencias asimilacionistas como el multiculturalismo dentro del estado neoliberal dan lugar a la construcción de hegemonías que tergiversan y ocultan los verdaderos motivos de las migraciones que no se debe más que al aumento de las desigualdades debidas a la globalización, no dejando ver su estructura y las condiciones objetivas que ella genera. Un indicador claro de que el problema de los inmigrantes es económico lo muestra el hecho de que los compatriotas ricos de los migrantes pobres no necesitan ser integrados y no tienen los mismos problemas, incluso para ellos se reserva en el peor de los casos el termino extranjero.

Desde otro punto de vista, Solé (2011) plantea que se puede hablar de tres niveles de integración de los migrantes los cuales no necesariamente están implicados. El primer nivel es *estructural*, y se da a través de la penetración en la

²¹ Para profundizar las distintas modalidades de estas estrategias ver Gil Araujo (2011).

estructura ocupacional de la sociedad receptora. El segundo nivel es el *sociocultural*, el que la autora distingue claramente de la asimilación ya que esta integración sociocultural no se entiende como la adquisición de hábitos y valores ajenos y se presenta separado de las cuestiones identitarias. Esta integración se logra y manifiesta por la constante negociación de las relaciones (étnicas y de clase), lo que no significa la superación de los conflictos pero sí evita ocultar las estructuras que los generan. El tercer nivel es la integración *jurídica* que se expresa en la garantía de la igualdad de derechos. Este nivel tiene como posibilidades los que la autora (Solé 2011: 44-47) describe como modelos: el de la *inclusión/exclusión* donde el estado reconoce formalmente algunos derechos bajo algunas condiciones; el modelo de *naturalización* que crea la ficción de que la migración no existió y en términos de vínculos con el estado se integra al migrantes haciendo desaparecer la categoría de extranjero que es la que lo deja fuera de la igualdad de derechos, y el último es el modelo de la *ciudadanización*. Este último en su expresión y objetivo más ambicioso se manifiesta en la transformación de la noción de ciudadanía incorporando el principio de igualdad. Este principio garantiza los mismos derechos y obligaciones para todos los residentes de un estado nación. En este sentido la categoría que origina la ciudadanía es la residencia y no la nacionalidad.

Este nuevo concepto de ciudadanía es más amplio que el vinculado a la nacionalidad otorgada por un estado nación, e incluye a inmigrantes y minorías sociales (Solé 2011:85). Esta ciudadanía inclusiva y plural, implica un *status* común para inmigrantes y autóctonos. De ahí que la ciudadanía inclusiva y las políticas de integración que la acompañan, orientadas a la educación de la población autóctona en la diversidad y la socialización de los migrantes en las normas de la sociedad autóctona, son un instrumento de generación de cohesión social efectivo. Mucho más eficaz que la integración por asimilación, la que por empíricamente irrealizable al ser puesta como condición de ciudadanía solo tiene la función de excluir y no de integrar. Además al sacar la discusión del ámbito de la cultura y de la incompatibilidad e inadaptabilidad cultural del migrante aparecen las dimensiones reales del problema que es económico con implicaciones políticas.

Dentro de esta perspectiva la cohesión social también se verá fortalecida si se reconoce como partes de la sociedad a todos los que las conforman y se les da voz en todas las conversaciones donde se tomen decisiones cuyas consecuencias los alcancen (Benhabib 2004), solo así se satisfacen la verdadera democracia y las exigencia de los derechos humanos.

3 LA INTEGRACIÓN DE LOS MIGRANTES EN LA POLÍTICA PÚBLICA DE ARGENTINA

Es claro que el Estado no es el único actor en los proceso de integración y que las respuestas políticas del estado a la inmigración se aprecian en varias de sus manifestaciones y por tanto no son las normas las únicas expresiones del pensamiento de estado. No obstante nosotros en este trabajo acotamos nuestro análisis a las normas y las consideramos como producto social y político y como expresión del pensamiento de Estado. Es decir consideramos a las normas siguiendo a Novick (1997) como:

"[...] forma ideológica-concreta que elaboran los grupos - o el grupo- que en un momento histórico puntual detenta el poder político para explicar comprender y legitimar un conflicto específico de intereses, intentando mediante esta -la ley- resolverlo a su favor. "

En los años del surgimiento del Estado Argentino con pretensiones de modernización para el logro del desarrollo social y económico; con la primera ley de migraciones N° 817²² de 1876, conocida como ley Avellaneda y hasta principios del siglo XX, la inmigración es fomentada desde las normas y las políticas públicas como elemento para poder afianzar las fronteras, realizar la colonización la que estaba estrechamente vinculada con la actividad agrícola y el progreso económico.²³ La imagen del inmigrante tuvo en esta época en Argentina

²² ADLA 1852-1880, 1128. Esta ley tuvo vigencia formal hasta 1981 en que es derogada por la Ley N° 22.489. De aquí en más el lugar de publicación de las normas se presentará de esta manera: Anales de la Legislación Argentina (ADLA), años correspondientes o tomo donde está publicada y página; o mencionando la fecha del Boletín Oficial (BO)

²³ Al mismo tiempo se produce un deterioro de las relaciones laborales y el agravamiento de los conflictos sociales que desembocaron en huelgas y en el fortalecimiento de los sindicatos obreros. Por otra parte, las ideas anarquistas y comunistas importadas con la primera oleada

un significado positivo aunque restringida a su carácter europeo y agrario (Devoto, 2003:40). Tan importante es la intención de fortalecimiento del Estado Nación moderno, que la búsqueda de integración de los extranjeros y la idea de la generación de “argentinidad” en sus descendientes, se extiende y se expresa en otras políticas públicas asimilacionistas y en normas que pretenden actualizarlas, como son la ley de educación (pública gratuita, laica y obligatoria) la ley de matrimonio civil y la de servicio militar obligatorio.²⁴ La idea era que en el servicio de armas y en las aulas los hijos de inmigrantes se forman como patriotas argentinos.

La Ley Videla²⁵ N° 22.439 de 1981 que pretende ser una legislación integral, moderna para el fomento de la inmigración; adopta el principio de selección, ya usado por legislación anterior, de extranjeros cuyas características culturales permitan su adecuada integración en la sociedad argentina (art. 1), reforzando la idea constitucional del fomento de la migración europea, asociándola con el objetivo de la colonización. Manteniendo la lógica asimilacionista y el modelo de inclusión/ exclusión

A fines del año 2003 y como fruto de la acción de varios agentes sociales y políticos se deroga la Ley Videla N° 22.439 y se la reemplaza por la Ley N° 25.871²⁶ que a pesar de contar con diez años de vigencia se la sigue llamando *Nueva ley de migraciones* y esto por la novedad que pretendió incorporar a la política migratoria argentina al plantear un cambio desde la retórica de la exclusión (Domenech, 2009:21) que caracterizaba a los períodos anteriores a la retórica de la inclusión basada en la perspectiva de los DDHH, la ciudadanía comunitaria y el pluralismo cultural.

La actual legislación migratoria expresa entre sus objetivos la inserción de los migrantes en la sociedad de acogida. Si bien afirma que con la política

migratoria consolidaron la corriente de organización obrera argentina, la que se transformó en un movimiento deseoso de intervenir cada vez más en las luchas obreras. Así la sindicalización dio origen a una contracara represiva en las políticas migratorias

²⁴ Normas generales fortalecidas con otras medidas menores como la obligación del uso de la lengua española en las escuelas y la prohibición del uso de nombres extranjeros.

²⁵ Llamada así porque fue redactada y entró en vigencia durante el gobierno de facto de Jorge Rafael Videla. ADLA XLI B, 1577.

²⁶ Sancionada el 17/12/2003, promulgada de hecho el 20/01/2004 y publicada en el BO 21/01/2004.

migratoria el Estado busca dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes (art. 3) luego, en otros incisos del mismo artículo, relaciona la integración con aspectos económicos laborales y la promueve en relación a las personas que residan legalmente.²⁷ Estos serían para la legislación los potencialmente “integrables”, reforzando la consideración de la integración como una acción del Estado y solo destinada a quienes residen de manera regular y permanente en un nivel de integración estructural.

Si bien son consideraciones restringidas, alejan la idea de integración de aspectos culturales asimilacionistas y parecerían relacionarlo (con las restricciones expresadas) al ejercicio de derecho o a la creación de condiciones para el ejercicio de derechos. En este punto es necesario recalcar que cuando se enfatizan los esfuerzos en la inserción en el mercado laboral formal, la lógica que está detrás de estas medidas no es la del ejercicio de derechos centrando el interés en el migrantes, sino que estas medidas refuerzan la lógica de interés del estado y su función reguladora y de control. Esto aparece cuando se ponen atención en la falacia de una de las justificaciones dadas por el Estado Argentino al establece regímenes simplificados de regularización documentaria. Entre las motivaciones de este tipo de políticas se enuncia “[...] *la situación en la que se encuentran [los migrantes con residencia irregular] genera dificultades para su inserción en el mercado laboral formal, impidiendo el goce de sus derechos laborales y de seguridad social, así como el cumplimiento efectivo de sus deberes y obligaciones*”²⁸. Esta consideración de la regularización como mecanismo de inserción en el mercado laboral y como fuente de derechos es falaz en el sentido de que los derechos laborales en el ordenamiento jurídico argentino están

²⁷ Art.3 Son objetivos de la presente ley: e) Promover la integración en la sociedad argentina de las personas que hayan sido admitidas como residentes permanentes; [...] h) Promover la inserción e integración laboral de los inmigrantes que residan en forma legal para el mejor aprovechamiento de sus capacidades personales y laborales a fin de contribuir al desarrollo económico y social de país;

²⁸ Consideración presente en las Disposiciones de la DNM 1/2013; 2/2013 y 974/2014 que establecen regímenes simplificados y especiales de regularización de extranjeros de nacionalidad dominicana, senegaleses y coreana

reconocidos a los migrantes trabajadores más allá de su situación de residencia.²⁹ Es decir que la regularización como medio de integración no tiene como lógica la ciudadanización del migrante sino que se la relaciona con el estado concediendo una situación que posibilitan el ejercicio de derecho, lo cual no sale del modelo que planteamos como de exclusión/inclusión y no alcanza a ser integración jurídica en el sentido que lo plantea Solé.

La relación de la integración con el reconocimiento de derechos aparece con un grado de explicitación mayor en la reglamentación³⁰ del el art 6 de la ley de migraciones.

El Ministerio del Interior, a través de La Dirección Nacional De Migraciones, sus autoridades delegadas y las fuerzas que componen la Policía Migratoria Auxiliar, en el ejercicio de las competencias asignadas, velarán por el resguardo de los derechos humanos y el goce del derecho a migrar reconocido por la Ley N° 25.871. Asimismo, prestará colaboración con otras áreas de los Gobiernos Nacional, Provincial, Municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en aquellas acciones o programas tendientes a lograr la integración de los migrantes a la sociedad de recepción y a garantizar su acceso a los servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social, en igualdad de condiciones con los nacionales.

Relación nuevamente relativizada por la función condicionante de la regularización de la residencia para el acceso a derechos tal como lo expresa el artículo 5 cuando afirma: *El Estado asegurará las condiciones que garanticen una efectiva igualdad de trato a fin de que los extranjeros puedan gozar de sus derechos y cumplir con sus obligaciones, siempre que satisfagan las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia, de acuerdo a las leyes vigentes.*

Si bien, como dijimos antes, la ciudadanización, el reconocimiento de derechos, como estrategia de integración es la que se condice con la lógica de los derechos humanos, el énfasis puesto en la regularización de la residencia y la subsistente dependencia de esta condición administrativa para la titularidad de algunos derechos, le quitan sustancialidad a la política migratoria. Esto también deja entrever la resistencia a la consideración del migrante como habitante-

²⁹ Art. 56 de la Ley N° 25.871 La aplicación de la presente ley no eximirá al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral respecto del extranjero, cualquiera sea su condición migratoria; asimismo, en ningún modo se afectarán los derechos adquiridos por los extranjeros, como consecuencia de los trabajos ya realizados, cualquiera sea su condición migratoria.

³⁰ Decreto 616/2010 Publicado en el BO 03/05/2010.

ciudadano cualquiera sea su condición de residencia, única categoría que creemos compatible con la consideración de la migración como derecho humano

Avanzando en el texto normativo el Estado vuelve a presentarse como sujeto del proceso de integración asumiendo en todas sus jurisdicciones el compromiso de favorecer la integración de los extranjeros. En el art. 14 enuncia ciertas “iniciativas”³¹ para lograrlo. Si bien entrarían dentro de los aspectos instrumentales³² (no asimilacionistas), la norma vuelve a relacionar aquí la integración con aspectos culturales.³³ Las iniciativas propuestas suponen igualdad formal entre los grupos sociales y se apoya en la reciprocidad y consenso. Esto podría leerse como expresión de multiculturalidad si no fuera por la contundente afirmación del último artículo material de la ley que dice “*Ninguna de las disposiciones de la presente ley tendrá por efecto eximir a los extranjeros de la obligación de [...] respetar la identidad cultural de los argentinos*”, lo que vuelve explícita la asunción de una postura cultural esencialista.

En lo formal, muchos autores celebran lo que se muestra como un cambio de paradigma, que pasa de la consideración de la migración como amenaza a la seguridad nacional, con importantes restricciones a los derechos en función de la situación migratoria y amplia discrecionalidad de las autoridades migratorias, a un paradigma centrado en la lógica de los DDHH. Discursivamente la nueva ley remite a una idea de sociedad multicultural, integrada en la región e inclusiva, que respeta los derechos de los extranjeros y valora su aporte social y cultural (Novick, 2004:55); no obstante sigue considerando al migrante como quien puede contribuir al desarrollo económico y social del país (art. 3 inc. h) y como quien

³¹ El Estado en todas sus jurisdicciones, ya sea nacional, provincial o municipal, favorecerá las iniciativas tendientes a la integración de los extranjeros en su comunidad de residencia, especialmente las tendientes a: a) La realización de cursos de idioma castellano en las escuelas e instituciones culturales extranjeras legalmente reconocidas; b) La difusión de información útil para la adecuada inserción de los extranjeros en la sociedad argentina, en particular aquella relativa a sus derechos y obligaciones; c) Al conocimiento y la valoración de las expresiones culturales, recreativas, sociales, económicas y religiosas de los inmigrantes; d) La organización de cursos de formación, inspirados en criterios de convivencia en una sociedad multicultural y de prevención de comportamientos discriminatorios, destinados a los funcionarios y empleados públicos y de entes privados.

³² Conocimiento que favorecen las relaciones laborales y sociales de los migrantes en el país de acogida.

³³ En este sentido también se expresa el art. 106: Los poderes públicos impulsarán el fortalecimiento del movimiento asociativo entre los inmigrantes y apoyarán a los sindicatos, organizaciones empresariales y a las organizaciones no gubernamentales que, sin ánimo de lucro, favorezcan su integración social, prestándoles ayuda en la medida de sus posibilidades.

puede (y debe) ser integrado a la sociedad argentina, dando varios indicios³⁴ de la continuidad de la tendencia asimilacionista presente desde los inicios de la conformación del Estado argentino. Desde el texto de la norma se entiende también que el principal instrumento para la integración es la regularización documentaria.³⁵ Así considerada, la integración no es la consecuencia del principio igualitario y su expresión el goce y garantía de derechos en la sociedad receptora -agencia principal de esa integración- sino que es vista (o sigue siendo vista) como una obligación del migrante para su no marginación y como garantía de no discriminación.

Hay una nueva presencia ideológica de la racionalidad asimilacionista que se refleja en las políticas estatales adscriptas al pluralismo cultural o multiculturalismo, ya que se reconoce la sociedad como multicultural y multiétnica, se valora la contribución de los distintos grupos étnicos al crecimiento del país, se promueve el respeto y la tolerancia a la diversidad cultural pero se mantiene inalterada la estructura de poder que reproduce las condiciones materiales y simbólicas de desigualdad y exclusión social (Domenech 2009)

4 CONSIDERACIONES FINALES

Por un lado la “integración” es entendida como estrategia de gestión de la amenaza al orden cultural y social (homogenizar para ciudadanizar) y por otro como expresión de membresía social y política (ciudadanizar para integrar). La interacción de estas diferentes lógicas en relación a la política migratoria argentina ponen en evidencia el verdadero “pensamiento de estado” y su lógica restrictiva confrontando a una retórica discursiva de apertura en la política migratoria de este país.

La concepción de la “integración” de los migrantes vinculada con aspectos relacionados a políticas homogeneizadoras limitan la apertura pretendida de las

³⁴ Ver art. 3, incs. a), e) y h); art. 14 y art. 125 de la Ley N° 25.871

³⁵ La relación entre la integración y la regularización se presenta con direcciones cambiadas, en la ley se habla de la regularización como mecanismo de integración, mientras que los regímenes especiales de regularización documentaria, presentan la oportunidad de regularización como “premio” a la integración demostrada, generalmente por la participación en el mercado laboral irregular.

políticas públicas y acciona como mecanismo que hace inaccesible el goce de la ciudadanía plena de los migrantes, ya que esta exige una concepción de ella y de los migrantes alejadas de cuestiones culturales y de la tradicional idea de nacionalidad.

Si la regularización funciona como condición para la integración y los derechos se condicionan a la regularización nos estamos manejando en la lógica del control (inclusión/exclusión) y no en la de los derechos humanos. Si bien esta noción se aleja de la idea de asimilación cultural como forma de integración genera una necesidad de “asimilación jurídica” que si bien puede ser coherente con una política migratoria de control no lo es con una planteada desde la lógica de los derechos humanos ya que limitan la apertura pretendida de las políticas públicas y acciona como mecanismo que hace inaccesible el goce de la ciudadanía plena de los migrantes. Esta “asimilación jurídica” al no estar guiada por la homogeneidad cultural como exigencia del estado nación separa la noción de integración de los aspectos étnico-culturales no deja de ser una sutil forma de actualizarla. Al establecer límites del acceso a los derechos basándose en situaciones administrativas (residencia regular/ residencia irregulares) generadas por la condición de extranjería, reedita, una suerte de fundamentalismo cultural que tiene sus raíces y supuestos ideológicos en la nacionalidad vinculada a la concepción de estado nacional moderno. Esto permite actualizar lo que Stolcke (2004:25) llama “*habitus* nacional” y por el cual a los que no comparten nuestra nacionalidad se les niega el derecho de compartir “nuestro trabajo”, “nuestros recursos”, “nuestros espacios políticos” considerándolos competidores ilegítimos en la disputa por estos bienes escasos. En esta lógica “ellos” solo tienen derecho a lo que nuestro Estado quiera darles y siempre bajo ciertas condiciones. Entre esas condiciones, como ya vimos, también está el respeto por la “identidad cultural local” lo que refuerza la presencia del fundamentalismo nacionalista en el pensamiento de estado.

Desde una lógica de los Derechos Humanos la legitimidad de la presencia del migrante, debe asentarse en su condición de persona, y no en la regularización de su residencia, o en la nacionalización (que siempre conservará

la mácula del origen “no natural”)³⁶, ni en su aporte al sistema económico, o en en la concesión graciosa de reconocimiento de su ciudadanía por el Estado.

La necesidad de relacionar la migración con una lógica de ciudadanía post nacional es un aspecto en el cual coincidimos desde el punto de vista político, la posibilidad de su concreción, en el actual contexto de globalización capitalista, con un estado nación debilitado pero que se sigue manejando como agente en el proceso de integración de los migrantes es un punto que estimula la reflexión.

REFERENCIAS

BEGALA, S. (2006) “No condicionar los derechos de los migrantes a la situación de residencia”. **Desafíos Urbanos**, 12, 54: 46-47.

BEGALA, Silvana (2013) “Migración: ciudadanía jerarquizadas e inclusión diferencial”. Publicación electrónica del **XIV Congreso Nacional y IV Latinoamericano de Sociología Jurídica**. Universidad Nacional de Córdoba. ISBN 978 987 29256 2 8.

BENHABIB, S. (2004) **Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos**. Barcelona: Gedisa.

DEVOTO, F. (2003): **Historia de la inmigración en la Argentina**. Buenos Aires: Sudamericana.

DOMENECH, E. (2005) **Inmigración, Estado y Educación en Argentina: ¿Hacia nuevas políticas de integración?** en <http://webiigg.sociales.uba.ar/pobmigra/archivos/domenech.pdf> Consultado el 11 de noviembre de 2014.

DOMENECH, E. (2009): “La visión estatal sobre las migraciones en la Argentina reciente. De la retórica de la exclusión a la retórica de la inclusión”, en Doménech, Eduardo (Comp.) **Migración y política: el estado interrogado**. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba,. Pp.21-70.

DOMENECH, E. 2011 “**La gobernabilidad migratoria en la Argentina: hacia la instauración de políticas de control con “rostro humano”**”, Trabajo presentado en el IV Congreso de la Red Internacional de Migración y Desarrollo “Crisis global y estrategias migratorias: hacia la redefinición de las políticas de movilidad” Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Sede Ecuador) 18 al 20 de mayo. Disponible en http://rimd.reduaz.mx/ponencias_flacso/PonenciaEduardoDomenech.pdf

³⁶ Ver Begala 2013.

GALLIE, W. B. (2012) **Conceptos esencialmente impugnados**. Vol. 49. México: Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, 1998. en Julder A. Gómez (2012) El campo de la argumentación esencialmente polémica en *Discusiones Filosóficas* vol.13 no.21 Manizales July/Dec. 2012

GIL ARAUJO, S. (2011) “**Las argucias del concepto de integración. Una exploración por el paisaje europeo**”, *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 1, n° 3.

GRIMSON, A. (2011) **Los límites de la cultura. Crítica de las teorías de la identidad**. Buenos Aires: Siglo XXI. <http://opo.iisj.net/index.php/osls/issue/view/5>.

JOPPKE, C. (2012) **The role of the state in cultural integration: trends, challenges and ways ahead**. Washington: Migration Policy Institute.

MEZZADRA, S. (2012) “**Capitalismo, migraciones y luchas sociales. La mirada de la autonomía**” en *Nueva Sociedad*, n°. 237. Buenos Aires: Fundación Friedrich Ebert. Disponible en <www.nuso.org>.

NOVIK, S. 1997 “**Políticas migratorias argentinas**”. En *inmigración discriminación, políticas y discursos*. Oteiza, Novick, y Aruj. Buenos Aires: Grupo Editor Universitario. Ppp.83-139.

SAYAD, A. (2010) **La doble ausencia. De las ilusiones del emigrado a los padecimientos del inmigrado**. Barcelona: Anthropos.

SOLÉ C. (2011) **Inmigración y ciudadanía**. Barcelona: Anthropos

STOLCKEN, Ve. (2004) “**Qué entendemos por integración social de los migrantes**” en Checa, Francisco y Angeles Anjona (eds.) *Inmigración y derechos humanos, la integración como participación social*. Barcelona:Icaria.

SAFE THIRD COUNTRY CONCEPT AND THE RISK OF *REFOULEMENT* IN THE CEAS

Laura Madrid Sartoretto,

ABSTRACT: The refugee reception and protection is a controversial issue in most of the continents. In Europe the Common European Asylum System (CEAS) has been established in the 90s as a way to harmonise practices and sharing responsibilities for asylum seekers and refugees within the EU. The CEAS is, however, frequently criticized for violation human rights treaties as well as European law. One of the most controversial policies of the CEAS is the use of “safe third country” concept in order to assess refugee applications. This paper aims to analyse the “safe third country” concept and framework and its application in the CEAS. It also support the idea that in applying this concept, Member States are violating human rights and refugee law as well as European legislation, specially the *non-refoulement* principle.

KEYWORD: refugees; human rights; safe third country; CEAS; non-refoulement.

1 INTRODUCTION

The protection of refugees under international law has always been a controversial issue. On the one hand States are bound by international obligations towards displaced people, which constitute the framework of international refugee protection, on the other hand, as an internal issue and, influenced by the principle of sovereignty, nations have treated refugee law as an “unwanted child”³⁷, a “burden”. States, thus, have gradually increased the requirements individuals should fulfill in order to apply for asylum and be recognized as a refugee.

However the level of autonomy EU Member States possess in deciding on immigration issues with regards to their territory, when dealing specifically with asylum seekers and refugees, they are bound by the principle of *non-refoulement*, established in at international level by Art. 33 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees (1951 Convention) and its 1967 Protocol and the 1984

³⁷ Byrne, R. and Shacknove, A., 'The Safe Third Country Notion in European Asylum Law', 9 Harvard Human Rights Journal, 187 (1996), p. 187.

Convention Against Torture (CAT), and at regional level by Art. 3 of the European Convention on Human Rights. *Non-refoulement* is also considered a *jus coegens* principle by some academics, especially when it comes to protection and prevention against torture by virtue of art. 3 of the CAT³⁸. This principle broadly provides that no person should be expelled or returned to a country where she or he is in risk of facing torture, degrading or inhuman treatment. In theory, therefore, EU Member States are obliged to *non-refoulement* asylum seekers to countries or regions where they may be exposed to human rights violations and to places which do not observe the principle of *non-refoulement*.

Broadly adopted around the world and in Europe, the concept of “safe third country” has been established by the London Declarations of 1992³⁹ and used to prevent asylum seekers from applying for asylum within the EU territory. The linkage of this concept to expeditious asylum procedures, that grant no safeguards to applicants, leads to breaches of international obligations by disrespecting the principle of *non-refoulement* and sending individuals to places where they might be persecuted and/or suffer human rights violations.

Although EU Member States are signatories of both the 1951 Convention and the European Convention on Human Rights (ECHR), and therefore bound by these legal instruments which impose the obligation of protection towards refugees, under the European Union umbrella, they have adopted legislation that breaches international obligations they have assumed. In this regard, the adoption of the Dublin II Regulation and the Schengen Agreements in combination with the “safe third country” practice is responsible for a disintegration of the net of protection refugees are entitled to under international and European laws.

This essay will thus claim that, in applying EU legislation as regards to refugees, Member States are breaching the principle of *non-refoulement* – a cornerstone of international refugee protection. It is being stated that the legal framework Member States put in practice through EU legislation, in order to harmonise the asylum system “towards the lowest denominator in terms of human

38 Allain, G., 'The *jus coegens* nature of *non-refoulement*' 13 International Journal of Refugee Law, 4 (2001), p. 533-588.

39 European Council, Conclusions of the Meeting of the Ministers responsible for Immigration, London Declaration, London Dec. 1992. 10579/92, Immig. 2.

rights and refugee protection standards”⁴⁰, hence adopting dubious criteria for establishing the concept of safe third country, amount, in practice, to a breach of international obligations towards refugees. It is also being claimed that in reality there is a great risk that refugees are being sent back to persecutor's States by the exercise of a practice known as “chain *refoulement*”, as EU Member States, by sending refugees to safe third countries, lose track of these individuals whereabouts and whether they are being granted the protection they are entitled under international law.

2 NON-REFOULEMENT PRINCIPLE IN INTERNATIONAL REFUGEE LAW

Having acquired the status of customary law⁴¹ and even *jus coegens* principle in the view of some scholars, the *non-refoulement* principle is provided in various legal instruments in order to protect people against being returned or sent to countries where there is a risk of persecution. Art. 33 of the 1951 Convention⁴² provides that States shall not expel or return (“*refouler*”) a refugee “to territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion”. The 1984 Convention Against Torture (CAT) in its Art. 3 also provides that States shall not expel or return individuals to another State “where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture”, no derogation is allowed in this case, as the *jus coegens* strength is applied in this situations. In addition, Art. 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights also provides against *refoulement* as well as some regional and international regulations, resolutions and recommendations⁴³. In the Cartagena

40 Human Rights Watch, *UNCHR at 50: What Future for Refugee Protection?*, 12 Dec. 2003 <www.hrw.org/campaigns/refugees>, accessed 16 April 2012.

41 Goodwin-Gill, Guy S., and Jane McAdam, *The Refugee in International Law* (3rd edn, OUP 2007), p. 354 and UN High Commissioner for Refugees, *UNHCR Note on the Principle of Non-Refoulement*, November 1997, <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/438c6d972.html>> accessed 17 April 2012.

42 Although, under Art 33 (2) of the 1951 Convention, *refoulement* might be justifiable in exceptional circumstances, Goodwin-Gill and McAdam note that it does not deny the characteristic that *non-refoulement* is an absolute principle, it “rather indicates the boundaries of discretion”. Goodwin-Gill, Guy S., and Jane McAdam,, as point 5 at p. 345.

43 Goodwin-Gill, G. S., and McAdam, J. as point 5 at p. 346.

Declarations, it has been stated, in accordance with Allain's ideas⁴⁴, that the principle of *non-refoulement* “in the present state of international law should be acknowledged and observed as a rule of *jus coeogens*”⁴⁵. Also, Art. II(3) of the Convention Governing the Specific Aspects of Refugees in Africa and Art. 22(8) of the 1969 American Convention on Human Rights have made reference to *non-refoulement*. In theory, therefore, this principle is binding on all States, which are obliged to respect it in order to comply with international law.

The principle of *non-refoulement*, as defined by the 1951 Convention, encompasses a roll of human rights which are widely recognized and protected by international law, such as right to life, the right to physical integrity, and the right not to be subject to arbitrary detention⁴⁶. When asylum seekers leave their countries (either forced, coerced or by their own will) they are fleeing from persecution due to their “race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion” (as provided by Art. 1A(2) of the 1951 Convention) the principle of *non-refoulement*, therefore is the only assurance asylum-seekers and refugees have, they will not be exposed again to the human rights violations they have escaped.

According to Goodwin-Gill and McAdam, *refoulement* is a term, used in Europe in immigration issues, which means the “reconduction to the frontier of those discovered to have entered illegally and summary refusal of admission of those without valid papers”⁴⁷. However, with respect to refugees, immigration laws shall not be directly applied as refugees are not merely immigrants, they are entitled to international protection that goes beyond immigration framework. Art. 31 of the 1951 Convention, for instance, explicitly provides that penalties shall not be imposed to refugees “on account of their illegal entry or presence”⁴⁸. Although

44 Allain, G., as point 2.

45 Americas - Miscellaneous, *Cartagena Declaration on Refugees, Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama*, 22 November 1984, <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36ec.html>>accessed 17 April 2012].

46 Marx, R., Non-Refoulement, Access to Procedures, and Responsibility for Determining Refugee Claims, 7 *International Journal of Refugee Law* (1995), p. 388.

47 Goodwin-Gill, G. S., and McAdam, J. as point 5 at p. 201.

48 UN High Commissioner for Refugees, ‘1951 Convention and 1967 Protocol relating to the Status of Refugees’ (*Audiovisual Library of International Law*, 2008) <<http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/prsr/prsr.html>> accessed 15 April 2012.

explicit, this provision has been increasingly disrespected by States, keen to prevent individuals from filing asylum applications in their territories.

Despite of the binding nature of the principle of *non-refoulement*, in practice, States insist in *refoule* individuals to face persecution and, as consequence, degrading and inhuman treatment and torture. In Canada and Australia, for instance, there were claims that both countries were sending victims of human trafficking to face the risk of harm elsewhere⁴⁹. In this same path, the European Union has enacted a set of legal instruments, aiming the harmonisation of the immigration and asylum procedures within the EU, the Common European Asylum System (CEAS), which have been criticised by academics, NGOs and international organisations for establishing a “lowest common denominator”⁵⁰ in terms of refugee protection. As well as legislation, the European Council has established in 2004, the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (the Frontex)⁵¹, which has been accused of carrying out procedures, through Rapid Border Intervention Team (RABIT), violating human rights obligations in countries such as Italy, Spain and Greece⁵². Those procedures are accused of violating the principles of due process as they eliminate steps and remedies in refugee claims proceedings in order to privilege celerity. Claims seen as *prima facie* unfounded are not regularly analysed by the authorities as the accelerated procedures are implemented in a way they can speedily deny refugee status to applicants.⁵³

3 THE COMMON EUROPEAN ASYLUM SYSTEM

The CEAS was designed to harmonise immigration and asylum law in Europe as it was essential with the intention of opening the internal borders of the Union in order to grant free movement of persons, capitals and goods within the

49 Jayasinghe, U. and Baglay S., *Protecting Victims of Human Trafficking Within a ‘Non-Refoulement’ Framework: is Complementary Protection an Effective Alternative in Canada and Australia?*, 23 International Journal of Refugee Law (2011), pp. 489-520.

50 Human Rights Watch as point 4.

51 Established by Council Directive (EC) 2007/2004.

52 Amnesty International, *Greece: briefing to Committee Against Torture*, October 2011, p. 27.

53 Oakley, Sharon.

EU. At the Tampere Conclusions, in 1999, the EU Member States' representatives set out the CEAS' framework, underpinned on the idea of “full and inclusive application of the Geneva Convention, thus ensuring that nobody is sent back to persecution”⁵⁴. However the intentions of the Member States were at that time, the product that resulted of those discussions has created a system which has been criticised for both not fairly sharing responsibility for asylum procedures among EU Member States and for breaching international obligations towards refugees and asylum seekers.

Art. 63 of the Treaty Establishing the European Community sets out the measures which Members States should implement within five years from the entry into force of Treaty of Amsterdam. The measures were as follows:

1. measures on asylum, in accordance with the Geneva Convention of 28 July 1951 and the Protocol of 31 January 1967 relating to the status of refugees and other relevant treaties, within the following areas:
 - (a) criteria and mechanisms for determining which Member State is responsible for considering an application for asylum submitted by a national of a third country in one of the Member States,
 - (b) minimum standards on the reception of asylum seekers in Member States,
 - (c) minimum standards with respect to the qualification of nationals of third countries as refugees,
 - (d) minimum standards on procedures in Member States for granting or withdrawing refugee status.⁵⁵

The most important pieces of legislation of the CEAS were the Directives established by the European Parliament at the first stage of the development of the CEAS. The first instrument adopted was the Qualifications Directive⁵⁶, established between 1999 and 2004, was aimed to harmonise, among Member States, the requirements for recognizing among applicants who was entitled to refugee status. As Gil-Bazo highlighted, the scope of the Qualification Directive was narrowed to the 1951 definition of refugee, missing thus the “opportunity to combine in one status all protected categories of individuals under international law”, meaning the 1951 Convention and other categories of displaced people who

⁵⁴ European Parliament, Tampere European Council 15 and 16 October 1999, Presidency Conclusions, <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm> accessed 12 April 2012.

⁵⁵ European Union, *Treaty Establishing the European Community (Consolidated Version)*, Rome Treaty, 25 March 1957, <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b39c0.html>> accessed 21 April 2012.

⁵⁶ Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted; [2004] OJ L 304/12.

need protection⁵⁷. In 2001, the Directive temporary protection⁵⁸ for mass influx of displaced people was adopted as a mean of quickly addressing the problem of mass influx refugees, which had been recently experienced by western European countries during the conflicts in Bosnia Herzegovina and Kosovo in the 90s. The Directive on minimum standards of reception conditions⁵⁹ and the Dublin II Regulations⁶⁰ were adopted in 2003 as way to prevent forum shopping among asylum seekers and fairly share the responsibility for asylum applications among Members States. Finally, in 2005, the procedures Directive⁶¹ (APD) was adopted to set out minimum standards of procedures in asylum applications within the EU.

Although Members States are legally bound by the 1951 Convention and in Art. 63 of the Treaty Establishing the European Community it has been clearly stated that the measures to harmonise the system should be “in accordance with the Geneva Convention of 28 July 1951 and the Protocol of 31 January 1967 relating to the status of refugees and other relevant treaties”, what has been experienced, so far, is failure not only in solving administrative problems caused by an unfair responsibility-sharing for asylum seekers and refugees among Members States, but also an increasingly number of accusations, from individuals applicants, NGOs, international organizations and academics, of violations of human rights obligations towards refugees.

With regards to administrative improvements CEAS would bring to the EU, it has been argued that the Dublin II Regulation would improve the fairness in responsibility-sharing of asylum applications among Member States, however the European Council on Refugees and Exiles expressed in its comments on the

57 Gil-Bazo, M. T, ‘The Protection of Refugees under the Common European Asylum System. The Establishment of a European Jurisdiction for Asylum Purposes and Compliance with International Refugee and Human Rights Law’ (2007) 36 Cuadernos Europeos de Deusto, 153, p. 159.

58 Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof. [2001] OJ L 212/12.

59 Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers; [2003] OJ L31/18.

60 Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national [2003] OJ L50/1.

61 Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status [2005] OJ L326/13

Dublin II Regulations recast was that “the available information suggests the system is expensive, inefficient and places disproportionate pressures on Member States that make up the EU's external southern and eastern borders”⁶².

As to human rights issues, specifically addressing *non-refoulement*, the Dublin II Regulation provides in its preamble that, bound by the 1951 Convention, Member States shall ensure “that nobody is sent back to persecution (...) respecting the principle of *non-refoulement*”, stating at the same paragraph that third country's individuals might be sent to “safe countries”⁶³. In addition, the Schengen Implementation Agreement of 1985 and the Agreement between the EU and Poland, before the country joined the Union, provided for “protection elsewhere” for asylum seekers⁶⁴. Although providing the possibility of sending asylum seekers to “safe countries”, both documents highlighted that this measure would have to observe and respect the 1951 Convention and the principle of *non-refoulement* as provided in international human rights law.

Despite of the fact provisions are being inserted in international and regional legal instruments, in practice, Member States recurrently disrespect the principle of *non-refoulement* when dealing with asylum seekers applications, either because when sending refugees and asylum seekers to third countries they do not base this decision in comprehensive and reliable information about the third country's practices (both in procedural issues and reception conditions for refugees), and because sending countries often lose track of refugee's whereabouts, which not rarely are sent back to countries where they fled persecution (country of origin) resulting in chain *refoulement*. Lauterpacht and Bethlehem have concluded that “‘safe country’ policies appear to be predicated on the appreciation that the safety of the country to which the refugee is initially sent must include safety from subsequent *refoulement* to a place of risk”⁶⁵. In *T.I.*

62 European Council on Refugees and Exiles, *Comments from the European Council on Refugees and Exiles on the European Commission Proposal to Recast the Dublin Regulation*, April 2009.

63 Council Regulation (EC) No 343/2003 as point 23.

64 UN High Commissioner for Refugees, *UNHCR Position on Readmission Agreements, 'Protection Elsewhere' and Asylum Policy*, 1 August 1994, 3 European Series 2, p. 465., <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b31cb8.html>> accessed 19 April 2012.

65 Lauterpacht, Sir Elihu and Bethlehem, Daniel, ‘The scope and content of the principle of *non-refoulement*: Opinion’ in Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson (eds.), *Refugee*

v. UK, in assessing whether the UK was violating international obligations by sending an asylum seeker back to Germany, where he had an order of removal issued, the European Court of Human Rights (European Court) found that the removal of the asylum seeker to Germany (a Contracting State) based in the Dublin II Regulation did not “affect the responsibility of the United Kingdom to ensure that the applicant is not, as a result of its decision to expel, exposed to treatment contrary to Article 3 of the Convention”⁶⁶. As to the final decision, the European Court dismissed the claimant's application on the grounds that Germany could not be regarded as an unsafe country, however, it made clear that in its assessment of safe third country, the possibility of chain *refoulement* should be taken into account when applying the Dublin II Regulation in order to establish state responsibility for asylum applications.

In 1996, analysing the Dublin Convention conclusions, Byrne and Shacknove noted that the concept of safe third country was likely to continue to be misapplied due to discrepancies among Member States' legal and administrative framework for protection of asylum seekers and refugees⁶⁷. The scholars, at the time, had a clear idea of the challenges CEAS faces currently in the attempt of harmonising the system.

Drawing a comparison between southern Member States and countries such as Germany, the Netherlands and Finland, it is clear that the discrepancies in asylum procedures, requirements for qualification as refugees and reception conditions are immense, despite some of the Council Directives were adopted more than ten years ago. Comparing the positive decisions on asylum applications released in 2009 by UNCHR, figures show that Greece has granted for only 0.3% of the applicants and Spain has recognised 7.6% of the asylum seekers as refugees. On the other hand, Germany's rate of positive decisions is 42.9%, 48.3% in Netherlands and 77.8% in Finland. Although it can be argued that waves of applicants from the fleeing the same regions apply in the same Member States and it could cause the discrepancies in the figures above mentioned, it is not

Protection in International Law : UNHCR ' s Global Consultations on International Protection (Cambridge University Press, 2003) p. 125.

⁶⁶ *T.I. v. The United Kingdom* App no 43844/98 (ECHR, 7 March 2000).

⁶⁷ Byrne, R. and Shacknove, A., as point 1 at p. 186.

always true. In reality, it shows that Member States interpret differently and inharmoniously EU legislation.

As to the reception conditions, it is widely recognised that southern Member States bear a greater responsibility towards asylum seekers because of its geographical position, it is also known that these states are facing unprecedented economic and social crisis, therefore, these countries allegedly cannot afford the minimum standards for asylum seekers, such as housing, education for minors and even food. Countries such as Greece, for instance cannot provide the minimum conditions for refugees, NGOs and international organizations have repeatedly accused this country of exposing refugees to inhuman and degrading treatment when in detention⁶⁸. In 2009, Amnesty International accused Greece of violations of asylum seekers rights as they are “being denied a fair hearing of their claim, in turn exposing them to a serious risk of *refoulement*”⁶⁹.

As a consequence, it can be argued that even among EU Member States the conditions of refugees and asylum seekers in some countries, such as Greece, are so poor that *non-refoulement* principle is being violated as asylum seekers are being *refouled* to places that they will not be protected against degrading and inhuman treatment or chain *refoulement*.

It is clear that preventing forum shopping implies harmonisation of the EU asylum system; however, effective measures permeate harmonisation of interpretation of the legal framework which protects refugees and a convergence of the reception conditions, both formally and materially. It is being demonstrated, by Dublin II and Schengen's failure in transferring asylum seekers to Member States responsible for their applications, that harmonisation was not attained by bureaucratic measures. Therefore “to achieve an approximate equality of results, and thus a reduction of forum shopping, enhanced procedure and substantive convergence is required”⁷⁰.

68 Aithma, *One Month at Petrou Ralli: The unacceptable situation concerning the registration of asylum applications continues*, 15 March 2012 <<http://www.aitima.gr/?q=en/en/home>> accessed on 20 April 2012.

69 Amnesty International, *The Dublin II Trap – Transfers of Asylum-seekers to Greece*, EUR 25/001/2010, March 2010, p, 13.

70 Byrne, R. and Shacknove, A., as point 1 at p. 212.

4 “SAFE THIRD COUNTRY” AND THE RISK OF *REFOULEMENT*

Established by the Dublin II Regulation and the Schengen Agreements and adopted in the Asylum Procedures Directive (APD) allegedly aiming to avoid secondary movements of asylum seekers within the EU, the safe third country expressions has been, in reality, adopted by the European asylum jargon as a mean to prevent asylum seekers from filing an application within the EU Member States' territory, or when the application is filed, to try to allocate the responsibility for the application outside their jurisdiction. As Legomsky notes, it is a way States found to pass the responsibility of analysing asylum applications to countries they think asylum seekers could have sought protection and which they deem to be safe⁷¹. At the beginning, the concept of safe third country was welcomed by the UNCHR as a way of benefiting and protecting refugees by providing them the opportunity of seeking asylum in a country where they had links⁷². But it has currently been criticised for not helping asylum-seekers to integrate in a country they want to be, on the contrary, refugees are being sent back or to places they have no link and are at risk of suffering human rights violations.

The concept of safe third country carries the notion that asylum seekers should seek protection in States which they have a link with, either because in their journey they crossed this State or because they have links such as common culture, language family members, etc. “In that State applicant must not be at risk of persecution, *refoulement* or treatment in violation of Article 3 ECHR”⁷³. In addition, when countries of origin are deemed safe by Member States, asylum seekers can be returned to States where they have already been prosecuted. In practice, what happens is that when a Member State believes and asylum applicant has come from a safe third country or a safe country of origin, her or his

71 Legomsky, Stephen H. ‘Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection’ 15 International Journal of Refugee Law 571 (2003).

72 Byrne, R. and Shacknove, A., as point 1 at p. 191.

73 UN High Commissioner for Refugees, *Improving asylum procedures: comparative analysis and recommendations for law and practice*, (Study), March 2010, p. 296.

application is deemed as an unfounded, as consequence, it is processed in accelerated procedures, that grant them no safeguards, provided by EU law⁷⁴.

Art. 36 of the APD provides that Member States can elaborate a list of safe third countries, however, the list does not need to be common to all Member States⁷⁵. As to how the criteria that States use to assess the “safety” of a third country or a country of origin, Art. 27(2) (b) of the APD provides that States shall assess whether the country is safe by analysing on a case-by-case basis the safety for a particular applicant and/or “national designation of countries considered to be generally safe”. The information about safe countries comes from country itself or the UNHCR on the States' practice on the principle of *non-refoulement*. However, this assessment should not only be based in general information about the country's practices (as it commonly occurs), but always be founded on a case-by-case evaluation of the situation with regards to the applicant in question⁷⁶. In *Chahal v. UK*, the European Court of Human Rights has analysed general information about India (given by Indian government and NGOs) however, it has given particular importance to information regarding the situation of the applicant if sent to that country. Based in both sets of information, the Court has decided that the UK has violating Art. 3 of the Geneva Convention by sending the applicant back to India, where he could be exposed to torture and inhuman and degrading treatment.

The criteria set out by the Art. 27 (1) of the APD for the assessment of the safety of a country are as follows:

- (a) life and liberty are not threatened on account of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion;
- (b) the principle of *non-refoulement* in accordance with the Geneva Convention is respected;
- (c) the prohibition of removal, in violation of the right to freedom from torture and cruel, inhuman or degrading treatment as laid down in international law, is respected; and
- (d) the possibility exists to request refugee status and, if found to be a refugee, to receive protection in accordance with the Geneva Convention.

Analysing the criteria provided in the APD it is difficult to understand how Member States manage to assess the safety of a country at the same time they

74 Hopkins, John, 'The Emperor's New Safe Country Concepts: A UK Perspective on Sacrificing Fairness on the Altar of Efficiency', *International Journal of Refugee Law* (2009), p. 219.

75 UN High Commissioner for Refugees as point 36 at p. 296.

76 ECRE, Comments on the APD proposal of recast, May 2010.

adopt accelerated procedures to individuals who shall seek protection in safe third countries as these procedures do not offer applicants adequate safeguards and the possibility to prove their claims, violating therefore the 1951 Convention⁷⁷.

The safe third country practice adopted by Member States implies in first assessing whether an asylum applicant can be expelled to a safe third country, then, if not, they will apply the Dublin II regulations in order to assess the EU Member State responsible for processing the asylum application. In proceeding in this way, Member States have inverted the logic of protection, making the expulsion of applicants the rule⁷⁸.

Lack of direct suspensive effect in the appeals filed in accelerated procedures has also been strongly criticised. It is a great problem as even if the decision on the appeal is favourable to the applicant, if this person had been already driven back to other country, it is very difficult to bring the individual back. In *M.S.S. v. Greece and Belgium*, for instance, the European Court of Human Rights has found that there was a serious risk of *refoulement* of the applicant, as there was no automatic suspensive effect in appeals to the *Conseil d'Etat* in Belgium⁷⁹. International institutions and NGOs, therefore, urge the Council and the European Parliament that all appeals “have full automatic suspensive effect”⁸⁰.

Taking into consideration all the above mentioned criticisms to the concept of safe third country, some academics argue that this practice should be totally abandoned as it is “fundamentally flawed [...] as even with safeguards *refoulement* is certain to occur”⁸¹. The wording of the legal instruments that provide the application of this practice do not prevent States to send asylum applicants back to persecution, torture and even to death.

77 Byrne, R. and Shacknove, A., as point 1 at p. 215.

78 Byrne, R. and Shacknove, A., as point 1.

79 *M.S.S. v. Belgium and Greece* App no 30696/09 (ECHR, 21 January 2011).

80 ECRE, as point 39 at p. 47.

81 Borchelt, G., 'The safe third country practice in the European Union: A misguided approach to asylum law and a violation of international human rights standards', 33 *Colum. Human Rights L. Rev.* 473.

5 FINAL CONSIDERATIONS

Bearing in mind the belief that they would be solving the problem of disharmonisation of the asylum system in Europe, Member States, through EU legislation, have adopted practices that violate international obligations they are subjected. The CEAS has been accused of neither effectively solve the problem of harmonisation nor respect fundamental rights of asylum seekers and refugees in Europe.

The principle of *non-refoulement*, one of the most important provisions on refugee protection, is being violated by Member States with the intention of prevent asylum applications within the EU territory. It has, since 1980, caused a gradual disintegration of refugee protection framework in Europe as a system which allegedly was created to protect displaced people is being used to prevent individuals from seeking and receiving protection.

In this path, the adoption of the safe third country concept, brought about by the Dublin II Regulation and the APD, instead propitiate the asylum seeker an opportunity for choosing where to apply for asylum, based on her or his perception of the most adequate country to live according to this person's culture, language and family links, it creates a barrier for asylum seekers for seeking protection in Europe.

Individuals identified as "having links" to safe countries are exposed to accelerated procedures which do not allow them the opportunity of have the merits of their application analysed. Moreover, the criteria to establish the safety of a third country are dubious and incipient, and even if they were adequate, Member States, intending to prevent asylum applications, would not respect it at all. In addition, there is no harmonisation in deciding which countries are safe , each Member State can elaborate its own list of safe countries that bears no relation to other Member State's lists.

As a result of the adoption of this practice, therefore, what is being seen is asylum seekers being expelled to places where they receive no protection whatsoever. These individuals are being exposed to inhuman and degrading treatment, when not to torture and assassinations. As Byrne and Shacknove

stated “returning asylum seekers to a country where the asylum laws and procedures fall below the a minimum standards result in *refoulement*”⁸². In some cases, as a result of chain *refoulement*, refugees are facing violations in the State they have fled from (their country of origin) because of bilateral agreements countries have among them.

In conclusion, if Member States do not refrain from envisage asylum seekers as regular immigrants, which are not entitled to special protection under international law, these countries will continue with the misleading discourse that refugees are a burden to be bear. In order to effectively comply with international refugee law, States must take into consideration the necessities and the free will of asylum seekers when deciding which country is responsible for an asylum application instead of adopting dubious concepts as safe third country. This would consequently bring harmonisation to the system and, most important, a fairer application of the rules, in compliance with international refugee law.

REFERENCES

AITHMA, **One Month at Petrou Ralli**: The unacceptable situation concerning the registration of asylum applications continues, 15 March 2012
<<http://www.aitima.gr/?q=en/en/home>> accessed 20 April 2012.

ALLAIN, G., 'The jus coegens nature of non-refoulement' **13 International Journal of Refugee Law**, (2001), p. 533-588.

AMERICAS - **Miscellaneous, Cartagena Declaration on Refugees, Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama**, 22 November 1984,
<<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36ec.html>> accessed 17 April 2012.

AMNESTY INTERNATIONAL, **Greece**: briefing to Committee Against Torture, October 2011.

AMNESTY INTERNATIONAL, **The Dublin II Trap** – Transfers of Asylum-seekers to Greece, EUR 25/001/2010, March 2010,

⁸² Byrne, R. and Shacknove, A., as point 1 at p. 211.

BORCHELT, G., 'The safe third country practice in the European Union: A misguided approach to asylum law and a violation of international human rights standards', 33 Colum. **Human Rights L. Rev.** 473.

BYRNE, R. and Shacknove, A., 'The Safe Third Country Notion in European Asylum Law', 9 **Harvard Human Rights Journal**, 187 (1996).

CHAHAL, V. **the United Kingdom App no 22414/93** (ECHR, 15 November 1996).

Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status [2005] OJ L326/13.

Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof [2001] OJ L212/12.

Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers [2003] OJ L31/18.

Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national [2003] OJ L50/1.

Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted [2004] OJ L304/12.

Commission, '**Report from the Commission to the Council and to the European Parliament on the application of Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers**' COM (2007) 745 final.

Commission, '**Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of the Dublin system**' COM (2007) 299 final.

Commission, '**Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on strengthened practical cooperation - New structures, new approaches: improving the quality of decision making in the common European asylum system**' COM (2006) 67 final.

Commission, '**Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards for the qualification and status of third**

country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection and the content of the protection granted' COM (2009) 551 final.

Commission, '**Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing international protection (Recast)**' COM (2009) 554 final.

Commission, '**Amended proposal for a D Directive of the European Parliament and of the Council on common procedures for granting and withdrawing international protection status (Recast)**' COM (2011) 319 final.

Commission, '**Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down minimum standards for the reception of asylum seekers (Recast)**' COM (2008) 815 final.

Commission, '**Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (Recast)**' COM (2008) 820 final.

Commission, '**Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down standards for the reception of asylum seekers (Recast)**' COM (2011) 320 final.

ECRE, **Comments on the APD proposal of recast**, May 2010.

EUROPEAN COMMUNITIES, The Council, Conclusions of the Meeting of the Ministers responsible for Immigration, **London Declaration**, London Dec. 1992. 10579/92, Immig. 2.

EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, **Comments from the European Council on Refugees and Exiles on the European Commission Proposal to Recast the Dublin Regulation**, April 2009.

EUROPEAN UNION, **Treaty Establishing the European Community** (Consolidated Version), Rome Treaty, 25 March 1957, <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b39c0.html>> accessed 21 April 2012.

GOODWIN-GILL, G. S., and Jane McAdam, **The Refugee in International Law** (3rd edn, OUP 2007).

HOPKINS, J, 'The Emperor's New Safe Country Concepts: A UK Perspective on Sacrificing Fairness on the Altar of Efficiency', **International Journal of Refugee Law** (2009), p. 219.

HUMAN RIGHTS WATCH, **UNCHR at 50: What Future for Refugee Protection?**, 12 Dec. 2003 <www.hrw.org/campaigns/refugees>, accessed 16 April 2012.

JAYASINGHE, U. and BAGLAY S. Protecting Victims of Human Trafficking Within a 'Non-Refoulement' Framework: is Complementary Protection an Effective Alternative in Canada and Australia?, **23 International Journal of Refugee Law** (2011), p. 489-520.

LEGOMSKY, S. H. 'Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection' **15 International Journal of Refugee Law** 571 (2003).

LAUTERPACHT, S. E. and BETHLEHEM, D. 'The scope and content of the principle of nonrefoulement: Opinion' in Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson (eds.), **Refugee Protection in International Law** : UNHCR 's Global Consultations on International Protection (Cambridge University Press, 2003).

M.S.S. v. **Belgium and Greece App no 30696/09** (ECHR, 21 January 2011).

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS), **American Convention on Human Rights 1969** (Pact of Sao Jose, Costa Rica), 35 Treaty Series 9 ILM 673.

T.I. v. **The United Kingdom**, Appl. No. 43844/98 (ECHR, 7 March 2000).

UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, UNHCR **Note on the Principle of Non-Refoulement**, November 1997
<<http://www.unhcr.org/refworld/docid/438c6d972.html>> accessed 17 April 2012.

UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, UNHCR **Position on Readmission Agreements, 'Protection Elsewhere' and Asylum Policy**, 1 August 1994, 3 European Series 2, p. 465.,
<<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b31cb8.html>> accessed 19 April 2012.

UN High Commissioner for Refugees, '**1951 Convention and 1967 Protocol relating to the Status of Refugees**' (Audiovisual Library of International Law, 2008) <<http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/prsr/prsr.html>> accessed 15 April 2012.

UN High Commissioner for Refugees, **Improving asylum procedures: comparative analysis and recommendations for law and practice**, (Study), March 2010, p. 296.

DOES THE LAW PROTECT INDONESIAN MIGRANT WORKERS?

Anis Farida,

ABSTRACT: This paper aims to examine how Indonesian law give a protection for Indonesian migrant workers, are there any adequate laws in providing protection for Indonesian migrant workers? This study is a qualitative research with socio legal feminism approach that has plural method covering observation, interviews with women migrant workers, and other parties related to this problem. And we will analysis of laws, regulations, academic literature, and other secondary sources. Based on the field research and theoretical analysis, the result of this study is, the problems faced by migrant workers can be identified in several stages, namely the process of recruitment, pre-departure, the placement in the destination country and return time. Basically the normative law in Indonesia has been providing protection to migrant workers. However, the implementation at every stages are potentially deviate from predefined. As a result a various harm actions experienced by migrant workers candidates since the recruitment process until the placement in the destination country, even when they returned to his home country. This condition of course needs to be improved with a social control in each stage as well as law enforcement with clear sanctions for any person.

KEYWORDS: women; migrant worker; protection; law

1 INTRODUCTION

Asia has become the most dynamic part of the economy world during Post War era. Japan, Hongkong Taiwan and Singapore have shown a strong economic performance. Thailand and Malaysia also considered as new industrialized country with significant economic achievement in the last two or three decades. Unfortunately Philipine and Indonesia have faced regional monetary crisis in 1997, which it affected the growth of economic, and expanded into a social and political one. The economic inequality between countries in this region affected the mobility of population and regional migration. The problems such as poverty, unemployment, inadequate infrastructure, a complicated regulatory environment, and unstable political life are push factors driving international migration for

Indonesia and Philippine. Mobility Indonesian workers to Malaysia has been growing very rapidly, especially after the economic crisis began in 1997. The number of migrant workers deployed from Indonesia is rising and has reached 748,825 in 2008 with a steady increase yearly, according to the National Board for Placement and Protection of Indonesian Overseas Workers (BNP2TKI). Indonesia is now recognized as having the second largest migrant workers population in South-East Asia, second only to the Philippines. Indonesian migrant workers, the majority of whom are women (79%), are mostly employed in Asia (59%) and the Middle East (41%). Most migrant workers are employed in the informal sector (77%) mainly as domestic workers or labourers. The largest amounts remitted come from Malaysia (USD 2.3 billion) and Saudi Arabia (USD 2.2 billion) .

Adding to this is the large number of irregular migrants leaving the country without going through the formal recruitment scheme. Indonesia has been categorized as a yellow light in terms of illegal migration, as many as 1.9 million citizen leaving the country with illegal status. The Indonesian women migrants tend to be absorbed in manual labor (blue collar workers), informal employment, as well as domestic work or work 3D (dirty , dangerous, difficult) due to this conditions of expertise and limited educational background (secondary school). The fact that many of these migrants are weak women with limited education and skills have created a critical problem. These women are often trapped in dirty and dangerous work in plantations, factories, household, or sold to brothels or nightclubs as sex workers. During the year 2011 the Ministry of Foreign Affairs noted the 38, 880 cases. Meanwhile , in 2013 complaints received by BNP2TKI reached 4,432 complaints . Cases received consists of various types of cases , such as unpaid salaries , violence by employers , died , trafficking, and even the threat of the death penalty for Indonesian Migrant Workers . Ministry of Foreign Affairs noted , throughout 2011-2014 there were more than 400 cases of death penalty threats faced by migrant workers in the various countries of destination. A total of 46 migrant workers have been freed from the threat of the death penalty , however, in the same year also appeared 47 new cases.

Why does it happen? How the mechanism of sending Indonesian migrant workers? This paper aims to examine how Indonesian law give a protection for

Indonesian migrant workers especially for women migrant workers, are there any adequate law in providing protection for Indonesian migrant workers? This study using the case of Indonesian women migrant workers who work in Malaysia. Malaysia is directly adjacent in land and sea with Indonesia, and they have a socio-cultural similarities. We will analyses the law protection for the migrant workers and the systemic barriers that they face before, during, and after their migration. The findings of this study are based on field research in Indonesia, Primary data was collected through a series of interviews with migrant workers, NGOs, and local bureaucrats in their worker shelter city (Semarang) and in the border areas in West Kalimantan. And we will analysis of laws, regulations, academic literature, and other secondary sources in both English and Bahasa Indonesia. The field research took place between October 2014 and February 2015.

2 THEORETICAL PERSPECTIVES

Migration is one of globalization products, which inevitable by many state and nation. Inada and Rosaldo stated none of the States in the world that can survive with a monolithic community. Castles and Miller believe that globalization has given rise to the migration industry. Migration industry influence state policy and has involved many actors to be involved in the networking system of international migration, such as labor recruiters, brokers, travel agents, distributors labor services, banking and other parties. Theoretically, migration undertaken by domestic workers are very close to the theory of the microstructure.

Migration in this case is seen as informal social networks were built by migrants as an effort to solve their life problems. Informal social networks include personal relationships, family and household patterns, friendship and community rope, as well as issues of mutual cooperation in the economic and social issues. This network is a vital resource for individuals and groups. Informal networks that bind migrants and non-migrants into a network of social relations and the role of interpersonal roles. Hugo expressed in research on the migration of Asians showed that the decision to migrate is basically made not by individual decision

but the family. So families and communities is an important element in the migration networks. In many cases the decision is determined by the migration of older people (especially men) where young people and women are expected to obey the authority of patriarchy. This contributes to the growing of feminization of migration.

The form of feminization of migration showed by the fact that most migrant workers, majority worked in unskilled occupations with most female workers employed as domestic helpers (81%). Limited education and knowledge of legal migrant workers often put women on inferior position. To anticipate the various problems faced by migrant workers, the government has enacted the law No. 39/2004 on the Placement and Protection of Indonesian Workers Abroad. The regulation of migration in article 2 of Law No. 39/2004 states that the placement and protection of prospective migrants / migrant workers is based on the integration, equality, democracy, social justice, gender equality, anti-discrimination, and anti-trafficking. Besides that Indonesia have a Criminal Code and Human Trafficking Law No. 21/2007.

3 FROM “A TOURIST” TO BE “AN ILLEGAL WORKERS”

APJATI – the largest association of Indonesian labour recruiters and placement agencies – estimates that 40,000 temporary labour emigrants are currently leaving Indonesia each month, 10,000 of whom are leaving through illegal or irregular means. As of the end of December 2008, 52.6 per cent (1,085,658) of a total of 2,062,596 foreign migrant workers in Malaysia are Indonesian workers. There is also a large number of irregular Indonesian migrant workers in Malaysia. Indonesian workers are mainly found in certain occupational sectors, such as domestic work (24.83%) and plantation work (25.33%), which they tend to dominate. Malaysia became the main purpose of migrant workers due to geographical and cultural factors. Geographically, Malaysia is the nearest neighbor of Indonesia, so the transportation from Indonesia to Malaysia is easy, cheap and fast. Other factors that influence are cultural factors, Malaysia and Indonesia have similar cultures (language, food, religion). The geographical

conditions have made people easier to cross the borders through various channels, both legal and illegal. Through the island of Borneo, there are several entrances, one of them is Entikong. Entikong border in West Kalimantan, directly adjacent to Tebbedu, Kuching, Malaysia. Entikong is crowded by the queue of Indonesian citizens who will cross borders in every morning. Their goal are diverse, some of them just traveled, medical treatment, shopping, or working both legally and illegally.

The flow of migrants from Indonesia to Malaysia can be explained by the demographic principle, namely the driving factors and pull factors. The economic pressure and the scarcity of jobs is a driving factor of migration; while the success of bringing home the ringgit, build a new house, buy a motorcycle and farm land is a pull factors to migrate. Not all immigrants gain a success, there are tragic story of migrant workers published in mass media such as a disability, mental illness, rape, became a sexual workers, death penalty or death because of torture. Edi Purwinarto Head of Manpower, Transmigration and Population in East Java reported that, a total of 19 workers from East Java Indonesia threatened with the death penalty in Saudi Arabia and Malaysia after a tangled legal case over the past three years. Outside the 19 people who threatened the death penalty, Edi added, thousands of workers from East Java is facing various legal issues. There are experiencing problems documents, caught into the destination country illegally, even involved in drug abuse.

But these tragic stories did not postpone them to migrate into Malaysia. Motivated by the need to get a job in Malaysia, causing the candidates have dared to take a path of non-formal mechanism through *calo* (broker) when formal mechanism unavailable or it need a difficult requirement. The brokers are not only acts as an intermediary but also as labor recruitment agent. The term “recruitment agency” refers to private migrant labour recruitment companies, commonly described elsewhere as manpower agencies, placement agencies or private employment agencies, among other terms. A recruitment agency who get one migrant worker candidate will get a reward of some million rupiah. This rewards attract people to involve in this non formal migration mechanism, even this activity against the law and high risk for migrant workers.

This study show the mechanism of sending migrant workers abroad, starting from recruitment agency who operated in the rural areas from some provinces in Indonesia. The problems faced by migrant workers can be identified in several stages, namely the process of recruitment, pre-departure, the placement in the destination country and return home country time. In the recruitment process, the information provided is misleading as to the type and condition of work, debt bondage, illegal document, and no work's contract. During the pre-departure a migrant worker placed in a work shelter for a job training, such as language course, house cores, child care and elder care, knowledge and religion. However, in reality, they got restrictions on freedom of movement, sexual harassment and violence, abuse or physical violence, poor shelter conditions and unhealthy.

This condition happened in one of recruiting agency (privat company) in Semarang on September 2014, about 32 women migrant workers who stayed in work shelter, have been escaped on day light. They escaped because they feel cheated by the agent, the agent have broken the promise that would immediately send them to the country of destination after 21s'day training. Every month they charged nearly 6 million rupiah for job training and to fulfill basic needs. These costs do not suit to the physical condition of the work shelter which under health standards.

Reported previously, 20 prospective migrant workers escaped from a shelter in Jalan Sri Rejeki 30 Semarang, Central Java, Saturday (09/27/2014) . They escaped because never send to the country of destination, as maids . Whereas in the previous agreement , they were scheduled to be flown to Malaysia after 21 days training .

The next day, Sunday (09/28/2014) as many as 13 candidates other maids are still one area of Sumba , NTT , also escaped. In the course of the run, had been a tension between the security company and the prospective migrant worker.⁸³

In the case of prospective women migrant workers escaped from the shelter in Semarang, there are some crimes that are contrary to Law 39/2004. First, broken promises related scheduled departure; Second, placement in shelters that are not feasible; Third, falsification of documents. First if the recruitment agency (in

Tribun.news.com. "Polisi selidiki Kasus Pemalsuan Dokumen TKW di Semarang" in [http://www.tribunnews.com/regional/2014/09/29/polisi-selidiki-kasus-pemalsuan-dokumen-tkw-di-semarang/November 2, 2014](http://www.tribunnews.com/regional/2014/09/29/polisi-selidiki-kasus-pemalsuan-dokumen-tkw-di-semarang/November%20,2014).

this case PT Sri Rejeki) did not send workers abroad who they have met the requirements referred to Article 67 of Law 39/2004, it was prohibited. The company or recruitment agency shall be punished with imprisonment for a minimum of 1 (one) month and a maximum of 1 (one) years and / or a fine of Rp . 100.000,000.00 (one hundred million rupiah) and most Rp . 1,000,000,000.00 (one billion rupiah). Second, unfeasible shelter for prospective women migrant workers' placement in pre-departure time is against article 70 (3) jo 103 (1) letter h of Law 39/2004. In the case of a dispute between prospective women migrant workers with recruitment agency about implementation of the placement agreement, then both parties to seek settlement by deliberation; (2) In the case of consensual settlement is not reached, then one or both sides party may request assistance to man power department in Regency / City, State or Government.

This Semarang's case was contradicted with article 70 (3) jo 103 (1) letter h of Law 39/2004. During the pre-departure period, a recruitment agency (a privat company) shall treat prospective migrant workers fairly and humanely. If the recruitment agency treat prospective workers are unnatural and inhuman during the period in shelters as referred to in Article 70 (3). It shall be punished by minimum imprisonment of 1 (one) year and not later than 5 (five) years and / or a fine of Rp . 1.000.000.000,00 (one billion rupiah) and a maximum of Rp 5,000,000,000.00 (five billion rupiah). Migrant workers' experience throughout the pre-departure phase has a significant impact on whether they experience harm before or during the placement abroad, and whether and how they seek redress following this harm.

The migrant workers candidate we have found in Entikong borders, West Kalimantan, showed that some of them departed from Semarang, Central Java. They were originally from Sleman, Pati, Wonosobo, Cilacap and Kendal. This migrant workers group which departed from Semarang consists 7 people, there are four women and three men (age range between 20-25 years). Related with age, all official reports stated the age average of 20-30 years, this is in accordance with article 35 of Law No. 39/ 2004. However, not surprisingly, there is a false document regarding age, name and address. One woman named Suparmi (25 years old with one child) said that the cost from Semarang to Entikong is 4

million rupiah. That cost will cut from the salary that she would be received from wood factory. The recruitment agency said that Suparmi would get job on wood factory. But no work contract for this job, Suparmi just believe on broker's promise. Surprisingly Suparmi, just received her passport in front of immigration on Entikong Borders. Based on Suparmi and friends condition are contradicted with article 52 of Law 39/2004. In article 52, a migrant worker should signed a work contract before they departed to the country destination. Suparmi as migrant worker have a right to know what her job, salary, address and employer in writing document before she departe to country destination. However the law does not identify the party or parties responsible for fulfilling and enforcing any of these rights. Who are Suparmi's recruitment agent , whether the official company or individual ? If we viewed the passport gave to Suparmi in front of the immigration queue, it is probable that the recruitment agent has violated article 51 jo 103 (1) letter f of the Law 39/2004 about placement and protection for Indonesian Workers. Article 103 (1) letter f of Law 39/2004 : Shall be punished with imprisonment for a minimum of 1 (one) year and not later than 5 (five) years and / or a fine of Rp . 1.000.000.000,00 (one billion rupiah = USD100) and a maximum of Rp 5,000,000,000.00 (five billion rupiah = USD 500), any person who : (f). put prospective workers / workers who do not have the documents referred to in Article 51. These conditions often occur in Indonesia's border with Malaysia. But omission and half-hearted law enforcement, resulting in the raising number of migrant workers delivery without legal document.

On the same day, another group stated that they came from West Kalimantan, but their parent are from Madura island, close to East Java. One girl named Ayuningsih (20 years old) from Penimbaran, small village in West Kalimantan, went to Kuching with three other girls, they would be placed on household as a maid. Like Suparmi and friends, Ayuningsih and her group did not sign a work contract, and did not have a work permit, and did not know exactly the amount of her salary. She got information from her neighbor that job as a maid would be received 700 RM (2,8 million rupiah) / month. Both of that group received their passport in front of the immigration queue in Entikong borders, they did not know exactly their destination and the type of their work, everything seem unclear.

But a big hope to be success as their neighbor or friend is a keyword for them to migrate into Malaysia. Ayuningsih was standing right in front of me, when her agent, a big man with long hair, gave her a passport. He said to Ayuningsih, "*jika ditanya petugas, jangan bilang kalau mau kerja, bilang saja kamu mau jalan-jalan ke Kuching*" (if the officer ask you, don't tell if you will go for work, say you are a tourist to Kuching). Ayuningsih told that she paid 1 million rupiah for her passport and 500 thousand rupiah for a bus ticket from her home town to Entikong borders. If the two cases is obvious that exemplified their departure done by individuals , such actions contrary to Article 4 jo 102 (1) letter a Law 39/2004. Where the penalties are imprisonment for a minimum of 2 (two) years and a maximum of 10 (ten) years and / or a fine of Rp 2,000,000,000.00 (two billion rupiah) and maximum Rp 15,000,000,000.00 (fifteen billion rupiah). The practices of the brokers are very noticeable, they do not hesitate to negotiate with the immigration officer to approve prospective workers without a work contract or contractual agreements. Common mode, workers without a work contract, entered Malaysia through Entikong, for a trip to Kuching. So in beginning they were a tourists who traveled to Kuching, Malaysia, but when they entered into Malaysia, they changed its status to be undocument workers or namely ilegal workers, from legal view. Such phenomena occur day after day without an adequate law enforcement to solve these problems.

In cases as experienced by Ayuningsih and his friends, they will be placed as a domestic worker. Indonesia did not have a regulation of domestic workers to this date. This condition is certainly very unfortunate, because without a clear legal basis, it is difficult for the government to give protection and access to legal justice for domestic workers abroad. Nowadays, actually there are Convention No. 189 of 2011 on concerning decent work for domestic workers, but Indonesia has not ratify it. Ayuningsih is simply a case, in which Indonesian women workers in general are many of them became a domestic worker in Malaysia. The absence of legal protection, increasingly put women in the position of powerlessness and vulnerability .

Migrant workers prospectives are also vulnerable to sexual abuse, physical abuse and dangerous transportation (through river, swamp and unsecure port).

Other difficulties encountered in recipient countries include, the type of work is not in accordance with the promised, unsafe working conditions, transfer to the new employer, confiscation of passports by employers, cutting wages or not paid at all, sexual harassment and abuse, detention and imprisonment, labor rights violations, passports and travel documents were detained. When they return to home country, blackmail and extortion, sexual harassment when they arrive at the airport or in transit. Labor issues affecting both in hiring and while in a country more experienced by women workers than man migrant workers⁸⁴. The number of women who face legal problems due to lack of knowledge and understanding of the law as an important element for the guarantee of access to justice . Women migrant workers often do not understand their basic rights as workers . There are various national and international legal instruments that should be known by migrant workers, but it is not known. Based on this limited information about law, there are all kinds of cases affecting women migrant workers. Based on BNP2TKI data on 2008, there are 2,000,000 Indonesian migrant workers in Malaysia, and 2. 476 got cases.

This facts contradict with Indonesian government policy which allow people to work abroad must meet several requirements, including, First, age requirement must be met, should not be any forgery. If there is a forged or found bringing children to be employed abroad, then the person would be accused with TPPO law which the penalty is 15 years in prison; Second, It should be clear that sends PPTKIS. Ask the labor offices or to National Body for the Placement and Protection of Indonesian Migrant Workers (Badan Nasional Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia : BP2TKI) or Agency for the Service, Placement and Protection of Indonesian Migrant Workers (BP3TKI : Balai Pelayanan, Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia) about the company's status is legal or fake, and is registered or not; Third, Make sure there

Listyarini, Nikmah. 2011. *Skripsi : Faktor-Faktor Individual yang Mempengaruhi Minat Migrasi Tenaga Kerja Wanita Kabupaten Pati Jawa Tengah ke Malaysia (Studi Kasus Kecamatan Sukolilo, Kecamatan Gabus dan Kecamatan Tayu)*. Semarang, Program Sarjana Fakultas Ekonomi Universitas Diponegoro, p : 7-8.

is work's contract, if no then do not depart; Fourth, It must be clear and ask who his employer, work address, and also ask her employer phone number.

4 PROTECTION FOR MIGRANT WORKERS

The second amendment of August 2000 created a bill of rights in Article 28 that includes rights to earn a livelihood, to healthcare, to information, and to social security. These rights may implicitly create significant protections for migrant workers, though they have not, to date, been tested in this context. Article 27 (2) constitution 1945 also guarantees that each person has a right to decent and humane work. Law 39/2004 establishes a small set of migrant worker rights within a statute primarily focused on administration of the labor migration program. On the section 3, article 8 of Law 39/2004, stated about rights and obligation of Indonesian migrant workers, includes :

- a) Work abroad;
- b) Correct information about the labor market and the placement procedures for migrant workers abroad;
- c) Equal service and treatment in overseas placement;
- d) Freedom of religion and belief and to have the opportunity to worship according to one's beliefs;
- e) Payment according to the standard wage in the destination country;
- f) The same rights, opportunities and treatment as other foreign workers according to the rules and laws in the destination country;
- g) A guarantee of protection of the law according to the rules and laws in respect to dehumanizing treatment, or violation of one's rights set out in the law for the duration of the placement abroad;
- h) A guarantee of protection and safe return to the place of origin; and,
- i) Access to a draft of the original work contract.

The regulations related to Law 39/2004 include, Regulation 7/2010 on Insurance for Migrant Workers; Regulation 14/2010 on the Implementation of Placement and Protection of Migrant Workers, expanding on recruitment procedures for recruitment companies and pre-departure documentation and

preparation of workers; and Regulation 12/2011 on Labor Attachés Overseas, which places ministry staff in embassies abroad to assist migrant workers. In early 2013, the president also adopted a whole-of-government regulation, Government Regulation 3/2013, regarding Protection of Indonesian Migrant Workers Abroad. This regulation sets out a protection framework for migrant workers, clarifying the role of each government department prior to departure, during overseas placement, and upon return. Though limited, these rights offer some potentially significant protections for workers⁸⁵. But another parties said that eventhough the Law 39/2004 contains some admirable provisions, such as an assurance that placement is to be carried out on the basis of “equality of rights, democracy, social justice, gender equality and gender justice, antidiscrimination, and anti-human trafficking” (Article 2), it has both conceptual and substantive shortcomings. Substantively, the law lacks clarity on several issues such as the attribution of responsibility for the enforcement of migrant worker rights. The weakest aspect of the law, however, is that its enforcement has been minimal if not nonexistent⁸⁶.

5 FINAL CONSIDERATIONS

Basically the normative law in Indonesia has been providing a protection to migrant workers. However, the implementation at every stages are potentially deviate from predefined. As a result a various harm actions experienced by migrant workers candidates since the recruitment process until the placement in the destination country, even when they returned to her home country. This condition of course needs to be improved with a social control in each stage as well as law enforcement with clear sanctions for any person. Besides that, we need to improve and provide protection for women migrant workers in pre-departure stage by giving a legal course related migrant workers regulations as the basic rights of migrant workers . This knowledge is very important for migrant worker to seek legal protection when they faced a problems in the destination

Farbenblum, Bassina, Eleanor Taylor, Nicholson Sarah Paoletti. 2013. *Migrant Workers' Access to Justice at Home : Indonesia*. New York , Open Society, p : 60
 ILO. 2006. *Using Indonesian Law to Protect and Empower Indonesian Migrant Workers : Some Lessons from the Philippines*. Jakarta , ILO, p : 7.

country . Efforts to build a collective consciousness to overcome the problems of migrant workers are not the responsibility of government alone . However, the necessary awareness of the various parties , such as academics , legal practitioners , community leaders and families of migrant workers to prevent the practice of sending workers who are not protected by law . Let's make equality before the law to create a better world.

REFERENCES

DARWIN, M; WATTIE, A. M.; YUARSI, S. E . 2005. **Bagai Telur di Ujung Tanduk** : Mobilitas Lintas Batas dan Eksploitasi Seksual di Kawasan Asia Tenggara dan Sekitarnya. Yogyakarta : Pusat Studi Kependudukan dan Kebijakan Universitas Gadjah Mada, p : ix.

DARWIN, M, WATTIE, A. M.; YUARSI, S. E . 2005. **Bagai Telur di Ujung Tanduk** : Mobilitas Lintas Batas dan Eksploitasi Seksual di Kawasan Asia Tenggara dan Sekitarnya. Yogyakarta : Pusat Studi Kependudukan dan Kebijakan Universitas Gadjah Mada, p : x.

International Organization for Migration. 2010. **International Migration and Migrant Workers' Remittances in Indonesia** : Finding of Baseline Surveys of Migrant Remitters and Remittance Beneficiary Households. Makati City : International Organization for Migration, p : 1

BNP2TKI. 2015. **Berwirausaha Lebih Baik daripada Jadi TKI** dalam <<http://www.bnp2tki.go.id/read/9953/Berwirausaha-Lebih-Baik-Daripada-Jadi-TKI.html>>. accessed on March 8, 2015.

KURNIAWATI, L. A. 2014. **Abstract Skripsi**: Arus Migrasi dan Remitan Indonesia dalam Konteks Negara-Negara Asia Tenggara Tahun 2010. Yogyakarta, Program Studi Geografi dan Ilmu Lingkungan Universitas Gadjah Mada.

Women's Solidarity for Human Rights. 2014. **Tagih Janji Pemerintahan Baru** : Perlindungan Perempuan Buruh Migran dan Keluarganya Sekarang Juga!! *In*: <<http://www.solidaritasperempuan.org/tagih-janji-pemerintahan-baru-perlindungan-perempuan-buruh-migran-dan-anggota-keluarganya-sekarang-juga>>. accessed March , 2015.

IRIANTO, S. et.al. 2011. **Akses Keadilan dan Migrasi Global** : Kisah Perempuan Indonesia Pekerja Domestik di Uni Emirat Arab. Jakarta : Pusat Kajian dan Gender Universitas Indonesia & International Development Research Center – Canada, p : 29.

IRIANTO, S. et.al. 2011. **Akses Keadilan dan Migrasi Global** : Kisah Perempuan Indonesia Pekerja Domestik di Uni Emirat Arab. Jakarta : Pusat Kajian dan Gender Universitas Indonesia & International Development Research Center – Canada, p : 29.

IRIANTO, S et.al. 2011. **Akses Keadilan dan Migrasi Global** : Kisah Perempuan Indonesia Pekerja Domestik di Uni Emirat Arab. Jakarta : Pusat Kajian dan Gender Universitas Indonesia & International Development Research Center – Canada, p : 30.

IRIANTO, S. et.al. 2011. **Akses Keadilan dan Migrasi Global** : Kisah Perempuan Indonesia Pekerja Domestik di Uni Emirat Arab. Jakarta : Pusat Kajian dan Gender Universitas Indonesia & International Development Research Center – Canada, p : 31

IRIANTO, S. et.al. 2011. **Akses Keadilan dan Migrasi Global** : Kisah Perempuan Indonesia Pekerja Domestik di Uni Emirat Arab. Jakarta : Pusat Kajian dan Gender Universitas Indonesia & International Development Research Center – Canada, p : 32

International Organization for Migration. 2010. **International Migration and Migrant Workers' Remittances in Indonesia** : Finding of Baseline Surveys of Migrant Remitters and Remittance Beneficiary Households. Makati City : International Organization for Migration, p: 2.

ILO. 2006. **Using Indonesian Law to Protect and Empower Indonesian Migrant Workers** : Some Lessons from the Philippines. Jakarta , ILO, p : 7

International Organization for Migration. 2010. **International Migration and Migrant Workers' Remittances in Indonesia** : Finding of Baseline Surveys of Migrant Remitters and Remittance Beneficiary Households. Makati City : International Organization for Migration, p : 3.

DARWIN, M, WATTIE, A. M, YUARSI, S. E . 2005. **Bagai Telur di Ujung Tanduk** : Mobilitas Lintas Batas dan Eksploitasi Seksual di Kawasan Asia Tenggara dan Sekitarnya. Yogyakarta : Pusat Studi Kependudukan dan Kebijakan Universitas Gadjah Mada, p : 246.

19 Tempo. 2015. **TKI Asal Jawa Timur Terancam Hukuman Mati** In: <<http://www.tempo.co/read/news/2015/02/25/058645268/19-TKI-Asal-Jawa-Timur-Terancam-Hukuman-Mati>>. accessed March 8,2015.

Tempo. 2015. **TKI Asal Jawa Timur Terancam Hukuman Mati** In: <<http://www.tempo.co/read/news/2015/02/25/058645268/19-TKI-Asal-Jawa-Timur-Terancam-Hukuman-Mati>>. accessed March 8,2015.

FARBENBLUM, B.; TAYLOR, E.; PAOLETTI, N. S. 2013. **Migrant Workers' Access to Justice at Home** : Indonesia. New York , Open Society, p : 10.

Tribun.news.com. "**Polisi selidiki Kasus Pemalsuan Dokumen TKW di Semarang**" In: <<http://www.tribunnews.com/regional/2014/09/29/polisi-selidiki-kasus-pemalsuan-dokumen-tkw-di-semarang>>. Accessed November 2, 2014.

LISTYARINI, N. 2011. **Skripsi** : Faktor-Faktor Individual yang Mempengaruhi Minat Migrasi Tenaga Kerja Wanita Kabupaten Pati Jawa Tengah ke Malaysia (Studi Kasus Kecamatan Sukolilo, Kecamatan Gabus dan Kecamatan Tayu). Semarang, Program Sarjana Fakultas Ekonomi Universitas Diponegoro, p : 7-8.

FARBENBLUM, B.; TAYLOR, E.; PAOLETTI, N. S. 2013. **Migrant Workers' Access to Justice at Home** : Indonesia. New York , Open Society, p : 60

ILO. 2006. **Using Indonesian Law to Protect and Empower Indonesian Migrant Workers** : Some Lessons from the Philippines. Jakarta , ILO, p : 7.

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA NORMATIVA MIGRATORIA ARGENTINA Y FRANCESA EN RELACIÓN A LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

Natalia Debandi

ABSTRACT: a ponencia propone describir y analizar el tratamiento jurídico-administrativo que reciben los adolescentes migrantes entre 14 y 18 años no acompañados realizando un análisis comparativo entre la normativa argentina y francesa, con el objetivo de comprender los marcos de protección y/o vacíos existentes. El trabajo se realiza a partir del análisis documental de las normativas, disposiciones y reglamentaciones de ambos países, complementando la información con entrevistas a referentes de la temática. En el 2004 con la promulgación de la ley 25.871 de Política Migratoria Argentina se impone un nuevo paradigma de gestión migratoria que incluye derechos nunca antes previstos. La normativa sin embargo, no contempla ningún tratamiento específico de los niños, niñas y adolescentes migrantes que serán mencionados solo como miembros del grupo familiar. Por otro lado Francia resulta un país paradigmático en relación al tratamiento migratorio. Concebido por décadas como un modelo de recepción e integración de migrantes y exiliados ha ido transformando sus normativas y prácticas hacia patrones coercitivos. La normativa migratoria argentina se propone como modelo de protección de las personas migrantes contrapuesto especialmente a las tendencias europeas y particularmente al caso francés, sin embargo algunos vacíos normativos e institucionales de la Argentina permitirían un mayor margen de desprotección y de vulneración de derechos en relación a los adolescentes migrantes no acompañados.

KEYWORD: extranjeros no acompañados; MENA; MIE; expulsión; migrantes.

1 INTRODUCCIÓN

Las políticas migratorias ocupan actualmente un lugar prioritario en la gestión de las poblaciones en todo el mundo. Las noticias que llegan desde Europa sobre naufragios en el mediterráneo o las aberrantes situaciones de vulneración y violación de derechos humanos de la frontera entre México y Estados Unidos presentan un cuadro casi apocalíptico, el cual de paso, no puede ser desmentido. Basta ver las imágenes de esas situaciones para encontrar

siempre la presencia de niños y jóvenes varones y mujeres, algunos con sus familias y otros solos.

En el 2013 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) calculaba que al menos el 10% de los migrantes eran jóvenes (OIT, 2013) mientras que una estimación de la CEPAL y UNICEF estableció que durante el 2010 uno de cada cinco migrantes de América Latina y el Caribe fue un niño (CEPAL, 2011). Las cifras de niños migrantes alcanzan valores abrumadores en algunos casos como en Estados Unidos donde la patrulla fronteriza detuvo a 62.998 niños y adolescentes no acompañados menores de 17 años entre octubre de 2013 y julio de 2014. Por otro lado la migración de niños y jóvenes no se refiere exclusivamente a ese cuadro dramático, en los estudios actuales de juventud y migraciones se propone la migración y movilidad como una de las etapas y transiciones que experimentan los jóvenes en su tránsito a la edad adulta (Miranda, 2013).

Esta ponencia propone describir y analizar el tratamiento jurídico-administrativo que reciben los menores extranjeros no acompañados (MENA) realizando un análisis comparativo entre la normativa argentina y francesa, con el objetivo de comprender los marcos de protección y/o vacíos existentes. Por un lado Francia, que históricamente representó el país de los derechos humanos, viene implementando desde hace ya varias décadas políticas migratorias de características coercitivas, y por el otro lado, Argentina, que desde la sanción de la Ley Migratoria 25.871 en el 2004 se posiciona como modelo de protección de los migrantes. Es interesante observar como estos dos modelos invierten o contradicen sus propias dialécticas cuando son colocados en tensión unos con otros. A partir de esta tensión, interesa indagar el impacto real que las normativas tienen en las migraciones y el margen que las políticas establecen.

En la primera parte de la ponencia se recorrerán los principales instrumentos normativos relativos al tratamiento de la niñez migrante no acompañada para luego abordar el concepto de menor extranjero no acompañado dentro de cada país. Posteriormente se recorren las distintas instancias en las que los niños y adolescentes pueden ser objeto de atención o de control por parte

de los Estados: ingreso, permanencia, mayoría de edad y expulsión, desde una perspectiva comparada.

2 DESARROLLO DE LA PONENCIA

Esta ponencia es de carácter exploratorio y se enmarca en un trabajo de investigación postdoctoral cuyo objetivo es estudiar el impacto de las agencias de control social-penal en las trayectorias migrantes de los adolescentes y jóvenes en Argentina. En esta investigación se trabajó principalmente a partir de análisis documental de las normativas vigentes en ambos países y de los informes y documentación elaborada por instituciones de defensa de los derechos migrantes (CDHUNLa, 2009; CDHUNLa, 2013; CIMADE, 2015)

Asimismo en el marco de la investigación se ha podido acceder a la Comisión Migrante dentro del Ministerio Público de la Defensa de Argentina para realizar una observación no participante, estudiando las prácticas jurídicas y los expedientes de dicha Comisión. Esta comisión es quien se ocupa de la defensa jurídica de los extranjeros que han recibido una orden de expulsión, ya sea por una causa penal o por una situación administrativa. Finalmente se realizaron entrevistas a distintos referentes, particularmente a los abogados especializados de la Comisión Migrante, a defensores públicos de la Defensoría Pública ante los Juzgados Federales de Ejecuciones Fiscales y Tributarias y a un ex funcionario de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio del Ministerio Público de la Defensa.

3 MARCOS NORMATIVOS VIGENTES

En Francia la inmigración existe como fenómeno racionalizado por la administración pública al menos desde finales del siglo XIX en el que la llegada de mano de obra extranjera, principalmente desde los países vecinos, fue masiva. Gran parte de esta mano de obra consistía en trabajadores temporales que se establecían por períodos más o menos cortos para realizar trabajos específicos, incluso durante la primera guerra mundial como parte de las tropas de defensa.

En 1917 ya se instauran las primeras medidas jurídicas de protección, permitiendo obtener permisos de residencia a cualquier extranjero trabajador por simple solicitud así como residencias permanentes para los extranjeros instalados después de 15 años en Francia. Desde entonces y hasta ahora las modificaciones normativas en torno a la inmigración han sido constantes (Debandi, 2013).

A partir de la adopción del Acuerdo Schengen 1990 donde se establece la apertura total de fronteras para los ciudadanos europeos se modifica estructuralmente la gestión de flujos migratorios y se inicia un período de inundación de medidas, normas y modificaciones. En el 2003 se realiza una modificación extensa de la ordenanza de 1945 que regulaba las migraciones y en el 2004 se crea el CESEDA⁸⁷ (*Código de entrada y permanencia de extranjeros y de derecho al asilo*), un código único donde se incluyen todas las normativas referidas a los extranjeros y las condiciones para el asilo, el cual se encuentra aún vigente a pesar de haber sufrido innumerables modificaciones.

Por su parte en la Argentina las migraciones han constituido históricamente un mecanismo prioritario en la constitución de la identidad y la conformación del Estado. Un recorrido histórico permitiría mostrar cómo la aparente apertura y aceptación del migrante ha estado fundado en el aquellos extranjeros de origen europeo, negándose esa figura para los migrantes que provenían de los países limítrofes (NOVICK, 2012). Ya desde inicios del siglo XIX las normativas relativas a migrantes y extranjeros en Argentina propiciaban mecanismos de control de corte represivo, lo que se acentúa durante la dictadura militar de 1976, concluyendo en la ley General de Migraciones (1981) conocida como Ley Videla, que permaneció vigente hasta el 2004, al sancionarse la actual ley, la Ley 25.871 de Política Migratoria Argentina.

La vigencia de una ley como la Ley Videla, en la que los migrantes eran presentados como sospechosos más de dos décadas después del retorno a la democracia, explican en cierta medida el auge que tuvo para los organismos de derechos humanos, los ámbitos académicos y la sociedad civil comprometida en la defensa de los derechos de los migrantes la promulgación de la “nueva Ley

⁸⁷CESEDA: Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

Migratoria”, que sin lugar a dudas modifica sustancialmente la concepción de las migraciones al incluir el Derecho a Migrar como derecho humano: *“El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”* (Artículo 4, Capítulo I). La inclusión del derecho a migrar como parte de una normativa nacional migratoria ha sido pionero a nivel mundial y es frecuentemente tomado de ejemplo.

Además de esta normativa, en el 2006 se sanciona la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado, la ley N° 26.165, primera ley de protección de refugiados de la Argentina, donde se incorpora una amplia y explícita concepción de Derechos Humanos (ALVAREZ NIEVAS & BELLO, 2012). Esta ley establece las obligaciones de protección del Estado hacia los refugiados, como el principio de no devolución incluido en varios artículos, y conforma una institucionalidad específica para el otorgamiento del status de refugiado. Una característica interesante de esta normativa es que se establece la concepción del refugiado siguiendo la Declaración de Cartagena, la cual amplía la definición contenida en la Convención de 1951, incluyendo a las personas que han huido de su país *“[...] porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”*. Estas dos normativas regulan el ingreso, la permanencia, los derechos y las obligaciones de los extranjeros en Argentina, cada una atendiendo a las particularidades de las poblaciones que gestiona.

Ambas normativas sin embargo, adolecen de un tratamiento diferenciado en relación a niños, adolescentes y jóvenes, aspecto que ha sido cuestionado y señalado por organismos de derechos humanos (CDHUNLa, 2013). Contrariamente, la normativa francesa estipula de forma detallada las condiciones de residencia previstas para los niños, niñas, adolescentes y jóvenes migrantes, como se repasará más adelante.

En ambos países estas normativas se conjugan con aquellas del derecho común relativas a la minoridad, en Francia se trata del Código de la acción social y de las familias (Code de l'Action Sociale et des Familles) el cual estipula la

ausencia de condición de nacionalidad en el marco de las medidas de protección de la infancia: *“Las personas de nacionalidad extranjera se beneficiaran de las condiciones propias de cada una de las prestaciones: 1ro. Las prestaciones de la ayuda social a la infancia”*(artículo L.111-2, traducción propia). De mismo modo la ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061) de Argentina sancionada en el 2005 estipula en su primer artículo: *“esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina”*, abarcando de esta manera a toda la minoridad sin distinción de nacionalidad ni situación administrativa.

Asimismo la Convención internacional de los derechos del niño, adoptada por ambos países, establece un marco claro de universalidad cuando en su segundo artículo establece que *“los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”*. Asimismo la Convención establece la necesidad de protección específica para todo niño privado de su medio familiar o donde el interés superior requiera una protección de parte del Estado (Artículo 20, Convención de los Derechos del Niño)

4 ¿QUÉ SIGNIFICA SER UN MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO?

El concepto de menor o niño no acompañado no se encuentra claramente definido y depende de las lógicas y normativas locales. En 1997 ACNUR establece como concepto de Menor Extranjero No Acompañado (MENA): *“los niños y adolescentes menores de 18 años que se encuentran fuera de su país de origen y se hallen separados de ambos padres o de la persona que por ley o costumbre los tuviera a su cargo”*(VESTRI & GONZÁLEZ MARTÍN, 2012). Posteriormente este concepto será ampliado incluyendo aquellos niños que aun

cuando se encuentren acompañados por parientes adultos estos no logran cubrir las necesidades de protección requeridas.

En Francia la denominación utilizada es *mineursisolésétrangers* (MIE) que en una traducción literal se refiere a “menor extranjero solitario”. La aparición de los MIE y su relevancia en los medios franceses inicia en los años noventa pero no será hasta principios del 2000 que se incorpora como concepto jurídico definiéndose como: *persona menor de 18 años, de nacionalidad extranjera sin referente parental o legal*(Bocciarelli, 2014). A pesar de esto, esta noción no se encuentra incorporada en el ordenamiento jurídico sino que será considerado como “menor en riesgo”, referenciado bajo el artículo 374 del código civil y tomado a cargo por la Ayuda Social de la Infancia (l’Aide Sociale à l’Enfance, en adelante ASE) (Zanna & Etiemble, 2013)

En un estudio realizado en Francia en el 2002 se definieron cinco tipologías de menores no acompañados: los menores “exiliados”, “enviados”, “explotados”, “fugados” y “errantes”, posteriormente en el 2013 se incorporaron dos nuevas figuras: “menor reagrupado” y “menor aventurero”(Zanna & Etiemble, 2013). Más allá de la exactitud de la tipología, lo que esta clasificación permite observar son los diferentes casos y trayectorias de vida que pueden encontrarse dentro del grupo denominado “menores extranjeros no acompañados”. Es decir, un menor extranjero no acompañado puede tratarse de un niño expulsado de su país de origen por situaciones de conflicto extremas o bien de una estrategia familiar de búsqueda ascenso social, se puede tratar de un viaje emprendido por propia voluntad – aun cuando el origen esté dado por dificultades familiares o económicas – o referirse a un niño víctima de una red de trata. En cualquier caso, los niños que se encuentran fuera de su país de origen sin su familia o responsables directos deberán – en función de los acuerdos internacionales - ser tratados por el Estado de recepción como niños en situación de vulnerabilidad al menos, del mismo modo que un nacional.

En Francia, si bien los menores no acompañados serán responsabilidad de la Ayuda Social de la Infancia (ASE) y corresponde al derecho común su protección, existen diversos dispositivos y protocolos específicos para gestionarlos, así como procedimientos particulares para el tratamiento de su

regularidad en el territorio y el pase a la mayoría de edad. Se repasarán estos aspectos más adelante.

En Argentina la figura de menor extranjero no acompañado no es utilizada jurídicamente y en buena medida su situación se amalgama con las diversas situaciones de vulnerabilidad que se registran en los niños nacionales: chicos de la calle, niños sin cuidados parentales, niños víctimas de explotación o trata, adolescentes y niños pobres. Del mismo modo que en Francia serán las instituciones responsables de la niñez y sus normativas las que se ocuparán de la protección de este colectivo. Se puede distinguir sin embargo los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familias solicitantes de refugio, quienes serán asesorados y representados por la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio del Ministerio Público de la Defensa formando un grupo específico e independiente, el cual contará con un apoyo y seguimiento ad-hoc. Estos niños y adolescentes corresponden por lo general a menores de nacionalidad africana o asiática, es decir “lejana”, que son identificados en los pasos fronterizos o lugares portuarios y que remiten directa e indiscutidamente a figuras de vulnerabilidad extrema.

La frontera entre un adolescente no acompañado y uno que migra como parte de un grupo familiar resulta efímera para establecer el acceso a derechos y la necesidad de protección, ya que dependerá de la cohesión del grupo familiar, de la situación de vulnerabilidad social y de las condiciones migratorias: un joven puede haber ingresado al país como miembro de un grupo familiar y encontrarse en las mismas condiciones de vulnerabilidad social y administrativa que un menor no acompañado.

Los derechos y situación de niñas y niños migrantes ha sido abordada en profundidad en los últimos años produciéndose diversos informes sobre la situación, como los elaborados por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús , el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y el CELS. Por otro lado la mirada regional sobre la temática también se ha enfocado con claras líneas de protección a los niños y niñas migrantes, lo que se ha puesto de manifiesto de forma contundente con la opinión consultiva número 21 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el pasado

19 de agosto de 2014, promovida por Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay titulada: “Derechos y garantías en el contexto de migración y/o en necesidad de protección”. Si bien el análisis de esta opinión consultiva merece un estudio aparte, se puede prever que traiga algunos avances en la materia de protección de la niñez migrante en Argentina.

Para organizar la estrategia comparativa resulta pertinente distinguir las distintas instancias o momentos en los cuales un niño, adolescente o joven extranjero deberá interactuar con las agencias del Estado, especialmente en aquello relativo a su permanencia y ejercicio de derechos.

5 FRONTERA, INGRESO Y REFUGIO

El momento ideal para la identificación de un menor extranjero no acompañado será el paso fronterizo. Es allí donde se debe identificar la situación de minoridad y debería intervenir el Estado como sistema de protección. En Argentina desde el año 2011 se aplica el Protocolo para la protección, asistencia y búsqueda de soluciones duraderas para los niños no acompañados o separados de sus familias en búsqueda de asilo, el cual se aplica especialmente en las fronteras y sirve para la identificación de niños, niñas o adolescentes solicitantes de asilo que se encuentran no acompañados. El protocolo establece que en caso de reconocerse alguna necesidad de protección, se permitirá el ingreso al territorio y se dará intervención al Ministerio Público de la Defensa, específicamente a la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio (en adelante Comisión de refugiados). Del mismo modo establece que en caso de tratarse de “niños sin necesidad de protección”, se aplicará la normativa migratoria vigente.

El criterio de “necesidad de protección” de un solicitante de refugio se encuentra indudablemente atado a la procedencia lejana y a las situaciones de vulnerabilidad extrema. Como muestra se puede observar que en el informe 2012 de la Comisión de refugiados, de los 47 niños tutelados por dicha institución, 45 son de nacionalidad africana, uno es chino y uno colombiano(2012).

Para aquellos MENA que no son identificados como solicitantes de asilo, la Ley 25.871 de Política migratoria Argentina, no indica ningún criterio específico, sin embargo en el 2011 se adopta la disposición 2656/11 de la Dirección Nacional de Migraciones (en adelante DNM), que establece que a los menores de 14 años no acompañados se les brindará un documento provisorio y serán puestos a disposición de la autoridad competente (CDHUNLA, 2013). Esto deja sin embargo afuera a los extranjeros adolescentes entre 14 y 18 años no acompañados que podrán ser admitidos o no, bajo el mismo título que un adulto. Estos casos frecuentemente corresponden a adolescentes provenientes de países limítrofes que no entrarán bajo el velo de protección del refugio y serán considerados migrantes económicos.

Ilustración 1: Protocolo para la protección, asistencia y búsqueda de soluciones duraderas para los niños no acompañados o separados de sus familias en búsqueda de asilo. Pág 15.

4. Ingreso al territorio nacional (no rechazo en frontera de niños con necesidades de protección)

- i) **Niños con necesidades de protección como refugiados:** Cuando de la identificación inicial surgiera que el niño requeriría protección como refugiado, el funcionario actuante en frontera le otorgará un ingreso transitorio en el marco del artículo 24, inciso h, de la Ley N° 25.871, con un plazo de permanencia autorizada de cuarenta y ocho (48) horas. El supervisor/encargado de la DNM o la autoridad migratoria dará aviso a la DGN y a la autoridad de protección local competente, así como a la Secretaría Ejecutiva de la CONARE en la forma indicada en el PA.
- ii) **Niños con otras necesidades de protección:** Si de la identificación surgiera que el niño sería víctima o potencial víctima del delito de trata de personas o, en su caso, tendría otras necesidades de protección internacional, el funcionario actuante en frontera le otorgará un ingreso transitorio, de acuerdo a la normativa aplicable. El supervisor/encargado de la DNM o la autoridad migratoria dará aviso a la DGN y a la autoridad local de protección competente.
- iii) **Niños sin necesidades de protección:** Cuando de la identificación inicial surgiera que el niño no requeriría protección como refugiado o víctima de trata ni tuviere otras necesidades de protección internacional, el supervisor/encargado de la DNM o la autoridad migratoria procederá de acuerdo a la legislación migratoria en vigor.
- iv) En los casos mencionados previamente, la autoridad migratoria se focalizará en particular en la situación de los niños que carezcan de documentación o se encuentren deficientemente documentados. Al referir el caso a la DGN y autoridad administrativa de protección competentes, solicitará la adopción de las medidas de protección integral de derechos -en los términos de la legislación local o de la ley 26.061 y su reglamentación- que fueren necesarias, de acuerdo a las necesidades que hubiere sido detectadas en el caso.

En Francia la situación es más compleja. En la frontera todo niño no acompañado identificado será detenido en las llamadas zonas de espera (*zoned'attente*) donde se verificará su situación. El artículo L221-5 del CESEDA establece: “cuando un extranjero menor no acompañado de un representante

legal no se encuentra autorizado a ingresar a Francia, el procurador de la república, debe dar aviso inmediato a la autoridad administrativa que designará un administrador ad-hoc. Este asistirá al menor durante su permanencia en zona de espera y asegura su representación durante los procedimientos administrativos y jurídicos”.

Las zonas de espera son espacios cerrados instalados en las cercanías de frontera donde permanecen los extranjeros hasta tanto se les de la autorización de ingreso o la devolución al país de procedencia. En el caso de los menores no acompañados el proceso es similar que para los adultos, pudiendo permanecer hasta un máximo de 20 días. Durante ese tiempo, la autoridad Ad-Hoc designada podrá dar intervención al juez de la infancia para que el niño sea asistido por la ASE. Este proceso reposa sobre la situación del niño, tanto desde el punto de vista del encierro en la zona de espera como del potencial peligro frente al retorno a su país de origen. En caso de dudas sobre la minoridad real del niño se autoriza la realización de una prueba ósea, la cual ha sido sumamente cuestionada por organizaciones de derechos humanos por el margen de error que presenta (Lormier & Bouix, 2014). A pesar de ello esta prueba es actualmente de uso extendido en toda Francia.

En el caso de que el juez de infancia decida que la ASE debe tomar la responsabilidad del menor, éste será liberado de la zona de espera y entrará en el circuito de protección de la infancia. El niño podrá también iniciar una solicitud de refugio, la cual en la mayor parte de los casos permitirá el ingreso al país y le asegurará una primera instancia de protección. En caso de que no se autorice la permanencia – por ejemplo por comprobarse vínculos estables y fuera de riesgo con su familia en el país de origen – el niño podrá ser enviado de regreso.

Hasta este punto se puede observar que en ambos casos la frontera es el lugar “ideal” para la identificación de la necesidad de protección, sin embargo en el caso argentino esta protección se encuentra limitada a los casos más extremos y a los niños extranjeros menores de 14 años.

6 LA PERMANENCIA Y EL PERMISO DE RESIDENCIA

Si bien la frontera es el punto ideal para la identificación de un niño extranjero no acompañado puede ocurrir que el mismo logre ingresar sin ser identificado o bien que su situación sea el resultado de una ruptura o desvinculación familiar ocurrida dentro del territorio de instalación. En estos casos la protección será la misma que para cualquier niño nacional sin cuidado parental, sin embargo su condición de extranjero entraña una distinción que impacta en su situación administrativa y eventualmente en el acceso a derechos inmediatos o posteriores, es decir, el permiso de residencia.

La primera pregunta que cabe hacerse al hablar de permiso de residencia para niños, niñas y adolescentes es si existe la necesidad jurídica de contar con una autorización de permanencia que les permita transitar y ejercer de forma cabal sus derechos en el país de instalación. En el caso de Francia los menores de edad no necesitan contar con un permiso de residencia salvo que quieran trabajar o realizar alguna pasantía (a partir de los 16 años). En particular en el caso de los menores no acompañados tampoco requerirán un documento especial. Será responsabilidad del niño, con el apoyo de su representante legal, que en el caso de los MENA corresponde a la ASE, iniciar la regularización de su situación administrativa al cumplir los 18 años. En Francia se parte así del supuesto que todo menor de edad estará bajo la tutela parental, de un tutor legal o a cargo de la ASE.

En Argentina la situación es distinta, la normativa no estipula ninguna excepción ni particularidad para los menores de edad, los cuales solo son mencionados cuando se hace referencia a un grupo familiar (ser hijo de). La ley 25.871 es en este sentido de carácter amplia y hablará siempre de “todo extranjero”. Esta idea se refuerza con la disposición 2656/11 de la DNM que otorgará un “documento provisorio” al menor no acompañado menor de 14 años, al mismo tiempo que éste es asignado a las autoridades competentes. Esto permite definir que los menores de edad en Argentina, como todo extranjero, requieren de una autorización de permanencia.

Más allá de esto, desde la normativa Argentina se garantiza – y así consta de forma específica en los primeros artículos de la ley – el acceso a los derechos sociales (educación, salud, etc.) para todo extranjero que se encuentre en el territorio (Artículo 6). Esto permite que los niños puedan asistir a la escuela o ser atendidos en los centros de salud sin necesidad de presentar un permiso de residencia o documentación de identificación. En Francia esta situación es similar, tanto la educación como la salud están garantizados (más allá de las dificultades prácticas que puedan experimentarse) para todos los niños presentes en el territorio.

Esta diferencia, es decir, la ausencia de residencia para menores de edad en Francia versus la necesidad de autorización en Argentina establece un marco de regulación completamente distinto, más aun – como se verá más adelante – cuando en Argentina no se encuentra excluida desde la norma la posibilidad de expulsión de un menor de edad.

7 EL INGRESO A LA MAYORÍA DE EDAD

La mayoría de edad entraña una modificación en el status jurídico de los niños, a partir de ese momento en ambos países dejarán de ser considerados niños para pasar a integrar de lleno el mundo adulto, con sus derechos y obligaciones. En el caso del status migratorio en Francia y en Argentina la situación será nuevamente muy distinta.

En Francia, tal y como ya se mencionó, los menores de edad no requieren contar con un permiso de residencia, sin embargo será obligatorio contar con éste a partir de la mayoría de edad. En ese punto se abre un sinfín de condiciones y alternativas que les permitirá acceder o no a dicha condición, en el caso de los niños que se encuentran junto a su grupo familiar, la condición migratoria dependerá de ello, lo cual también presentará un problema importante para el caso de las familias en situación irregular.

En el caso de los menores extranjeros no acompañados se pondrán en juego otros factores. El primer parámetro que será considerado es la edad a la cual se ingresó en Francia y quedó bajo la tutela de la ASE. En caso de que haya

sido antes de los 15 años, el niño tendrá el derecho de solicitar directamente la nacionalidad francesa, mientras que si fue antes de los 16 años (inclusive) podrá acceder de manera automática a una residencia provisoria y renovable (CIMADE, 2015). Para los niños no acompañados que ingresan en Francia entre los 17 y 18 años y que se encuentran en esta etapa a cargo de la ASE, el acceso a un permiso de residencia al cumplir los 18 años será discrecional por parte de las autoridades y se tendrán en cuenta principalmente tres factores: a) demostrar estar siguiendo una formación o carrera de forma eficiente y seria (de estudio o laboral), b) demostrar la no existencia de vínculos familiares en el país de origen y c) mostrar claramente una buena adaptación a Francia (idioma, costumbres, vínculos).

Si hasta este momento podía existir un marco de protección más claro y eficaz en torno a los niños migrantes en Francia, para los jóvenes mayores de edad se inicia el rigor y complejidad de una ley cada vez más coercitiva y con mayor lugar a la discrecionalidad administrativa. La problemática de los “jóvenes mayores” y las prácticas administrativas de expulsión y de exclusión han sido el origen de numerosas campañas y denuncias⁸⁸, que exceden largamente los objetivos de esta ponencia.

En Argentina esta situación no se presenta de forma tan clara, la normativa argentina no estipula nada específicamente para el momento en que el niño alcanza la mayoría de edad pero si restringe la protección heredada por la condición familiar a la minoridad, es decir que un niño menor de 18 años no emancipado podrá acceder a la residencia permanente en caso de que sus padres o tutores cuenten con ella⁸⁹. En el caso de los jóvenes de 18 años no acompañados, su situación no tendrá ninguna diferencia con cualquier otro adulto que ingrese o resida en el territorio Argentino ni variará de la situación previa en la que se encuentre el individuo.

Si bien en Argentina no existe jurídica y ni administrativamente una diferencia sustancial, el niño al cumplir su mayoría de edad deja de ser sujeto de

⁸⁸ Una de las asociaciones que más se ha movilizado por esto es RESF, Red Educación Sin Fronteras, que mantiene campañas de movilización y apoyo a los niños migrantes y a los jóvenes adultos.

⁸⁹ Artículo 22, punto b de la reglamentación. Ley 28.871

protección por parte de las autoridades y organismos competentes en materia de infancia (administrativos y judiciales y podrá ser susceptible de obtener una condena penal en el mismo título que un adulto. De manera general, en este proceso se elimina un velo protector, que aunque difuso en la normativa argentina, organiza las prácticas de modo menos coercitivo.

8 LA EXPULSIÓN DE NIÑOS Y JÓVENES EXTRANJEROS

La expulsión, denegación de ingreso o devolución de los extranjeros es lo que caracterizará de forma más clara el grado de protección de una normativa migratoria y la política migratoria que el Estado desarrolla. Desde los ámbitos académicos y los organismos de Derechos Humanos nacionales e internacionales se concibe la expulsión como una pena (MONCLUS, 2008; DE GIORGI, 2012; Debandi, 2013), la cual puede resultar desmesurada cuando se atribuye exclusivamente a una falta administrativa y suplementaria en el caso de los extranjeros expulsados que son expulsados como corolario de una condena y/o encierro penal. A pesar de esto la expulsión se ha generalizado actualmente en el mundo como la estrategia predilecta en la gestión migratoria.

Siguiendo el análisis netamente normativo en relación a los menores extranjeros no acompañados cabe aclarar que en Francia la normativa establece de forma estricta la imposibilidad de expulsión – y por ende de detención en un centro para expulsiones – de un menor de edad. Está contemplado sin embargo el envío de familias completas en las cuales pueden estar incluidos niños y adolescentes. También podrán ser “devueltos” a sus países de origen – tal y como se mencionó previamente – aquellos chicos detenidos en la frontera y que no son aceptados bajo tutela de la ASE.

En Argentina, del mismo modo que la regularización migratoria no está condicionada por la edad, tampoco su expulsión. En el informe sobre niñez migrante desarrollado por el Centro de Derechos Humanos de Lanús en el 2005 ya se podía acceder a esta observación:

En particular, se puede observar en el texto de la ley que no se han tenido en cuenta algunos derechos o estándares internacionales que se

aplican de manera concreta a la niñez (a partir, especialmente, de la Convención de Derechos del Niño). En este sentido, por ejemplo, al regular las causales de expulsión y el procedimiento para su ejecución, incluida la cuestión de la excepcional detención cautelar durante dicho proceso, no se ha hecho alguna mención específica respecto de la niñez. En particular, lo llamativo es que no se haya establecido expresamente una excepción que, por un lado, impida la detención de niños/as migrantes por razones administrativas (ej. falta de residencia), y que tampoco sean expulsados del país en aplicación de una sanción. (CDHUNLa, 2009).

En Argentina, un extranjero puede verse impedido de residir en el país y exponerse a una expulsión por diferentes causas. En primer lugar se debe aclarar que en Argentina el único organismo facultado para realizar una notificación de expulsión es el Ministerio del Interior a través de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), lo que significa que ni la Justicia por sí misma ni las fuerzas de seguridad se encuentran habilitadas para adjudicar una expulsión.

En forma simplificada, un extranjero puede obtener una orden de expulsión por un causal netamente administrativo –por ejemplo, no haber cumplido la regularización– o bien por un causal penal. El primer caso corresponde principalmente a los individuos que no logran cumplir los requisitos para obtener la residencia, o bien porque no iniciaron los trámites, o bien porque perdieron las condiciones para la renovación: en cualquier caso, son personas para las cuales no existe un reproche de tipo penal, sino una falta administrativa. En el segundo caso, entran los extranjeros que han sido tocados por el sistema penal y el proceso concluyó con un reproche por la conducta. En relación a los adolescentes y jóvenes migrantes, como la normativa no establece ningún tratamiento diferenciado y solo se encuentran actualmente protegidos los menores de 14 años, los adolescentes entre 14 y 18 años son susceptibles de recibir una expulsión del mismo modo y por las mismas razones que un adulto.

La siguiente historia de vida, elaborada a partir del análisis de un expediente en la Comisión Migrante presenta un caso concreto de la situación a la que se exponen los adolescentes y jóvenes migrantes en Argentina:

Samuel nació en 1993 y es de nacionalidad Boliviana. Ingresó en Argentina a los 14 años (en el 2007) junto a su familia, la cual se encuentra toda en situación regular.

A los 17 años, cuando se encontraba de visita en una localidad de Chubut es detenido por las autoridades migratorias y ante la irregularidad administrativa se lo intima a regularizar su situación en un plazo de 10 días. En el recurso realizado por la Comisión Migrante se describe lo

siguiente: “Fue citado a presentarse ante la delegación para el día 11 de mayo, fecha en la que –coincidentalmente– se dictó la disposición XXX que lo conminó a regularizarse bajo apercibimiento de ordenarse su expulsión, notificándose de ella ese mismo día, sin recibir –por parte de sus agentes– asesoramiento alguno, tan solo la directiva de “firmá acá” a efectos de acreditar su notificación”. La notificación de migraciones dice que se declara irregular a Samuel con fecha 11-05-2011. Samuel nació en noviembre de 1993 y cumplía 18 años en noviembre del 2011.

Al cumplir 18 años, Samuel se dirigió a Migraciones en Capital Federal con el objetivo de regularizarse y allí se le informa que “tiene una causa en Chubut” y no se le toma el trámite. Samuel se dirigió a la Comisión Migrante por sus propios medios y sin indicación de los agentes migratorios.

Entre septiembre del 2012 y abril del 2013 se suceden distintos intercambios entre la Comisión y la delegación migratoria que llevaba el expediente hasta que en mayo del 2013 la Comisión recibe dicho expediente y puede acceder a conocer la situación de su defendido. Es en este momento que Samuel es informado de tener una expulsión vigente. En el expediente se intima en primer lugar a que Samuel demuestre su domicilio real para que el expediente sea enviado de forma definitiva a la sede central de migraciones.

La Comisión migrante presenta ante la Dirección Nacional de Migraciones un recurso de reconsideración que se encuentra aún sin decisión (Expediente Comisión Migrante. Mayo 2014).

Samuel forma parte de un grupo familiar que logra una regularización de forma conjunta, pero que no lo incluye. Puede haberse debido a la emancipación temprana del joven, por falta de cohesión familiar o incluso cuestiones netamente prácticas como ser que Samuel no se encontraba en Capital Federal al momento en que la familia realizó los trámites. Si bien este caso no retrata el tipo ideal de “menor extranjero no acompañado”, resulta interesante como prueba directa de la posibilidad real de que un menor de edad en Argentina reciba una expulsión, aun cuando el individuo se encuentra en relación con una familia en situación regular.

Este caso no se refiere a una expulsión efectiva sino a una notificación de expulsión, lo que podría entrañar una efectiva deportación. En este punto en particular es donde se juegan las grandes diferencias a nivel de las políticas migratorias entre ambos países. En Argentina la expulsión efectiva se realiza por lo general en los casos de extranjeros que se encuentran detenidos y con condena penal firme (DEBANDI, 2014), mientras que en Francia las detenciones y deportaciones son una maquinaria continua (Debandi, 2013).

En el caso específico de menores de edad, en Argentina no se cuenta con cifras ni estadísticas que permitan conocer deportaciones efectivas de menores de edad. De hecho en el análisis de expedientes y casos realizado en la Comisión

Migrante no se encontraron – salvo contadas excepciones – situaciones de defensa de extranjeros menores en vías de expulsión. Esto permite hipotetizar que las prácticas jurídicas y administrativas en torno a la minoridad suplen en cierta medida la falta de garantías y protecciones previstas para los niños y adolescentes en la normativa Argentina.

9 CONSIDERACIONES FINALES

En el imaginario colectivo, el menor extranjero no acompañado se representa como el niño – más bien chico - procedente de algún país lejano en conflicto que tras una larga trayectoria debe recibir un asilo y cuidado humanitario. Sin embargo, esta imagen excluye gran parte de las situaciones que cotidianamente se presentan en el territorio Argentina. Las políticas migratorias y las racionalidades jurídicas contribuyen a conformar identidades que en el caso de los niños y jóvenes migrantes impactaran de manera directa en las estrategias de inserción e integración al nuevo espacio.

En relación al status migratorio, el recorrido comparativo realizado permite interpretar que los niños, adolescentes y jóvenes migrantes en Argentina estarán o bien sujetos al status de sus padres, o bien deberán ser admitidos (o rechazados) en función de sus propias condiciones de residencia. Las categorías migratorias y las condiciones de acceso dentro de la ley 25.871 no estipulan en ningún caso un beneficio o condición especial para niños o adolescentes migrantes, pero tampoco impiden su aplicación. Si bien el otorgamiento de derechos sociales a todos los migrantes brinda un marco de protección, la falta de especificaciones afirmativas para los NNA limita en la práctica el acceso de esta población a sus derechos. En síntesis la brecha jurídica existente en materia de adolescentes entre 14 y 18 años delega todo el poder discrecional en los actores políticos.

Si bien la situación administrativa de los adolescentes entre 14 y 18 años no es particularmente protectora, las prácticas administrativas parecen ser benévolas y se despliega una suerte de “velo protector” para los menores de edad en el cual no serán efectivamente expulsados y en la mayor parte de los casos no

se dictarán órdenes de expulsión hasta alcanzada la mayoría de edad. Es importante asimismo recalcar que en Argentina no se expulsan niños no acompañados ni familias enteras. Tampoco se realizan detenciones administrativas de niños con objeto de expulsarlos ni éstos son objeto de sanciones penales por el mero hecho de encontrarse indocumentados.

El análisis realizado permite por un lado comprender las brechas y vacíos jurídicos que deben ajustarse para institucionalizar una política pública con enfoque de derechos y promoción de la migración como un derecho humano.

REFERENCIAS

ALVAREZ NIEVAS, J., & BELLO, J. Y. (2012). El reconocimiento de la condición de refugiado en la Argentina: estándares de protección a la luz de la Ley 26.165. **Temas de Antropología y Migración**, 55-79.

BOCCIARELLI, É. (2014). **Justiciables au rabais?** Plein droit, 18.

CDHUNLa. (2009). **Estudio sobre los derechos de niños y niñas migrantes a 5 años de la nueva ley de migraciones**. Buenos Aires: UNLA-UNICEF.

CDHUNLa. (2013). **Niñez, Migraciones y Derechos Humanos en Argentina. Estudio a 10 años de la Ley de Migraciones**. . Lanus: UNLA.

CEPAL. (2011). Invertir en juventud. **Informe Regional en América Latina y el Caribe 2011** .CEPAL-ECLAC.

CIMADE. (2015). **Mineurs étrangers isolés. Guide pratique sur les demandes d'asile et de titre de séjour**.CIMADE.

Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionario de Refugio . (2012). **Informe 2012**.

DE GIORGI, A. (2012). Control de la inmigración, post- fordismo y menor elegibilidad: una crítica materialista de la criminalización de la inmigración en Europa. **Crítica penal y poder**.

DEBANDI, N. (2013). **Retorno forzado**. Prácticas y políticas de expulsión de migrantes en Francia.

DEBANDI, N. (2014). Las expulsiones y el control migratorio de los jóvenes en Argentina. Un complemento específico de la cadena punitiva. En: S. (.

GUEMUREMAN, Políticas penales y de seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes. Componentes punitivos, entramados protectorios e historias de vida. Santa Fe: Editorial RUBINZAL.

LORMIER, C., & Bouix, A. (2014). **Mineurs isolés: étrangers jusqu'a l'os.** Plein Droit, p. 14.

MIRANDA, A. (2013). **Juventud, migración y género en el corredor Paraguay-Argentino.** FLACSO.

MONCLUS, M. M. (2008). **La Gestión Penal de la Inmigración: El Recurso Al Sistema Penal para el Control de Los Flujos Migratorios.** Editores Del Puerto S.R.L.

NOVICK, S. (2012). **Migraciones y políticas públicas. Nuevos escenarios y desafíos.** . Buenos Aires: Editorial Catálogos.

OIT. (2013). **Tendencias mundiales del empleo 2013.** . OIT.

VESTRI, G., & GONZÁLEZ MARTÍN, N. (2012). **Los menores de edad migrantes no acompañados y sus exigencias jurídicas. Un diálogo entre España y México.** . Centro Euro-Árabe de Estudios Jurídicos Avanzados, Universidad Pablo de Olavide.

ZANNA, O., & Etiemble, A. (2013). **DES TYPOLOGIES POUR FAIRE CONNAISSANCE AVEC LES MINEURS ISOLES ETRANGERS ET MIEUX LES ACCOMPAGNER.**Paris.

MIGRACIONES LIMÍTROFES: EL CASO DE LOS BRASILEÑOS EN EL SOBERBIO, PROVINCIA DE MISIONES

Mariana Winikor Wagner⁹⁰

RESUMEN: Éste trabajo tiene por objetivo describir y analizar el movimiento poblacional transfronterizo en la zona del Alto Uruguay (Misiones) en relación con la problemática del acceso a la tierra, entre los años 1960-1990. Para llevar adelante este trabajo, se realizará un análisis socio-demográfico de la localidad de El Soberbio, vinculándolo a los procesos de expansión del capitalismo agrario en los Estados de Santa Catarina y Rio Grande do Sul (Brasil).

La metodología utilizada consistirá en el uso de técnicas cuantitativas. Se utilizarán fuentes estadísticas y se explorarán bibliotecas donde se analizará material académico y revistas especializadas sobre la temática. El espacio rural se convierte en un factor de atracción para algunos inmigrantes limítrofes. En este trabajo se recupera la figura del campesino como migrante internacional que se desplaza a áreas agrícolas para cumplir con sus expectativas. La migración rural- rural se convierte en una estrategia de vida y de reproducción social. Del trabajo exploratorio realizado surge la vinculación entre la problemática del acceso a la tierra y los desplazamientos poblacionales. En el caso de la migración limítrofe a El Soberbio, Misiones, su estudio nos permite descubrir de qué modo, con qué intensidad y con qué características específicas la variable del acceso a la tierra en Brasil trajo como consecuencia migraciones en la zona de frontera.

PALABRAS CLAVE: migraciones limítrofes; tierra; colonos; producción familiar.

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo descrever e analisar o movimento da população fronteiriça no Alto Uruguai (Misiones) em relação à questão do acesso à terra, entre os anos de 1960-1990. Para realizar este trabalho, uma análise sócio-demográfica da cidade de El Soberbio, ligando-o aos processos de expansão do capitalismo agrário nos estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul (Brasil) é realizada. A metodologia consiste na utilização de técnicas quantitativas. Fontes estatísticas são utilizados e bibliotecas onde o material acadêmico e revistas sobre o assunto serão discutidos serão exploradas. A

⁹⁰ Lic. En Sociología (UBA). Profesorado de Enseñanza Secundaria, Media, Normal y Especial de Sociología (UBA). Doctoranda en Antropología Social (Universidad Nacional de Misiones). Este trabajo se enmarca en el proyecto de tesis doctoral financiado por CONICET. Correo electrónico: www.marianita@yahoo.com.ar

paisagem torna-se um factor de atracção para alguns imigrantes vizinhos. Neste trabalho a figura do camponês recuperado como migrante internacional que se muda para áreas agrícolas para atender às suas expectativas. A migração rural-rural torna-se uma estratégia de vida e reprodução social.

Trabalho exploratório que liga a questão do acesso à terra e movimentos populacionais surge. No caso da migração de fronteira para El Soberbio, Misiones, seu estudo permite-nos descobrir como, o quão difícil e como recursos específicos variável acesso à terra no Brasil resultou migrações na área de fronteira.

PALAVRAS-CHAVE: migrações de fronteira; terra; assentados; produção familiar.

1 CAPITALISMO AGRARIO Y MIGRACIONES

Las migraciones como fenómeno social adquieren en la actualidad una relevancia analítica incuestionable dada la cantidad de población que se encuentra en constante desplazamiento, la diversidad de razones por las que se migra y la multiplicidad de formas de movilidad existentes (Novick, 1997). El análisis de la integración de los migrantes al país de destino y las condiciones de vida de los mismos, permite reflexionar sobre la forma de lograr una sociedad más igualitaria que instale y disponga de manera efectiva los derechos establecidos en la actual Ley de Migraciones N°25.871. El estudio de las migraciones limítrofes a nuestro país ha generado importantes investigaciones (Benencia, 2000, 2003; Cerrutti, 2009; Cortes y Groisman, 2004; Maguid, 2011, etc.). Asimismo, si bien existen trabajos que detallan la migración a la Provincia de Misiones (Bolsi y Meichtry, 1982; Gallero, 2005, 2009; Reboratti, 1979); aún no se ha profundizado acerca de la migración de brasileños al nordeste argentino.

En un contexto nacional de migraciones internas -que se intensifica desde mediados de la década de 1960 y que continúa hasta fines de siglo XX-, en el cual se desencadena el proceso de *éxodo rural* hacia las grandes urbes y ciudades intermedias (Reboratti, 2007), el espacio rural se convierte en un factor de atracción para algunos inmigrantes limítrofes. En este trabajo se recupera la figura del campesino, como migrante internacional que se desplaza a áreas

agrícolas -y no ya a las grandes ciudades- para cumplir con sus expectativas. La migración rural- rural se convierte en una estrategia de vida (Sassone; 2007) y de reproducción social; entendida, en términos de Wanderley (1996), como una maniobra de *recampesinización* ante ciertos procesos que tienden a desplazar al campesinado de las áreas rurales.

La expulsión de poblaciones rurales de sus tierras es intrínseco a lo que Giarracca y Teubal (2010) denominan '*modelo extractivo*'. La acumulación originaria, consecuencia del avance del capitalismo agrario, crea una masa de campesinos sin tierra (Meillassoux, 1979), quienes a través de la migración esperan reencontrarse con las condiciones de vida campesina, o en todo caso, vender su fuerza de trabajo a quien esté dispuesta a comprarla. Se evidencian entonces dos procesos paralelos: de *recampesinización* y *descampesinización*, según el caso, ya profundamente analizados por grandes teóricos especialistas en el tema⁹¹. El proceso de modernización agraria saca a la luz diferentes lógicas de administrar y concebir el territorio (entrevista a De Sousa Santos, 27 de julio de 2012⁹²): una en equilibrio con los recursos naturales, las poblaciones indígenas y rurales que habitan la zona, el medio ambiente y que promueven una agricultura sustentable concorde con el principio de soberanía alimentaria (Giarracca y Teubal, 2010); y otra relacionada con la especulación y el lucro.

Hacia 1960, la existencia de tierras libres en la Provincia de Misiones se corresponde con el proceso de saturación de la frontera agraria en los Estados del Sur del Brasil⁹³. La emigración de los contingentes de población brasileña a la zona analizada se debe -entre otros factores- a: a) la presión poblacional en las colonias rurales del sur de Brasil; b) el proceso de concentración de tierras y avance del latifundio fines extractivos; c) el incipiente uso de tecnología agropecuaria⁹⁴; y d) el creciente *mercado de tierras* brasileñas que estableció un acceso diferencial a la tierra agrícola (Reydon y Agurto Plata, 1996). Estas

⁹¹ Para más detalle sobre el debate campesinista- descampesinista ver Klaus Heynig (1982).

⁹² Entrevista realizada por Susana Caló y traducida por Pilar Pereila Martos. Recuperada del Foro Boliviano sobre Medio Ambiente y Desarrollo: <http://fobomade.org.bo/art-2276>).

⁹³ Santa Catarina y Rio Grande do Sul respectivamente, estados que limitan con la Provincia en estudio.

⁹⁴ O lo que se conoce como *Revolución Verde* que significó el uso de la tecnología aplicada a la producción agrícola, donde se introduce la dimensión capitalista a la productividad de la tierra (De Sousa Santos, entrevista 27 de julio de 2012).

circunstancias promovieron la expulsión y el desplazamiento de contingentes de población que se asentaron en el nordeste provincial. Como afirma Seyferth (1996), la movilidad y consecuente ocupación espontánea de tierras está directamente relacionada con la necesidad de encontrar tierras para las nuevas generaciones.

2 MIGRACIONES TRANSFRONTERIZAS: LOS BRASILEÑOS EN EL SOBERBIO, MISIONES

La Provincia de Misiones, concentra el mayor porcentaje de brasileños que llegaron a la Argentina (Benencia, 2000). Según el Censo de Población del Año 2010, el 31,45% se encuentra en esta provincia (le sigue Buenos Aires con el 23,9% y CABA con el 25%). En efecto, en el Departamento Guaraní, el 87,9% de los extranjeros provienen de Brasil. Los campesinos brasileños se desplazan hacia el noreste de Misiones por el acceso a la tierra, proceso que implica la movilidad de los agricultores a través de sucesivos desplazamientos espaciales (Baudel Wanderley, 1996). Y simultáneamente, para comienzos de la década de 1960, llegan a la zona pequeños productores que migran desde las históricas colonias del sur y centro de la provincia, como consecuencia del crecimiento demográfico de las mismas (Schiavoni, 1998). En síntesis, en la zona objeto de nuestro estudio se entrecruzan flujos procedentes de migraciones internas y limítrofes (Reboratti, 1979). Misiones se incorpora al mercado mundial de forma tardía como productora de cultivos. Estas regiones '*complementarias*' -en tanto no participan de la actividad histórica que define el carácter agroexportador del país- (Roze, 1992) se caracterizan por una estructura agraria compleja. Coexisten pequeñas y medianas explotaciones en manos de agricultores familiares, junto a grandes latifundios correspondientes a empresas forestales y agroindustriales (Bidaseca, 2012; Reboratti, 1979; Schiavoni, 1998). El tamaño más representativo de las explotaciones agropecuarias se concentra en la pequeña y mediana extensión -menores de 100 hectáreas- (Chifarelli y Descalzi, 2008), correspondiente al 35,4% de la superficie de la provincia; mientras que el 7,1% pertenece a explotaciones de

gran tamaño que representan el 64,6% de la misma⁹⁵. Esta situación refleja la clara tendencia minifundista de la tierra y un proceso creciente de concentración de la misma, disminuyendo el número de explotaciones agropecuarias de menor tamaño.

A fines de siglo XX, con la radicalización de las políticas neoliberales, el avance del agro negocio y la agricultura intensiva, estos pequeños productores (sin tierras ni capital), se insertan en el complejo agroindustrial tabacalero como alternativa para la reproducción social de su unidad doméstica, en un contexto de vulnerabilidad, disminución de las capacidades estatales y ausencia de políticas orientadas al pequeño productor (Schiavoni, 2008). La situación de los productores familiares se agravó aún más, dada la imposibilidad legal de acceder a la propiedad de la tierra (Reboratti, 1990), sufriendo así constantes desalojos por su condición de ocupantes.

La actividad económica en lo que actualmente es el municipio de El Soberbio, se inició a mediados de siglo XIX con la instalación de obrajes madereros en zonas cercanas al río Uruguay, propiedad de grandes latifundistas. En Santa Catarina y Rio Grande do Sul se repiten los patrones de la actividad extractiva misionera (Braticevic y Vitale, 2010). El río Uruguay se convirtió en la vía de comunicación por excelencia, no solo para transportar materias primas, sino también para entablar relaciones económicas, sociales y culturales a un lado y al otro del río. Según Reydon y Agurto Plata (1996) hasta 1930 no había presencia argentina en la zona, lo que facilitaba el ingreso de brasileños⁹⁶. Emerge una *cultura de frontera*⁹⁷ que tiende a invisibilizar la división político territorial y a exhibir el desajuste entre los límites del Estado y de la Nación.

⁹⁵ Datos obtenidos del Censo Nacional Agropecuario del año 2002, último censo (agropecuario) que presentó los resultados definitivos hasta el momento.

⁹⁶ Según Espíndola (1992 en Reydon y Agurto Plata, 1996), los primeros inmigrantes brasileños que se asentaron en esta zona eran de origen europeo -mayormente alemanes e italianos de primera o segunda generación- que se dedicaron a la actividad maderera.

⁹⁷ El *portuñol* utilizado por la comunidad de El Soberbio, las comidas típicas con influencia brasileña, la modalidad de trabajar la tierra y de denominación de las técnicas de trabajo, la distribución de las familias a un lado y al otro de la frontera - entre otras cosas-, son prácticas sociales que demuestran esta constante comunicación y cotidianeidad entre la comunidad local de ambos países.

Según estos autores, existieron a mediados del siglo XX dos movimientos poblacionales de brasileros que se dirigieron a dos países vecinos en busca de tierras. Por un lado, campesinos que se vieron despojados de sus tierras por el avance del latifundio y del agronegocio; y por el otro, personas con mayor nivel adquisitivo que decidieron comprar tierras a bajo precio para poder invertir. El primer caso es el analizado en este trabajo, campesinos que se dirigieron a la frontera agraria argentina para poder continuar con sus labores agropecuarias; el segundo caso se dirigieron a Paraguay y se los conoce con el nombre de 'brasiguayos'.

El poblamiento de El Soberbio se realizó mediante la ocupación espontánea de tierras fiscales y luego sobre propiedades privadas abandonadas por sus dueños (Reboratti, 1979), sin la intervención planificada por parte del Estado; circunstancia que explica el número tan elevado de ocupantes irregulares carentes de títulos de propiedad. Estos ocupantes, en su mayoría inmigrantes brasileños, son pequeños productores sin tierra, que se asentaron en la provincia y organizaron el espacio territorial en colonias; el término 'colonos' constituye el más apropiado para la conceptualización de estos actores sociales (Bartolomé, 1982).

Los trabajos de Bidaseca (2012) y de Schiavoni (1995; 1998) estudian la colonización agrícola informal de la región y el conflicto por la tierra. A partir de estos excelentes trabajos surge el interés en profundizar el proceso de desplazamiento de éstos migrantes, dado el contexto multicultural de la Provincia de Misiones y la elevada proporción de migrantes brasileños que residen en ella. El período de análisis elegido (1960- 1990) coincide con la llegada de los inmigrantes brasileños a la zona⁹⁸, quienes se instalaron de forma espontánea en tierras vacantes del municipio. Las propiedades que antiguamente pertenecieron a las empresas forestales fueron abandonadas por sus dueños; esto significó una reserva de tierras para el asentamiento de la población migrante. Si bien el flujo

⁹⁸ El 86,4% de los brasileños que se encuentran en la provincia llegaron con anterioridad a 1991 (INDEC, Censo 2010) y el 60% antes de 1980. Como afirma Baeninger (2002), la llegada de los brasileños al país presenta entradas importantes entre 1960- 1964 y de 1970- 1974, luego decrece considerablemente entre 1975- 1979 y vuelve a aumentar en el período 1980- 1984. La antigüedad de este flujo explica el envejecimiento de su pirámide poblacional (Baeninger, 2002; Cerruti, 2009).

de personas provenientes del país vecino continúa en constante movimiento, el desplazamiento y consecuente asentamiento informal puede considerarse finalizado a finales de la década de 1980, debido a la ocupación casi total de las tierras.

La localidad de El Soberbio concentra su actividad económica en el cultivo de tabaco, la citronella⁹⁹ y el turismo. En menor medida se desarrolla el cultivo de yerba mate, maíz, tung, te y algunos cítricos (IPEC, 2012). El trabajo en las pequeñas y medianas explotaciones es diversificado; esta pluriactividad es entendida como una estrategia de reproducción (Schiavoni, 2008) – biológica y social- (Bourdieu citado en Cowan Ros y Schneider, 2008) de la pequeña agricultura familiar. Orientan su producción tanto al autoconsumo, especialmente el trabajo realizado en la huerta y la granja, como a la producción de cultivos anuales (especialmente tabaco).

3 CONCLUSIONES

A partir de la década de 1960, el campo argentino y brasilero atraviesa una transformación económica y social relacionada al proceso de modernización agraria, al uso de tecnología agropecuaria, a la producción a gran escala, al avance del latifundio y el agronegocio. Las consecuencias sociales son conocidas: descampesinización, deschacarización, empobrecimiento de las masas rurales y modificación de las estructuras agrarias locales.

Consecuencia del proceso de agriculturización que atraviesan los estados del sur de Brasil, el nordeste de la Provincia de Misiones recibe entre la década de 1960 y 1990 gran cantidad de campesinos expulsados de sus tierras que se asientan en la localidad de El Soberbio por la existencia de tierras libres -fiscales y privadas abandonadas por sus dueños- provenientes del país vecino. Las poblaciones colonas que radican actualmente en la localidad, son en su mayoría migrantes internacionales limítrofes que se vieron obligados a migrar por el proceso de modernización agraria o *Revolución Verde* consecuencia de la

⁹⁹ Lo que llevó a los pobladores a solicitar que se defina la localidad como *'la capital nacional de la esencia'*(IPEC; 2012: 283).

expansión del capitalismo agrario brasileiro. En este contexto, la migración adquiere una característica trascendental por parte de las poblaciones rurales: la movilización poblacional transfronteriza se vuelve una estrategia de recampesinización y de reproducción social de los colonos que habitan la zona del Alto Uruguay.

La inserción del capitalismo agrario, deja a un sector importante de la población rural sin tierras y sin la posibilidad de reproducir su unidad doméstica, de acuerdo a las costumbres y prácticas utilizadas hasta el momento. La migración se transforma en una estrategia de reproducción y de recampesinización ante la posibilidad de encontrar tierras libres para su asentamiento. Surge entonces, la vinculación entre la problemática del acceso a la tierra y los desplazamientos poblacionales. En el caso de la migración limítrofe a El Soberbio, Misiones, su estudio nos permite descubrir de qué modo, con qué intensidad y con qué características específicas la variable del acceso a la tierra en Brasil trajo como consecuencia migraciones en la zona de frontera. Así, el análisis de su vinculación y mutuas interrelaciones nos posibilitará investigar, en próximos trabajos, dimensiones económicas, sociales y demográficas que condicionan la calidad de vida de los migrantes.

REFERENCIAS

Agropecuario 2002: Resultados Definitivos. Buenos Aires: Autor. Recuperado de: <www.indec.gov.ar>

AGURTO P., L. y REYDON, B. (1996). Migrações do Brasil e os Mercados de Terras Agrícolas no Cone Sul. En: LOPES PATARRA, N. (coord.) **Emigração e imigração internacionais no Brasil contemporâneo**. Campinas, Brasil: Programa Interinstitucional de avaliação e acompanhamento das migrações internacionais no Brasil.

BAENINGER, R. (2002). La migración internacional de los brasileños: características y tendencias. **Proyecto Regional de Población CELADE-FNUAP**. Serie Población y Desarrollo, Santiago de Chile.

BARTOLOME, L. (1982). Base social e ideología en las movilizaciones agraristas en Misiones entre 1971 y 1975. Emergencia de un populismo agrario. **Desarrollo Económico**, 22 (85), pp. 25-56.

BAUDEL WANDERLEY, M. (Octubre, 1996). Raíces históricas do campesinato brasileiro. **XX Encontro anual da Anpocs GT 17**. Processos Sociais Agrários. Caxambu, MG.

BENENCIA, R. (2000). Argentina: la problemática social de la migración limítrofe. **Comercio exterior**, (Nº 3), México D.F., pp. 251- 257.

BENENCIA, R. (2003). Apéndice. Las migraciones limítrofes. En: Devoto, Fernando, **Historia de la Inmigración en la Argentina**. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.

BERTOLINI, M. (1999). **Plan de Manejo del Parque Provincial Moconá**. Misiones: Ministerio de Energía y Recursos Renovables. Recuperado de: <www.losquesevan.com/archivos/mocona.pdf>

BIDASECA, K. (2012). **Los sin tierra de Misiones. Disputas políticas y culturales en torno al racismo, la “intrusión” y la extranjerización del excluido en un espacio social transfronterizo**. Recuperado de: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/becas/20120410115531/KarinaBidaseca.pdf>>

BOLSI, A. y Meichtry, N. (1982). **Realidad y política migratoria en el nordeste argentino**. Resistencia: Instituto de Investigaciones Geohistóricas.

BRATUCEVIC, S. y VITALE, E. (2010). Redefiniciones espaciales recientes en El Soberbio, Misiones. **Avá Revista de Antropología**, Julio- Diciembre.

CERRUTTI, M. (2009) Diagnóstico de las poblaciones de inmigrantes en la Argentina. **02 Serie de Documentos de la Dirección Nacional de Población**, (marzo). Buenos Aires: Ministerio del Interior.

CHIAFARELLI, D. y DESCALZI E. (2008). **Transformaciones en la tenencia y ocupación de la tierra en la zona noroeste de la provincia de Misiones y sus consecuencias sobre los pequeños productores**. Recuperado de <http://anterior.inta.gov.ar/f/?url=http://anterior.inta.gov.ar/montecarlo/INFO/indices/tematica/dir_desarrollo.htm>

CORTES, R. y GROISMAN, F. (2004). Migraciones, mercado de trabajo y pobreza en el Gran Buenos Aires. **Revista de la CEPAL**, (82), pp. 173-191.

CORWEN ROS, C. y SCHNEIDER, S. (2008). Estrategias campesinas de reproducción social. **Revista Internacional de Sociología**, Volumen LXVI (Nº 50), pp. 163- 185.

GALLERO, M. (2005). Alemanes- brasileños en Misiones. Identidad en un contexto de frontera. Congreso Argentino de Inmigración. **IV Congreso de**

historia de los pueblos de la Provincia de Santa Fe, Asociación Amigos del Archivo General de la Provincia: Esperanza, Santa Fe.

GALLERO, M. y KRAUTSTOFLI, E. (2009). Proceso de poblamiento y migraciones en la Provincia de Misiones, (1881- 1970). **Avá Revista de Antropología**, 2009 (16), pp. 245- 264.

GARCIA, A. (2005). Uso y apropiación de los recursos en la frontera agraria de Misiones. Los casos de Agroforestal y Pozo Azul (a principios del Siglo XXI). In: **IV jornadas sobre poblamiento, colonización e inmigración en Misiones**. Posadas: Ediciones Montoya.

GIARRACCA, N. y TEUBAL, M. (2010). Disputas por los territorios y recursos naturales: el modelo extractivo. **Revista ALASRU**, N° 5, México D. F., pp. 113-134.

HEYNIG, K. (1982). Principales enfoques sobre la economía campesina. **Revista de la CEPAL**, (Nro. 16), pp. 115- 142.

HUGHES, J.; SASSONE, S. y OWEN, O. (octubre- noviembre, 2007). Migración y dinámicas rurales en el Valle Inferior del Río Chubut. **IX Jornadas Argentinas de Estudios de Población**, Huerta Grande, Córdoba.

IBARRA, P. y SARAVIDA, R. (2006). Diagnóstico social y económico de cinco comunidades, (Informe Final). **Proyecto de ordenamiento territorial de la Provincia de Misiones**. Misiones: Administración de Parques Nacionales. Recuperado de:
<www.aeci.org.ar/administrador/publicaciones/Informe_Final_TDR2.pdf>

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS (2012). **Censo Nacional de Población, Hogares y Vivienda 2010**: Censo del Bicentenario: Resultados Definitivos Serie B N°2. Buenos Aires: Autor. Recuperado de: <www.indec.gov.ar>

INSTITUTO PROVINCIAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS DE LA PROVINCIA DE MISIONES (2012). Capítulo 5: Economía. In: **Atlas general de la provincia de Misiones**, (pp.119- 152). Posadas: IPEC.

MAGUID, A. (2011). La migración sudamericana en Argentina: cambios recientes y perfil de sus protagonistas. In: **La inmigración laboral de sudamericanos en Argentina**. (pp. 75- 109). Buenos Aires: Organización Internacional del Trabajo, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

MEILASSOUX, C. (1979). La acumulación originaria y Sin techo: el éxodo rural. In: **Mujeres, graneros y capitales**. Economía doméstica y capitalismo, (pp. 149-156). México: Siglo veintiuno editores.

NOVICK, S. (1997). Políticas migratorias en la Argentina. In: ARUJ, R.; NOVICK, S.; OTEIZA, E. **Inmigración y Discriminación Políticas y Discursos**. Buenos Aires: Grupo Editor Universitario.

REBORATTI, C. (1979). Migraciones y Frontera Agraria: Argentina y Brasil en la Cuenca del Alto Paraná- Uruguay. **Desarrollo Económico**, Vol. 19 (Nº 74), pp.189-209.

REBORATTI, C. (1990). Fronteras Agrarias en América Latina. **Universidad de Barcelona**, Año XV (Nro 87).

REBORATTI, C. (2007). Los mundos rurales en Torrado. In: Torrado, Susana (comp.), **Población y bienestar en la Argentina del primero al segundo Centenario**. Una historia social del Siglo XX, (pp. 85- 108). Buenos Aires: Edhasa.

ROZE, J. (1992). **Conflictos agrarios en la argentina 1**. El proceso liguista. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.

SCHIAVONI, G. (1995). **Colonos y ocupantes. Parentesco, reciprocidad y diferenciación social en la frontera agraria de Misiones**. Posadas: Contemporánea.

SCHIAVONI, G. (1998). Porto-Capiovara: los ocupantes agrícolas de la frontera agrícola- brasileña. **Estudios Migratorios Latinoamericanos**, Año 13/ 14 (Nro 40-41), pp. 449-469 Recuperado de: <<http://esdocs.org/docs/index-59885.html>>

SCHIAVONI, G. (2008). **Campeños y agricultores familiares**. La cuestión agraria en Misiones a fines del siglo XX. Buenos Aires: Ed. Ciccus.

SEYFERTH, G. (1996). Concessão de terras, dívida colonial e mobilidade. **Estudos Sociedade e Agricultura**, (diciembre), pp. 29-58.

VASILACHIS DE GIALDINO, I. (2006). La investigación cualitativa. In:

VASILACHIS DE GIALDINO, I. (coord.), **Estrategias de investigación cualitativa**, (pp. 23- 64). Barcelona: Editorial Gedisa.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

**GT – CONSTITUCIONALISMO, GARANTIAS E
DEMOCRACIA**

CANOAS, 2015

**A PLURALIDADE DOS LIMITES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE
RELIGIOSA: O CASO CHURCH OH THE LUKUMI BABALU AYE V. CITY OF
HIALEAH (1993)**

Pâmela Carolina dos Santos May

Marco Félix Jobim

RESUMO: Direito assegurado constitucionalmente, a liberdade religiosa, encontra-se amparada por muito mais que uma legislação, devido à sua relevância histórica, é protegida pelo coletivo. Quando a religião se torna pauta de uma discussão, a certeza e a verdade se tornam subjetivas, como então discutir os limites de uma liberdade que sobrepõe e prepondera princípios? Para análise do presente estudo, tem-se como base o caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos: O Church Oh The Lukumi Babalu Aye V. City Of Hialeah, polêmica presenciada na Flórida (EUA) envolvendo a religião Santeria, devido ao seu ritual essencial de devoção, que consistia em um sacrifício animal, confrontando normas da cidade. Fundamentando o livre exercício, a igreja argumentou com base na Primeira Emenda americana. Se de um lado as ONGs recriminavam o sacrifício, de outro, os seguidores da Santeria defendiam a inconstitucionalidade das normas, bem como o livre exercício do seu direito ao culto. Entretanto, a Suprema Corte reconheceu a ilicitude da prática de sacrifício animal, uma vez que este atua como fator de risco significativo à saúde, assim como pode gerar dano à outrem, preservando assim o interesse da cidade. Observados os princípios e garantias, o livre exercício não deve ser interpretado como norma imutável, pois diante das inovações legislativas, cada vez mais o coletivo tem se adaptado ao individual, preservando, assim, além da garantia às crenças, as garantias fundamentais de saúde e bem-estar.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade; religião; precedentes.

1 INTRODUÇÃO

Quando a religião se torna pauta de uma discussão, a certeza e a verdade se tornam subjetivas e pessoais, como então discutir os limites de uma liberdade que sobrepõe e prepondera princípios? Não é de hoje, que diversos filósofos, sociólogos e teólogos tentam explicar o fenômeno da fé e a crença no desconhecido, onde não é possível se chegar à conclusões taxativas.

Para análise do presente estudo, tem-se como base o caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos: O Church Oh The Lukumi Babalu Aye V. City Of Hialeah, polêmica presenciada na Flórida (EUA) envolvendo a religião Santeria.

2 A LIBERDADE RELIGIOSA COMO MARCO HISTÓRICO NA FORMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direito assegurado constitucionalmente, a liberdade religiosa, encontra-se amparada por muito mais que uma legislação, o livre exercício da crença e do culto foram conquistadas com muito esforço e, deste modo, devido à sua relevância histórica, é protegida pelo coletivo.

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. O problema – sobre o qual, ao que parece, os filósofos são convocados a dar seu parecer – do fundamento, até mesmo do fundamento absoluto, irresistível, inquestionável, dos direitos homem é um problema mal formulado: a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião, as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais [...].¹

O seu reconhecimento deu-se com o respeito individual diante das diferenças, tendo como ápice o surgimento das diversas legislações asseguradoras da liberdade religiosa, como exemplo, a Declaration on the Elimination of All Forms of Religious Intolerance, que esclarece de maneira detalhada o que consiste o direito a liberdade de pensamento, crença, religião e consciência.

Somente depois da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade, em sua totalidade, partilha alguns valores comuns, podendo, assim, se crer na universalidade dos valores, não de forma objetiva, mas algo subjetivo acolhido por todos.

Artigo 18. Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença,

¹ BOBBIO, Norberto Bobbio. A era dos Direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004. P. 25.

pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.²

O direito a liberdade religiosa foi conquistado após muito tempo de intolerância e de um estado católico cujos ideais eram predominantes. Muitas guerras foram traçadas para que hoje, todas as religiões fossem respeitadas e seu exercício, por intermédio da legislação vigente, garantido.

No transcorrer dos últimos séculos, a religião e o Estado procuram encontrar uma fórmula que privilegie, acima de tudo, a liberdade humana. A própria Igreja Católica reconhece a necessidade dessa independência, em um dos documentos que compõem as resoluções do Concílio Vaticano 2º, a Constituição Pastoral *Gaudium et Spes* (sobre a Igreja no mundo atual): "No domínio próprio de cada uma, comunidade política e Igreja são independentes e autônomas"³.

Em 1988 a Constituição Federal Brasileira assegurou o direito à crença e ao livre culto, muito embora em seu preâmbulo coloque em dúvida a laicidade do Estado⁴. Cumpre lembrar que ateísmo não é o mesmo que Estado laico, apenas que as instituições públicas e a sociedade civil mantêm independência em relação às diretrizes e aos dogmas religiosos, onde não se aceita, ao menos teoricamente, a ingerência direta de qualquer organização religiosa nos assuntos de Estado.

A obrigatoriedade da prestação de assistência religiosa nasce com a imposição do Estado Laico e suas consequências sociais, uma medida compensatória do constituinte de 1988, que tem duas raízes na Constituição do império de 1824.

O Direito, para Bobbio, é uma construção, um artefato humano fruto da política que produz o direito positivo. Requer a razão para pensar, projetar e ir transformando este artefato em função das necessidades da convivência coletiva.⁵

² Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em 18/03/2015.

³ Disponível em http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html. Acesso em 10/03/2015.

⁴ O preâmbulo da CF/88 refere em sua redação que está é promulgada "sob a proteção de Deus", o que gera controvérsias, a partir do momento em que o estado é laico, uma forma de governo sem qualquer confissão religiosa.

⁵ BOBBIO, Norberto Bobbio. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004. P. 32.

Contudo, após a conquista da liberdade, outra discussão surge: Quais seriam os limites desta liberdade? Afinal, a libertinagem não pode ser utilizada com base neste direito, que assegura, acima de tudo, o respeito e a tolerância, mas não deve proteger atos ilícitos ou prejudicar a ordem pública.

3 DA INTOLERÂNCIA ENQUANTO VETO À LIMITAÇÃO DE DIREITOS

Quando nos referimos à intolerância, de pronto, surge em nossas mentes o problema da convivência das crenças, semelhante a intolerância política. Que, nos remete à aquele antigo axioma popular: Religião e Política não se discute!

Entretanto, ao que se deslumbra na própria afirmação, esta já é motivo para discussão, afinal, é necessário garantir a crença e convicção naquilo que o indivíduo achar que deve. Não se trata de declarar como verdade para si, mas sim, de declarar respeito para com aquele que, gozando de sua autonomia, optou por uma teoria ou estilo de vida.

O motivo pelo qual me ocupo das razões da tolerância no primeiro sentido é que o problema histórico da tolerância, tal como foi posto na Europa durante o período das guerras de religião, e sucessivamente pelos movimentos de heréticos e depois filosóficos, como Loke e Voltaire, o problema tratado nas histórias da tolerância, é o problema relativo exclusivamente à possibilidade de convivência de confissões religiosas diversas, problema nascido na época em que ocorre a ruptura do universo religioso cristão.⁶

A intolerância gera o discurso de preconceito e, por conseguinte, na quebra da liberdade religiosa. A discussão é de suma importância para o aperfeiçoamento e respeito de indivíduo, nos tornamos mais tolerantes com aquilo do qual demos a oportunidade de conhecer, não necessariamente experimentar, mas sim reconhecer a legitimidade do debate e pluralidade de ideias.

Tanto a liberdade de consciência quanto a liberdade de crença abrangem ações e comportamentos que guardam íntima relação entre si.

Este binômio “consciência/crença” indica, de um lado, que a liberdade de consciência não deve ser entendida como limitação à liberdade de expressão do

⁶ *ibid* P. 25.

pensamento⁷, pois o constituinte a viu como um fenômeno muito mais próximo da convicção ou fé religiosa do que um mero posicionamento político-ideológico e como tal intimidade ligada à autoconcepção do titular do direito e não às vicissitudes do embate ideológico adequável aos mais diversos interesses subjetivos ou políticos, próprio da liberdade de expressão.⁸

Uma vez que o objeto do presente estudo é a pluralidade da liberdade e como impor limites sem ofender seus direitos, observa-se a linha tênue entre impor limites e ser intolerante. Ao passo que alguma liberdade religiosa é restringida, o primeiro argumento que se coloca em pauta é a intolerância daquele que a restringiu.

Sendo assim, o aceite do debate deve estar em ambos os lados, tanto daquele que quer limitar para defender o coletivo, quanto daquele que quer proteger o seu direito privado. Segundo Jayme Weingartner, na busca de enfatizar o equilíbrio, trata-se de uma grandeza concretamente variável que trava com outros direitos uma “relação principal de mútua definição de limites”.⁹

4 A GARANTIA DA LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A liberdade de culto está assegurada pelo inciso VI do artigo 5º da Constituição Federal que declara inviolável a liberdade de crença e assegura “o livre exercício dos cultos religiosos”, além de garantir, “na forma da lei”, a “proteção aos locais de culto e suas liturgias”.

O artigo 5º, VI, VII e VIII da Constituição Federal¹⁰, garante a inviolabilidade de consciência e de crença. No inciso VI, encontra-se a outorga

⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

⁸ MARTINS, Leonardo. Liberdade e Estado Constitucional. São Paulo: Atlas, 2012. P. 354.

⁹ NETO, Jayme Weingartner. Liberdade Religiosa na Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 192.

¹⁰ VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

clássica, a liberdade religiosa, que, entretanto, foi complementada pelo inciso VII. Este fixa um dos efeitos mais importantes do direito fundamental previsto no inciso VI. Ele determina que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política”.

O inciso VIII seria absolutamente supérfluo, não fosse a ressalva apontada, pois dizer que a liberdade de consciência e de crença é inviolável significa o mesmo que dizer que qualquer de seus exercícios não poderia ter como consequência a privação de direitos. Se há privação de direitos na hipótese descrita pela norma, está-se diante de uma limitação constitucional ¹¹.

A liberdade religiosa, foi outorgada sem uma reserva legal explícita pelo constituinte que declarou livre a crença, mas não impôs limites ao seu exercício, dando razão a discussão aludida no presente estudo.

No momento em que não se determina os limites para uma determinada ação e sua exercia (a liberdade de religião) é permitida de forma livre, algumas normas entram em conflito. Isso não significa que o legislador da revisão esteja impedido de tocar em tais direitos, o que não pode é “eliminá-los do catálogo constitucional ou restringi-los em termos tais que afete o seu conteúdo essencial”¹². É impossível assegurar os interesses coletivos, sem restringir direitos individuais. Cada ao indivíduo, enquanto ser que vive em sociedade, se adaptar aos limites de sua própria liberdade em detrimento dos demais.

O exercício de um direito fundamental pode se dar tanto de maneira positiva quanto negativa. No seu aspecto positivo elas abrangem, em primeiro lugar, a liberdade interior (foro íntimo) de crer em alguma coisa ou acreditar estar vinculado a um determinado sistema axiológico, em outras palavras: o direito de pensar a sua religião ou convicção. Trata-se, além disso, como segundo aspecto englobado, da liberdade para exteriorizar sua crença ou visão de mundo. Como por exemplo tem-se o culto, cuja proteção é expressamente garantida, denotando igualmente um dever de proteção contra agressões – estorvos ao culto – provenientes de particulares.¹³

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

¹¹ MARTINS, Leonardo. Liberdade e Estado Constitucional. São Paulo: Atlas, 2012. P. 355.

¹² NABAIS, José casalta Nabais. Por uma liberdade com responsabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. P. 85.

¹³ MARTINS, Leonardo. Liberdade e Estado Constitucional. São Paulo: Atlas, 2012. P. 357.

A constituinte em seu artigo 19, I, veda a intervenção estatal sobre os cultos, salvo em detrimento do interesse público.

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

Neste dispositivo obtemos uma ressalva ao livre exercício, ou seja, este não poderá se sobrepor ao interesse público, os cultos e crenças devem respeitar a coletividade sob pena de interferência do direito fundamental.

Num sentido amplo, pode haver colisão entre direitos fundamentais e bens coletivos, sendo a segurança pública (ou interna) um bem coletivo, mas de caráter ambivalente, pois o “dever do Estado de proteger os direitos de seus cidadãos obriga-o a produzir uma medida tão ampla quanto possível deste bem. Isso porém, não é possível sem interferir na liberdade religiosa daqueles que prejudicam ou ameaçam a segurança pública”.¹⁴

A liberdade religiosa vai confrontar-se, naturalmente, com os limites constitucionais diretos e indiretos que valem genérica e formalmente para as atividades de suporte: liberdade de expressão, de reunião, de manifestação, de associação etc., estabelecidos já de forma ponderada pelo legislador constituinte.

Neste contexto, por exemplo, veda-se a utilização da liberdade de reunião e associação religiosas para justificar a “prosecução de fins violentos” ou contrários à lei penal ou para contrariar a aplicabilidade de outras regras constitucionais que condicionem de alguma forma, o exercício desses direitos”. No mais, verificam-se limites implícitos, que decorrem de leitura sinóptica da constituição e da necessidade de compatibilizar a liberdade religiosa com os “direitos de terceiros” e com “outros bens jurídicos” (por exemplo vida, integridade física, saúde, meio ambiente, segurança pública), certo que o direito em tela “não protege práticas que ponham em perigo a saúde pública” – tudo no quadro de um “processo de harmonização compromissória”.¹⁵

Nos EUA não há referência constitucional explícita aos limites, a imposição se dá pela jurisprudência da Suprema Corte, mediante interpretação

¹⁴ NETO, Jayme Weingartner. Liberdade Religiosa na Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 193.

¹⁵ NETO, Jayme Weingartner. Liberdade Religiosa na Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 197.

extensiva dos conceitos de “estabelecimento de uma religião” e de “interesse governamental”

5 O CASO CHURCH OF THE LUKUMI BABALU AYE V. CITY OF HIALEAH

Inúmeros são os casos em que liberdade religiosa colide com os demais direitos, o presente estudo bem como base o presente americano *Of The Lukumi Babalu aye v. City of Hialeah*, proferido em acórdão no estado do Rio Grande do Sul, pelo redator Des. Araken de Assis, em uma representação de inconstitucionalidade¹⁶. O motivo pelo qual a religião em questão se tornou alvo das discussões foi o ritual essencial de devoção, que consistia em um sacrifício animal, contudo, havia um conjunto de normas aprovadas na cidade de Hialeah que impediam os sacrifícios.

O presente caso foi decidido no ano de 1993 na Flórida e seu assunto tramitava em torno de uma regulamentação municipal de proteção aos animais. Na cidade de Hialeah existem diversas regulamentações e proibições, tornando ilegal o sacrifício de qualquer animal.

Como fundamentação para o livre exercício, a igreja argumentou com base na Primeira Emenda americana que estabelece que “o congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos”.

Se de um lado as ONGs e instituições recriminavam o sacrifício diante das suas incessantes lutas para a proteção da fauna, de outro, os seguidores da Santeria defendiam a inconstitucionalidade das normas, bem como o livre exercício do seu direito ao culto e liberdade religiosa.

O “Sacrifício” foi definido pelo Regulamento 87-52 como “matar desnecessariamente, atormentar, torturar, ou mutilar um animal em um ritual ou cerimônia, pública ou privada, sem que haja o propósito primário de consumo”. A matança de animais ficou restrita a áreas de matadouros submetidas a autorização e inspeção do governo.

¹⁶ GARRET, Marina Batista. A necessidade de limites à liberdade religiosa. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1107. Acesso em 03/03/15.

Sendo assim, a prática religiosa da Santeria acabou atingida por esta regulamentação. A Igreja Lukumi Babalu Aye, que pregava esta religião em Hialeah, insatisfeita com a repercussão que estas normas geraram no desenvolvimento de suas atividades, buscou através do Judiciário declarar inconstitucionais tais proibições alegando que as leis violavam a Cláusula de Livre Exercício da Primeira Emenda da Constituição americana.

A Igreja acusava o legislador de ter criado essas leis com fins exclusivos de impedir a manifestação da Santeria na região, uma vez que os termos utilizados pelas normas aprovadas, quais sejam, “sacrifício” e “ritual” remetem a religiosidade.

A Suprema Corte americana entendeu ser a reivindicação de discriminação plausível, ainda que não fosse conclusiva, uma vez que estas palavras ensejam uma forte conotação religiosa. Apurou-se que os vocábulos “sacrifício” e “ritual” têm uma origem religiosa, mas o uso atual também admite significados seculares.

Primeiramente, os juízes e tribunais que analisaram o caso entenderam que as normas incidentalmente proibiam o exercício pleno da Santeria. A instância inferior, embora tenha reconhecido que os regulamentos não eram religiosamente neutros, concluiu que o propósito deles não era impedir a atividade da Igreja, mas dar um fim à prática de sacrifício animal.

Conforme os argumentos suscitados pela Corte Distrital e corroborados pela decisão proferida pela Corte de Apelação, os regulamentos aprovados tinham por base objetivos nobres, quais sejam, em primeiro lugar o sacrifício animal como um fator de risco significativo à saúde, tanto para os participantes quanto para a coletividade, tendo em vista que os animais sacrificados são freqüentemente mantidos em condições anti-higiênicas e não passam por uma inspeção sanitária para serem abatidos, além da posterior disposição dos restos dos animais em locais públicos.

Ademais, o interesse da cidade é proteger os animais da crueldade e da matança desnecessária. O método utilizado no sacrifício de Santeria para matar o animal é, de acordo com as palavras da Corte, “incerto e não humanitário, e

os animais, antes de serem sacrificados, são mantidos freqüentemente em condições que produzem muito medo e lhes causam estresse¹⁷.

Ponderando os interesses governamentais e religiosos, a Corte Distrital concluiu “que os interesses governamentais justificam plenamente a proibição absoluta do sacrifício em rituais”. Notou-se ainda que, mesmo que a redação da lei dispusesse sobre uma conduta religiosa específica, a Primeira Emenda não estaria sendo violada quando essa conduta fosse julgada incompatível com a saúde pública e o bem-estar social.

Outrossim, ainda uma proposição geral da Suprema Corte que consiste no fato de que uma norma secular e de aplicabilidade geral não pode ser considerada nula caso, incidentalmente, venha a acarretar a supressão de uma determinada atividade religiosa.

Por fim, a Suprema Corte americana reconheceu à ilicitude prática de sacrifício animal, sem o propósito de impedir as atividades de igreja, uma vez que este atua como fator de risco significativo à saúde, assim como pode gerar dano à outrem, no caso, o menor, ao presenciar tal ato, preservando assim o interesse da cidade e a relevância em se restringir a matança dos animais.

Aliás, de acordo com as críticas da Suprema Corte, se a cidade tem uma real preocupação quanto aos métodos utilizados para sacrificar um animal – classificando alguns como “menos humanitários” do que outros - então o assunto do regulamento deveria ser o próprio método de abatimento tipicamente judaico que tem por finalidade o menor sofrimento possível utilizando técnicas específicas para matar o animal.

Cabe ressaltar que segundo o entendimento da Corte, a Emenda não resta violada, uma vez que tal ato é considerado incompatível com a saúde pública e o bem-estar social.

Diversas foram os debates acerca da decisão que afastou a blindagem existente no livre exercício de culto, que por diversas vezes acaba se sobrepondo às demais normas, formando um juízo de valores que divide opiniões diante da subjetividade e particularidade do tema.

¹⁷ GARRET, Marina Batista. A necessidade de limites à liberdade religiosa. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1107. Acesso em 03/03/15.

A Suprema Corte, em meio a suas considerações, entende que os riscos à saúde resultantes das carcaças de animais são os mesmos se decorrentes de sacrifício animal da Santeria ou de outras matanças não religiosas.

Retomando um fundamento de uma decisão anterior, ela dispõe que, para a satisfação dos comandos da Primeira Emenda, uma lei que restrinja a prática religiosa tem que visar a interesses da mais alta ordem e deve ser feita precisamente para a perseguição desses interesses. Quando o Estado legisla de maneira a restringir as práticas religiosas, tem que justificar aquele demonstrando que se trata do meio menos gravoso para alcançar o interesse estatal.

Sendo assim, a Primeira Emenda não garante uma blindagem total ao exercício da liberdade religiosa, sempre que esta se colidir com direitos coletivos, a discussão será avaliada e a preponderação, bem como o equilíbrio devem prevalecer. Não se trata se ofensa à religião, ou intolerância Estatal, a regra deve valer a todo e qualquer ato que modificar e atingir de alguma forma a ordem pública e os direitos coletivos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumprido ressaltar que a religião ocupa um espaço central na vida de muitas pessoas, requerendo, portanto, consideração e respeito, independente da forma como esta se manifesta. Sabe-se que, diversas são as religiões que se diferem em suas crenças e na maneira de se manifestar e difundir a fé. Entretanto, a liberdade individual para o livre exercício de uma religião não pode sobrepor-se ao coletivo.

Desse modo, o direito a liberdade religiosa, como todas as demais garantias constitucionais, deve ter certo limite sob o risco de abrigar a prática de atos ilegais. Observados os princípios e garantias, o livre exercício não deve ser interpretado como norma imutável, pois diante das inovações legislativas, cada vez mais o coletivo tem se adaptado ao individual, preservando, assim, além da garantia às crenças, as garantias fundamentais de saúde e bem-estar.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004. P. 25.

GARRET, M. B. **A necessidade de limites à liberdade religiosa**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1107>. Acesso em 03/03/15.

Disponível em:

<<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 18/03/2015.

Disponível em:

<http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html>. Acesso em 10/03/2015.

MARTINS, L. **Liberdade e Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012. P. 354.

NABAIS, J. C. N. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. P. 85..

NETO, J. W. **Liberdade Religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 192.

O VINHAIS VELHO E O DIREITO À MORADIA: A EXPERIÊNCIA DO PAJUP- PROGRAMA DE ASSESSORIA JURÍDICA UNIVERSITÁRIA POPULAR NA LUTA POR DIREITOS HUMANOS

Anne Karoline de Jesus Aires

RESUMO: Dentro de um contexto social marcado pela exclusão e desigualdade social, o Direito, no que tange ensino jurídico não pode se abster de conhecer a realidade social e de considerar debates que vão além dos muros da Universidade. Nesse sentido, este trabalho trata da AJUP- Assessoria Jurídica Universitária Popular, como um instrumento de mudança em contraposição ao ensino jurídico tradicional, relatando a experiência do PAJUP-Programa de Assessoria Jurídica Universitária Popular dentro da comunidade Vinhais Velho e sua luta pelo direito à moradia.

PALAVRAS- CHAVE: Direitos Humanos; Vinhais Velho; PAJUP; Ensino Jurídico.

1 INTRODUÇÃO

O ensino jurídico muitas vezes mostra-se inerte, permanecendo o estudo do Direito limitado dentro dos muros da Universidade, dentro de um cunho tradicional e positivista. Percebendo isso surge a AJUP- Assessoria Jurídica Universitária Popular como um instrumento que entende o Direito por uma perspectiva não meramente legalista ou que se limita ao âmbito legal e ao ensino jurídico propriamente dito, mas que reconhece a necessidade de práticas que levem ao estudante reconhecer que existe todo um contexto social e toda uma realidade social que precisa ser mudada, além do que percebendo que o ensino jurídico também se dá nas ruas, no movimento estudantil e na luta social.

Sendo assim, este trabalho aborda o trabalho do grupo de extensão PAJUP – Programa de Assessoria Jurídica Universitária Popular, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco de São Luís - Maranhão, abordando a metodologia de Paulo Freire que esta AJUP trabalha, a importância da prática de educação popular e de experiências que vão além do ensino jurídico apresentado dentro das salas de aulas. Assim, para tratar especificamente da prática da AJUP,

serão feitas algumas considerações da experiência do PAJUP com a comunidade do Vinhais Velho, que passou por um processo de desapropriação de uma longa luta para a garantia do direito à moradia.

Além do mais, é necessário que seja realizado um debate sobre a garantia de Direitos Humanos, sobre os conceitos universalizados desses direitos, demonstrando que a universalização dos Direitos Humanos deixam de considerar e levar em conta a particularidade de cada comunidade, criando conceitos prontos do que são determinados direitos.

2 A PRÁTICA DA ASSESSORIA JURÍDICA UNIVERSITÁRIA POPULAR NA LUTA POR DIREITOS HUMANOS

O ensino jurídico tradicional mostra-se incapaz de trazer soluções eficazes e emancipatórias para a realidade social, pois muitas vezes o ensino fica restrito, sem que tenha uma ligação direta com os conflitos sociais. Nesse contexto, surge a AJUP- Assessoria Jurídica Universitária Popular, como um instrumento de emancipação, de reconhecimento de conflitos sociais, construindo práticas com base na Educação Popular e promovendo debates além do âmbito do ensino tradicional através de grupos de extensão.

De acordo com Murilo Oliveira (pág. 46), a assessoria jurídica universitária “compreende uma intervenção não só judiciária, mas também de orientação, organização e ação política-jurídica, pois entende que a esfera jurídica engloba, além da prestação jurisdicional do Estado, todo o processo constitutivo e organizativo dos movimentos sociais”.

Assim, a assessoria jurídica tem seu papel inserido dentro de um contexto de um ensino jurídico positiva e não emancipador, a AJUP defende a existência de práticas emancipadoras na luta de Direitos Humanos, de tal forma que os estudantes não fiquem restritos ao âmbito das quatro paredes dos muros da Universidade, mas que reconheça a realidade e os conflitos sociais, para uma aplicação e entendimento do Direito que interaja nas mudanças sociais. De acordo com o sociólogo Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 50):

Trata-se de uma prática jurídica desenvolvida por estudantes de direito que tem hoje uma capacidade nova de passar da clínica jurídica

individual, a la americana, totalmente despolitizada, para uma forma de assistência e de assessoria jurídica atenta aos conflitos estruturais e de intervenção mais solidária e mais politizada. Essa iniciativa em muito se distancia da assistência jurídica que é normalmente oferecida pelos Núcleos de Prática Jurídica das faculdades de direito brasileiras muito concentrada na preparação técnico-burocrática dos estudantes e orientada para ações individuais (despejo; pensão alimentícia; separação e divórcio etc.). Em sentido oposto, as assessorias jurídicas populares dão importância à ação de defesa de direitos coletivos em associação com movimentos sociais e organização populares.

Com o objetivo pela busca de um Direito emancipatório e práticas fora das salas de aula foi criado o PAJUP (PROGRAMA DE ASSESSORIA JURÍDICA UNIVERSITÁRIA POPULAR) dentro da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, este inicialmente foi idealizado a partir de um minicurso realizado pela professora Márcia Cordeiro e conjuntamente com os alunos do Núcleo de Assessoria Jurídica Popular “Negro Cosme” – NAJUP da Universidade Federal do Maranhão – UFMA a seguinte temática “Extensão Universitária e Educação Jurídica Popular”. O mini-curso em questão foi ofertado como uma das opções da III Jornada Jurídica da UNDB no ano de 2006, no qual foi debatido várias questões como ensino jurídico, educação popular, assessoria jurídica.

Assim, tal debate ensejou com que um pequeno grupo de alunos criassem um projeto que inicialmente devia ser aprovado pela Coordenação do Curso de Direito (FERREIRA, 2011). No entanto, a coordenação entendeu que não era o momento para a criação de uma AJUP dentro da Faculdade e sugeriram que o método da assessoria jurídica fosse realizado dentro de um grupo de extensão que já existia, porém estava com suas atividades suspensas, denominado de “Direito na Divinéia”.

Por outro lado, tal proposta não foi aceita pelos alunos, já que a vontade destes era de que fosse criada uma assessoria jurídica, um novo grupo de extensão, não seria viável reativar um grupo de extensão que não seguia o método de educação popular da AJUP. Após, várias problemáticas esse pequeno grupo de alunos continuaram a ter contato com a temática da assessoria jurídica, mas a criação do PAJUP se deu de fato no ano de 2008, com orientação do Elton Fogaça, que na época era coordenador de Pesquisa e extensão da instituição (FERREIRA, 2011).

Ao longo desses anos o PAJUP, atuou com várias comunidades através da realização de oficinas e debates sobre Direitos, além de parcerias com instituições como a Defensoria Pública do Estado do Maranhão e SMDH- Sociedade Maranhense de Direitos Humanos.

Atualmente, a assessoria está trabalhando com a comunidade da Eugênio Pereira, que sofre principalmente com a falta da regularização fundiária e o direito à terra, atuando também com a Comunidade da Portelinha, onde predominante é formada por palafitados e a principal demanda inicialmente é no foco da participação popular dos moradores da comunidade e oficinas que ensejem esse engajamento políticos para que estes sejam agentes da luta pelos seus direitos.

O grupo também possui um projeto dentro da faculdade intitulado como “Ágora” que tem como principal objetivo debater questões que não discutidas dentro de sala de aula e que estão relacionadas com a realidade social, já foi realizada debates de várias questões, como feminismo, negritude e desmitarilização da polícia.

Em relação a comunidade do Vinhais Velho, o PAJUP se envolveu com a demanda através de um grupo de uma rede social, o qual tinha o nome de “Salve o Vinhais Velho”, dentro do grupo existiam vários militantes e grupos relacionados com a defesa de direitos, assim o PAJUP foi convidado a atuar na luta pela permanência dos moradores na comunidade.

Ao longo de vários os meses o grupo atuou dentro das reuniões no sentido de acompanhar todo o processo de resistência dos moradores, realizando inclusive manifestação em frente ao Tribunal de Justiça do Maranhão, bem como, construindo um evento de dois dias dentro do Vinhais Velho, o qual foi pensado em ter um acampamento com o fim principalmente de alcançar forças, de demonstrar a insatisfação desses moradores de continuarem no local onde moravam e alertar a sociedade sobre a importância da história do Vinhas Velho e da garantia de uma série de direitos que foram desrespeitados.

Nesse sentido, a experiência dentro da comunidade serviu para ampliar a visão sobre o direito de todos os membros dos quais faziam parte do PAJUP, percebendo a importância do ensino jurídico ensinar experiências como essas,

através de metodologias como a de Paulo Freire, para a percepção de que o ensino não é uma bolha fechada, a realidade grita por mudança e só tendo conhecimento desta que poderá muda-la.

3 ENSINO POPULAR E EDUCAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

A Assessoria Jurídica Popular atua no sentido de romper com o ensino jurídico tradicional e dogmático, por meio de uma práxis voltada para a ação e para reconhecimento da realidade social. O AJUP tem como objetivo superar o modelo de educação que predomina nos cursos de Direito, que se mostram distantes da práxis e da luta social, já que o próprio direito se apresenta formado por ideologias e muitas vezes pela predominância do conservadorismo.

Neste sentido, é válido abordar sobre a atuação da AJUP, especificamente do PAJUP (Programa de Assessoria Jurídica Universitária Popular), que não é baseado em assistencialismo jurídico, de imposições de soluções, por outro lado, a AJUP que o grupo defende é aquela que defende a educação de Direitos Humanos, de sujeitos que atuem conjuntamente com a comunidade, em uma troca de aprendizagens, dessa forma existe diferença entre o que é denominado por assessoria e assistência jurídica.

Apesar da palavra 'Assessoria', em sentido comum, ser quase sinônima da palavra 'Assistência', foi ela escolhida para simbolizar uma metodologia inovadora de extensão. A escolha busca exprimir um significado político contrário às propostas de índole 'assistencialista'. A postura política da Assessoria, por surgir no espaço discursivo dos movimentos populares, é uma postura de contestação e não de caridade. Busca a Assessoria desconstruir o método assistencialista, contestar a sociedade da exploração do trabalho e rechaçar a Assistência como solução de problemas sociais. (FURMANN, 2003, p. 30).

Com a compreensão da diferença entre a assistência e a assessoria, entende-se que o PAJUP atua justamente como um grupo de extensão de assessoria jurídica, tendo uma reflexão sobre a realidade social e formando sujeitos ativos dentro da mudança desta. Nesse sentido, a educação de Direitos Humanos, as oficinas realizadas pelo grupo são baseadas na educação popular baseada proposta por Paulo Freire, este que entende que “[...] para que a educação não fosse uma forma política de intervenção no mundo era

indispensável que o mundo em que ela se desse não fosse humano.” (2001, p. 125).

Assim, a Assessoria Jurídica entende que a educação de Direitos Humanos deve ser transformadora, não conservadora, baseada na práxis, levando em consideração o papel do educar e do educando de proporcionar debates sobre o contexto social e como o direito atua na mudança da realidade social.

A educação de Direitos Humanos não deve meramente ser baseada na apresentação da dogmática desses direitos, mas demonstrar através de uma metodologia de educação diferenciada que seja direcionada para a autonomia do indivíduo, no sentido dos sujeitos se emanciparem e despertando sujeitos ativos na luta pela transformação, de acordo com Bittar:

[...] aprofundar a consciência sobre a importância dos direitos humanos e de sua universalização; provocar a abertura criativa de horizontes para a auto compreensão; incentivar a reinvenção criativa permanente das próprias técnicas; habilitar à criticidade; hillipe Cupertino Salloum e Silva, Breno M. de Mello, Maria Luiza P. de Alencar Mayer Feitosa 10 © PRIMA FACIE, JOÃO PESSOA, V. 12, N. 22, ANO 12, JAN-JUN, 2013, p. 1-13 desenvolver o reconhecimento histórico dos problemas sociais; incentivar o conhecimento multidisciplinar, interdisciplinar e transdisciplinar sobre a condição humana; habilitar a uma compreensão segundo a qual a conquista de direitos depende da luta pelos direitos; valorizar a sensibilidade em torno do que é humano; aprofundar a conscientização sobre questões de justiça social; recuperar a memória e a consciência de si no tempo e no espaço; habilitar para a ação e para a interação conjunta e coordenada de esforços; desenvolver o indivíduo como um todo, como forma de humanização e de sensibilização; capacitar para o diálogo e a interação social construtiva, plural e democrática. (2010, p. 331).

Deste modo, a educação precisa preparar o sujeito para a sua emancipação, de modo que este seja capaz de mudar a sua própria realidade, com a construção de um sujeito que atue enfrentando as opressões. A Assessoria jurídica, em sua atuação tenta superar com o modelo tecnicista dos cursos de Direitos, entendendo que a educação de Direitos, em ênfase a de Direitos Humanos deve estimular a consciência crítica, através da ação dialógica que para Paulo Freire (1974) seria responsável por sujeitos que pratiquem a alteridade e o respeito com o outro.

4 VALOR HISTÓRICO DO VINHAIS VELHO E A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS DA COMUNIDADE

O Vinhais Velho é uma das comunidades mais antigas que existe na cidade de São Luís e que a sua história foi desconsiderada pela construção de um projeto de Via Expressa realizado pelo do Estado do Maranhão, com o argumento de que a construção beneficia a todos, que teve como objeto melhorar a mobilidade urbana da cidade. Por outro lado, nenhum processo democrático foi realizado dentro da comunidade do Vinhais Velho, em nenhum momento os moradores foram perguntados sobre o interesse de continuar ou não local onde moravam.

Segundo Antônia da Silva Mota Professora Doutora do Departamento de História da Universidade Federal do Maranhão (UFMA) “a comunidade de Vinhais Velho passou por todos os momentos da história das Américas”. Primeiramente a comunidade de indígenas que estavam ali eram chamados de *Eussauap* com a expulsão dos franceses em 1615 pelos portugueses o local foi chamado de *Uçaguaba*, de acordo com o historiador César Marques

Na armada de Alexandre de Moura vieram os jesuítas Manuel Gomes e Diogo Nunes. Quando principiaram a estabelecer missões de índios a primeira que fundaram foi a que deram o nome de Uçaguava, onde com os da ilha da capital aldearam os índios que tinham trazido de Pernambuco, e como esta houvesse de ser a norma das mais aldeias, nela estabeleceram todos os costumes que pudessem servir de exemplo aos vizinhos e de edificação aos estranhos [...] foi chamada aldeia da Doutrina, e hoje chama-se Vinhais. (1970, p. 394 e 632).

Então, se percebe o valor histórico do Vinhais Velho que desde a colonização feita pelos portugueses eles já estavam presentes e que foram um dos primeiros a serem aldeados. O aldeamento durou mais de um século e o trabalho feito pelos índios servia como mercadoria para a Companhia de Jesus e com o aldeamento as famílias indígenas sofreram grandes mudanças tendo que se adaptar a novos costumes “os aldeamentos desarticulavam as culturas indígenas, ao fixar populações seminômades e alterar radicalmente seu modo de vida”. (VAINFAS, 2000, p. 22 e 327).

Em 1759 os jesuítas foram expulsos e os indígenas puderam ficar com as suas terras e livres e em 1757 a aldeia passou a ser chamada de “Vinhais Velho” e nos arquivos do Estado se pode encontrar todos os registros feito nessa época

pela Igreja de São João Batista do Vinhais. A comunidade Vinhas Velho passou por grandes momentos de luta pelos registros que se tem, seja pela exploração feita pelos portugueses ou pelo fato de terem tido seus costumes mudados por imposição do Estado com o objetivo de “civilizá-los”. Principalmente pela exploração pela terra da comunidade ser bastante fértil, ocorreu a escravidão deles e abusos contra a comunidade, de acordo com Cesár Marques

Pela farta documentação depositada nos arquivos, acreditamos que durante todo o século XIX se consolidou o processo de expulsão das populações nativas e ocupação de suas terras pelos fazendeiros. Em poucas décadas fez-se a ruína da Vila de Vinhais, tanto que poucos assistiram à ruína da capela de São João Batista, sendo o pedido de reconstrução feito pelos vereadores da Vila em 1857. (1970, p.632).

No Vinhais Velho alguns descendentes dos Tupinambás ficaram perto das ruínas mesmo com a destruição da capela. Os jovens com idade adequada para trabalhar buscavam empregos e as famílias do jeito que dava com pesca, frutos e caça. Seu Olegário um dos descendentes mais antigos que até hoje se encontra no Vinhais Velho relata que trabalha em uma fábrica de tecidos e que só vinha em casa a cada quinzena, mas que acompanhou de perto a resistência das pessoas no local.

No século XX a comunidade do Vinhais Velho continuou afastada da cidade, mesmo com as grandes construções que estava ocorrendo na cidade, para chegar até a cidade eles utilizavam de canos e de uma estrada que levava o âmbito urbano. Na década de 80 em razão da especulação imobiliária várias construções foram feitas no local mudando as áreas do local e a natureza.

Em 2012, foi dado início a construção da Via Expressa, projeto de uma via dentro do contexto urbano, passando por vários bairros, dentre eles o Vinhais Velho, que desapropriou uma série de moradores, que preservavam as suas tradições que foram herdadas de seus ancestrais que tanto lutaram para permanecer no local.

A luta inicialmente dos moradores era para a permanência no local, com a resistência do Estado para realizar a desapropriação, os moradores mudaram de posição e começaram a lutar por indenizações de acordo com o valor das casas, já que as indenizações oferecidas pelo Poder Público eram baixíssimas, o que inviabilizaria que essas pessoas pudessem comprar outro imóvel dentro da cidade, levando em consideração a especulação imobiliária e os valores altos

para a compra de imóvel, percebe-se assim o desrespeito e a negação do direito à moradia, bem como do próprio direito à cidade.

O direito à moradia não está englobado apenas pelo simples fato de ser ter um teto, tal direito abarca vários outros direitos, inclusive a própria identidade que o sujeito cria com o local que mora, famílias que passaram ali parte de sua vida, como a do seu Olegário o morador mais antigo da comunidade descendente dos índios Tupinambás, dona Vitorinha e Dona Babá Ribeiro. As pessoas mais idosas na faixa de 80 anos nasceram e viveram a sua vida inteira nessa comunidade, assim como os seus ancestrais.

5 A IDEIA DE UNIVERSALISMO E A TENSÃO COM A DIVERSIDADE

A ideia de universalismo dos Direitos Humanos é a predominante dentro das Cartas Universais, mas a universalização de conceitos prontos de Direitos implicam em tensões e um rol de problemáticas, pois é difícil esse termo alcançar de fato todas as culturas e as diferenças sociais.

O problema está, mais uma vez, na concessão de cidadania igual a todos os grupos de um Estado poliétnico, baseada na universalização da ideia de indivíduo abstrato, sem considerar as especificidades culturais dos grupos envolvidos (LIMA, 2001 pág.62).

Principalmente pelo fato dessa ideia de universalismo ser imposta por uma visão eurocêntrica. Quando as Grandes Navegações ocorreram e as sociedades europeias se debateram com outros povos, os primeiros viajantes e teóricos tentaram responder a questão se esses povos eram ou não humanos e os mesmos foram jogados para a natureza, sendo vistos como animais.

Após isso com a Revolução Industrial e as catástrofes em que a Europa estava vivendo se teve a ideia do “bom selvagem” e do “mau civilizado”, mesmo assim ainda era uma visão preconceituosa sobre as outras sociedades. Depois disso teve a Teoria Evolucionista que respondeu a questão se esses povos eram ou não humanos, e a conclusão que se teve foi que sim, que todos eram humanos, porém existiam aqueles que estavam em um estágio menor. Para isso eles trabalharam com a unidade do conhecimento do espírito humano, por isso não existe diferença eterna e sem temporária, todos vão chegar ao mesmo nível de estágio, que é a “civilização”.

Nesse sentido, surge um empecilho com essa política do universalismo, que não é suficiente para alcançar a especificidade de todas as sociedades, povo, culturas e comunidades. Essa política de universalismo não reconhece a pluralidade de culturas, não permitindo o reconhecimento de que existem outras culturas e diferenças sociais. A partir disso se pode fazer um paralelo com o surgimento dos Direitos Humanos, que só realmente poderão ser pensados de fato após o nazismo em que os horrores e os genocídios feitos pelos nazistas foram descobertos. Só com isso se houve a ideia de que esses Direitos Humanos deveriam ser respeitados por toda e qualquer sociedade. Segundo Immanuel Wallerstein essa política de universalismo “é sempre apresentada como se refletisse valores e verdades universais” (2007, pág.26).

As diferenças culturais não é uma questão apenas de distância como muitos defendem, mas sim de perto, dentro de uma mesma sociedade existem vários tipos de pensamentos, modos e culturas e que muitas vezes são vistas como inferiores por não está de acordo com o que certo grupo pensa. Então, pensar que diferença cultural só é uma questão de distanciamento geográfico é uma falácia.

E os Direitos Humanos deveriam prever essas diferenças, seja pela questão local ou pelo distanciamento geográfico, Boaventura de Sousa Santos(1995) é um dos autores que mais faz uma crítica em relação ao papel que esses Direitos Humanos possuem dentro da sociedade, o autor explora como esses direitos que foram criados na modernidade, poderão ser usados de fato como uma forma emancipatória, que reconheça a diversidade presente no mundo, levando sempre em conta a dignidade da pessoa humana.

Com isso podemos fazer um paralelo com a situação do Vinhais Velho em que os valores universais de progresso ficam em contraste em relação a desapropriação dos moradores. Onde na qual os Direitos Humanos deveriam alcançar essa comunidade e resguardar os seus direitos, porém a justificativa do Estado foi no sentido de que a construção da Via Expressa visa o “bem-estar de todos”, desconsiderando a história e o próprio entendimento desses moradores sobre o direito à moradia.

Para resguardar esse bem-estar da sociedade vai deixar de lado um patrimônio histórico que é o Vinhais Velho, como se o fato deles quererem ficar na comunidade em que cresceram e construíram suas vidas é uma questão de ir contra ao progresso da cidade e ao crescimento da mesma. Impondo como se fosse algo universal o progresso e a preservação dos Direitos Humanos da maioria e deixa de lado os direitos culturais e o direito da comunidade de ficar onde é o seu lugar de fato. Dando a ideia de que os Direitos Humanos de nove famílias devem ser deixados de lado, por uma questão de maioria e um bem-estar de grande parte da sociedade.

A partir dessa questão de universalismo ficam as questões para serem respondidas: Onde é que os Direitos Humanos da comunidade do Vinhais Velho fica? Como esses Direitos Humanos serão resguardados? Para o Estado com uma indenização seria a forma de resguardar esses direitos e deixa de lado que dentro desses Direitos Humanos estão presentes o direito à liberdade, à propriedade, à dignidade e assim por diante. Com a desapropriação das terras com certeza esses direitos não serão resguardados, a resistência da comunidade inicialmente não foi pela indenização, mas sim pela permanência de sua moradia.

De acordo com Esteva (2001, pág. 47) “os Direitos Humanos não são senão a outra face do Estado-Nação”, e que, na era da globalização, “os direitos humanos universais têm começado a parecer um novo Cavalo de Tróia para a recolonização”. É o que está acontecendo no Vinhais Velho que pelo fato de não terem concordado com a desapropriação foram vistos como os não “civilizados”, os que possuem resistência com “progresso”.

O ideal é que essa tensão entre o universal e o particular pode ser solucionada através da alteridade, que existe um lugar no mundo do outro e que ninguém pode interferir. Para é necessário, a perspectiva de multiculturalismo, o rompimento de conceitos prontos e impostos sobre Direitos Humanos. Os moradores do Vinhais Velho possuíam seu conceito daquilo que eles acreditavam como direito à moradia de qualidade, que não foi considerada na decisão da construção da Via Expressa, simplesmente considerando o bem-estar da maioria. Nesse sentido, a ideia de uma política cultural e de Direitos

Humanos contra majoritário Roberto Kant afirma que “a política cultural representa um importante meio encontrado pelas minorias socioculturais para ressignificar o que é cidadania e democracia.” (2001 pág. 63).

O fato de essas comunidades terem seus direitos respeitados são questões que vão além do que se pode pensar. É uma questão também de considerar a participação política nas cidades, de decisões dentro das cidades que levem em conta os moradores, garantindo o próprio direito à cidade.

O papel que os Direitos Humanos devem exercer sobre o mundo e as sociedades é muito importante e que pode servir como uma visão emancipatória e de mudança sobre como eles são respeitados e resguardados por cada sociedade. Para que essa aplicação desses direitos possam ser apropriados de forma que reconheça a diversidade existente, seja no mundo ou dentro das próprias sociedades. Só assim se poderá ter de fato Direitos Humanos Universais, que alcance a todos, mas sempre levando em conta as diferenças e a dignidade da pessoa humana.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A AJUP possui um papel relevante dentro da prática do ensino jurídico, pois questiona o modelo de ensino jurídico tradicional, que fica preso ao contexto das salas de aula, a universidade, sem re(conhecer) a realidade social e o contexto social. Tendo em vista, que Direito regula e muitas vezes é o instrumento para a manutenção do status quo.

Nesse sentido, a experiência do PAJUP serviu para uma ampliação de mundo, na percepção de que não basta ficar restrito ao mundo positivado pelo Direito, que o ensino jurídico, inclusive o dos Direitos Humanos, se dá nas ruas, nos movimentos sociais, no engajamento da luta política.

O entendimento e a educação em Direitos Humanos é rompida com o ensino tradicional deste pela atuação da Assessoria Jurídica, pois rompe com as perspectivas que desconsideram a realidade social, o multiculturalismo e o embasamento conservador do Direito.

Assim, na educação de Direitos Humanos deve-se considerar a atuação do ser como um sujeito político, que não apenas reflete sobre a realidade social, mas que atua como um sujeito ativo de mudanças e experiências em comunidades, em movimentos sócias, na luta por direitos, é a forma revolucionária de educação de Direitos Humanos, formando assim todo o ciclo da práxis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, E. C. B. Educação e metodologia para os direitos humanos: cultura democrática, autonomia e ensino jurídico in SILVEIRA, Rosa Maria Godoy. et al. (orgs.). **Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos**. [S.l.: s.n.], p. 313-334, [20-].

D'ABBEVILLE, C.. **História da missão dos padres capuchinhos na ilha do Maranhão e suas circunvizinhanças**. São Paulo: Siciliano, 2002.

DINIZ, D.. **Valores universais e direitos culturais**. In: Novaes, Regina (Org.). **Direitos humanos: temas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Mauad,2001.

FREIRE, P.. **Pedagogia do Oprimido**. 4.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1974.

_____. **Educação como prática da liberdade**. 22.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1994.

_____. **Pedagogia da Autonomia**. 25.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

FERREIRA, A. de S.. **A contribuição do Programa de Assessoria Jurídica Universitária Popular-PAJUP para a efetividade do acesso à justiça na Via Luizão**. São Luís, 2011. Monografia submetida à Coordenação do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

FURMANN, I.. **Assessoria Jurídica Universitária Popular: da utopia estudantil à ação política**. 2003. 80 f. Monografia (Graduação em Direito)-Coordenação de Graduação, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003.

LAPLANTINE, F.. **Aprender Antropologia**. São Paulo: Brasiliense, 1998.

SANTOS, B. de S.. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira,2003. Introdução.

LIMA, R. K. de; NOVAES, Regina Reyes (Orgs.). **Antropologia e Direitos Humanos**. Niteroi: EdUFF, 2001.

WALLESTEINS, I.. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. São Paulo: Boitempo,2007.

MARQUES, C. A.. **Dicionário histórico e geográfico da Província do Maranhão**. Rio de Janeiro: Fon-Fon e Seleta, 1970.

SILVA FILHO, O. P. da S.. **Arquitetura Luso-brasileira no Maranhão**. 2^a ed. Belo Horizonte: Formato, 1998

PORTUGAL. ARQUIVO HISTÓRICO ULTRAMARINO. **Manuscritos avulsos**

A ATUAÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO: UMA BUSCA POR LIMITES COMO FORMA DE GARANTIA DE UMA DEMOCRACIA DELIBERATIVA SEGUNDO A TEORIA DE CASS SUNSTEIN

Paulo Enderson Oliveira Teixeira

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo limitar a atuação política por parte do poder judiciário, para empreitada faz uso da teoria do Minimalismo Judicial de Cass Sunstein. A democracia deliberativa preza por decisões legitimadas tomadas em meio a uma esfera pública racional e ativa, afastando o judiciário da agenda política. Entretanto, os preceitos constitucionais que elencamos direitos fundamentais dos indivíduos possuem uma textura aberta. Nas democracias ocidentais contemporâneas marcadas pela pluralidade de valores os juízes encontram-se em dificuldades severas para chegar a decisões em virtude dos profundos conflitos no seio da sociedade. Diante dessa realidade, o judiciário ao se posicionar nas questões mais profundas e discutidas na sociedade corre o risco de obstruir os processos políticos democráticos. Dessa forma, é necessário limitar a atuação judicial em uma sociedade plural resguardada por um ideal democrático deliberativo como forma dos valores mais fundamentais de uma sociedade serem decididos por instancias mais democráticas do que o judiciário. Diante dessa realidade, A teoria minimalista de Sunstein se apresenta como uma proposta interessante capaz de oferecer alternativas para o problema apresentado. Isso, pois, o minimalismo através de uma postura judicial mais modesta baseado em decisões estreitas e superficiais, deixa em aberto as questões mais fundamentais sobre princípio, favorecendo a deliberação pública.

PALAVRAS-CHAVE: Minimalismo Judicial; Democracia; Pluralismo; Cass Sunstein.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos uma das questões que mais se tem discutido no campo da teoria e filosofia constitucional diz respeito à defesa, justificação, ou ao limite do papel político ativo dos tribunais na vida política dos indivíduos que compõe a sociedade.

Inúmeros fatores contribuíram para uma expansão do poder judicial, culminando em alterações da compreensão do constitucionalismo, da teoria política, teoria constitucional e da teoria do Estado tradicional.

A utilização de instrumentos jurídicos para discutir conflitos políticos da sociedade se trata de um fenômeno global, sendo possível de verificar em tradições muito diferentes como o *Common Law* e o *Civil Law*, nos quais a atuação do juiz e sua legitimidade se encontram de formas acentuadamente diferentes.

Os juízes passaram cada vez mais a serem chamados a se posicionarem e resolverem conflitos em um número de setores da vida social cada vez mais extenso.

Este é o contexto da proeminência do juiz em questões políticas e onde, também, se insere o ativismo judicial e a judicialização da política, este último exige do judiciário um maior protagonismo na solução dos conflitos, particularmente em questões de direito que no passado não eram demandadas, para implementação do judiciário.

Neste contexto poder-se-ia indagar se o judiciário não estaria perdendo sua identidade, pois cada vez mais se exige de um juiz o posicionamento em questões políticas, assim, o poder judiciário se vê obrigado a discutir questões que, em regra, deveriam ser discutidas na esfera política.

O procedimento na esfera política democrático-deliberativa é marcado pela diversidade, e busca de solução para divergências fundamentais da sociedade. Ainda, é marcado por um princípio da maioria, salvaguardando os direitos individuais e de participação no discurso, limitado por orçamentos que guiam as políticas públicas. Quando o judiciário se posiciona politicamente em tais questões sua intervenção é no mínimo atípica, e merecem limitação as decisões e de serem objetos de análise.

2 HÁ UMA CRISE NA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA CONTEMPORÂNEA

Na França, no ano de 1996, o jurista e antropólogo Antoine Garapon lança a obra "*Le gardien des promesses*". Nessa obra o autor afirma a

existência de uma crise valorativa e simbólica nas sociedades contemporâneas, diante dessa crise, a idéia de justiça- tida como o judiciário- seria um ícone resistente no universo simbólico dos homens. A idéia de um símbolo é tão cara, pois propicia a estabilidade social em um mundo que enfrenta o colapso e o enfraquecimento de referências. É neste contexto que:

O sujeito, privado das referências que lhe dão uma identidade e que estruturam sua personalidade, procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior. Em face da decomposição do político, é então ao juiz que se recorre para a salvação. Os juízes são os últimos a preencher uma função de autoridade – clerical, quase que parental – abandonada pelos antigos titulares. (GARAPON, 1999, p. 27).

No contexto de tal crise, é levado ao judiciário um volume e diversidade cada vez maior de demandas, “nada mais pode escapar ao controle do juiz, as ultimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade”. (GARAPON, 1999, p. 24)

Uma vez que aluíram os baluartes políticos, simbólicos, psíquicos e normativos a justiça é elevada à condição de instância simbólica central e de última instância da moral (GARAPON, 1999, p. 141). Ricoeur reafirma tal posição: “A demanda da justiça vem do desamparo da política, o direito tornando-se a última moral comum em uma sociedade que não mais a possui.” (RICOUER. In GARAPON, 1999, p.15). Neste cenário a jurisdição:

Converte-se no último disciplinador de uma sociedade em vias de desintegração, a política eleitoral de sociedades decepcionadas com suas instituições tradicionais, o único centro possível de uma sociedade policêntrica, a última instância moral no momento em que a religião desaparece no horizonte democrático, o último palco de uma sociedade sem projetos. (GARAPON, 1999, p. 173-174).

E a figura do juiz, em um grupo com falta total de vínculos, é “convocado como ministro de orientação, numa sociedade desorientada”. (GARAPON, 1999, p. 137).

Garapon acredita que o aumento da judicialização decorre da transformação da sociedade que para lidar com o pluralismo e complexidade das sociedades democráticas recorre cada vez mais ao judiciário para evitar sua derrocada e reafirmar a proposta democrática. Assim a legitimidade da atuação do judiciário na política adviria da expectativa da sociedade sobre o

próprio conceito de democracia. No contexto proposto, deixam de existir questões exclusivamente políticas. O juiz não seria um garantidor do *status quo*, e sim um agente contestador da ordem social, um guardião das promessas (GARAPON, 1999,).

O Judiciário ao ocupar um papel central é conduzido para o centro do palco das questões políticas. Isto é decorrente da deterioração dos espaços republicanos tradicionais de deliberação. Em razão das debilidades dos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário entra em cena, provocando uma transformação na democracia. Nas palavras do autor:

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. (GARAPON, 1999, p. 48).

Ora, em tal sociedade retratada parece que se torna mais acessível o debate público nos tribunais do que no parlamento, este que possui um déficit de representação. Resultando ainda mais em uma substituição da representação política clássica pela busca crescente por mecanismos judiciais. Assim parece que a invasão do proeminência do judiciário:

só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas, sobretudo de uma transformação da democracia. A grande popularidade dos juízes está diretamente ligada ao fato de que foram confrontados com uma nova expectativa política, da qual se sagraram como heróis, e que encarnaram uma nova maneira de conceber a democracia. (GARAPON, 1999, p. 39).

John Rawls (2000), em seu livro *O Liberalismo Político*, afirma que em uma sociedade moderna é comum a existência de um pluralismo de idéias políticas, religiosas, filosóficas e morais que são incompatíveis entre si. Apesar de incompatíveis, essas ideias são razoáveis, uma vez que concebidas pela razão prática.

Nas democracias contemporâneas o judiciário vem se tornando o último reduto político-moral para se solucionar estes desacordos. O cidadão deposita no judiciário sua esperança para resolver demandas, ao invés de recorrer a seus representantes tradicionais - legislativo e executivo. É nesse contexto que

se expande o papel dos atores judiciais nas praticas sociais. Pode-se citar alguns autores que compartilham da idéia apresentada como: Vianna Lopes com seu conceito de “Invasão do Direito” (2005) e Ingeborg Maus (2002) com o “Judiciário como superego da sociedade órfã”

Ora, o judiciário vem se tornando o ultimo reduto político-moral da sociedade através da transformação social da democracia que culmina em participação política cada vez mais freqüente por parte deste, alguns autores atribuem o nome de judicialização a esse fenômeno.

2.1 O aumento das estruturas judicantes nas democracias

Nos primórdios da história independente dos Estados Unidos da América já é possível falar de judicialização (TATE; VALLINDER, 1995 p. 17). A obra "O Federalista" (*Federalist Papers*), publicada em 1788, apresenta uma série de 85 artigos argumentando para a ratificação da Constituição dos Estados Unidos. Nestes textos se destaca a importância da adoção do federalismo para o chamado sistema de freios e contrapesos, bem como revela a influência das idéias de Montesquieu de separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

Hoje a separação das funções do Estado já não é absoluta, no entanto há muitos que criticam a judicialização e que defendem o afastamento do judiciário das questões políticas para, segundo eles, garantir a vontade da maioria, e assim, da democracia.

É possível constatar com Alexander Hamilton (HAMILTON; MADISON; JAY, 1973. p. 162-172), um dos autores de “O Federalista”, um posicionamento cético diante de um governo que se baseia na regra majoritária. Bem como se pode notar, no mesmo autor, um interesse pelo papel constitucional dos tribunais, em contraposição ao interesse das maiorias ocasionais. Hamilton lança as bases para sustentação do controle pelo poder Judiciário dos atos legislativos e administrativos que culmina, em 1803. Com a suprema corte Americana declarando pela primeira vez uma lei inconstitucional, no caso emblemático *Marbury vs. Madison*.

Ora, a revisão judicial da constitucionalidade das leis é uma característica elementar do sistema político americano, consolidada no século XIX. De sua consolidação até o século XX, se viu o tribunal aumentar ainda mais seu poder. Inicialmente tratando de questões de ordem federativa e posteriormente se dedicando à proteção das liberdades cíveis. (KOOPMANS, 2003. p. 41).

A expansão do poder judiciário na democracia americana e a influência dos juízes na vida política norte-americana foram constatadas pelo pensador político e historiador Alexis de Tocqueville (2002) já no século XIX. Demonstrando tal peculiaridade o autor conclui:

O juiz americano assemelha-se perfeitamente a magistrados das outras nações. Entretanto, revestem-se de imenso poder político. De onde isso provém? Move-se nos mesmos círculos e servem-se dos mesmos meios que os outros juízes. Por que possui poderes que os outros não têm? A causa reside num só fato: os americanos reconheceram nos juízes o direito de fundamentar seus veredictos na Constituição mais do que nas leis. Em outras palavras, permitiram-lhes não aplicar as leis que lhes pareçam inconstitucionais. Sei que direito similar foi, algumas vezes, reivindicado pelos tribunais de outros países; mas nunca lhes foi concedido. Na América é reconhecido por todos os poderes; não se encontra partido nem indivíduo que o conteste. (TOCQUEVILLE, 2002. p.205-206).

Cientistas políticos dos Estados Unidos da América, na metade do século XX, estudavam os tribunais, em especial as cortes constitucionais, como politicamente ativas. Cita-se, com destaque, Robert Dahl (1957) que defendia a Suprema Corte norte-americana como uma criadora de políticas nacionais, podendo gerar uma tensão com a democracia.

O aparente paradoxo entre constitucionalismo e democracia é um dos problemas centrais das obras de Frank Michelman (1999, p. 01), o autor destaca:

A democracia aparece como auto-governo do povo - as pessoas de um país decidindo por si mesmas os conteúdos decisivos e fundamentais das normas que organizam e regulam a sua comunidade política.

O constitucionalismo aparece como a contenção da tomada de decisão popular através de uma norma fundamental, a constituição - law of lawmaking, projetada para controlar até onde as normas podem ser feitas, por quem e através de quais procedimentos. É parte essencial da noção de

constitucionalismo que a norma fundamental deva ser intocável pela política majoritária (que ela deve limitar).

Vê-se que conciliar democracia e constitucionalismo é uma tarefa tão complexa. A democracia significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes da sua comunidade, isso inclui os conteúdos da constituição de um país, isto é, as normas que organizam as instituições do governo e estabelecem limites aos respectivos poderes governamentais.

Por sua vez, o constitucionalismo significa impor limites à soberania popular, então alguns conteúdos da Constituição devem permanecer fora do alcance da decisão majoritária ou das deliberações democráticas. A democracia constitucional se depara com esta delicada questão.

Um dos vários meios de se conciliar a democracia e o constitucionalismo é apresentado por Michelman, (1987-1988), para o autor a jurisdição constitucional como espaço de mediação típica distancia do republicanismo clássico, que se baseava em valores sociais majoritários, assim o autor defende que caberia aos juízes a inclusão dos excluídos, conferindo uma participação política ao poder judiciário para implementar os direitos dessas pessoas.

Mauro Cappelletti atribui o grande segredo do sucesso do sistema constitucional norte-americano ao controle recíproco dos poderes, através da coexistência de um Legislativo forte, com um Executivo forte e um Judiciário forte, o que tornaria possível um sistema de contrapeso e controle mútuo. Para o autor italiano, seguir o ideal clássico da estrita separação dos poderes traria como “[...]conseqüência um Judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados” (CAPPELLETTI, 1993, p.53). Um sistema de *checks and balances*, com o crescimento do Judiciário é o ingrediente necessário ao equilíbrio dos três poderes.

Além disso, dissertando sobre o aumento das estruturas judiciais nas democracias, Cappelletti (1993) afirma que o gigantismo estatal, do poder legislativo, do poder administrativo e da burocracia do *Welfare Estate* fez com que as funções e a responsabilidade dos juízes aumentassem, principalmente

na forma de controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade.

Assim, o Judiciário se depara com duas alternativas: a) permanecer fiel à concepção tradicional do século XVIII, dos limites da função jurisdicional; b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador e o administrador. (CAPPELLETTI, 1993, p.39). O judiciário então emerge como um “terceiro gigante”, assumindo funções que ultrapassam a de simples guardião e contrapeso aos outros poderes.

A teoria da tripartição dos poderes clássica foi iniciada por John Locke (2004) ao atribuir ao poder Legislativo à responsabilidade de criar a lei, ao executivo de executar a lei, e ao poder Federativo a responsabilidade de firmar ligar e alianças. Posteriormente, Montesquieu (2004) amplia essa idéia e passa a denominar os poderes como Legislativo, Executivo e Judicial, que exercem um sistema de pesos e contrapesos harmônicos entre si. Além de exercer sua função típica cada poder, para manter a harmonia, exercia de forma atípica a função dos demais, no entanto, em situações específicas e predeterminadas.

A obra “A expansão Global do poder Judicial” produzida coletivamente por C. Neil Tate e Torbjörn Vallinder (1995) se tornou um clássico e uma referência para o estudo do aumento das estruturas judicantes e sua legitimidade democrática quando da atuação na política, a este fenômeno convencionou-se chamar judicialização da política. Neste trabalho os autores identificam algumas condições que consideram que facilitavam a expansão do poder judicial em vários países, são elas:

1. Um sistema político democrático;
2. A existência de um ordenamento institucional fundado na separação de Poderes;
3. A existência de uma Carta de direitos (constituição);
4. O recurso ao Judiciário por grupos de interesse;
5. O Recurso ao Judiciário pela oposição;
6. A Inefetividade das instituições majoritárias em impedir o envolvimento de instituições judiciais em certas disputas políticas;
7. Percepções negativas acerca das instituições majoritárias e legitimação de instituições judiciais;
8. Algum grau de delegação de poderes de decisão das instituições majoritárias em favor de instituições judiciais. (TATE, 1995, p. 28-33, tradução nossa).

Para Tate e Vallinder (1995) escândalos envolvendo os representantes democraticamente eleitos abalaram a confiança do povo nos seus representantes. Como resultado a população depositou suas esperanças no

judiciário. E posteriormente o povo o consagrou como um paladino contra os abusos praticados nas tradicionais arenas de deliberação política.

Frente a um Executivo ineficiente para gerir sua burocracia, e um Legislativo fisiológico e demagogo (CAMPILONGO, 1994, p.20), as esperanças e anseios da população foram depositados no judiciário.

No Brasil, a década de 90 foi marcada pela relevância dada ao estudo do papel político do poder Judiciário. Observando a realidade do Brasil, Eduardo Meira Zauli elenca outros fatores que estimularam a atividade do poder judiciário em questões políticas:

1. Em primeiro lugar a promulgação de uma Constituição cujo caráter principiológico e programático, acompanhado de uma nova hermenêutica que confere normatividade aos valores e princípios constitucionais, permitiu um processo de constitucionalização do direito, no sentido da irradiação dos princípios e valores constitucionais por todo o sistema jurídico; abrindo espaço para uma releitura do direito infraconstitucional e das decisões dos Poderes Legislativo e Executivo à luz da Constituição (BARROSO, 2009), interpretada “[...] em torno de enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos – as fórmulas lapidares que integram a parte dogmática das constituições” (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p.58).
 2. A ampliação do elenco de intérpretes da Constituição por meio da abertura do sistema de controle de constitucionalidade a um leque mais amplo de atores legitimados para propor ações de constitucionalidade;
 3. As novas garantias de independência do Poder Judiciário e do Ministério Público;
 4. Os novos mecanismos de acesso ao Poder Judiciário.
- Para além das condições mencionadas observa-se no Brasil também certo descompasso entre os valores e orientações predominantes no âmbito das instituições majoritárias, por um lado, e os valores e orientações predominantes no âmbito das instituições judiciais, por outro lado. Assim, de uma combinação de ativismo judicial e choque de valores entre aqueles dois tipos de instituição a resultante tem sido o fenômeno da judicialização da política. (ZAULI, 2010, p. 3-4).

Percebe-se que, principalmente, a crescente constitucionalização do direito fruto do constitucionalismo moderno, bem como a jurisdição constitucional no exercício do controle de constitucionalidade, expandiu a atuação do judiciário na política, o que se convencionou chamar de judicialização.

Enfim, vários trabalhos apontam o aumento mundial das estruturas judicantes no cotidiano das democracias, o que resulta em uma crescente utilização dos tribunais e, frequente ingresso em questões políticas. A judicialização é considerada por alguns como uma anomalia do equilíbrio entre

os poderes, uma deturpação da democracia. Assim, se faz necessário um maior estudo sobre seu conceito e sua origem.

3 OS ACORDOS NÃO TOTALMENTE TEORIZADOS

O pluralismo, marca das democracias modernas em sua complexidade, sugere um aparente paradoxo: como, em um sistema político pautado em ideais de deliberação e de autogoverno, pode ser possível o constitucionalismo, se os cidadãos em sua heterogeneidade frequentemente discordam sobre as questões mais cruciais para a sociedade?

Nas sociedades contemporâneas (heterogêneas) a existência das mais diversas culturas, os valores, posições morais e políticas parecem ameaçar a ordem constitucional e estabilidade social. Os indivíduos discordam sobre questões de direito, de liberdade, de igualdade, e sobre como seria uma boa vida, estas e muitas outras questões se transformam em um verdadeiro obstáculo para os juízes e o processo de tomada de suas decisões.

Diante desse grave problema, Cass Sunstein (2001; 2007) sugere que os acordos não totalmente teorizados colaboram para a elucidação sobre como membros de diversos grupos chegam a um respeito mútuo sobre o justo e o devido, dessa forma, possibilitando a existência do direito constitucional e da própria constituição, mesmo em países cujos povos discordem sobre as questões mais fundamentais que forma muma determinada sociedade.

Sunstein sugere que há dois tipos de acordos não totalmente teorizados, em uma sociedade marcada por desavenças cruciais: o primeiro tipo se refere aos acordos não totalmente teorizados sobre formulações abstratas, tal como a liberdade de expressão e a igualdade perante a lei (SUNSTEIN, 2007); acordos desse tipo são fundamentais para o processo de elaboração constitucional. O segundo tipo se refere aos acordos não totalmente teorizados sobre questões concretas, práticas individuais; tal tipo de acordos é importante para a lei, constituição, e para a vida em sociedade. Sunstein (2001; 2007) acredita ser difícil que pessoas, ou grupo, teorizem completamente sobre determinada questão. Teorizar um assunto significa aceitar uma teoria geral e as conclusões

concretas implicadas pela mesma; para o autor, é raro isso acontecer, no entanto, ele defende que acordos não totalmente teorizados poderiam ser uma alternativa viável à estabilidade social e jurídica, na medida em que:

As pessoas muitas vezes podem concordar com as práticas constitucionais, e até com os direitos constitucionais ainda que não concordem com as teorias constitucionais por trás destes. Em outras palavras quando funcionam bem as normas constitucionais tentam resolver problemas através de acordos não totalmente teorizados. (SUNSTEIN, 2007. p. 1).

Por teoria geral, entende-se valorar o direito com um alto nível de abstração e decidir os casos observando-se os fundamentos estabelecidos pela teoria. O tipo de acordo aqui estudado estabelece que, ao se envolverem abstrações aceitas em meio a grandes desentendimentos em casos particulares, as pessoas podem aceitar um princípio geral sem necessariamente aceitar todas as implicações do mesmo em casos concretos.

Dessa forma, é possível, a título de exemplo, que as mesmas pessoas que não cheguem a um acordo sobre um discurso de incentivo à violência, podem aceitar um princípio geral de liberdade de expressão: mesmo não concordando com o relacionamento homossexual, podem aceitar um princípio abstrato de não discriminação (SUNSTEIN, 2007).

Para Sunstein (2007) a constituição só é concebível por meio desse tipo de acordo não totalmente teorizado. A constituição tanto protegeria os princípios mais abstratos e muitas vezes como seria dúbia sobre a exata implicação dos princípios; a determinação do significado desses princípios é interpretativa e tomada com base em um caso concreto. Assim sendo, o processo de produção constitucional se tornaria viável em decorrência dos acordos não totalmente teorizados, pois os mesmos evitam grandes conflitos na edição das leis. Entretanto, algumas vezes, os acordos não totalmente teorizados envolvem resultados concretos ao invés de abstrações; em casos difíceis, as pessoas podem concordar com a constitucionalidade, ou não, de certa prática, ainda que as teorias que fundamentam os seus diversos posicionamentos sejam divergentes, ajudando a dar um sentido à lei. Uma discussão sobre o que seria mais importante, a igualdade ou a liberdade, seria um exemplo desse tipo de acordo. Sunstein (2007) acredita que, em discussões difíceis sobre abstrações, uma descida conceitual reduziria o nível

de abstração e possibilitaria às partes envolvidas chegarem a um senso Comum a descida conceitual:

Demanda silêncio sobre certas questões básicas, como um dispositivo para a produção de convergência apesar do desacordo, da incerteza, dos limites de tempo, de capacidade, e de heterogeneidade. Em suma, o silêncio pode ser uma força construtiva. Os acordos parcialmente teorizados são uma importante fonte para sucesso do constitucionalismo e para estabilidade social, pois eles também fornecem uma maneira para que as pessoas demonstrem respeito mútuo. (SUNSTEIN, 2007. p. 02).

Como exemplo, pode-se pensar no seguinte contexto: é possível que em certa sociedade as pessoas acreditem que se deva proteger a liberdade religiosa, mas tendo diversas teorias sobre o fundamento disso; pode ser que alguns acreditem nisso enquanto fato de paz social, já outros podem pensar que a liberdade religiosa se fundamenta na dignidade da pessoa humana, também há quem possa se valer do modelo utilitário ou do kantiano, ou de tantos outros para justificarem seu julgamento. Contudo, é possível que as regras e os princípios de um nível médio de abstração sofram esse tipo de acordo não totalmente teorizado, havendo, pois, uma teoria geral por trás do mesmo.

Novamente retomando Sunstein (2007), tem-se que é possível que as pessoas concordem com um resultado, mesmo não existindo uma teoria ampla para justificar os seus fundamentos: é possível concordar com a noção de expansão de um corpo quando aquecido sem ser sabido o porquê disso acontecer, por exemplo.

A moralidade e o direito procedem da mesma forma: julgamentos morais razoáveis podem ser atingidos, mesmo que as pessoas não consigam explicá-los completamente, tal como ocorre com aqueles que condenam a escravidão não sabendo explicar o motivo (SUNSTEIN, 2007). Juízes podem acreditar que um governo que pune a livre manifestação religiosa age de forma ilegal, sem, no entanto, saberem exatamente e em sua completude a razão desse princípio valer como lei. Diante dessa realidade, Sunstein formula uma regra: “Podemos, assim, oferecer um ponto epistemológico: as pessoas podem saber que X é

verdadeiro, sem saber por que inteiramente X é verdadeiro” (SUNSTEIN, 2007.p.04). Esse fato o autor denomina de acordos não totalmente teorizados sobre resultados concretos.

Os acordos não totalmente teorizados sobre questões concretas não implicam que no direito não seja possível a fundamentação por teorias profundas. O importante é demonstrar que, quando os indivíduos discordam sobre uma teoria geral, os acordos não totalmente teorizados são possíveis após uma descida conceitual capaz de promover uma convergência em questões particulares; aqui se apresenta o fenômeno do uso construtivo do silêncio, implicando em dizer que o silêncio pode ser utilizado como um mecanismo de produção de conformação social, apesar de todas as vicissitudes. O silêncio sobre pontos de vistas diversos possibilita a atuação de acordos não totalmente teorizados, na medida em que desacordos em larga escala são resolvidos.

Em uma sociedade democrática heterogênea, marcada por uma pluralidade de concepção de valores, é vital para o direito encontrar métodos por meio dos quais seja tanto possível obter acordos quando necessário como torná-los desnecessários quando os mesmos forem de difícil alcance (SUNSTEIN, 2007). As normas constitucionais muitas das vezes são capazes de resolver de forma satisfatória o conflito apresentado: muitas vezes indivíduos concordam com regras constitucionais ditas sem concordar em diversas outras coisas, sendo que são os julgamentos individuais que atribuem significado e qualidade a tais regras (SUNSTEIN, 2007).

Pode-se afirmar que os acordos não totalmente teorizados tenham particular relevância em uma sociedade heterogênea pautada em uma democracia deliberativa, pois são instrumentos capazes de gerar estabilidade social, amenizando as divergências fundamentais na sociedade e, assim, possibilitam a consolidação de uma constituição; permitem a convivência em uma sociedade plural, por promoverem a reciprocidade e o respeito mútuo na medida em que as regras e os princípios de baixo nível tornam desnecessário resolver as divergências fundamentais entre os indivíduos.

Os acordos não totalmente teorizados são capazes de reduzir o custo político de desacordos que se mostram persistentes, pois esses acordos visam a rejeitar teorias gerais, logo, possibilita aos perdedores em casos concretos continuarem a acreditar em seus valores e em sua teoria geral – até mesmo possibilitam que, em outro caso concreto, seus valores e sua teoria geral justifiquem uma vitória. Por fim, (IV) tais acordos são importantes para a evolução moral e para a progressão da sociedade e dos indivíduos ao longo do tempo.

4 MINIMALISMOS JUDICIAL, DEMOCRACIA DELIBERATIVA E LIMITES À ATUAÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO

De modo geral e com grande frequência, as pessoas são orientadas por suas próprias crenças e convicções, ou muitas das vezes pelas crenças e convicções de outrem, ao estabelecer como deveriam se comportar, qual deveria ser o julgamento sobre determinado assunto, fatos, valores, políticas, questões jurídicas e etc, como demonstram os experimentos de Ash e Stoner.

Especificamente os juízes se encontram entre as pessoas que mais sofrem pressões sociais, podendo ter seu julgamento influenciado, seja por conformismo, por cascatas sociais ou pela polarização de grupos; uma vez que ideologias contribuem ao julgamento, esse está sujeito ao risco de ser injusto (SUNSTEIN, 2005).

Uma forma de combater o problema apontado se baseia na ampliação do número de argumentos e na diversidade dos mesmos na esfera pública (SUNSTEIN, 2005); porém, dentro do poder Judiciário é limitada tanto a entrada de informações como a diversidade, o que torna problemática a questão tratada, isso, pois, justamente a maior entrada de informação e a maior diversidade da mesma que tornaria mais provável uma lei ser mais adequadamente interpretada (SUNSTEIN, 1998): quando apoiada por pessoas divergentes, é mais provável que uma decisão seja adequada e não política, no sentido pejorativo (SUNSTEIN, 2005).

Diante do problema apresentado, os juízes deveriam agir de forma menos ambiciosa e com maior cautela, principalmente em questões difíceis, para as quais a melhor interpretação acerca de uma lei é algo controverso. Isso implicaria aos juízes o reconhecimento de sua limitação e também o reconhecimento da própria limitação da natureza do poder Judiciário; o próprio ideal de uma democracia deliberativa limitaria a atuação política dos juízes em prol de um minimalismo judicial apoiado, sobretudo, em acordos não totalmente teorizados.

4.1 O minimalismo judicial de cass sunstein

O minimalismo judicial é adotado por muitos juízes que, em teoria, não possuem a pretensão de dizer e fazer mais do que o necessário à resolução de casos concretos. Os juízes minimalistas justificam suas decisões dizendo somente o necessário à resolução do caso, isso deixa em aberto as questões mais fundamentais e que envolvem as maiores controversas na sociedade.

Existem diferentes formas de minimalismo, mas todos compartilham de uma preferência por passos menos ambiciosos, em detrimento àqueles mais ambiciosos, favorecendo os acordos não totalmente teorizados orientados às teorias gerais, quando da justificação de suas decisões. Tal preferência opera em duas dimensões (SUNSTEIN, 2005).

A primeira dimensão: minimalistas favorecem decisões estreitas, em vez de decisões mais largas. Decisões estreitas não se aventuram muito além do problema em mãos e tentam focar as particularidades do litígio pendente no tribunal, e, além disso, não procuram estabelecer parâmetros e regras amplas e gerais para possíveis casos futuros.

Ao se depararem com uma escolha entre decisões estreitas ou amplas, minimalistas geralmente optam pelas primeiras, sendo lembrado que a diferença entre a estreiteza e a largura é a de grau, e não a de tipo (SUNSTEIN, 2005):

Entre as alternativas razoáveis, minimalistas mostram uma preferência persistente para as opções mais estreitas, especialmente em casos nas fronteiras do direito constitucional. Nesses casos, minimalistas acreditam que os juízes não dispõem de

informações relevantes, pois eles não têm um sentido pleno das muitas situações em que possam aplicar uma regra ampla. Por esta razão, minimalistas temem os efeitos potencialmente prejudiciais de decisões que vão muito além do caso em questão. (SUNSTEIN, 2006. p. 362).

O grande temor dos minimalistas se baseia no fato de decisões de caráter mais largas tenderem a produzir erros que são, ao mesmo tempo, graves e de difícil reversão. Por isso, pode-se pensar que estreiteza é natureza especialmente desejável, por evitarem “colocar grilhões em questões futuras por pronunciamentos desnecessários hoje” (SUNSTEIN, 2006. p. 362).

Os Juízes minimalistas defendem que a não interferência em questões políticas por parte do Judiciário e a preferência por questões estreitas reduz o risco que decisões políticas equivocadas imponham limites indesejáveis sobre os processos democráticos. Em muitos domínios, as pessoas sensatas dão pequenos passos, a fim de preservarem suas opções, conscientes de que grandes passos podem ter consequências inesperadas ou ruins, especialmente quando de difícil reversão. No Direito, decisões amplas podem produzir resultados a serem arrependidos pelos juízes:

Ao contrário de legisladores e administradores, os juízes muitas vezes não veem uma ampla gama de informações em questões particulares. A falta de informações sobre uma série de situações faz com que os juízes se encontrem muitas vezes em uma posição ruim para produzir decisões amplas (SUNSTEIN, 2006. p. 364).

A segunda dimensão pela qual opera a preferência pelo minimalismo é a seguinte: minimalistas buscam decisões que são superficiais, portanto, não profundas. Decisões superficiais tentam produzir justificativas e resultados com os quais diversas pessoas podem concordar, não obstante o seu desacordo ou a sua incerteza sobre as questões que possam ser mais fundamentais, ou seja: tentam evitar discutir o alcance e o significado dos princípios mais fundamentais e controversos na sociedade, (SUNSTEIN, 2006. p. 362).

Minimalistas buscam julgamentos e decisões que podem atrair apoio compartilhado de pessoas que estão comprometidas com um ou outro destes entendimentos fundamentais, ou que não tem certeza sobre os fundamentos do princípio da liberdade de expressão. A preferência minimalista para

superficialidade pode ser aceita por aqueles que estão inclinados a uma ou outra consideração fundamental, mas acreditam que o melhor é a lei constitucional poder atrair o apoio de diversos pontos de vista. (SUNSTEIN, 2006. p. 362).

Ao se deparar com desacordos teóricos de difícil resolução, os juízes minimalistas, ao julgar, adotam uma regressão conceitual na esperança de serem convergidas as desavenças, quando da diminuição do grau de teorização.

A diferença entre estreiteza e superficialidade é que a primeira diz respeito à amplitude da decisão enquanto a segunda diz respeito ao nível de ambição teórica (SUNSTEIN, 2006). A preferência minimalista pela superficialidade também está embasada em três considerações: as decisões superficiais, assim como as estreitas, simplificam os encargos da decisão – essa a primeira consideração. Pode ser extremamente difícil decidir sobre o que fundamenta um Direito Constitucional, as decisões superficiais tornam tais decisões desnecessárias (SUNSTEIN, 2006).

A segunda consideração é esta: as decisões superficiais podem evitar erros, assim como as estreitas; um julgamento em favor de uma ou de outra consideração fundamental pode muito bem produzir erros significativos, e, ao se adotar a superficialidade, é menor a propensão aos erros, simplesmente em virtude de seu “agnosticismo sobre as grandes questões do dia” (SUNSTEIN, 2006. p. 65), questões mais fundamentais e amplas. E isso, pois, possibilita a convergência de posicionamentos diferentes, reduzindo o conflito entre os mesmos. (SUNSTEIN, 2006).

Já terceira e última consideração que embasa a preferência minimalista pela superficialidade é esta: as decisões superficiais tendem a promover a paz social ao mesmo tempo que mostram um alto grau de respeito aos que discordam sobre grandes questões; em uma sociedade heterogênea, é geralmente útil assegurar aos cidadãos, na medida do possível, que seus próprios compromissos mais profundos não foram descartados fora dos limites da decisão do caso concreto. Ao realizar essa tarefa, decisões superficiais

reduzem a intensidade dos conflitos, e aqueles que buscam a superficialidade demonstram respeito com compromissos fundamentais.

Certamente estreiteza e superficialidade possuem um lado perigoso: agir de forma estreita pode reproduzir imprevisibilidade e tratamento desigual, talvez –por tanta incerteza nas decisões, pode parecer violar o Estado de Direito (SUNSTEIN, 2006). Em muitos contextos, as regras são preferíveis aos princípios, a fim de se aumentar a clareza, de modo se instruir melhor as pessoas sobre seus direitos e suas obrigações. A título de exemplificação, nas áreas de contrato, pensados ato ilícito e direito de propriedade, estreiteza seria inaceitável, pois as pessoas exigem clareza nesses domínios; e, se as regras de propriedade e contrato não são claras, as pessoas não serão capazes de conduzir os seus assuntos com a certeza do que essas áreas demandam. Assim, na medida em que minimalistas primam pela estreiteza, ficam mais vulneráveis, por essa teoria deixar abertura no sistema.

A superficialidade, por sua vez, mesmo tendo certamente suas virtudes, apresenta certas questões merecedoras de reflexão. Se uma teoria profunda é correta, no sentido de ela refletir a abordagem adequada para a disposição constitucional, talvez juízes devessem adotá-la. Assim, por que eles deveriam se recusar a apoiar tal teoria adequada e adotar o minimalismo? A decisão superficial apresentada sob esse enfoque parece um grande erro, se uma abordagem mais ambiciosa, embora controversa, está realmente correta (SUNSTEIN, 2006). Certamente esse é um contraponto razoável à superficialidade.

Entretanto, a escolha pelo minimalismo judicial se baseia no fato de essa teoria ser capaz de propiciar segurança, estabilidade e convivência harmônica aos indivíduos de uma democracia deliberativa marcada pelo pluralismo. Isso se opera mediante os acordos não totalmente teorizados capazes de produzir julgamentos superficiais e estreitos que permitem a pessoas de valores fundamentais diferentes concordarem sobre certas questões não abdicando de seus ideais e também favorecendo maior estabilidade política.

Nessa faceta do minimalismo, a corte se reconhece como promotora dos ideais democráticos deliberativos, ou seja, favorece a discussão e o debate na

esfera pública. Em suma, o minimalismo procedimental sugere que os juízes evitem fundamentar as decisões com teorias abstratas tomadas como corretas.

A abordagem minimalista reduz a sobrecarga sobre a tomada de decisão em se tratando de tempo e de informação, pois o esforço para alcançar acordos profundos não seria necessário. E, ao deixar questões em aberto reduz os riscos de consequências não previstas pelos julgadores.

Já a face substancial do minimalismo se faz necessária por ser ela a responsável por fixar um consenso relativo aos valores constitucionais garantidos, independentemente de discussão ou de decisão por parte de uma maioria. Ou seja, em uma sociedade, os direitos constitucionais seriam as garantias firmadas que não poderiam ser ignoradas e nem combatidas pela maioria política; nesse rol de direitos e compromissos partilhados está o direito ao voto, ao dissenso político, à proteção contra prisão injusta, à liberdade religiosa, ao direito à propriedade e à não subordinação por questão de sexo ou raça, dentre outras que se encontram em constante processo de transformação (SUNSTEIN, 2001).

Cass Sunstein, em seu minimalismo judicial, acredita que em um sistema democrático-deliberativo deve-se garantir, por meio de processos representativos, que sejam levadas em consideração novas ideias, havendo abertura ao reconhecimento de mudanças de interesse presentes em uma sociedade.

Assim sendo, a resposta para o minimalismo consiste em acordos não totalmente teorizados como forma desejável, mediante a qual os tribunais deveriam se comportar; para essa teoria, os juízes deveriam se identificar como participantes de um sistema baseado em deliberação democrática, e, principalmente, reconhecerem que “decisões de cunho fundamental são melhor elaboradas de forma democrática, e não de forma judicial” (SUNSTEIN, 1998, p. 8).

Caberia então ao Judiciário primar pela garantia de um processo democrático. O minimalismo possibilitaria, envolvendo a adoção dos acordos não totalmente teorizados, uma argumentação legal capaz de estabelecer coesão em uma sociedade marcada pelo pluralismo e por profundas

divergências quanto os valores mais fundamentais, bem como ocorreria uma abertura do processo político, para que esse fosse adaptável ao passo que se transforma a sociedade. Com a ocorrência do processo exposto, as questões legais estariam sempre se adaptando de acordo com as novas perspectivas e ideais de uma sociedade em permanente mudança; logo, os juízes, para os minimalistas, não teriam, em regra, que se posicionar politicamente em controversas de maior repercussão social.

Vê-se, então, que o minimalismo, ao adotar decisões estreitas e superficiais mediante acordos não completamente teorizados, permite uma maior celeridade à decisão, pois o julgador não possui a ambição de construir teorias gerais que se apliquem a casos futuros, limitando-se ao caso em questão. Ademais, mediante uma ampla gama de princípios constitucionais, com os quais as demandas se relacionam, a escassez de tempo constrói terreno fértil para decisões equivocadas; o minimalismo propiciaria justamente uma tomada de decisão consideravelmente mais célere e menos sujeita a equívocos, sendo as decisões estreitas e superficiais.

Ainda, pela adoção do minimalismo, é possível que o julgador adote um posicionamento sem refutar pontos de vista divergentes dentro da própria corte, daí resultando a convivência e o mútuo respeito entre os membros, evitando-se que os membros de um tribunal discordem e encontrem divergências profundas sobre questões fundamentais .

Por fim, o minimalismo reduz o custo político das decisões, na medida em que prima por uma atuação menos ambiciosa do Judiciário, o qual limita suas decisões a fim de julgar apenas os casos concretos, sem a ambição de um alcance geral – favorece-se assim a discussão sobre as questões e as decisões políticas primordialmente em esferas públicas, que são capazes de concentrar uma maior variedade de argumentos e uma maior diversidade dos mesmos.

Dessa forma, decisões menos equivocadas são tomadas, pois, via de regra, o Judiciário teria sido amplamente estudado como passível de ser influenciado pelo processo de conformismo, pela polarização de grupos e pelas cascatas sociais, processos que podem interferir na posição individual e na

deliberação dos indivíduos. Cabe lembrar que os juízes também estão sujeitos a todas essas influências e pressões sociais (SUNSTEIN, 2005).

O Judiciário ao tentar encontrar uma melhor interpretação de determinada lei pode, pelos fatos supra apresentados, chegar a julgamentos equivocados e que não se identifiquem com a convicção da maioria dos membros da sociedade. Mediante o exposto, uma postura proeminente politicamente e posturas ativistas judicialmente impedem o debate público e enfraquecem diretamente o ideal mais caro à democracia: o autogoverno. O minimalismo judicial, frisa-se, por meio dos acordos não totalmente teorizados, torna possível a promoção dos valores mais desejados em uma sociedade democrática plural, não comprometendo o processo de deliberação continua na esfera pública e com menor chance de o Judiciário chegar a decisões equivocadas – sendo os erros que por ventura os juízes minimalistas cometeriam menos graves à sociedade em virtude do seu custo político (SUNSTEIN, 2001).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de uma revisão de literatura sobre o fenômeno de expansão política do poder judiciário foi possível identificar como o poder judiciário, em especial no Brasil, tem sido utilizado como palco de disputas políticas sobre as questões mais fundamentais e profundas na sociedade, envolvendo grande comoção social.

Pode-se concluir como o judiciário, conforme alguns autores demonstram, parece que se tornou o ultimo reduto político moral da sociedade, e a participação política, cada vez mais frequente, deste poder gerou uma aparente contradição com o ideal clássico de democracia, e uma anomalia para a teoria da separação dos poderes.

Foi estudado as origens da judicialização da política, concluiu-se que tal fenômeno não é recente, a maioria dos estudos sugere que o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, influência diretamente o

surgimento atuação política do judiciário, vale ressaltar que Tocqueville, já em já verificou a interferência política por parte do judiciário norte-americano.

Na segunda parte do trabalho, buscou-se apresentar a teoria minimalista de Cass Sunstein e as bases que fundam a mesma, tomando como base uma democracia deliberativa.

Abordou-se como nas sociedades contemporâneas o pluralismo é uma marca profunda. Nestas sociedades a pluralidade de visões morais, jurídicas e de valores, implica em grandes desacordos ao deliberar sobre uma questão. Isso configura um serio problema para um sistema democrático-deliberativo pois, a deliberação deve responder a desacordos políticos e garantir instituições que primem pela decisão racional e razoável no debate público.

Então é necessário promover uma esfera pública ampla e participativa, o minimalismo judicial ao reduzir o papel ativo do poder judiciário e possibilitar a convivência mutua frente à pluralidade de concepções se torna uma alternativa viável nas sociedades atuais.

Ainda, o atual trabalho aborda a temática dos acordos não totalmente teorizados, estes se tornam importantes instrumentos para auxiliar os juízes em suas decisões, visto que não é concebível aos juízes buscar reflexões filosóficas profundas baseadas em uma teoria geral, a possibilidade das pessoas convergirem apesar de não concordarem com um princípio abstrato é indispensável ao direito em uma sociedade plural. Em uma teorização profunda raramente as pessoas são capazes de chegar a um acordo sobre determinado assunto, bem como, dificilmente concordam com a teoria geral e com as implicações destas que vinculem outros julgamentos em outros casos concretos.

Os acordos não totalmente teorizados são capazes de fornecer decisões capazes de conciliar a pluralidade de argumentos de diversos grupos e respeito mútuo entre eles e, ainda, gerar estabilidade social, tornando possível a constituição. Tais acordos possibilitam que os juízes possam resolver os casos de forma modesta e menos ambiciosa sem que seja necessário recorrer a grandes teorias filosóficas, ou refutar convicções individuais profundas. O uso

construtivo do silêncio é uma importante ferramenta capaz de reduzir os custos políticos das decisões.

Finalmente, o ultimo capítulo trata sobre o minimalismo judicial e sobre a limitação do poder político por parte do judiciário. Deve-se levar em consideração que os tribunais nas democracias modernas possuem limitações de tempo e de informação por parte dos juízes. Ainda, os tribunais não conseguem antever todos os efeitos que suas decisões geram. Diante dessas limitações o minimalismo judicial, tanto em seu aspecto procedimental quanto substancial, sustentado sob a idéia dos acordos não totalmente teorizados, sugere uma atuação estreita e superficial por parte dos juízes. A estreiteza e a superficialidade deixam em aberto as decisões mais polemicas e controvertidas da sociedade, ao agir de tal forma, favorecem o debate público e atribuem as escolhas políticas ao fórum político, favorecendo a democracia.

Ao buscar responder apenas ao caso em questão e de forma menos ambiciosa, os juízes minimalistas decidem casos concretos sem obstruir o processo político democrático e sem ignorar um núcleo de direitos fundamentais que são garantidos.

REFERÊNCIAS

ARANTES, R. Judiciário: entre Justiça e política. In: AVELAR, L.; CINTRA, A. O. (orgs). **Sistema político brasileiro**: uma introdução. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo, Ed. Unesp, 2004.

BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. **Consultor Jurídico**, 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?> (Acesso em 05/03/2013).

CAMPILONGO, C. F. O Judiciário e a democracia no Brasil. **Revista USP**. São Paulo, n. 21, p. 116-125: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994.

CAPPELLETTI, M. **Juízes Legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 13.

CARVALHO, E. R. Em busca da judicialização da política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**,

Curitiba, 23, p. 115-126. Nov. 2004. Disponível em:
<<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 18.02.2013.

CARVALHO, E. R.; MARONA, M. C. Por um Conceito Operacional de Judicialização da Política. In: VÁRIOS. **Anais do 7º Encontro da ABCP**, Recife: ABCP, 2010.

CITTADINO, G.. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2004.

DAHL, R. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. **Journal of Public Law**, vol. 6. 1957

DWORKIN, R. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GARAPON, A. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999

GUERRA, G. R. O papel político do judiciário em uma democracia qualificada: a outra face da judicialização da política e das relações sociais. **Revista de direitos fundamentais e democracia**, Curitiba, UniBrasil, n. 4, 2008

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003

_____ Três Modelos Normativos de Democracia, In: **Lua Nova - Revista de Cultura e Política**, 36, 1995

_____ **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**, Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. (1997)

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. O federalist. In: **Os federalistas**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. P. 91-184. (Coleção "OS Pensadores", v. XXIX).

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 2. ed., Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

KOOPMANS, T. **Courts and political institutions**. A comparative view. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

LOCKE, J. **Segundo tratado sobre governo civil**. São Paulo: Martin Claret, 2004

MACIEL, D. A.; KOERNER, A. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, 2002, no.57, p. 113-133

MAUS, I. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Revista Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 58. p. 183-202, nov. 2002.

MOUFFE, C. **Democracia, cidadania e a questão do pluralismo**. Tradução Kelly Prusencio. Florianópolis, 2003

MICHELMAN, F. **Brennan and democracy**. Nova Jersey: Princenton University Press, 2005. Paper.

_____. Constitutional Authorship by the People. **Notre Dame Law Review**, HeinOnline, n. 74, p. 1605-1630, 1998/1999.

MILL, J. S. **Sobre a Liberdade**; tradução e prefácio Alberto Rocha Barros; apresentação Celso Lafer – 2. ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1991 (Clássicos do Pensamento Político; v. 22)

MONTESQUIEU, C. L. S. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

RAWLS, J. **Liberalismo Político**. Editora Ática, São Paulo, 2000

_____, **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e de Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Justiça e Democracia**. Tradução de Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O Liberalismo Político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Instituto Teotônio Vilela; São Paulo: Editora Ática, 2002.

_____. **Justiça como Equidade**: Uma Reformulação. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O Direito dos Povos**: Seguido de A Idéia de Razão Pública Revista. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ROUSSEAU, J.-J. **O contrato social**. São Paulo: Martins fontes, 1999.

SADEK, M. T. Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (org.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCHMITT, C. **O Conceito do Político**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, L. L. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNSTEIN, C. R. **The partial constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

_____. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1998.

_____. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

_____. **Conformity and dissent**. 2002. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/WkngPprs_151-175/164.crs.conform.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2009.

POR UMA TEORIA AGÔNICA DA DEMOCRACIA: PENSANDO AS POSSIBILIDADES DE UM NOVO PARADIGMA DEMOCRÁTICO

Marcelo Buttelli Ramos¹⁸

RESUMO: O presente artigo pretende problematizar as crises da democracia contemporânea a partir do estabelecimento de uma série de reflexões acerca da crise teórica do modelo democrático deliberativo. Esse empreendimento funda-se, sob o ponto de vista epistemológico, na teoria política agonística, preconizada por Chantal Mouffe, bem como na teoria do discurso elaborada por Ernesto Laclau. Enquanto a autora convida a pensar o “político”, isto é, aquilo que está ou é a própria essência das próprias relações políticas contemporâneas, o autor irá fornecer inúmeras chaves teóricas para compreensão da “política”, assim compreendida a prática discursiva, articulatória e definidora (em última instância) dos sentidos (e conteúdos) das demandas sociais. Os exercícios teóricos propostos por ambos os autores podem contribuir para a verificação dessa hipótese que sugere ser possível correlacionar à crise do modelo democrático brasileiro ao fenômeno de expansão do direito penal.

PALAVRAS-CHAVE: Crise democrática; expansão do direito penal; democracia agonística.

1 INTRODUÇÃO

A noção de democracia liberal funciona, hoje, no debate político contemporâneo, como uma espécie de registro retórico auto-afirmativo. Trata-se, com efeito, de um (talvez o único) significante político que desfruta de um valor positivo dado e reconhecido aprioristicamente (quase acriticamente). Reflexo direto dessa perspectiva é o consenso mais ou menos estabelecido em torno da seguinte proposição: a democracia é, em sua dimensão representativa e através das suas instituições, a única forma legítima de governo na atualidade.

Mas se é verdade que a democracia - enquanto regime de governo - representa, em alguma medida, o mais alto ponto da história das idéias políticas

¹⁸ Graduado em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter; Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); atualmente, integra o Programa de Mestrado do Programa de Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Email: mbuttelliramos@hotmail.com.

(v.g. o ápice do processo de desenvolvimento das organizações políticas contemporâneas), não menos verdadeiro é o fato de que seu o real significado têm sido sistematicamente questionado, quer pelos que “ousam desafiar abertamente [no plano teórico] o modelo liberal-democrático”, quer pelos “sinais de forte despreço pelas atuais instituições” (MOUFFE, 2005, p. 11). Nesse contexto, torna-se possível dizer que paira no ar certo ceticismo em relação às potencialidades dos modelos democráticos contemporâneos no que tange ao aprimoramento da “política” e descoberta do “político”¹⁹.

Assim, em face das novíssimas crises políticas que irrompem, diariamente, no seio da sociedade brasileira, convém indagar: seria o modelo político deliberativo baseado no consenso a melhor alternativa ao modelo representativo? Quais seriam os ganhos e as perdas que acompanhariam essa decisão? O que representaria a noção de consenso, pedra angular do descortinar de novas perspectivas político-teóricas, no plano da política criminal brasileira.

Pois, são estes os questionamentos que pautarão a análise proposta neste ensaio.

2 A NOÇÃO DE CONSENSO E A DEMOCRACIA DELIBERATIVA COMO O ESTADO IDÍLICO DA POLÍTICA MODERNA

Na teoria política contemporânea desponta, em número de adeptos, o modelo da democracia deliberativa. Grosso modo, o aludido modelo político - que buscar contrapor-se ao modelo representativo de feição agregativa - baseia-se na idéia central de que as “decisões políticas devem ser alcançadas por meio de um processo de deliberação entre cidadãos livres e iguais” (MOUFFE, 2005, p. 11).

¹⁹ Segundo Chantal Mouffe, tão importante quanto à função desempenhada por estes conceitos no atual cenário da teoria política é definição dos seus limites semânticos, vez que cada termo representa dimensões distintas do fenômeno “político”. Neste sentido, a autora refere que “por “político” refiro-me à dimensão do antagonismo inerente às relações humanas, um antagonismo que pode tomar muitas formas e emergir em diferentes tipos de relações sociais. A “política”, por outro lado, indica o conjunto de práticas, discursos, e instituições que procuram estabelecer uma certa ordem e organizar a coexistência humana em condições que são sempre conflituais porque são sempre afetadas pela dimensão do “político”. (MOUFFE, 2005, p. 20)

Em decorrência da assunção dessa premissa, segue-se que a identificação da “forma de deliberação” e, por via de consequência, a reflexão sobre os “sujeitos considerados aptos a deliberar”, constituem-se como os problemas centrais da moderna teoria política.

As primeiras respostas apresentadas a tais questionamentos surgem com os trabalhos de Joseph Schumpeter (1947), através dos quais era defendida a necessidade de se compreender a democracia sob um viés instrumental (v.g. elitista), isto é, como um sistema de decisões nos quais as pessoas em geral gozariam de uma liberdade fundamental: a de eleger, periodicamente, novos líderes no âmbito de um processo eleitoral de feição competitiva (SCHUMPETER, 1961, p. 56).

O modelo agregativo, proposto inicialmente por Schumpeter e refinado posteriormente por Anthony Downs, (DOWNS, 1999, 82) indicava que era preciso abandonar completamente das noções de *bem comum* e *vontade geral* (v.g. elementos constitutivos de uma “ilusão” democrática consensual), uma vez que ambas representavam traços característicos de uma racionalidade intangível, e por isso mesmo irrealizável, notadamente sob o viés empírico. Segundo os autores “a participação popular [v.g. fundamentada, pois, nos dois ideais aludidos anteriormente] na tomada de decisões deveria ser desencorajada, porquanto poderia ter apenas consequências nocivas para o bom funcionamento do sistema [político]” (MOUFFE, 2005, p.12).

Neste contexto, a principal preocupação demonstrada pelos autores foi, senão, a idealização de um sistema político que operasse a partir de uma elite política, constituída por ideólogos capazes de captar o afeto político das massas e refiná-los, subtraindo dos mesmos eventuais excessos, de modo a torná-los mais compatíveis com uma distinta racionalidade política, baseada como dito não mais na realização de um *bem comum* ou de uma *vontade geral*, mas sim na consecução dos interesses revelados pelos líderes partidários, aparentemente, os únicos agentes políticos autorizados a falar democraticamente, isto é, em nome dos interesses das massas.

Acreditava-se, destarte, que a intensificação da participação popular nos processos deliberativos, implicaria na afetação da estabilidade e, quiçá, a própria subversão da ordem pressuposta pela democracia liberal.

A tal abordagem, contudo, se contrapôs o modelo político deliberativo proposto por John Rawls.

De acordo com o filósofo e sua Theory of Justice, a perspectiva agregacionista defendida por Shumpeter e Downs, revelava-se inadequada na medida em que descuidava da importância que encerra o “fato do pluralismo [político]”. Segundo o autor, a manutenção da ordem democrática perpassaria, fundamentalmente, pela retomada da significação moral da modelo democrático liberal, ou seja, pela consideração de que os interesses individuais, multifacetados por excelência, não poderiam ter a sua complexidade reduzida à simples categorias políticas de análise e verificação de interesses, preferências e padrões comportamentais (RAWLS, 1971, p. 65).

Nesse sentido, a tradição deliberativa fundada, sobretudo, no pensamento de Rawls, afirma ser possível “alcançar um consenso mais profundo que o mero acordo de procedimentos”, um consenso qualificado pelo autor como “moral”, pelo qual os membros de uma sociedade bem-ordenada aceitariam, de antemão (isto é, a partir do estabelecimento de uma “posição original”), um determinado conjunto de princípios de justiça, concebidos de forma altruística por agentes imparciais que deveriam determinar, *a priori*, o “bem comum” e as normas gerais de organização e funcionamento das instituições básicas da sociedade (RAWLS, 1971. pp. 489-93).

Ao lado de John Rawls na defesa pelo modelo deliberativo de feição liberal, surge a figura de Jürgen Habermas. Mundialmente conhecido pela sua teoria do agir comunicativo, o filósofo sugere, ao tratar de uma teoria procedimental de democracia em seu *Between Facts and Norms* (1996), que o primado da teoria democrática deveria ser a demonstração da relação de *co-originalidade* existente entre os direitos *individuais fundamentais* e a *soberania popular*, o que permitiria, em última análise, afirmar o modelo deliberativo como sendo a chave para a unificação dos marcos teóricos liberais agregacionistas e comunitaristas.

Em *Between Facts and Norms*, o autor propõe demonstrar que no lugar das tensões tradicionalmente estabelecidas entre as noções de autonomia pública (v.g. perspectiva democrática) e autonomia privada (v.g. perspectiva liberal), soberania popular e direitos humanos e, finalmente, legalidade e legitimidade, figuraria, paradoxalmente, uma identidade umbilical, uma interdependência fundamental, e não necessariamente uma contraposição, tal como acreditam os teóricos políticos do nosso tempo (HABERMAS, 1999, p. 127).

Essa postura compositiva, segundo Habermas, permitiria, a um só tempo, revelar a verdadeira essência da política (v.g. construção de um consenso político baseado numa ética discursiva), bem como a utilidade prática do gesto conciliatório como fundamento e instrumento de superação das aporias que, segundo o seu entendimento, têm marcado e dividido a teoria política.

Diferentemente de Rawls, Habermas não procura estabelecer, “a priori”, os limites do campo da deliberação política; com efeito, a sua principal preocupação reside basicamente na forma de dizer a democracia, mais precisamente, no estabelecimento uma série de predicados argumentativos que deveriam balizar a construção da noção de legitimidade dos discursos políticos em disputa.

Feita essa brevíssima, porém indispensável digressão torna-se possível arrematar, em conjunto com Chantal Mouffe, que ambos os autores “acreditam que se pode encontrar o conteúdo idealizado da racionalidade prática nas [próprias] instituições da democracia liberal” (MOUFFE, 2005, p. 13); neste sentido, a solução para as atuais crises dos modelos democráticos perpassaria pelo cultivo de uma nova racionalidade que fosse capaz de colmatar a divergência existente entre os vários interesses em disputa no campo social, a fim de conformá-los segundo um marco regulatório fundado em modelos ideais de articulação político-institucional e argumentação.

3 O RACIONALISMO DELIBERATIVO E A ABNEGAÇÃO DA PLURALIDADE DE VALORES E DOS AFETOS POLÍTICOS

Como dito anteriormente, tanto Rawls como Habermas apontam para a possibilidade de se realizar, através da formatação de certos consensos, procedimentos mais adequados de deliberação, formas de acordo que atenderiam, com suficiência, tanto aos direitos de feição liberal, como ao princípio da soberania popular. Conforme sustenta Chantal Mouffe, “tal movimento reformula o princípio democrático da soberania popular, de modo a eliminar os perigos que tal princípio pode representar para os valores liberais” (MOUFFE, 2005, p.13).

Tal estratégia não se fez, contudo, sem procurar atender a um propósito bastante específico.

Acreditando ser possível redefinir os sentidos (algo que subversivos) da “soberania popular” e do “pluralismo político”, os democratas deliberativos, a partir de Rawls e Habermas, passaram a assegurar, desde o plano teórico, a existência de um elo estável e indissociável entre a democracia e os ideais do liberalismo político, não obstante os vários paradoxos que resultam dessa união (MOUFFE, 2000, p. 41). Nessa linha compreensiva, argumenta Mouffe: “Rawls e Habermas querem fundamentar a adesão à democracia liberal com um tipo de acordo racional que fecharia as portas para a possibilidade de contestação [do liberalismo democrático]” (MOUFFE, 2005, p. 16). Dito de outro modo: não haveria democracia plena e possível fora dos limites da racionalidade consensual e institucional proposta pelo modelo deliberativo.

Não obstante a importância do empreendimento teórico deliberativo, Chantal Mouffe aponta, com razão, para aquilo que seria, numa dimensão compartilhada, a maior fragilidade dos modelos sustentados por John Rawls e Jürgen Habermas, qual seja, o hercúleo esforço protagonizado pelos autores em torno da construção de uma solução final para dois dos principais paradoxos suscitados pelo modelo democrático:

- (I) a impossibilidade de uma convivência plena e harmônica entre os princípios da liberdade individual (v.g. liberdade dos antigos) e igualdade (v.g. liberdade dos modernos), cujos significados, em perene construção, encontram-se, desde o princípio, naturalmente tensionados entre si, e;

- (II) a incapacidade do sistema democrático em absorver, através das suas instituições seculares, o crescente descontentamento popular em relação à forma como se operam os processos de deliberação política na contemporaneidade (PINTO, 2004, p. 22)

À tais pretensões, Mouffe apõe as seguintes objeções:

- (I) é ilusória a pretensão racionalista em torno da conciliação dos ideais de igualdade e liberdade; embora representem valores antagônicos, é de fundamental importância, para a preservação da própria democracia, que estes valores estejam presentes, ainda que em dinâmica de disputa/conflito, no campo social, e;
- (II) o modelo deliberativo, centrado na ideia consenso, representa um devir eminentemente antipolítico, na medida em que estaria predestinado à recusa da potencialidade política que se encerra na noção de diferença, que decorre, inexoravelmente, da ideia do pluralismo de valores.

Como um adendo à interessante análise realizada por Chantal Mouffe, seria preciso notar, aqui, que à semelhança de Downs e Schumpeter, Rawls e Habermas sustentam - cada qual à sua maneira - um modelo político igualmente elitizado, que, apesar de estabelecer, de antemão, um amplo espaço para participação e discussão dos rumos da vida política, só poderia, na realidade, ser operado por alguns, na medida em que, em ambos os casos são estabelecidos, como pontos de partida, comandos ideais e (híper)racionalis de atuação e conformação discursiva, numa pressuposição de que seria possível ter controle absoluto em relação aos processos de formação das identidades políticas.

Dito de outro modo: permanece presente na literatura política de ambos os autores, de forma pujante, o problema da representação (v.g. não supressão) dos interesses antagônicos e a incapacidade de consideração da relevância que encerram as paixões e os afetos políticos dos indivíduos em relação à garantia da sua fidelidade aos valores democráticos em disputa na esfera pública de debate²⁰.

4 O SIGNIFICANTE VAZIO E A INFINITA DISPUTA PELA CAPACIDADE DE DETERMINAÇÃO POLÍTICA DA REALIDADE JURÍDICA:

²⁰ Talvez seja este o principal ponto a ser ressaltado do novo modelo político-teórico proposto por Chantal Mouffe: “Ao privilegiar a racionalidade, tanto a perspectiva deliberativa como a agregativa deixam de lado um elemento central, que é o papel crucial desempenhado por paixões e afetos na garantia da fidelidade a valores democráticos. Isso não pode ser ignorado, do que decorre avaliar a questão da cidadania democrática de modo bem diferente” (Mouffe, 2005, p. 17).

Nessa tarefa que pretende denunciar a ambição universalista ínsita à proposta consensual, cremos seja conveniente aportar a presente discussão algumas reflexões acerca de um dos mais relevantes contributos teóricos legados pela obra de Ernesto Laclau, a noção de *significante vazio*. Com efeito, a compreensão deste verdadeiro epifenômeno semântico/político permitirá obter - conforme acreditamos - uma compreensão mais precisa acerca dos contornos deste novo caminho político apontado por Chantal Mouffe.

Em conjunto com Chantal Mouffe, Ernesto Laclau, dando novos contornos à noção de hegemonia em Gramsci, estabeleceu que a realidade social, enquanto objetividade, não é dada *a priori*, mas construída discursivamente²¹.

Essa interpretação, inovadora em muitos aspectos, permitiu, posteriormente, a elaboração de novas concepções acerca dos processos de criação de identidades políticas. Nesse sentido, Laclau costumava alertar: se a realidade social enquanto tal é construída através da articulação (discursiva) das demandas que emergem no âmbito da tessitura social, o mesmo certamente ocorre com a democracia (LACLAU, 2013, p. 238). Tal argumento - convém ressaltar - é bastante profícuo em relação aos propósitos deste trabalho, pelo que haveremos de pormenorizá-lo.

Começemos, pois, destacando a seguinte assertiva: apesar de desfrutar de uma expressão conceitual mais ou menos estabelecida (LIJPHART, 1999, p. 337), a democracia, enquanto fenômeno político, só adquire um sentido concreto quando analisada no interior dos processos discursivos que visam significá-la (LACLAU, 2013, p. 232).

Talvez seja possível emprestar alguma concretude ao raciocínio através da problematização de três processos de significação em curso no âmbito do (complexo) contexto político-criminal contemporâneo.

Primeiramente, as formas de intervenção estatal em relação à *questão criminal*²² constituem, por excelência, como campo aberto de discussão e

²¹ A propósito do tema, ver: Céli Regina Jardim Pinto - A Democracia como significante vazio: a propósito das teses de Ernesto Laclau e Chantal Mouffe. In Sociologias. Porto Alegre. Vol. 1, n. 2 (jul./dez. 1999), p. 68-99

²² Com relação ao conceito, merece destaque o fato de que o utilizamos dentro da precisa noção fornecida por Eugênio Raúl Zaffaroni, quando refere que a expressão "questão criminal" remete

significação, onde a capacidade de definição dos significantes presentes encontra-se sempre indeterminada, sempre em disputa:

- (I) ora se destacam neste debate demandas cujo espoco é a configuração de um modelo estatal de corte minimalista, orientado, basicamente, por princípios jurídicos que privilegiam a manutenção da liberdade em detrimento da sua privação;
- (II) ora verificam-se exaltadas outras demandas cujo teor, na antípoda, reclama justamente a implementação de um modelo penal máximo, pelo qual o recrudescimento das sanções penais em geral e a criminalização de novas condutas emergem como práticas sociais orgânicas e funcionais.

O mesmo “antagonismo” identificado na base dessa luta pela capacidade de significação do “Estado” se verifica presente no estabelecimento dos limites semânticos relativos aos significantes que sustentam, num viés ontológico, a própria democracia liberal: a igualdade e a liberdade.

O ideal liberal da igualdade (universal) dos indivíduos, calcado fundamentalmente na noção de império da lei, constitui postulado há muito superado pelo pensamento criminológico crítico²³, que logrou demonstrar, com absoluta suficiência, a falácia que encerra a ideia quando operacionalizada a partir da realidade capitalista periférica (KARAM, 2012, p. 99).

Já a noção que envolve o conceito de liberdade, do mesmo modo, se alinha, na atualidade, a um viés que aponta para a realização material como valor supremo da existência humana; dito de outro modo: a liberdade do homem moderno, hoje, se confunde com a própria noção de liberdade para o consumo (BAUMAN, 2008, p. 20). Não por acaso, as agências integrantes do sistema de justiça criminal, ainda hoje, miram suas ações, preferencialmente, em direção aos autores de crimes praticados em detrimento do patrimônio²⁴, considerados estes, nesse contexto, o principal interdito erigido em prejuízo do gozo materialista.

ao conjunto de práticas e discursos através dos quais o Estado e suas instituições lidam com o desvio penalmente relevante (Zaffaroni, 1988, p. 19)

²³ Vertente da sociologia do direito que tem por objeto o estudo dos discursos e das práticas institucionais levadas a efeito pelo Estado na tarefa de assujeitamento dos homens e mulheres encarcerados.

²⁴ Sobre o percentual de presos brasileiros conforme a natureza do delito cometido, ver dados consolidados pelo Departamento publicados pelo Ministério da Justiça: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BD82B764A-E854-4DC2-A018-450D0D1009C7%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acessado em: 11/04/2015.

A facilidade em torno do *deslocamento retórico* (LACLAU, 2013, p. 120) do sentido habitualmente outorgado as expressões: “Estado”, “liberdade” e “igualdade”, expressa, a um só tempo, a *contingencialidade* dos seus significados e a sua absoluta falta de *literalidade*. Em qualquer dos casos, fica evidente o erro (ou quiçá a impossibilidade, simplesmente) atinente à pretensão dos democratas consensuais de fechar a amplitude do processo de significação engendrado por cada um dos aludidos termos.

Este argumento corrobora aquele outro referido anteriormente, pelo qual afirmamos, novamente com Laclau, que o discurso constitui-se como prática articulatória (de demandas sociais) e definitiva (de significados políticos), cujo principal objetivo é emprestar fixidez (ou estabilidade) momentânea aos significantes em disputa no processo de construção do político.

A partir dos exemplos apresentados, podemos finalmente concluir no que consiste especificamente o significante vazio.

Trata-se, fundamentalmente, de um significante representativo de uma demanda social bastante específica cujo conteúdo expressa, hegemonicamente, o sentido primeiro de um conjunto bem mais amplo de demandas sociais (e.g. maior intervenção penal por parte do Estado) que, por sua vez, oferecem oposição a uma determinada perspectiva política que lhes frustra a possibilidade de efetivação (LACLAU, 1996, p. 85).

Deste entendimento emerge a conclusão que atribui ao campo social a qualidade de palco que abriga uma constante disputa pela capacidade de determinação e preenchimento do vazio característico dos espaços institucionais nos regimes políticos democráticos (LEFORT, 1991, p. 270).

Disso resulta que o conflito de valores e a disputa incessante pela capacidade de significação dos significantes em disputa na democracia não podem ser encarados como realidades a serem excluídas de antemão; antes pelo contrario: tanto o conflito como a noção de indeterminação dos valores presentes na democracia merecem ser preservados, posto que indicativos da própria vida política.

Nestes termos, em sendo a democracia e os direitos por ela garantidos questões em permanente construção (v.g. ressignificação), convém indagar:

qual democracia pode apresentar-se, agora em oposição ao projeto deliberativo, como alternativa concreta de emancipação individual e realização coletiva de direitos?

5 O MODELO AGONÍSTICO DE DEMOCRACIA

Até agora procuramos demonstrar, a partir das críticas endereçadas por Chantal Mouffe às teorias de democracia sustentadas por John Rawls e Jürgen Habermas, como o modelo deliberativo, que se apresenta no plano teórico como alternativa factível aos modelos agregativista e representativo, não goza de condições mínimas para apreender a natureza do “político” (v.g. na acepção trabalhada por Chantal Mouffe) e, assim, responder, adequadamente, aos constrangimentos que a vida política tem impingido, sistematicamente, aos modelos teóricos da ordem do consenso.

Apresentamos, destarte, o principal desígnio do modelo teórico proposto pela autora: descobrir e problematizar aquilo que representa o núcleo fundamental das democracias contemporâneas. Segundo afirma Chantal Mouffe, num contexto político que se ancora no pluralismo de valores, é a noção de conflito e não a noção de consenso que deve emergir no epicentro do universo político.

Destarte, a subversão do projeto consensual representa, nessa medida, aceitar que “a objetividade social (v.g. a realidade das relações sociais enquanto tal) é constituída por meios de atos de poder” (MOUFFE, 2005, p. 19). A afirmação aposta pela autora pode ser compreendida de forma acurada quando relacionada à célebre fórmula referida por Michel Foucault: “onde há poder, há resistência” (FOUCAULT, 1985, p. 91).

Considerando que a resistência foucaultiana representa – no âmbito do debate proposto pela autora - o próprio conflito antagônico, poderíamos sintetizar o argumento apresentado dizendo o seguinte: onde há conflito, há política, sendo que - *a contrario sensu* - onde há consenso, não poder haver política, simplesmente.

Deste modo, e pensando na antípoda do projeto consensualista, as identidades políticas não são (ou não deveriam ser) pré-ordenadas segundo parâmetros morais ou discursivos absolutos, senão que as suas feições são (ou deveriam ser) construídas através dos debates travados na esfera pública.

A assunção dessa perspectiva antagônica implica, pois, o abandono do ideal consistente na realização de uma sociedade fundada numa idílica consonância valorativa, algo que representaria a própria receita do fracasso democrático. É que o estabelecimento do consenso proposto por Habermas e Rawls expressa, invariavelmente, uma decisão (em certa medida arbitrária) que exclui - “a priori” - outras formas possíveis de construção da realidade política.

Neste sentido, ao invés de mobilizar esforços no sentido da supressão dos conflitos (v.g. antagonismo), uma teoria política genuinamente democrática deveria se ocupar em apresentar as condições mínimas (v.g. legítimas) para que a criação de identidades políticas em contextos de conflitos possa acontecer de um modo compatível com os valores democráticos (MOUFFE, 2005, p. 21).

Deste modo, e considerando que em sociedades modernas, complexas por natureza, não há como escapar da dinâmica relacional “nós” contra “eles”, urge reconhecer que:

o propósito da política democrática é construir o “eles” de tal modo que não sejam percebidos como inimigos a serem destruídos, mas como *adversários*, ou seja, pessoas cujas idéias são combatidas, mas cujo direito de defender tais idéias não é colocado em questão (Ibidem).

O argumento em questão acena para a possibilidade do estabelecimento de uma nova ética no debate político; uma ética baseada no ideal agônico, isto é, na substituição da categoria política do “inimigo” pela de “adversário”, num esforço que considerada inadiável a afirmação dos direitos de nomear e defender a diferença.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS:

De tudo o que foi dito aqui, pensamos que a adoção da perspectiva teórica apresentada por Chantal Mouffe pode servir, no âmbito do debate criminológico, como uma espécie de convite para pensar as consequências político-criminais desse período histórico bastante peculiar que reflete, senão, o crescente

esvaziamento da importância da esfera pública de discussão e o sequestro (em dois tempos) da conflitividade social²⁵:

- (I) pela gramática jurídico-normativa, que essencializa o conflito, de tal modo que outras formas de resolução se tornam impossíveis, descartáveis “a priori”;
- (II) pelas instituições que integram o sistema de justiça criminal, especializadas na produção/ imposição de consensos jurídico-penais.

A propósito dessa relação inexorável que se estabelece entre o enfraquecimento da esfera pública de debate e o conseqüente fortalecimento dos mecanismos institucionais de resolução de conflitos, alerta Mouffe:

It is also in the context of the weakening of the democratic political public sphere where an agonistic confrontation could take place that the increasing dominance of the juridical level should be understood. Given the growing impossibility of envisaging the problems of society in a properly political way, there is a marked tendency to privilege the juridical field and to expect the law to provide the solutions to all types of conflict. The juridical sphere is becoming the terrain where social conflicts can find a form of expression, and the legal system is seen as responsible for organizing human coexistence and for regulating social relations. (MOUFFE, 2000, p. 41).

O diagnóstico preconizado pela autora ecoa por todo o cenário político criminal brasileiro. Basta pensar, com efeito, em como a legislação penal, através das décadas recentes, tem assimilado, organicamente, inúmeras demandas sociais (v.g. independentemente de sua matriz ideológica), tais como, a repressão dos crimes de colarinho branco (Lei Federal nº 7.492/1986); a defesa das mulheres vítimas de violência doméstica (Lei Federal 11.340/2006); a criação de mecanismos jurídicos de repressão às ofensas de natureza racial (Lei Federal nº 7.716/1989), a afirmação de questões relativas à justiça de gênero (Lei Federal nº 13.104/2015); a proteção do meio ambiente (Lei Federal nº 9.605/1998), etc..

Essa questão, contudo, poderia ser representada sob a luz de outra perspectiva. É dizer, a incapacidade da sociedade (v.g. aqui compreendida a sociedade civil organizada bem como os órgãos institucionais de representação popular) em pensar formas não institucionais (v.g. ou mesmo institucionais, porém alternativas ao direito penal) de resolução de seus próprios conflitos, diz muito sobre o atual estágio de evolução do pensamento democrático brasileiro.

Parece haver, pois, em nosso cenário político, uma tendência mais ou menos consolidada no sentido da invocação do direito penal como uma espécie

²⁵ V.g. pela esfera público-institucional[...]

de compromisso dilatatório por parte do Estado em relação ao enfrentamento das consequências geradas pelos conflitos sociais; as causas que suscitam esses conflitos, entretanto, permanecem intatas, muitas vezes inominadas, inclusive.

Essa relação de dependência verificada entre a sociedade e o Direito Penal só faz concentrar os debates políticos na esfera público-institucional, fomentando assim, no âmbito da sociedade civil, uma apatia política e um despreço generalizado pela vida comunitária, o que pode representar, em certa medida, um perigo mortal à democracia, uma vez que “o resultado da cristalização de paixões coletivas em torno de questões que não podem ser manejadas pelo processo democrático [resulta] uma explosão de antagonismo que pode desfiar os próprios fundamentos da civilidade” (MOUFFE, 2005, p. 21).

A detonação da esfera agonística, referida pela autora, já adquiriu feições concretas no caso brasileiro; no ponto, nos limitaremos a indicar a existência, no cenário político tupiniquim, de um conjunto de projetos legislativos “anti-protesto”, através dos quais as hodiernas manifestações populares têm sido apresentadas, paradoxalmente, como uma ameaça real às instituições democráticas:

- (I) PL nº 6198/13, do deputado Jorge Tadeu Mudalen (DEM-SP), que proíbe o uso de máscaras e outros materiais para esconder o rosto durante manifestações;
- (II) PL nº 6277/13, do deputado Jair Bolsonaro (PP-RJ), que agrava a pena sobre destruição de bens alheios se isso ocorrer em manifestações;
- (III) PL nº 6307/13, do deputado Eduardo Cunha (PMDB-RJ), que atribui tratamento diferenciado para agente que pratica atos de vandalismo em manifestações públicas;
- (IV) PL nº 6347/13, do deputado Carlos Sampaio (PSDB-SP), que aumenta a pena para quem se aproveita do anonimato proporcionado pelas manifestações para provocar danos ao patrimônio;
- (V) PL nº 6461/13, do deputado Junji Abe (PSD-SP), que torna contravenção penal a participação em manifestações com máscaras, capuzes ou similares;
- (VI) PL nº 6500/13, do deputado Chico Alencar (PSOL-RJ), que proíbe o uso de arma em manifestações e garante o princípio da não violência nesses eventos;
- (VII) PL nº 6532/13, do deputado Eliene Lima (PSD-MT), que regula o exercício do direito à realização de reuniões públicas.

O teor dos Projetos de Lei elencados é auto-explicativo, razão pela qual a sua análise dispensa, no ponto, maiores considerações. Mereceria destaque, todavia, o fato de que o exercício dos direitos relativos à reunião e à livre manifestação do pensamento (v.g. genuínas expressões da democracia popular) tem sido estrangido pelas próprias instituições democráticas.

Nestes termos, acreditamos que a leitura da questão criminal pela via da política agonística proposta por Chantal Mouffe ajuda a destacar a necessidade de intensificação deste debate fora dos espaços institucionais de fala, o que pode contribuir – e aqui levantamos a nossa principal hipótese – para pacificar a razão violenta que inspira a política criminal brasileira (BATISTA, 2003, p. 29).

REFERÊNCIAS:

BATISTA, N. Todo crime é político. In: **Caros amigos**. Ano VII, nº 77, pp. 28 a 33, 2003.

BAUMAN, Z. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2008.

DOWNS, A. **Uma teoria econômica de democracia**. São Paulo: EDUSP, 1999.

FOUCAULT, M. **História da Sexualidade, Vol. I**: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

HABERMAS, J. **Between Facts and Norms** : Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy. Cambridge, Mass: Massachusetts Institute of Technology, 1991.

KARAM, M. L. A esquerda punitiva. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, **Instituto Carioca de Criminologia**, v.1, n.1, JAN/JUN/1996.

LACLAU, E. **A Razão Populista**. Tradução de Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Três Estrelas, 2013.

_____. ¿Por qué los significantes vacíos son importantes para la política?. **Emancipación y diferencia**, Buenos Aires: Ariel, 1996.

LEFORT, C. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana Souza, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LIJPHART, A. **Modelos de Democracia**: desempenho e padrões de governo em 36 países, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

MOUFFE, C. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia e Política**: Curitiba, n. 25, pp. 11-23, 2005.

_____. **The Democratic Paradox**. London: Verso, 2000.

PINTO, C. R. J. **Teorias da Democracia**: diferenças e identidades na contemporaneidade. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

RAWLS, J. **A Theory of Justice**. Cambridge, Mass: Harvard University, 1971.

SCHUMPETER, J. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

ZAFFARONI, E. R. **Criminología**: aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988.

CONSTITUIÇÃO E PROCESSO CIVIL: E SUA (COR)RELAÇÃO

Darci Guimarães Ribeiro,
Paulo Junior Trindade dos Santos,

RESUMO: Com ênfase na Constitucionalização do Processo Civil apresenta parte da evolução de seus institutos delineando um caminho evolutivo-transformador de institutos que caminham em direção aos anseios da sociedade com novas soluções jurídicas a partir da Constitucionalização do Direito. Pois, o Processo passa a assumir postura de veículo de realização de valores básicos em consonância com os ditames constitucionais, demonstrando assim um horizonte dinâmico para a Ciência Processual. A metodologia utilizada foi a Dialética. Com a utilização da epistemologia jurídica voltada para com a Constitucionalização do Direito, nota-se que o Processo Civil não apresenta-se mais como algo hermético junto a seus institutos, por advento apresenta-se novas soluções jurídicas capazes de atender de forma adequada os novos contextos, que por derradeiro, tem-se como fator primordial a Constitucionalização dos preceitos Processuais que passa a assumir postura de veículo de realização dos valores básicos consagrados no sistema Constitucional que institui o Estado Democrático de Direito. Conclui-se que a atual epistemologia jurídica volta-se para com a Constitucionalização de todos os ramos do Direito, assim ocorrendo o fenômeno da Constitucionalização do Processo que desenvolve-se a partir da implementação e a eficácia dos direitos fundamentais, que por derradeiro passa a instaurar uma nova ordem sócio-política que demonstra-se difundida na atualidade junto ao Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização do Direito; Constituição; Processo;

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo, procurando demonstrar a íntima (cor)relação entre a Constituição e o Processo Civil, e ainda, tem como evidenciar o papel inovador do Processo que, apresenta parte da evolução de seus institutos delineando um caminho evolutivo-transformador que caminham em direção aos anseios da sociedade apresentando novas soluções jurídicas a partir de sua Constitucionalização.

A evolução-transformação do Processo não escapa da Constitucionalização do Direito, pois o Processo, nesse contexto, assume postura de veículo de realização/concretização das garantias básicas em consonância com os ditames Constitucionais, propiciando de tal forma uma visão mais efetiva dos objetivos jurídicos, ou melhor, valores que encontram-se propostos pelo texto Constitucional que assim ganham sentido com o Processo, o qual, passa a tessitura do sócio-político, deixando-se de ter um simples olhar hermético de seus institutos.

Diante do exposto, resta evidente que, no modelo Processual que vem sendo desenhado, o Direito deixa de ser concebido em caixas hermeticamente fechadas (compartimentos estanques) em que o processo (por sua vez) seria um mero instrumento (formalidade) para atingir objetivos procedimentalistas. Notadamente o processo passa a assumir postura de veículo de realização de valores básicos em consonância com os ditames constitucionais, a fim de que possa ser um verdadeiro mecanismo de transformação social, fundamentado (sempre) pelas garantias e direitos humanos/fundamentais já constitucionalizados.

Apresenta assim o Processo Civil uma nova ótica, qual seja, não mais pode ser visto como mero instrumento procedimental (fim em si mesmo), mas, sim, com uma importante ferramenta de concretização de direitos (constitucionalizados) o que é feito pela efetiva participação democrática que vem a legitimar o judiciário quando da entrega da Tutela Jurisdicional do Estado, transformando-o em um agente transformador da sociedade.

Portanto, o Estudo Constitucional do Processo justifica-se pelo desocultamento de velhos paradigmas a novos horizontes para com a Ciência Processual e por relevante para a Ciência do Direito. Fica evidente, o momento em que se faz a necessária compreensão dos fundamentos estatais e paradigmáticos dos problemas sociais que envolve a própria concepção de Processo e de Jurisdição

O Processo passa a ser concebido como uma oportunidade sócio-política e jurídica necessárias, num país de modernidade tardia, para a efetiva concretização de direitos. Com esse intento resta evidente que pela

democratização do Estado, com conseqüente Constitucionalização de direitos (humanos/fundamentais), o processo surge como condição para a efetiva garantia da concretização das promessas feitas pelo legislativo, procedimento que tem propiciado a real democratização da sociedade, transformando este espaço na verdadeira “ágora”, onde às partes é oportunizada a efetiva atuação política (democracia direta/participativa), restando o judiciário legitimado para com a criação de direito, emergindo assim a chamada norma individual, que nasce do caso concreto.

Ocorre que com advento da contemporaneidade, esta passa a elevar o Processo, utilizando-o também como um instrumento de políticas (afirmando-as, realizando-as), como visto ao relacionar-se constituição e processo, o processo constitucionalizou-se e especificamente, albergou garantias processuais que passaram a ser garantias constitucionais-processuais. Ou seja, o processo transcendeu ao constitucionalismo que, por tudo isso é reflexo da transcendência social, que apresenta o renovado espírito do indivíduo, que busca a democracia concretizada (no e) pelo processo judicial. Nesse contexto, o processo acaba por transformar-se em oportunidade política e jurídica.

2 CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: E SUA (COR)RELAÇÃO

Hay que tratar de las relaciones entre Proceso y Constitución —la madre de las reglas jurídicas—. La Constitución, tiene diversos modos de actuar sobre el proceso.²⁶

O Processo Civil apresenta gradual e constante evolução, pois “*não há mais espaço para uma visão hermética de seus institutos, como se fossem ferramentas que trabalham mecanicamente em função de sua própria engrenagem*”²⁷, assim busca-se com a Constitucionalização do Direito ter-se

²⁶ GUILLÉN, Victor Fairén. *Teoría General del Derecho Procesal*. Primera Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. P. 55.

²⁷ MELO, Gustavo de Medeiros. *O Acesso à Justiça na Perspectiva do Justo Processo*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Processo e Constituição*: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. 1ª Ed.. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. P. 684.

uma observação da realidade²⁸, com isso, “assumem os preceitos Processuais postura de veículo de realização dos valores básicos consagrados no sistema Constitucional que institui o Estado Democrático de Direito”²⁹.

A Constitucionalização do Direito³⁰, e por consequência da Constitucionalização do Direito Processual tornou-se viável pela notável exigência por novas soluções jurídicas capazes de atender de forma adequada as novas realidades. A imperiosa necessidade de “cambio” obriga aos processualistas a ir evoluindo em seus conceitos e fugir de um maior número de regras que, presumidamente tenham um caráter imitável.³¹

Neste sentido, o sistema Constitucional vem a apresentar-se “como constante e cíclico aprendizado, a Constituição é (e deve ser tida, sempre como) um projeto aberto a constantes inclusões”³², desta forma, uma das inclusões que se revela a mais essencial, e dada pela “vinculação que existe entre o Processo Civil e a Constituição, particularmente enfatizar-se-á a teoria sobre a ação e

²⁸ Por tanto “significa el desenvolvimiento de un precepto constitucional, expuesta ampliamente a lo largo de este traba yo, no significa una idea totalmente nueva ni un plan político a desenvolver en el futuro. Significa una elemental apreciación dogmática del derecho vigente y una observación directa de la realidad actual.” (COUTURE, Eduardo J.. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Buenos Aires: Soc. Anón. Editores. P. 94)

²⁹ “A moderna filosofia do direito constitucional estabeleceu um corte metodológico no estudo e na compreensão do processo civil contemporâneo. Não há mais espaço para uma visão hermética dos institutos processuais, como se fossem ferramentas que trabalham mecanicamente em função de sua própria engrenagem. Como método de pensamento, a análise que se faça atualmente sobre qualquer assunto do direito processual civil deve ser monitorada de perto pela garantia do acesso à justiça, que tem hoje dimensão internacional no contexto dos direitos fundamentais. O processo se tornou um instrumento ético de democratização das decisões do Estado, assumindo de vez a postura de veículo de realização dos valores básicos consagrados no sistema constitucional que institui o Estado Democrático de Direito.” (MELO. Gustavo de Medeiros. **O Acesso à Justiça na Perspectiva do Justo Processo**. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.), **Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. 1ª Ed.. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. P.684.)

³⁰ Neste sentido ver GUASTINI e FAVOREU. (FAVOREU, Louis. **La Constitutionnalisation du Droit**. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (orgs). **La Constitutionnalisation des Branches du Droit**. Paris: Preses Universitaires D’Aix-Marseille, 1998; e GUASTINI, Ricardo. **La constitucionalización del ordenamiento jurídico**. In: CARBONNEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta; 2003.)

³¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. P. 15.

³² NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional**. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 101, jul-dez de 2010. P. 64.

sobre o Processo em seus fundamentos Constitucionais e dos Princípios que estruturam o Processo Civil³³.

Ressalte-se em um primeiro momento, que, efeito acarretado pela Constitucionalização do Processo traz consigo a incorporação de normas processuais na Constituição (garantir direitos), caracterizando de forma inconfundível base constitucional do direito processual, já em um segundo estágio e sob a égide do Estado Democrático de Direito, a constitucionalização do processo desenvolve-se a partir de outra perspectiva, sendo ela, voltada a implementação e a eficácia dos direitos fundamentais (garantir, assegurar e efetivar os direitos fundamentais)³⁴.

Importante destacar, que, o primeiro momento da Constitucionalização do Processo apresenta de um lado CHIOVENDA³⁵, sendo que, este veio a influenciar diretamente as reformas políticas das leis Processuais, já de outro lado, destaca-se COUTURE³⁶, que, com a ampla intensificação de estudos relativos aos preceitos Constitucionais, regulamentados, estes passam a incidir diretamente para com o Código de Processo³⁷. No entanto, destaque-se que no

³³ ACOSTA, Hermógenes. **Proceso Civil y Constitución**. In: ACOSTA, Hermógenes; PLAZAS, Jose Machado; SUZAÑA, Manuel Ramírez; PICÓ I JUNOY, Joan (coords.). **Constitucionalización del Proceso Civil**. 1ª Ed.. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2005. P. 13.

³⁴ COSTA, Miguel do Nascimento. **Poderes do Juiz, Processo Civil e suas Relações com o Direito Material**. Volume 2. Coleção Estudos de Direito em Homenagem ao Prof. Darci Guimaraes Ribeiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. P. 60-61.

³⁵ CHIOVENDA, G., *Le reforme processuale e le correcti del pensiero moderno, en <<Saggi di diritto processuale civile>>*, I, Roma, 1930, pp. 379. Demonstra AROCA, Juan Montero. **Los Principios Informadores del Proceso Civil en el Marco de la Constitución**. In: Revista Justicia 82, n.º IV. P. 10.

³⁶ COUTURE, Eduardo J.. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Buenos Aires: Soc. Anón. Editores. P. 53.

³⁷ *"Fueron dos obras del gran maestro del procesalismo ibero-americano, Eduardo J. Couture, las que pusieron de manifiesto la necesidad de examinar las relaciones entre las normas constitucionales y las disposiciones legales respecto al proceso civil. En su ensayo, ya clásico, acerca de Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil, Couture se propuso mostrar en qué medida el Código de Procedimiento Civil y sus leyes complementarias son el texto que reglamente la garantía de justicia contenida en la Constitución. Con este designio, Couture destacó los aspectos constitucionales de la acción y la excepción, los actos procesales, y el debido proceso, la sentencia y la jurisdicción. Después de analizar las relaciones entre la Constitución Política y la legislación orgánica del poder judicial y de señalar los desfases entre las orientaciones políticas de las primeras y las tendencias de las leyes procesales y orgánicas, el procesalista uruguayo concluyó que el derecho procesal civil, que por tanto tiempo fue considerado el simple menester de la rutina forense, es, en sí mismo, el instrumento más directo de realización de la justicia. En una obra posterior, El debido proceso como tutela de los derechos humanos, Couture abordó el tema de la tutela constitucional del proceso y mostró cómo, por medio de dos maneras de pensar – las correspondientes a la common law en los*

Brasil, BARACHO³⁸ foi o primeiro a tratar da relação existente entre Constituição e Processo.

Superado o incurso ao tocante dos principais percursos de aproximação entre o Processo e a Constituição, observe-se ser um fenômeno que teve como “início a Constitucionalização dos Princípios do Processo – por ao menos no mundo anglo-saxão -, destacando que os Códigos Processuais Cíveis (*Civil Procedure*) são o texto que regulamentam a garantia de justiça contida na Constituição.”³⁹

Corrobore-se, que

*“la constitucionalización de los principios del proceso no ha sido uniforme en todas las materias. Es así que, por ejemplo, en la materia penal el fenómeno que nos ocupa se viene implementando desde hace mucho tiempo, probablemente, entre otras razones, porque en esta materia los elementos ideológicos son más evidentes y, sobre todo porque en ella se decide sobre la libertad de las personas. En cambio, la constitucionalización de los principios del proceso civil, es un fenómeno relativamente reciente, ya que el mismo comienza a partir de la II Guerra Mundial.”*⁴⁰ (g. n.)

Pelo exposto, os estudos relativos ao Processo e Constituição demonstram-se ser um fenômeno hodierno, ocorrendo especificamente após a Segunda Grande Guerra Mundial, e ainda, mais especificamente em países que tiveram

Estados Unidos y a la civil law – era posible arribar a conclusiones similares. Para el jurista iberoamericano, la teoría de la tutela constitucional del proceso consistía en fijar los fundamentos y las soluciones que permitan establecer, frente a cada caso particular, pero mediante un criterio de validez general, si un proceso proyectado o regulado por la ley, es o no idóneo y apto para cumplir los fines de la justicia, seguridad y orden que instituye la Constitución. Las ideas de Couture han ejercido una importante y renovadora influencia en la doctrina y en la legislación. A partir de ellas, los procesalistas, tanto de Iberoamérica como de Europa, se han ocupado, con mayor amplitud, de los temas que abordó nuestro autor. Los códigos procesales civiles más recientes suelen dedicar una parte a la regulación de los principios procesales, que en general recogen o derivan de las bases establecidas en las constituciones.” (FAVELA, José Ovalle. **Tendencias Actuales en el Derecho Procesal Civil**. In: FERNÁNDEZ, José Luis Soberanes (Compilador). **Tendencias Actuales en el Derecho Procesal Civil**. Segunda Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. P. 28.)

³⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Proceso Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

³⁹ COUTURE, E. J., *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en <<Estudios de derecho procesal civil>>, I, Buenos Aires, 1948, pp. 19 y ss. También FAÍREN, V., *Ideas y textos sobre el principio del proceso*, en <<Temas del ordenamiento procesal>>, I, Madrid, 1969, pp. 567 y ss. Y FIX ZAMUDIO, H., *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, 1974. Neste tocante, AROCA arrola todos os autores descritos. (AROCA, Juan Montero. **Los Principios Informadores del Proceso Civil en el Marco de la Constitución**. In: Revista Justicia 82, n.º IV. P. 10.)

⁴⁰ ACOSTA, Hermógenes. **Proceso Civil y Constitución**. In: ACOSTA, Hermógenes; PLAZAS, Jose Machado; SUZANA, Manuel Ramírez; PICÓ I JUNOY, Joan (coords.). **Constitucionalización del Proceso Civil**. 1ª Ed.. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2005. P. 12.

regimes políticos totalitários, nascendo assim a “Constitucionalização dos Direitos Fundamentais das pessoas, e dentro destes, uma tutela das garantias mínimas que deve reunir todo o Processo”⁴¹. Pretendia-se desse modo “fundar-se um processo mediante o qual a Constituição se defende a si mesma contra os ataques de Juízes”⁴², e mais, “evitar que o futuro do legislador desconhecesse ou viola-se tais direitos, protegendo-lhes.”⁴³.

Assim, a Constituição aparece como um instrumento idóneo para instaurar uma nova ordem política e social, e para dar uma nova resposta válida aos angustiosos interrogantes do momento histórico delineado pelo pós-guerra”⁴⁴. Fortalece a teoria piramidal de KELSEN⁴⁵, que tem como ápice de seu vértice a Constituição, sendo ela dotada de toda a força normativa do sistema jurídico, conforme aponta HESSE⁴⁶, pois nesta trilha:

*El ordenamiento jurídico se organiza sobre la base del principio de constitucionalidad. En efecto, la Constitución se erige como la norma primera y primaria, pues crea los sistemas de producción normativa y de fuentes del Derecho, de suerte que de ella derivan su validez las normas jurídicas. Por ese carácter, se configura como la norma suprema del ordenamiento jurídico, directamente aplicable, que vincula a los ciudadanos y poderes públicos, y superior en jerarquía e inmune (fuerza activa y pasiva) frente al resto de normas. Naturalmente, esa condición de norma suprema obliga a que las normas deban ser conformes a la Constitución.*⁴⁷

⁴¹ JUNOY, Joan . **Los Principios Constitucionales Rectores del Proceso Civil I**. In: ACOSTA, Hermógenes; PLAZAS, Jose Machado; SUZAÑA, Manuel Ramírez; PICÓ JUNOY, Joan (coords.). **Constitucionalización del Proceso Civil**. 1ª Ed.. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2005. P. 100.

⁴² GUILLEN, Víctor Fairen. **Bases uniformes de legislación procesal**. Comunicación que presentó a la V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal. Bogotá, junio de 1970. P. 153-154

⁴³ PICÓ JUNOY, Joan . **Los Principios Constitucionales Rectores del Proceso Civil I**. In: ACOSTA, Hermógenes; PLAZAS, Jose Machado; SUZAÑA, Manuel Ramírez; PICÓ JUNOY, Joan (coords.). **Constitucionalización del Proceso Civil**. 1ª Ed.. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2005. P. 100.

⁴⁴ PICÓ JUNOY, Joan . **Los Principios Constitucionales Rectores del Proceso Civil I**. In: ACOSTA, Hermógenes; PLAZAS, Jose Machado; SUZAÑA, Manuel Ramírez; PICÓ JUNOY, Joan (coords.). **Constitucionalización del Proceso Civil**. 1ª Ed.. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2005. P. 100.

⁴⁵ KELSEN, Hans. **Teoría Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁴⁶ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

⁴⁷ ORTEGA, Juan Antonio Toscano. **El Control Judicial de Adecuación Constitucional en la Jurisdicción Civil y la Cuestión de Inconstitucionalidad en el Derecho Español**. In: ACOSTA, Hermógenes; PLAZAS, Jose Machado; SUZAÑA, Manuel Ramírez; PICÓ JUNOY, Joan (coords.). **Constitucionalización del Proceso Civil**. 1ª Ed.. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2005. P. 241.

A Constituição indiscutivelmente é a “norma suprema e primaria de eficácia direta”⁴⁸, “pois cria os sistemas de produção normativa e de fontes do Direito, de sorte que dela derivam sua validez as normas jurídicas”⁴⁹, e que, por esta condição naturalmente impõe seus influxos e mutações as normas Processuais, alocando-se neste (o Processo) as propostas e as ondas renovatórias, pois, é natural que o instrumento se altere e adapte às mutantes necessidades funcionais decorrentes da variação dos objetivos substanciais a perseguir⁵⁰.

A onda renovatória imposta pelos efeitos da Constitucionalização do Direito passarão a delinear um Processo que se torne muito mais sensível ao caso em concreto que será apresentado, pois demonstra uma preocupação relevante com o respeito aos valores e aos princípios constitucionais, como apregoados nos artigos 1º a 12º do Novo Código de Processo Civil, que trata “das normas fundamentais do processo civil”.⁵¹

⁴⁸ “Se concibe la Constitución como algo más que un documento limitado a describir las funciones de los diferentes poderes del Estado y a consagrar una serie de principios sin relevancia práctica. La corriente predominante es aquella que percibe la Constitución como la norma suprema y provista de eficacia directa. El hecho de ser la norma suprema del ordenamiento jurídico que rige la convivencia social, le impone al juez la obligación de declarar nula y en consecuencia inaplicable las demás normas que entre en contradicción con ella. Mientras que el hecho de que tenga eficacia directa, le impone al juez la obligación de aplicarla, en todos los casos que proceda y momento de decidir un determinado conflicto.” (ACOSTA, Hermógenes. **Proceso Civil y Constitución**. In: ACOSTA, Hermógenes; PLAZAS, Jose Machado; SUZAÑA, Manuel Ramírez; PICÓ I JUNOY, Joan (coords.). **Constitucionalización del Proceso Civil**. 1ª Ed.. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2005. P. 12.)

⁴⁹ ORTEGA, Juan Antonio Toscano. **El Control Judicial de Adecuación Constitucional en la Jurisdicción Civil y la Cuestión de Inconstitucionalidad en el Derecho Español**. In: ACOSTA, Hermógenes; PLAZAS, Jose Machado; SUZAÑA, Manuel Ramírez; PICÓ JUNOY, Joan (coords.). **Constitucionalización del Proceso Civil**. 1ª Ed.. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2005. P. 241.

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido R.. **Instrumentalidade do Processo**. 14ª Ed.. São Paulo: Malheiro Editores, 2009. P. 37-38.

⁵¹ Vale colacionar as Considerações de Marco Felix Jobim, que: “O legislador, quando optou por elencar o capítulo I as normas que devem ser fundamentais a todo o processo civil, trabalhou bem ao textualizar algumas que já eram consenso na própria doutrina e os tribunais, que já estavam fazendo uso contínuo e prolongado dos seus conceitos, como o princípio da não surpresa, o princípio da paridade de armas. Na mesma linha identificou o texto já nos artigos à resolução de conflitos, elencando alguns deles, como arbitragem, a conciliação e a mediação e deixando em aberto o tema para que tantas outras formas possam vir a ser incorporadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Também, foi salutar dar estímulo aos profissionais do Direito que utilizem essas técnicas. No que concerne a alguns princípios já conhecidos do processo constitucional, como o do acesso ao Poder Judiciário, do contraditório, da publicidade, da fundamentação das decisões, pouco fez de novo, apenas repetindo parte do texto constitucional, o que faz com que se pergunte se já não eram para ser seguidos independentemente de fazer parte do projeto ora em tramitação. Da mesma forma, ao elencar como um dos escopos do processo a promoção a dignidade, sendo ela fundamento do Estado Democrático de Direito? E a eficiência, já não era um norte a ser seguido pela leitura do *caput* do artigo 37 da CF? o da

Necessário salientar, que com esta onda renovatória os influxos e mutações Constitucionais se inserem ao Processo, adaptando-se ao mesmo alguns resultados que lhes passam a ser lógicos, sendo estes: “**a)** – *la Constitución presupone la existencia de un proceso como garantía de la persona humana;* **b)** – *la ley, en el desenvolvimiento normativo jerárquico de preceptos, debe instituir ese proceso;* **c)** – *pero la ley no puede instituir formas que hagan ilusoria la concepción del proceso consagrada en la Constitución;* **d)** – *si la ley instituyera una forma de proceso que privara al individuo de una razonable oportunidad para hacer valer su derecho, sería inconstitucional;* **e)** – *en esas condiciones, deben entrar en juego los medios de impugnación que el orden jurídico local instituya para hacer efectivo el controlador de la constitucionalidad de las leyes.*”⁵²

A correspondência do instrumento aos objetivos (assim formando-se a (cor)relação), ou melhor, entre a Constituição e seu próprio ordenamento processual se dá mediante “*las manifestaciones concretas de la jurisdicción, se halla en su sistema de principios socio-políticos y técnicos*”⁵³, *reconociese que el*

legalidade não era para ser observado? Se seguiu o princípio da administração pública, por qual razão a impessoalidade ficou fora do texto processual? Preocupa o Código projetado elencar a observação à proporcionalidade, a razoabilidade, atendendo o juiz ao aplicar o Direito aos fins sociais e às exigências do bem comum, tendo em vista que são ferramentas que não controlam, minimamente, a construção da decisão judicial se não tomados cuidados extras com o estudo do referido dispositivo. Não é feliz o legislador quando vai tentar dar densidade ao princípio da tempestividade do processo, conforme já relatado no corpo do artigo, isso em razão de que, em alguns casos, seriamente prejudicada a tempestividade na atividade satisfativa do processo. Para ilustrar melhor, uma execução de título executivo extrajudicial será sempre frustrada se o executado não tiver patrimônio a ser alvo de constrição judicial. Por fim, de aplausos a iniciativa de finalmente regar os julgamentos obedecendo a uma ordem cronológica e informar, pormenorizadamente, como ela deve ser. Note-se que a evidencia já existia previsão para tanto, de forma um pouco diferenciada, mas, elencando como normatividade fundamental, podem aqueles privilégios concedidos de forma desarrazoada, finalmente, estar perto do fim, o que somente ocorrerá com o controle do Poder Judiciário também, pela própria pessoa humana, alvo maior da prestação jurisdicional.” (JOBIM, Marco Félix; MACEDO, Elaine Harzheim. **Das normas fundamentais do processo e o projeto de novo Código de Processo Civil Brasileiro:** repetições e inovações. In: RIBEIRO, Darci Guimaraes; JOBIM, Marco Félix. (orgs). **Desvendando o Novo CPC.** 1ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. P. 54-55.)

⁵² COUTURE, Eduardo J.. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil.** 3ª edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977. P. 149-150.

⁵³ ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO: «Principios técnicos y políticos de una reforma procesal», en *Publicaciones de la Universidad de Honduras*, Tegucigalpa, 1950, *passim*; PRIETO - CASTRO: «Principios políticos y técnicos para una ley uniforme» (Informe presentado al I Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho Procesal), *Revista de Derecho procesal*, Madrid, 1956, II, págs. 185 y sigs; haja vista, que apresenta vasto estudo GUILLEN. (GUILLEN, Víctor Fairen. **Bases uniformes de legislación procesal.** Comunicación que presentó a la V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal. Bogotá, junio de 1970. P. 153-154.)

proceso refleja esta ideología⁵⁴, así deben tener una formulación amplia, aunque no vaga, con exposición dialéctica de sus pares correspondientes (por ejemplo, lo dispositivo y lo inquisitivo), así como de gozar de una protección superior que la misma Constitución debería prever —y que prevé en algunos países⁵⁵.

No caben dudas que el derecho procesal, como fenómeno cultural, constituye producto exclusivo de hombre, siendo por consecuencia inevitablemente empulgado por el concepto, un tanto concerniente, es verdad, de libertad, por eso, el tejido interno del proceso se forma por la confluencia de ideas, proyectos sociales, utopías, intereses económicos, sociales, políticos y estrategias de poder vigentes en determinada sociedad con marcas específicas de tiempo y espacio.⁵⁶

E mais, atualmente pode-se até dizer do ponto de vista interno que a conformação e a organização do Processo e do Procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios Constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de Poder num determinado espaço social e temporal⁵⁷.

Neste sentido, a atual missão do Processo supera até mesmo seu conceito tradicional hermético, aportando em si mesmo uma renovada dimensão de significado chegando transcender do que usualmente lhe é atribuído, pode-se dizer que o: *“proceso, en tanto institución del ordenamiento jurídico, de por sí ya implica una forma de equilibrio de intereses públicos, privados y sociales.”⁵⁸*

⁵⁴ AROCA, Juan Montero. **Los Principios Informadores del Proceso Civil en el Marco de la Constitución**. In: Revista Justicia 82, n.º IV. P. 10.

⁵⁵ GUILLEN, Víctor Fairen. **Bases uniformes de legislación procesal**. Comunicación que presentó a la V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal. Bogotá, junio de 1970. P. 153-154.

⁵⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Poderes del Juez y Visión Cooperativa del Proceso**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, n. 2, set. 2004. P. 131

⁵⁷ C. A.. OLIVEIRA, Alvaro. **O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. In: C. A.. OLIVEIRA, Alvaro. (Org.). **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. P. 1-2.

⁵⁸ BERLOLMO, Pedro .L.. **El Derecho al Proceso Judicial**. Calle, Bogotá: Editorial Temis S. A., 2003. P. 26.

Sua atual missão torna-se real e caracteriza-se pela via de um “processo revolucionário”.⁵⁹

Ao mesmo tempo em que o processo deva obedecer à ideologia vinculada pelo sistema de princípios culturais, sociais, políticos, jurídicos⁶⁰ e técnicos que se fixam⁶¹ e delineiam-se nos contornos textuais das Constituições, este (Processo) deve ater-se sempre a investigação do caso litigioso, a aplicação do direito ao mesmo e a obtenção de uma sentença adequada ao ordenamento jurídico^{62, 63}, servindo assim como instrumento mais direto de realização de justiça^{64, 65}. Por derradeiro, que toda essa Justiça e todo esse Direito se desenvolvem em torno dos direitos do ser humano, como em uma espiral crescente, que a cada momento ganha profundidade e também avança até as alturas⁶⁶.

⁵⁹ SATTÀ, Salvatore. **Derecho Procesal Civil III**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971. P. 14.

⁶⁰ “Pero el pretender desterrar la política del derecho, se basa en una opinión deformada de lo que aquella sea, y el pretender reducir el derecho a política, se basa en una concepción totalitaria de esta desconocedora de las garantías de aquel.” (AROCA, Juan Montero. **En torno al concepto y contenido del derecho jurisdiccional**. In: Revista de Derecho Procesal Ibero Americana. Año 1976. Núm. P. 178.)

⁶¹ Por tanto “sí que las normas por las cuales se formule aquel sistema de principios, como ligados de modo inmediato con la Constitución, deben gozar de un sistema procesal específico, más fuerte que el que protege el cumplimiento de las leyes inferiores. Iríamos, pues, hacia la creación de una especial categoría de leyes, de «leyes constitucionales», entre las cuales se hallase aquélla, mediante la cual se fijan los principios que en cada país, deben regir su ordenamiento procesal.” (GUILLEN, Víctor Fairen. **Bases uniformes de legislación procesal**. Comunicación que presentó a la V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal. Bogotá, junio de 1970. P. 154)

⁶² AROCA, Juan Montero. **Los Principios Informadores del Proceso Civil en el Marco de la Constitución**. In: Revista Justicia 82, n.º IV. P. 10.

⁶³ “O processo é meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos e da execução das leis[...]” (DINAMARCO, Cândido R.. **Instrumentalidade do Processo**. 14ª Ed.. São Paulo: Malheiro Editores, 2009. P. 26-27.)

⁶⁴ COUTURE, Eduardo J.. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Buenos Aires: Soc. Anón. Editores. p. 94

⁶⁵ “**La justicia es algo mejor**. es la creación que emana de una conciencia viva, sensible, vigilante, humana. Es precisamente este calor vital, este sentido de continua conquista, de vigilante responsabilidad que es necesario apreciar e incrementar en el juez.” (CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 80.)

⁶⁶ RAMÍREZ, Sergio García. **Derecho Procesal Constitucional**. In: RAMÍREZ, Sergio García. **Temas Atuais**. Primera Edición. México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2002. P. 429.

Contudo, necessita o Processo harmonizar seus conceitos à realidade constitucional⁶⁷, assim deve sistematizar a Constituição “no” Processo⁶⁸, por via de três grupos, valendo colacionar o ensinamento de RAMOS MÉNDEZ, que alude, em um:

Un primer grupo de preceptos constitucionales sienta las bases sobre la organización de la jurisdicción en el estado de derecho.

Los principios fundamentales sobre la significación del poder judicial en e estado de derecho, el principio da unidad jurisdiccional, la garantía de la protección jurídica estatal y la exclusividad de la jurisdicción encuentran, en diversos artículos constitucionales, formulación precisa. Por otra parte, se sientan asimismo los principios básicos sobre la estructura jerárquica y postulados fundamentales del estatuto del personal jurisdiccional. En este grupo de preceptos, aun predominando su finalidad organizativa, se contienen también diversos principios que deben inspirar la actuación práctica de los Tribunales.

Un según grupo de normas constitucionales lo integran aquellas que califican la actuación de la función jurisdicción en el estado de derecho.

Son, por así decirlo, los principios constitucionales de la propia jurisdicción en el ámbito civil. La sumisión del Juez a la ley, la seguridad jurídica, la libertad de acceso a Tribunales de Justicia y del principio dispositivo constituyen las fuentes constitucionales que inspiran la actuación jurisdiccional en el orden civil. Estas normas constituyen la verdadera filosofía del proceso civil en nuestro sistema procesal.

En fin, un tercer grupo de artículos del texto constitucional establecen un cuadro de garantías básicas del proceso.

estas garantías están concebidas en servicio de una mejor protección. Estas garantías fundamentales de la persona en el proceso y de la tutela de los derechos legítimos hechos valer en el proceso civil. El sistema establecido por nuestra Constitución es realmente amplio y en él tienen cabida todas cuantas aspiraciones de protección jurídica pueden surdir en la practica. Este grupo de normas constitucionales son las verdaderas <<tablas de la ley>> para el proceso, de tal manera que deben cumplirse en todos los preceptos concretos contenidos en los Códigos procesales. Pero la Constitución no se ha limitado a promulgar un decálogo de mandamientos procesales, sino que su programa va más lejos. Como refuerzo operativo de dichas garantías ha establecido asimismo unos instrumentos procesales de tutela directa de esas garantías del proceso en vía constitucional. Sin duda los más expeditivos, se han puesto directamente al alcance de cualquier

⁶⁷ ABREU, Pedro Manoel. ***Novo Processo Civil Imantado pelo Constitucionalismo Contemporâneo.*** In: Revista SJRJ, V. 18, n. 31. Rio de Janeiro, ago. 2011. P. 75.

⁶⁸ “Y así el Derecho Procesal transita los extramuros de la Constitución. ¿Podría esperarse entonces que la enseñanza del Derecho Procesal esté sustentada en la Constitución? No le podemos pedir a nuestros docentes que levanten rascacielos de docencia si le damos como material sólo arcilla y arena movediza como basamento. Existe un cráter ostensible que no se avizora desaparecer en el corto plazo. A nuestro criterio, lo mencionado hasta aquí es el punto neurálgico del desenfoque. Hubo defectos de diseño. Y los docentes trabajamos bajo este marco de referencia de espaldas al texto Constitucional expreso.” (GRADO, Guida Aguila. ***La Enseñanza del Derecho Procesal Sustentada en el Modelo Constitucional.*** In: ***El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo Alvarado Velloso.*** Disponível em: <<http://blog.pucp.edu.pe/media/avatar/574.pdf>> . Acessado em 14-04-2015.)

ciudadano, que de esta forma puede hacer oír su voz ante las más altas instancias judiciales del Estado, e incluso, como se verá, ante organismos internacionales.

La mutua interacción de estas normas en el ámbito de la Constitución en función del objetivo justicia programado por la misma da unidad teleológica al sistema de principios constitucionales del derecho procesal civil en nuestra concreta experiencia jurídica.⁶⁹ (grifo nosso)

A reflexão sobrepõe-se, aludindo que Processo e Constituição, e de que: “de las leyes supremas cabe extraer una teoría acerca del proceso: los principios, el espacio del Estado y de los particulares: seres humanos, ciudadanos, mejor que administrados, como en otros sectores se les designa. Suele abundante – a veces excesiva, de buena voluntad: por esmero en la protección del individuo – la regulación Procesal Constitucional.”⁷⁰

Por consequência, a dimensão conquistada pelo Direito Constitucional em relação a todos os demais ramos do Direito mostra-se particularmente intensa no que diz respeito ao Processo⁷¹, reflete-se que acerca do mesmo, este: “não é apenas instrumento da jurisdição ou mera relação jurídica entre partes e juiz, porque é instituição-eixo do princípio do existir do sistema aberto normativo constitucional-democrático e que legitima o exercício normativo da jurisdicionalidade em todas as esferas de atuação no Estado que, por sua vez, também se legitima pelas bases processuais institutivas de sua existência constitucional.”⁷²

Contudo, os Estudos Constitucionais do Processo foram capazes de demonstrar novos horizontes para com a Ciência Processual (o processualismo científico, revigorou-se pelas concepções constitucionalizantes⁷³), despertando novas implicações sociais e políticas do sistema⁷⁴, tudo isso, devido à

⁶⁹ MÉNDEZ, Francisco Ramos. ***La Influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil.*** In: Revista Justicia 83, n.º 1. P. 10-11.

⁷⁰ RAMÍREZ, Sergio García. ***La Teoría del Derecho Procesal de Fairén Guillén.*** In: RAMÍREZ, Sergio García. ***Temas Actuais.*** Primera Edición. México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2002. P. 392.

⁷¹ OLIVEIRA, Alvaro. ***O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais.*** In: C. A.. OLIVEIRA, Alvaro. (Org.). ***Processo e Constituição.*** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. P. 1.

⁷² LEAL, Rosemiro Pereira. ***Teoria Processual da Decisão Jurídica.*** São Paulo: Editora Landy, 2002. P. 69.

⁷³ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. ***Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional.*** In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 101, jul-dez de 2010. P. 84.

⁷⁴ DINAMARCO, Cândido R.. ***Instrumentalidade do Processo.*** 14ª Ed.. São Paulo: Malheiro Editores, 2009. P. 251.

complexidade social, instalando assim mais que naturalmente na compreensão dos fundamentos estatais e paradigmáticos de problemas envolvendo a própria concepção do processo e da jurisdição, mas, também, do Estado Democrático de Direito, das litigiosidades e da leitura dos direitos fundamentais⁷⁵, conclui-se deste modo, que o processo mostra devido a complexidade e a ambiguidade estrutural que lhes impõe, tanto a resolução de conflitos como a implementação de políticas^{76, 77}. Portanto o processo há de ser a oportunidade política, jurídica e moral, ademais – para com a convergência e conciliação daqueles que são interessados⁷⁸ frente à lide que se comporá.

De tudo, demonstra-se que tanto pela perspectiva das transformações quanto pelas perspectivas evolutivas emergidas da complexidade sócio-política e jurídica vivenciadas evidenciou-se por consequência, em uma Ciência Processual⁷⁹, que busca incansavelmente a efetividade normativa, ou seja, uma aplicação dos institutos Processuais de acordo com princípios e regras constitucionais, de modo a ofertas concomitantemente legitimidade e eficácia na aplicação do direito⁸⁰.

⁷⁵ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional**. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 101, jul-dez de 2010. P. 84.

⁷⁶ DAMASKA, Mirjan R.. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986. P. 28.

⁷⁷ **La vie collective d'un pays: también el proceso no es sino un aspecto de esta vida, y las leyes procesales no son otra cosa que una frágil red a través de cuyas mallas presiona y a veces desborda la realidad social**. (CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. P. 49)

⁷⁸ RAMÍREZ, Sergio García. **La Teoría del Derecho Procesal de Fairén Guillén**. In: RAMÍREZ, Sergio García. **Temas Atuais**. Primera Edición. México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2002. P. 391-392.

⁷⁹ **"Necessário assim, se faz un modelo científico-jurídico que fornecerá a adecuada solución al problema debe proponer regular las conductas dos hombres mediante: - Un plan jurídico general, contenido em normas programáticas (de ordinario, expresado en las constituciones, pero no em forma excluyente). - Normas conceptuales, que complementen ese plan programático general. - Normas que estipulen qué deben hacer los hombres para ajustas su conducta a las prescripciones legales y, también, a que sanciones jurídicas institucionalizadas (en abstracto) a las que se exponen los individuos en el supuesto de violar esa conducta prescripta (estática-disyuntivas). - Normas dinámicas que permiten, en casos especiales, ajustar el cumplimiento de la conducta prescriptiva (en rigor una serie de conductas, de allí la necesidad de este tipo de normas) al deber ser legal. - Finalmente, un tipo especial de norma dinámica (la acción procesal) que también regula una serie de conductas (de tres sujetos, como ya veremos) y que es la posibilite poner en movimiento la reacción institucionalizada y concreta del Estado, activando los mecanismo jurisdiccionales, siempre que se afirme em el plano jurídico-procesal la existencia de un conflicto de relevancia jurídica."** (BENABENTOS, Ornar A.. **Teoría General del Proceso**. Tomo 1. 1ª ed. - Rosario: Juris, 2005. P. 139-140.)

⁸⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do Processo Contemporâneo**. Edição Especial. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2008. P. 14.

Mais do que garantia constitucional, o processo vai ser visto teologicamente como instrumento de participação política do indivíduo no centro das decisões do Estado. Mais do que meio de realização do Direito, transforma-se o processo em instrumento da formulação dos direitos: misto de atividade criadora e aplicadora ao mesmo tempo.⁸¹

Já, no tocante ao Estado com os efeitos de um Processo *publicizado*⁸², este perpassa a aspiração individual à satisfação de interesses, haja vista, que o próprio direito tem inegavelmente um “fim político”, ou fins políticos, sendo imprescindível encarar o processo, que é instrumento estatal, como algo que o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei.⁸³

Haja vista, o Estado organiza-se politicamente pelo apresentado diante do texto constituído no corpo “Constitucional”⁸⁴, o qual, passa a irrigar todo o sistema da normatividade Processual⁸⁵ (por meio de um pacto constituinte⁸⁶),

⁸¹ PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da Sentença*. 3ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1987. P. 101.

⁸² O processo como ramo do direito publico ultrapassa a sua aspiração individual de interesse e “... conquista, sin duda, política, del siglo XX frente al proceso liberal propio del siglo XIX, pero luego se quiere disimular a algunas de las ineludibles consecuencias con el ropaje de la técnica procesal. (AROCA, Juan Montero. *El proceso civil llamado “social” como instrumento “justicia” autoritaria*. AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso Civil e Ideología*: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. P. 154.)

⁸³ DINAMARCO, Cândido R.. *Escopos Políticos do Processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 121.

⁸⁴ “La Carta Política es norma fundante y fuente principal del derecho procesal, en virtud a que sus principios y normas diseminados tanto en la parte orgánica como dogmática irrigan todo el desarrollo de la normatividad procesal, el constitucionalismo ha avanzado al punto de que ya no son los códigos políticos llanas declaraciones de buena voluntad, es decir, no tienen un lato carácter programático. Es, pues, un conjunto de normas que cuenta con una serie de prerrogativas de aplicación inmediata la gran mayoría de ellas; que además cuenta con una fuerza vinculante desde su preámbulo hasta su último artículo y con un sistema de reforma más complejo con el objeto de asegurar su rigidez.” (RESTREPO, Sebastián Betancourt. *Filosofía del Derecho Procesal*. Universidad Autónoma Latinoamericana. Facultad del Derecho. Teoría General del Proceso. Medellín, 2008. P. 22.)

⁸⁵ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional*. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 101, jul-dez de 2010. P. 78.

⁸⁶ “De la Constitución a la ley no debe mediar sino un proceso de desenvolvimiento sistemático. No sólo la ley procesal debe ser fiel intérprete de los principios de la Constitución. sino que su régimen del proceso, y en especial el de la acción, la defensa y la sentencia, sólo pueden ser instituidos por la ley. El régimen del proceso lo debe determinar la ley. Ella concede o niega poderes y facultades dentro de las bases establecidas en la Constitución. **El espíritu de ésta se traslada a aquélla, que debe inspirarse en las valoraciones establecidas por el constituyente.** Para quienes negamos que dentro de nuestro sistema constitucional existan fallos generalmente obligatorios, ni aún en régimen de casación esta fidelidad de la ley a la Constitución representa la base de toda una construcción que está reclamando desenvolvimiento.” (COUTURE, Eduardo J.. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Soc. Anón. Editores. P. 21.)

compondo-se esta normatividade como garantia de existência do Estado mesmo como unidade política organizada pelo Direito⁸⁷, e ainda, constituir-se como garantia de legitimidade e participação dos cidadãos na formação das decisões⁸⁸, que forçosamente se inserem no respectivo contexto e representa, afinal de contas, um dos múltiplos episódios em que se lhe manifesta a dinâmica^{89, 90}.

As Constituições atuais permeiam a tessitura Processual, a qual é politicamente um espaço de debate democrático⁹¹, e procedimentalmente um sistema jurídico em que convergem situações jurídicas diversas, ativas e passivas, é também desde a teoria do Direito, uma fonte de criação de uma norma jurídica individual, sendo esta norma representada pela decisão judicial.⁹²

⁹³ E ainda, existe “*il nesso qui istituito tra democrazia e diritto si precisa così come nesso tra (dimensioni della) democrazia e (tipi di) diritti fondamentali. Una democrazia senza diritti fondamentali è inconcepibile*”.⁹⁴

⁸⁷ Note-se aqui: “*ser el proceso la garantía de la existencia del Estado mismo como unidad política organizada por el Derecho, la encontramos, con la entrega ejemplar de su vida, voluntariamente sacrificada a la idea de que el orden jurídico vale por sí, debe valer como orden, independientemente de la bondad o - maldad de su contenido.*” (BERNAL, Antonio Martínez. **La misión del proceso en el sistema del derecho**. Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943. P. 15.)

⁸⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do Processo Contemporâneo**. Edição Especial. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2008. P. 14.

⁸⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Sobre a Multiplicidade de Perspectivas no Estudo do Processo**. In: **Revista Brasileira de Direito Processual**. V. 56. 4º Trimestre de 1987. Rio de Janeiro: Forense, 1987. P. 19

⁹⁰ “*Normas dinâmicas que permiten, em casos especiales, ajustar el cumplimiento de la conducta prescriptiva (em rigor uma serie de conductas, de allí la necesidad de este tipo de normas) al deber ser legal. - Finalmente, um tipo especial de norma dinámica (la acción procesal) que tambien regula una serie de conductas (de três sujetos, como ya veremos) y que es la posibilidad poner em movimiento la reaccion institucionalizada y concreta del Estado, activando los mecanismos jurisdiccionales, siempre que se afirme em el plano jurídico-procesal la existencia de um conflito de relevância jurídica.*” (BENABENTOS, Ornar A.. **Teoría General del Proceso**. Tomo 1. 1ª ed. - Rosario: Juris, 2005. P. 139-140.)

⁹¹ DINAMARCO, Cândido R.. **Instrumentalidade do Processo**. 14ª Ed.. São Paulo: Malheiro Editores, 2009. p. 167-178.

⁹² BEDOYA, Julia Victoria Montañó. **Constitucionalización del Proceso Judicial Civil Panamericano**. Encuentro XX Panamericano de Derecho Procesal - Santiago, Chile, 2007 – Ponencias. P. 3-4

⁹³ Vide: **Ativismo Judicial como Criação do Direito**. In: SANTOS, Paulo Junior Trindade dos Santos. **O Ativismo Judicial (?) e a Criação do Direito pela via da Interpretação: as (Possíveis) Contribuições da Filosofia no Direito**. Dissertação. São Leopoldo – RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2013.

⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. Teoria della democrazia. v. 2. Editori Laterza: Roma- Bari, 2007. P. 22.

Ocorre desta forma “uma reviravolta paradigmática, ao compatibilizar a democracia (como direito e como processo) com a Constituição, voltada a assegurar direitos e deveres, sem a efetividade dos quais a democracia não prospera.”⁹⁵

O Processo alarga-se de tal maneira que seu enlace com a Constituição resulta um fenômeno natural dentro dos modos de aplicação do mesmo⁹⁶, resta assim evidente a relação existente entre Constituição e Processo frente ao sistema normativo⁹⁷, desta (cor)relação DINAMARCO cinge-as analiticamente em dois eixos vetoriais, em: “**a**) no sentido Constituição-Processo, tem-se tutela constitucional deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados ao plano constitucional; **b**) no sentido Processo-Constituição, a chamada jurisdição constitucional, voltada ao controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (jurisdição constitucional das liberdades), mais toda a ideia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídico, constitucional inclusive.”⁹⁸

Portanto, o Processo galgou relevo devido sua relevância, pois apresenta impacto direto para com a construção do Direito, assim passou a ter *status* Constitucional, assim tutelam-se os princípios que devem regê-lo⁹⁹ inserindo-se no conjunto dos direitos fundamentais e pelas garantias constitucionais

⁹⁵ FREITAS, J.; TEIXEIRA, Anderson V.. **Direito à Democracia: Ensaio Transdisciplinares**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. P. 12.

⁹⁶ COUTURE, Eduardo J.. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Buenos Aires: Soc. Anón. Editores. P. 24.

⁹⁷ “*Se afirma sin reserva, en el campo de la teoría general que la Constitución es el fundamento de validez de la ley.*” (COUTURE, Eduardo J.. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Buenos Aires: Soc. Anón. Editores. P. 24.)

⁹⁸ “Neste sentido, (politico) encontra-se uma progressiva tomada de consciência da conjuntura que as cerca por as pessoas em atitude crítica perante as instituições da superestrutura mais politizadas, é no sentido de saírem da condição de meros espectadores das atividades de administradores e juízes em prol do direito. e assim é que a população sente a necessidade de que a Justiça se pautem por aquelas ideias fundamentais postas em relevo pelos processos-constitucionalistas, ou seja, ela vai se conscientizando da necessidade de observância dos grandes princípios constitucionais do processo.” (DINAMARCO, Cândido R.. **Instrumentalidade do Processo**. 14ª Ed.. São Paulo: Malheiro Editores, 2009. P. 26-27.)

⁹⁹ DINAMARCO, Cândido R.. **Instrumentalidade do Processo**. 14ª Ed.. São Paulo: Malheiro Editores, 2009. P. 26-27.

processuais, podendo ser invocado em Justiça por meio de ações apropriadas ao seu melhor exercício¹⁰⁰.

Oportuno assinalar, que o Direito Processual não pode mais ser dissociado de uma leitura Constitucional, isto é, os institutos processuais criados sob a égide de valores Constitucionais informados pelo¹⁰¹ Estado *Reactivo* devem sim realizar-se a luz das novas transformações trazidas pelo Estado *Activo*, ou melhor, pelo Estado Democrático de Direito, que confere valor adjudicativo ao processo: sendo este um relevante instrumento, que, de um lado visa a composição de lides-conflitos, os quais lhes são levados à solução, e, de outro lado serve como importante instrumento de atuação política¹⁰².

A guisa de conclusão que aqui faz-se e de que o “Processo detém um íntimo ponto de contado com a Constituição”¹⁰³, assim (cor)relacionando-se ambos, que por consequência acabam por “evolucionar-transformar” o Processo, fazendo com que o mesmo passe de mera condição de *meio* para realização de direitos já formulados e *transforma-se* em instrumentos de realização e formulação dos direitos¹⁰⁴, “que, além de denunciar os problemas

¹⁰⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, ANGela Araújo da Silveira. **A Jurisdição Constitucional e o caso da ADIN 3520**: do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). **Jurisdição e Processo**. Curitiba: Juruá, 2008. P. 53

¹⁰¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 187.

¹⁰² DAMASKA, Mirjan R.. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986.

¹⁰³ Em síntese GUILLÉN colaciona as justificantes da relação entre Constituição e Processo: “**a) Recogiendo en su seno, principios y reglas procesales, supremas para la orientación y aún para la práctica de tal instituto. b) Pero la Constitución, debe poder actuar directamente sobre el proceso. cuando alguno de sus principios aún no haya sido desarrollado por la correspondiente ley; este principio de "la Constitución como norma de aplicación directa. c) El proceso tiene un íntimo punto de contacto con la Constitución, no sólo en lo ya expuesto, sino en el retorno a crear un tribunal constitucional; es él, quien resolverá las "cuestiones de inconstitucionalidad" suscitadas por jueces o tribunales cuando "consideren que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo, puede ser contraria a la Constitución", antes de dictar su sentencia.**” (GUILLÉN, Víctor Fairén. **Teoría General del Derecho Procesal**. Primera Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. P. 55 e segs.)

¹⁰⁴ PASSOS, J. J. Calmon de. **Democracia, Participação e Processo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 95.

sociais, deverá anunciar possibilidades concretas de acesso à justiça, buscando sempre unir teoria e prática.”¹⁰⁵

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo, procurando atingir os objetivos apresentados quando da introdução e dando ênfase ao Processo Civil, buscou apresentar parte da evolução de seus institutos, em especial no que diz respeito ao novo papel por ele enfrentado como resultado de uma sociedade em constante evolução (novos problemas sociais e novos direitos), respostas que dependem (como demonstrado) de novas soluções jurídicas a partir da necessária Constitucionalização do Processo.

Assim o Processo faz com que se transcenda sua legitimação de mero instrumento jurídico, tornando-se mais que isso, desenterrando-se de tal realidade que paradigmaticamente persistem a acompanhá-lo desde sua derradeira formulação, a qual, lhe delineava como mero instrumento de resolução de conflito. Haja vista, na atualidade o Estado demonstra evoluir aceleradamente desde seu amago até mesmo influenciando na reformulação de suas instituições e da sociedade. Tanto a sociedade quanto as instituições estatais, ambas foram submetidas a uma erosão que foi evidenciada pelo pós-guerra.

Ultrapassados os problemas conceituais e delineadores da Ciência Processual, pois o atual contexto, faz com que o Processo passe a assumir uma postura para com a formulação e realização de Direitos estatuídos os mesmos nas Constituições Contemporâneas, deixa assim de ser uma simples ferramenta que trabalha mecanicamente em função de sua própria engrenagem, supera sim a hermeticidade pela qual erigia-se.

Transforma-se o Processo frente a sua relação com a Constituição em num local privilegiado para o exercício da cidadania, a qual acaba por legitimar o Poder Judiciário quando da entrega da Tutela Jurisdicional do Estado.

¹⁰⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 78.

Pela perspectiva, de um estudo Constitucional do Processo é possível visualizar-se novos horizontes para a Ciência do Direito, o que acontecerá, apenas e tão somente, se o Processo for compreendido como um novo local (ágora) em que se exercita a cidadania em um efetivo Estado Democrático de Direito, o qual, em primeiro plano vise dissolver a litigiosidade, e em segundo plano venha a formular e a concretizar Direitos, dando azo a tão almejada democracia participativa (democracia constitucional) o que deve ser feito no sentido de oportunizar a implementação de políticas públicas. Nesse contexto o Processo passa a ser concebido como uma oportunidade sócio-política e jurídica amplamente necessárias.

Corroborando o Novo Código de Processo Civil em seu artigo 1º que, “o Processo Civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando as disposições deste Código”.

Assim, deve-se refletir muito quanto a Constitucionalização do Direito Processual, sendo que: “**es un misterio**, el misterio del Proceso, **el misterio de la vida**.”¹⁰⁶

REFERÊNCIAS

ABREU, P. M. Novo Processo Civil Imantado pelo Constitucionalismo Contemporâneo. In: **Revista SJRJ**, V. 18, n. 31. Rio de Janeiro, ago. 2011.

ACOSTA, H. Proceso Civil y Constitución. In: ACOSTA, H.; PLAZAS, J. M.; SUZAÑA, M. R.; PICÓ I JUNOY, J. (coords.). **Constitucionalización del Proceso Civil**. 1ª Ed. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2005.

AROCA, J. M. Los Principios Informadores del Proceso Civil en el Marco de la Constitución. In: **Revista Justicia 82**, n.º IV.

BEDOYA, J. V. M. Constitucionalización del Proceso Judicial Civil Panamericano. **Encuentro XX Panamericano de Derecho Procesal - Santiago, Chile, 2007 – Ponencias**.

¹⁰⁶ SATTA, Salvatore. **Derecho Procesal Civil III**. Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1973. P. 11-12.

BENABENTOS, O. A. **Teoría General del Proceso**. Tomo 1. 1ª ed. - Rosario: Juris, 2005.

BERLOLMO, P. L. **El Derecho al Proceso Judicial**. Calle, Bogotá: Editorial Temis S. A., 2003.

BERNAL, A. M. **La misión del proceso en el sistema del derecho**. Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943.

OLIVEIRA, A. C. A. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: C. A. OLIVEIRA, Alvaro. (Org.). **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

CALAMANDREI, P. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960.

COSTA, M. N. **Poderes do Juiz, Processo Civil e suas Relações com o Direito Material**. Volume 2. Coleção Estudos de Direito em Homenagem ao Prof. Darci Guimaraes Ribeiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

COUTURE, E. J. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Buenos Aires: Soc. Anón. Editores.

COUTURE, E. J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3ª edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977.

DAMASKA, M. R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Juridica del Chile, 1986.

DINAMARCO, C. R. **Instrumentalidade do Processo**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2009.

DINAMARCO, C. R. Escopos Políticos do Processo. In: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

FAVELA, J. O. Tendencias Actuales en el Derecho Procesal Civil. In: FERNÁNDEZ, J. L. S. (Compilador). **Tendencias Actuales en el Derecho Procesal Civil**. Segunda Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001

FERRAJOLI, L. Principia iuris. Teoria del diritto e della democaracia. **Teoria della democrazia**. v. 2. Editori Laterza: Roma- Bari, 2007.

GRADO, G. A. La Enseñanza del Derecho Procesal Sustentada en el Modelo Constitucional. In: **El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo Alvarado Velloso**. Disponível em: <<http://blog.pucp.edu.pe/media/avatar/574.pdf>> . Acessado em 14-04-2015.

GUILLEN, V. F. Bases uniformes de legislación procesal. Comunicación que presentó a la **V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal**. Bogotá, junio de 1970.

GUILLÉN, V. F. **Teoría General del Derecho Procesal**. Primera Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

HESSE, K. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

JOBIM, M. F.; MACEDO, E. H. Das normas fundamentais do processo e o projeto de novo Código de Processo Civil Brasileiro: repetições e inovações. In: RIBEIRO, D. G.; JOBIM, M. F. (orgs). **Desvendando o Novo CPC**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

LEAL, R. P. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2002.

MELO, G. de M. O Acesso à Justiça na Perspectiva do Justo Processo. In: FUX, L.; NERY JUNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (org.). **Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. 1ª Ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

MÉNDEZ, F. R. **La Influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil**. In: Revista Justicia 83, n.º 1.

MOREIRA, J. C. B. Sobre a Multiplicidade de Perspectivas no Estudo do Processo. In: **Revista Brasileira de Direito Processual**. V. 56. 4º Trimestre de 1987. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NUNES, D. J. C. **Teoria do Processo Contemporâneo**. Edição Especial. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2008.

NUNES, D.; BAHIA, A. Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, jul-dez de 2010.

OLIVEIRA, A. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: OLIVEIRA, A. C. A. (Org.). **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

OLIVEIRA, C. A. **Poderes del Juez y Visión Cooperativa del Proceso**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, n. 2, set. 2004.

ORTEGA, J. A. T. El Control Judicial de Adecuación Constitucional en la Jurisdicción Civil y la Cuestión de Inconstitucionalidad en el Derecho Español. In: ACOSTA, H.; PLAZAS, J. M.; SUZAÑA, M. R.; PICÓ JUNOY, J. (coords.). **Constitucionalización del Proceso Civil**. 1ª Ed. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2005.

PASSOS, J. J. C. de. Democracia, Participação e Processo. In: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

PORTANOVA, R. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1987.

RAMÍREZ, S. G. **Derecho Procesal Constitucional**. In: RAMÍREZ, S. G. **Temas Atuais**. Primera Edición. México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2002.

RAMÍREZ, S. G. La Teoría del Derecho Procesal de Fairén Guillén. In: RAMÍREZ, S. G. **Temas Atuais**. Primera Edición. México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2002.

RESTREPO, S. B. **Filosofía del Derecho Procesal**. Universidad Autónoma Latinoamericana. Facultad del Derecho. Teoría General del Proceso. Medellín, 2008.

RIBEIRO, D. G. **Da Tutela Jurisdiccional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, D. G. **La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.

RIBEIRO, D. G.; JOBIM, M. F. (orgs). **Desvendando o Novo CPC**. 1ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SALDANHA, J. M. L.; ESPINDOLA, A. A. da S. A Jurisdição Constitucional e o caso da ADIN 3520: do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. In: MARIN, J. D. (Coord.). **Jurisdição e Processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

SANTOS, P. J. T. dos S. **O Ativismo Judicial (?) e a Criação do Direito pela via da Interpretação: as (Possíveis) Contribuições da Filosofia no Direito**. Dissertação. São Leopoldo – RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2013.

SATTA, S. **Derecho Procesal Civil III**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

GT – ACESSO À JUSTIÇA

CANOAS, 2015

A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NAS DEMANDAS PROPOSTAS POR IDOSOS RELATIVAS AO DIREITO À SAÚDE

Sônia Beatriz da Silva Chamaniego

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

RESUMO: A pesquisa examina a doutrina sobre a razoável duração do processo nas demandas propostas por idosos (mais de 60 anos), bem como analisa a duração de processos, a partir de julgados do ano de 2014 no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS). Nesse sentido, busca investigar se houve respeito ao preceito constitucional da razoável duração do processo nas demandas judiciais propostas pelo idoso, aferindo a efetividade e a celeridade na prestação jurisdicional, em face do caráter preferencial do idoso, especialmente no tema do direito à saúde. Portanto, ao examinar esse aspecto do acesso à justiça, o objetivo é verificar se houve ou não a efetividade e a celeridade da prestação jurisdicional ao idoso prevista no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição de 1988 e regulamentada pela Lei 10.741/2003. A metodologia do estudo foi baseada em revisão bibliográfica e na análise de dados jurisprudenciais e processuais. A pesquisa de dados foi na área específica do direito à saúde, precisamente na internação hospitalar, colacionados nessa matéria, todos os acórdãos de apelação em ação ordinária, do ano de 2014, do Tribunal De Justiça do Rio Grande do Sul, a partir do seu site oficial. Foram examinados os dados iniciais de 186 processos e, após, restringida a matéria, apontados os casos em que houve tutela antecipada e separados os processos envolvendo idosos e os que não envolveram idosos e, por fim, contados os dias de tramitação de todos os processos da amostragem, desde a propositura da ação até a data da publicação do julgamento pelo TJRS. Com o cálculo do número médio de dias de duração entre processos de idosos e não idosos, considera-se que não houve maior celeridade nos processos envolvendo idosos nesse caso.

PALAVRAS-CHAVE: acesso à justiça; duração razoável do processo; direito à saúde do idoso.

1 INTRODUÇÃO

A população idosa no mundo cresce significativamente. Os dados do Censo populacional feito no Brasil no ano de 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), revelaram um aumento da população

com 65 anos de idade ou mais, que era de 4,8% em 1991, passando a 5,9% em 2000 e chegando a 7,4% em 2010. Ficou constatado que as regiões sul e sudeste, são as que apresentam as maiores proporções de idosos na população total, constituindo-se nas duas regiões de população mais envelhecida do Brasil. Ambas tinham em 2010, 8,1% da população formada por idosos com 65 anos ou mais (IBGE, 2010). Esta realidade delinea um novo contexto social, tornando substancial a necessidade de adequação de políticas sociais, com foco nesta população. Evidencia-se também a relevância de estudos científicos a respeito desta faixa etária, 60 anos ou mais, de maneira a identificar melhores formas de se atender demandas peculiares das pessoas que se encontram em tal momento do ciclo de desenvolvimento humano.

Através de uma prestação jurisdicional qualificada pela especificidade da tutela e pela duração razoável do processo, o legislador emendou a Constituição de 1988, acrescentando ao seu art. 5º o inciso LXXVIII. Pela leitura do inciso, na parte que interessa ao presente trabalho, o idoso detém o direito fundamental, quando estiver em litígio (judicial), de ver assegurada uma duração processual ao menos razoável, assim como os meios necessários à garantia de um processo célere. O legislativo editou a Lei nº 10.741/2003, buscando a concretização do direito fundamental estabelecido constitucionalmente.

2 DESENVOLVIMENTO DO ARTIGO

2.1 O Acesso à Justiça e a Duração Razoável do Processo

O acesso à justiça está previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição de 1988 que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.” Pode ser chamado também de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação, o qual significa, em linhas gerais, que o Estado não pode negar-se a solucionar quaisquer conflitos em que alguém alegue lesão ou ameaça de direito. Por conseguinte, o cidadão, por meio do direito de ação, postulará a tutela jurisdicional ao Estado. Pode-se afirmar,

portanto, que este é o conceito de acesso à justiça sob uma perspectiva interna do processo, sinônimo de acesso ao Poder judiciário.

Esse fundamento constitucional para o acesso à justiça deve ser interpretado como princípio da ordem jurídica justa conforme GRINOVER (2008, p. 39), que acrescenta que se trata do “oferecimento da ampla admissão ao processo - mediante a garantia constitucional de assistência jurídica integral e gratuita -; a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal; a justiça das decisões; e a utilidade das decisões”. A ideia de amplo acesso à justiça deve ser conjugada com o efetivo acesso a todos, como é lembrado por CAPPELLETTI e GARTH (2002, p. 12), como “o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. Posteriormente, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.

Acerca do fundamento do acesso à justiça, além da Constituição de 1988, o artigo 8º da 1ª Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário, também garante que “Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.” Desta forma, (TORRES, 2002) o direito do acesso à justiça supera uma garantia constitucional, sendo elevado a uma prerrogativa de Direitos Humanos, tamanha sua importância para a humanidade.

O acesso à justiça deve ser compreendido ao lado da duração razoável do processo também na Constituição de 1988. A redação do inciso LXXVIII do artigo do artigo 5º da Constituição de 1988, que foi alvo da Emenda Constitucional 45/2005, refere que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” Acerca desse fundamento constitucional, no Brasil o princípio da duração razoável do processo foi inserido, por força do §2º do artigo 5º da Constituição de 1988, que elenca que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela

adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, uma vez que fomos adeptos ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que trazia o referido princípio em seu texto. Contudo, conta-se com o princípio da duração razoável do processo como direito fundamental inequívoco após o advento da Emenda Constitucional 45/2004. Desta forma, o princípio já se encontrava expressamente no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental por força do parágrafo segundo do art. 5º da Constituição de 1988, que acolhe os direitos fundamentais consagrados em tratados internacionais que o Brasil fizer parte (NICOLITT: 2006, p.19). Em outros termos, a previsão derivada da combinação do art. 5º, §2º, com os artigos 9 e 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, sem olvidar o Pacto de São José da Costa Rica, que ingressou no Brasil em 1992. Todavia, com a sua adoção expressa pela Constituição, não resta dúvida sobre o relevo e realce que ganhou, significando um verdadeiro convite ou exigência constitucional à comunidade jurídica, a fim de dar efetividade ao princípio.

Ambos, acesso à justiça e duração razoável do processo, devem ser considerados direitos fundamentais. Nesse sentido é que STEINMETZ (2004, p.78) relaciona objetivamente os direitos fundamentais ao Estado de Direito: (i) os direitos fundamentais são limites ao poder do Estado, (ii) o Estado limitado e controlado é o Estado de Direito, (iii) os direitos fundamentais são tutelados ex lege e não ex Constitutione, (iv) os direitos fundamentais vinculam a Administração Pública por meio do princípio da legalidade e o Poder Judiciário por meio do dever de interpretação e aplicação da lei, e (v) o Estado de Direito é um “Estado Legislativo de Direito”, porque o Poder Legislativo não está vinculado juridicamente à Constituição e, por consequência, aos direitos fundamentais”. Na mesma linha SARLET (2005, p. 72) refere a íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais e considera os direitos fundamentais sob o aspecto de “concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito”. Daí se percebe a relevância dos direitos fundamentais de acesso à justiça e de duração razoável do processo.

O significado da duração razoável do processo não está em um direito a processo rápido, pois a ideia de processo já exclui a noção de resultado imediato. Ao contrário, BULOS (2009, p.591) define que “Pelo princípio da razoável duração do processo, as autoridades jurisdicionais (processo judicial) e administrativas (processo administrativo) devem exercer suas atribuições com rapidez, presteza e segurança, sem tecnicismos exagerados, ou demoras injustificáveis, viabilizando, a curto prazo, a solução dos conflitos”. Nesse sentido a ideia em MITIDIERO, MARINONI e SARLET (2012, p.678-9): “O que a Constituição determina é a eliminação do tempo patológico – a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar. Nesse sentido, a expressão processo sem dilações indevidas, utilizada pela Constituição espanhola (art. 24, segunda parte), é assaz expressiva. O direito ao processo justo implica sua duração em tempo justo”. A duração razoável do processo não é, portanto, conceito absoluto, mas a ser aferido nas circunstâncias específicas dos casos. E por essa razão a duração do processo não deve ser classificada como um conceito estático, mas sim dinâmico, a depender do caso concreto, pois é evidente que situações mais complexas corresponderão a processos mais demorados, ao passo que casos mais simples, serão resolvidos em menos tempo. Cabe ressaltar que celeridade demais em muitos casos pode até implicar injustiça, pois a ânsia de resolver o assunto com rapidez pode resultar em trabalho mal feito, em análise inadequada.

Ademais, o direito à razoável duração do processo, da maneira como vem expresso na Constituição de 1988, não apresenta sanções a seu descumprimento. Em verdade, é comando direcionado ao legislador que deve produzir normas destinadas a otimizar e promover a celeridade dos processos, bem como ao administrador, no sentido de que suas técnicas de gestão conduzam a decisões de qualidade no menor tempo possível e ao juiz no sentido de que preste a tutela jurisdicional em espaço de tempo razoável, pois a duração razoável do processo gera confiança por parte da sociedade na eficácia da ordem jurídica (DANTAS: 2012).

Refira-se ainda que o direito à duração razoável do processo exige prestações positivas do legislador, do administrador e do juiz, devendo o Estado

dar tempestividade à tutela jurisdicional conforme MARINONI (2009). Nesse contexto, passa-se a analisar o legislador como destinatário do direito ao fundamental ao processo justo, em seu dever de proteção normativa. MITIDIERO, MARINONI e SARLET (2012, p.678-9) apontam que o direito fundamental à duração razoável do processo vincula o legislador no sentido de que ele deve viabilizar técnicas processuais que permitam a prestação tempestiva da tutela jurisdicional, normas que reprimam comportamentos atentatórios à duração razoável, e deve estabelecer a previsão de responsabilidade civil do Estado pelo descumprimento do referido direito fundamental. Neste sentido, MARINONI (2009) assevera que o legislador é obrigado a dar proteção normativa à duração razoável do processo em três dimensões, (a) devendo editar normas com o fim de regular a prática dos atos processuais em prazo razoável, estabelecer prazos que realmente permitam a prática dos atos processuais e fixar sanções preclusivas diante da não observância dos prazos; (b) devendo "dar às partes meios de controle das decisões judiciais que violem as normas processuais destinadas a dar proteção ao direito fundamental à duração razoável, assim como formas de controle das decisões que, sem atentar contra regras infraconstitucionais, neguem diretamente o direito fundamental à duração razoável"; e (c) devendo "instituir meios processuais capazes de permitir o exercício da pretensão à tutela ressarcitória contra o Estado".

Se hoje está consagrada a duração razoável do processo como direito fundamental, houve um percurso histórico desde 15 de junho de 1215, quando o Rei João, também conhecido como "o Sem Terra", na Inglaterra, foi signatário da Magna Carta das Liberdades (Great Chartes of Liberties), que no artigo 39 trazia: "To no one will we sell, to no one will we refuse or delay, righth or justice". (Para ninguém nós venderemos, recusaremos ou atrasaremos o direito ou a justiça). Na Constituição dos Estados Unidos da América, do ano de 1776, esta já fazia alusão de se exigir um processo rápido. A convenção Europeia dos Direitos do Homem no artigo 6º, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos no seu artigo 9º e 14º, a Carta Africana de Direitos Humanos no artigo 7º e o artigo 24º da Constituição Espanhola são alguns exemplos lembrados por NICOLITT (2006).

De tudo, percebe-se que o acesso à justiça e a duração razoável do processo devem ser considerados como direitos fundamentais, ligados à noção de Estado Democrático de Direito, que devem ser concretizados pelo Estado por meio das normas jurídicas dirigidas aos Poderes de Estado. Não há como, na vigência da Constituição de 1988, negar aplicação do acesso à justiça e da duração razoável do processo aos cidadãos.

2.2 O Estatuto do Idoso e a tramitação preferencial

Com relação ao acesso à justiça da pessoa idosa analisado na perspectiva da prioridade, da sua garantia e da obrigatoriedade institucional do Estado, da Sociedade e da Família em viabilizar as formas desse acesso traz normas específicas que tratam dessa proteção, através das instituições públicas e privadas que viabilizam esse acesso.

O Estatuto do idoso é a Lei 10.741/03, publicada no Diário Oficial da União em 01.10.2003, que traz o conceito de idoso em seu primeiro artigo, quando leciona que “É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”. Ou seja, idosa é aquela pessoa cuja idade se iguala há 60 anos ou mais, sendo que a esta classe de indivíduos é assegurada todos os direitos elencados no segundo artigo do Estatuto, combinado, é claro, com outros em nossa legislação. Diz o artigo 2º:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

No direito processual, assegurando a tramitação preferencial dos processos e procedimentos aos idosos, a previsão vem no artigo 71 do referido Estatuto:

Art. 71. É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.

A pessoa idosa terá prioridade na tramitação dos processos. Esse mecanismo espera igualar a pessoa idosa às pessoas que estejam em melhores condições com perspectiva de vida, tendendo à efetivação da justiça social. A prioridade na tramitação dos processos em que o idoso é parte visa o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade a que busca o Estatuto. Em razão disto está assegurada a prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que seja parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos, em qualquer instância do Poder Judiciário.

É necessário para a obtenção do benefício à comprovação de sua idade, bem como o requerimento à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará as providências a serem cumpridas, anotando-se essa circunstância em local visível nos autos do processo.

A prioridade na tramitação não descontinuará com a morte do beneficiado, mas estende-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, maior de sessenta anos. Igualmente, a prioridade se amplia aos processos e procedimentos na Administração Pública, instituições financeiras, empresas prestadoras de serviços públicos e ao atendimento preferencial junto à Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal em relação aos Serviços de Assistência Judiciária. A prioridade de tramitação ao idoso não se aplica de forma integral às ações coletivas movidas pelo Ministério Público, visto que estas seguem o rito processual próprio e também nestas aplica-se o art. 6º do CPC, a substituição processual.

Dos 186 processos pesquisados no sitio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a partir do descritor: saúde, apelação, cível, acórdão, ordinário e internação hospitalar, no período de 01/01/2014 a 01/01/2015, foi possível evidenciar que: 128 processos requereram a internação hospitalar, sendo 06 de idosos, 77 de não idosos - procedimento ordinário, sendo que em 66% de processos dos idosos foi concedida tutela antecipada. No entanto, nos processos dos não idosos foi concedido tutela antecipada em 75% dos processos, sendo que 01 processo não foi concedido tutela antecipada e 45 processos de internações foram de procedimentos especiais. Os demais referiam-se a: 01 de

medicamentos, 15 de serviços hospitalares, 01 de plano de saúde, 04 de acidente de trânsito, 05 de seguro, 06 de dano moral, 01 de ação de cobrança, 01 de ação indenizatória, 02 de fornecimento de aparelhos, 01 de responsabilidade civil, 01 de previdência privada, 01 de remoção, 01 de custeio.

Adicionalmente, dos 77 processos pesquisados de internação hospitalar de pessoas não idosas eram internações compulsórias por transtornos mentais e pessoas usuárias de drogas.

Verificou-se que a tramitação dos processos dos idosos levou em média 780 dias e dos não idosos levou em média de 738 dias, o que demonstrou que nos processos de internação hospitalar de não idosos a tramitação processual foi mais rápida que a do idoso.

Pelo exame dos processos acima citados, evidenciou-se o desrespeito ao preceito legal do Estatuto do Idoso, sob o enfoque da celeridade processual, e encontra seu fundamento de validade na Constituição de 1988, tendo ainda operado efeito em sua efetividade com a Emenda Constitucional nº 45/04, promulgada com vistas à melhoria do andamento das demandas dos processos.

Foi possível verificar junto à Corregedoria Geral da Justiça do Rio Grande do Sul, que a Consolidação Normativa Judicial do Tribunal, provimento de nº 13/01-CGJ e 05/02-CGJ, estabelece nos artigos 662 a 664-A, Seção XIV – Dos processos com tramitação preferencial nos seguintes termos:

Art. 662 – Os processos judiciais ou administrativos em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos terão prioridade na tramitação em todas as diligências e atos a eles pertinentes.

Provimento nº 26/04-CGJ; Provimento nº 30/04-CGJ; Provimento nº 12/05-CGJ.

Art. 662 – Os processos judiciais ou administrativos em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos ou portador de doença grave prevista no inciso IV do artigo 69-A da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, incluído pela Lei nº 12.008 de 29 de julho de 2009, terão prioridade na tramitação em todas as diligências e atos a eles pertinentes.

Parágrafo único – Também terão prioridade na tramitação os processos administrativos em que figure como parte ou interessado pessoa portadora de deficiência física ou mental. Provimento nº 17/2010-CGJ.

Art. 663 – O interessado na obtenção desse benefício deverá requerê-lo ao Juiz que presidir o processo.

Parágrafo único – A prova da idade deverá ser feita através de qualquer documento hábil (carteira de identidade, carteira de habilitação, certidão de nascimento, de casamento, carteira profissional, CTPS, dentre outros), cuja cópia deverá ser juntada aos autos.

Parágrafo único – A prova da idade deverá ser feita através de qualquer documento hábil (carteira de identidade, carteira de habilitação, certidão de nascimento, de casamento, carteira profissional, CTPS, dentre outros), cuja cópia deverá ser juntada aos autos. A comprovação da doença grave será feita mediante juntada de atestado ou laudo médico.

Parágrafo único alterado pelo Provimento nº 17/2010-CGJ.

Art. 664 – A prioridade na tramitação dos feitos de que tratam os artigos antecedentes será observada dentro da mesma classe de processos em que os mesmos se insiram não se sobrepondo a outras prioridades previstas em lei. Assim, exemplificativamente, processos comuns ordinários envolvendo idosos terão tramitação preferencial em relação a outros processos comuns ordinários, mas não em relação a processos cautelares e mandados de segurança. Provimento nº 17/2010-CGJ.

Art. 664a – É assegurado às pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos o atendimento preferencial imediato no âmbito dos Cartórios Judiciais, incluindo-se os adjuntos e da Distribuição e Contadoria.

Parágrafo único – Deverá ser afixado cartaz visível ao público com caracteres legíveis, no âmbito da serventia, com a seguinte redação:

“Nos termos da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, é assegurado o atendimento preferencial imediato às pessoas que possuam idade igual ou superior a sessenta anos”. Artigo criado pelo Provimento nº 26/04-CGJ.

A corregedoria Geral de Justiça ao incluir na sua consolidação normativa, a tramitação preferencial para processos que possuem pessoa idosa, estabelece o mesmo dispositivo da lei 10.741/2003, não especificando sua tramitação nas respectivas varas, de que forma é dada essa preferência.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho nos permitiu concluir que, embora a legislação brasileira abrigue os direitos fundamentais do acesso à justiça e da duração razoável do processo, em especial sua aplicação à população de pessoas idosas, na prática não parece haver regulação suficiente para aplicação de tal princípio.

Os processos pesquisados evidenciaram que a tramitação daqueles envolvendo pedidos de pessoas idosas não foram mais céleres do que aqueles em que figuraram no polo ativo pessoas não idosas. Uma das razões poderá ser a celeridade natural dos processos envolvendo direitos à saúde, mas de qualquer forma não houve demonstração de menor duração de processos envolvendo idosos.

A fim de alcançar a efetividade da duração razoável do processo e celeridade processual em relação aos processos envolvendo idosos, faz-se necessária uma regulação mais específica acerca da tramitação processual nas instâncias jurisdicionais a partir da verificação das possíveis causas do fato de que os processos que tem como parte a pessoa idosa não têm duração significativamente mais célere do que os demais, em iguais condições processuais.

REFERÊNCIAS

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 4ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

DANTAS, R. P. O direito fundamental à razoável duração do processo. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 10 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.39924&seo=1>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

GRINOVER, A. P; CINTRA, A. C. e DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo de 2010**. Brasília. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 03. Mar. 2015.

MARINONI, L. G. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Jurídica**, n. 379, p. 12-13, 2009.

MITIDIERO, D; MARINONI, L. G.; SARLET, I. W. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NICOLITT, A. L. **A duração razoável do processo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 10741 de 1º de outubro de 2003**.

Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em :23 fevereiro de 2015.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STEINMETZ, W. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**.

Editora Malheiros: São Paulo, 2004.

TORRES, A. F. M. Acesso à justiça, In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, III n. 10, ago 2002. Disponível em:< http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9059>, 08 de mar. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Consulta Jurisprudência**.

Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 04 de março de 2015.

PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE COMO FORMA CONCRETA DE ACESSO À JUSTIÇA

Anderson von Heimburg

Suely Marisco Gayer

Cristiane Feldmann Dutra

RESUMO: O tratamento de inúmeras doenças é feito com base em medicamentos. Contudo, existem casos que os pacientes necessitam de alimentos especiais; nestes casos, o tratamento é feito com a retirada de determinados alimentos (por causarem malefícios à saúde do paciente) e a inclusão de outros alimentos específicos (com o intuito de evitar a desnutrição e o consequente óbito do paciente). Apesar do consumo dos alimentos em questão não possuir o caráter volitivo, grande parte dos pacientes não realizam o tratamento por não possuírem condições de arcar com os custos. Os pacientes também não buscam o subsídio do referido tratamento junto ao SUS, por nem mesmo saberem que são possuidores do referido direito. Assim sendo, o acesso à justiça só é real, quando as previsões existentes na norma se consubstanciam em atos que abrangem os detentores do dito direito.

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos, direitos fundamentais, direito à Saúde.

1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento dos direitos humanos e dos direitos fundamentais sociais, hodiernamente, é uma realidade que ultrapassa as barreiras políticas e geográficas entre as mais diversas culturas e Estados – alguns ainda com certa resistência. No entanto, percebe-se ainda um espaço abissal entre o reconhecimento e a efetivação de ambos os direitos.

A efetivação dos direitos humanos e, via de consequência, dos direitos fundamentais sociais – notadamente o direito à saúde e à alimentação, é alicerçada, sobremaneira, no direito à vida e à dignidade da pessoa humana que motivam o Estado a interferir e a agir com o escopo de assegurar a concretização destes direitos.

O fornecimento de medicamentos essenciais, abarcado pelos direitos fundamentais sociais, enfrenta obstáculos jurídicos e administrativos. Apesar de ser um direito plenamente reconhecido pelo Poder Público, cerca de dois bilhões de pessoas não possuem acesso a estes medicamentos. Os óbices vão da incapacidade financeira do Estado até a indefinição da essencialidade de um determinado medicamento.¹

O Estado Brasileiro reconhece a obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos essenciais. Em virtude disso, com base na Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990² e na Política Nacional de Medicamentos³, elabora e atualiza a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). A partir disso, o Estado faz a aquisição e distribuição dos medicamentos.⁴

Em que pese à existência de órgãos governamentais empenhados em desenvolver e colocar em prática a política farmacêutica, este fato não impede a existência de distorções e omissões acerca do assunto. Seja por não constar no RENAME, seja por existir uma limitação teórica de conceito de medicamento utilizado em nosso Estado, ou por outros tantos motivos, existe uma gama de doenças que não possuem o tratamento contemplado pelo RENAME, o que gera inúmeras demandas judiciais em busca de medicamentos não agraciados na referida relação.

Neste contexto, indico o exemplo da Alergia à Proteína do Leite de Vaca, doença que não possui cura, devendo ser tratada enquanto a criança necessitar da alimentação baseada exclusivamente no leite. O tratamento é fundado em uma “fórmula” que é desenvolvida especificamente para alimentar a criança acometida pela doença, sendo a única forma de nutrição possível nos meses iniciais de vida.

5

A referida doença possui tratamento reconhecido internacionalmente. No entanto, a substância para o tratamento não é encarada como alimento e sim como medicamento. Em nossa legislação pátria, é definida como Alimento para Fins Especiais. Em virtude disso, o Estado pode vir a restringir a distribuição de substâncias imprescindíveis para o adequado tratamento da enfermidade.

O objetivo do presente artigo é verificar se as substâncias utilizadas para o tratamento desta doença são identificadas como Alimentos, Alimentos Especiais,

Suplementos Alimentares, Medicamentos ou outro conceito correlato. Cumpre ainda analisar se esta identificação possui amparo legal, bem como se esta indefinição causa prejuízo ao requerente no momento de pleitear o fornecimento do tratamento pelo Estado.

Neste contexto, o entendimento jurisprudencial é de suma importância, o qual será o objetivo do primeiro tópico. Na sequência, será abordada a visão relativa ao Direito à Saúde. No terceiro capítulo abordará o Direito Fundamental à Alimentação, que englobará a Política Nacional de Alimentação e Nutrição, atualizada em 2012.

Para o presente trabalho, será utilizado o método qualitativo desenvolvido por Levantamento Bibliográfico, Revisão Legal e Análise Jurisprudencial.

2 LEVANTAMENTO E ANÁLISE DE PROBLEMAS JURÍDICOS

Com o intuito de verificar se a imprecisão na definição do conceito afeta o fornecimento, por via administrativa, de substância para alimentação das pessoas portadoras da alergia à proteína do leite de vaca, foi realizado um levantamento jurisprudencial no âmbito da Justiça Federal da 4^o Região. A pesquisa foi realizada, por intermédio do *site* da Justiça Federal, delimitando a análise a provimentos jurisdicionais prolatados pelo Tribunal Regional Federal, relativos aos anos de 2012 e 2013. Os descritores de pesquisa utilizados foram Proteína do Leite, Suplemento Alimentar, Processo Eletrônico, Apelação. Foram obtidos os seguintes resultados: 5002168-38.2011.404.7215 –SC ⁶, 5006511-76.2012.404.7204 –SC ⁷, 5000660-90.2011.404.7204 –SC ⁸, 5002997-86.2010.404.7204 –SC ⁹, 5006462-81.2011.404.7200 –SC ¹⁰ e 5002650-43.2011.404.7002 –PR ¹¹.

Neste ponto em questão, o presente artigo, faz uso de dados de um estudo já realizado durante o curso de mestrado em direitos humanos de Anderson von Heimburg.

Analisando atentamente os processos, verificou-se que, em todos os casos, a demanda foi originada em razão do indeferimento do pedido de

fornecimento da substância pelo Executivo em todas as suas esferas de governo Federal, Estadual e Municipal.

Em relação às Petições Iniciais foi observado que a faixa etária dos autores está abaixo de um ano de idade, apenas em um caso, a parte autora possuía dois anos. Os autores foram defendidos, em 66% das vezes, por escritórios particulares, sendo em um caso o demandante defendido pelo Ministério Público Federal (MPF) e outro pela Defensoria Pública da União. Em todas as ações, foi solicitado o fornecimento da substância, sendo 83% Neocade e 16% Pregomin, Pediasure e Kalyamon. Quanto à duração do fornecimento pelo Poder Público, o pedido, em 83% dos casos, foi no sentido de que perdurasse até o final da doença, sendo, em apenas um caso, limitado aos seis meses, em razão de o autor possuir dois anos de idade. Saliento que, na oportunidade em que o MPF defendeu um autor, foi solicitado o fornecimento da substância, não apenas ao demandante, mas a todas as crianças do município que apresentassem a mesma doença, pretendendo um efeito *erga omnes*. No entanto, a prescindibilidade de ação judicial restou indeferida.

Em todas as petições iniciais foram utilizadas a argumentação do direito a vida do Art. 1º e no direito à saúde, contido no Art. 6º e Art. 196, todos da Constituição Federal. A hipossuficiência foi arguida em 66% das iniciais; a saúde como um direito fundamental e o dever de ser provido pelo Estado, com base no Art. 2º da Lei 8080/90 foi elencada em 50% das petições; e o atendimento integral com base no Art. 198, inciso II, da CF/88 foi utilizado em 16% dos casos.

Em contrapartida, as Contestações versaram acerca da impossibilidade do fornecimento das substâncias. Em todas as vezes que os municípios foram chamados à lide, sustentaram a ilegitimidade passiva, pelo tratamento ser de elevado custo, defendendo o redirecionamento do pólo passivo ao Estado e à União; em 83% dos processos, a União alegou a ilegitimidade passiva por ser gestora e não financiadora do SUS; em todos os casos, pelo menos uma das partes passivas, alegou que não poderia fornecer a substância com base na teoria da “reserva do possível”. Por fim, em 83% das ações, pelo menos um dos pólos passivos alegou que não deveria fornecer o produto pleiteado por não haver

previsão de fornecimento deste pelo SUS, se referenciando aos produtos como “medicamento”, “suplemento alimentar” ou “alimento”.

Em 83% das ações foram realizadas perícias, no curso do processo por determinação do Juízo de 1º Grau ou por solicitação de uma das partes demandadas.

A tutela antecipada foi requerida e concedida em todos os casos. No primeiro grau todas as sentenças deram provimento ao fornecimento da substância pleiteada.

O município apelou de 50% das sentenças, o Estado 33% e a União em 83% das vezes. Desta forma, em todos os processos ao menos uma das partes do pólo passivo apelaram da sentença.

Por fim no 2º Grau todas as sentenças foram mantidas, sempre por votação unânime dos desembargadores.

A argumentação do tribunal foi dividida em dois sentidos principais. Entenderam alguns magistrados que os produtos pleiteados possuem a natureza de medicamento; enquanto os demais decidiram que o fornecimento deve ser feito pelo Poder Executivo, por intermédio do SUS, independente de ser medicamento ou alimento.

Com o estudo jurisprudencial exposto, afere-se que a inexistência de um conceito claro acerca da substância pleiteada – se alimento ou medicamento - provoca um prejuízo ao seu fornecimento pelo Executivo, resultando inexoravelmente em demandas judiciais para prover a insuficiência do Estado.

Desta forma resta provado que o Executivo segue orientação da Coordenadora Geral da Política de Alimentos e Nutrição do Departamento de Alimentação Básica do Ministério da Saúde, Ana Beatriz Pinto de Almeida Vasconcellos, a qual, em audiência pública realizada no STF em abril de 2009, orientou o Poder Executivo a considerar estes componentes como alimentos especiais e não medicamentos. Em virtude disso, sustentou que as substâncias não devem ser fornecidos pelo Sistema Único de Saúde.¹²

3 PRINCÍPIO DA INTEGRALIDADE DO DIREITO À SAÚDE E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Este princípio alcança três campos de atuação, quais sejam, as práticas dos profissionais de saúde, a organização dos serviços de saúde e a políticas de saúde.¹³

É importante salientar que é o princípio da integralidade que não nos permite reduzir o direito à saúde a uma “cesta básica” de serviços que contempla apenas o vital para uma grande maioria. Devemos entender o conceito de direito a saúde no sentido de contemplar todos de forma essencial, garantindo a dignidade dos indivíduos.¹⁴

A integralidade é aludida na CF/88 em seu Art. 198 que dita que as ações e serviços públicos constituem um sistema único, organizado de acordo com algumas diretrizes, dentre elas o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.¹⁵

Em consonância com a CF/88, a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, preleciona que o Sistema Único de Saúde tem como um de seus objetivos a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas. Em seu Art. 6º, discrimina que o SUS possui como campo de atuação a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica. Por fim, em seu Art. 7º, determina como princípio do SUS a integralidade de assistência, que deve ser entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.¹⁶

A leitura da norma deve ser feita com atenção pois, conforme WEICHIERT, existe diferença entre direito à assistência farmacêutica e direito de consumo de medicamentos¹⁷ No mesmo rumo, RIOS adverte que a integralidade requer racionalização do sistema de serviço, com intuito de articular ações de baixa, média e alta complexidade e humanizar os serviços e as ações do SUS. Em relação ao fornecimento de medicamentos, não podemos confundir, com base na integralidade, uma visão reducionista do direito à saúde ao fenômeno da chamada “farmaceuticalização” da política de saúde que deve sim ser combatida por ser incapaz de promover a efetiva melhoria das condições de saúde.¹⁸

Com intuito de evitar entendimento errôneo, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, em consonância com o art. 4º, inciso II, da Lei 5.991/73, define como medicamentos o “produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico”.¹⁹

Em relação ao direito de um indivíduo de receber um medicamento fornecido pelo Estado, este tema é enfrentado tanto no âmbito internacional como no interno.

A Organização Mundial da Saúde orienta cada país a elaborar um rol de medicamentos essenciais que deve ser atualizado periodicamente.²⁰ Esta elaboração e revisão deve ser guiada pelas necessidades terapêuticas de determinada população, excluindo medicamentos de eficácia não comprovada e que possam apresentar maiores riscos que benefícios na sua utilização. Desta forma, o rol de medicamentos essenciais não deve estar relacionado com o custo financeiro.²¹

No âmbito nacional, é reafirmada a obrigação de fornecer determinados medicamentos essenciais para pessoas em determinadas condições, por intermédio do Ministério da Saúde que divulga anualmente a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).²²

4 DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO

O acesso à alimentação é um direito humano e, no caso brasileiro, um direito fundamental que se constitui no próprio direito à vida. A negação a tal direito ao ser humano é a negação da própria vida.²³

4.1 Normas que prescrevem o Direito Fundamental à Alimentação

A normatização relativa ao direito à alimentação, tal como o direito ao recebimento de medicamentos fornecidos pelo Estado, é prevista na legislação internacional e pátria, garantindo, pois, de forma positiva o direito à alimentação.

O Artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua

família saúde e bem estar, inclusive alimentação[...]”. Esta norma, cita o direito à alimentação; contudo, não delimita sua amplitude.²⁴

Posteriormente a sobredita declaração, surge no âmbito internacional o principal estatuto normativo garantidor do direito à alimentação como já havíamos comentado em trabalho anterior. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PDESC), estatuto normativo do qual o Brasil é signatário, em especial no seu artigo 11, além de explicitar o direito à alimentação a todas as pessoas, determina que os Estados Partes providenciem medidas que assegurem a realização deste direito. Dispõe ainda acerca do dever dos Estados de abrigar todos da fome com programas concretos.²⁵

Em 1999, no cenário internacional, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas aprovou o Comentário Geral nº 12 ao Art 11 do PDESC, alertando, no item 6, que só se consubstancia o direito à alimentação adequada quando se tem acesso físico e econômico em todos os momentos de alimentos ou meios adequados para sua aquisição.²⁵

Em nossa legislação pátria, o direito à alimentação foi introduzido, de forma expressa, no art. 6º da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 64/2010, elevando de forma explícita o direito à alimentação a um patamar de direito fundamental social. Em outros dispositivos constitucionais, também é possível observar a alusão explícita, como ocorre nos seguintes artigos: Art. 7º, inciso IV; Art. 208, inciso VII; Art. 212, § 4º, e Art. 227. No entanto, já se observava o direito à alimentação proferido de forma implícita, no Art. 1º da CF/88, quando há menção a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.¹⁵

Já a legislação infraconstitucional, por meio da Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN - Lei n. 11.346/2006), determinou ampla participação de representantes do governo na concretização do direito. No artigo 2º prevê o direito à alimentação adequada como um direito fundamental e estabelece ser um dever do Estado à adoção de políticas e ações necessárias para promover e garantir a segurança nutricional e alimentar. Por fim, esclarece que a obrigação de prover a alimentação está imbricada ao direito de estar livre da fome.²⁶

Da mesma forma, a Política Nacional de Alimentação e Nutrição que é elaborada e atualizada periodicamente pelo Ministério da Saúde traz conceitos atualizados e possui o propósito de melhorar as condições de alimentação e nutrição.²⁷

4.2 Conceito de Direito Fundamental à Alimentação

Antes de delimitar o conceito do direito fundamental à alimentação, é importante salientar que existem conceitos correlatos e que constantemente são confundidos com o referido direito, estes estão previstos na Política Nacional de Alimentação e Nutrição e no Decreto-lei nº 986 / 69. Vejamos.

O conceito genérico de alimento é toda substância ou mistura de substâncias destinadas a fornecer ao organismo humano os elementos normais à sua formação, manutenção e desenvolvimento.²⁸

Por vezes, observamos uma nomenclatura utilizada de forma equivocada, qual seja, o alimento enriquecido, que é um alimento que possui adição de substância nutriente com a finalidade de reforçar o seu valor nutritivo.³²

Outra nomenclatura equivocadamente utilizada é a de suplementos nutricionais, que são alimentos que servem para complementar, com calorias e ou nutrientes, a dieta diária de pessoas saudáveis.²⁷

Para o caso concreto estudado no presente artigo científico, um conceito fundamental é o de alimentos para fins especiais. Estes alimentos são especialmente formulados ou processados, na medida em que são introduzidas modificações no conteúdo de nutrientes adequados à utilização em dietas diferenciadas e/ou opcionais, atendendo necessidades de pessoas em condições metabólicas e fisiológicas específicas, como é o caso da alergia à proteína do leite de vaca.²⁷

Neste contexto, a alergia da proteína do leite de vaca não pode ser confundida com a intolerância alimentar, doença esta que apenas produz reações adversas a alimentos, não dependendo de mecanismos imunológicos. Esta intolerância pode ocorrer pela falta de enzimas digestivas, a qual produz, na maioria dos casos, disenteria e a não-absorção de nutrientes. Este sintoma é

característico da intolerância a lactose, doença distinta a estudada no presente artigo.²⁷

O caso da alergia da proteína do leite de vaca é decorrente da alergia alimentar que se caracteriza por reações adversas ao alimento, dependente de mecanismos imunológicos, possuindo reações bem mais severas que intolerância alimentar.²⁷

Superada a diferenciação de conceitos, tem-se que o direito humano à alimentação adequada consubstancia-se no acesso regular, permanente e irrestrito, a todas as pessoas, quer diretamente, quer por meio de aquisições financeiras, a alimentos seguros e saudáveis, em quantidade e qualidade adequadas e suficientes, a fim de garantir uma vida digna e plena nas dimensões física e mental, individual e coletiva.²⁷

4.3 Política Nacional de Alimentação e Nutrição - 2012

A alimentação e a nutrição constituem-se pré-requisitos básicos para a promoção e a proteção da saúde, por intermédio dos quais asseguram-se o pleno potencial de crescimento e desenvolvimento humano, com qualidade de vida.²⁹

A Política Nacional de Alimentação e Nutrição – 2012 - é embasada nos princípios que regulam o Sistema Único de Saúde, sendo o de maior relevância para o presente estudo o Princípio da Integralidade, já analisado alhures, observando que seus três campos de atuação são fundamentais para a concretização da Política Nacional de Alimentação e Nutrição . No caso do direito à alimentação, a aplicação do princípio busca a afastar o reducionismo que objetiva aviltar o direito humano à alimentação, aproximando as práticas de saúde com qualidade, tanto no âmbito preventivo, como no paliativo.¹³

Em uma leitura contextualizada do art. 6º da Lei nº 8.080, denota-se que é incluído, no campo de atuação do SUS, a execução de ações de assistência terapêutica integral. Desta forma, por meio do Princípio da Integralidade, presente na Política Nacional de Alimentação e Nutrição, é possível justificar a obrigatoriedade do SUS em colocar em prática as políticas que amparem as

peças com alergia à proteína do leite de vaca, inclusive fornecendo as substâncias adequadas às pessoas hipossuficientes.¹⁶

Salienta-se que as pessoas com alergia à proteína do leite de vaca são portadoras de uma deficiência que limita seu desenvolvimento e, por vezes, o suporte à vida. Sua deficiência gera subnutrição que, por sua vez, causa uma limitação física. Em razão disso, pode-se classificar como uma pessoa portadora de deficiência.³⁰

No entanto, nem na Política Nacional de Alimentação e Nutrição, nem em outro diploma normativo, há determinação explícita do fornecimento de alimentos (descrição genérica) que é a nomenclatura comumente utilizada, o que não afasta a possibilidade do fornecimento da substância para o tratamento das pessoas portadoras da doença da alergia à proteína do leite, se utilizarmos uma nomenclatura específica já existente.

Com efeito, o fornecimento é possível pelo fato de a Política Nacional entender que, entre os cuidados relativos à alimentação e nutrição, está o fornecimento de alimentos para fins especiais e que o Estado tem o dever de normatizar seu acesso. O mesmo diploma define os alimentos para fins especiais. Deste modo, esta definição afasta o entendimento de que tais substâncias sejam medicamento, tampouco suplementos nutricionais que servem para complementar, com calorias e ou nutrientes, a dieta diária de uma pessoa saudável.²⁷

Assim sendo, ao utilizarmos a definição correta das substâncias para o tratamento das pessoas com alergia à proteína do leite como um alimento para fins especiais, se torna possível sustentar seu fornecimento pelo Estado com base na Política Nacional de Alimentação e Nutrição, pois esta determina que “deverão ainda ser normatizados os critérios para o acesso a alimentos para fins especiais de modo a promover a equidade e a regulação no acesso a esses produtos.”²⁷

Contudo, hodiernamente, o fornecimento de alimento para fins especiais esbarra na inexistência de um órgão estatal que forneça tais substâncias, assim como na inexistência de norma técnica que defina os critérios para seu acesso. O Poder Executivo, por intermédio do SUS, conforme observado nos processos

estudados no presente artigo, nega o seu fornecimento. Assim, as pessoas com deficiência que necessitam do tratamento financiado pelo Estado encontram-se desamparadas, pois a substância definida como alimento para fins especiais não encontra normatização e regulamentação para o seu fornecimento por órgão estatal, o que não ocorre em relação ao já existente sistema de fornecimento de medicamentos. Em uma segunda definição, adotada em alguns julgamentos, tais substâncias são equiparadas a medicamento. Neste caso, o Executivo, alegando não ser um medicamento, nega o fornecimento, conforme palavras de Ana Beatriz Pinto de Almenida Vasconcellos - Coordenadora Geral da Política de Alimentação e Nutrição do Ministério da Saúde.¹²

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo das decisões do TRF da 4ª Região mostra, de forma clarividente, que a inaplicabilidade correta de um conceito adequado de alimento para fins especiais gera litígio. A inexistência do conceito correto possibilita o argumento no sentido de que o SUS não possa adquirir tais produtos, fazendo com que o Executivo negue seu fornecimento. No estudo jurisprudencial, observa-se que, independentemente da nomenclatura utilizada, as decisões foram sempre no sentido de dar provimento ao pedido de fornecimento pelo Executivo.

É de fundamental importância a utilização da nomenclatura de alimento para fins especiais, não apenas para fortalecer ainda mais os fundamentos que embasam o Poder Judiciário a compelir o Estado a fornecer um tratamento adequado, mas notadamente pelo fato de a Política Nacional de Alimentação e Nutrição, que é expedida pelo Ministério da Saúde, determinar que devam ser normatizados os critérios para o acesso a alimentos para fins especiais de modo a promover a equidade e a regulação no acesso a esses produtos. Com este entendimento o próprio Poder Executivo se compromete com o fornecimento da substância.

O Direito Fundamental à Saúde, em sua ampla legislação pátria e internacional ampara e obriga o fornecimento de substância que seja

indispensável à manutenção da vida. No caso nacional tal direito é reforçado pelo Princípio da Integralidade do SUS. O direito vem sendo garantido independente da nomenclatura utilizada pelo Executivo ou Judiciário, conforme se afere com a fundamentação do Tribunal nos pleitos decorrentes da inércia do Poder Executivo.

Já o Direito Fundamental à Alimentação, amparado de forma semelhante ao Direito à Saúde, amplia os direitos do cidadão e deveres do Estado. No caso brasileiro, possui ainda amparo na Política Nacional de Alimentação que determina a normatização para o fornecimento dos alimentos para fins especiais.

Desta forma, o tratamento das pessoas acometidas pela alergia da proteína do leite de vaca com base nos alimentos para fins especiais possui fundamentação normativa e doutrinária para que o Estado subsidie o tratamento nos casos de hipossuficiência, amparados no Direito à Saúde assim como no Direito à Alimentação.

REFERÊNCIAS

Audiência Pública sobre Saúde. Realizada no Supremo Tribunal Federal em abril de 2009. Disponível em :

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublica-saude/anexo/sra_ana_betaris_vasconcellos.pdf> Acesso em: 28 mar. 2013

BRASIL Ministério da Saúde. Secretaria de Política de Saúde. Departamento de Formulação de Política de Saúde. **Política Nacional de Medicamentos - 2001.** Disponível em : < http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=32330&janela=1> Acesso em: 08 fev. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 46. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012

BRASIL. Lei número 5.991, de 17 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, e dá outras Providências** Disponível em : < <http://www4.anvisa.gov.br/base/visadoc/CP/CP%5B18629-1-0%5D.PDF>>. Acesso em: 17 nov. 2012

BRASIL. Lei número 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras**

providências. Disponível em : <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em: 07 Dez. 2012.

BRASIL. **Lei número 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Disponível em : <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 17 nov. 2012

BRASIL. **Lei número 986, de 21 de outubro de 1969. Institui normas básicas sobre alimentos.** Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0986.htm>. Acesso em: 17 nov. 2012

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portal da Saúde RENAME.** Disponível em: <
http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=32820&janela=1> Acesso em: 20 nov. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portal da Saúde.** Disponível em : < http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=32330&janela=1>
Acesso em: 08 fev. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. Portaria Nº 2.715, de 17 Nov 11. **Política Nacional de Alimentação e Nutrição - 2012..** Disponível em : <
<http://189.28.128.100/nutricao/docs/geral/pnan2011.pdf>> Acesso em: 06 Abril 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação cível nº 5002168-38.2011.404.7215-SC.** Apelante: Município de Brusque e União. Apelada: Julia Petermann Tomasia. Relator: Des. Fernando Quadros da Silva.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação cível nº 5006511-76.2012.404.7204-SC** . Apelante: União. Apelada: Ministério Público Federal. Relator: Des. Fernando Quadros da Silva.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação cível nº 5000660-90.2011.404.7204 –SC.** Apelante: União. Apelada: Magali Coelho. Relator: Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação cível nº 5002997-86.2010.404.7204 –SC.** Apelante: União. Apelada: Anny Carolyni Aurélio Maciel. Relator: Des. Fernando Quadros da Silva.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação cível nº 5006462-81.2011.404.7200 –SC.** Apelante: União. Apelada: Maria Luiza Michelotto. Relator: Des. Jorge Antônio Maurique.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação cível nº 5002650-43.2011.404.7002 –PR.** Apelante: Município de Foz do Iguaçu e Estado do

Paraná. Apelada: Antonella Bertipaglia Dal-Bo Alberton. Relator: Des. Fernando Quadros da Silva.

BURITY, V.; CARVALHO, M. de F.; FRANCESCHINI, T.; LEÃO, M.; RECCINE, E.; VALENTE, F.;. **Direito humano à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar e nutricional** - Brasília, DF: ABRANDH, 2010. 204p.

DARÉ, L. J. do A. A.. **O Direito à Alimentação como consequência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana** Disponível em < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/12_737.pdf> Acesso em: 10 mar 2013.

LEIVAS, P. G. C.. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2006.

MATTOS, R. A.. **Princípios do Sistema Único de Saúde (SUS) e a humanização das práticas de saúde**. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/icse/v13s1/a28v13s1.pdf>> Acesso em: 07 abril 2013

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** - 1948. Disponível em: <<http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Jh3006s/>> Acesso em: 20 jan. 2013.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. **Perspectivas políticas sobre medicamentos de la OMS. 4. Selección de medicamentos esenciales**. Geneva; WHO; 2002 Disponível em: <<http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Jh3006s/>> Acesso em: 20 jan 2013.

PEPE, V. L. E.; VENTURA, M.; SANT´ANA, J. M. B.; FIGUEIREDO, T. A.; SOUZA, V. dos R. de; SIMAS, L.; CASTRO, C. G. S. O. de. **Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos "essenciais" no Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000300004> Acesso em: 20 jan 2013

PEREIRA, P. B.; SILVA, C. P. da. **Alergia a proteína do leite de vaca em crianças: alergia a proteína do leite de vaca em crianças, repercussão da dieta de exclusão e dieta substitutiva sobre o estado nutricional**. Revista Pediatria do Departamento de Pediatria da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo Disponível em : <<http://www.pediatrasiapaulo.usp.br/upload/pdf/1258.pdf>> Acesso em: 15 abril 2012

PINHEIRO, A. R. de O.. **Estado e Mercado: adversários ou aliados no processo de implementação da Política Nacional de Alimentação e Nutrição? Elementos para um debate sobre medidas de regulamentação**. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v17n2/16.pdf>> Acesso em: 06 abril 2013

RIOS, R. R.. **Direito à Saúde, Universalidade, Integralidade e Políticas Públicas: Princípios e Requisitos em Demandas Judiciais por Medicamentos**. Disponível em <http://www.cebes.org.br/media/File/Livro_Seguridade.pdf> Acesso em: 20 jun 2013

SILVA, K. B.; BEZERRA , A. F. B.; TANAKA O. Y.. **Direito à saúde e integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação**. Interface - Comunicação, Saúde, Educação Disponível em : <<http://www.scielo.br/scielophp?script=sciarttext&pid=S141432832012000100019&lng=pt&nrm=iso>> Acesso em: 07 fev. 2012.

VALENTE, F. L. S.. Relatório Brasileiro para a Cúpula Mundial da Alimentação, Roma, novembro 1996. In “**Direito Humano à Alimentação: desafios e conquistas**”. Cortez Editora, São Paulo, 2002.

WEICHIERT, M. A.. **Direito à Saúde, SUS e a integralidade. Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes Editora, 2010.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Medicines strategy: countries at the core, 2004-2007**. Geneva: WHO; 2004 Disponível em : <http://whqlibdoc.who.int/hq/2004/WHO_EDM_2004.5.pdf> Acesso em: 08 fev. 2012.

COMPARATIVO ENTRE OS JUIZADOS ESPECIAIS E AS SMALL CLAIM COURTS: A FILTRAGEM DA DEMANDA ATRAVÉS DA POSSIBILIDADE DE ACORDO COMO MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA

Michelle Fernanda Martins

RESUMO: Os juizados especiais foram instituídos no Brasil com o propósito de proporcionar o acesso à justiça, assim como com o objetivo de reduzir a morosidade processual, do mesmo modo em que foram instituídas as small claims courts norte-americanas. As últimas, após terem apresentado alguns problemas e sofrido críticas, passaram por um processo de reestruturação do modelo no final do século XX. O propósito deste artigo é analisar se estas mesmas dificuldades não são apresentadas pelos juizados especiais brasileiros e se as reformas lá realizadas não se aplicariam na experiência brasileira na busca pelo efetivo acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: juizados especiais; acesso à justiça; small claim courts.

1 INTRODUÇÃO

Uma das influências da criação dos Juizados Especiais no âmbito brasileiro é a instituição das Small Claim Courts¹, as quais foram criadas nos Estados Unidos. Ambas as iniciativas procuravam garantir o acesso à justiça, além de reduzir a morosidade processual, sendo responsáveis pelas causas de menor complexidade. No entanto, apesar desta boa intenção, algumas dificuldades se apresentam nesta busca de garantir o “acesso à justiça”, como, por exemplo, a grande quantidade de processos que são ajuizados no Juizado Especial Cível, às vezes, até ultrapassando a Justiça Comum .

No caso das Small Claim Courts, após estas terem sofrido duras críticas, houve um processo de reinvenção no período de 1950 a 1970, ocorrendo a instituição de novas medidas para que o acesso à justiça se tornasse igualitário e acessível a todos. Uma destas medidas é que, quando a parte ingressa com a ação, é questionada sobre a sua vontade de ser julgada perante um juiz ou um

¹ Os tribunais de pequenas causas da Inglaterra também são assim denominados.

árbitro, sendo tomados direcionamentos diversos conforme a opção da parte, o que facilitaria a condução adequada do processo ao fim que se destina, além de terem sido criados centros alternativos de resolução de conflitos, onde as partes buscam a conciliação através da *alternative dispute resolution* (ADR).

Assim sendo, questiona-se se estas providências poderiam influenciar uma reestruturação nos Juizados Especiais, buscando garantir o acesso à justiça de forma igualitária e eficiente a todos e, principalmente, visando à garantia de uma prestação jurisdicional adequada.

2 O ACESSO À JUSTIÇA

Para entender o ponto central deste trabalho, é necessário, primeiramente, tecer considerações acerca do que seria o “acesso à justiça” e quais os problemas a serem enfrentados na busca pela efetivação deste direito.

Segundo Cappelletti e Garth, o “acesso à justiça” passou por três situações básicas, as quais teriam emergido em ordem cronológica. Os autores explicam estas situações como se fossem ondas, se apresentando como prováveis soluções para os problemas que limitavam o acesso à justiça, embora elas ainda requeressem maior reflexão (CAPELLETTI; GARTH, 1998, p. 31).

Em síntese, a primeira onda seria garantir a assistência jurídica aos pobres; a segunda onda diria respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, especialmente no tocante ao direito do consumidor e no direito ambiental; e a terceira onda seria o ‘*enfoque de acesso à justiça*’, isto é, a priorização de uma reforma interna no processo na busca da efetiva tutela jurisdicional (CAPELLETTI; GARTH; 1988; p. 31-73).

2.1. A Primeira Onda

Quanto à primeira onda, Cappelletti e Garth destacam que os primeiros esforços dos países ocidentais para proporcionar o acesso à justiça concentraram-se em oferecer os serviços jurídicos para os pobres, já que o auxílio de um advogado é fundamental para entender “*leis misteriosas*” e

desvendar “*procedimentos misteriosos*”. Assim sendo, o acesso à justiça foi reconhecido; no entanto, os serviços de assistência judiciária de diversos países se mostraram insuficientes e inadequados, já que se fundamentavam, na maior parte dos casos, em serviços prestados por advogados sem contraprestação. Isto é, o Estado não adotava qualquer ação positiva para garantir o acesso à justiça, denotando uma assistência judiciária gratuita ineficiente (CAPPELLETTI; GARTH; 1988; p. 31-32).

Assim sendo, diversos países iniciaram a adotar soluções para efetivar estes direitos; contudo, não se descreverá estas experiências, pois não é o objetivo do presente trabalho. Em síntese, existiram três formas de sistema de assistência jurídica aos pobres: a) o sistema *judicare*; b) o advogado remunerado pelos cofres públicos e c) os modelos combinados (CAPPELLETTI; GARTH; 1988; p. 35-43).

O sistema *judicare* consiste essencialmente em um sistema no qual a assistência jurídica é prestada a todas as pessoas, sendo os advogados particulares pagos pelo Estado. Neste caso, o objetivo é fornecer aos litigantes de baixa renda o advogado que teriam se pudessem pagar. Questiona-se, neste sistema, a falta de auxílio para “*casos teste*” e ações coletivas em favor dos pobres, já que estes só poderiam ser ajuizados quando justificados pelo interesse de cada indivíduo. Argumenta-se que, enfrentando os pobres muitos problemas como grupo ou classe, os remédios individuais seriam insatisfatórios (CAPPELLETTI; GARTH; 1988; p. 35-39).

Já o sistema de advogados remunerados pelos cofres públicos defende que “*os serviços jurídicos deveriam ser prestados por ‘escritórios da vizinhança’, atendidos por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses dos pobres, enquanto classe*”. Neste caso, busca-se que os indivíduos com escassos recursos tenham conhecimento de seus direitos, de modo a apoiar os interesses difusos ou de classe das pessoas pobres. No entanto, este modelo também apresenta dificuldades: (a) a capacidade de criar tais advogados, pois há a possibilidade de o advogado vir a negligenciar os interesses de clientes particulares atraído pelos bons resultados dos “*casos testes*” e iniciativa de reformas legais; (b) tratar os pobres como incapazes de perseguir seus próprios

interesses poderia ser considerado uma posição muito “paternalista”; (c) o sistema necessariamente precisa de apoio governamental para atividade de natureza política, sendo que muitas vezes a pretensão será dirigida contra o próprio governo (CAPPELLETTI; GARTH; 1988; p. 39-43).

O sistema combinado foi adotado pela Suécia e pela província de Quebec do Canadá, onde era oferecido atendimento ou por advogados servidores públicos ou por advogados particulares, de modo que seria possível auxiliar tanto a pessoa menos favorecida quanto o pobre como grupo. Os autores salientam que esta solução tem implicações ao acesso à justiça; contudo representa “*um passo além da simples assistência judiciária*” (CAPPELLETTI; GARTH; 1988; p. 43-47).

Cappelletti e Garth referem que, para o efetivo acesso à justiça no tocante a primeira onda, se mostra necessário: (a) um grande número de advogados; (b) que os advogados se tornem disponíveis para auxiliar aqueles que não podem pagar pelos seus serviços; (c) uma especial atenção para o problema das pequenas causas individuais (CAPPELLETTI; GARTH; 1988; p. 47-48).

2.2 A Segunda Onda

No tocante à segunda onda, a preocupação se refere à representação adequada e efetiva dos interesses difusos, assim denominados os interesses coletivos ou grupais. Em que pese a preocupação anteriormente apresentada acerca da representação dos pobres enquanto grupo, se ignoravam direitos difusos, como a proteção ao meio ambiente ou ao direito do consumidor (CAPPELLETTI; GARTH; 1988; p. 49-50).

Esta segunda onda de reformas demandou reflexão sobre noções tradicionais do processo civil, assim como conceitos, já que a concepção tradicional do processo não abria espaço para a proteção dos direitos difusos, pois “*as regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação do juiz não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentados por particulares*” (CAPPELLETTI; GARTH; 1988; p. 49-50).

Assim sendo, reformas legislativas e importantes decisões dos tribunais iniciaram a permitir que indivíduos e grupos atuassem em representação de interesses difusos. Do mesmo modo, iniciou-se uma transformação do papel do juiz e de conceitos básicos, como a “citação, “direito de ser ouvido” e “coisa julgada, já que nem todos os titulares de um direito difusos podem comparecer a juízo, de modo que é necessário que haja um “representante adequado” para agir em nome da coletividade, bem como a decisão deve se estender a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham sido escutados. Dessa forma, surgem, por exemplo, as *class actions* do direito norte-americano, as quais vinculam os membros ausentes de determinada classe, mesmo que eles não tenham tido informação prévia sobre o processo. A visão individualista do processo cede, dando espaço a uma concepção mais “coletiva” (CAPPELLETTI; GARTH; 1988; p. 49-50).

A despeito de ser a ação governamental o principal método para efetivar os interesses difusos, fato é que esta, por si só, não foi muito bem sucedida, eis que o Ministério Público e as instituições análogas não se demonstram capazes de assumir totalmente a defesa dos interesses difusos. Estes novos direitos, muitas vezes, requerem conhecimentos em áreas técnicas, não jurídicas, como urbanismo, contabilidade, medicina, de modo que estas instituições não possuem o treinamento e a experiência necessários para a defesa destes direitos (CAPPELLETTI; GARTH; 1988; p. 51-52).

Como resposta a esta problemática, apresentam-se uma eficiente ação de grupos particulares e uma combinação de recursos, como as ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público. Apesar destes grupos necessitarem de recursos econômicos, experiência e especialização para poder defender apropriadamente um interesse difuso e os advogados públicos não serem responsabilizáveis pelos interesses que defendem e existir dúvida quanto à sua viabilidade a longo prazo, estas soluções são um ponto de partida para a reivindicação dos interesses difusos de forma adequada e eficiente (CAPPELLETTI; GARTH; 1988; p. 55-67).

2.3 A Terceira Onda

A terceira onda atende sob o nome de “*ênfoque de acesso à Justiça*”, em razão de sua abrangência. Em síntese, esta onda reconhece a importância das duas ondas anteriores, mas ressalta que seus limites devem ser conhecidos, direcionando a sua atenção ao “*conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas*”. Em síntese, esta posição procura mecanismos para efetivar o acesso à justiça e, por conseguinte, os direitos (CAPPELLETTI; GARTH; 1988; p. 67-71).

Ela sugere diversas reformas, tais como “*alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais para a solução de litígios*” (CAPPELLETTI; GARTH; 1988; p. 71).

Além disso, esta onda defende a necessidade de adaptação do processo civil ao litígio, já que os litígios são diversos em sua complexidade, necessitando de adequação cada caso concreto. Assim, cada litígio deve ser bem analisado. Além disso, deve-se analisar tanto a repercussão individual quanto a repercussão coletiva de determinado caso (CAPPELLETTI; GARTH; 1988; p. 71-72).

Por fim, destaca-se que, neste caso, a ideia é verificar o papel e a importância dos limites e questões envolvidas, objetivando o desenvolvimento de instituições efetivas na busca do acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH; 1988; p. 71-72).

3 AS SMALL CLAIM COURTS

Antes de adentrar no eixo central do trabalho, mostra-se necessário conceituar o que seriam as Small Claim Courts, surgidas no direito norte-americano, e qual a serventia destas, assim como analisar a sua reestruturação ocorrida entre 1950 e 1970.

3.1 Surgimento das Small Claim Courts

O primeiro órgão com atribuição especial para cuidar das “pequenas causas” surgiu, nos Estados Unidos da América, em 1913, sendo denominada *poor man's court* (corte dos homens pobres), a qual era uma espécie de filial da Corte Municipal (FRIEDMAN, 1984, p. 58-59).

É importante observar que esta corte surgiu após uma mudança de distribuição populacional significativa na América do Norte, quando ocorreu um declínio na população rural e um aumento da população urbana, pois vinham imigrantes de outra região, assim como se estabeleciam novas indústrias (de ferro, de automóveis e de energia elétrica) (MIRANDA; OLIVEIRA FILHO; PETRILLO, p. 4).

Como consequência desta mobilização social, os desníveis salariais aumentaram e tornaram as pessoas vulneráveis ao desemprego e a marginalização social, já que não se promovia uma efetiva distribuição de renda. Assim sendo, esta nova realidade, com a modificação da estrutura social, trouxe novos litígios nas comunidades urbanas, o que obrigou a criação de novas estruturas para responder a estas questões. Do mesmo modo, mostrava-se necessário garantir o acesso à justiça a quem não podia custear o processo judicial comum (MIRANDA; OLIVEIRA FILHO; PETRILLO, p. 4).

Posteriormente, em 1934, foi criada a primeira *poor man's court* na cidade de Nova Iorque, com a finalidade de julgar as causas inferiores a cinquenta dólares, fruto de um processo de grande modificação social nos Estados Unidos, após a quebra da Bolsa de Valores em Nova Iorque em 1929 (MIRANDA; OLIVEIRA FILHO; PETRILLO, p. 5).

As principais características destas cortes são o fato de serem populares, atendendo pessoas da baixa e média população, e ter baixo custo aos seus usuários. São informais e dispensam os advogados e as formalidades processuais. (MIRANDA; OLIVEIRA FILHO; PETRILLO, p. 7).

No caso dos Estados Unidos, o grande número de processos dos Tribunais comuns oportunizou o papel fundamental dos Juizados Especiais no direito norte-

americano e, em especial, em Nova Iorque (JACOBSEN, Gilson; LAZZARI, João Batista, 2012, p. 119).

Atualmente, a alçada das Small Claim Courts é de causas cujo valor não excedem a US\$5.000,00 e para assuntos entre inquilinos e proprietários de valor ilimitado e violações do código de habitação, conforme se extrai em consulta ao site nycourts.com.

3.2. Problemas surgidos em relação a Small Claim Courts e o processo de reinvenção no período de 1950-1970

No entanto, apesar destas cortes norte-americanas terem sido criadas para atender as causas mais simples e assim garantir o acesso à justiça aos cidadãos menos favorecidos, diversos problemas apareceram e estas cortes sofreram duras críticas, em especial no período de 1950 a 1970.

Aos poucos, as *Small Claim Courts* se transformaram em “*fóruns de defesas dos empresários e locadores nos quais o homem comum aparece na condição de explorado*”. Além do alto índice em que as empresas figuravam como autoras em ações de cobranças, elas também venciam as ações em proporção elevada, assim como existia um alto percentual de revelia dos réus, cidadãos comuns, restando evidente o desequilíbrio entre as partes. Atribuiu-se tal resultado a experiência com a justiça e com a representação de advogado, o que muitos réus não possuíam, quando cobrados pelas empresas (CHASIN, 2012, p. 237). Isto é, considerava-se que tinha sido criada uma justiça eficiente, rápida e barata; no entanto, o sistema não era acessível e igualitário a todos, já que os pobres participavam na condição de réus e, na maioria das vezes, perdiam (MEIRELLES; MELLO, 2010, p. 378).

Para resolver tais problemas, os Estados Unidos iniciaram pela imposição de restrições, vedando o ingresso de ações por parte de empresas, com a ampliação dos poderes dos juízes e com a dispensa dos advogados, sendo posteriormente simplificado o procedimento para agilizar o julgamento. Foi criada a ADR (*Alternative Dispute Resolution*) e algumas cortes, como a de Nova Iorque, se organizaram como um tribunal multiportas. Os cidadãos tentam resolver sua

ação primeiramente por conciliação ou mediação, depois por arbitramento, restando um pequeno percentual para o magistrado togado. (HERMANN, 2010, p. 118).

Uma destas reformas dizia respeito à resolução alternativa de conflitos, tendo inclusive sido elaborado o *Dispute Resolution Act* (lei de resolução de disputas), centro criados centros alternativos de conflitos. A ideia era tornar acessível a resolução de disputas pequenas, que estariam inacessíveis, em razão de barreiras econômicas, cultural, psicológica e de linguagem) (HARRINGTON, p. 29-33, 79-85).

Atualmente, as Small Claim Courts de Nova Iorque são abertas aos maiores de 18 anos que desejam ingressar com ações cujo valor não excedem a US\$5.000,00. Quando a parte ingressa com a ação, deve preencher um formulário explicando o seu pedido, assim como deve pagar uma taxa (US\$15 a US\$20). Há também as Commercial Small Claim para as corporações, associações, sociedade e cessionários; no entanto, neste caso, é necessário pagar uma taxa de US\$25 e nenhuma destas pode ter mais de cinco reclamações em todo o Estado por mês (GEBBIN; FISHER; LIPPMAN, PFAU; 2010, p. 5).

Nas cortes de New York City e Nassau County, a parte pode escolher se seu caso será julgado por um *arbitrator* (árbitro) ou por um *judge* (juiz). Na corte Suffolk County, o caso será julgado por um árbitro. O árbitro é um advogado experiente com treinamento em *small claims causes* (pequenas causas). O juiz e o árbitro aplicaram a mesma lei ao caso; no entanto, o árbitro é menos formal (GEBBIN; FISHER; LIPPMAN, PFAU, 2010, p. 17-18).

Se a escolha for pelo juiz, a parte terá que voltar outro dia, enquanto que se a opção for pelo árbitro, será iniciado o julgamento. No caso da corte de New York e da opção do julgamento pelo juiz, se não existir data disponível, a parte será encaminhada para a *mediation* (mediação) ou para o *pretrial conference* (conferência pré-julgamento). A conferência poderá resolver o caso. Caso não resolva, será designada uma nova data para o julgamento (GEBBIN; FISHER; LIPPMAN, PFAU, 2010, p. 18).

É possível apelar dos casos decididos por um juiz; contudo, não é possível apelar dos casos resolvidos por um árbitro (GEBBIN; FISHER; LIPPMAN, PFAU, 2010, p. 17-18).

Oportuno ressaltar ainda que as partes têm a opção de buscar a solução do seu problema sem necessariamente ir a corte, pois todo município do Estado de Nova Iorque tem um centro de comunidade de resolução de litígios que oferece mediação gratuitamente (GEBBIN; FISHER; LIPPMAN, PFAU, 2010, p. 9).

Dessa forma, verifica-se que os cidadãos norte-americanos, no Estado de Nova Iorque possuem diversas formas de buscarem resolver seus conflitos. Há a possibilidade de ir direto à mediação, assim como a possibilidade de acessar a *small claim court*, corte para casos de até US\$5.000,00, quando poderá se escolher se o julgamento será realizado por um árbitro ou um juiz.

Apesar de existir uma grande filtragem das demandas através das escolhas pela mediação e pela arbitragem, há ainda a possibilidade da parte ser escutada e sua demanda ser decidida pelo juiz. Verifica-se, portanto, que cada ação pode ter três conduções diferenciadas, conforme for o interesse da parte. Pode-se dizer que tal procedimento ajudaria a efetivar o acesso à justiça, já que dá pleno acesso de escolha ao indivíduo e, do mesmo modo, ajuda a reduzir os casos submetidos à corte, ainda que se trate de uma corte de causas de menor complexidade.

Deve-se ressaltar o exemplo das *small claim courts* da Inglaterra, onde quando a parte ingressa com a ação, deve preencher um formulário informando se deseja resolver sua ação através de ADR (*alternative dispute resolution*), buscando uma forma alternativa de composição de litígio e sendo possível dar o encaminhamento adequado ao processo. Ambas as partes precisam concordar com a opção pela ADR.

4 OS JUIZADOS ESPECIAIS

4.1. Surgimento e competência dos juzizados especiais

No direito brasileiro, objetivando reduzir o problema da morosidade e do grande número de ações judiciais, assim como atender as causas de menor valor que estavam excluídas da apreciação judicial em razão do valor das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, criou-se os “juizados de pequenas causas”, criado pela Lei 7.244, de 07 de novembro de 1984 (SANTOS, 2011, p. 73).

A Constituição Federal de 1988 reconheceu o sucesso destes juizados, passando a denominá-los “juizados especiais” em seu artigo 98, inciso I. Primeiramente, foram criados os juizados no âmbito da justiça estadual, depois no âmbito federal e, recentemente, as causas foram estendidas aquelas que envolvam interesses das fazendas públicas dos estados, do Distrito Federal, dos territórios e dos municípios (SANTOS, 2011, p. 73).

Os juizados especiais estaduais foram criados pela Lei 9.099, de 05 de outubro de 1995, sendo competentes para decidir as causas até 40 salários mínimos ou se estiverem na matéria arrolada no artigo 3^o ou no artigo 60³ desta lei.

² **Art. 3º, Lei 9.099/95.** O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

- I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;
- II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;
- III - a ação de despejo para uso próprio;
- IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

Art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil. Observar-se-á o procedimento sumário: (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995):

- I - nas causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo; (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)
- II - nas causas, qualquer que seja o valor (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)
 - a) de arrendamento rural e de parceria agrícola; (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)
 - b) de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio; (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)
 - c) de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico; (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)
 - d) de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre; (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)
 - e) de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução; (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)
 - f) de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial; (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)
 - g) que versem sobre revogação de doação; (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)
 - h) nos demais casos previstos em lei. (Incluído pela Lei nº 12.122, de 2009).

Os juzgados especiais federais foram criados pela Lei 10.259, de 07 de dezembro de 2001, possuindo competência para as causas de até 60 salários mínimos (juzgados especiais federais cíveis) ou nas infrações criminais de menor potencial ofensivo (juzgados especiais federais criminais)⁴.

Os juzgados especiais da Fazenda Pública nos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios foram instituídos pela Lei 12.153/2009 que possui como competência processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos (artigo 2º da Lei).

4.2. Composição e procedimento dos Juzgados Especiais

Tanto os juzgados especiais estaduais quanto os juzgados especiais federais dividem-se em juzgados especiais cíveis e em juzgados especiais criminais. Os dois juzgados são compostos por juizes de direito, juizes leigos, conciliadores e servidores (escrivães, escreventes, oficiais de justiça, contadores e demais auxiliares). Os juzgados possuem competência para conciliar e julgar (SANTOS, 2011, p. 74).

O objetivo é sempre buscar a conciliação, conforme se verifica no artigo 2º da Lei 9.099/95, sendo sempre obrigatório que uma audiência de conciliação preceda a audiência de instrução e julgamento (SANTOS, 2011, p. 74).

Tanto nos juzgados especiais estaduais, quanto nos juzgados especiais federais, assim como nos juzgados especiais da Fazenda Pública, sempre haverá

³ Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juizes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)

⁴ **Art. 2º, Lei 10.259.** Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)

Art. 3º, Lei 10. 259. Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

uma audiência de conciliação antes de proceder a instrução e julgamento do processo, conforme já supra mencionado.

A Lei 9.099/95, em seu artigo 24, traz ainda a possibilidade das partes optarem, de comum acordo, pelo juízo arbitral, embora não seja uma prática comumente utilizada nos juizados especiais brasileiros.

4.3. Princípios informativos dos Juizados Especiais

Os juizados especiais norteiam-se pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade⁵. Esses princípios informativos também servem como referência na tarefa de suprir eventuais lacunas existentes na lei que instituiu os juizados especiais (SANTORO, 2009, p. 59).

O princípio da oralidade baseia-se na ideia de que as declarações perante os juízes e tribunais possuem mais eficácia quando formuladas oralmente, embora não se deva excluir a utilização da escrita. Oportuno referir que o procedimento oral se fundamenta em provas produzidas. Do mesmo modo, este princípio apregoa que somente os atos considerados essenciais devem ser registrados e, portanto, escritos. O pedido, a contestação, o pedido contraposto, os embargos declaratórios e a prova podem ser produzidos oralmente (SANTORO, 2009, p. 59-60).

Já o princípio da simplicidade apregoa a simplificação do procedimento, buscando diminuir as exigências burocráticas desarrazoadas, como, por exemplo, a juntada de documentos desnecessários aos autos e trazendo práticas facilitadoras, como a possibilidade de realização de intimação por qualquer mecanismo idôneo de comunicação, como o telefone (SANTORO, 2009, p. 60-61).

O princípio da informalidade consiste em evitar o formalismo excessivo; no entanto, isto não quer dizer que haja a isenção de formalidades essenciais. Por

⁵ **Art. 2º, Lei 9.099/95.** O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

este princípios, os atos serão válidos sempre que preencherem a sua finalidade essencial (SANTORO, 2009, p. 60-61).

O princípio da economia processual permite a otimização e racionalização dos procedimentos, objetivando a efetividade dos juizados especiais, já que seu conteúdo dispõe que o julgador deve dirigir-se ao processo concedendo às partes o máximo de resultado com o mínimo de esforço processual. São apontadas como exemplo deste princípio a possibilidade dos pedidos mencionados no artigo 3º da Lei 9.099/95 serem cumulativos (desde que conexos e a soma não ultrapasse o limite do teto) ou alternados, bem como a possibilidade da conciliação ser instaurada quando do comparecimento das duas partes, independente de pedido e citação (SANTORO, 2009, p. 63-64).

Por fim, o princípio da celeridade processual consiste na prestação de uma justiça rápida e eficiente, representando a essência da Lei 9.099/95 (SANTORO, 2009, p. 64).

5 SMALL CLAIM COURTS X JUIZADOS ESPECIAIS: A QUESTÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Analisando as três ondas concebidas por Cappelletti e Garth, assim como analisando a instituição dos juizados especiais, é possível verificar que assim como a criação destes tribunais de menor complexidade apresentam resultados efetivos no acesso à justiça, da mesma forma apresentam problemas, sendo necessária uma maior reflexão sobre o instituto.

Será feita uma análise sobre as ondas tanto no processo brasileiro, como especificamente na instituição dos juizados especiais.

5.1 As três ondas de Cappelletti e Garth: aplicação no direito brasileiro e nos juizados especiais

A) A Primeira Onda

No que tange à primeira onda, o direito brasileiro a recepcionou através da Lei 1.060/1951, que se funda na vulnerabilidade econômica, garantindo assistência judiciária gratuita aos “necessitados”. Posteriormente, com a Constituição Federal de 1988, instituiu-se a Defensoria Pública, em seu artigo 134, que fornece “orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do artigo 5º, LXXIV”, o qual garante a “assistência jurídica integral e gratuita para os que comprovarem insuficiência de recursos” (MANCUSO, 2011, p. 143-144).

Quanto aos juizados especiais, verifica-se que a onda é atendida, na medida em que há isenção de custas para as partes ingressarem com a ação. Do mesmo modo, é atendida, pois há assistência judiciária gratuita, uma vez que a presença do advogado é dispensada nas ações cujo valor não ultrapassa a 20 (vinte) salários mínimos. Não bastasse isso, muitas vezes são nomeados ou defensores públicos ou defensores dativos, a depender do Estado da federação, a representar a parte sem advogado para atender seus interesses.

Contudo, questiona-se se esta é a melhor forma de representação processual, haja vista que muitas vezes o defensor público e/ou defensor dativo tem conhecimento da demanda no momento da audiência de instrução e julgamento, que deve ser rápida e célere. A parte receberá orientação jurídica quando não terá mais oportunidade de anexar os documentos necessários à comprovação do seu pedido, no caso de não ter conhecimento de quais deveria ter levado. Apesar de muitas vezes esta informação ser prestada na audiência de conciliação, é oportuno lembrar que muitas vezes os autores das ações são pessoas leigas e hipossuficientes, que tem dificuldades para entender como funciona o procedimento do juizado especial.

Além disso, tanto na audiência de conciliação quanto na de instrução, poderá haver a oferta de acordo por parte do demandado, que muitas vezes serão empresas de grande porte, sendo que o autor, sem orientação ou conhecimentos jurídico, poderá ficar perdido entre as opções, sem saber se deverá escolher prosseguir a instrução ou aceitar o acordo.

B) A Segunda Onda

Quanto à segunda onda, verifica-se que o direito brasileiro iniciou a positivar interesses difusos e mecanismo para protegê-los, como a Lei 6.938/81 (Lei de defesa do meio ambiente), Lei 7.347/85 (Lei da ação civil pública), Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) – que trouxe o conceito de interesses difusos -, dispositivo constitucional disponibilizando a defesa do meio ambiente pelo Ministério Público (artigo 129, inciso III), entre outros (MANCUSO, 2011, p. 143-144).

Além disso, o legislador previu uma legitimidade concorrente-disjuntiva (art. 5º da Lei 7.347/85 e artigo 82 da Lei 8.078/90) para perseguir estes interesses e uma coisa julgada de eficácia estendida (*erga omnes* ou *ultra partes*). Também são positivados direitos coletivos (artigo 81, parágrafo único, inciso II, da Lei 8.078/90), assim como há a possibilidade de mandado de segurança coletivo (arts. 21 e 22 da Lei 12.016/2009) (MANCUSO, 2011, p. 144-145).

No aspecto dos juizados especiais, o acesso à justiça referente à segunda onda está longe de ser alcançado, tendo em vista que não há uma representação adequada para os interesses difusos e coletivos, sendo que diversas ações idênticas de consumo são ali submetidas sem qualquer padronização (FERRAZ, 1999, p. 161-167), atendendo tão somente ao direito individual.

Os Juizados foram criados para atender demandas de menor expressão econômica, dando sempre preferência a conciliação, não tendo sido pensados para o julgamento de causas envolvendo interesses difusos e coletivos. Todavia, são ajuizadas diversas ações desta natureza nos juizados, principalmente no tocante ao direito do consumidor, sendo resolvidas de maneira individual, embora certos casos requisitassem um julgamento coletivo, como no caso de contestação do reajuste do plano de saúde X (FERRAZ, 1999, p. 161-166).

Tal fragmentação, além de comprometer a facilitação do acesso à justiça, retiraria o peso político deste tipo de ação, além de banalizar a demanda (FERRAZ, 1999, p. 167).

C) A Terceira Onda

No tocante à terceira onda, o direito brasileiro teria iniciado a sua implementação, com a alternativa de resolução de conflitos através da conciliação, mediação e arbitragem, onde são utilizadas pessoas leigas ou paraprofissionais para conduzirem a demanda. Neste sentido, verifica-se uma tendência a desjudicialização de conflitos (MANCUSO, 2011, p. 145-146).

Destaca-se que, em outros países, como nos Estados Unidos, a conciliação e a mediação e outros meios de auto e heterocomposição se oferecem não só anteriormente a eventual judicialização do conflito, como também em face da própria arbitragem. Nos Estados Unidos, a ADR (*alternative dispute resolution*) é antecedente a arbitragem, somente se chegando nela no caso de não ter ocorrido um acordo anterior (MACUSO, 2011, p. 147).

No âmbito dos Juizados Especiais, o acesso à justiça referente à terceira onda também não se mostra efetivo, atendendo tão somente este movimento no que toca a utilização de pessoas leigas como juízes.

Em que pese a tentativa na Lei 9.099/95 da possibilidade do juízo arbitral para simplificar os procedimentos submetidos aos juizados especiais, tal solução não se mostrou viável. Atribui-se a não prática do juízo arbitral nos juizados especiais brasileiros ao fato do árbitro ser escolhido dentre os juízes leigos, já que as partes não conheceriam o árbitro, o que não possibilitaria a confiança das partes, requisito essencial para a prática da arbitragem, (COSTE, 2006, p. 146).

Imputa-se também ao fato de que sendo o árbitro um juiz leigo, não será conhecedor da prática objeto da lide, mas tão somente possuirá conhecimento jurídico, o que difere da arbitragem, que é muito defendida em razão do conhecimento especializado do árbitro (CÔRREA, 2008, p. 100).

Além disso, questiona-se qual seria a diferença de uma decisão tomada por um juiz leigo como árbitro de uma decisão tomada pelo juiz leigo atuando como juiz leigo. Talvez a única diferença seja o fato da decisão arbitral não ser recorrível, enquanto há a possibilidade de recurso da decisão do juiz leigo para as Turmas Recursais (CÔRREA, 2008, p. 100), o que, por si só, já evidencia a dificuldade nesta opção.

5.2 Small Claim Courts X Juizados Especiais: o acesso à justiça

Pelo acima exposto, verifica-se que, para alcançar o efetivo acesso à justiça no âmbito dos juizados especiais, há ainda muito a se refletir a respeito de seu funcionamento, de modo a viabilizar reformas que melhorem a sua estrutura.

É inegável que os juizados especiais avançaram muito na efetivação do acesso à justiça, através da simplificação dos procedimentos e sua proximidade com o cidadão, o levando a buscar seus direitos.

Tal situação pode se atribuir as medidas instituídas pela Lei 9.099/95, que tornou gratuitos os atos de primeiro grau, facultou os gastos com honorários advocatícios nas ações cujo valor seja inferior a 20 salários mínimos, incentivou a busca da conciliação, a informalidade e ampliou o poder do magistrado, sendo possível inclusive a antecipação de tutela em casos emergenciais (SANTORO, 2009, p. 66).

Também é notória a celeridade de seu procedimento em face da morosidade à Justiça Comum, tratando-se, portanto, de uma prestação jurisdicional rápida.

No entanto, conforme acima destacado, é evidente que os juizados especiais não atendem de forma efetiva as três ondas do acesso à justiça formuladas por Cappelletti e Garth, pelas questões já acima destacadas.

Assim sendo, sugere-se a reflexão sob a implementação das medidas adotadas pelas Small Claim Courts no direito norte-americano quando da sua crise no final do século XX, já que há notória influência destas no juizado brasileiros.

As reformas adotadas pelas Small Claim Courts de Nova Iorque consistiram em vedar o ingresso de ações por parte de empresas, com a ampliação dos poderes dos juizes e com a dispensa dos advogados, sendo posteriormente simplificado o procedimento para agilizar o julgamento. Do mesmo modo, foi criada a ADR (*Alternative Dispute Resolution*) e instituído o juízo arbitral.

Nos juizados especiais brasileiros, já temos certas vedações ao ingresso de ações por parte de empresas, assim como há a dispensa de advogados para

as causas de até 20 salários mínimos. Do mesmo modo, o juiz tem poder amplo na condução do processo.

Sobra, portanto, o ponto relativo à *alternative dispute resolution*. Questiona-se, após toda esta exposição, se não seria possível e mais simples reformular o procedimento dos Juizados Especiais, onde a parte, quando ingressa com a ação, pudesse informar a sua vontade de realizar ou não um acordo, podendo ser dado um direcionamento diverso a demanda, a exemplo do que ocorre nas *small claim courts* inglesas ou ainda se poderia submeter seu processo diretamente à mediação, como nas *small claim courts* norte-americanas.

Apesar de serem negáveis as vantagens da conciliação, não se pode obrigar a parte a realizar um acordo contra a sua vontade, situação que poderia até a vir a obstar seu mais amplo acesso à justiça.

Verificam-se, na prática, muitas audiências de conciliação desnecessárias, já que ambas as partes não possuem qualquer intenção de realizar um acordo. Do mesmo modo, verificam-se audiências de instrução desnecessárias, quando as partes eram desejosas da realização de um acordo; contudo, precisavam de tempo para conversar.

Pergunta-se ainda se não seria interessante direcionar o processo para a conciliação ou para a instrução conforme a vontade da parte, não sendo obrigatória a audiência de conciliação, de modo a aperfeiçoar a adequada prestação jurisdicional e não submeter as partes a conciliar apenas pela necessidade de reduzir o número de processos.

É possível perceber que a Lei 9.099/95 procurava trazer novas alternativas de composição de conflitos, tanto que estipulou a possibilidade do juízo arbitral, claramente se inspirando no exemplo das *small claim courts* norte-americanas. No entanto, tal dispositivo acabou por tornar-se letra morta, já que aplicada a uma realidade diferente daquela, na qual o juiz leigo tanto poderá ser o árbitro ou o julgador da demanda, sendo que, no primeiro caso, ocorrerá a irrecorribilidade da decisão, não apresentando qualquer vantagem nesta opção.

Assim sendo, ao invés da possibilidade do juízo arbitral, o presente artigo propõe uma reflexão acerca da possibilidade de reduzir o número de processos combinado com a adequada prestação jurisdicional, atendendo ao que a parte

deseja, ao mesmo tempo em que evita burocracias desnecessárias, não tornando a conciliação imprescindível para a instrução, mas sim procedimento autônomo, o que permitiria uma melhor condução do processo.

Não se diz aqui que tal medida resolveria os problemas do acesso à justiça acima apresentados, mas poderia representar um avanço no acesso à justiça, em especial em relação a terceira onda de Cappelletti e Garth, onde todos os operadores do direito buscam a prestação jurisdicional da forma mais adequada possível.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que foi aqui discutido, percebe-se que a experiência dos juizados especiais, no direito brasileiro, consiste em inegável avanço no acesso à justiça, pois aproxima os cidadãos do judiciário. Os indivíduos são estimulados a pleitearem seus direitos, já que não precisam pagar custas, assim como não são obrigados a contratarem advogados para as causas cujo valor não ultrapasse 20 (vinte) salários mínimos.

Contudo, ainda que se verifique um inegável avanço na garantia do direito fundamental à jurisdição, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, assim como no acesso à justiça, vislumbra-se que ainda existem muitos problemas a serem enfrentados ou, ao menos, a demandarem reflexão.

Os pontos que demandam questionamento são: a) se há efetiva assistência judiciária aos cidadãos; b) se há uma representação adequada dos direitos difusos e coletivos e se eles não estariam sido interpostos nos juizados especiais de forma inadequada; c) se os procedimentos dos juizados especiais estão adequados para o efetivo acesso à justiça ou se não seria possível uma reformulação, visando a melhor atender ao cidadão.

O presente artigo propõe-se a debater em especial a última questão, referente à terceira onda de Cappelletti e Garth, tentando levantar a discussão acerca da necessidade da conciliação antes da instrução e se esta não poderia constituir processo autônomo, sendo questionado ao autor, quando do ingresso da ação, se deseja conciliar, como ocorre nas cortes de pequenas causas na

Inglaterra ou como ocorre nos Estados Unidos, onde pode ocorrer a mediação ao invés da submissão da demanda ao tribunal de pequenas causas.

Questiona-se se, com a alteração do procedimento, a prestação jurisdicional não seria mais adequada, ao invés de tentar impor à parte algo que ela não deseja (conciliar ou não conciliar), sendo que, muitas vezes, esta imposição tem como causa o desejo de reduzir o número de processos ao invés de encontrar a melhor solução para aquele caso.

O único objetivo deste artigo é levantar essa discussão, que certamente demanda maior reflexão, mas que pode se apresentar como um primeiro passo na busca do acesso à justiça de modo igualitário e acessível a todos, de forma material.

Como dizem Cappelletti e Garth, não se trata de *“fazer uma justiça mais pobre”, mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres*”, buscando uma igualdade efetiva e material e não tão somente uma igualdade formal (CAPPELLETTI; GARTH; p. 165).

REFERÊNCIAS

Advice Guide. **Using alternative dispute resolution**. Disponível em:

<http://www.adviceguide.org.uk/wales/consumer_w/consumer_taking_action_e/consumer_legal_actions_e/consumer_settling_out_of_court_e/using_alternative_dispute_resolution_adr.htm>. Acesso em: 14/04/2015.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CHASIN, A. C. da M. A informalização da justiça e seu avesso: uma análise das audiências de conciliação nos Juizados Especiais Cíveis de São Paulo. **Dilemas**: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 5, p. 233-265, 2012.

CORDEIRO; C. J.; MIRANDA, L. C. Dos Institutos da Conciliação e da Arbitragem na Lei dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis: estudo de sua relevância para a solução de litígios. **Horizonte Científico** (Uberlândia), v. 1, p. 492, 2009.

CORRÊA, G. A. B. Juizados Especiais Cíveis Estaduais: Acesso à Justiça?. **Revista Eletrônica do CEJUR**, v. 1, p. 85-125, 2008.

COSTE, H. M. **Lei dos juizados especiais cíveis anotadas e sua interpretação jurisprudencial** – 4 ed. atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FERRAZ, L. S. Acesso à justiça qualificado e processamento de demandas repetitivas nos Juizados Especiais Cíveis. **Revista da Ajuris**. Ano 26, n. 75 (set. 1999). Porto Alegre: Ajuris, 1999.

FISHER, H. F. A.; GEBBIN, J. A. J.; LIPPMAN, J.; PFAY, A. **Your Guide to Small Claims & Commercial Small Claims in New York City**, Nassau County e Suffolk County. Access to Justice: Ny State Courts. Disponível em: <<http://www.ag.ny.gov/sites/default/files/pdfs/publications/smallclaims.pdf>>. Acesso em: 14/04/2015.

FRIEDMAN, L. M. **American Law**. New York: W. W. Norton & Company, 1984.

HARRINGTON, C. B. **Shadow Justice**: The ideology and Institutionalization of Alternatives to Court. Westport: Greenwood Press, 1985.

HERMANN, R. T. **O tratamento das demandas de massa nos Juizados Especiais Cíveis**. 2010. 166f. Dissertação – Mestrado Profissional em Poder Judiciário. FGV Direito Rio, Rio de Janeiro. 2010.

JACOBSEN, G.; LAZZARI, J. B. Procedimentos para a solução das pequenas causas no direito comparado e no Brasil. **Revista da Unifebe online 2012**. Disponível em: <<http://www.unifebe.edu.br/revistadaunifebe/20122/artigo011.pdf>>. Acesso em: 11/04/2015.

MANCUSO, R. de C. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, M. P.; MEIRELLES, D. R. S. Juizados Especiais: entre a legalidade e a legitimidade - análise prospectiva dos juizados especiais da comarca de Niterói, 1997-2005. **Revista Direito FGV**, v. 6, p. 371-398, 2010.

MIRANDA; A. N. de M.; OLIVEIRA FILHO, W. R. de; PETRILLO, M. R. de A. Origens históricas dos juizados especiais de pequenas causas e sua problemática atual. **Grupo de Pesquisa sobre os Juizados Especiais Cíveis na Universidade Estácio de Sá**. Disponível em: <http://www.estacio.br/site/juizados_especiais/artigos.asp>. Acesso em: 11/04/2015.

SANTORO, F. S. S. A importância da aplicação dos princípios informativos nos Juizados Especiais Cíveis para evitar a morosidade processual e possibilitar amplo acesso à Justiça. **Revista de Direito UPIS**. União Pioneira de Integração Social. V. 1 (2003) – Brasília, DF. UPIS, 2009.

SANTOS, B. de S. **Por uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

O PARADOXO DO ACESSO À JUSTIÇA: A SOCIOLOGIA DE LUHMANN COMO CRÍTICA AO MODELO DE ACESSO À JUSTIÇA BRASILEIRO

Miguel Marzinetti França

Lucas de Alvarenga Gontijo

RESUMO: Objetiva-se demonstrar que a noção de acesso à justiça na perspectiva quantitativa, tida como aceitável pela quase integralidade da doutrina, mostra-se incompatível com as contingências contemporâneas e com a ordem constitucional democrática, a partir do que se evidenciará a necessidade e possibilidade de readequação hermenêutica da noção de inafastabilidade da jurisdição com alicerce no acesso à justiça qualitativo para atingimento de um sistema multiportas, pautando-se na sociologia jurídica de Niklas Luhmann.

PALAVRAS CHAVE: acesso à justiça; sociologia; Luhmann; jurisdição.

1 INTRODUÇÃO

1.1 Inafastabilidade da jurisdição e o acesso à justiça sob a ótica quantitativa

Examinando-se a Constituição da República, percebe-se ausente menção explícita ao direito de acesso à justiça. Há, não obstante, disposição sobre a qual a doutrina tem assentado a afirmação da presença deste preceito inerente ao Estado Democrático, na medida em que tem posto o referido direito como elemento constitutivo da ideia de inafastabilidade da jurisdição contida no artigo 5º, inciso XXXV, onde se lê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A decorrência interpretativa do acesso à justiça derivado da inafastabilidade acaba por contagiar aquele preceito com o parâmetro quantitativo a partir do qual se compreende este, funcionando de modo a dilatar a admissibilidade daquilo que possa tornar-se objeto de apreciação judicial.

Com a quase ilimitada gama do que pode ser submetido à análise do Estado-juiz, mormente pela uníssona vinculação que se dá ao mencionado artigo

da Constituição da República a um acesso à justiça meramente quantitativo, olvidando-se que os limites da atuação do Poder Judiciário devam pautar-se, também, pelo postulado do acesso à justiça qualitativo, tudo acaba por subir à apreciação dos magistrados, o que encerra por deslindar em provimentos jurisdicionais que tem por objeto questões de toda e qualquer ordem e que comumente percorrem mais de um grau de jurisdição até o atingimento de seu trânsito em julgado.

Invariavelmente a circunstância gera inibição no surgimento de proposições visando à apresentação de formas alternativas de resolução de controvérsias, tanto como a implementação destas formas alternativas e, identicamente, inibem o estancamento do excessivo demandismo que tem como encorajamento esta ótica quantitativa que é própria das análises atuais do acesso à justiça

1.2 Os excessos do acesso e os números do Conselho Nacional de Justiça

A ideia de que pelos provimentos jurisdicionais estatais atingir-se-á a salvação contra as moléstias sociais, incluindo-se aquelas que versam acerca das questões mais intimistas e particulares que seja possível conjecturar, tanto como a ausência de outras vias institucionais extrajudiciais para solução de litígios no Brasil, faz advir uma contaminação dos pretórios, que, por um lado, acabam se tornando por demasiado poderosos, implicando o invariável crescimento de arbitrariedades judiciais, já havendo um cenário em que a autocracia judicial resta por se transformar num severo óbice ao acesso à justiça qualitativo e, firmemente, na impossibilidade de concretização do Estado Democrático, enquanto por outro lado há uma drástica redução da qualidade da tutela dos direitos, o que caracteriza óbice da mesma natureza.

Numericamente a sobrecarga dos pretórios se faz mais que óbvia, conforme se extrai dos trechos do relatório Justiça em Números⁶, publicado pelo CNJ no ano de 2014, tendo como ano-base 2013, entre as páginas 32 a 35, onde se explana o panorama global do judiciário brasileiro.

⁶ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros>, acesso aos 29 de outubro de 2014

O Poder Judiciário apresentou em 2013 quantitativo de 16.429 magistrados, sendo que 13.841 (84%) atuam na primeira instância e 2.305 (14%) são desembargadores. Somam-se a esses os 77 ministros atuantes nos quatro tribunais superiores (STJ, TST, TSE e STM), além dos juízes de Turmas Recursais e Turmas Regionais de Uniformização.

[...]

Os aumentos com as despesas e com a força de trabalho foram acompanhados do aumento na quantidade de casos novos e do estoque, em 1,2% e 4,2% no último ano, respectivamente, o que impactou o crescimento da carga de trabalho por magistrado (1,8%), sendo que tramitaram, no ano de 2013, em média, 6.041 processos por magistrado.

Em linhas gerais, há um crescimento da litigiosidade de forma mais acentuada que os recursos humanos e as despesas. Enquanto que, no último ano (2013), houve crescimento de 1,5% nos gastos totais, 1,8% no número de magistrados e 2% no de servidores, tramitaram cerca de 3,3% a mais de processos nesse período, sendo 1,2% a mais de casos novos e 4,2% de casos pendentes de anos anteriores. Já o total de processos baixados aumentou em apenas 0,1% em relação ao ano anterior, ou seja, o aumento na estrutura orçamentária, de pessoal e da demanda processual dos tribunais não resultou necessariamente em aumento, proporcional, da produtividade.

Tramitaram aproximadamente 95,14 milhões de processos na Justiça, sendo que, dentre eles, 70%, ou seja, 66,8 milhões já estavam pendentes desde o início de 2013, com ingresso no decorrer do ano de 28,3 milhões de casos novos (30%). É preocupante constatar o progressivo e constante aumento do acervo processual, que tem crescido a cada ano, a um percentual médio de 3,4%. Some-se a isto o aumento gradual dos casos novos, e se tem como resultado que o total de processos em tramitação cresceu, em números absolutos, em quase 12 milhões em relação ao observado em 2009 (variação no quinquênio de 13,9%). Apenas para que se tenha uma dimensão desse incremento de processos, a cifra acrescida no último quinquênio equivale a soma do acervo total existente, no início do ano de 2013, em dois dos três maiores tribunais da Justiça Estadual, quais sejam: TJRJ e TJMG.

O total de processos baixados, por sua vez, aumenta em proporções menores desde o ano de 2010, com crescimento de 0,1% no último ano e de 9,3% no quinquênio. Tal comportamento é semelhante ao apresentado pelos casos novos, conforme o Gráfico 9. Desde o ano de 2011 o quantitativo de processos baixados é inferior ao de casos novos, ou seja, o Poder Judiciário não consegue baixar nem o quantitativo de processos ingressados, aumentando ano a ano o número de casos pendentes. Este indicador do total de processos baixados divididos pelo número de casos novos é conhecido como o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), que diminui desde o ano de 2009, passando de 103% nesse ano para 98% em 2013.

Assim, desaguando todas as controvérsias sociais no Judiciário, não é crível que se espere que o Estado suporte e assuma integrais encargos por tamanha litigiosidade, onde se tem a aproximação média de um processo judicial para cada dois habitantes no Brasil.

Ademais, e como se vê, em quantidade crescente a cada ano, sendo o número de processos baixados superado pelo número de processos distribuídos,

levando, quando divididos o número total de processos pelo número total de magistrados, ao acervo de 6.041 processos por magistrado.

Há quem culpe a falta de infraestrutura, o despreparo de magistrados e servidores e outras tantas questões institucionais com os fins de buscar justificativa plausível para a sobrecarga da Justiça brasileira, afirmando igualmente que este demandismo tem raízes culturais.

Que há uma tendência à litigiosidade na sociedade brasileira, é muito claro, noutra perspectiva, contudo, este mesmo demandismo é justificado a partir da cláusula da inafastabilidade da jurisdição, por constitucionalistas e processualistas, com operadores do direito reproduzindo tal justificação, e aceitando, numa noção estritamente quantitativa do acesso à justiça, que todos os anseios e angústias sociais tenham vazão direta para o Estado-juiz.

Simultaneamente, e aí se configura o paradoxo, estes mesmos doutrinadores e operadores do direito caem em lamúrias acerca da conjuntura atual da crise da Justiça pátria.

1.3 A necessidade de adequação hermenêutica na perspectiva qualitativa

Em que pese a preocupação doutrinária e jurisprudencial com a qualidade da prestação jurisdicional e sua adequação à cláusula do devido processo de direito, uma análise do acesso à justiça sob o aspecto quantitativo ou, mais claramente, uma perspectiva a partir da qual prepondera a possibilidade exacerbada do exercício do acesso ao judiciário, e não à justiça, com esta indevida prevalência da noção de inafastabilidade da jurisdição, impede, dentre outras questões já apontadas, que se construa, no Brasil, uma noção de acesso à justiça voltada para acesso ao meio mais efetivo de solução da controvérsia, os quais perpassariam pela arbitragem, pela mediação, pela conciliação e por outras alternativas já existentes, capazes de estruturar um sistema multiportas de solução de litígios.

Não apenas com um arco procedimental integralmente pautado pelo contraditório tomado como direito de influência e não surpresa, onde a estruturação discursiva permitirá a limitação da autocracia judicial, como já se

propõe no novo Código de Processo Civil, mas também pela redução dos limites da atuação jurisdicional analisada sob o prisma do acesso à justiça qualitativo em detrimento do acesso meramente quantitativo, frente ao princípio da eficiência da prestação jurisdicional, é que se edificará um espaço propício à construção do *Estado Democrático de Direito* já delineado na Constituição da República e, sobretudo, haverá maior garantia de um acesso à justiça que congregue todos os elementos essenciais à tutela efetiva dos direitos.

Justamente por ser espaço de concretização do Estado pautado pelo paradigma da democracia, ultrapassando a noção formal decorrente das reminiscências jurídico-filosóficas oitocentistas de que o processo é tido como mero instrumento da jurisdição, é que deve haver a limitação, daquilo que deva ou não tornar-se objeto de processo judicial, a ser explorada.

Trazida ao lume tal problematização, tornar-se-á forçosa a análise e a demonstração de que o monopólio da jurisdição pelo Estado não deságua no rígido entendimento pela amplitude exacerbada daquilo que deva ser objeto de apreciação judicial.

Nesta vereda, por todo o exposto, com os fins de se permitir a adequação hermenêutica pautada no acesso qualitativo à justiça, derrubando a corrente uníssona da vinculação do acesso à justiça pela ótica quantitativa da inafastabilidade, se mostra necessária a aproximação de elementos de Teoria do Direito, perpassando pela Filosofia e pela Sociologia jurídicas, que são aptas a servirem de sólidos alicerces ao movimento qualitativo que se propõe, resolvendo um problema que parte da noção de acesso à justiça, elemento estudado essencialmente por processualistas, mas que tem consequências diretas a todos os ramos da pesquisa jurídica comprometida com a efetivação do *Estado Democrático de Direito*. Daí, pois, Niklas Luhmann surge como parâmetro crítico fundamental a ser mais e melhor trabalhado.

2 ACESSO À JUSTIÇA, A DOCTRINA PROCESSUAL, EFICIÊNCIA, RAZOÁVEL DURUÇÃO DO PROCESSO E A POSSIBILIDADE DE CRÍTICA A PARTIR DE LUHMANN

Pela problematização da perspectiva quantitativa do acesso à justiça frente à necessidade de concretização do *Estado Democrático de Direito*, será possível estabelecer uma adequação hermenêutica pautada num prisma qualitativo, com o devido ajuste interpretativo da disposição constitucional de onde se extrai a inafastabilidade da jurisdição, pautando-se pela eficiência da prestação jurisdicional, buscando a tutela efetiva dos direitos, com a superação da ótica estritamente quantitativa que usualmente se dá ao instituto.

Isso porque tal disposição, apesar de ser interpretada ainda pela predominância da inafastabilidade, será observada por um prisma mais estreito, dada a proposta de diminuição dos limites da atuação do Estado pela via da tutela jurisdicional.

Em síntese, será tida como inafastável a jurisdição desde que o objeto a ser submetido à apreciação do Estado-juiz esteja dentro das fronteiras em que se terá por necessária a atuação jurisdicional, a qual parece dever ser considerada enquanto não se mostrar plausível que outro terceiro desinteressado, que não o magistrado, possa solucionar a controvérsia, de forma a permitir que o Estado-juiz atue num ambiente onde se torne possível a prática de atos decisórios conscientes e voltados à construção do *Estado Democrático de Direito*.

Nesta senda se fará viável consolidar o estabelecimento de parâmetros teóricos capazes de consolidar uma jurisdição estatal democrática, almejando transformar o processo em algo mais que mero instrumento de prestação da tutela jurisdicional, mas sim um meio de edificação da democracia.

Ademais, com os parâmetros teóricos da jurisdição no *Estado Democrático de Direito*, respeitadas tais diretrizes e bases teóricas, permitir-se-á o estancamento da crescente autocracia judicial, resultando, por mais essa razão, na garantia de um acesso à justiça qualitativo.

Contudo, para que se torne possível a adequação hermenêutica proposta, é forçosa a apresentação de fundamentos relevantes que sirvam de via de análise

e problematização da perspectiva quantitativa e suas consequências negativas para o Direito e o sistema judiciário.

Assim, no que tangencia os fundamentos que sirvam de via de análise e problematização da perspectiva quantitativa e suas consequências, mostra-se apropriada a compreensão sociológica de Niklas Luhmann acerca do Direito, que tomando o Direito num viés sistêmico de complexidade elevada, daí decorrendo o altíssimo nível de contingências no sistema, as quais perpassam pela vereda quantitativa, acaba por esclarecer os mecanismos de simplificação decisória de funcionamento condicional, binário, inadequado à efetiva tutela dos direitos numa jurisdição democrática.

É de se ressaltar que Luhmann aponta com total clareza a ocorrência do afastamento da consciência do juiz dos efeitos do ato decisório na prestação da tutela jurisdicional, na medida em que o julgador funciona de modo automatizado pela programação condicional do sistema, implicando superficialidade na análise casuística e também a simplificação dos mecanismos de controle qualitativo do ato decisional dos órgãos judicantes hierarquicamente inferiores pelos órgãos hierarquicamente superiores.

Ter-se-á de forma sólida, pois, a possibilidade de problematização da perspectiva quantitativa do acesso à justiça e o embasamento necessário à adequação hermenêutica focada no acesso qualitativo, com propósito à ideia de acesso ao melhor meio de solução de controvérsia e, também, capaz de tornar mais relevante a possibilidade de se erigir um modelo de *Estado Democrático de Direito* a partir desta consciência qualitativa, a qual, igualmente, servirá de fundamento para a estabilização decisória dos tribunais brasileiros, podendo assim suas decisões servirem de parâmetro de condutas para a sociedade.

Há, efetivamente, é de se salientar, um problema ideológico. A construção doutrinária e jurisprudencial da garantia do acesso à justiça na Constituição da República tem gerado um caminhar na mão inversa da implementação de um *Estado Democrático de Direito*.

Logo, pela apresentação de parâmetros jurisprudenciais para uma jurisdição atual, tendo como balizadores o princípio da eficiência e a necessidade de fomentar a resolução extrajudicial de conflitos, buscar-se-á a imperiosa ampliação

da visão de processo como meio de concretização do *Estado Democrático de Direito*, o que por certo é temática essencial à compreensão e evolução da ciência jurídica.

No prisma teórico, tem-se por apropriada a atualização da concepção de acesso à justiça, a otimizar e fornecer critérios qualitativos elementares para construção de uma teoria que permita discutir a eficiência do Judiciário, com foco na redução de custos temporal, financeiro e pessoal.

Para além do interesse aos processualistas e constitucionalistas, os quais usualmente se debruçam sobre a temática do acesso à justiça, é igualmente relevante para todos os jurisdicionados e operadores do direito, na prática forense cotidiana, os quais se beneficiariam pela técnica de melhor uso do exercício intelectual dos magistrados, posto que estes exerceriam a função jurisdicional a partir de uma seleção daquilo que seria objeto de sua apreciação, com uma racionalização da atuação do Estado por meio da tutela jurisdicional.

Tudo isso, com fundamento essencial e central na Teoria do Direito comprometida com a ideia de justiça e seu uso para que se compreenda e se edifique o *Estado Democrático de Direito*, servirá de garantia ao encaminhamento do Direito no Brasil ao rumo da superação deste problema ideológico que é óbice à noção de acesso à justiça como acesso ao meio mais adequado de solução para determinada controvérsia, o que permitiria um melhor tratamento às contingências da contemporaneidade e, assim, a eficaz consolidação do *Estado Democrático de Direito*.

Avançando, pois, e tomando uma perspectiva histórica, é de se destacar a vinculação que já se tinha no medievo, em Portugal, de justiça e um poder divino, conforme bem salienta ALBUQUERQUE (2012), quem ainda demonstra que a virtude da justiça era tida como inerente à grandiosidade da figura da realeza, o que de certa forma se transmitiu à figura dos juízes e persevera como reminiscência histórica, apesar de tomar outras feições.

Na idade moderna, ainda em Portugal, também se percebe proeminência da autocracia judicial, evidenciada por HOMEM (2003) ao destacar a liberdade dada aos magistrados para decidir.

Daí porque, com devir dos anos, atingindo a contemporaneidade, é que se faz capital a crítica trazida por LEAL (2002), abarcando a autocracia judicial, a questão da decisão e a impossibilidade de se sustentar as noções clássicas de jurisdição quando se toma por paradigma o *Estado Democrático de Direito*.

Ainda assim muitíssimo pouco se vê na doutrina processual pátria discussão acerca do acesso à justiça, na perspectiva qualitativa, que promova o exame desta questão sob o ângulo qualitativo.

Não apenas pela morosidade do sistema e nem para que a ideia funcione como válvula de escape de modo que se torne forma de solução efêmera desta morosidade é que se levanta o questionamento relativo à visão qualitativa de acesso à justiça, mas sim pelo questionamento, considerada a monopolização da jurisdição, de qual seria o limite da atuação jurisdicional do Estado frente a problemas que em tese poderiam ter resolução extrajudicial, seja no âmbito privado ou público, mas são levados ao Judiciário.

Importante salientar que também não se questiona a monopolização da jurisdição pelo Estado, mas tão apenas suas implicações se se toma a regulação quantitativa do acesso aos órgãos judiciários.

Quanto aos entraves, severos são os apontamentos de LACERDA (2009, pp. 16-17), os quais refletem o quadro contraproducente que se estabeleceu. Afirma o doutrinador que neste quadro:

Pouco importa que os pretórios se inundem de processos. Tudo deve forçosamente subir à consideração do magistrado porque este garante uma justiça perfeita por presunção. [...] tudo [...] deve convergir para o judiciário. Que este se entulhe de autos e que, em consequência, haja autêntica denegação da justiça, pouco importa. Salve-se o princípio da oportunidade a todos de uma justiça individual perfeita, embora ninguém na prática receba essa justiça, na oportunidade devida. [...] Constituintes, legisladores, juízes e advogados, também, nada mais fazem que espelhar o reflexo de uma cultura individualista e, por vezes, atrozmente egoísta.

Ademais, neste cenário, se por um lado há aqueles que estabelecem discurso quanto ao deficit de infra-estrutura ou do número de magistrados como fonte causadora dos problemas de sobrecarga do judiciário, por outro se tem juízes e tribunais aceitando enxurradas de demandas sob o pretexto da máxima da inafastabilidade da jurisdição.

Enxurrada que se origina da atividade dos advogados que, além de enxergarem a função jurisdicional com a lente da inafastabilidade do controle jurisdicional e, portanto, ligada a uma premissa quantitativa, se vêem sem alternativas extrajudiciais a serem empregadas em condições de apresentar resultados concretos; tanto como há, de modo geral, falhas na própria formação profissional destes operadores do direito naquilo que toca a tentativa de resolução extrajudicial dos conflitos, o que resulta numa deturpação ainda maior da visão qualitativa que se poderia ter tangenciando o acesso à justiça.

Curioso é o que se percebe na obra de CAPELLETTI e GARTH (1988, p. 81), primeiramente quando apontam que:

Os reformadores estão utilizando, cada vez mais, o juízo arbitral, a conciliação e os incentivos econômicos para a solução dos litígios fora dos tribunais. Essas técnicas, é preciso de que se diga, podem ser obrigatórias para algumas ou todas as demandas, ou podem tornar-se disponíveis como opção para as partes.

A asserção já demonstra a necessidade de uma perspectiva que venha a estabelecer novos parâmetros teóricos para uma jurisdição democrática, preocupando-se eficazmente com uma reflexão qualitativa do acesso à justiça, daí porque a eventualidade de se tornarem obrigatórios estes meios alternativos.

Entretanto, e grande atenção deve ser dada a tal consideração, os autores ainda trabalhavam com premissa mais otimista do que a realidade do demandismo brasileiro hodierno.

Isso porquanto, em nota de rodapé, fazem menção a estudo de FRIEDMAN e PERCIVAL (1976, p. 267), no qual constataram os doutrinadores que “sem dúvida, os tribunais ainda são muito úteis, de numerosas formas; mas eles quase não são procurados pelos indivíduos para resolver problemas pessoais”.

Realidade completamente diversa daquilo que se vivencia no cotidiano dos órgãos jurisdicionais pátrios, o que, resta concluir, faz mais urgente a inevitabilidade de uma análise qualitativa em detrimento da quantitativa e, para tanto, faz-se pertinente a adequação hermenêutica da noção de inafastabilidade da jurisdição na sistemática constitucional, para o estabelecimento uma nova concepção de jurisdição.

Como apontamento preliminar à reconstrução hermenêutica, importante, principalmente pela harmonia que há entre esta ideia e o que preleciona OLIVEIRA (2003, pp. 9-10), porque:

Qualquer pensamento moderno acerca dos procedimentos deve tomar em consideração suas conexões internas e externas. O simples estudo da técnica – um mero meio de obter certo resultado – não é suficiente, porque os procedimentos, enquanto um fenômeno cultural, conformam-se a valores sociais, ideias, utopias, estratégias de poder, fatores sociais, econômicos e políticos. Portanto, é sempre necessário se atentar aos laços da realidade social exterior: a maior miopia que pode afetar um especialista em processo é considerar o processo como uma medida para tudo. Nenhuma tentativa para controlar a discricionariedade do Estado e ao mesmo tempo estabelecer padrões que permitam que o processo alcance seus objetivos em tempo razoável e também somar à justiça pode resultar frutífera se ele não considera as correntes políticas, culturais e axiológicas dos fatores condicionantes determinantes do seu processo de organização e estruturação.⁷

Certo é que a Constituição da República estabelece a estruturação de um *Estado Democrático*, evidentemente tornando tal modelo estatal o próprio paradigma interpretativo a ser considerado. Tomada tal consideração, é o que prelecionam NUNES e TEIXEIRA (2013, p. 13), porque o que se deve pretender é:

Desenvolver uma compreensão do acesso à justiça à luz do paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito (Habermas). [...] conceito que exige do pensamento jurídico o compromisso não só com a produtividade numérica, com o socorro da crise do Judiciário, mas, sobretudo, com a qualidade das decisões e com a legitimidade do exercício do poder jurisdicional.

No paradigma do *Estado de Democrático*, destaca SILVA (2012, p. 40), o processo funciona como forma de “concretizar a elaboração, a fiscalização e a reconstrução do direito”.

Portanto, em última análise, pode-se concluir que serve o processo como meio de construção e efetivação do próprio *Estado Democrático*, o que faz forçoso que a interpretação dos institutos processuais convirja a tal finalidade, de

⁷ No original: Any modern thinking about the proceedings must take their internal and external connections into consideration. The sheer study of technique - a simple means to obtain a certain result - is not enough, because the proceedings, as a cultural phenomenon, conform to a society's values, ideas, utopias, power strategies, social, economic and political factors. So, it is always necessary to pay attention to the ties of the outside social reality: the greatest myopia a procedural expert may suffer from is to regard the proceedings as a measurement for everything. No attempt to control state discretion and at the same time establish patterns which allow the proceedings to reach their goals in reasonable time and also add up to justice may result fruitful if it does not regard political, cultural and axiological currents of the conditioning and determining factors of its structural process and organization.

onde se espera um acesso à justiça qualitativo, destacadamente na perspectiva da função jurisdicional do Estado, considerando, a partir deste ponto, que a monopolização da jurisdição pelo Estado não implica em invariável análise quantitativa deste fenômeno.

Importante ter como base, indica MITIDIERO (2007, p. 90), que há vinculação direta do “problema do direito à tutela jurisdicional ao problema da concretização das normas constitucionais”.

Disto se torna viável infirmar a ideia de que pelo desígnio a que se presta o poder judiciário, detentor da jurisdição monopolizada pelo Estado, precisa ser exercida maior regulação daquilo que deva ou não ser objeto do desempenho desta atividade que lhe é própria

O agir pelo raciocínio quantitativo acaba por desviar a eficiência pretendida da atuação jurisdicional para questões que, sob um olhar qualitativo, não mereceriam este dispêndio de eficiência, o qual contribui grandemente para os entraves que maculam o exercício da prestação do poder de jurisdição do Estado.

A eficiência tem caráter bastante vasto neste âmbito, conforme bem destaca BRÊTAS (2009, p. 150):

A eficiência e a adequação do serviço público jurisdicional constituem dever jurídico do Estado, por força de recomendação constitucional, e pressupõem, por parte dos órgãos jurisdicionais, obediência ao ordenamento jurídico e utilização dos meios racionais e técnicas modernas que produzam o efeito desejado, qual seja, serviço público jurisdicional prestado a tempo e modo, por meio da garantia constitucional do devido processo legal, preenchendo sua finalidade constitucional, a de realizar imperativa e imparcialmente o ordenamento jurídico, apto a proporcionar um resultado útil às partes.

Pela proposição que se construiu até o momento, válida se faz a consideração trazida por BEDAQUE (2006, p. 50), para quem “efetividade, celeridade e economia processual são importantíssimos princípios processuais relacionados diretamente com a promessa constitucional de acesso à justiça”.

Ainda nesta linha, retornando à alusão feita à razoável duração do processo como consequência da eficiência estatal na prestação jurisdicional, e considerando neste exame o apontamento da geração de entraves pelo desvio de eficiência nascido da visão quantitativa do acesso à justiça, bem revela BRÊTAS (2009, pp. 161-162) a importância do provimento jurisdicional tempestivo, porque:

[...] o povo tem não só o direito fundamental à jurisdição, como, também, o direito a que este serviço público monopolizado e essencial do Estado lhe seja prestado dentro de um prazo razoável. [...] Logo, o direito fundamental do povo de acesso à jurisdição também abrange o direito de obter do Estado um pronunciamento decisório em prazo razoável. Se descumprida pelo Estado esta recomendação constitucional, a função jurisdicional se qualifica como inacessível ao povo [...].

Mostra-se, pois, imperativa a busca por uma visão atual da jurisdição, pautada no paradigma do *Estado Democrático de Direito*, com os fins de propiciar um acesso à justiça com maior ênfase à perspectiva qualitativa, com foco na eficiência da prestação jurisdicional e reduzindo, como consequência, a autocracia judicial.

Para esse fim, se mostra adequada a análise sociológica desenvolvida por Niklas Luhmann.

Quanto à percepção Luhmanniana, há trecho que traz à baila relevante ideia capaz de funcionar como dínamo das críticas que se pretende realizar ao sistema focado na perspectiva quantitativa. Nesta linha, no segundo volume de seu *Sociologia do Direito*, LUHMANN (1985, p. 31) aduz que:

É necessário reconhecer que o estilo da decisão jurídica submetida a programações condicionais implica necessariamente que junto com o “se” estatui-se também o “então”, aceitando suas consequências sem calculá-las ou valorá-las.

Nas páginas seguintes, LUHMAN (1985, p. 33-34) apresenta síntese desta ideia:

Em resumo, a forma da programação condicional possibilita uma expansão das capacidades, imprescindível para reestruturação do direito no sentido da positividade e o respectivo aumento da complexidade do direito: possibilidade de variação racional, desafogamento de exigências desmedidas em termos de atenção, responsabilidade por consequências e de comunicação coordenadora. À especificação e à positivação funcionais o direito corresponde uma redução do nível das exigências quanto a esses aspectos. Tais renúncias, no entanto, não são irrelevantes – e isso pode ser nitidamente observado na renúncias à responsabilidade pelas consequências. Elas deixam diversos problemas em aberto, provocando assim a procura de dispositivos suplementares e compensadores.

Deste modo, resta preclara a constação e crítica de Luhmann, a partir do que é possível desenvolver a problematização do acesso à justiça vinculado à inafastabilidade da jurisdição, o que a acaba por diminuir qualitativamente os resultados da prestação jurisdicional.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se pretendeu foi a demonstração de que novos parâmetros teóricos para a compreensão da garantia constitucional do acesso à justiça no Brasil, pautados numa perspectiva qualitativa, são essenciais para a superação da caótica situação hodierna da Justiça brasileira, situação esta que se constituiu historicamente a partir do trabalho de doutrinadores e legisladores descompromissados com a Teoria do Direito.

Acredita-se, portanto, que a Teoria do Direito é capaz de se organizar como um campo fértil de debate para a problematização e solução de questões normalmente tidas como objeto de estudo de outras áreas de especialidade do Direito, e que são capitais para a implementação de um *Estado Democrático de Direito*, o que acaba por evidenciar que tais problemas, quando intrinsecamente vinculados ou passíveis de serem solucionados a partir de definições sociológicas ou filosóficas, são essencialmente problemas da própria Teoria do Direito.

A ideia de democracia, pois, perpassa pela gestão otimizada dos serviços públicos, uma vez que a qualidade do serviço prestado à população garante a eficiência do sistema democrático de direito, mormente enquanto se tem a função jurisdicional do Estado como núcleo do estudo a se desenvolver.

Estudo esse que, além das implicações teóricas relevantes, tem pleno potencial para gerar resultados práticos diretos para a contenção do crescente colapso institucional do Judiciário pátrio.

Se, pois, Luhmann aponta uma realidade de empobrecimento nas práticas decisórias, torna-se possível o uso de suas construções teóricas aspirando fazer transparecer, com toda clareza, as impropriedades das políticas públicas e dos posicionamentos doutrinários majoritários acerca do acesso à justiça.

Daí porque, pelo aprofundamento e pela expansão de conceitos Luhmannianos, tal como o de desafogamento de atenção, permitir-se-á uma nova delimitação do que se pretende na atuação da jurisdição estatal no Brasil.

REFERÊNCIAS

- ABREU, L. S. de. **Direito, ação e tutela jurisdicional**. Coleção Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, 6 vol.
- ALBUQUERQUE, M. de. **O poder político no renascimento português**. 2. ed. Lisboa: Babel, 2012, 405 pp.
- BEDAQUE, J. R. dos S. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, 601 pp.
- CALAMANDREI, P. **Direito processual civil**. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas. Bookseller. 1999, 3 vol.
- CAPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, 168 pp.
- CARBASSE, J.-M.; DEPAMBOUR-TARRIDE, L. (Org.). **A consciência do juiz na tradição jurídica europeia**. Trad. Cleonice Paes Barreto Mourão. Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2010, 399 pp.
- CATTONI, M. **Processo Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Pergamum, 2013, 474 pp.
- COSTA, A. de A. L. da. **Direito processual civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Konfino, 1946, 4 vol.
- COUTURE, E. J. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Rubens G. de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, 408 pp.
- DIAS, R. B. de C. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, 196 pp.
- DINAMARCO, C. R. **Nova era do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 335 pp.
- GONTIJO, L. de A. **Filosofia do Direito: Metodologia Jurídica, Teoria da Argumentação e Guinada Linguístico-pragmática**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, 154 pp.
- HOMEM, A. P. B. **Judex Perfectus: Função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal 1640-1820**. Coimbra: Almedina, 2003, 901 pp.
- KOZICKI, K. Levando a Justiça a sério. **Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, 4 vol.

LACERDA, G. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 292 pp.

LEAL, R. P. **Teoria geral do processo**. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, 312 pp.

LEAL, R. P. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, 206 pp.

LIEBMAN, E. T. **Manual de direito processual civil**. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, 3 vol.

LUHMANN, N. **Sociologia do Direito**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, 2 vol.

MESQUITA, J. I. B. de. **Teses, estudos e pareceres de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 3 vol.

MITIDIERO, D. **Processo civil e Estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 108 pp.

NALINI, J. R. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, 183, pp.

NERY JR, N. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 415 pp.

NUNES, D.; TEIXEIRA, L. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, 215 pp.

OLIVEIRA, C. A. A. de. **Mauro Capelletti and the Brazilian Procedural Law**. Disponível em:

[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(5\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(5)%20-formatado.pdf). Acessado em 15.ago.2013.

PRODI, P. **Uma história da justiça**. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 549 pp.

ROCHA, L. S. (Org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM Editora, 1997, 314 pp.

SILVA, R. C. da. **Direito e processo: a legitimidade do Estado democrático de direito através do processo**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, 102 pp.

**CRISE DA JURISDIÇÃO, DO ACESSO À JUSTIÇA E MEDIAÇÃO COMO
PARÂMETRO EMANCIPATÓRIO E PARTICIPATIVO NA RESOLUÇÃO DE
CONFLITO**

**THE CRISIS OF JURISDICTION, ACCESS TO JUSTICE AND MEDIATION AS
AN EMANCIPATORY AND PARTICIPATORY PARAMETER IN CONFLICT
RESOLUTION**

Thaíse Nara Graziottin Costa⁸

Cheila Aparecida de Oliveira⁹

RESUMO: O presente artigo pretende apontar a crise e a transformação da jurisdição e do acesso à justiça, bem como sugerir a oportunidade de uma jurisdição complexa e humanista pela opção dos jurisdicionados como parâmetro emancipatório e participativo do cidadão na resolução de conflitos. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com base em pesquisas bibliográficas. Assim, inicialmente a abordagem está centrada na crise da jurisdição tradicional e da crise do próprio Estado, ressaltando as três perspectivas da crise: crise estrutural, crise objetiva ou pragmática e crise subjetiva ou tecnológica. A seguir procura-se apontar o direito de acesso à justiça e os obstáculos que ocorrem na modernidade. Ainda procura-se demonstrar a necessidade do Estado construir um sistema jurídico e procedimental mais humano, por meio de políticas públicas que proporcione o acesso a justiça, deixando de lado o puro instrumentalismo, a formalidade e a morosidade do Judiciário para assegurar a justiça, bem como satisfazer uma sociedade cada vez mais multicultural, plural e afetiva. Logo em seguida, aponta-se o direito de acesso à justiça e os obstáculos da modernidade e, para concluir, apresenta-se a oportunidade de uma inovação na forma de jurisdição com a possibilidade da mediação como meio emancipatório e participativo do cidadão na resolução de seus conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: crise; jurisdição; acesso; justiça; mediação.

⁸ Doutoranda da Faculdade Estácio de Sá do Rio de Janeiro, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Advogada, Mediadora Judicial e Professora de Direito Civil, Prática Jurídica IV, (Mediação) Família, Sucessões da Imed - Faculdade Meridional de Passo Fundo. RS

⁹ Doutoranda da Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro, Mestre em Direito, Advogada e professor de Direito Civil, na Faculdade Meridional de Passo Fundo - RS

ABSTRACT: This article points to the crisis and transformation of jurisdiction and access to justice, as well as the opportunity to suggest a complex and humanistic jurisdiction by the jurisdictional option as emancipatory and participatory citizen parameter in conflict resolution. We use the hypothetical- deductive method, based on literature searches. Thus, initially the approach is centered on the traditional jurisdiction and the Crisis of the State crisis, highlighting the three perspectives of the crisis: structural crisis, crisis and pragmatic objective or subjective or technological crisis. The following seeks to point the right of access to justice and obstacles that occur in modernity. Also seeks to demonstrate the need for the state to build a more humane legal and procedural system , through public policies that provide access to justice , leaving aside pure instrumentalism , formality and lengthy judiciary to ensure justice and satisfy an increasingly multicultural , pluralistic society and affective . Soon after, it points to the right of access to justice and obstacles of modernity and, to conclude, it presents the opportunity to innovate in a form of jurisdiction with the possibility of mediation through emancipatory and participatory citizen in resolving their conflicts.

KEYWORDS: crisis; jurisdiction; access; justice; measurement.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende debater sobre o Direito Privado, a Crise da Jurisdição e a questão do acesso à justiça com a possibilidade da Mediação de conflito na perspectiva emancipatória e participativa do cidadão na solução de seus próprios conflitos, por meio de técnica não adversarial.

Embora a prerrogativa constitucional de que o Estado não deixará de jurisdicionar sobre lesão ou ameaça de direito (art. 5º, no inciso XXXV) levada ao seu conhecimento garanta a todos os indivíduos o direito de acesso à Justiça, tal direito não tem sido sinônimo de prestação jurisdicional efetiva. Significa afirmar, em outras palavras, que o Poder Judiciário, embora sustente um papel ativo na resolução das demandas sociais que são levadas à sua apreciação, para que a solução seja encontrada, precisa garantir uma mais direta participação da sociedade, como forma de democratização do acesso à justiça.

O acesso à justiça, portanto, não se resume apenas à possibilidade de submeter o conflito, por meio do processo, ao crivo do Poder Judiciário. É muito mais. É superar o puro instrumentalismo, a formalidade e a morosidade do

Judiciário para assegurar a justiça, ou, segundo uma ótica mais abrangente, é dar maior celeridade aos instrumentos e técnicas existentes e capazes de solucionar os conflitos, sem que o Judiciário tenha o único protagonismo das decisões. É a possibilidade de inovar, de assumir a complexidade das relações e necessidade de incluir o sujeito e o diálogo construtivo nas decisões tanto no âmbito público como privado. E uma das técnicas capazes de democratizar o acesso à justiça é, sem dúvida, a mediação de conflitos.

O modelo tradicional de jurisdição, na contemporaneidade, se apresenta como atividade de monopólio estatal, exercida pelos juízes e esgotada pela sentença, em uma função declaratória, impositiva, ineficaz e lenta, apenas conferindo um direito formal ao cidadão, que é o direito de ação, na maioria das vezes, insuficiente e insatisfatório.

No panorama de crise jurisdicional na modernidade atingiu também a Parte Geral do Direito Civil, ou seja, mas podemos dizer que houveram transformações significativas “com a pessoa, com o negócio jurídico, o contrato, a propriedade e a culpa.” (LORENZETTI, 1998, p.60).

Ainda, a questão de análise da noção de Estado traz uma resposta tão simples quanto repleta de consequências, segundo Burdeau: (2005, p.XI).

[...] os homens inventaram o Estado para não obedecer aos homens, fizeram dele a sede e o suporte do poder cuja necessidade e cujo peso sente todos os dias, mas que, desde que seja imputada ao Estado, permite-lhes curvar a uma autoridade que sabem inevitável sem, porém, sentirem-se sujeitos a vontades humanas. O Estado é uma forma de Poder que enobrece a obediência. Sua razão de ser primordial é fornecer ao espírito uma representação do alicerce do Poder que autoriza fundamentar a diferenciação entre governantes e governados sobre uma base que não seja relações de força.

Aliada a uma sociedade multicultural temos o pluralismo jurídico, pois podemos considerar “a coexistência, em dado momento, num mesmo grupo político, de vários focos geradores de ordem jurídica (a família, a empresa, o sindicato, por exemplo), que criam um direito que se justapõe ao que emana das agências oficiais.” (BURDEAU, 1998, p.72).

Ademais o “movimento de acesso à justiça tem sido descrito como uma reação contra o positivismo jurídico, que reduzia o papel do Juiz a exclusiva aplicação da lei, sua origem encontram-se no realismo jurídico, e na jurisprudência de interesses.” (LORENZETTI, 1998, p.92).

Como o direito é visto como um sistema aberto, vinculado, apoiando-se em uma interpretação contextual, não apenas pode ser analisada a dogmática procedimental, mas também a sua duração, a influência das custas, do tempo, o impacto sobre os indivíduos, os grupos e a sociedade.

Nesse sentido, Lorenzetti aponta obstáculos encontrados ao efetivo acesso à Justiça, que são: o econômico, pelo qual muitas pessoas não têm acesso à justiça, em virtude de sua pobreza; o organizativo, pelo qual o interesse coletivo ou difuso não são eficazmente protegidos; o processual, pelo qual o processo tradicional são ineficaz para garantir este interesse. (1998, p. 93).

Ainda, outros problemas perfazem a Jurisdição na atualidade, ou seja, a falta de preparo para assumir uma nova organização judiciária focada na eficiência e administração de processos, os novos ramos de abrangência que diversificou muito a atuação dos juízes nos mais diversos temas: “[...] os Litígios de alta complexidade, de espécies distintas, 3. De tramitação complicada – supremacia da Constituição 4. O litígio constitucional, 5 De reposta imediata. 6. Ações Civil pública, 7. Litígio de justiça privada.8. Processos transnacionais entre outros,” (LORENZETTI, 1998, p. 95), assim cabe aos juízes, intensificar seus estudos em maior eficiência através de especializações.

Um aspecto importantíssimo da questão do acesso à Jurisdição é a possibilidade de flexibilização das estruturas formais do processo tradicional, que para um Poder Judiciário tradicional, hierarquizado, formal, inflexível e duro, ainda existe uma dificuldade grande de dar uma abertura para novas formas de acesso à justiça, sem estar conectado no processualismo positivista do século passado.

O tradicionalismo do Poder Jurisdicional torna-se rígido e inflexível o direito, assim a velha do rigorismo jurídico é um entrave para ocorrer mudanças no Judiciário, pois a herança do direito privado do código de 1916, acredita que a Jurisdição propriamente dita é aquela exercida pelo Estado-Juiz, desta forma outras formas estariam percorrendo a segunda classe do direito, assim reflete Lorenzetti:

Sugere-se a mediação, a arbitragem, a oralidade, o abandono da rigidez jurisdicional, a superação da inflexibilidade do direito subjetivo como sustentáculo da ação, tribunais de pequenas causas, tribunais vicinais e uma atividade criadora, quase livre, do juiz.

Trata-se de um processo diferente, mais barato, mais flexível, que favorece o acesso.

Poderia isso representar uma justiça de segunda classe? Talvez seja este o risco maior que apresenta esta alternativa, que, ao buscar a eficiência, pode acabar por violar as regras do devido processo. O que se pretende, em definitivo, é o processo justo. (LORENZETTI, 1998.p. 96).

O Poder Judiciário não pode mais ser considerado o único meio de resolução de conflitos, pois não é capaz de decidir de maneira célere e eficaz os litígios atuais.

Este estudo tem o escopo de analisar o modelo de Jurisdição tradicional, hierarquizado, autoritário e repressivo, apresentar a crise jurisdicional e sua transformação e a inovação que é possível fazer com a mediação de conflitos, uma oportunidade de construção da cidadania participativa, onde o diálogo surge como ferramenta capaz de assegurar a participação voluntária dos envolvidos na resolução pacífica dos seus conflitos, principalmente, aconselha-se nas causas de direito privado e que envolvam as relações continuadas nas mais diversas áreas do Direito (família, consumidor, sucessória, imobiliária e até no âmbito trabalhista.). A figura do mediador não vem para substituir o Juiz, aparece como elo facilitador do diálogo, sem imposições, sem a figura autor e réu, ganhador ou perdedor do processo tradicional. A função do mediador não é ser uma segunda classe de justiça, mas a classe de eleição dos jurisdicionados que escolheram como opção de diálogo, bem estar e tratamento do conflito.

2 A CRISE E A TRANSFORMAÇÃO DA JURISDIÇÃO TRADICIONAL

Na visão tradicional e dogmática de jurisdição como uma atividade estatal exercida pelos juízes e distinta das funções administrativas e de produção de leis, mostra-se uma atividade meramente declaratória de direitos, desta forma merece um resgate histórico, pois nem sempre tratada desta forma. Em Roma, primitivamente eram duas espécies de justiça, que segundo Cintra “uma no interior da “gens” onde eram discutidas as questões entre os membros da “gens”, entre plebeus agregados à “gens” sobre questões de propriedade, de relação de família, entre outras.” (1958, p.58).

Posteriormente adveio a Justiça da *Civitas* que segundo Alberton era “reunião dos cidadãos e cabeça de famílias que constituíam o aglomerado social da sociedade. O procedimento era o *Sacramentum*, de caráter ritual. O rei e os pontífices eram os guardiões das fórmulas e formas sagradas. A busca do direito e da justiça tinha um lastro de caráter divino.” (2009, p. 58). Cabe salientar que esta atividade jurisdicional nesse período é questionável.

No período da Idade Média, o *jurisdictio* apresentava-se mais abrangente, incluía um complexo de poderes previstos pelo ordenamento jurídico, porém com o Estado Absoluto, o Imperador exercia a jurisdição plena.

Os senhores feudais, com a intenção de libertar-se do mando da Igreja e seu poder, assumiram a produção do direito, elaborando um ordenamento jurídico que pudesse atender aos diferentes ordenamentos feudais, centralizado e unificado num Direito de acordo com a vontade do príncipe.

A Crise do Estado Absoluto e o surgimento do Estado liberal trouxeram consigo o conceito de separação de poderes, “pretendia-se evitar a arbitrariedade de concentrar em um único indivíduo o poder de legislar, julgar e oprimir” (MELEU, 2009, p. 59). Porém, temos que considerar que ao mesmo tempo, evita a concentração de poderes e restringe os poderes dos juízes, pois “mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força nem o rigor.” (MONTESQUIEU, 2004, p. 166).

Chiovenda considerava a jurisdição uma função de Soberania do Estado, distinguindo a atividade jurisdicional em duas funções bem distintas, ou seja, a função administrador que a lei é seu limite e a do juiz que a lei é seu fim. Assim afirma: “pelos lábios do juiz a vontade concreta da lei se afirma tal e se atua como se isso acontecesse por força sua própria, automaticamente”. (2000, p. 17).

Allorio sustenta que o ato jurisdicional está em sua aptidão para produzir coisa julgada, tal teoria deixa sem explicação a judicialidade das decisões que não estão sujeitas a coisa julgada. (Apud SILVA E GOMES, p.65).

A jurisdição para Carnelutti “consiste na justa composição da lide, mediante sentença de natureza declarativa, por meio da qual o Juiz *dicit ius*; daí porque, segundo ele, não haveria jurisdição no processo executivo.” (1936, p.132).

No entendimento de Greco Filho na modernidade “a jurisdição atua por meio de um instrumento que é o processo, e ao interessado a ordem jurídica outorga o direito de ação, isto é, o direito de pleitear, em juízo, a prevenção ou reparação das violações dos direitos.” (1996, p. 35).

Para Silva, a jurisdição está vinculada a autonomia do Estado e assim afirma:

A verdadeira e autêntica jurisdição apenas surgiu a partir do momento em que o Estado assumiu uma posição de maior independência, desvinculando-se dos valores estritamente religiosos e passando a exercer um poder mais acentuado de controle social. (2002, p.24).

Diante da transformação histórica da Jurisdição aponta-se uma crise da jurisdição que está intimamente ligada a crise do Estado, assumindo a função central de regulação social, os mecanismos econômicos, sociais e jurídicos de regulação do Estado padecem de efetividade em decorrência dessa inevitável perda de soberania e autonomia dos Estados Nacionais.

Streck, por sua vez, entende que a crise do Direito ainda não foi descoberta “como” crise, já que o paradigma liberal-individualista-normativista não morreu e o modelo forjado a partir do Estado Democrático de Direito, entendido este como *plus* normativo em relação aos paradigmas do Estado Liberal e Estado Social, ainda não nasceu. (2003, p.205).

A inadequação estatal se apresenta devido à complexidade das relações sociais, nas quais o homem, passando a ser compreendido a partir de seu contexto social, econômico e cultural, como bem destaca Habermas “não há referenciais mudanças pura e simplesmente livres de contextos”, (2002, p.46.), desta forma as mudanças devem ocorrer a partir do paradigma e do contexto social em que vive.

No intuito de entender a crise da jurisdição estatal temos que analisar a crise do Estado de Direito como afirma Moraes:

Devido a essa assertiva é que se deve discutir a tão aclamada crise da jurisdição a partir da crise do Estado, observando sua gradativa perda de soberania, sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais, de tomar as rédeas de seu destino, sua fragilidade nas esferas Legislativa, Executiva e Judiciária, enfim, sua quase total perda na exclusividade de dizer e aplicar o direito. Em decorrência das pressões centrífugas de desteriorização da produção e da transnacionalização dos mercados, o Judiciário, enquanto estrutura fortemente hierarquizada, fechada, orientada por uma lógica legal-racional, submisso à lei, se torna

uma instituição que precisa enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais para sobreviver como um poder autônomo e independente. (2012, p.76-77).

No entendimento de Barreto,

A crise do direito, por sua vez, tem um duplo sentido, pois se refere à crise na prestação jurisdicional, e, também, a crise nos próprios institutos jurídicos do estado liberal clássico. O contrato encontra-se em crise, face ao momento de globalização da economia; a propriedade deixou de ser basicamente fundiária e passa pela crise das novas formas de propriedade do mundo globalizado e da Nasdaq; a família, até então secularmente protegida no formalismo do direito liberal clássico, também passa por uma crise, que alguns, mais temerosos, chegam a identificar como a etapa final desse grupo social, enquanto novos e, talvez, mais duradouras formas de organização familiar começam a ser construídas, no contexto dos enfraquecidos alicerces culturais, sociais e jurídicos da família liberal burguesa. (Apud FACHIN, 2001. prefácio sem p.).

Apontar as transformações da jurisdição é reconhecer como ela se apresenta no momento atual para avaliar quais os padrões merecem ser mantidos e ter condições de revelar aqueles que devem ser revistos limites e possibilidades a seguir através de políticas públicas estatais de acesso justiça à população, assim, como afirma Morais “consciente dessa realidade lançamos mão do debate que relaciona tempo, direito e sociedade na busca de uma “construção” que tenha por base o consenso dos litigantes, na busca de outras respostas: a “jurisconstrução”. (2012, p.80).

3 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E OS OBSTÁCULOS DA MODERNIDADE

Falar de acesso à Justiça na atualidade é um desafio, pois embora exista a prerrogativa constitucional de que o Estado não deixará de jurisdicionar sobre lesão ou ameaça de direito (art. 5º, no inciso XXXV) levada ao seu conhecimento garanta a todos os indivíduos o direito de acesso à Justiça, tal direito não tem sido sinônimo de prestação jurisdicional efetiva.

O Poder Judiciário, embora sustente um papel ativo na resolução das demandas sociais que são levadas à sua apreciação, para que a solução seja encontrada, precisa garantir uma mais direta participação da sociedade, como forma de democratização do acesso à justiça.

Os obstáculos ao acesso à justiça são muito maiores que a reação contra o positivismo jurídico e na visão de Lazaretti “sua origem encontram-se no realismo jurídico, e na Jurisprudência de interesses” (1998, p. 92). Desta forma, temos o obstáculo econômico de uma justiça cara, assim é para poucos seu acesso. Ainda enfrentamos a questão de uma justiça lenta e despreparada para demandas mais complexas, pois o modelo organizativo está preparado para demandas individuais, sendo que as demandas coletivas ou difusas não são atendidas a contento.

Resta por fim, o obstáculo processual cultural do cultivo ao litígio, pois até hoje toda e qualquer demanda propõe-se no Judiciário, inclusive as demandas de pouca complexidade que são de direito privado, outorga-se ao Juiz decidir algo que as partes poderiam flexibilizar e buscar na através da mediação, conciliação e arbitragem sua resolução.

No entendimento de Cappelletti e Grath (1988, p. 87) o acesso à justiça está atrelado ao binômio *possibilidade-viabilidade* de ter condições de acessar o sistema jurídico brasileiro em igualdade de condições a todos os cidadãos, como prerrogativa de direitos humanos.

Neste sentido afirmam Trindade e Moraes:

Nesse contexto, parece inevitável discutir o papel do Poder Judiciário e os seus limites de atuação num paradigma democrático. Isto porque, se os demais poderes constituídos teriam a sua legitimidade derivada dos tradicionais dogmas da soberania e da democracia representativa, o Judiciário inscrever-se-ia na tradição de um poder contramajoritário, ao qual compete a garantia dos direitos individuais. Ou seja, o Judiciário teria a experiência de proteger o cidadão da atuação invasiva do Estado, e não de estipular os meios próprios à realização de um modelo prestacional. (2012, p.110).

Hoje, a noção de jurisdição repousa não apenas no escopo jurídico, mas engloba uma efetividade ampla abrangendo o que afirma Moraes “eliminação de insatisfação, o cumprimento do direito com justiça, a participação ativa dos indivíduos, além de construir inspiração para o exercício e respeito dos direitos e da própria cidadania”. (2008, p. 31).

Para Cappelletti “o direito, não é encarado apenas do ponto de vista dos seus produtores e do seu produto (normas gerais e especiais): mais é encarado, principalmente, pelo ângulo dos consumidores do direito e da justiça, enfim, sob o ponto de vista dos usuários do serviço processual. (1988, p.88)

Ainda, a administração da justiça merece uma análise do fenômeno social e cultural, pois nos estudos de Santos “[...] revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto menor quanto mais baixo é o nível social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos [...]”. (2008, p. 168).

Sabe-se que o direito de acesso à Justiça atualmente é considerado um direito social básico, mas a efetividade desse direito é um tanto vaga. Entende-se que o direito ao acesso a Justiça não pode se limitar ao direito de acessar o judiciário, ter apenas o direito a ação, possui uma abrangência maior, ou seja, uma ordem jurídica justa, que deve ser estendida a maior quantidade de pessoas possível.

As soluções buscadas para a problemática do acesso à Justiça nos países ocidentais foram denominadas de “ondas renovatórias” do direito, sendo que a “primeira onda consistiu na assistência judiciária aos menos favorecidos.” (AMARAL, 2009, p.51-52). O segundo movimento foi à representação dos interesses difusos, transformando o processo civil em proteção aos novos direitos, pois o processo limitava-se a interesses individuais entre as partes.

A terceira onda renovatória trouxe um novo paradigma de acesso à justiça, pois segundo Cappelletti e Garth encoraja uma ampla variedade de reformas:

[...] incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinado a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismo privados ou informais de solução de litígios. (2002, p.71).

Pensar em outra forma de jurisdição, não necessariamente pela interferência estatal é uma onda renovatória de entender o direito, mas o desafio torna-se maior quando um método não adversarial é apresentado, no qual o resultado do conflito não é o denominado ganha e perde dos processos tradicionais. Este método apresenta-se para resolver o conflito de forma integral e não apenas a (pretensão x resistência) da lide processual.

A mudança de concepção sobre a jurisdição e a flexibilização de estruturas formais de acesso à justiça é um desafio a ser enfrentado tanto na concepção de advogados como na dos operadores da justiça, bem como na dificuldade do

Estado lidar com a rigidez jurisdicional e sua capacidade de atuação. Tais questões não podem ser enfrentadas com o paradigma do processualismo tradicional, porque desta forma assinalaria para o entendimento de que a busca da eficiência pode acabar por violar as regras do devido processo legal.

Na visão de Santos, o impacto das transformações no mercado e na comunidade para o Estado tem sido enorme e de forma substancial, assim afirma:

O Estado nacional parece ter perdido em parte sua capacidade em parte a vontade política para continuar a regular as diversas esferas da produção (privatizações, desregulação da economia) e da reprodução social (retracção das políticas sociais, crise do Estado-Providência); a transnacionalização da economia e o capital político que ela transporta transformam o Estado numa unidade de análise relativamente obsoleta, não só nos países periféricos e semiperiféricos, como quase sempre sucedeu, mas também, crescentemente, nos países centrais, esta fraqueza extrema do Estado é, no entanto, compensada pelo aumento do autoritarismo do Estado, que é produzido em parte pela própria congestão institucional da burocracia do Estado e em parte pela própria política do Estado no sentido de devolver à sociedade civil competências e funções que assumiu no segundo período e que agora parece estrutural e irremediavelmente incapaz de exercer e desempenhar. (2003, p.88-89).

Na busca de abertura e alternativa temos que centralizar o objeto da jurisdição no sujeito que a postula e não no objeto que se postula, desta forma busca-se a justiça sem esbarrar no aspecto econômico, social ou até mesmo processual dos tribunais.

4 A OPORTUNIDADE DE INOVAÇÃO TRANSFORMADORA E HUMANISTA: A MEDIAÇÃO COMO POSSIBILIDADE EMANCIPATÓRIA E PARTICIPATIVA DO CIDADÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Nota-se que ocorreram ao longo dos anos profundas modificações sociais, histórias, políticas e econômicas conduzindo os países a pensar possibilidades para enfrentar alguns problemas que são atuais e emergentes, tais como: grande massa da população se direcionando aos grandes centros, intensas reivindicações pelo bem da vida e aumento da necessidade de serviços públicos que atendam as demandas. Frente a esse panorama temos “inserido o dever do Estado de distribuir a justiça e aplicar o direito, verifica-se uma desatualização do sistema jurídico processual e uma profunda ineficiência do próprio aparato do Estado.” (MORAIS E SPENGLER, 2012. p. 105).

Na busca de mecanismo já existentes que auxiliassem o Estado a resolver conflitos de forma mais efetiva, bem como no funcionamento adequado da justiça, tanto no âmbito privado como no público, incentiva-se além do sistema tradicional estatal e a arbitragem - que são formas heterônomas de resolução de conflitos, as formas autônomas, tais como, a mediação, a negociação e a conciliação que podem descongestionar os tribunais e reduzir o custo e a demora procedimental.

A mediação, objeto do presente estudo, apresenta-se no cenário nacional como um gênero de justiça consensual que se origina do latim *mediare*, que “significa mediar, dividir ao meio ou intervir, se colocar no meio. Estas expressões sugerem a acepção moderna do termo mediação que é o processo pacífico e não adversarial de ajuste de conflitos.” (SERPA, 1997, p. 145). Assim, a mediação se apresenta como um elo de ganhar e ganhar, uma forma de responsabilização do indivíduo pela resolução de seus conflitos, tratando o conflito, promovendo uma mudança no trato social do indivíduo e em sua amplitude. O mediador é um terceiro neutro, sem poder decisório ou consultivo, mas que amplia o consenso, o diálogo, um facilitador da comunicação entre os interessados na resolução do conflito de forma não violenta.

A importância do tema mediação de conflitos se dá como uma oportunidade de construção da cidadania participativa dos direitos humanos, a parte se torna autora da decisão, constrói a decisão e assume tal resolução como compromisso de vida.

Os ensinamentos de Habermas (2002, p. 56) que formula uma teoria reconstrutiva inserida na esfera das interações comunicativas. O autor parte do pressuposto de que o sujeito é capaz de linguagem e ação, assim é possível estabelecer práticas argumentativas por meio das quais se asseguram de que, intersubjetivamente, compartilhem de um contexto comum, de um “mundo da vida”.

A teoria comunicativa de Habermas (2002, p. 57) estabelece um meio emancipatório para o indivíduo resolver seus conflitos de interesses, pois na medida em que os membros de uma determinada sociedade realizam uma interação por meio da linguagem, orientada pela razão comunicativa, excluem o individualismo asoberbado e despertam para as suas responsabilidades como

membro dessa sociedade. Esta interação terá o escopo de bem estar ao indivíduo e será construída pelo diálogo, cooperação e solidariedade. Mediante essa interação, abre-se a oportunidade para a modificação da relação entre os indivíduos, ampliando as possibilidades para uma maior compreensão tanto dos fenômenos individuais como dos recorrentes no mundo a sua volta, criando-se a possibilidade para uma maior compreensão tanto dos fenômenos individuais como dos recorrentes no mundo.

A mediação assume uma dimensão política, ou seja, “a mediação como expressão estrutural dos Direitos Humanos de alteridade e de cidadania dialógica” (EGGER, 2008, p.480). Essa concepção foi desenvolvida pelo professor Warat o qual afirma que “concepções do paradigma moderno sobre cidadania e direitos humanos são individualistas, não estão fundamentadas como uma forma de consenso em relação as diferenças em relação a uma idéia de cidadania e direitos humanos, vista como uma forma de direitos subjetivos e, não como exercício de relações vinculantes.” (WARAT, 2001, p. 93).

Na mediação, o diálogo é fundamental para a resolução dos conflitos, ao contrário do que ocorre no Judiciário, onde temos a figura do autor, do réu e da configuração da lide (pretensão resistida da teoria de Liebman), que outorgam ao processo e ao Juiz (um terceiro imparcial), o poder de decisão dos conflitos.

Na mediação, o mediador dialoga, escuta e participa como ente facilitador da linguagem entre as partes, ao contrário do que ocorre com o Juiz que detém o poder de julgamento, de sentenciar e fazer cumprir tal decisão pela ação coercitiva. O mediador como afirma Sales “é a pessoa que auxilia na construção desse diálogo” (2007, p.54) e pelo diálogo e podendo utilizar a ética discursiva de Habermas, que está fundada no princípio U (universalisierungsgebotsatz), determina-se a validade da norma a partir da aceitação de seus efeitos e consequências por todos os envolvidos, trata-se, na verdade, de um padrão de argumentação no âmbito das questões práticas.

Segundo Barretto “a constituição por ter uma fonte moral, pois é fruto da manifestação da vontade de agentes morais autônomos, estabelece limites ao arbítrio e à desigualdade social”, assim nasce a importância da recuperação da tradição kantiana, pois o “regime democrático é mais do que a simples

manifestação da vontade da maioria e torna-se um regime dotado de valores morais que o fundamentam e justificam” (2013, p.41).

Num viés filosófico Sandel afirma

De acordo com Kant, o valor moral de uma ação não consiste em suas consequências, mas na intenção com a qual a ação é realizada. O que importa é o motivo, que deve ser de uma determinada natureza. O que importa é fazer a coisa certa porque é a coisa certa, e não por algum outro motivo exterior a ela. (2012, p. 143).

Temos como imperativo categórico da teoria de Kant: “Age segundo a máxima que possa simultaneamente fazer-se a si mesma lei universal.” (BARRETO, 2013, p.53). Assim, no caso específico da mediação familiar, onde o dever é priorizar a criança e o adolescente em caso de ação de guarda, fixação de alimentos e responsabilidade para com os filhos, se os interessados participarem voluntariamente da sessão de mediação por acreditarem estar fazendo a coisa certa (imperativo categórico- ação necessária por si mesma) ou seja, deixar de lado o rancor e o desamor ocorrido na separação ou divórcio e buscar com a mediação cumprir o dever de pais e do princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente, estarão segundo Kant fazendo a coisa certa pelos motivos certos.

Porém, se os interessados participarem das sessões de mediações somente porque foi sugerida pelo Juiz, ou ainda, para parecer evidenciar interesses próprios financeiros, ou ainda, tentativas de satisfazer as suas próprias vontades e preferências, (tentar a fixação de alimentos num patamar mais baixo somente pela voluntariedade de conciliar) estarão realizando a coisa certa pelos motivos errados, então esta ação não terá valor moral.

Para a Psicologia a mediação constitui-se em técnica não adversarial de resolução de conflitos em que um profissional devidamente preparado auxilia as partes a encontrarem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo, em que ambas ganham. (VEZZULLA, 2006, p.76).

Com o auxílio da psicanálise verificar-se-á que o mediador deve estar em constante estudo de si para entender o conflito consciente e o inconsciente que habita as relações do outro, pois como afirma Zimerman:

Na verdade, o inconsciente comanda a vida da espécie humana muito mais do que, uma primeira vista, possa se imaginar. Para esclarecer essa afirmativa, vamos à uma metáfora, empregada por FREUD, com

um iceberg, no qual a parte visível dessa montanha de gelo pode ser comparada ao nosso consciente, no entanto, a parte oculta, equivalente ao inconsciente humano, é muitíssimo maior e é justamente onde os navios se espatifam, assim como os psicóticos, psicopatas e neuróticos comandados pro graves conflitos inconscientes podem espatifar as suas vidas e a de outros.(2010, p.118).

Os mediadores devem estudar a psicanálise, realizar muitas sessões, pois a “psicanálise gira unicamente em torno dos conflitos psíquicos, resultantes do embate entre pulsões e sentimentos recalçados, habitantes do inconsciente, versus defesas do ego, de sorte que, conforme fossem os tipos de mecanismo defensivos utilizados, assim se estruturariam os diversos tipos de sintomas psíquicos [...]” (ZIMERMAN, 2010, p.119).

A mediação num sentido psicanalítico, conforme afirma Egger, é “uma capacidade de treinamento das pessoas para poder superar suas situações conflitivas ou traumáticas, coaching, assistidas por um terceiro, o treinador (coach)” (2008, p.51).

Nos estudos realizados por Warat a mediação deve ser entendida como um novo paradigma de aprender a viver e assim afirma:

A mediação, enquanto um novo e grande paradigma, como pedagogia que ajuda a aprender a viver, é um novo paradigma, específico, da produção de Direito (agora entendido como pedagogia que ajuda aprender a viver e não mais como lei que pune o que considera conflitivo. (2004, p. 52).

O conflito possibilita o crescimento dos sujeitos, e a mediação objetiva transformar o conflito, trabalhar as questões que envolvem paixões e inserir o tema diferenças e semelhanças com a meta de alcançar o diálogo, o consenso, o entendimento saudável.

Neste sentido, Warat assegura que a mediação começa quando as partes conseguem interpretar o significado dos comportamentos, das suas diferenças e se disponibilizam a dialogar e construir o acordo. (1999, p. 69).

A mediação de conflitos é um prolongamento e aperfeiçoamento do processo de negociação, que envolve a interferência de uma aceitável terceira pessoa, que aceita pelas partes, conduzirá o diálogo responsável e não autoritário. Desta maneira, a mediação é um processo voluntário em que os participantes devem estar dispostos a aceitar a colaboração do interventor, se sua

função for ajudá-los a lidar com suas diferenças e resolvê-las (MOORE, 2003, p. 44).

A mediação de conflitos, nessa perspectiva, é considerada como um jogo inter-relacional no qual cada um participa de um contexto em que cada sujeito influi e é influenciado (VASCONCELLOS, 2002, p.130).

No entendimento de Warat, “a mediação difere da negociação direta por ser, precisamente, uma autocomposição assistida [...]”; já na negociação existe a interferência direta de terceira pessoa propondo e negociando o conflito, já a mediação “é um trabalho de reconstrução simbólica imaginária e sensível, como outro do conflito; de produção como o outro das diferenças que nos permitam superar as divergências e forma identidades culturais.” (2004, p. 57-58).

A mediação de conflito propõe propiciar uma autonomia ao indivíduo, “a terapia do reencontro é uma ajuda para deixar de ser carreirista, é uma forma de encontrar-se com o outro, abrindo-se a outra realidade. Não estamos no mundo para ganhar de ninguém” (WARAT, 2008, p.47).

Para a solução de conflitos faz-se necessária a possibilidade de diálogo e de escuta. Tempo para escutar e tempo para falar. É imprescindível o respeito mútuo, o que muitas vezes, teoricamente, seria impraticável, tendo em vista, em alguns casos, a existência de mágoas profundas e amores mal resolvidos (SALES, 2003, p. 84).

Num cenário de transformações significativas (sociais, políticas, econômicas e tecnológicas) como o atual, a mediação de conflitos surge como uma proposta que apresenta a possibilidade de superar o litígio, respeitando as individualidades e reduzindo os danos afetivos e emocionais. Assim, nas últimas décadas, emergiram em todo mundo programas de solução de disputas e conflitos. Tais programas são utilizados em vários contextos, como empresas, famílias, empresa, escolas e comunidades (consumidora, condominiais, civis, entre outras).

A proposta de mediação de conflitos, portanto, caracteriza-se por um contexto mais flexível na condução de disputas. É uma proposta que tem uma prática geralmente formalizada em várias etapas, que variam segundo as escolas

de mediação, baseadas em diferentes fundamentações teóricas e modelos (SUARES, 1997, p.78).

São três os modelos teóricos mais utilizados nos países que praticam a mediação de conflitos. O modelo de Harvard, também chamado de tradicional linear, o modelo transformativo de Busch e Foger (1992) e o modelo circular narrativo de Sara Cobb (1994).

No modelo de Harvard, a comunicação acontece de maneira linear, centrada no verbal, importando o conteúdo. A função do mediador é ser um facilitador da comunicação. Esse modelo baseia-se numa causalidade linear do conflito, não levando em consideração o contexto em que surgiu, nem sua história. É reforçado o aspecto intrapsíquico, sem levar em conta o fator relacional. O fundamental neste modelo é chegar a um acordo (BUCHER-MALUSCHKE, 2007, p.118).

No modelo transformativo, proposto por Bush e Folger (1992, p. 145), o interesse concentra-se nos aspectos relacionais do conflito e está focalizado na relação interpessoal, supondo uma concepção de causalidade e transformação do conflito. Os desacordos não são importantes, valorizando-se apenas a aquisição de habilidades de tratamento de conflitos.

A mediação inicialmente tinha por objetivo, neste modelo, diminuir as diferenças entre as partes, ou eliminá-las por meio do acordo. Com o aperfeiçoamento dos processos de mediação, o objetivo se ampliou, visando ao desenvolvimento do reconhecimento da alteridade, do reconhecimento do outro como sujeito pensante, desejante e sofredor (BUCHER-MALUSCHKE, 2007, p. 112).

Busca-se então alcançar o desenvolvimento de mudanças nas pessoas, ao descobrir suas próprias habilidades, potencialidades, responsabilidades e o reconhecimento do outro, como parte do conflito.

O objetivo consiste em modificar a relação entre as partes, não importando se chegam ou não a um acordo. Não está centrado na resolução do conflito, mas sim na transformação relacional (CEZAR-FERREIRA, 2004, p. 78).

O modelo circular narrativo, inspirado nos princípios da teoria dos sistemas, considera a retroalimentação do conflito. Visa melhorar as relações interpessoais,

independentemente da efetivação do acordo. Trata-se de um modelo proposto por Sarah Cobb, em que a comunicação é entendida como um todo no qual estão incluídas duas ou mais pessoas. A mensagem transmitida inclui elementos verbais (conteúdo) e para-verbais (corporais, gestuais, etc). Busca-se, neste modelo, fomentar a reflexão, mudar o significado da história e do conflito, possibilitando que as partes interajam de maneira diferente, modifiquem o discurso e alcancem um acordo, ainda que essa não seja a meta fundamental (ALVAREZ, 1999, P. 201).

No Brasil, algumas experiências pioneiras de mediação de conflitos vêm sendo destacadas e multiplicadas em diversas cidades. No Estado de São Paulo, existem setores de mediação anexos às varas judiciais em várias cidades como São Paulo, Serra Negra, Patrocínio Paulista, Guarulhos, Jundiaí, dentre outras (PLIGHER, 2007, p.25).

Afirma Watanabe, “aliás, o CNJ já vem entendendo que lhe cabe “fixar a implementação de diretrizes nacionais para nortear a atuação institucional de todos os órgãos do Poder Judiciário, tendo em vista sua unicidade”, pelo que , na Resolução 70, de 18 de março de 2009, dispôs sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário” (2011, p.5). Então o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal deve ser implementado não apenas como o mero acesso à Justiça, mas segundo o autor “como garantia de acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada.” (2011, p.5).

É imperioso o estabelecimento pelo próprio judiciário de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, mais do que isso, que o próprio judiciário estimule e realize a propaganda de sua utilização, em nível nacional visando fortalecer a mediação e resolução de conflitos de forma não adversarial. Nesse sentido conclui-se “que cabe ao Poder Judiciário, pelo CNJ, organizar os serviços de tratamento de conflitos por todos os mecanismos adequados, e não apenas por meio da adjudicação de solução estatal em processo contencioso, cabendo-lhe em especial institucionalizar, em caráter permanente, os meios consensuais de solução de conflitos de interesses, como a mediação e a conciliação.” (WATANABE, 2011, p.5).

A partir da publicação da Resolução 125 do CNJ em 29 de novembro de 2010 o Poder judiciário tem realizado políticas públicas com a criação de Mediação Judicial tanto no primeiro grau como no segundo grau. Não como justiça de segunda classe, mas como opção para os interessados que possuem relações continuadas e desejarem dialogar. Ainda, far-se-á necessário a criação de Núcleos permanentes de resolução de conflitos (art. 7º) e (art. 8º) Centro de Mediadores em convênio com Faculdades e Universidades para realização de boas práticas gerencias e técnicas autocompositivas.

Com a aprovação do Código de Processo Civil a mediação entrou em pauta de forma efetiva , porém cabe a todos partícipes encara-la com seriedade não levando a banalização de ser apenas um “rito de passagem” a ser cumprido.

Ligados às Instituições de Ensino Superior, é possível destacar, entre as várias iniciativas, a proposta de Mediação de Conflitos da Faculdade Meridional de Passo Fundo - IMED e o Poder Judiciário (CNJ) e as duas Varas de Família, sendo que tal proposta tem como objetivo de promover formas não adversariais de resolução de conflitos para o século XXI, considerando os avanços, limites, questionamentos e as novas perspectivas de acesso à jurisdição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurisdição estatal tal qual se apresenta na atualidade está em crise e em transformação, visto que o acesso à justiça como o mais básico dos direitos humanos não está sendo contemplado, seja pela não efetividade do acesso à justiça e a ineficácia do processo formal na resolução dos conflitos levados à apreciação do Poder Judiciário, seja pela complexidade e multiplicidade das relações humanas trazendo como opção para uma justiça mais justa e eficaz de tratamento do conflito propondo a mediação, que no parâmetro de ganha e ganha leva os interessados a um nível menos hierárquico e tradicional e mais emancipatório e participativo do cidadão na gestão de seus próprios conflitos.

O Estado está ciente de seu dever apontado pela prerrogativa constitucional de que não poderá deixar de jurisdicionar sobre lesão ou ameaça de direito (art. 5º, no inciso XXXV) levada ao seu conhecimento, bem como

garantir a postulação dos direitos a todos os indivíduos e o direito de acesso à Justiça, tal direito não tem sido sinônimo de prestação jurisdicional efetiva, visto que as demandas judiciais são morosas e as sentenças muitas vezes somente refletem a legalidade e não o direito clamado entre as partes.

O Poder Judiciário, no seu sistema processual, hierarquizado, moroso, formalista e amparado num exacerbado processualismo, embora sustente um papel ativo na resolução das demandas sociais que são levadas à sua apreciação, deve buscar soluções para ultrapassar esta barreira em que se encontra e realizar movimentos que assegurem a via preferencial da acessibilidade e efetividade na forma de democratização do acesso à justiça.

Sabe-se que a crise da jurisdição tradicional está intimamente ligada a crise em que passa o Estado Democrático do Direito, assim podemos apontar em três categorias, pois a primeira diz respeito à crise estrutural onde sabemos que o judiciário está com carência de infraestrutura, de pessoal, de equipamentos e custos desnecessários devido o alongamento das demandas.

A segunda crise é pragmática e diz respeito ao formalismo exacerbado utilizado nos rituais e trabalhos forenses, a burocratização de processos e sua lentidão pelo acúmulo de demandas, mas a terceira, que pode ser a mais difícil de ser solucionada é a crise subjetiva ou tecnológica que é a dificuldade dos profissionais do direito de lidar com novas realidades dos conflitos contemporâneos, sejam eles individuais, difusos ou transindividuais.

Nota-se que as necessidades sociais, o conteúdo das demandas e os sujeitos envolvidos atingiram proporções significativas e complexas, porém o Estado ainda possui os mesmos instrumentos do século passado, ou seja, a utilização da jurisdição tradicional através de um processo embasado no formalismo e na lógica do ganha e perde, bem como ao final, uma resposta denominada de sentença amparada na legalidade positivista.

Ao apontar a crise da jurisdição estatal estamos falando também em crise do direito e da justiça, por isso o Estado deve buscar alternativas ao cidadão para que possa aproximar-se do objetivo esperado pela sociedade plural, afetiva, multicultural que vive na coletividade e deseja que assegure e garanta a sua individualidade.

A jurisdição estatal deve ser reinventada, inovada e flexibilizada mantendo-se as garantias constitucionais, porém com a possibilidade de permitir ao indivíduo formas autônomas de resolução de conflitos, criando oportunidade de opção na esfera Estatal heterônoma e dar oportunidade a forma autônoma de tratamento do conflito, incentivando a mediação e divulgando o instituto na sua essência por meio do CNJ (Conselho Nacional de Justiça).

A mediação será a oportunidade de atender uma sociedade e possibilitar um parâmetro emancipatório e participativo aos cidadãos de resolução de conflitos de forma não adversarial, primando pelo diálogo, facilitando a negociação efetiva entre os indivíduos, pois a mediação de sentido transformador consiste na visualização do conflito como uma oportunidade para o oferecimento às partes da possibilidade de uma melhora na qualidade de vida.

Ainda, far-se-á necessário realizar capacitações aos mediadores com o intuito de aplicar tal método de tratar o conflito como fenômeno natural, e assim seja entendido na forma positiva, com intuito de buscar a paz, o entendimento, a solução, a compreensão, a felicidade, o afeto, o crescimento, o ganho e a aproximação das partes e afastando os demais conflitos do judiciário tradicional e formalista que conduzem a prática de ganhar e perder das demandas.

A vantagem de realizar técnicas autocompositivas de resolução de conflitos autoriza as partes a dialogar e compreender comportamentos, analisar intenções, buscar soluções e gerir suas próprias emoções de forma voluntária, construtiva e justa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTON, G. S. Repensando a Jurisdição Conflitual. Passo Fundo: **Revista Brasileira de Direito**, 4 (1), 32-41. Passo Fundo. Editora IMED, 2009.

ALLORIO, E. **Problemas de derecho procesal**. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.

AMARAL, M. T. G. **O direito de Acesso à Justiça e a Mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

AMORIN, E. P. M. **O processo de mediação com famílias em conflito judicial: negociando desacordos e construindo possibilidades.** Dissertação de mestrado. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

ANDRADE, C. R. A mediação de conflitos familiares: uma nova prática que pede escuta. **Revista Psicologia Plural**, 2008.

ARENDT, H. **A condição humana.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

ARENDT, H. **A dignidade da política.** Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1983.

ÁVILA, E. M. **Mediação familiar.** Florianópolis: Divisão de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 2002.

AZEVEDO, A. G. (org.) **Manual de Mediação Judicial.** Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2012.

BARBOSA, Á. A. Mediação familiar: Instrumento para a reforma do judiciário. In: FERREIRA, V. R. T. (Org.), **Psicologia Aplicada ao Direito.** Passo Fundo: IMED, 2004.

BARBOSA, À. A. Mediação Familiar: Uma vivência interdisciplinar. In: GROENINGA, G. C. e PEREIRA, R. C. (Org.), **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma Nova Epistemologia.** (p. 339-346). Rio de Janeiro: Imago, 2003.

BARRETO, V. de P. **Dicionário de Filosofia do Direito.** São Leopoldo-RS: Editora da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2009.

_____. **As máscaras do poder.** São Leopoldo-RS: Editora da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2012.

_____. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas.** 2. ed. Ver. E ampl. . Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BERCOVICI, G. Constituição e superação das desigualdades regionais. In: **Direito constitucional.** Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Dilemas da concretização da Constituição de 1988. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.** v. 1, n. 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

BLOCH, E. **O princípio esperança (vol. 2).** Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

BOBBIO, N. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORNSTEIN, V. J. & STOTZ, E. N. O trabalho dos agentes comunitários se saúde: entre a mediação convencedora e a transformadora. **Trabalho educação e saúde**, 6, 457-480. 2009.

BURDEOU, G. **O Estado**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BUSH, R. A. B. & FOLGER, J. P. **The Dilemmas of Mediation Practice: A Study of Ethical**. Washington: NIDR. 1992.

BUCHER-MALUSCHKE, J. S. N. F. Revisitando questões sobre lei, transgressão e família em suas interações com a psicologia, a psicanálise, o direito e a interdisciplinaridade possível. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, 2007.

CAHALI, F. J. **Curso de arbitragem: resolução CNJ125/2010**: mediação e conciliação. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CAPPELLETTI, M. & GRATH, B. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Safe, 1988.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

_____ **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CÁRDENAS, E.J. Câmbios y riesgos em las familias: como pueden actuar los tribunales? Buenos Aires: **Revista de Prevención, Salud y Sociedad**, 1 (1), 67-75, 1988.

CÁRDENAS, E. J. **La mediación en conflictos familiares**. Buenos Aires: Lumen/Hvmanitas, 1999.

CARTER, B., MCGOLDRICK, M. e cols. **As mudanças no ciclo de vida familiar**. (M. A. V. Veronese, Trad.). (2ª ed.). Porto Alegre: Artes Médicas. (Originalmente publicado em 1989), 1995.

CENCI, A. V. **O que é ética? Elementos em torno de uma ética geral**. 3ª Ed. Passo Fundo: A.V.Cenci, 2002.

CÉZAR-FERREIRA, V. A. M. Da pertinência da interdisciplinaridade nas questões de família. São Paulo: **Revista Direito de Família e Ciências Humanas**, 1995.

CEZAR-FERREIRA, V. A. M. **Família, separação e mediação**: uma visão sócio jurídica. São Paulo: Editora Método, 2004.

CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. v. II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CINTRA, G. de U. **Da Jurisdição**. Rio de Janeiro: Lux, 1958.

CINTRA, A. C. de A., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COSTA, T. N. G, OLIVEIRA, L. R. F. de. Mediação de Conflitos Familiares: interface entre direito e psicologia. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo: IMED, 2005.

DOUZINAS, C. **O Fim dos Direitos Humanos**. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

COBB, S. Theories of responsibility. The Social Construction of Intentions of Mediation. **Discourse Processes**, 18(2), 1994.

CRUZ, A. C. Divorcio destructivo: cuando uno de los padres aleja activamente al otro de la vida de sus hijos. **Revista diversitas: perspectivas en psicologia**, 2008.

EGGER, I. **Cultura da Paz e Mediação**: uma experiência como adolescentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

FACHIN, R. A. G.. **Em busca da família do novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FISHER, R. & ERTEL, D. **Estratégias de negociação**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

FLEURY, S. Mediação: um novo campo psi. **Jornal do Conselho Federal de Psicologia**, 2006.

FRIEDMAN, G. J. **The new language of change**. Constructive collaboration in psychotherapy. Nova Iorque. The Guilford Press. 1993.

FUGA, S. M. **Mediação familiar**: quando chega ao fim a conjugalidade. Passo Fundo: UPF, 2003.

GAGLIETTI, M., WILANI, S. M. U. e COSTA, T. N. G. A Mediação de Conflitos diante da dissolução da sociedade conjugal: pressuposto da teoria do discurso de Habermas. In: **Direito Contemporâneo em Pauta**. Passo Fundo: Passografic, 2012.

_____, M. e SILVA, D. C. A mediação entre o risco sistêmicos emergentes e a contingência diante do inevitável. In: **Direito Contemporâneo em Pauta**. Passo Fundo: Passografic, 2012.

GARCEZ, J. M. R.. **Negociação ADRS**. Mediação. Conciliação e Arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ZIMERMAN, D. Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. In: **A influência dos Fatores Psicológicos Inconscientes na Decisão Jurisdicional – A crise do Magistrado**, 2009.

GRECO FILHO, V. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. I. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

HAYNES, J. M. e MARODIN, M. **Fundamentos na mediação familiar**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

HABERMANS, J. **Agir comunicativo e razão descentralizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HIGHTON, E. I. eALVAREZ, G. S. A mediação no cenário jurídico: seus limites. In: SCHNITMAN, D. F., D. F. e LITTLEJOHN, S. (Orgs.). **Novos Paradigmas em mediação** (pp. 54-62). Porto Alegre: Artmed, 1999.

HONNETH, A. . **Luta pelo reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Rio de Janeiro: Editora 34, 2003.

JIMÉNEZ, T. I; MURGUI,S.; ESTÉVEZ, E. e MUSITU, G. Comunicación familiar y comportamientos delictivos en adolescentes españoles: el doble rol mediador de La autoestima1. **Revista Latinoamericana de Psicología**, 2007.

KANT. I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. Leopoldo Holzbach.(tradução) Martin Claret Editora,2002.

_____. **Hoffe, Otfried**. Tradução Chistian Viktor Hamm, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução Edson Bini. Bauru. São Paulo. 2ª Ed. EDIPRO, 2008.

KRÜGER, L. L. **Mediação Familiar**: articulando diferenças, construindo alternativas. Nova realidade do Direito de Família. Tomo I. Rio de Janeiro: COAD, 1998.

KRÜGER, L. L. Mediação do divórcio: pressupostos teóricos para prática sistêmica. In: Rovinski, S. L. R. e Cruz , M. (Org.). **Psicologia Jurídica**: perspectivas teóricas e processos de intervenção. São Paulo: Vetor, 2009.

LEITE, E. de O.. **Grandes Temas da atualidade**: mediação, arbitragem e conciliação. V.7. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LORENZETTI, R. L. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MACIEL, S. K.. **Perícia psicológica e resolução de conflitos familiares**. Dissertação de mestrado. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2002.

MELEU, M. Mediação de Conflitos: um novo olhar para o ensino Jurídico. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo: IMED, 2005.

MEZZAROBA, O. e MONTEIRO, C. S. **Manual de metodologia da pesquisa do Direito**. 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

MICHELI, G. A. **Curso de derecho procesal civil**. v. I. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MOORE, C. W. **The Mediation Process**. Practical Strategies for Resolving Conflict. San Francisco: Jossey-Bass, 2003.

MORAIS, J. L. B. e SPENGLER, F. M. **Mediação e arbitragem**: alternativa à Jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MÜLLER, F. G., BEIRAS, A. e CRUZ, R. M. **O trabalho do psicólogo na mediação de conflitos familiares**: reflexões com base na experiência do serviço de mediação familiar em Santa Catarina. Aletheia, 2009.

MÜLLER, F. G.; CRUZ, R. M e BARTILLOTTI, C. B. Competências profissionais do mediador familiar: método e instrumento de avaliação. In: S. L. R. Rovinski e M. Cruz (Org.). **Psicologia Jurídica**: perspectivas teóricas e processos de intervenção. São Paulo: Vetor. 2009.

NAVARRO, F. R. La construcción social de la parentalidad y los procesos de vinculación y desvinculación padre – hijo el papel del mediador familiar. **Revista Ciencias Psicológicas**, 2007.

NAZARETH, E. R. Guia de mediação familiar: Aspectos psicológicos. In: A. R. P. Netto (Org.). **Mediação familiar**. São Paulo: Editora Equilíbrio. 2009.

NINO, C. S. **Ética e direitos humanos**. São Leopoldo. Ed. UNISINOS, 2011.

OLTRAMARI, L. C. Mediação familiar nos contextos de conjugalidade. In: ROVINSKI, S. L. R. e CRUZ, M. (Org.). **Psicologia Jurídica: perspectivas teóricas e processos de intervenção** (pp. 247-258). São Paulo: Vetor, 2009.

PÉREZ, D. F. Z.. **La orientación psicológica durante el proceso de separación conyugal**. Facultad de Psicología, Universidad de La Habana, 2007.

PLIGHER, S. A. **Mediação de conflitos familiares e criatividade: um estudo a partir do perfil do mediador**. Disponível em:
<<http://www.bibliotecadigital.puccampinas.edu.br>> (Acessado em 30-05-2013).

RAMIRES, V. R. R. **As transições familiares: a perspectiva de crianças e pré-adolescentes**. São Paulo: Vetor, 2004.

RAMIRES, V. R. R., PASSARINI, D. S. e SANTOS, L. G. O atendimento psicológico de crianças e adolescentes solicitado pelo poder judiciário. In: ROVINSKI, S. L. R. e CRUZ, R. M. (Org.). **Psicologia Jurídica: perspectivas teóricas e processos de intervenção**. São Paulo: Vetor, 2009.

RAMIREZ, C. R. e MELLO, G. T. Papel e competências profissionais do mediador em processos de mediação familiar. In: CRUZ, R. M., MACIEL, S. K. e RAMIREZ, D. C. (Org.). **O trabalho do psicólogo no campo jurídico** (pp. 157-170). São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005.

ROUDINESCO, E. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2003.

SANDEL, M. J. **Justiça o que é fazer a coisa certa**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SALES, L. M. M. **A família e os conflitos familiares: a mediação como alternativa**. Pensar, Fortaleza, 2003.

SANTOS, B. de S. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

_____. **Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2003.

SATTA, S. **Direito processual civil**. Tradução e notas de Luiz Autuori. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

SCHABBEL, C. **Relações familiares na separação conjugal: contribuições da mediação**. Psicologia: Teoria e Prática, 2005.

SERPA, M. de N. **Mediação, processo judicial de resolução de conflitos**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997.

_____ **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVA, O. A. B. da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. v. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____ e GOMES, F. L. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SOUZA, R. M. e RAMIRES, V. R. **Amor, casamento, família, divórcio [...] e depois, segundo as crianças**. São Paulo: Summus, 2006.

STRECK, L. L. Quinze anos de Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: **Revista Ajuris**. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 92, 2003.

_____ **Jurisdição Constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____ **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2012.

_____ **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 5. ed., 2004.

_____ **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2. ed., 2004.

_____ Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ** – Eletrônica, Vol. 15 – n. 1 – p. 158-173/jan-abr 2010. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>

_____ Hermenêutica e Direito Civil: Um salto paradigmático - Prolegômenos em Prefácio. In: SILVA FILHO, J. C. M. **Hermenêutica filosófica e Direito**. O Exemplo privilegiado da Boa-fé objetiva no Direito Contratual. 2. ed. Ed. lumenjuris, Rio de Janeiro, 2006.

_____ **O Supremo não é o guardião da moral da nação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2. ed., 2004. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>> (acessado em 12.12.2013)

SUARES, M. **Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas**. Buenos Aires: Paidós, 1997.

TAVARES, F. H. **Mediação & Conciliação**. Belo Horizonte : Mandamentos, 2002.

THOMÉ, L. M. B. **Dignidade da pessoa humana e mediação familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TRINDADE, A. K. e MORAIS, F. S. de. Ensaio sobre a Crítica Hermenêutica do Direito- Reflexões sobre o pensamento jurídico de Lenio Streck. **Revista do Instituto de Hermeneutica Jurídica- RHJ**, ano 9, n9/10, jan/dez 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____**Garantismo versus neocosntitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em térrea brasilis. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucioanlismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Org. Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VASCONCELLOS, M. J. **Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência**. Campinas: Papyrus. 2002.

VASCONCELOS, C. E. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

VERDI, S. V. **A Mediação no âmbito das relações entre Psicologia e Justiça**. Entre Linhas, 2007.

VERDÚ, P. L. Problemática actual de la justicia constitucional y del examen de constitucionalidade de las leyes. In: **Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político**, Universidade de Salamanca, mayo-octubre 1957.

VEZZULLA, J. C. **Mediação de conflitos vai trazer mais independência**. Gazeta das Caldas, 2006.

VEZZULLA, J. C. **Qué mediador soy yo?** Lisboa: La trama, 2007.

_____**Reflexão a partir da mediação para chegar à mediação**. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo: IMED, 2005.

VILELA, S. R. Mediação familiar: aspectos jurídicos. In: NETRO, A. R. P. (Org.). **Mediação familiar** (pp. 11-26). São Paulo: Editora Equilíbrio, 2009.

ZIMERMAN, D., Aspéctos Psicológicos na Prática Jurídica. In: **A Influência dos Fatores Psicológicos Inconscientes na Decisão Jurisdicional – A crise do Magistrado**, 2009.

WARAT, L. A. **Em nome do acordo: a mediação no direito**. Buenos Aires: Almed, 2001.

_____**Surfando na pororoca: O ofício do mediador**. Florianópolis: Boiteux, 2004.

WATANABE, K. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. In: **Conciliação e Mediação**: Estruturação da Política Judiciária Nacional. Coord. PELUSO, A. C. e RICHA, M. de A. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AUTOEXCLUSÃO: UMA ANÁLISE SOBRE AS RELAÇÕES SOCIAIS E O CONHECIMENTO JURÍDICO¹⁰

Renata Caroline Pereira de Macedo¹¹

Heitor Romero Marques¹²

RESUMO: A pesquisa aqui relatada, valeu-se de revisão bibliográfica e tem como objeto o estudo do comportamento humano frente ao conhecimento jurídico, uma vez que a história humana reflete a acomodação aos padrões tradicionalmente transmitidos nas comunidades. A pesquisa procurou entender a realidade sócio jurídica e por extensão os principais motivos da falta de interesse e conhecimento pela área jurídica, bem como procurou indicar soluções para que os indivíduos se informem dos seus direitos e lutem por um ambiente mais justo e harmonioso.

PALAVRAS-CHAVE: conhecimento; direitos; comunidade.

ABSTRACT: The research reported here, earned thirst literature review and has as its object the study of human behavior outside the legal knowledge, since human history reflects the accommodation standards traditionally handed down in communities. The research sought to understand the socio-legal and by extension the main reasons for the lack of interest and knowledge for the legal and sought solutions to indicate that individuals inform themselves of their rights and fight for a more just and harmonious.

KEYWORDS: Knowledge, Rights, Community

1 INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência que visa contribuir com a evolução e desenvolvimento da sociedade, analisando o comportamento humano e o convívio social. Com isso, incumbe a essa ciência combater a injustiça por meio da luta dos povos, indivíduos, classes e governos.

¹⁰ Trabalho realizado no contexto do PIBIC/UCDB/CNPq no ciclo 2012_2013.

¹¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco. Pesquisadora do PIBIC/UCDB/CNPq no ciclo 2012_2013 Contato: renata_de_macedo@hotmail.com

¹² Licenciado em Ciências e Pedagogia, Especialista em Filosofia e História da Educação, Mestre em Educação e Doutor em Desarrollo Local y Planteamiento Territorial. Contato: heiroma@ucdb.br e heiroma@ig.com.br

Essa evolução que o Direito busca é desenvolvida pela globalização, sendo essa uma ação de causalidade, em que alguns se beneficiam e outros não. Muitos não conseguem se beneficiar devido a exclusão social presente nas sociedades capitalistas. A exclusão abrange todos aqueles que não possuem acesso aos direitos fundamentais, e não podem se alimentar, ter um lar, acesso à saúde, à educação, a um emprego digno.

O acesso à justiça é fundamental, pois é o tipo de direito humano básico, que visa garantir e não apenas proclamar os direitos dos cidadãos, em vista da evolução social.

Com a evolução das sociedades, a democracia predomina na maior parte do mundo e por ser um governo do povo visa estabelecer um equilíbrio entre sociedade e Estado. A democracia é direito positivo de toda e qualquer pessoa, e aquela que não a exerce desenvolve uma exclusão fatal. Justamente para evitar essa exclusão fatal é que o acesso à justiça é um direito social fundamental, sendo a principal garantia dos direitos subjetivos. Em torno dele estão todas as garantias destinadas a promover a efetiva tutela dos direitos fundamentais, assim como trata a Constituição Federal brasileira em seu Art 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

2 O ACESSO A JUSTIÇA COMO DIREITO CONSTITUCIONAL

A Carta de Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 traz em sua introdução "que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo".

Foi em 1950 que foi redigido o primeiro documento de repercussão internacional sobre o direito à prestação jurisdicional em prazo razoável devido a 1ª Convenção Europeia de Direitos Humanos e somente em 1969 com o Pacto de São José da Costa Rica que todos os indivíduos passaram a ter esse direito fundamental sem dilações indevidas.

O Brasil, no entanto, devido ao atraso democrático ocasionado pela ditadura e pelas crises econômicas, somente ratificou a Convenção em 1992 pelo

Decreto nº 678/2004, inserindo-a no rol dos direitos fundamentais com a Emenda Constitucional 45/2004.

A Constituição Federal de 1988 trata de princípios que confirmam que todos os cidadãos têm direito a procurar o poder judiciário para resolver alguma pendência que esteja prejudicando o convívio em sociedade. E nesse pensamento, Cappelletti e Garth (1988, p. 13) retratam que:

O acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

O Direito existe para organizar a vida social e é capaz de garantir a paz e a realização do espírito humano. Nesse sentido dizia Rui Barbosa que “Não há nada mais relevante para a vida social que a formação do sentimento da justiça”, por isso é que a justiça precisa ser dinâmica e simples para que não crie entraves que dificultem o acesso à solução do direito lesado. Essa realidade é retratada por Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 33) quando afirmam:

Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que faça justiça a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente em “acesso à ordem jurídica justa.

O Direito é o existir da vontade livre, como a única forma de existência da liberdade, tendo por objeto o comportamento de múltiplos sujeitos, na projeção da liberdade em sua exterioridade, fixando os limites entre justo e injusto, lícito e ilícito.

A professora Ada Pellegrini Grinover afirma que: “Pode-se dizer, pois, sem exagerar, que a Constituição de 1988 representa o que de mais moderno existe na tendência universal rumo à diminuição da distância entre o povo e a justiça”. Nesse mesmo sentido, na lição de Dinamarco cita Kazuo Watanabe (2002, p. 114):

Acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa, ou seja, obtenção de justiça substancial. Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas para suas pretensões, ou soluções que não lhe melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido. Todas as garantias integrantes da tutela constitucional do processo

convergem a essa promessa-síntese que é a garantia do acesso à justiça assim compreendido.

O ser humano é construtor da realidade das coisas na idealidade da razão e com a criação das leis torna racional o que é real. Exemplos dessa racionalidade foi a criação do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº8778/1990; o Código da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/1990; a Lei nº 9079/1995, a lei da arbitragem (Lei nº9307/1996, entre outras que contribuem para as relações humanas.

A criação dessas leis destaca principalmente as atitudes que as pessoas tomam mediante as situações do dia-a-dia. Essas normas foram criadas baseadas na lealdade, igualdade, boa-fé e confiança recíprocas entre os sujeitos.

3 OS MOTIVOS QUE LEVAM A EXCLUSÃO JURÍDICA

A cidadania é um dos direitos mais importantes para a sociedade, pois é por ela que o indivíduo conhece o Estado em que vive, e conforme a razão e a natureza leva as pessoas à harmonia do bem estar social. A sociedade civil forma-se como uma rede de instituições públicas e privadas, que se apoiam nos seus membros buscando como única finalidade o bem comum.

Ser cidadão é ter consciência de ser sujeito de direitos e deveres, não podendo por isso alegar o desconhecimento da lei. O acesso à justiça é considerado um direito humano que leva ao caminho da redução das desigualdades sociais em termos econômicos e sociais, pois onde não houver justiça não haverá democracia. Nessa esteira de entendimento Carlos Alberto Menezes Direito (1998, p. 142) leciona que:

[...] o maior esforço que a ciência do direito pode oferecer para assegurar os direitos humanos é voltar-se, precipuamente, para a construção de meios necessários à sua realização nos Estados e, ainda, para o fortalecimento dos modos necessários de acesso à Justiça com vistas ao melhoramento e celeridade da prestação jurisdicional.

A desigualdade social é a grande vilã no Brasil, tornando o acesso à justiça das pessoas mais carentes ainda mais difícil, tornando o Direito excludente. Em seu Curso de Direito Constitucional o Professor José Afonso da Silva (1998, p. 222) comenta as dificuldades das classes de menor renda:

Os pobres têm acesso muito precário à Justiça, porque carecem de recursos, para contratar bons advogados e que o patrocínio gratuito se revelou de alarmante deficiência. O outro lado da moeda, destarte, é que os ricos, não têm acesso precário à Justiça, porque não carecem de recursos, para contratar bons advogados. Fica-nos a ilusão, que os jurisdicionados ricos têm uma justiça rápida e imparcial, mesmo contra o Estado.

Nesse sentido, ficou comprovado que a comunidade do bairro São Conrado enfrenta o que o ilustre professor Boaventura (1997, p.46) discorre, ou seja, a comunidade enfrenta três barreiras que limitam o acesso à justiça, sendo eles o social, o econômico e o cultural. Ilustra ainda que:

A igualdade do cidadãos perante a lei passou a ser confrontada com a desigualdade da lei perante os cidadãos, uma confrontação que em breve se tornou num vasto campo de análise sociológica e de inovação social centrado na questão do acesso diferencial ao direito e à justiça por parte das diferentes classes e estratos sociais.

Diante a questão do acesso à justiça em função do poder aquisitivo Thomas Hobbes era claro em afirmar que “[...] quem deve governar é o gênero humano”, mas o que prevalece na sociedade atual é o gênero capitalista. O que deveria ser um direito social fundamental para garantir direitos, acaba se tornando um grande vilão da população. Um judiciário lento, com funcionários despreparados e que não se atualizam, dificulta quem realmente precisa de ajuda e proteção da justiça. Grande parte da população não procura conhecer, pois não possui confiança, na verdade elas acreditam que o judiciário não tem credibilidade. Acadêmicos da Faculdade de Direito de Vitória acreditam que:

Essa morosidade suscita nos indivíduos um descrédito quanto à efetividade do Judiciário. A sociedade como um todo passa a não confiar no Estado para que este promova a solução de conflitos, julgando, portanto, esse poder como lento e incompetente. Os maus exemplos cometidos por quem deveria ser exemplar em suas ações, explicam, então, o desrespeito e a desconfiança da população.

Essa descrença do judiciário é provada não só na comunidade estudada em Mato Grosso do Sul, mas também no Brasil. Uma pesquisa feita no final de 2011 pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas revela que 89% dos entrevistados consideram a resolução de conflitos lenta ou muito lenta no país e além disso, 87% disseram que os custos para acessar o Judiciário são altos ou muito altos e 72% acreditam que o Judiciário é difícil ou muito difícil para utilizar.

Hans Kelsen (1998) em sua obra **O problema da justiça** é firme em criticar que “Os efeitos dessas delongas, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores”, pois justiça lenta é injustiça.

Outro fator que contribui para a desilusão dos cidadãos em relação a proteção da justiça são os escândalos de corrupção e a criação de leis que beneficiam somente uma parcela da população. O Direito tem sido excludente e toda a manipulação do poder público consegue fazer com que a população fique cada vez mais ignorante e inerte em relação aos direitos de proteção judicial. O Professor Luiz Flávio Gomes (2010) discorre que:

O Poder Judiciário tem menos prestígio que a Polícia Federal, que a Mídia etc. Isso decorre da morosidade da prestação jurisdicional assim como das notícias de corrupção. O modelo de Justiça preponderante no Brasil (o adversarial, o conflitivo) está falido.

A esperança de ter informação e conseguir acesso ao judiciário se desfaz, pois apesar do avanço das tecnologias, grande parte da população ainda sofre com a falta de comunicação. Segundo o Ibope até dezembro de 2012, menos da metade da população brasileira tinha acesso a *Internet*. As gerações mais novas acreditam que a forma mais fácil de buscar os direitos é pelos meios de comunicação, seja pela *Internet*, televisão ou rádio. Já quanto o acesso à justiça, não são para todos justamente por se ter essa grande desigualdade social, pois a comunicação acaba não sendo suficiente para informar as pessoas e acaba interferindo de maneira equivocada.

O Ministro do STF, Joaquim Barbosa critica a mídia dizendo que é de direita e que a Justiça é racista, “A justiça condena pobres e pretos, gente sem conexão. As pessoas são tratadas de forma diferente de acordo com seu *status*, cor de pele ou poder econômico”, relata que a mídia não tem mais o mesmo respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. A mídia acaba por produzir uma publicidade opressiva, passando informações manipuladas e criando pré-conceitos que prejudicam o andamento de ações.

Nesse mesmo sentido o que acarreta para uma fuga ainda maior dos direitos é a falta de profissionais qualificados, principalmente advogados, já que os pesquisados da comunidade do bairro São Conrado os classificaram como obsessivos por dinheiro e não preocupados em solucionar os problemas das

peças que os procuram, destacando que o judiciário é corrupto e recebe propinas para decidir a favor de algum caso específico. É latente a ameaça a cada dia mais de profissionais do Direito com formação inadequada, carentes de conhecimentos jurídicos e principalmente de experiências reais que prezem pela moral e ética, impossibilitados de serem construtores de uma nação mais igualitária e que visem o bem comum.

Apesar do âmbito judiciário ser para todos, em termos de equidade, sempre a justiça é para os mais ricos e isso ocorre devido aos péssimos profissionais no mercado que descríbilizam os demais perante o judiciário e ao mercado de cliente. Contudo, o fato mais visível é que os cidadãos somente buscam seus direitos quando estão em conflito devido a correria do dia-a-dia em busca de uma melhor qualidade de vida, muitas vezes esquecendo de que é melhor prevenir o conflito do que enfrentá-lo.

A falta de interesse predomina pois, a geração mais nova tem a certeza de que a informação é passada à população e que a única falha é quanto a estrutura que precisa ser melhorada para que as informações cheguem de maneira mais rápida à população.

Quanto as gerações mais antigas, essas estão convictas de que não há informação suficiente para que todos tenham conhecimento sobre os direitos. Mesmo tendo todas as tecnologias que facilitam o acesso, eles acreditam que falta mais ação do poder público para que todos tenham acesso aos direitos.

4 . O ACESSO À JUSTIÇA NA VISÃO DOS OPERADORES DO DIREITO.

O Direito é uma ciência que não pode ser rígida, mas deve basear-se na razão e na natureza que levam os cidadãos a virtude, devendo procurar descrever o funcionamento das normas jurídicas, pois elas são o princípio e o fim de todo o sistema jurídico.

A maior importância dessa ciência é a validade, já que segundo Kelsen a teoria do Direito possui dois juízos de valor: valores de direito, na qual o objetivo é a norma jurídica (licito ou ilícito), e valores de justiça (justo ou injusto), sendo a norma a única segurança para a teoria do direito.

Nesse contexto, quem aplica o Direito exerce a chamada interpretação autêntica do direito, em que a norma pode ser válida e justa, válida e injusta, inválida e justa, inválida e injusta.

Para grande parte dos juristas na maioria dos casos hoje no país, a norma é aplicada de forma válida porém injusta, pois o Estado deixa de identificar a relação de objetividade dele com a subjetividade dos indivíduos. A doutrinadora Gisele Góes (2004, p. 111) expõe que:

O acesso à justiça não se esgota somente com a propositura da ação no Poder Judiciário, porque, se a tutela jurisdicional não tiver meios de fazer cumprir suas decisões, não adiantará o ingresso com a ação, tendo em vista a inefetividade desse acesso à justiça.

O Direito acaba sendo tratado como mera tentativa de resolução de conflitos e não como deveria ser realmente tratado, ou seja, como objeto de comportamento de múltiplos sujeitos, sendo na projeção da liberdade, na fixação de limites entre justo e injusto, lícito ou ilícito.

O sujeito por ser construtor da realidade das coisas na idealidade da razão crê que a justiça é um conjunto de ideias que norteia a própria formação do Direito e que justa é a decisão imparcial e não a arbitrária. Dessa forma, o ensinamento da justiça não deve ser objeto de conhecimento do jurista, pois muitas vezes o fato de se ter estudado o Direito faz com que muitos operadores esqueçam de sua principal função, ou seja, auxiliar quem realmente necessita para a resolução de um conflito. No dizer de José Renato Nalini prefaciando Lídia Reis de Almeida Prado (2003, p. 11),

[...] para julgar um ser humano, o juiz precisa ser cada vez mais humano. O excesso de técnica pode ajudar a distanciar-lo desse ideal. É uma armadura a mais para afastá-lo do drama de que o processo está impregnado.

A diferença de tratamentos dentro do sistema judiciário só faz dificultar o acesso à justiça, já que a razão deveria predominar ao contrário do orgulho, mas o que se percebe é que a forma de comunicação e diálogo torna extremamente complicada a relação da Justiça com a população. Nesse sentido destaca o Professor Luiz Guilherme Marinoni (2005, p.54-5) que:

[...] em nome da liberdade dos cidadãos que foi sustentada por muito tempo, a neutralidade do juiz que, hoje, sabidamente é mito, supondo-se ser possível um juiz despido de vontade inconsciente, ser a lei, como pretendeu Montesquieu, uma relação necessária fundada na natureza

das coisas, além de predominar no processo o interesse das partes, e não o interesse público, na realização da “justiça”.

Esse raciocínio se estende aos demais cargos do judiciário, a advogados e estagiários, pois a humildade está se perdendo ao decorrer do tempo, contribuindo ainda mais para o desinteresse de toda a comunidade brasileira.

O valor das custas processuais também é muito discutido entre os operadores já que a renda média do brasileiro é extremamente incompatível com os valores atribuídos para mover uma ação judicial. Mesmo existindo a Defensoria Pública, o posicionamento é claro quanto a que esses valores poderiam ser ajustados e a diferença aplicada pelo Estado em outras áreas básicas de necessidade mais urgente dos cidadãos. Portanto, a verdade, a virtude e a justiça devem ser buscadas com o objetivo de alcançar o bem maior, e essas ferramentas devem contribuir para que haja a integração de todos.

5 MÉTODOS PARA MINIMIZAR A AUTOEXCLUSÃO

As regras para o convívio social somente podem ser elaborados pelos homens e nesse sentido todo o erro produzido é fruto da ignorância, enquanto que toda a virtude conquistada é fruto de conhecimento. Com isso, a maior luta brasileira e a humana é a melhoria na educação e a busca da virtude é a do saber.

A pesquisa no bairro São Conrado não serviu somente para contribuir para a melhoria da comunidade, mas para a própria melhoria pessoal. A população anseia pela melhoria não só do sistema judiciário, mas de todas as áreas sociais.

O acesso à justiça deveria ser um direito natural, onde todos tivessem a vontade de se interessarem pela harmonia do meio social. Para Allan Kardec (1857 p. 876)

O critério da verdadeira justiça é de fato o de se querer para os outros aquilo que se quer para si mesmo, e não de querer para si o que se deseja para os outros, o que não é a mesma coisa. Como não é natural que se queira o próprio mal, se tomarmos o desejo pessoal por norma ou ponto de partida, podemos estar certos de jamais desejar ao próximo senão o bem. Desde todos os tempos e em todas as crenças, o homem procurou sempre fazer prevalecer o seu direito pessoal.

Dessa forma, o que se anseia é a busca não só dos direitos pessoais, mas também pelos direitos coletivos, pois todas as comunidades estão condicionadas à lei e essa só deveria ser modificada com a evolução da razão humana. Nesse caminho, ensina Tavares que: (2003 p. 09)

O princípio de acesso ao judiciário é um dos pilares sobre o qual se ergue o Estado de Direito, pois de nada adiantariam as leis regularmente votadas pelos representantes populares, se em sua aplicação, pudessem padecer do desrespeito direto e não-controlável, seja por parte da sociedade, seja pelos operadores oficiais de Direito. É necessário que se estabeleça um órgão com a competência específica para proceder o controle da observância do princípio da soberania popular, de respeito às leis.

A celeridade ao acesso à justiça será possível a partir do momento em que estudantes de Direito, advogados, juízes, promotores e demais operadores da justiça participarem de mutirões com o intuito de passar as principais informações que a população muitas vezes tem dificuldade em ter.

A conciliação é uma das formas que tornam o acesso à justiça mais célere, pois ela objetiva criar entre os sujeitos a ideia de paz social, diminuir o tempo de litígio, viabilizar a solução de conflitos de maneira mais simples e conseqüentemente diminuir drasticamente o número de processos.

O Direito não é para ser praticado dentro das faculdades, escritórios e fóruns, mas sim nas ruas, tendo contato com as pessoas e não somente com livros e processos.

A auto exclusão somente será reduzida quando o ensino jurídico for ensinado a partir do ensino fundamental e médio, pois os cidadãos precisam conhecer desde cedo seus direitos. É preciso incentivar crianças e adolescentes a serem críticos, severos quanto a melhoria de vida. A principal estratégia é estender a área de formação escolar para que ocorra uma elevação intelectual e Gramsci (2004, p.19) afirma que:

A escola é o instrumento para elaborar os intelectuais de diversos níveis. A complexidade da função intelectual nos vários Estados pode ser objetivamente medida pela quantidade das escolas especializadas e pela hierarquização: quanto mais extensa for a área escolar e quanto mais numerosos forem os graus verticais da escola, tão mais complexo será o mundo cultural, a civilização, de um determinado Estado.

O esclarecimento e sensibilização a respeito de direitos e deveres do exercício da cidadania de forma individual e coletiva é fundamental para que a auto exclusão minimize, pois o principal objetivo das ciências jurídicas é formar

cidadãos críticos, e esses precisam repassar para toda a sociedade que os direitos existem, leis foram criadas para serem cumpridas e que a educação é necessária para formar cidadãos com autonomia e protagonistas de suas próprias histórias, pois o Direito visa sempre o bem coletivo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objeto da ciência da filosofia do Direito é a ideia do direito, o conceito e sua realização. A exclusão jurídica está presente não somente nas comunidades mais carentes, mas em cada lugar da cidade de Campo Grande -MS e com a mais devida certeza em todo o país.

A clareza e o conhecimento das leis são fundamentais para minimizar esse male que está presente em nossa sociedade, e o Direito deve ser usado como instrumento humano de coesão social, visando a realização do bem comum, que consiste em integrar todos os humanos, alcançando todas as virtudes.

O conhecimento é a base do agir ético, só erra quem desconhece, pois a ignorância é o maior dos males e sua extinção se dá pela educação, sendo essa tarefa de todos aqueles que possuem o menor conhecimento jurídico, pois a lição da vida ética é a uma lição de justiça. Essa é uma lição de justiça comutativa a mais perfeita realização de interações voluntárias.

Com certeza o estudo da exclusão jurídica proporcionou abranger outras áreas que necessitam de atenção, porque a exclusão é gerada por fatores diários vivenciados no dia-a-dia. A amorosidade do judiciário, a falta de informação, a credibilidade, a responsabilidade e a política somente são alguns desses fatores que desestimulam a sociedade pela busca de seus direitos. Portanto, a exclusão vai muito além das fronteiras do judiciário, gerando também exclusão política e social. Toda essa exclusão contribui para a formação de cidadãos alienados, despreocupados com a melhoria de vida e desenvolvimento do país. Um país rico não é aquele que possui a maior quantidade de dinheiro, mas sim aquele país que investe nas pessoas, na educação, na saúde, nas condições básicas de vida e acima de tudo na valorização da justiça, pois justo é aquele que se preocupa com o outro e não somente com si próprio.

REFERÊNCIAS

ARENDT, H. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BITTAR, E. C. B; ASSIS DE ALMEIDA, G. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas,. 2011

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CINTRA, A., C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 22.ed. São Paulo : Malheiros Editores LTDA, 2002.

CUNHA, A. S. **Todas as Constituições Brasileiras**. Campinas: Booseller, 2001.

EZZAROBA, O. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2006.

FDV, **Faculdade de Direito de Vitória**. Disponível em:
<<http://chegadeimpunidadenoes.blogspot.com.br/2013/04/morosidade-e-descrenca-no-judiciario.html>> Acesso em: 04.06.2013

GÓES, G. S. F. **Princípio da proporcionalidade no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRAMSCI, A. **Concepção dialética da história**. 9ªed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

HOBBS, T. **Leviatã**. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006.

IBOPE, **Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística**. Disponível em:
<<http://www.ibope.com.br/pt-br/Paginas/home.aspx>.> Acesso em 05.05.2013.

KARDEC, A. **O Livro dos Espíritos, Princípios da Doutrina Espírita**, 1857.

KELSEN, H. **O Problema da Justiça**, 1998.

MARINONI, L. G. **A antecipação da tutela**. 8 ed.rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

NALINI, J. R. **O juiz e o acesso à justiça**. 2.ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ONU. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**, 1948.

SANTOS, B. de S. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, J. E. (Org). **DIREITO E JUSTIÇA: A FUNÇÃO SOCIAL DO JUDICIÁRIO**. SAO PAULO. ATICA. 1997.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. - São Paulo:Malheiros, 2012.

TAVARES, A. R. Apontamentos acerca do Princípio Constitucional do Acesso à Justiça. **Boletim Científico**. a. II. n. 6. Brasília. Escola Superior do Ministério Público da União, 2003.

XIBERRAS, M. **Les théories de L'exclusion**. Paris: Meridiens-Klincksieck, 1993.

A JUSTIÇA ITINERANTE COMO POLÍTICA DE DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: ESTUDOS DE CASO DO BAILIQUE (AP) E DO COMPLEXO DO ALEMÃO (RJ)

Leslie Shériida Ferraz

RESUMO: O objetivo deste artigo é avaliar a potencialidade da Justiça Itinerante para promover o acesso à Justiça, sobretudo das camadas mais fragilizadas da população. Para tanto, apresenta dois estudos de caso: arquipélago do Bailique e Complexo do Alemão. A análise é norteada pela capacidade dos programas em suplantar os principais obstáculos ao acesso propostos pela doutrina: longas distâncias, restrições financeiras, falta de advogados e de cultura legal. Os dados foram coletados em diversas pesquisas empíricas conduzidas sob minha coordenação¹³.

PALAVRAS-CHAVE: acesso à justiça; justiça itinerante, pesquisa empírica em direito.

1 INTRODUÇÃO

No início dos anos 1990, instituiu-se, no Brasil, uma criativa modalidade de prestação jurisdicional: a Justiça Itinerante, fóruns móveis adaptados em veículos (ônibus, vans e barcos) que se deslocam até áreas remotas ou não atendidas pelo Judiciário.

O objetivo deste artigo é avaliar a potencialidade da Justiça Itinerante para promover o acesso à Justiça das camadas desprivilegiadas da população¹⁴. Para tanto, serão apresentados dois estudos de caso: Complexo do Alemão (Rio de Janeiro) e arquipélago do Bailique (Amapá).

¹³ Junho de 2005: Pesquisa nacional sobre Juizados Especiais Cíveis (CEBEPEJ/Secretaria de Reforma do Judiciário); Setembro de 2011: Pesquisa de campo exploratória sobre a Justiça Itinerante, desenvolvida pela autora com recursos recebidos pelo prêmio nacional de Estatísticas Judiciárias/CNJ; Pesquisa nacional sobre Justiça Itinerante (Ipea/ProRedes, *no prelo*).

¹⁴ Serão utilizados os relatórios regionais provisórios da pesquisa “Democratização do acesso à Justiça e efetivação de direitos: a Justiça Itinerante no Brasil”, conduzida sob minha coordenação, com financiamento do Ipea Proredes. O relatório da região Sudeste foi elaborado por Eduardo Caetano da Silva; o da região Norte, por Juliana Pedro, Michelly Rodrigues e Sônia Ribeiro.

A escolha se justifica pelo alto grau de institucionalização dos programas; por atenderem uma população de baixa renda e escolaridade, que gravita à margem dos serviços estatais; e, sobretudo, pelo seu contraste: o projeto do Amapá atende a uma comunidade isolada, que vive nas margens do Rio Amazonas, enquanto o programa do Rio de Janeiro funciona em um bairro extremamente populoso, encravado na segunda maior metrópole do país. Apesar disso, contam com um elemento comum: um histórico recente de ausência sistemática do Estado.

Inicialmente, descrevo os principais óbices ao acesso à Justiça e traço um panorama geral da itinerância no Brasil. Após, apresento os estudos de caso, que contemplam uma descrição do local e do programa de itinerância, seguida da avaliação da sua potencialidade em promover o acesso à Justiça, norteadas pelos seus principais obstáculos. Ao final, trago breves reflexões conclusivas.

2 ÓBICES AO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

O acesso à Justiça evidencia a tensão existente entre a igualdade jurídico-formal e as desigualdades socioeconômicas¹⁵ e ressalta a importância de *efetivar* – e não apenas proclamar – os direitos dos cidadãos. Neste contexto, a detecção de óbices ao acesso e a análise de mecanismos aptos a suplantá-los é um método bastante eficaz para embasar a formulação de políticas de inclusão e efetivação dos direitos.

No Brasil, os desafios mais óbvios ao acesso à Justiça são as grandes dimensões geográficas e as profundas disparidades econômicas. Não é por acaso que a distribuição de demandas concentra-se nos grandes centros e, ainda, em poucos litigantes (como bancos, empresas de telefonia e entidades

¹⁵ Boaventura de Sousa Santos, *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, 3 ed., São Paulo: Cortez, p. 168-171.

governamentais), que se utilizam da Justiça de forma estratégica¹⁶, beneficiando-se, inclusive, de sua demora¹⁷.

Contudo, é preciso ampliar o espectro da análise: além dos obstáculos territorial e financeiro, também podem ser destacados óbices de ordem política, processual e psicológico-cultural.

Os óbices de cunho *político* tangem à ausência de uma correta organização do sistema de justiça pelos Tribunais¹⁸. Muitos municípios sequer possuem fóruns ou Defensoria Pública – órgão responsável pela assistência judiciária gratuita no país.

Ironicamente, o próprio *processo*, é um obstáculo ao acesso à justiça – em virtude da linguagem técnica, da formalidade excessiva e dos mecanismos processuais incompreensíveis, sobretudo ao público leigo¹⁹.

A inabilidade do Judiciário em produzir respostas adequadas aos diversos tipos de conflitos que se apresentam (como pequenas causas e questões coletivas) também configura um importante óbice. Ademais, graças ao crescimento do número de demandas²⁰ e da inabilidade em solucioná-las, além de um modelo processual antiquado e um inchado sistema recursal, a Justiça brasileira está cada vez mais congestionada²¹, lenta²² e ineficiente.

¹⁶ *Relatório 100 maiores litigantes*. Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), Brasília: 2012, p. 08. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf. Último acesso: 22 jun. 2013.

¹⁷ Marc Galanter, Why the 'haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and society review*, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

¹⁸ Héctor Fix-Fierro. *Courts, Justice and Efficiency: a socio-legal study of economic rationality in adjudication*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 211.

¹⁹ E. Johnson Jr.. Promising institutions: a synthesis essay. In: Mauro Cappelletti; J. Wesner (ed.), *Access to justice*, v. 2: Promising institutions, t. 2, p. 878.

²⁰ Em 2011, a Justiça brasileira (estadual, federal e trabalhista) recebeu 26.241.166 ações; em 2012, foram 28.215.812 – aumento de 7,5%. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2013: ano-base 2012*. Brasília: CNJ, 2013, p. 15. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf. Acesso: 18 dez 2013 e Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2012: ano-base 2011*. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/rel_completo_estadual.pdf. Acesso: 30 ago. 2013.

²¹ Os índices de congestionamento da Justiça brasileira são extremamente altos: 47% (Justiça do Trabalho), 65% (Justiça Federal) e 73% (Justiça estadual). Fonte: *Justiça em Números 2013: ano-base 2012*, cit, p. 314-326-331.

²² Uma demanda judicial que seja julgada por todas as instâncias pode levar mais de dez anos para ser finalizada.

Porém, o aumento do número de demandas não significa que pessoas antes excluídas estejam acessando o sistema: como informado, no Brasil, a distribuição de demandas concentra-se apenas em algumas instituições, como grandes empresas e entidades governamentais²³.

Quanto ao aspecto *psicológico-cultural*, a mera ideia de ir aos Tribunais atemoriza muitas pessoas²⁴. Quanto mais baixa a classe econômica de uma pessoa, maior é o seu distanciamento do sistema de justiça – por insegurança e medo de sofrer represálias até o desconhecimento completo do direito material ou da forma de reclamar por ele²⁵.

No que toca ao Brasil, esse problema é ainda mais grave, pois grande parcela de sua população gravita à margem das prestações estatais. A exclusão social se expressa em indiferença, por parte dos próprios segregados, em relação ao sistema de justiça. Esse afastamento, justificado por séculos de abandono dos “subcidadãos”, compromete a formação da identidade da Nação: não apenas os opressores, mas as próprias pessoas (escravos, pobres, minorias étnicas) tinham e ainda têm uma visão redutora de si mesmas²⁶.

Assim, a despeito da crescente movimentação processual no Brasil, ainda há muitos cidadãos afastados do Judiciário – por renúncia, desconhecimento do direito ou incapacidade de lutar por ele. O sistema de Justiça não apenas reproduz, mas também acentua, os intensos abismos sociais: os grupos socialmente vulneráveis são, no Brasil, também os grupos *legalmente* fracos e desprivilegiados²⁷.

3 A JUSTIÇA ITINERANTE NO BRASIL: BREVE PANORAMA

As primeiras experiências informais de itinerância teriam sido desenvolvidas em 1992, em barcos, por iniciativas individuais de juízes do Amapá e Rondônia, preocupados com o isolamento das populações ribeirinhas. Após sua institucionalização pelo Tribunal de Justiça do Amapá, em 1996, diversos outros

²³ *Relatório 100 maiores litigantes*, cit., p. 08.

²⁴ Héctor Fix-Fierro, *Courts[...]*, cit., p. 05.

²⁵ Boaventura de Sousa Santos, *Pela mão de Alice[...]*, cit., p. 168-171.

²⁶ Orlando Villas Bôas Filho. *Uma abordagem sistêmica do direito no contexto da modernidade brasileira*, 2006. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 332-42.

²⁷ Mauro Cappelletti; Bryant Garth. Access to justice and the welfare state: an introduction. In: CAPPELLETTI, Mauro (ed.). *Access to justice and the welfare state*. Alphen aan den Rijn: Sijthoff; Bruxelles: Bruylant; Firenze: Le Monnier; Stuttgart: Klett-Cotta, 1981, p. 03.

Tribunais estaduais criaram seus próprios programas, inspirados por seus bons resultados.

Em 2004, a Emenda Constitucional n. 45 determinou que todos os Tribunais do país criassem projetos de itinerância e a legislação ordinária ordenou a criação de Juizados Especiais Itinerantes, no âmbito federal e estadual. Embora as esferas federal e trabalhista não tenham observado o preceito constitucional, praticamente todos os Tribunais estaduais do país instituíram programas de itinerância, apresentados na tabela 01, a seguir:

Tabela 1: Modalidades de Justiça Itinerante/Justiça Estadual - Brasil

| Modalidade | Características | Estados |
|---------------------------------|---|--|
| Terrestre/ônibus (15) | Ônibus adaptados circulam em regiões pobres, rurais e/ou distantes dos grandes centros | Acre, Amapá, Acre, Alagoas, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Mato Grosso do Sul, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte e São Paulo |
| Terrestre/van (4) | Vans adaptadas atendem exclusivamente conflitos decorrentes de acidentes de trânsito sem vítima. | Ceará, Paraná, Sergipe e Tocantins |
| Fluvial/barco (4) | Barcos adaptados atendem populações isoladas, inclusive aldeias indígenas e comunidades ribeirinhas | Amapá, Pará, Rondônia e Roraima |
| Aérea/avião (1) | O avião serve para transportar equipes a locais ermos do estado | Pará |
| Descentralização da Justiça (6) | Não há veículos: a Justiça é descentralizada (Casas de Cidadania, Balcão de Direitos) ou há deslocamento da equipe (Justiça no Bairro, Justiça Comunitária) | Bahia, Espírito Santo, Minas Gerais, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul |
| Sem | Estados que não contam com programas | Goiás, Maranhão, Mato Grosso, |



Aérea



Fluvial



Terrestre



Van/trânsito



descentralizada

| | | |
|------------------|--------|-------------------|
| programas (5) | ativos | Fluvial e Paraíba |
|------------------|--------|-------------------|

Fonte: Elaboração própria (Ipea, 2014).

O mapa 01 ilustra os dados apresentados na tabela, e evidencia que, com exceção de cinco estados, todos os demais contam com programas de itinerância. Alguns Tribunais possuem mais de um programa, buscando maximizar seu alcance (Amapá, Bahia, Pará, Paraná, Rondônia e Roraima).

Mapa 01: Modalidades de itinerância – Tribunais de Justiça estaduais



Fonte: Elaboração própria, a partir de Ipea, 2014.

4 ESTUDO DE CASO: O PROGRAMA DE JUSTIÇA ITINERANTE TERRESTRE DO COMPLEXO ALEMÃO/RIO DE JANEIRO

4.1 O complexo do Alemão

O complexo do Alemão situa-se na Zona Norte do Rio de Janeiro (a segunda maior metrópole do país) e conta com uma população de 60.555

peças. Composto por um conjunto de morros de urbanização precária, o bairro tornou-se uma das áreas mais violentas da cidade, a partir de 1990. O tráfico de drogas e o crime organizado permaneceram no comando do bairro até 2010, quando se iniciou o processo de instalação de Unidades de Polícia Pacificadora (UPP)²⁸, com retomada do território pelo governo com o apoio do Exército Nacional.



Foto 01: Visão panorâmica do Complexo do Alemão²⁹

Ironicamente, o Complexo do Alemão, com sua urbanização descontrolada e precária, é uma das primeiras visões dos turistas que desembarcam no aeroporto internacional do Galeão. Sob o pretexto de funcionar como barreira acústica para os moradores e/ou de proteger os transeuntes contra assaltos, grande parte da comunidade é cercada por muros de acrílico com desenhos que dificultam a visibilidade do local³⁰.

O comando do crime organizado impossibilitou o Estado de estabelecer sua presença no local durante décadas. Serviços como coleta de lixo e

²⁸ UPP é uma pequena força da Polícia Militar que trabalha com princípios da polícia de proximidade e tem sua estratégia fundamentada na parceria entre a população e as instituições da área de segurança pública. Disponível em: http://www.upprj.com/index.php/o_que_e_upp. Acesso: 22 maio 2014.

²⁹ <http://www.cliqueseguro.com/passeio-complexo-do-alemao-p190>. Acesso: 22 maio 2014.

³⁰ <http://apatruhadalama.blogspot.com.br/2010/03/rio-de-janeiro-barreiras-acusticas-sao.html>. Acesso: 22 maio 2014.

fornecimento de energia elétrica sempre foram limitados e até hoje ainda são mais restritos do que na cidade do Rio de Janeiro.

Tabela 2 – Indicadores sociais: Complexo do alemão x Rio de Janeiro

| Indicador | Complexo do Alemão | Rio de Janeiro |
|--|---------------------------|-----------------------|
| População | 60.555 | 6.320.446 |
| Densidade demográfica | 341,9 | 110,7 |
| Coleta de lixo adequada | 91,8% | 99,3% |
| Energia distribuída com medidor por companhia elétrica | 54,3% | 92,6% |
| Energia elétrica de outras fontes | 8,6% | 1,4% |
| Analfabetismo entre maiores de 15 anos | 7,7% | 2,9% |
| Renda – até 1/8 salário mínimo ³¹ | 1,4% | 0,5% |
| Renda – 1/8 a 1/4 salário mínimo | 7,1% | 2,8% |
| Renda – ¼ a ½ salário mínimo | 23,8% | 10,8% |
| Renda – ½ a 1 salário mínimo | 39,1% | 23,6% |
| Renda – 1 a 2 salários mínimos | 19,3% | 23,7% |
| Renda – mais de 2 salários mínimos | 2,6% | 34,1% |

Fonte: Instituto Pereira Passos³²

Além de pobre (quase 70% dos moradores vivem com renda inferior a um salário mínimo) e populoso (341,9 habitantes/m², superando em três vezes os índices da cidade do Rio de Janeiro), o bairro conta com altos índices de analfabetismo da população adulta (7,7% entre maiores de 15 anos) e apresenta

³¹ O salário mínimo nacional vigente para o ano de 2014 é de R\$ 724,00, equivalente a 326,32 dólares americanos ou 239,45 euros (cotação oficial de 23/05/2014).

³² <http://www.uppsocial.org/wp-content/uploads/2014/01/1-Panorama-dos-Territórios-UPPs-Complexo-do-Alemão1.pdf>, Acesso: 20 mai. 2014

o pior IDH (índice de desenvolvimento humano) da cidade do Rio de Janeiro: 0,711 (126ª posição)³³.

4.2 A Justiça Itinerante no Complexo do Alemão

A Justiça Itinerante terrestre do estado do Rio de Janeiro funciona desde 2004 com a circulação de sete ônibus, que se revezam por dezenove localidades. Os veículos, adaptados para as atividades da Justiça, são divididos em cinco pequenas seções: sala de espera, cartório, sala de audiência, copa e banheiro. A periodicidade do projeto em cada localidade é, em regra, semanal (em alguns casos, quinzenal).

Em observância à política de penetração do Estado em áreas tomadas pelo tráfico, em 2010 foram instaladas as UPPs do Complexo do Alemão. Dando continuidade a esta política, o programa de Justiça Itinerante passou a funcionar em julho de 2011 – atuando todas as sextas-feiras, das 9h00m às 15h00m, sempre no mesmo local.



Foto 02: Vista lateral do ônibus da Justiça Itinerante do Rio de Janeiro³⁴/Foto 03: Atendimento inicial.

Na lateral externa direita do veículo, posicionam-se mesas e cadeiras plásticas sob um toldo retrátil, onde a Defensoria Pública do Rio de Janeiro disponibiliza serviços de orientação pré-processual e assistência jurídica. As audiências, presididas pelo juiz, são realizadas dentro do veículo.

³³Instituto Pereira Passos, Prefeitura do Rio de Janeiro. Disponível em: Armazemdedados.rio.rj.gov.br – 1172_indicededesenvolvimentoohumanomunicipal_2010. Acesso em: 10 mar. 2014.

³⁴ <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/97204> . Acesso: 10 abr. 2014.

O ônibus estaciona na Escola Tim Lopes, uma área bastante central, acessada por linha regular de ônibus. Apesar de dispor de serviços nas proximidades (mercados, lanchonetes), não há estrutura própria que ofereça nível mínimo de conforto para o acolhimento dos usuários, que permanecem por horas em pé ao redor dos ônibus, expostos ao tempo.

Com exceção de dois servidores, que atuam exclusivamente no Complexo do Alemão, a equipe da Justiça Itinerante (inclusive o juiz) é compartilhada com o Fórum mais próximo – o que reduz os custos do projeto³⁵. Os juízes, que dedicam um dia da semana à itinerância, são selecionados pela coordenação mediante aqueles que possuem um perfil adequado e demonstram interesse em participar.

O processamento das ações é feito de forma separada dos demais, no denominado “cartório-base”.

O programa de Justiça Itinerante do Rio de Janeiro é muito bem estruturado: existe há dez anos e vem se consolidando e expandindo; possui coordenação e orçamento próprios; disponibiliza atendimento semanal, com datas fixas de atendimento. O calendário anual é amplamente divulgado, por meio de cartazes e no site da instituição. Abrange quinze localidades na capital e região metropolitana do Rio de Janeiro e quatro no interior. Conta, ainda, com uma sólida parceria com a Defensoria Pública, responsável pela orientação inicial e acompanhamento de todo o processo judicial.

De outra sorte, a estrutura física disponibilizada à população é bastante frágil. Não há garantia da privacidade no primeiro atendimento: os usuários podem ser ouvidos por qualquer pessoa que se encontre no local. Este problema é ainda mais grave se considerarmos que, em regra, as pessoas atendidas pelo programa residem em uma mesma comunidade e conhecem umas às outras. Não há estrutura mínima disponibilizada pela itinerância: as pessoas não tem abrigo, lugar para sentar, banheiros ou água disponível.

Sobre a acessibilidade de portadores de deficiência, os veículos não contam com qualquer tipo de adaptação. O acesso ao ônibus se dá por uma escada com grandes degraus e as estreitas dimensões internas inviabilizam a

³⁵ R\$ 4.280.280,36, um dos maiores do país, mas que representa uma ínfima parcela do orçamento geral do TJRJ(R\$ 3.348.899.356,00): apenas 0,13%.

livre circulação pelo local. Perguntados sobre como atenderiam a um cadeirante, serventuários relataram que, em casos extremos, são os juízes ou funcionários que se deslocam para a área externa do ônibus para prestar o atendimento.

Serviços

A Defensoria Pública do Rio de Janeiro disponibiliza serviços de informação, orientação e assistência jurídica durante toda a tramitação judicial. Os serviços judiciais disponibilizados pela Justiça Itinerante, bem como a assistência jurídica, são totalmente gratuitos. Neste último caso, a renda do usuário é um fator limitante para o atendimento.

Competência material

A Justiça Itinerante do Rio de Janeiro atende aos seguintes casos:

- Direito de família;
- Registros civis (nascimento, casamento, óbito, etc);
- Direito do consumidor;
- Causas cíveis em geral;
- Juizados Especiais Cíveis³⁶.

São realizados, ainda, casamentos (individuais e comunitários) e fornecida gratuidade para emissão de segunda via de documentos³⁷.

Produtividade

Desde sua criação, o programa de Justiça Itinerante do Complexo do Alemão teve o número de atendimentos consideravelmente ampliado: de 2012

³⁶ Engloba demandas de menor complexidade ou valor, limitada a 40 salários-mínimos (cerca de 13.000 dólares americanos ou 9.500 euros). Os valores convertidos neste artigo tomam com base o câmbio de 23.05.2014.

³⁷ Também há registros de demandas de competência do Juizado Especial Criminal e violência doméstica, mas estes casos não são propriamente processados pela JI, que apenas realiza o atendimento/orientação e encaminha a parte para o órgão adequado.

para 2013, o número de atendimentos praticamente dobrou, atingindo a marca de 6.421 – equivalente a mais de 10% da população local.

Tabela 3: Produtividade do programa de itinerância do Complexo do Alemão

| Natureza da demanda | 2011* | 2012 | 2013 |
|---|--------------|-------------|-------------|
| 2ª via de documentos | 894 | 1287 | 1753 |
| Família | 182 | 378 | 916 |
| JEC | 38 | 199 | 825 |
| Registros civis | 16 | 91 | 741 |
| Conversão de união estável em casamento | - | 200 | 496 |
| Infância | 0 | 0 | 117 |
| Cível | 8 | 5 | 04 |
| JECrim | 0 | 0 | 0 |
| Violência doméstica | - | 0 | 0 |
| Informações/orientações | 484 | 1.200 | 1569 |
| Atendimentos (totais) | 1.622 | 3.360 | 6.421 |

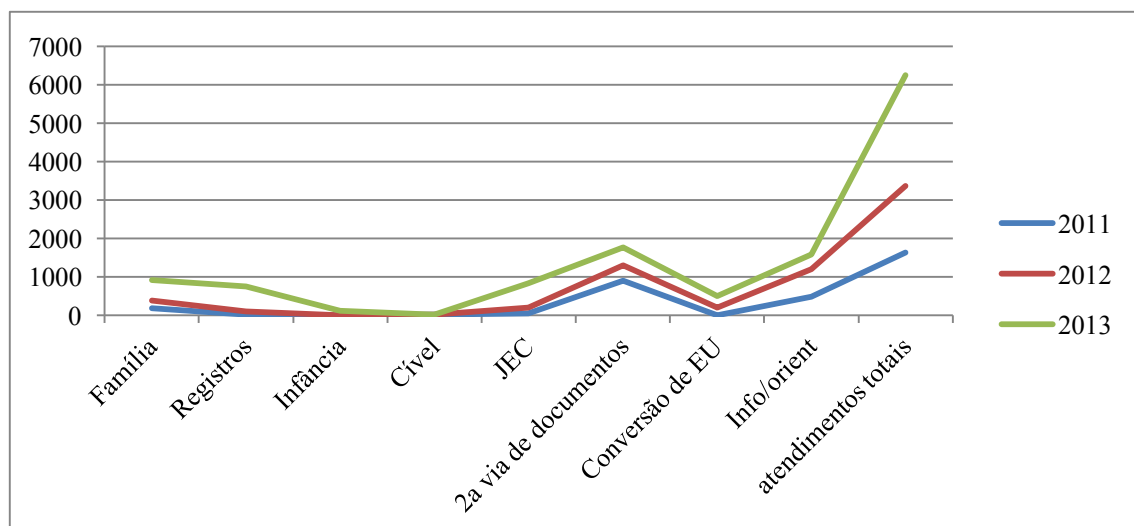
Fonte: Ipea, 2014³⁸

Os serviços mais procurados tangem a emissão de segunda via de documentos (27,3%), causas de família (14,3%) e Juizados Especiais Cíveis (12,8%). Também é relevante o volume de registros civis³⁹.

Gráfico 01 – Evolução das demandas – Complexo do Alemão (2011 a 2013)

³⁸2011: desde julho. <https://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/dir-gerais/dgjur/deinp/deinp/div-jus-itinerante-aces-just>. Acesso em: 10 maio 2014.

³⁹ Em 2013, merece destaque o alto número de feitos de infância e juventude, que não aparecia nos anos anteriores. Frise-se que, embora estas demandas não sejam processadas pela Justiça Itinerante, a Defensoria faz o devido encaminhamento dos casos aos órgãos competentes.



Fonte: Elaboração própria, a partir de Ipea, 2014⁴⁰.

4.3 Superação dos obstáculos ao acesso à Justiça

Obstáculos territoriais

No Complexo do Alemão, o afastamento decorrente das grandes distâncias não é um problema, já que a comunidade localiza-se na cidade do Rio de Janeiro. O isolamento, ao contrário, decorre da dificuldade de penetração dos serviços estatais durante duas décadas, em razão do controle da área pelo crime organizado. Neste sentido, a instalação de programas de Justiça Itinerante desde 2011, aliada a uma política de penetração do Estado no local (UPP), é, sem dúvida, uma ferramenta bastante eficaz para superar o isolamento da área.

Obstáculos financeiros

Como visto acima (tabela 02), a população que reside no Complexo do Alemão possui baixa renda: cerca de 70% dos moradores vive, no máximo, com um salário mínimo por mês (equivalente a 326 dólares americanos ou 239,45 euros), dos quais 8,5% não recebem mais de ¼ deste valor (81,58 dólares americanos ou 59,86 euros).

⁴⁰ *Idem, ibidem.*

Concentrando seus escassos rendimentos em itens de primeira necessidade (alimentação e moradia), a população não dispõe de recursos para arcar com orientação pré-processual, contratação de advogado ou custas processuais. Até mesmo as despesas para acompanhamento da demanda (transporte, alimentação, perda do dia de trabalho) representam um impedimento ao acesso à Justiça.

Deste modo, ao disponibilizar tais serviços gratuitamente, deslocando-se até a comunidade, o programa de Justiça Itinerante do Rio de Janeiro mostra-se capaz de suplantar os óbices econômicos ao acesso.

Obstáculos processuais

As ações processadas na Justiça Itinerante observam as mesmas regras do processo tradicional brasileiro, caracterizado por sua formalidade excessiva e incontáveis recursos. As demandas de menor complexidade e valor seguem o rito mais informal e simplificado dos Juizados Especiais Cíveis.

Embora, ocasionalmente, possam ser firmados acordos entre as partes, não existe um núcleo especializado neste tipo de solução do litígio. Deste modo, pode-se afirmar que a solução oferecida pela Justiça Itinerante do Rio de Janeiro é, eminentemente, processual.

Tabela 4: Forma de solução dos litígios - programa de itinerância do Complexo do Alemão

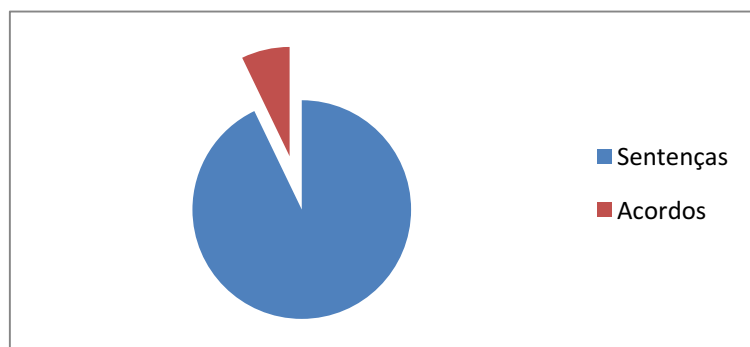
| Ano | Novas ações | Sentenças | Acordos |
|------------|--------------------|------------------|----------------|
| 2011 | 408 | 389 | 20 |
| 2012 | 659 | 507 | 39 |

Fonte: Ipea, 2014.

A Justiça Itinerante do Rio de Janeiro não concentra esforços em formas alternativas de solucionar o conflito, notadamente a conciliação. Os escassos dados coletados apontam que os acordos são uma medida excepcional: no ano

de 2011, das 408 novas ações ajuizadas, apenas 20 (4,9%) foram solucionadas por acerto; em 2012, o índice foi um pouco maior: 39 acordos (5,9%), como demonstra o gráfico 02, abaixo.

Gráfico 02: Forma de solução dos litígios - programa de itinerância do Complexo do Alemão



Fonte: Elaboração própria, a partir de Ipea, 2014.

De modo geral, o processo, bem como as audiências, não apresentam grandes diferenças em relação ao rito comum encontrado no Fórum. De outra sorte, é preciso apontar que, nas visitas de campo, pode-se observar a preocupação, por parte dos atendentes, com a comunicação adequada ao perfil do público atendido e, ainda, com a flexibilidade procedimental, patente nas tentativas de adaptar ritos e práticas jurídicas às condições de cada localidade.

Obstáculos psicológicos/culturais

O Complexo do Alemão tem o pior índice de desenvolvimento humano da cidade do Rio de Janeiro. A população, em grande parte analfabeta e desinformada, desconhece seus direitos civis: uma pesquisa empírica realizada na região metropolitana do Rio de Janeiro revelou que os entrevistados não sabiam enumerar ao menos três deles. Ao lado desta constatação, apurou-se que

a população marginalizada sentia falta da Justiça, mas não se utilizava dela por desconhecimento ou pela ausência de cultura política participativa⁴¹.

No caso do Complexo do Alemão, havia um fator adicional: por medo da violência, os oficiais de Justiça se recusavam a cumprir ordens judiciais no local e os líderes do tráfico proibiam a população de ir até a Justiça, vigorando um verdadeiro poder paralelo.

Assim, a presença da Justiça no local, aliada à disponibilização de serviços de esclarecimento e orientação jurídica anterior ao ajuizamento da demanda, é medida eficaz para ajudar no processo de empoderamento e conscientização da população local acerca de seus direitos, bem como da forma de lutar por eles.

Quanto à dificuldade em procurar o Judiciário para solucionar seus problemas jurídicos, a Justiça Itinerante parece ser apta a, pouco a pouco, reverter este quadro. O crescente número de atendimentos e ajuizamento de demandas em geral sugere o sucesso do programa. A grande procura pela emissão de 2ª via de documentos e de registros civis revela o desejo de regularização documental, primeiro passo para que os indivíduos se tornem cidadãos e sejam aptos a receber os benefícios sociais do governo.

As entrevistas com os usuários apontam que o programa tem uma ótima aceitação: a maioria deles procurou a Justiça por indicações positivas de amigos ou parentes e a notícia corrente na comunidade é que os serviços são mais efetivos e céleres do que a Justiça comum.

Curiosamente, um dos pontos mais sensíveis do programa – sua estrutura precária – não incomoda os usuários, parecendo até, em certa medida, aproximá-los da Justiça, despojada de suntuosos palácios, que acabam por inibir o público.

⁴¹ Dulce Chaves Pandolfi. Percepção dos direitos e participação social. In: Dulce Chaves Pandolfi [et al]. (orgs). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999, p. 61-76. Disponível em: <www.cpdpc.fgv.br>. Acesso em: 10 fev. 2014, p. 45-58.

5 ESTUDO DE CASO: O PROGRAMA DE JUSTIÇA ITINERANTE FLUVIAL DO ARQUIPÉLAGO DO BAILIQUE/AMAPÁ

5.1 O arquipélago do Bailique

O arquipélago do Bailique é composto por oito ilhas e cerca de 40 comunidades. Situado no extremo norte do país, fica a 170 km da capital do estado, Macapá, com acesso exclusivo pelo Rio Amazonas⁴². Os ribeirinhos vivem, basicamente, da pesca e do cultivo do açaí e palmito. Em razão de seu isolamento, inexistem dados apurados sobre o perfil da população; sequer se sabe, ao certo, o número de habitantes do arquipélago, estimado entre 7.000 e 15.000 pessoas.



Fotos 04 e 05: Arquipélago do Bailique⁴³

Durante muito tempo, as comunidades ribeirinhas do Bailique permaneceram esquecidas, sem uma presença efetiva do Estado. Este quadro começou a mudar em 1992, quando surgiram as primeiras experiências de Justiça Fluvial desenvolvidas por iniciativas de juízes locais, posteriormente oficializadas pelo Tribunal (1996). Houve, neste caso, um processo curioso: a presença do Estado não se deu por iniciativa do Poder Executivo, mas sim do Poder Judiciário, que firmou parcerias para disponibilizar, além da prestação jurisdicional, outros serviços à população, como atendimento médico e odontológico.

⁴² http://pt.wikipedia.org/wiki/Arquip%C3%A9lago_do_Bailique. Acesso: 13 maio 2014.

⁴³ Todas as fotos sem referência à autoria são de Leslie Ferraz.

5.2 A Justiça Itinerante no arquipélago do Bailique

Com o barco “Tribuna: a Justiça vem a bordo”, doado pela Fundação Banco do Brasil, a Justiça alcança a população ribeirinha do arquipélago do Bailique, praticamente isolada da capital Macapá, à qual pertence. O barco “Tribuna” – construção típica da região amazônica – tem dois andares e capacidade para 70 pessoas. A tripulação dorme em redes que, durante o dia, dão lugar a mesas, cadeiras, impressoras e computadores portáteis, vertendo o barco em um Tribunal flutuante.



Foto 06: *Tribuna: a Justiça vem a bordo*

O barco estaciona em locais pré-determinados, sendo acessado pela população por caminhada ou pequenas embarcações. O acesso ao veículo da Justiça é difícil, pois é necessário pular sua lateral ou caminhar por uma tábua estreita e instável. Interessante notar que os usuários da região, inclusive idosos e crianças, aparentam estar acostumados com esse tipo de acesso, pois embarcações deste tipo compõem o seu cotidiano – tanto é que não há registro de reclamações acerca deste ponto. O espaço utilizado dentro do barco para atendimentos aos usuários é pequeno, causando dificuldade de circulação. Novamente, embora a acessibilidade seja um ponto crítico do projeto, os usuários revelam não se incomodar com este fato.

De 1996 a 2005, o programa foi coordenado pela mesma juíza, Dra. Sueli Pini, extremamente vocacionada para a função. Ela conta que foi procurada em

seu gabinete por um homem cansado e faminto, que viajava a dois dias, vindo do Bailique, em busca de Justiça. Impressionada com o fato, empenhou-se pessoalmente na institucionalização do programa, sob a alegação de que o magistrado não pode ficar fechado em seu gabinete.

Seu papel na consolidação do projeto é crucial. Durante o período em que esteve na sua coordenação, foi extremamente atuante: passava horas conversando com os ribeirinhos em suas casas, escolas, associação de moradores, e, principalmente, nas ruas dos povoados. Conhecia praticamente todos os habitantes não apenas por seus nomes, mas por sua história pessoal, pois, na grande maioria dos casos, era responsável pelos registros, casamentos, separações, pensões alimentícias, problemas com vizinhos, aposentadorias e inventários daqueles seres humanos que, aos poucos, foram se tornando cidadãos.

Contudo, em razão de perseguições políticas, a magistrada foi afastada injustificadamente da função em 2005, e o projeto passou a ser coordenado por um servidor do Tribunal. Desde então, não há mais um magistrado exclusivo para o programa: a cada jornada, convoca-se um juiz diferente, selecionado dentre os ingressantes na carreira.

A convocação obrigatória e rotatividade dos juízes compromete o bom funcionamento da JI, pois desconsidera a necessidade de compatibilizar seu perfil a esta modalidade bastante peculiar de prestação jurisdicional. Ademais, os juízes são novatos e não tem vivência suficiente na carreira. Para enfrentar as peculiaridades do Bailique, é preciso se despir das formalidades, das vestimentas e do conforto dos seus gabinetes.

No programa visitado em 2013, a juíza substituta (que participava pela primeira vez da Jornada Itinerante) demonstrou não ter interesse pela causa. Alguns servidores reclamaram da sua atuação, pois, ao invés de proferir decisões em audiência, optava por designá-las aos cartórios de Macapá. Com os usuários, a magistrada frequentemente alterava a voz, como um meio de impor respeito. Informalmente, declarou que, por vontade própria, não participaria deste tipo de projeto. Reclamou das instalações e das condições de trabalho, demonstrando

desânimo e abatimento físico nos últimos dias, o que naturalmente refletiu na produtividade da Jornada.

Atualmente, o projeto de itinerância fluvial – que chegou a ser suspenso em alguns períodos – encontra-se em funcionamento, mas de forma precária. O barco está sucateado e o Tribunal aluga uma embarcação comercial, que não conta com as adaptações necessárias.

Quanto ao processamento dos feitos, as ações derivadas das jornadas, ao retornarem para a comarca de Macapá, são processadas juntamente com todos os demais feitos do Tribunal, o que prejudica o andamento das causas.

Serviços

A Defensoria Pública do Amapá disponibiliza serviços gratuitos de orientação pré-processual e, ainda, assistência completa no ajuizamento e acompanhamento de demandas judiciais. O processamento da demanda também é gratuito: a parte é isentada do pagamento de quaisquer custas ou ônus processuais.

Além disso, desde sua criação, a Justiça Itinerante sempre procurou firmar acordos com instituições parceiras, para garantir serviços adicionais à população atendida, tais como:

- Expedição de documentos de identidade, regularização de documentos gerais e eleitorais;
- Atendimento médico e odontológico;
- Distribuição de medicamentos;
- Fornecimento de kit para purificação da água coletada do rio Amazonas;
- Palestras sobre cuidados com a saúde e orientação para tratamento da água consumida;
- Projeto mala mágica, que objetiva estimular a leitura de livros infantis.
- Exibição de filmes (projetados em lençóis);

- Casamentos comunitários.

Com o enfraquecimento do programa após a saída da juíza Sueli Pini, os serviços adicionais foram suspensos, sob a infundada alegação de falta de verbas.



Foto 07: Serviços agregados – exibição de filme infantil em lençol/



Foto 08: Atendimento odontológico em consultório improvisado

Competência material

O programa de itinerância do Amapá tem competência ampla e irrestrita. Com exceção de casos de adoção internacional, pode conciliar, processar e julgar todas as demandas de natureza cível, criminal, infância e juventude, família e registros públicos de competência da Justiça estadual.

Produtividade

Não há dados precisos acerca da produtividade do programa, havendo apenas relatórios esparsos relativos a algumas jornadas, o que impede a análise de seu comportamento histórico. No ano de 2012, as cinco jornadas realizadas produziram os seguintes resultados:

Tabela 5: Produtividade do programa de itinerância do Bailique (principais demandas) no ano de 2012

| Natureza da demanda | 2012 |
|--------------------------------|-------------|
| Família | 96 |
| Cível | 86 |
| Juizado Especial Criminal | 79 |
| Certidões/2ª via de documentos | 21 |
| Registros civis | 06 |
| Inventário | 02 |
| Adoção | 01 |

Fonte: TJAP/lpea, 2014

A maior procura consiste, a exemplo do que ocorre no Rio de Janeiro, ao direito de família (pensão alimentícia, guarda de filhos, separação, etc) e demandas cíveis, seguida por pequenos conflitos de ordem criminal, processados pelo rito simplificado dos Juizados.

Conforme apurado em entrevistas com operadores do sistema, nos primeiros anos de funcionamento do programa, a principal procura era pelos serviços de registros e emissão documental, pois era grande o contingente da população que não tinha sequer certidão de nascimento – o que inviabilizava o exercício de qualquer outro direito e a percepção de benefícios sociais. Com a regularização da documentação dos ribeirinhos, o perfil das demandas sofreu uma alteração, passando a concentrar-se em pedidos de natureza familiar e cível.

5.3 Superação dos obstáculos ao acesso à Justiça

Obstáculos territoriais

O arquipélago do Bailique é um dos maiores exemplos de isolamento decorrente das grandes distâncias territoriais: a população ribeirinha apenas consegue acessar a capital do estado, Macapá, à qual pertence, por via fluvial. As embarcações locais levam, em média 13 horas para fazer o trajeto de 180 km

pelo Rio Amazonas. Até 2011, a localidade sequer contava com linha regular de barco até Macapá.

Assim, a presença da Justiça no local desde 1994, por meio da itinerância, é, sem dúvida, uma ferramenta extremamente eficaz para suplantar o isolamento dos ribeirinhos.

Obstáculos financeiros

Embora inexistam dados acerca do perfil socioeconômico da população do Bailique, é possível afirmar que se trata de uma população de renda extremamente baixa, que vive, basicamente, de atividades primárias (pesca, cultivo de açaí e palmito) e programas de transferência de renda do governo estadual e federal.

Deste modo, as despesas com contratação de advogados e deslocamento até Macapá ou o pagamento de custas judiciais inviabilizariam qualquer possibilidade de solução judicial para seus conflitos.

Assim, ao disponibilizar os serviços de Justiça gratuitamente, deslocando-se até a comunidade, o programa de Justiça Itinerante do Amapá é um importante instrumental para reduzir os óbices econômicos ao acesso.

Frise-se que a comunidade sentiu fortemente o impacto da suspensão do programa de itinerância em 2011. Dona Maria do Carmo aguardou por meses a vinda do barco Tribuna. Como a Justiça não veio, juntou suas economias e foi a Macapá pedir sua aposentadoria – foram R\$ 70,00 gastos nos dois trechos do barco de linha e R\$ 50,00 com alimentação. Tudo em vão. O INSS exigiu que retornasse com duas testemunhas para conceder-lhe o benefício – o que representaria um custo de, no mínimo, R\$ 360,00. Dona Maria do Carmo acabou renunciando ao seu direito pela impossibilidade de arcar com as despesas de deslocamento.

Obstáculos processuais

Curiosamente (e em razão da ausência de legislação específica), o modelo processual aplicado pela Justiça Itinerante no arquipélago do Bailique é exatamente o mesmo que vigora em todas as Cortes do país.

Nota-se, contudo, uma acentuada flexibilização procedimental com o intuito de maximizar o atendimento. Por exemplo, citações e intimações são realizadas no mesmo dia das audiências. Tais atos são realizados por oficial de justiça *ad hoc*, que se dirige ao local com um pequeno barco motorizado. Se a parte for encontrada, é levada para a audiência e trazida de volta a sua casa. O objetivo é, sempre que possível, solucionar as demandas no mesmo dia em que foram ajuizadas.



Fotos 09 e 10: pessoas levadas para a audiência

Também há registros de flexibilização na análise probatória: em 2005, Seu Manoel, de quase 70 anos, que trabalhara a vida toda na pesca e na roça, não tinha nenhum documento. Procurou a Justiça para receber sua aposentadoria. Com base no testemunho e na perícia (feita pelo médico que integrava a equipe), além da análise das mãos do trabalhador, a juíza Sueli Pini proferiu imediatamente a sentença de assento tardio, determinando a expedição dos documentos necessários.

Atualmente, contudo, nota-se uma mudança radical no funcionamento do programa: nas duas últimas itinerâncias visitadas (2011 e 2013), conduzidas por juízes recém-empossados, nota-se uma restrita observância ao modelo processual tradicional, sem espaço para flexibilização ou redução de formalidades desnecessárias.

Por fim, a despeito do perfil da população do Bailique e da natureza das demandas, inexistiu foco específico em soluções conciliatórias.

Obstáculos psicológicos/culturais

O Bailique tem passado por um intenso processo de transformação. Na minha primeira visita, em 2005, a comunidade era extremamente carente, com vilarejos precariamente estruturados: pequenos comércios, casas muito simples, algumas sem móveis ou até mesmo paredes, famílias numerosas e ausência de serviços essenciais, como energia elétrica, saneamento básico, assistência médica e policiamento. O transporte até a capital era feito, não raro, em canoas – pois ainda não havia a linha regular de barco.

Neste contexto de abandono, a vinda do barco Tribuna era muito aguardada pelos moradores – que queriam exercer o seu direito de ter “um dia na Justiça”. As demandas mais comuns envolviam regularização de documentos, briga de vizinhos, guarda de filhos, cobrança e ações possessórias. Em virtude das dificuldades financeiras, grande parte das ações de cobrança era extinta por inexistência de bens dos devedores. Lembro-me de acompanhar uma diligência em uma casa habitada por uma família com seis crianças. Havia apenas panelas e redes. As crianças enfileiradas nos fitavam com olhos assustados e famintos. Nada a ser penhorado.



Foto 11: Casa de família onde vivem os pais e seis filhos (2005)

Foto 12: pequeno comércio (2005)

Seis anos depois, em agosto de 2011, retornei ao projeto de Justiça Fluvial no Rio Amazonas. À primeira vista, a transformação do Bailique é surpreendente, sobretudo na principal comunidade, a Vila Progresso, que passou a fazer jus ao nome: pontes e píer cimentados, posto de saúde, telefone público, agência dos correios, inúmeras lojas de roupas, farmácia, açougue, loja de móveis, grande mercado de alimentos e eletrodomésticos e até terminal bancário (Nossa Caixa). Foi instituída a linha de barco diária a Macapá – embora o preço da passagem, de R\$ 35,00 por trecho, ainda seja proibitivo para a maioria dos habitantes do arquipélago.



Fotos 13 e 14: Vila Progresso (2011)

A evidente melhora financeira da Vila Progresso certamente guarda relação com os programas de transferência de renda do governo. Mas não podemos esquecer que, antes da Justiça Itinerante, a grande maioria população do Bailique não tinha sequer registro de nascimento. O trabalho de mais de uma década de promoção efetiva do acesso à Justiça, com regularização documental dos habitantes – agora aptos a receber os benefícios – e, sobretudo, de conscientização de seus direitos, tem importância crucial no desenvolvimento do povoado.

Também se verificou o fortalecimento de lideranças comunitárias e uma mudança no perfil das demandas: se, inicialmente, prevaleciam os pedidos de regularização documental, agora são consideráveis os pedidos de ordem civil.

De outra sorte, é preocupante o alto número de ações de natureza criminal (vide tabela 05, supra). Conforme apurado, a linha regular de barco não trouxe

apenas avanços ao Bailique: o tráfico de drogas teria sido estabelecido na região, e as brigas de gangues tornaram-se constantes. O assentamento de novos moradores nos vilarejos também estaria ensejando mal-estar por parte dos antigos residentes dos povoados, resultando em lutas corporais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos de caso da Justiça Itinerante do Complexo do Alemão e do Bailique evidenciam a potencialidade do programa na promoção do acesso à Justiça de populações desprivilegiadas socioeconomicamente.

De fato, a análise apontou que, ao se deslocar até as populações marginalizadas, a Justiça Itinerante é capaz de suplantar obstáculos territoriais, financeiros e até psicológicos e culturais ao acesso. Também evidenciou, no caso do Bailique, sua potencialidade para alavancar, aliada a outros programas sociais, o próprio desenvolvimento econômico da região.

Contudo, o ponto mais sensível do programa parece residir na sua incapacidade de fornecer uma resposta institucional adequada ao perfil da população e das demandas. Com efeito, a única solução disponibilizada é o processo tradicional – excessivamente formal e inadequado às localidades assistidas.

Neste sentido, a Justiça Itinerante deveria proporcionar um serviço jurisdicional diferenciado, mais simples, informal e célere, calcado, preferencialmente, na conciliação. Poderia se pensar, ademais, em outras formas de composição menos combativas, baseadas na própria experiência local, com o envolvimento de líderes comunitários.

Não se trataria de se criar uma justiça de *segunda classe*, como defendem alguns, mas sim uma *justiça especializada*, adequada ao perfil da população atendida e de suas reais necessidades.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Access to justice and the welfare state: an introduction. In: CAPPELLETTI, Mauro (ed.). **Access to justice and the welfare state**. Alphen aan den Rijn: Sijthoff; Bruxelles: Bruylant; Firenze: Le Monnier; Stuttgart: Klett-Cotta, 1981.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório 100 maiores litigantes**. Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), Brasília: 2012, p. 08. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf. Último acesso: 22 jun. 2013.

FIX-FIERRO, H. **Courts, Justice and Efficiency**: a socio-legal study of economic rationality in adjudication. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.

GALANTER, M. Why the 'haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law and society review**, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

JOHNSON JR., E. Promising institutions: a synthesis essay. In: MAURO C.; WESNER, J. (ed.), **Access to justice**, v. 2: Promising institutions, t. 2.

PANDOLFI, D. C. Percepção dos direitos e participação social. In: PANDOLFI, D. C. [et al]. (orgs). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999, p. 61-76. Disponível em: <www.cpdpc.fgv.br>. Último acesso: 10 fev. 2014.

SANTOS, B. S. S. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade, 3 ed., São Paulo: Cortez.

VILLAS BOAS FILHO, O. **Uma abordagem sistêmica do direito no contexto da modernidade brasileira**, 2006. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS E CIDADANIA DA COMARCA DE CANOAS, RS (CEJUSC) – INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA E INCENTIVO À PACIFICAÇÃO SOCIAL

Graziela da Cruz Fialho Bittencourt

RESUMO: O presente trabalho se propõe a demonstrar como se encontra estruturado o CEJUSC Comarca de Canoas, RS e a forma que o mesmo promove o direito fundamental de acesso à justiça, representando um importante instrumento de efetivação da cidadania e da pacificação social. A finalidade primordial é oferecer um panorama sobre a aplicabilidade da audiência de conciliação e da sessão de mediação na Comarca de Canoas RS, ressaltando seus conceitos, vantagens e objetivos, dentre os quais se destaca a promoção do acesso à Justiça, na medida em que seus participantes têm a oportunidade de resolver pacificamente seus conflitos, de acordo com seus próprios interesses.

PALAVRAS-CHAVE: acesso à justiça; cidadania; conciliação; mediação de conflitos; pacificação social.

1 INTRODUÇÃO

Nos países ocidentais o problema do acesso à justiça tem sido alvo de estudos, principalmente os desenvolvidos por Cappelletti e Garth. Os referidos autores classificaram como "ondas renovatórias" do Direito as soluções criadas para enfrentar tal problema (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, *apud* AMARAL, 2009, p. 51). Como postulou Habermas, o mundo vivido é aquele em que predomina a ação da comunicação, onde, a partir do discurso prático, irá se questionar a legitimidade e, sobretudo, a adequação de normas postas, ao contexto real da sociedade (SALES, 2004, p. 177).

De acordo com estudos, sabe-se que os conflitos são inevitáveis quando se vive em sociedade. Há tempos buscam-se soluções para os embates da sociedade, de seus conflitos, através de alternativas e inovações, sem a necessidade do clássico Estado-Juiz para dirimir as controvérsias por meio de

heterocomposição. Nesse sentido, a resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) diz:

O acesso à Justiça não se confunde com acesso ao Judiciário, tendo em vista que não visa apenas a levar as demandas dos necessitados àquele Poder, mas realmente incluir os jurisdicionados que estão à margem do sistema, e, sob o prisma da autocomposição, estimular, difundir e educar seu usuário a melhor resolver conflitos por meio de ações comunicativas. (CNJ, Resolução nº 125/2010).

Com esta resolução do CNJ, Iniciou-se uma nova fase, a fase da autocomposição por meio de técnicas apropriadas tais como a mediação e a conciliação, em ambientes adequados chamados CEJUSC – Centro Judiciário de Soluções de Conflito e Cidadania. Isso possibilitou a abertura de um pluri-processualismo e suscitando ao Poder Judiciário, a duração razoável do processo e o pleno exercício do acesso à justiça, acesso este consagrado no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

Nesse sentido, o presente artigo busca apresentar os trabalhos de mediação e conciliação desenvolvidos no CEJUSC Comarca de Canoas, levando em conta sua instituição e organização, os dados quantificadores e os resultados e relatos das partes e do grupo dos efetivos trabalhos.

2 MEIOS ALTERNATIVOS DE ACESSO À JUSTIÇA: A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO

Segundo, Kazuo Watanabe, desembargador aposentado do TJSP, explica no site do Tribunal de Justiça de São Paulo que:

O princípio de acesso à justiça, inscrito na Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário. Assim, cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica. Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços processuais como também, e com grande ênfase, os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos

alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação”.

O conflito não se origina por uma única razão. Na verdade, é um conjunto de mágoas que se somam ao longo do convívio e envolvem profundas emoções. Nesse sentido, necessitam de mecanismos adequados a estas realidades, capazes de preservar o vínculo entre as partes de forma respeitosa, não violenta.

Diante desse quadro, a mediação e a conciliação funcionam não como substitutas, mas como instrumentos de fortalecimento do Poder Judiciário no sentido de, com eles, formar um todo para atender o seu propósito: a Justiça.

2.1 A Mediação e o Mediador

De acordo com Lília Maia de Moraes Sales, o termo mediação procede do latim *mediare*, que corresponde a mediar, colocar-se ao meio. Trata-se do emprego de procedimentos dialogais que, de forma colaborativa e amigável, incentivam a solução de controvérsias de forma que melhor atendam aos anseios das partes (SALES, 2004, p. 23). O acordo atingido soluciona o antagonismo, ou seja, o problema com uma solução aceita de forma satisfatória para ambas as partes, estruturado de modo a conservar as relações dos envolvidos no conflito. A proposta é considerar o conflito como algo positivo, como uma oportunidade de crescimento e ampliação de horizontes, para que da divergência brote a convergência, fazendo com que todos saiam vencedores (SALES e CARVALHO, 2006, p. 71).

Considerando que a mediação funciona como um meio no qual uma terceira pessoa, denominada mediador, presta auxílio aos participantes na resolução de uma disputa, este não impõe uma solução para o conflito. Seu papel consiste em promover o diálogo amigável, auxiliando as partes a encontrar um acordo que a ambas satisfaça, fomentando o surgimento de uma nova realidade, a partir da relação continuada existente entre os mediados (SALES e CARVALHO, 2006 p. 72).

A prática da mediação, no decorrer dos últimos anos, tem alcançado uma presença cada vez mais notável no contexto social e jurídico brasileiro. A partir da

complexidade que as relações vêm apresentando, atrelada a um judiciário sobrecarregado, pouco eficaz e quase inviável, o indivíduo passa a considerar que, em muitos casos, a solução para os conflitos de sua vida tem como melhor caminho, a tomada de decisões pacíficas, formadas a partir do bom senso e fora do âmbito instrumentalizado da Justiça.

Existem princípios norteadores consolidados que se mostram indispensáveis para que o procedimento da mediação se torne eficaz. Estes compreendem: liberdade das partes, não-competitividade, poder de decisão das partes, participação de um terceiro imparcial, competência do mediador, informalidade processual e confidencialidade no processo.

Considerando estes princípios, temos na mediação um instrumento que apresenta diversas vantagens tanto para os assistidos como para a sociedade de uma maneira geral. A oportunidade é expressa aos mediados para exporem aquilo que pensam, sentem e o que esperam dali para frente. E pode ser a única oportunidade de comunicação entre ambas as partes, sem imposições de nenhuma natureza. Outras vantagens são o fato de promover a paz e incluir o indivíduo na sociedade, ampliando sua dimensão cultural, fazendo-o conhecer seus direitos e deveres dentro do Estado Democrático de Direito, conferindo-o autonomia e responsabilidade, na medida em que passa a ter voz ativa no meio social, para deliberar sobre os problemas advindos.

2.2 A Conciliação e o Conciliador

A palavra conciliação, que deriva do latim *conciliatio*, significa ato ou efeito de conciliar, ajuste, acordo ou harmonização de pessoas, união, combinação ou composição de diferenças. A conciliação é uma alternativa de solução extrajudicial de conflitos. Na conciliação, um terceiro imparcial interveniente buscará, em conjunto com as partes, chegar voluntariamente a um acordo, interagindo, sugestionando junto às mesmas.

A atuação pelo Conselho Nacional de Justiça com o estabelecimento de metas, a despeito de elevada controvérsia junto a tribunais no passado, atualmente tem se mostrado como essencialmente positiva. No 8º Encontro

Nacional do Poder Judiciário, realizado em Florianópolis, o ministro Ricardo Lewandowski anunciou, entre sete metas para o Poder Judiciário no ano de 2015, uma específica para a conciliação – em linhas gerais, aumentar o número de casos solucionados por conciliação. Em termos específicos, para a Justiça estadual, estabeleceu-se a diretriz de “impulsionar os trabalhos dos CEJUSCs e garantir aos estados que já o possuem que, conforme previsto na Resolução 125/2010, homologuem acordos pré-processuais e conciliações em número superior à média das sentenças homologatórias nas unidades jurisdicionais correlatas. Aos que não o possui, a meta é a implantação de número maior do que os já existentes” (CONJUR, 2015).

A conciliação segue o procedimento estabelecido na Lei 9.099/95 e no CPC (artigos 125 e 331).

A intenção da conciliação é a rapidez processual, além de evitar um novo processo judicial.

A conciliação pode ser exercida pelo próprio juiz da causa ou por um conciliador, cuja atividade será controlada, fiscalizada e/ou orientada por um juiz. O conciliador pode sugerir soluções para o litígio. Pensar também em resolver hoje e não ter problemas amanhã. O papel do conciliador é incentivar, facilitar e auxiliar as partes conflitantes a chegarem a um acordo, admitindo-se que formule uma proposição objetiva de resolução para o conflito. O conciliador tem uma participação mais incisiva do que o mediador, posto que manifeste a sua opinião sobre uma solução justa para o conflito e propõe os termos do acordo. Entretanto, o conciliador não tem poder para impor uma decisão às partes.

A princípio conciliar parece ser uma tarefa simples, mas não o é, conciliar exige conhecimentos técnicos, interesse, empenho e treinamento. O comportamento do conciliador, na condução da audiência/sessão de conciliação, é determinante para a criação de um ambiente favorável ao diálogo, possibilitando assim solução do problema.

3 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS E CIDADANIA NO CONTEXTO DA RESOLUÇÃO Nº 125/2010 DO CNJ

A Resolução nº 125/2010 do CNJ, atribuiu aos tribunais a implementação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs e fixou as diretrizes dessa nova política pública, cabendo aos Tribunais implementar nas Comarcas onde tenha mais de um Juízo, Juizado ou Vara, estes Núcleos de Solução de Conflito e Cidadania, que são incumbidos de realizarem sessões de conciliação e mediação.

A partir da Resolução do CNJ, é possível a conciliação ou mediação pré-processuais, sem que tenha uma demanda ajuizada no Poder Judiciário, assim como é possível que ações ajuizadas venham para sessões de conciliação ou mediação.

Institucionalizar esses meios alternativos de resolução dos conflitos nada mais é do que, como explica Daniela Monteiro Gabbay:

[...] implementação, regulação e suporte conferidos pelo Poder Judiciário quer antes do processo judicial, quer incidentalmente a ele (mediação pré-processual e processual). Isso implica em sua instituição formal por alguma norma (portaria, provimento, resolução, decreto ou lei) com regras acerca de seu procedimento e funcionamento, existência de orçamento específico, capacitação de recursos humanos e provimento de cargos para os programas, buscando que a sua continuidade não dependa apenas da iniciativa individual de alguns atores, como do juiz no gerenciamento de processos e do Presidente do Tribunal no exercício de sua gestão e mandato. (GABBAY, 2011, p. 64-65).

Com a Resolução 125 do CNJ, inicia-se uma nova história do Judiciário, que até então sempre teve suas raízes fincadas na sentença, na resolução imposta dos conflitos. Cria-se, a possibilidade de que o jurisdicionado se dirija até estes Centros e, de forma gratuita e sem a exigência de representação por seus procuradores, apresente sua reclamação, seu conflito.

Esta é uma das maiores expressões da premissa de acesso à ordem jurídica justa e do tratamento adequado dos conflitos. Segundo Kazuo Watanabe:

[...] cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais, como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania, e até mesmo de simples

palavras de orientação jurídica. Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação. (WATANABE 2011, p. 04).

Observa-se que, desse modo, cabe ao Poder Judiciário analisar e empregar meios alternativos para a solução do conflito, que possa propiciar a pacificação dos conflitantes sem que estes já estejam estigmatizados como autor e réu em um processo judicial onde já se comprovou que com a sentença, uma das partes, senão ambas, sempre ficará insatisfeita e, com isso, provavelmente sobrecarregará ainda mais o Judiciário com a interposição de recursos. Sempre haverá vencedores e vencidos.

A resolução do conflito por meios alternativos e consensuais possibilita que o conflito seja pacificado em todos seus aspectos, já que o acordo pode dispor sobre outros eventuais conflitos, ou mesmo outras facetas do conflito já posto, que as partes desejarem nele incluir, desde que não apresentem caráter ilícito.

4 O CEJUSC COMARCA DE CANOAS

4.1 A Instituição do CEJUSC Comarca de Canoas

O CEJUSC, Centro Judicial de Solução de Conflitos de Canoas foi criado em dezembro de 2012, conforme os oito artigos da Resolução nº 932/2012 do COMAG, Conselho da Magistratura, ficando disponibilizado no DJE em 06/12/2012. O Centro funciona na Comarca de Canoas, com audiências realizadas na estrutura dos Juizados Especiais, podendo ser julgado outro local se necessário. A coordenação é exercida por Magistrado ou por Pretor indicado pelo Corregedor Geral de Justiça.

4.1.1 As aplicações de Conciliação

De acordo com o artigo 3º da Resolução 932/2012 (COMAG), a Conciliação se dará no tratamento dos seguintes casos:

- I. Nas questões do superendividamento, prática institucionalizada no art. 1.040-a da consolidação normativa judicial e outras situações que viabilizem tratamento análogo, tais como questões envolvendo condomínios, consumidores, negócios jurídicos bancários, quando a parte opte pela conciliação paraprocessual;
- II. Em projetos especiais de conciliação, mediante prévio ajuste com as unidades jurisdicionais, bem assim em ações que envolvam grandes litigantes ou ações de massa, onde qualquer das partes tenha manifestado propósito objetivo de realização de acordo;
- III. Quando o magistrado que preside o processo envolvendo matéria cível ou de família entenda pertinente a adoção dessa prática. (COMAG, Resolução 932/2012, artigo 3º)

4.1.2 As aplicações de Mediação

De acordo com o 4º parágrafo da Resolução 932/2012 (COMAG), as mediações serão oferecidas:

- I. Ao público que se dirige aos juizados especiais cíveis do foro de Canoas;
- II. Ao público que se dirige à defensoria pública e a entidades parceiras, mediante contato prévio com as instituições, de acordo com o volume de trabalho e capacidade de atendimento da central.
- III. Quando o magistrado que preside um processo judicial envolvendo matéria cível ou de família entenda pertinente a adoção dessa prática. (COMAG, Resolução 932/2012, artigo 4º)

4.2 A Organização do CEJUSC Comarca de Canoas

O CEJUSC atua na realização de audiências de conciliação e sessões de mediação, na área cível, e conta atualmente com 10 mediadores e 05 conciliadores.

O CEJUSC funciona na sala 330 do Fórum da Comarca de Canoas, e dispõe de estrutura para realização de sessões de mediação e audiências de tentativa de conciliação, nos moldes da Resolução nº 125/2010 do CNJ. É composto por duas salas (para audiência e/ou sessão de mediação), recepção e duas salas privadas.

O CEJUSC é abastecido pelos processos, em andamento, das cinco varas cíveis do Fórum da Comarca de Canoas. O juiz titular da vara onde o processo tramita verificando a possibilidade de alguma composição, ou dificuldade de entendimento das partes, encaminha o processo para o juiz coordenador do

CEJUSC que determina a designação de audiência de tentativa de conciliação ou sessão de mediação. As intimações e demais ações são feitas pelo CEJUSC. Após a audiência ou sessão de mediação, os autos retornam para a vara de origem.

No caso de tentativa de conciliação, um dos objetivos do CEJUSC é desafogar as pautas das varas cíveis e tentar pôr fim aos processos por meio de acordo. Já na mediação o objetivo é restabelecer o diálogo entre as partes, podendo chegar ao entendimento.

4.3 A Atuação do CEJUSC Comarca de Canoas

Durante o tempo em que o CEJUSC Comarca de Canoas está funcionando, os processos que por ele passam ou passaram estão relacionados ao Direito Civil, sendo a demanda voltada para execuções, cobranças, despejos, inventários, demarcatórias, demolitórias, posses, propriedades, etc. Os dados numéricos, os percentuais e as opiniões relatadas foram obtidos no mês de dezembro de 2014 e tem como fonte de informações o próprio CEJUSC Comarca de Canoas.

É interessante observar que, apesar de sua instalação ter ocorrido em dezembro de 2012, sua participação efetiva passou a ter andamento no início de 2014. Apesar da Resolução 932/2012 prever o local e a estrutura de funcionamento, houve dificuldade por parte da Comarca de Canoas em estabelecer adequada condição para seu pleno funcionamento, especialmente na modalidade mediação, onde as primeiras sessões aconteceram em setembro de 2014.

Apesar disso, no mês de junho de 2014, foi promovido um Mutirão de Conciliação do DPVAT, onde foram pautados quase 400 processos e obteve-se mais de 50% de acordos. Também se observa que em novembro de 2014, prestigiando a Semana Nacional da Conciliação, realizou-se um Mutirão de Execuções Fiscais do Município de Canoas e Contratos Bancários, com quase 200 processos e índice de acordos superior a 50%.

Por outro lado, as mediações foram iniciadas apenas no mês de setembro de 2014, diante da falta de estrutura adequada para realização de sessões. Todavia, observa-se que são realizadas, em média, 10 sessões mensais, com perspectiva de crescimento para o ano de 2015.

4.4 Análise dos Dados de Pesquisa

Em observação à atuação do CEJUSC Comarca de Canoas, pode-se verificar que os resultados esperados atingiram índices que expressam a eficácia e a importância de seus atendimentos na solução de conflitos. Ainda que não obstante o fator desconfiança por parte dos litigados e de seus advogados. Se mais da metade dos casos foram resolvidos de forma pacífica e rumo à celeridade de seus processos, então, a conduta e o esforço dos mediadores, conciliadores e da Entidade Jurídica mostram a viabilidade dessa modalidade de solução de conflitos. Vale lembrar as palavras expressas em texto do Guia do Mediador e do Conciliador Para Magistrados:

[...] em satisfação do público com serviços de pacificação social estabeleceu-se que “o acesso à Justiça não se confunde com acesso ao Judiciário, tendo em vista que não visa apenas a levar as demandas dos necessitados àquele Poder, mas realmente incluir os jurisdicionados que estão à margem do sistema²⁷” para que possam ter seus conflitos resolvidos (por heterocomposição) ou receberem auxílio para que resolvam suas próprias disputas (pela autocomposição). (GENRO, 2013).

Em entrevista, o Oficial Escrevente - Auxiliar de Juiz 1º Juizado da 2ª Vara Cível - Fórum de Canoas, relata: “As pessoas estão aceitando bem a modalidade de mediação, mas como nessa modalidade não há obrigatoriedade de comparecimento, os resultados positivos ficam prejudicados. Os presentes sempre elogiam a iniciativa, principalmente pela oportunidade que lhes é dada a falar.”

Isso confirma a condição de que o conciliador e o mediador funcionam como um facilitador da resolução dos conflitos, viabilizando a comunicação entre as partes com o objetivo de considerar opções e conseqüências de suas posturas e atitudes, incentivando uma solução possível e equivalente para elas.

Por outro lado, a parcela que representa quase metade dos casos assistidos pelas conciliações e mediações pode estar relacionada à falta de informação das partes litigadas quanto às características e vantagens dessa forma de solução de conflitos. Lembrando o que descreve Sales e Carvalho:

Por fim, a cultura beligerante existente no Brasil ainda impera, além do que, as partes inseridas no processo de mediação devem pautar-se na boa-fé, o que se revela difícil na totalidade dos casos, podendo tal fator levar a um comprometimento da lisura da mediação (SALES e CARVALHO 2006, p. 95-96).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No estudo apresentado, observa-se que a mediação é um mecanismo que possibilita a visão do conflito a partir de um prisma diferenciado. O indivíduo é estimulado a desenvolver habilidades de diálogo e cooperação, relegando o belicismo e a ignorância de outrora em favor de práticas altruístas, que melhor atendem às necessidades e expectativas dos mediados.

Os procedimentos de mediação e conciliação buscam incluir o indivíduo socialmente, de maneira que amplie seu universo cultural e o possibilite estar ao par de seus direitos e deveres, contornando a ignorância e a hostilidade como forma de solução das controvérsias. O que se propõe com estes procedimentos são o necessário fomento à paz e o incentivo às práticas de cidadania, requisitos essenciais no contexto do Estado Democrático de Direito.

Ante um judiciário que ainda sofre com problemas estruturais e burocráticos, os quais dificultam o acesso por parte de pessoas carentes, a mediação e a conciliação despontam como instrumentos de justiça, cuja eficácia e celeridade podem ser comprovadas.

Da mesma forma, também se verifica que a Comarca de Canoas, por meio de seu CEJUSC, está atenta às novas tendências de solução de conflitos. E, que os acadêmicos interessados e dispostos frente a inovação, participam de forma relevante desse olhar diferenciado e restaurador da justiça, com vistas a uma aproximação cada vez maior entre o direito e a sociedade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, M. T. G. **O direito de acesso à justiça e a mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AZEVEDO, A. G. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3. p. 313.

AZEVEDO, A. G. Conciliação e mediação têm perspectivas ainda melhores após excelente ano. Retrospectiva 2014. **Conjur**. 04 jan 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-04/retrospectiva-2014-conciliacao-mediacao-boas-perspectivas>> Acesso em 18 março 2015.

Brasil. **Lei 9.099/95**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. CPC. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm> Acesso em 23 março 2015.

CARNEIRO, D. C. A mediação de conflitos como instrumento de acesso à justiça e incentivo à cidadania. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2673, 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17698>>. Acesso em: 18 março 2015.

Cf. YARN, D. E. **Dictionary of Conflict Resolution**. São Francisco: Ed. Jossey-Bass Inc., 1999.

COMAG. Cria a central de conciliação e mediação na comarca de canoas, estabelecendo procedimentos e rotinas. Resolução 932/2012. Disponibilizado no **Diário da Justiça Eletrônico** em 06/12/2012.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Edição atualizada em 2014. Governo do Brasil. Brasília/DF, 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 23 março 2015.

DELGADO, M. G. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. **Revista LTr**, v. 66, n. 6, jun. 2002, São Paulo, p. 664.

GENRO, T. **Prefácio da primeira edição do Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 13.

GODOY, A. E. [...] [et al.]. **O papel de cada um nos conflitos familiares e sucessórios**. Porto Alegre. IBDFAM, 2014.

JR., E. R. O. Acesso à Justiça e as vias alternativas para solução de controvérsias: mediação, conciliação e arbitragem. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3069, 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20517>> Acesso em 20 março 2015.

LINHARES, J. R. A conciliação judicial levada a sério. Processual Civil. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11813&revista_caderno=21> Acesso em 23 março 2015.

PEREIRA, C. B. **Conciliação e Mediação no novo CPC – nº 03**. Advogado. Mestre em Direito. Especialista em Processo Civil. Professor Universitário. Editor responsável do site www.prolegis.com.br. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-no-03/>> Acesso em 23 março 015

NADER, P. **Introdução ao estudo do direito**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SALES, L. M. M. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SALES, L. M. M.; VASCONCELOS, M. C. **Mediação familiar, um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas**. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2006.

SENA, A. G. **Formas de resolução de conflitos e acesso à justiça**. Juíza do Trabalho, Titular da 35ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte - MG. Mestre e Doutora em Direito Comercial pela UFMG. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Adriana_Sena.pdf> Acesso em: 25 março 2015.

WATANABE, K. Conciliação e Mediação. Apresentação. Desembargador aposentado. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/EGov/Conciliacao/Default.aspx>> Acesso em 18 março 2015.

WWW.DIREITO.UFES.BR. **TabelaComparativa–MediaçãoxConciliaçãoxArbitragem**. Material didático do curso de Direito. Disponível em: <<http://www.direito.ufes.br/sites/direito.ufes.br/files/field/anexo/Tabela%20Comparativa%20%E2%80%93%20Media%C3%A7%C3%A3o%20x%20Concilia%C3%A7%C3%A3o%20x%20Arbitragem.pdf>> Acesso em 22 março 2015.

LEI MENINO BERNARDO: UM ENFOQUE SÓCIO-POLÍTICO

Maria Carolina Santini Pereira da Cunha

RESUMO: O presente artigo discute a criação de leis e sua aplicação, com fulcro no Projeto de Lei do Senado 7672/2010, intitulado Lei da Palmada e, em 2014, rebatizado Lei Menino Bernardo. A lei sancionada insere no debate a possibilidade de mudanças efetivas na sociedade, sua eficácia para coibir agressões. Faz-se uma analogia ao direito à felicidade, uma comparação com a criação de leis impraticáveis e, por isso ineficazes, bem como dispositivos constitucionais. O ensaio oferece uma abordagem do crime sob o aspecto sociológico e político, cuja discussão versa sobre o motivo da edição da legislação, sua qualidade e a quantidade.

PALAVRAS-CHAVE: criação de lei; Menino Bernardo; sistema judiciário.

1 INTRODUÇÃO

A aprovação da Lei Menino Bernardo traz certos questionamentos, tais como: será que basta criar uma lei para trazer mudanças efetivas; senão, de que adianta sua existência se não for eficaz? Eficácia é produzir os efeitos que se espera de uma norma para ser aplicada e obedecida na sociedade. A metodologia visa a um estudo analítico centralizado no Caso Bernardo, por meio da reflexão proposta, ampliando o conhecimento e mostrando crimes ocorridos no Brasil, de crianças assassinadas por seus genitores. Exemplifica-se essa problemática por crimes nacionais e suas semelhanças com o caso designado, fornecendo um relato dos crimes: Nardoni e Joaquim Ponte Marques, a fim de elucidar o motivo do desamparo das vítimas diante do sistema penal. Além disso, é discutida as falhas na administração pública, como a tragédia da boate Kiss em que a fiscalização deixou de atuar, e do sistema judiciário no Caso Bernardo, que o Ministério Público não atuou.

O ensaio divide-se em três seções: a primeira, trata do projeto de lei do surgimento e sua formação, os motivos que o levaram a mudar sua denominação; uma analogia ao direito à felicidade, traz uma comparação, no sentido de criação

de leis impraticáveis e ineficazes, bem como dispositivos constitucionais. A seção seguinte explica uma patologia mental, a qual impossibilita a eficácia da criação de uma lei, para se obter um efeito, cuja causa diverge do foco principal. Exemplifica-se essa problemática com casos concretos, de crimes ocorridos no Brasil, e suas semelhanças com o caso designado no título do trabalho. Encerra-se o artigo com algumas críticas, apresentadas de forma a analisar, repensar e refletir sobre o sistema penal e toda a sociedade brasileira, a partir das falhas no caso em pauta. Por fim, apresentam-se as conclusões obtidas.

2 A EVOLUÇÃO DESDE O PROJETO DE LEI

A deputada Teresa Surita do PMDB-RR relatou o projeto, o qual prevê que pais que “maltrataram os filhos sejam encaminhados ao programa oficial de proteção à família e a cursos de orientação, tratamento psicológico ou psiquiátrico, além de receberem advertência. A criança que sofrer a agressão, por sua vez, deverá ser encaminhada a tratamento especializado.” Está prevista na proposta, multa de três a 20 salários mínimos “para médicos, professores e agentes públicos que tiverem conhecimento de agressões a crianças e adolescentes e não denunciarem às autoridades. A lei gerou polêmica e muitas discussões desde que foi proposta, em 2003.” A lei foi aprovada pela Câmara dos Deputados, dia 21 de maio de 2014, “após acordo com a bancada evangélica, que aceitou a mudança do texto para especificar que os pais ou responsáveis somente serão punidos se infligirem sofrimento físico à criança ou adolescente até 18 anos de idade”, e; no Senado, no dia 4 de junho (WIKIPÉDIA, 2015). “O projeto tramitou pela primeira vez na Câmara dos Deputados, em 2003, pela redação da deputada Maria do Rosário, do PT-RS. Sob o número 2.654/2003, o Projeto de Lei obteve pareceres pela aprovação na Comissão de Seguridade Social e Família, Comissão de Educação e Cultura e Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, parando sua tramitação no plenário”. A lei foi sancionada logo em seguida, com o intuito de alterar a Lei nº 8.069/1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou

de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (BRASIL, 2014).

A nova lei é subjetiva, deixa brechas para interpretações. Luiz Flávio Gomes aponta que “a norma não prevê punições penais, mas encaminhamento para tratamento.” Desse modo, se a lei penal não surte efeito preventivo, menos ainda uma lei sem punição estabelecida (RODRIGUES; TOMÉ, 2014). No ECA, há a garantia de, conforme artigo 17, inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança ou adolescente. O dispositivo estabelece ser dever de todos garantir a dignidade dos menores, “pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”, segundo o artigo 18. Ademais, há previsão legal também no Código Civil (art.1681, I) da perda do pátrio poder a pais cujo castigo aos filhos for imoderado. Finalmente, o Código Penal criminaliza maus-tratos para quem “abusar dos meios de correção e disciplina (art.136), além do crime de lesões corporais no contexto de violência doméstica (art.129, §9º)” (ROCHA; MENDONÇA; ÁVILA, 2014). Desde 2001, “a Global Initiative to End all Corporal Punishment of Children” recebe apoio de “organizações multilaterais de defesa de direitos humanos, ONGs internacionais e locais e indivíduos-chave, capazes de dar visibilidade à causa. Mundialmente, a ONG Save the Children tem sido o principal agente a promover a elaboração de leis específicas sobre o tema”. No Brasil, “a ONG Save the Children apoia a Rede *Não Bata, Eduque*, cuja principal porta-voz desta causa no país e articuladora da elaboração e tramitação do PL 7672/10, no Congresso Nacional, é a apresentadora de TV Xuxa Meneghel” que tem desempenhado papel importante nesta rede, manifestando-se em programas de televisão e em eventos relacionados ao tema dos direitos das crianças (RIBEIRO, 2013, p.292-308). A partir da década de 80, este projeto produzia estudos relacionados à violência familiar, castigos físicos, encomendados pela ONU ao Laboratório de Estudos da Criança (Lacri) do Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo – USP (RIBEIRO, 2013, p.292-308). Essa pesquisa “chamava atenção para a normalização e a legitimação do castigo físico como prática educativa na sociedade brasileira, sustentando que tais comportamentos replicam a violência e a retroalimentam” (ROCHA; MENDONÇA; ÁVILA, 2014). “O PLS foi uma

representação por cumprimento das recomendações da ONU e não por uma demanda social” (RIBEIRO, 2013, p.295 apud ROCHA et al, 2014, p.6). Poucas reuniões e audiências públicas foram realizadas da proposta apresentada, compostas por uma comissão de deputados que pouco debateram sobre a criação da norma, “preocupando-se os parlamentares apenas em aprovar uma lei que fosse ao encontro dos dados trazidos pelo relatório da ONU, reivindicada pelas ONGs influentes bem como artistas famosos” (RIBEIRO, 2013, p.299 apud ROCHA et al. 2014, p.6). Em junho de 2014 (NÉRI; PASSARINHO. 2014) foi aprovado o PLS 7672/2010 (BRASIL, 2010), o qual propunha a famosa e inicialmente chamada “Lei da Palmada” – recentemente intitulada Lei Menino Bernardo. A lei supracitada foi elaborada em 2010, cujo dispositivo tornou perceptível que o próprio legislador demonstra estar ciente da dificuldade quanto à sua concretização. O PLS 7672/2010, no item 17 admite que “uma coisa é proclamar os direitos, outra é, efetivamente, gozá-los. Neste momento, envidamos esforços no sentido de dar materialidade a reivindicações dos movimentos e aperfeiçoar mecanismos legais” já constituídos “em conquista histórica [...] para [...] sustentabilidade de políticas de públicas [...], garantindo todos os direitos das crianças e adolescentes e protegendo-os de qualquer forma de sofrimento e limitação a seu pleno desenvolvimento.”

Façamos uma analogia ao direito à felicidade, e sua cogitada constitucionalização, inspirada Constituição do EUA. Indagamos o que seria o direito à felicidade, como buscá-lo e, principalmente, como exigí-lo. A polêmica proposta, com tendências demagógicas, nos remete a ideia de palavras jogadas ao vento. A Constituição não pode ser um papel de embrulho vazio – comentaram renomados juristas clássicos como Konrad Hesse (Conforme a obra "A Força Normativa da Constituição", Konrad Hesse e Ferdinand La Salle), – ela tem de ser posta em prática; afinal, de que serve estar escrito se não se pode aplicar e cumprir? É um assunto que não cabe ao Direito, pois é intangível, subjetivo, peculiar. Felicidade só a própria pessoa pode buscar; está dentro de si. Nesse sentido, Shakespeare ("Hamlet", ato 2, cena 2) interpretou bem ao dizer que poderia viver “numa casca-de-noz” e se sentir o rei do universo.

3 CASE STUDY: BERNARDO BOLDRINI, ISABELLA NARDONI E JOAQUIM PONTE MARQUES

Do mesmo modo, a lei da palmada traz um fato a ser combatido. Contudo, não maneira de tornar-se possível determinar o limite em que a palmada seria um corretivo educacional ao filhos, e a partir de que momento se torna agressividade cruel. Principalmente porque a violência é escondida.

Bernardo Uglione Boldrini, 11 anos, desapareceu, e foi encontrado morto em Frederico Westphalen, RS. Foram presos como suspeitos o pai, a madrasta e sua amiga. A exemplo do Caso Bernardo a madrasta contou à vítima uma história, afirmando que ele precisava tomar uma injeção, dizendo que iam comprar uma televisão ou um aquário. Houve, portanto, premeditação a fim de ludibriar um inocente, com dissimulação por parte da ofensora ao enteado. Este foi encontrado morto, enterrado em uma cova rasa, na área rural de Frederico Westphalen, no dia 14 de abril deste ano, a cerca de 80 quilômetros de Três Passos, onde ele morava com a família, que alegou ter visto Bernardo pela última vez às 18h do dia 4 de abril, “ia dormir na casa de um amigo, que ficava a duas quadras de distância da residência da família”. Revelou-se então o sofrimento passado pelo menino, por um histórico de violência e humilhações. “No dia 6 de abril, o pai do menino disse que foi até a casa do amigo, mas foi comunicado que o filho não estava lá e nem havia chegado nos dias anteriores. No início da tarde do dia 4, a madrasta foi multada por excesso de velocidade” Trafegando a 117 km/h, Graciele “seguia em direção a Frederico Westphalen. O Comando Rodoviário da Brigada Militar (CRBM) disse que ela estava acompanhada do menino. O pai registrou o desaparecimento do menino no dia 6, e a polícia começou a investigar o caso” (In: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/caso-bernardo-boldrini/noticia/2014/05/pericia-analisa-assinatura-de-pai-de-bernardo-em-receita-usada-em-crime.html>).

O erro desta lei sobressai já em seu objeto: não foram palmadas a *causa mortis* do menino, mas uma injeção letal. “Segundo as investigações da Polícia Civil, Bernardo foi morto com uma superdosagem de um sedativo.” (In: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/caso-bernardo->

boldrini/noticia/2014/08/defesa-da-madrasta-de-bernardo-pede-veto-imprensa-em-audiencias.html). Tal crime foi cometido por um casal com características de Transtorno de Personalidade Antissocial⁴⁴ semelhante ao casal Nardoni. A menina Isabella de Oliveira Nardoni, 5 anos, foi arremessada do 6.º andar de um prédio em São Paulo. Seu pai, Alexandre Nardoni, e a madrasta, Anna Carolina Jatobá, foram condenados pela morte e estão presos. Desse modo, não se pode esperar qualquer efeito sobre o comportamento desse perfil, por não haver tratamento para o referido transtorno. Ana Beatriz Barbosa Silva (2010, p.20) refere, no livro “Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado”, que sociopatas desprezam escolher a alternativa correta, embora tenham capacidade de discernir entre certo e errado: “A parte racional ou cognitiva dos psicopatas é perfeita e íntegra, por isso sabem perfeitamente o que estão fazendo”. Deve-se fazer uma análise desses criminosos inatos, pois a preocupação com essa patologia ainda não alcançou o Brasil. Há descrença quanto a existência dessa patologia, o que pode ser percebida por crimes característicos, tais como: “assassinos em série, pais que matam seus filhos, filhos que matam seus pais, estupradores, [...] estelionatários, [...] políticos corruptos[...]” (SILVA, 2010, p.45). A violência é universal: a cada minuto pessoas são espancadas, torturadas, violentadas, em todo o mundo. Silva (2010, p.41) exemplifica de maneira esclarecedora que “psicopatas são indivíduos que podem ser encontrados em qualquer raça, cultura, sociedade, credo, sexualidade, ou nível financeiro”. Nesse sentido, vivem “infiltrados em todos meios sociais e profissionais, camuflados de executivos bem-sucedidos, líderes religiosos, trabalhadores, “pais e mães de família”, políticos, etc.” Os fisicamente frágeis ou emocionalmente vulneráveis estão em perigo contínuo. Milhares de pessoas são vítimas nesse exato momento – escondidos em porões, sequestrados, maltratados inclusive por parentes: seja pelos pais, seja pelos filhos. Eles estão por toda parte, cercando suas vítimas. “Assim como os vampiros da ficção, os psicopatas estão sempre de tocaia”. [...] “eles estão agindo por aí: nas ruas, em plena luz do sol, procurando suas “presas”, às mesas

⁴⁴ Publicada pela OMS – Organização Mundial de Saúde, na Classificação Internacional de Doenças CID-10, este transtorno é chamado de Transtorno de Personalidade Dissocial, Código: F60.2. A Associação de Psiquiatria Americana (DSM-IV-TR) utiliza o termo Transtorno de Personalidade Antissocial, como estabelece a autora Ana Beatriz Barbosa Silva, p.39.

de seus escritórios envolvidos em negociações escusas ou mesmo sob o teto acolhedor de um lar que em instantes será devastado” (SILVA, 2010, p.46).

Então, o que fazer de útil: criar uma lei “anti-psicopatas”? A questão é que o Estado não tem como saber nem como fiscalizar, dada a extrema dificuldade de identificar esses seres sem emoção ou empatia, manipuladores, travestidos de pessoas normais: “Eles estão por toda parte, perfeitamente disfarçados de gente comum, e assim que suas necessidades internas de prazer, luxúria, poder e controle se manifestarem, eles se revelarão como realmente são: feras predadoras.” (SILVA, 2010, p.46). Falta uma análise feita por criminologistas especializados em violência, que pesquisem para encontrar uma forma de combate eficiente, e alertar a população. No caso Bernardo, o inquérito policial, o qual “apontou que Leandro Boldrini atuou no crime de homicídio e ocultação de cadáver como mentor, juntamente com Graciele”. De acordo com a polícia, “ele também auxiliou na compra do remédio em comprimidos, fornecendo a receita Leandro e Graciele arquitetaram o plano, assim como a história para que tal crime ficasse impune” (In: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/caso-bernardo-boldrini/noticia/2014/09/chegava-com-olheiras-e-malvestido-diz-empresaria-que-acolhia-bernardo.html>).

Na noite de sábado, 29 de março de 2008, a menina Isabella de Oliveira Nardoni, de 5 anos, foi jogada da janela do prédio onde seu pai, Alexandre Nardoni, morava com a esposa, Anna Jatobá, e seus dois filhos. A princípio o casal alegou que o crime havia sido cometido por um intruso, mas os dois foram considerados culpados por um júri popular. Suas penas foram 31 e 26 anos, respectivamente. O delegado Calixto Calil Filho disse que a versão de tentativa de invasão do apartamento, apresentada por Alexandre Nardoni, não esclarecia o caso. No dia 31 de março, ocorreu o enterro de Isabella. A incoerência da história relatada pelo pai e pela madrasta da menina foi evidenciada após os trabalhos dos peritos. Através de ilustrações realizadas com base na planta do apartamento, demonstrou-se que a versão do pai era incompatível com os dados preliminares coletados pela perícia. A polícia havia pedido a prisão temporária do pai e da madrasta de Isabella. No dia 6 de abril, houve a reconstituição do trajeto percorrido, de carro, pela família na noite de sábado. De acordo com a

investigação, Isabella teria sido assassinada entre 23h30 e 23h50. Em seguida, teria a morte de Isabella sido provocada por asfixia ou pela queda? Se o pai relatou que a deixou dormindo em seu quarto, por que a menina foi jogada do quarto dos irmãos? Se Isabella foi deixada trancada sozinha no apartamento, quem teria entrado? E como? A perícia já havia concluído que a tela de proteção, localizada no quarto de onde a menina havia sido jogada, fora cortada com uma faca e uma tesoura. Uma reportagem de Cesar Galvão apresentou as três hipóteses de *causa mortis* de Isabella Nardoni: estrangulamento, convulsão, ou parada respiratória provocada pela queda de quase 20 metros de altura. Laudos comprovavam o envolvimento direto do casal na morte da criança. Houve três laudos, cujo conteúdo foi apresentado: “o do IML, sobre o corpo de Isabella; um fornecido pela criminalística, sobre o horário de entrada do carro na garagem do prédio; e um último sobre cenário do crime, feito pelo Núcleo de Crimes Contra a Pessoa”. Por meio desses laudos, “foi possível afirmar que Alexandre Nardoni havia jogado a filha do sexto andar, e que as marcas de esganadura no pescoço da menina eram compatíveis com as mãos da madrasta”. Em “24 de março de 2009, o casal Nardoni iria a júri popular. O julgamento, que começou em 22 de março de 2010, durou cinco dias. O julgamento terminaria até a meia-noite do dia 26 de março” (In: <http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/coberturas/caso-isabella-nardoni/o-julgamento.htm>).

Percebe-se que as vítimas ficam à mercê da (in)segurança pública. É questionável por que os agentes públicos esperaram o crime acontecer. Compare-se com a conhecida tragédia ocorrida na Boate Kiss, um incêndio durante uma festa para universitários na boate Kiss em Santa Maria (RS), o qual terminou em tragédia na madrugada do dia 27 de janeiro. O fogo iniciado próximo ao palco durante “o show da banda Gurizada Fandangueira provocou correria e pânico entre os frequentadores. A única saída disponível não foi suficiente para que todos saíssem a tempo e mais de 240 pessoas morreram, asfixiadas por fumaça tóxica” (<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/tragedia-incendio-boate-santa-maria/platb>). O Alvará do Corpo de Bombeiros da boate estava vencido desde 10 de agosto. A Kiss alegou ter “plenas condições” de estar aberta. Para a

polícia, alguns fatores contribuíram na tragédia: “material do revestimento de espuma, em vez de isolamento acústico indicado”; “sinalizador utilizado pela banda em local fechado, indicado para locais abertos”; “superlotação do local, que tinha capacidade para 691 pessoas e estava com cerca de 1.300 pessoas; saída única, com porta de tamanho reduzido” (In: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/tragedia-incendio-boate-santa-maria-entenda/platb>, 2014). Falhou a administração, a fiscalização e o poder de investigar do MP. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece, no capítulo três, (dos procedimentos), seção II, da perda e da suspensão do poder familiar, art.155 “o procedimento para a perda ou a suspensão do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse.”

No Caso Bernardo, foram feitas diversas tentativas de pedido de ajuda: a criança procurou ajuda externa, mas ninguém acreditou. Por quê? Cabe aqui também uma reflexão sobre todo o sistema judiciário. Deveria o Ministério Público ter investigado, na época, as queixas da vítima; mas não agiu, enquanto o caso se tornava mais grave, até ocorrer o crime, e ser o mesmo destinado ao júri – quando o menino não está mais vivo. Não há lei que possa assegurar que um funcionário público faça o seu trabalho. Apenas o artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) preza pela moralidade administrativa, *in verbis*: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]". Sindicância apurou que houve falha da guarnição por não ter sido feito o Boletim de Atendimento. “A Brigada Militar de Três Passos abriu Processo Administrativo Disciplinar (PAD) contra o policial militar que deixou de registrar ocorrência da noite em que esteve na casa do médico Leandro Boldrini, em agosto de 2013, para apurar uma denúncia de gritos na região”. Trata-se de atendimento ocorrido “no dia em que o médico teve uma briga com o filho Bernardo Uglione Boldrini – registrada em vídeo com os gritos de socorro do menino.” (In: IRION, Adriana. <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/11/bm-abre-processo-contrapolicial-que-esteve-na-casa-de-bernardo-em-noite-de-briga-4639614.html>)

Joaquim Ponte Marques desapareceu da casa em que a família morava, em Ribeirão Preto (SP), no dia 5 de novembro. O corpo foi encontrado cinco dias depois, boiando no Rio Pardo, a cerca de 100 quilômetros do local do sumiço. Longo e a companheira, Natália Ponte, mãe de Joaquim, foram presos no dia 10 de novembro de 2013 em Barretos (SP). Natália passou 31 dias na Cadeia Feminina de Franca (SP), até obter o primeiro habeas corpus. Em 4 de janeiro de 2014, voltou a ser presa, mas conseguiu ser libertada seis dias depois. O casal responde por homicídio triplamente qualificado. (In: <http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/caso-joaquim/noticia/2015/02/stj-nega-pedido-de-habeas-corpus-padrasto-do-menino-joaquim.html>) Para a Polícia Civil e para o Ministério Público, o padrasto matou Joaquim com uma alta dose de insulina - o menino era diabético e fazia tratamento com o uso do medicamento – e jogou a criança em um córrego próximo à residência. (In: <http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/caso-joaquim/noticia/2015/02/defesa-recorre-comissao-de-direitos-humanos-para-libertar-longo.html>) O irmão de Natália, Alessandro Ponte, revelou à polícia que teria recebido um telefonema anônimo com a denúncia de que Guilherme Longo, padrasto do menino e principal acusado do crime, teria saído de casa na madrugada do dia 5 de novembro com Joaquim no colo e seguido em direção ao córrego onde o corpo do menino foi jogado. “Os laudos mostram que o Joaquim já foi jogado no córrego sem vida.” (In: <http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/caso-joaquim/noticia/2014/08/irmao-de-natalia-ponte-e-o-primeiro-depor-na-justica-sobre-caso-joaquim.html>) O relatório final do inquérito policial indicia o padrasto do menino, Guilherme Longo, pelos crimes de homicídio doloso triplamente qualificado e ocultação de cadáver. No entanto, o trajeto feito pelos cães farejadores e a diferença de doses de insulina encontrada em uma das canetas que eram utilizadas no menino – que sofria de diabetes – foram determinantes para incriminar o padrasto. “A falta de insulina na caneta em quantidade excessiva também foi um indício importante. A substância não vaza da caneta sozinha, tem que ser feita alguma aplicação”, explica. Não havia testemunhas no dia do desaparecimento do menino. “Somente a vítima e o autor participaram do crime. Não houve lesão, não houve violência física contra a criança, nem marcas do crime premeditado, o que não deixou muitos vestígios.”, relatou o delegado da dificuldade no inquérito. (In: <http://g1.globo.com/sp/ribeirao->

preto-franca/caso-joaquim/noticia/2013/12/caes-farejadores-e-caneta-de-insulina-incriminaram-padrasto-de-joaquim.html) Segundo a Promotoria, Natália teve um comportamento considerado omissivo por saber do comportamento agressivo de Longo. Arthur Paes Marques, em entrevista à reportagem da EPTV, nega na relação entre padrasto, mãe e filho, a existência de uma família feliz defendida por Natália em seus depoimentos. Causou estranheza “as testemunhas de defesa da Natália, que até a fase policial culpavam Guilherme, agora o trazem como um santo. Como se nada daquilo tivesse ocorrido, como se fosse uma família feliz”, afirmou. (In: <http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/caso-joaquim/noticia/2014/09/natalia-ponte-e-maior-culpada-pela-morte-de-joaquim-diz-pai-do-menino.html>)

Crimes famosos foram noticiados nos últimos anos. Observa-se coincidências e procura-se saber por que há semelhanças nesses crimes mencionados. Os tres casos relatados expõe crianças que foram mortas por integrantes da própria família.

4 ANÁLISE CRÍTICA

O desfecho dessas histórias remete ao julgamento dos culpados. Tratando-se o criminoso de um antissocial, há ambiguidade do julgamento: reconhecer é admitir doença mental, revertendo-se em benefício dele. Por isso é melhor não reconhecer, uma vez que a lei brasileira os privilegia como sendo “semi-imputável”. No sistema penal brasileiro, a lógica reverte-se em benefício do assassino, e não da sociedade. Enquanto na Common Law, existe o princípio de proteção da comunidade, nosso sistema trata dos direitos individuais do acusado. Na realidade, o equívoco interpretacional é a lógica do Direito Civil, que é Direito Privado, dentro do Penal, que é Direito Público. O maior direito que está em discussão, nesse caso é o interesse da sociedade. Evidentemente, o interesse do criminoso é ser solto. Na sociedade não cabe o risco que é sua presença. Sua soltura não está dentro do limite do aceitável e tolerável. Não há pena de morte, nem prisão perpétua, mas medida de segurança pode ser perpétua. A referida patologia discutida neste trabalho tem plenas condições de avaliar suas ações, mas seus critérios são diferentes da conduta social: quando suas “necessidades”

ou melhor dizendo, vontades, não forem atendidas, matam livremente. O direito romano-germânico é tradição repetitiva de mudanças lentas. A personalidade dissocial inverte essas concepções consideradas sólidas, arraigadas em premissas clássicas da negação de sua existência. Nesse ideal, a racionalidade da pena teria efeito sobre o criminoso. Com efeito, fazê-lo entender sua “irracionalidade” de cometer crime, o que provém do ideal iluminista de que humano é racional. Entretanto, o psicopata é 100% racional e 0% emocional, prova de que está errada a suposta racionalidade que não determina sua humanidade: empatia é irracional. Nesse contexto, evidencia-se que o magistrado laborou em equívoco, ao decidir que o menor continuasse com seu familiar-algoz, que só o queria como fonte de renda. Em contrapartida, ironicamente, alguns advogados *lucraram* uma causa tão desafiadora. Um pequenino foi encontrado morto e isso é real, mas defesas estrategistas criam fantasmas, para livrar seus clientes, seguindo o raciocínio de que basta plantar uma dúvida e pronto: *in dubio pro reo*. Com criatividade, se usa a legislação como mero artefato, podendo-se distorcer o significado de depoimentos, documentos, etc., para encaixar no processo, e inviabilizá-lo. Aqueles que defendem seus clientes nesses termos – sabendo de sua culpa e, além de garantir seus direitos, criam tese absolutória – soam iguais a eles, por sua lógica e comportamento. Colocam-se em posição de autoridade, como quem possui um segredo importante, e tem poder; mas, na verdade, o “segredo” – que é a lei – não foi criado para satisfazer as evidenciadas paixões de ganhar o “jogo” a qualquer custo. Essa falta de limites na dinâmica processual penal causa impacto aos desconhecedores do Direito, disciplina cheia de brechas interpretativas. Em seguida, uma lei sobre palmadas? A violência ocorrida era moral (FREITAS, 2014), houve tortura psicológica, como revelam os vídeos, obtidos pela perícia, do celular do acusado, divulgados pela mídia. (In: G1, *Defesa da madrasta de Bernardo pede veto à imprensa em audiências*, 2014). Precisa haver uma lei para que as pessoas, ou pelo menos os agentes públicos, ouçam os gritos das vítimas, por socorro? Falta cidadania, solidariedade, que a burocracia estabelecida em lei não pode amenizar. Ninguém comunica à polícia. Nem mesmo ao Conselho Tutelar, até porque, no caso em questão, surpreendentemente, foi uma assistente social – amiga da madrasta – que ajudou

a matá-lo. A propósito, já estão previstas no E.C.A. (Estatuto da Criança e do Adolescente) as mesmas desrespeitadas prerrogativas nas quais o Conselho Tutelar não é atuante. A nova lei traz mudanças insignificantes. O artigo 1º estabelece que o ECA passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos: 18-A, 18-B e 70-A: O artigo 18-A dispõe que a criança e o adolescente têm o direito de ser “educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação [...] pelos pais, [...], agentes públicos [...] de medidas socioeducativas ou” por qualquer encarregado de cuidá-los, “[...] educá-los ou protegê-los.”

Sob este prisma, a Constituição Federal, no capítulo VII, art.227, caput, encarrega como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, “o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” O parágrafo §4º diz que a “lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.” Dispositivo semelhante encontra-se no ECA, em seu artigo 4º, estabelecendo como dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público “assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, dignidade, ao respeito, à liberdade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.” Seu parágrafo único, alínea a dá “primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias.” Nota-se que, na legislação brasileira, há artigos que se fazem, em vez de pertinentes, meros “enfeites”. Na prática não há maneira de tornar-se viável, praticável, tornando surreal ou até mesmo cômico ao não fazer-se cumprir. São exemplos o art.18 do ECA, que diz ser “dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.” Do mesmo modo, o art.70: “É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.” Há contradições tornando dever de todos, da sociedade e por vezes, apenas permitindo aos órgãos públicos

ou autoridades que tomem providências. Não há punição, e mesmo previsto na lei alguma sanção, não é efetivada por ser contraditória. Nota-se um equívoco quanto à função legislativa. A lei difere dos costumes. A lei como dever ser, diferentemente do ser, tem sanção. A coerção punitiva é o que a torna aplicável. Uma lei não serve para aconselhar, e sim, para punir. Orientações de conduta devem ser feitas com programas sociais, mas não por lei. Senão, ela perde sua função. Esta lei não aplica sanção alguma, não gera efeitos, não é eficaz, tendo sido feita apenas a fim de gerar um debate. Há leis em demasia no ordenamento jurídico brasileiro, o que implica no desconhecimento geral da população quanto a seus direitos. Resultado dessa própria criação de leis desnecessárias, repetitivas e surreais, de concretização impraticável. Isso as torna ilusórias. Daí decorre o problema da injustiça, um sistema incoerente e contraditório. Nos países mais desenvolvidos, as leis são ínfimas. A quantidade menor de leis acaba por tornar o sistema mais qualitativo. Não é saudável para o sistema brasileiro a superlotação de leis. É necessário abdicar, selecionar as mais importantes e tornar o sistema viável, dinâmico, rotativo. Fazendo-se uma analogia, abdicar dessa lotação legislativa seria como diminuir artefatos empoeirados em um quarto inabitado: quanto mais objetos tiver mais difícil de identificá-los, de limpar o ambiente e de conviver, pois não cabe, não há espaço suficiente para viver adequadamente. A sociologia classifica parte de uma "lógica eleitoral", que inclui agir ou redigir leis apenas para o fim de conseguir votos, para obter a reeleição do titular da aprovação de uma eventual lei "aplaudida" na mídia, mas não com o propósito real de resolver algum problema. Sendo assim, o projeto (PLS 7672/2010) propõe apenas mais uma lei desnecessária, possivelmente apenas com o propósito de promover na mídia o congressista que a propôs, e como uma manobra política: dar aos cidadãos a errônea e falsa sensação de que há uma resposta do Estado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todas as mortes antes referidas, poderiam ter sido evitadas, se os órgãos competentes tivessem agido de modo mais atento, e portanto responsável. De que serve no presente momento, criar uma lei, senão de pseudo-diligência?

Entretanto, o cadáver da vítima não mente. Torna-se mais difícil solucionar um caso ou evitar que um crime maior aconteça, quando falham os agentes públicos. Do mesmo modo, não se espera que pais assassinem seus filhos – tal ato é inimaginável – não se está preparado para lidar com essas situações, muitas vezes por incredulidade, uma vez que o elemento surpresa dificulta a iniciativa. É custoso, e por isso, resiste-se a admitir que não há limites para a perversidade de pessoas portadoras dessa patologia mental. Por outro lado, é desconcertante perceber que por trás de órgãos públicos, não há necessariamente cidadãos empenhados em fazer bem o seu trabalho, mas é possível que haja descaso com a lei, com as vítimas. Criam-se novas leis, devido ao desconhecimento geral da população sobre seus direitos. O que já constava no ECA não foi cumprido na prática no caso concreto. Como pseudosolução, cria-se outra lei, com as mesmas prerrogativas: uma ilusão de que se cumpra doravante. Devido a divulgação, atua, de certa forma como um precedente. Eis a tentativa de se fazer cumprir a lei no Brasil. Não basta ficar inconformado com tantas vidas perdidas. Deve-se lutar pela concretização da lei. A denominada “Lei Menino Bernardo” resta apenas como homenagem a uma mais uma vítima de assassinato pelo próprio genitor. A seguir como está, a lei não solucionará nada, nem impedirá que novos casos aconteçam diariamente: crianças sendo mortas – Isabellas e Bernardos, imperceptíveis. Ocorrem crimes hediondos a todo momento. A violência é universal: crimes são rotineiros, enquanto a sociedade se distrai no cotidiano; para isso, a legislação é inexitosa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 7672/2010**. Disponível em: <<http://www.câmara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483933>>

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

BRASIL. Planalto. Presidência da República, casa civil, subchefia para assuntos jurídicos. **Lei 13.010/2014**. Acesso em 13.12.2014, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm>.

Coberturas, caso Isabella Nardoni. Acesso em 12.12.2014, disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/coberturas/caso-isabella-nardoni/o-julgamento.htm>>.

Defesa da madrasta de Bernardo pede veto à imprensa em audiências. Acesso em 12.12.2014, disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/caso-bernardo-boldrini/noticia/2014/08/defesa-da-madrasta-de-bernardo-pede-veto-imprensa-em-audiencias.html>>

FREITAS, C. **Chegava com olheiras e malvestido, diz empresária que acolhia Bernardo.** Acesso em 12.12.2014, disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/caso-bernardo-boldrini/noticia/2014/09/chegava-com-olheiras-e-malvestido-diz-empresaria-que-acolhia-bernardo.html>>

IRION, A. **BM abre processo contra policial que esteve na casa de Bernardo em noite de briga.** Acesso em 12.12.2014, disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/11/bm-abre-processo-contra-policial-que-esteve-na-casa-de-bernardo-em-noite-de-briga-4639614.html>>.

Laudos não esclarecem causa da morte. Zero hora: 9 set.14. Acesso em 12.12.2014, disponível em <<http://www.pge.rs.gov.br/upload/zh,%20p.14%2815%29.pdf>>.

Lei Menino Bernardo. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Menino_Bernardo>.

NÉRI, F.; PASSARINHO, N. **Comissão da Câmara aprova lei da palmada, rebatizada Menino Bernardo.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/05/comissao-da-camara-aprova-lei-da-palmada-rebatizada-menino-bernardo.html>>.

ROCHA, Á. F. O.; MENDONÇA, T. C.; ÁVILA, F. N. **Lei Menino Bernardo: uma Breve Análise Crítica.** Congrega, Urcamp, 2014.

RODRIGUES, A.; TOMÉ, P. I. (06/06/2014). **Lei da palmada não proíbe palmada, dizem advogados.** Acesso em 12.12.2014, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/06/1465898-lei-da-palmada-nao-proibe-palmada-dizem-advogados.shtml>>.

RIBEIRO, F. B. Governo dos adultos, governo das crianças: agentes, práticas e discursos a partir da “lei da palmada”. **Civitas – revista de Ciências Sociais.** Porto Alegre, v.13, n.2, p.292-308, mai-ago, 2013. Acesso em 12.12.2014, disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/15480/10829>>.

SILVA, A. B. B. S. **Mentes perigosas**: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

Tragédia incêndio boate Santa Maria, entenda. Acesso em 12.12.2014, disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/tragedia-incendio-boate-santa-maria-entenda/platb/>>.

**ACESSO À JUSTIÇA PENAL:
REFLEXÕES SOBRE A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO
GRANDE DO SUL**

Priscila Vargas Mello⁴⁵

Dani Rudnicki⁴⁶

Simone Schroeder⁴⁷

RESUMO: O estudo apresenta reflexões sobre o acesso à justiça penal, especialmente no que tange à atuação da defensoria pública nos processos criminais. Para o desenvolvimento do mesmo, partiu-se de uma abordagem dialética, da observação de unidade prisional feminina e do atendimento prestado pela defensoria em duas unidades jurisdicionais, bem como de entrevistas realizadas com defensores públicos e apenadas. Embora a dogmática entenda que o acesso à justiça penal corresponda a um núcleo mínimo imprescindível à dignidade humana do indivíduo processado criminalmente, na prática, tais pessoas sofrem os efeitos de defesas formais. O defensor desconhece a realidade do assistido e o assistido desconhece o seu defensor, os seus direitos e sequer tem condições de resistir às restrições do poder punitivo estatal, violando a ampla defesa e o contraditório. Desta forma, o acesso à justiça penal deve ser compreendido para além do acesso aos tribunais por meio de uma defesa formal, trata-se do direito do assistido de ser compreendido, visto, ouvido, conhecido por parte daqueles que compõe o cenário da justiça criminal e isso só poderá ser construído no processo e execução penal mediante a presença efetiva de defensores (sejam esses públicos, dativos e/ou privados) comprometidos em

⁴⁵ Advogada, mestranda em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis com bolsa de dedicação exclusiva concedida pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), bacharel em direito pela mesma instituição e acadêmica de Filosofia (licenciatura) pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). priscilavargasm@gmail.com

⁴⁶ Professor titular da disciplina Direitos Humanos e Violência do Programa de Pós Graduação em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis. Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). É colaborador do Ministério da Educação e da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Rio Grande do Sul, militante do Movimento de Justiça e Direitos Humanos do Rio Grande do Sul. danirud@hotmail.com

⁴⁷ Professora adjunta do Centro Universitário Ritter dos Reis - Uniritter Laureate International Universities, na área de Direito Penal e desempenha a atividade de Coordenadora responsável pelo Núcleo de Extensão em Execução Penal/Uniritter com ênfase em cárcere e acesso à justiça. Mestre em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. schroeder02@gmail.com

apreender as necessidades e direitos de todo e qualquer indivíduo submetido ao sistema penal.

PALAVRAS-CHAVE: acesso à justiça; defensoria pública; atendimento; prisão.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos observa-se o desenvolvimento de ferramentas tecnológicas e alterações legislativas com o objetivo de concretizar o acesso democrático aos tribunais. No entanto, em razão da dinamicidade da sociedade (relações de poder, interesses em jogo, etc.), tais respostas não são suficientes para garantir que os indivíduos demandem seus direitos de forma plena, a justiça demanda custos para locomoção e o acesso ao atendimento da assistência pública ainda está distante das regiões mais vulneráveis e do dia a dia das instituições punitivas.

Assim, abordar a garantia de acesso à justiça consiste em refletir sobre a dificuldade do cidadão de chegar até o órgão jurisdicional, ser compreendido e compreender os seus direitos e exigir do estado o cumprimento das garantias que lhe são asseguradas pelas normas de direitos humanos, pelos direitos fundamentais e garantias processuais. Por isso, o debate sobre o acesso à justiça se mostra um tema de relevância e de caráter permanente, uma vez que as estruturas do sistema de justiça devem absorver as diferentes concepções de limitações a fim de viabilizá-lo de forma plena.

Desta forma, o artigo tem como objetivo apresentar reflexões sobre a atuação da defensoria pública do estado do Rio Grande do Sul, especificamente no âmbito de atendimento dos processos criminais, a fim de verificar como se realiza a comunicação da defensoria com os assistidos e familiares, de que forma são realizados os atendimentos, repasse de informações e construção das defesas processuais. Para desenvolvimento da pesquisa, parte-se de uma abordagem dialética, da observação de unidade prisional feminina e do atendimento prestado pela defensoria em duas unidades jurisdicionais, bem como de entrevistas realizadas com defensores públicos e apenadas privadas da liberdade da Penitenciária Feminina Madre Pelletier.

De acordo com Oliveira (2004), trata-se de pesquisa sócio-jurídica, pois se utiliza a sociologia para análise de um objeto do direito. Ademais, o objetivo consiste em descrever as relações que se desenvolvem no campo a partir do atendimento prestado pela defensoria pública, analisar a qualidade e efetividade do atendimento disponibilizado, verificar a forma como as informações são repassadas ao assistido ou ao terceiro que compareça no lugar daquele durante o atendimento, ou seja, “[...] descrever um sistema de relações, mostrar como as coisas interagem dentre o de uma rede de influência múltipla ou suportam uma relação de interdependência ou qualquer coisa, a fim de descrever as conexões entre as especificidades” (BECKER, 2014, p.188), portanto, apreender detalhes e construir uma percepção sobre o acesso à justiça penal.

O estudo divide-se em cinco partes, a primeira e a segunda delimitam a concepção do direito de acesso à justiça e sua dinâmica no processo penal; a terceira analisa o papel da defensoria pública no processo penal; a quarta descreve as percepções a partir da pesquisa de campo e; a quinta desenvolve o cruzamento dos dados, ou seja, apresenta as reflexões resultantes do tensionamento entre a concepção dogmática e normativa do acesso à justiça penal e a realidade do atendimento prestado pela defensoria pública no ambiente prisional.

2 O ACESSO À JUSTIÇA

Em análise ao panorama normativo, verifica-se que o acesso à justiça está elencado como um direito humano na Declaração de Direitos Humanos de 1948 (artigo VIII), na Convenção Americana de Direitos Humanos (artigos 8, 2, “e” e 25) e como direito fundamental dos cidadãos brasileiros, conforme o disposto no artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal de 1988. O Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, incorporado ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 592 de 1992, ao reconhecer a dignidade humana como atributo inerente a todo o ser humano, estabeleceu que os países membros possuem a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos humanos ali elencados, mediante a criação de leis ou promoção de atividades que se façam

necessárias para alcançar os objetivos traçados. O artigo 14 deste acordo internacional estabelece toda a diretriz necessária para a garantia de um processo humano, democrático e justo, a partir do pressuposto de que a pessoa acusada de um crime tem o direito de ser defendida por um defensor constituído e, não o tendo, de receber a respectiva informação, bem como, ser representada por um defensor designado de forma gratuita pelo estado (PIOVESAN, 2011).

O relatório desenvolvido por Cappelletti e Garth, em face do Projeto Florença, sob título “Acesso à Justiça”, embora não tenha tratado sobre as limitações, seletividade e desigualdades inerentes à justiça criminal (SINHORETTO, 2014, p.403), possui reflexões fundamentais para o tema. Para eles, o acesso à justiça deve ser compreendido a partir de duas perspectivas, a primeira como acesso efetivo a um sistema que viabilize a reivindicação de direitos e resolução de conflitos e a segunda como acesso a resultados social e igualmente justos, ou seja: “[...] a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.15). A partir disso, o acesso à justiça é compreendido como o mais fundamental dos direitos humanos, pois é através dele que os indivíduos podem demandar do Estado a efetivação de outros direitos e garantias fundamentais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.12).

Segundo Rudnicki (2001, p.2),

[...] o acesso à justiça é um conceito jurídico que engloba desde a oportunidade da pessoa de ser assistida por um advogado até o conhecimento de seus direitos e a garantia de efetividade dos mesmos. Acesso à justiça é ensinar às pessoas quais são os seus direitos, transformar o Judiciário para que os cidadãos não tenham reivindicá-los, bem como criar instrumentos para que os direitos sejam efetivados, assegurados.

Por conseguinte, Cappelletti e Garth (1988) entendem que o acesso à justiça pode ser compreendido a partir de três ondas políticas. A primeira se refere à assistência judiciária para os pobres, ou seja, de políticas e modelos que proporcionam a plena utilização dos serviços jurídicos; a segunda analisa reformas que possibilitam o pleito de direitos coletivos e/ou de caráter difusos; por fim, a terceira engloba políticas de facilitação do acesso, como simplificação dos

procedimentos, linguagem e aspectos simbólicos, assim como medidas para processamento de causas de menor valor.

Segundo Junqueira (1996), o movimento de estudo e pesquisa do acesso à justiça, no contexto brasileiro, se deu a partir da década de 80 e não teve relação com as ondas políticas elencadas por Cappelletti e Garth. Enquanto eles tinham o enfoque central na análise das ondas de acesso à justiça, a fim de buscar mecanismos para efetivação dos direitos prometidos pelo *welfare state*, no Brasil, a preocupação relacionava-se com a promoção de direitos básicos, como acesso à moradia e saúde. Ou seja, as ondas de acesso à justiça não se sucederam no Brasil e o pluralismo jurídico foi o caminho para se travar o debate no contexto brasileiro.

No entanto, embora em um contexto político e social diverso do brasileiro, Cappelletti e Garth chamaram a atenção para obstáculos presentes até os dias atuais: a justiça, a despeito de desenvolver procedimentos simplificados, ainda é cara e as pessoas têm dificuldade em compreender os seus direitos. Nesse sentido, o estudo de Santos (1999, p.147) se aproxima da realidade brasileira e confirma a existência de barreiras econômicas, sociais e culturais que impediam (e ainda obstam) o acesso democrático aos tribunais, concluindo que a existência de um órgão que preste atendimento jurídico ou o desenvolvimento de reformas processuais não são suficientes para resolver o problema de acesso aos tribunais.

Isso porque tal fenômeno relaciona-se com numerosos fatores que devem ser analisados de forma sistemática. Por exemplo, o fato de que pessoas com menos recursos tendem a conhecer menos os seus direitos, ou, quando conhecem, hesitam em pleiteá-los por medo de sofrerem alguma represália; a distância geográfica entre o cidadão e os órgãos responsáveis pelo atendimento jurídico e jurisdicional; a realização de atendimentos jurídicos de maneira inadequada mediante a exposição do cidadão a situações constrangedoras e humilhantes (ou seja, que tenham dado origem a uma experiência negativa) tendem a contribuir para que o assistido oscile em postular seus direitos, em face da sensação de que o atendimento jurídico prestado àqueles que possuem mais recursos financeiros é melhor do que o prestado aos que não dispõem de uma

defesa/atendimento particular. Além disso, quanto mais pobre, menos provável que o indivíduo conheça algum advogado, ou saiba onde e quando contatar um profissional (SANTOS, 1999, p.148).

Desta forma, abordagens sobre o acesso à justiça ensejam a reflexão quanto às limitações sociais inerentes ao sistema de justiça. No campo do direito, a concepção de acesso à justiça penal é analisada como elemento imprescindível para consolidação da própria dignidade humana daquele que for submetido à dinâmica do processo penal (SOUZA, 2011, 294-295; LOPES JUNIOR, 2007, p.390-391; GIACOMOLLI, 2014, p.14-17; SCHROEDER, 2006, p.53). Isto é, a garantia de acesso à justiça é compreendida como parte de um mínimo existencial imprescindível para demanda de outras garantias, o que precisa ser viabilizado pelo atendimento da defensoria pública na hipótese do acusado não ter condições de arcar com os custos de uma defesa particular, pois é dever do estado, enquanto responsável pela proteção dos direitos humanos, garantir a existência de um atendimento público de qualidade para todos os seus cidadãos.⁴⁸

3 ACESSO À JUSTIÇA PENAL

O debate sobre acesso à justiça, em sua maioria, realiza-se no contexto do processo civil. No âmbito do processo penal, embora algumas categorias sejam relevantes para análise do tema, faz-se necessário o estranhamento e o redirecionamento do debate. O estudo de Silva (2001, p.103) vincula o acesso à justiça penal ao oferecimento de um serviço adequado de atendimento jurídico, bem como a interpretação das normas processuais penais de acordo com os princípios constitucionais. O autor entende que a ausência de acesso à justiça no âmbito criminal fomenta a marginalidade e exclusão inerentes ao sistema, sendo

⁴⁸ “Se é o respeito pela dignidade da pessoa humana que fundamenta uma doutrina jurídica dos direitos humanos, esta pode, da mesma maneira, ser considerada uma doutrina das obrigações humanas, pois cada um deles tem a obrigação de respeitar o indivíduo humano, em sua própria pessoa bem como na das outras. Assim também o Estado, incumbido de proteger esses direitos e de fazer que se respeitem as obrigações correlativas, não só é por sua vez obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas tem também a obrigação positiva da manutenção da ordem. Ele tem também a obrigação de criar as condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos os que dependem de sua soberania” (PERELMAN, 1996, p.401).

imprescindível a reformulação de procedimentos para que (I) privilegiem medidas alternativas de resolução de conflito, (II) fomentem a educação em direito dos cidadãos e que (III) aperfeiçoem de forma constante os operadores jurídicos, para que tenham condições de absorver a crescente demanda e fornecer, ao mesmo tempo, um serviço de qualidade.

De acordo com Souza (2011, p.290), a adequada compreensão do acesso à justiça penal relaciona-se com o fato de que o acusado, ao contrário do que acontece em outros ramos do direito, não tem intenção direta de demandar contra o estado. Isto porque, o interesse do processo penal (liberdade) diferencia-se dos objetivos de outros ramos do direito e é fundamental pensá-lo a partir de suas próprias categorias e das particularidades que emergem do seu desenvolvimento no tempo, ou seja, a teoria geral do processo (e as concepções utilizadas no processo civil) não tem lugar neste debate (LOPES JUNIOR, 2015, p.68-70). Portanto, o acusado precisa de um defensor que o auxilie na construção de sua defesa técnica, atento à efetivação das garantias processuais e preocupado em evitar a restrição ilegítima de direitos, pois “O respeito à dignidade da pessoa, no âmbito penal passa, necessariamente, pela minimização criminal da intervenção estatal em todas as esferas institucionais dos mecanismos intervencionistas” (GIACOMOLLI, 2008, p.334).

Neste contexto, o acesso à justiça penal abrange o direito de uma defesa material. Trata-se de garantir que todo o indivíduo processado (ou em cumprimento de condenação criminal) tenha acesso a uma defesa preocupada com o respeito às garantias processuais e constitucionais, apresentando alegações adequadas ao se manifestar, presente nos atos solenes, produzindo peças processuais motivadas, contraditando as acusações; uma defesa atenta à dinâmica processual e às peculiaridades do caso concreto, pois, ao contrário disso, estar-se-ia privilegiando uma defesa formal e não condizente com o mínimo existencial no contexto de um estado democrático de direito (SOUZA, 2011, p.290, 294, 301).

Desta forma, verifica-se que o debate sobre o acesso à justiça penal vincula-se também ao exercício da defesa material. O acesso à defesa penal material relaciona-se com a própria condição humana e de dignidade do

processado, isso porque, sem a presença de um defensor, não há como resistir às acusações apresentadas, tampouco ser ouvido e garantir o respeito às garantias fundamentais (GIACOMOLLI, 2008, p.340).

Aliás, a mera assistência judiciária integral e gratuita (a ser prestada pela defensoria pública para aqueles que não tiverem condições de arcar com uma defesa particular) é insuficiente para solucionar a problemática do acesso à justiça penal, pois a simples presença do defensor ou cumprimento de prazos processuais resulta em efetivação formal do direito de acesso à justiça em prejuízo do contingente marginalizado na justiça criminal (RUDNICKI, 2001, p.2). Nesse sentido, Cappelletti e Garth (1988, p.68-69) também sustentam que a assistência judiciária gratuita não é suficiente para efetivar o acesso à justiça, pois a simples garantia de assistência judiciária pode ser um “[...] substitutivo simbólico para a redistribuição de vantagem. [...] Cada vez mais se reconhece que, embora não possamos negligenciar as virtudes da representação judicial, o movimento de acesso à Justiça exige uma abordagem muito mais compreensiva da reforma”.

A teoria em muitos casos não corresponde à realidade. Embora a norma jurídica estabeleça regras para um jogo universal com elementos de um processo penal de garantias, isso, por si só, não impede que os operadores jurídicos restrinjam direitos fundamentais dos acusados importando elementos estranhos ao procedimento (ROSA, 2014, p.18-19). Alguns partem da premissa de que o processo penal tem como elemento fundamental a liberdade do acusado para evitar o exercício punitivo arbitrário (LOPES JUNIOR, 2015, p.32); outros utilizam o mesmo processo penal como instrumento de poder e para restrição de direitos (SANTOS, 2008, p.13-14; ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p.58-62; COUTINHO, 2001, p.45-48; LOPES JUNIOR, 2015, p.71-72; ROSA, 2014a, p.19), razão pela qual a abordagem empírica de determinado tema é fundamental para adequada reflexão.

4 O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO PROCESSO PENAL

Os artigos 134º e 5º, LXXIV da Constituição Federal de 1988, elencam a defensoria pública como instituição essencial à função jurisdicional do estado. No

mesmo sentido é o exposto no artigo 1º da Lei Complementar Federal nº 80 de 12 de janeiro de 1994, ao estabelecê-la como instituição permanente. Trata-se de ente político essencial à função jurisdicional estatal, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos, de forma integral e gratuita.

Segundo Alves e Pimenta (2004), a defensoria pública pode ser definida como o ente responsável pelo “efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa, mesmo àqueles economicamente suficientes, quando a causa verse sobre direitos indisponíveis”. Além de tudo, o defensor público também assume o papel de transformação social em defesa da concretização da cidadania, mediante o uso de ferramentas extrajudiciais para resolução de conflitos, orientação jurídica e educação de direitos (ROCHA, 2007, p.14).

Sustenta Santos (2013, p.12) que o acesso democrático à justiça depende da criação de uma nova cultura em relação à consulta e assistência jurídica, em que a defensoria pública tem um papel de grande importância. Esta instituição agrega a vantagem de contar com profissionais especializados para o desempenho da defesa de interesses coletivos e difusos das classes fragilizadas, utilizando-se, inclusive, de ferramentas extrajudiciais para resolução de conflitos e de atividades que contribuam ao acesso à informação. Portanto, os defensores públicos teriam melhores condições políticas de promover o atendimento àqueles desvelados das condições necessárias para acesso aos tribunais e devem utilizar, no seu dia a dia, a sociologia das ausências, mediante o reconhecimento e afirmação dos direitos destes cidadãos impotentes e invisíveis em meio à busca por justiça.

Proceder com a sociologia das ausências significa dizer que a invisibilidade dos assistidos precisa ser apreendida de forma a tornar-se presente e conhecida pela sociedade. Logo, a experiência assimilada através do encargo público deve ser utilizada para demonstrar à sociedade que perder este contato, negligenciar este atendimento e fechar os olhos para esta realidade representa o desperdício de experiências e de viabilização de alternativas para promoção de políticas públicas de reinserção, de igualdade, de materialização democrática e de

crescimento social. O representante institucional precisa trabalhar consciente do objetivo (e da importância) de desmitificar o estigma do assistido e desconstruí-lo, tornando-o visível, tangível e compreensível (SANTOS, 2013, p.12-13).

A prestação de assistência judiciária por um órgão institucional vocacionado para esta função pública, também vem ao encontro das necessidades de um estado democrático de direito, que por sua vez, possui como primado fundamental a igualdade substancial dos indivíduos. Ou seja, não basta uma previsão legal que garanta, formalmente, o acesso à justiça para os mais necessitados – até porque, conforme a crítica efetuada por Bobbio (2004, p.25), a problemática dos direitos humanos não está atrelada ao seu fundamento, mas sim à sua proteção e efetividade. Assim, salienta-se que a existência da defensoria pública, por si só, não é suficiente para solucionar a problemática do acesso à justiça, que necessita da análise de vários fatores (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.89), pois, ao contrário, corre-se o risco de incidir no equívoco da dogmática tradicional, a qual entende que a simples garantia de assistência judiciária gratuita, somada à criação da defensoria pública e atendimento jurídico gratuito prestado pelas universidades e entidades não governamentais, é suficiente para solucionar a questão (RUDNICKI, 2001, p.2).

Entretanto, nas observações efetuadas (que serão analisadas no item 4 deste estudo), observa-se que esta instituição não possui estrutura funcional suficiente para amplo exercício de seu postulado, seja pela ausência de repasse financeiro, inexistência de políticas públicas de apoio (GONÇALVES, 2011, p.30) ou de paridade de armas para com os demais setores da justiça.⁴⁹ Essa circunstância torna a aplicabilidade da lei privilégio dos indivíduos economicamente mais desenvolvidos, numa lógica neoliberal em que o processo penal passa a ter um caráter privatizado, pois nem todos os indivíduos possuem

⁴⁹ Luigi Ferrajoli sustenta, de forma crítica, a necessidade de equiparação entre acusação e defesa no processo penal, mediante a criação do *Ministério Público de Defesa*, órgão que seria instituído para fortalecer a atuação do defensor constituído pelo acusado. Ainda que esta ponderação possa encontrar resistência quanto aos profissionais advogados, sustenta que esta seria uma das medidas necessárias para instrumentalizar a igualdade de armas no processo e afastar a disparidade institucional que confere caráter inquisitorial ao processo penal. (FERRAJOLI, 2002, p.467).

condições de arcar com os custos de uma defesa particular e, na grande maioria dos casos, padecem sob uma defesa formal e atécnica.

Atualmente não dispomos de estruturas no processo penal que permitam que um defensor seja alguém capaz de realizar essa mediação. A Defesa é, no processo penal brasileiro, para o grosso dos que se sujeitam a ele, algo estritamente formal e nessa lógica neoliberal, em um processo penal quase privatizado, continuará privilegiando aqueles que têm condições de ter defensores pagos, e a maioria da população sujeita ao processo penal sofrerá uma nova agressão dentro dessa seletividade econômico-social, que enfim caracteriza os Estados periféricos (PRADO, 2005, p.67).

Portanto, se a defensoria pública é o principal órgão para promoção do acesso à justiça penal, de fato, só poderá substancializar tal postulado se estiver estruturada e implementada de maneira eficaz (ALVES; PIMENTA, 2004, p.27), não só nas comarcas e foros, mas também dentro do ambiente prisional. Isso é fundamental para que se possa garantir o acesso à ordem jurídica justa e à defesa material (SOUZA, 2011, p.294-295).

A presença de um defensor representa o próprio controle da atuação estatal e das demais instituições punitivas durante o cumprimento da pena, pois o defensor deve lutar pela efetivação do princípio da legalidade e dos direitos do acusado. Se o processo precisa assimilar uma noção acusatória para assumir um viés democrático, na qual cada sujeito processual possui sua função delineada, a defensoria pública deve adequar-se a mesma sistemática e zelar pelo processo evitando a ocorrência de mais ilegalidades e injustiças no caso concreto (LOPES JUNIOR, 2007, p.371-405).

Desta forma, o papel desta instituição no processo penal vai além da materialização da defesa processual dos apenados. A atuação da defensoria pública deve visar à dignificação dos esquecidos, a transposição, de fato, dos muros do acesso à justiça (SOARES, 2002, p.69), pois, ao contrário disso, estar-se-ia promovendo uma atuação institucional preocupada apenas em evitar maiores desgraças.

5 PERSPECTIVA EMPÍRICA: ACESSO À JUSTIÇA PENAL, A DEFENSORIA PÚBLICA E O ASSISTIDO

A análise crítica de determinado tema necessita do seu conhecimento empírico. É de suma importância o contato do pesquisador com as categorias que pretende apreender. Tais experiências têm o condão de viabilizar um debate substancial e de fomentar discursos de mudança no contexto excludente da justiça (e do sistema) criminal (HULSMAN, 1993, p.25, 37). Nesse sentido, Braga (2014, p.52) ressalta a importância da pesquisa empírica para o desenvolvimento de novas diretrizes para a política criminal do Brasil e para o estudo da criminologia, pois “O emprisonamento isola a voz. A pesquisa de campo na prisão é uma possibilidade de fazer com que as vozes da prisão ecoem, e que de alguma forma a sociedade se volte para o debate em questão”.

Para atingir este objetivo, apresenta-se breve contextualização do atendimento prestado pela defensoria pública do estado do Rio Grande do Sul no foro central e no foro regional da Tristeza, ambos de Porto Alegre, no âmbito dos processos criminais e de execução criminal, com base nas observações efetuadas durante os meses de abril e maio de 2013; somando-se, ainda, as experiências de uma das autoras durante o estágio acadêmico, entre os anos de 2011 e 2012, nas dependências da defensoria pública no foro regional da tristeza. Ainda, utilizam-se as inquietações advindas dos encontros de extensão universitária realizados semanalmente na Penitenciária Feminina Madre Pelletier durante o ano de 2013,⁵⁰ pois frequentemente surgiam relatos quanto à dificuldade de compreensão da situação processual e de atendimentos jurídicos por parte da defensoria pública. Os relatos, dúvidas e esclarecimentos serão utilizados como dados para análise qualitativa das reflexões propostas, mediante sigilo das informações que possam identificar os participantes.

5.1 Do local e dinâmica de atendimento

Em acompanhamento realizado no setor de Execução Penal da Defensoria Pública, localizado no 4º andar do Foro Central de Porto Alegre, observa-se que a

⁵⁰ O projeto de extensão “Balcão da cidadania: A teia de acesso à justiça entre a Universidade e o poder público”, desenvolvido pelo Centro Universitário Ritter dos Reis, é coordenado por Simone Schroeder, desde 2005.

sala era dividida pelos defensores e estagiários, não possui janelas para ventilação e a iluminação é elétrica. A sala é pequena e possui quatro mesas distribuídas de maneira bem próximas para realização das atividades dos defensores lotados na atribuição.

As fichas são distribuídas pelo estagiário até as 16h30min, diariamente. Os assistidos, sentados nos bancos do corredor do 4º andar, aguardam a presença dos defensores e a respectiva chamada de seus números. Normalmente o atendimento é feito por três defensores. Eles atendem mais de 60 (sessenta) fichas, sendo que segunda-feira é o dia mais conturbado. Via de regra, as liberações para ingresso no regime semiaberto se dão aos sábados e nas segundas-feiras, logo, a maior parte dos egressos do regime fechado comparecem no atendimento para sanar dúvidas quanto à apresentação ou, informar que não existe vaga no semiaberto e necessitam de uma autorização do juiz para permanecer em prisão domiciliar.

Na observação dos atendimentos, presencia-se o comparecimento de familiares e companheiras (já que o assistido está cumprindo pena no sistema prisional). Essas pessoas buscam esclarecimentos quanto ao cumprimento da pena, sanar dúvidas dos próprios apenados quanto à concessão de benefícios e confirmar a presença de um defensor público nas audiências de instrução e procedimentos administrativos.

Durante o atendimento, os defensores peticionam na presença do familiar (ou assistido). Os requerimentos são feitos durante o atendimento, mediante os esclarecimentos apresentados pela pessoa que se fizer presente (familiar, companheiro ou assistido). Por exemplo, caso 1. A companheira de um assistido com quadro de tuberculose comparece para atendimento, foi avisada pelos agentes penitenciários do presídio central que o seu companheiro sofre de cólica renal. Comparece no atendimento para solicitar que ele seja encaminhado com urgência para algum hospital, uma vez que no presídio central não há estrutura para acompanhamento médico específico. A defensora peticiona, relata a situação, grifa com marca texto laranja a epígrafe de urgência e solicita o protocolo do pedido à estagiária, que o faz imediatamente no balcão do cartório. A defensora informa que o processo está concluso e pede para que a pessoa em

atendimento aguarde uma resposta no corredor, pois acredita algum funcionário ou assessor dará o retorno no mesmo dia.

Caso 2. Uma mãe em prantos, porque o filho está na fila para transplante de fígado e a assistência hospitalar é realizada há muitos anos em uma cidade do estado de Santa Catarina. Traz numerosos documentos, e implora para que o defensor público possa resolver a situação, conseguir uma prisão domiciliar ou, pelo menos, uma transferência para a mesma comarca em que o filho recebe o tratamento há muitos anos, conforme seu relato.

O defensor público solicita que a estagiária busque o processo, enquanto isso permanece peticionando e analisando os documentos para confeccionar o pedido com urgência. A estagiária retorna e, de forma discreta, informa que o cartório não consegue encontrar o processo. De qualquer forma, imprime a petição, grifa com marca texto amarelo e pede que seja protocolado de imediato, orientando que a mãe aguarde o retorno de algum funcionário ou assessor.

Ao final do dia, a pessoa atendida conforme relato do caso 1, bate à porta e, muito abatida, informa que os funcionários do cartório não deram retorno e a assessoria informa que a resposta, em princípio, não sai no mesmo dia, pois existem numerosos pedidos de mesma natureza. A defensora frisa que o pedido será analisado, e pede para que no próximo dia a companheira compareça ao cartório e insista na análise do pedido, porque já tinha feito o que lhe era cabível. Após fechar a porta, outro representante institucional presente na sala refere que *“a burocratização é a frustração de se trabalhar na execução da pena, de certa forma, fico tranquilo pelas pessoas não conhecerem o que de fato acontece”*.

Após a afirmação, questionaram-se quais seriam as principais dificuldades enfrentadas pela defensoria no desenvolvimento das atividades. Conforme relato, a dificuldade dos atendimentos encontra-se – além da falta de estrutura institucional, que já melhorou muito no decorrer dos anos, principalmente, no acesso à informação, não só pelos apenados e seus familiares, que sofrem, diretamente, os efeitos sociais da pena, mas, também, em relação aos próprios defensores públicos. Afirmam que não possuem acesso pleno ao portal de execução criminal do tribunal de justiça do estado do Rio Grande do Sul e, o pouco acesso liberado que possuem, é prejudicado pela instabilidade do sistema,

uma vez que os computadores utilizados (cedidos pelo tribunal) são lentos e o sistema “tranca” frequentemente. A lentidão do sistema e a falta de informações no portal do judiciário são as reclamações contínuas.

Os defensores entrevistados esclareceram que o acesso disponível no portal de execução criminal do tribunal de justiça fornece acesso às mesmas informações que o preso pode consultar por meio do número de seu processo de execução criminal, ou seja, a consulta que o assistido ou familiar fazem por meio de acesso à internet, é o mesmo disponibilizado à defensoria. No entanto, há uma essencial diferença: o defensor possui a técnica jurídica que o assistido e seus familiares não têm. Ademais, também se verifica que os defensores não têm acesso aos programas (Themis e Consulta Integrada) que o Judiciário, o Ministério Público e os órgãos policiais possuem.

5.2 Como se realiza o atendimento ao indivíduo privado da liberdade

Dentre os questionamentos estruturados para a coleta de dados, procurou-se esclarecer a forma como o trabalho da defensoria pública acontece nas casas prisionais, pois na maioria dos encontros extensionistas realizados na penitenciária feminina Madre Pelletier, as apenadas referem que sequer conhecem o defensor responsável pelo seu processo e pelo atendimento na unidade prisional, pois há limitação quanto aos atendimentos, aguardando-se meses pelo atendimento.

Conforme esclarecido pelo representante da defensoria pública, o núcleo criminal é composto por 88 (oitenta e oito) defensores públicos, dentre eles 25 (vinte e cinco) especialistas em execução penal, que atuam no universo de 29.214 (vinte e nove mil, duzentos e quatorze) pessoas recolhidas no sistema penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul.⁵¹ Cada estabelecimento prisional,

⁵¹ Este dado é atualizado diariamente no controle eletrônico da SUSEPE. Em 31.05.2013, verificou-se que a quantidade de presos no Estado atinge o número de 29.142 (vinte e nove mil cento e quarenta e dois presos). Em nova consulta, verifica-se o aumento para o número de 30.515 (trinta mil quinhentos e quinze) RIO GRANDE DO SUL. Secretaria da Segurança Pública. Superintendência dos Serviços Penitenciários (SUSEPE). **Mapa Carcerário**. Disponível em: <<http://www.susepe.rs.gov.br/capa.php>>. Acesso em 16 abr.2015.

com exceção do presídio central que conta com a atuação de quatro defensores, possui um defensor público designado para atendimento, sendo que, além desta função, soma a atribuição de outras áreas jurídicas (cível, família ou fazenda pública). As únicas casas prisionais que não recebem atendimento⁵² estão localizadas nos municípios de Quaraí e Cacequi, interior do Estado do Rio Grande do Sul.⁵³

Por conseguinte, a partir do estágio realizado no foro Regional da Tristeza, constata-se que o defensor público tem contato com o assistido preso apenas no dia em que é realizada a audiência de instrução. Ou seja, a linha de contato entre defensor e assistido é viabilizada pela presença dos familiares, companheiro/a ou terceiro que se faça presente nos atendimentos semanais. O defensor público responsável pela confecção da defesa criminal (aquele que fará as principais peças defensivas, a audiência e recurso da sentença condenatória) não possui a atribuição de comparecer no estabelecimento prisional. O atendimento realizado na prisão é de atribuição de outro defensor, pois, de acordo com o princípio da unidade, o defensor público é a própria defensoria (SOUZA, 2011).

Portanto, se o indivíduo preso preventivamente desejar conversar o defensor que estará presente no dia da audiência de instrução precisa solicitar à casa prisional uma ficha para atendimento, sendo que o atendimento será feito pelo defensor designado àquela casa prisional. Esta mesma lógica é adotada em sede de execução penal. Talvez, os defensores, que tenham peticionado na presença das pessoas referidas nos casos anteriores, não sejam os mesmos que estarão na casa prisional para atender os “assistidos representados”. A impessoalidade é característica de todos, do defensor, do assistido e do processo penal como um todo.

Caso 3. Em uma tarde de observação dos atendimentos prestados pela defensoria no âmbito da vara de execuções criminais, no foro central de Porto Alegre, a mãe de um apenado diz para a defensora de forma insistente que seu

⁵² Nem mesmo por deslocamento, pois, em alguns locais do Estado, o defensor público deve deslocar-se de uma comarca à outra para promover o atendimento no cárcere.

⁵³ Em consulta à página eletrônica da defensoria pública do estado do Rio Grande do Sul verifica-se que as comarcas de Quaraí e Cacequi não possuem sede da instituição. RIO GRANDE DO SUL. **Defensoria Pública.** Disponível em: <<http://www.defensoria.rs.gov.br/atendimento/cidade/Quara%C3%AD>>. Acesso em 13 abr. 2015.

filho não tem motivos para ser mantido no regime fechado, segundo ela, a defensora pública do foro em que tramita o processo criminal de origem (e outros processos em fase de conhecimento), lhe confirmou a informação, explicando que ela deveria comparecer no atendimento dos defensores da vara de execuções criminais para esclarecer a situação. De fato, naquela tarde, em análise às informações processuais que o defensor público tinha em mãos, não existia nenhum decreto condenatório nem pena que justificasse a prisão.

Todavia, alguma informação (relevante) falta para que se compreenda a regularidade ou não da situação. Antes de tomar outras medidas, o defensor liga para a sede institucional, passa o nome e os números do processo de forma que outra funcionária possa verificar a situação exposta. Após vinte minutos, retornam informando que há prisão preventiva decretada em outro processo criminal – que a mãe não tem conhecimento e nem o sistema do tribunal de justiça acusa – sendo necessário encaminhá-la para novo atendimento, com outro representante da defensoria pública e nas dependências de outro foro. Ou seja, a incompatibilidade de informações e falta de comunicação atinge, não só o assistido, mas também o familiar que permanece fora da instituição punitiva.

Questiona-se, *como isso prejudica o acesso à informação e o acesso à justiça?* Nas palavras dos representantes institucionais entrevistados, demanda tempo, morosidade e desigualdade. Como sinalizam Hulsman e Celis (1993, p.59), no âmbito do processo penal, “cada órgão ou serviço trabalha isoladamente e cada uma das pessoas que intervêm no funcionamento da máquina penal desempenha seu papel sem ter que se preocupar com o que se passou antes dela ou com o que passará depois”. Não existe uma comunicação efetiva entre os atores processuais que participam da execução penal.

A morosidade dos trâmites processuais atravanca o trabalho do sistema como um todo. Informam os defensores que os requerimentos de benefícios demoram meses para serem juntados e julgados. Em diversas oportunidades, mostra-se mais vantajoso desistir do agravo em execução interposto contra a decisão do magistrado (visto às novas condições e requisitos implementados pelo assistido) do que insistir no julgamento, o qual se torna prejudicial à análise de novo requerimento mais benéfico.

O assistido, portanto, sofre com a morosidade no processo de conhecimento e com os efeitos do tempo na execução penal. O estado penal, nas palavras de Lopes Junior e Badaró (2008, p.5) “já tomou, ao longo da história, o corpo e a vida, os bens e a dignidade do homem. Agora, não havendo mais nada a retirar, apossa-se do *tempo*”. A burocratização representa a frieza nos procedimentos, a impessoalidade dos papéis, abstração da dignidade humana que existe para além das folhas amontoadas e desorganizadas no processo de execução criminal.⁵⁴

A disparidade estrutural e econômica é visível e resulta em disputa desleal no âmbito processual penal. Além disso, as universidades, apesar de contribuírem com o fortalecimento do acesso à justiça mediante projetos extensionistas que contenham assistência jurídica gratuita, não podem ser as únicas responsáveis por um múnus público, devem, apenas, constituir um dos pilares na construção do acesso à justiça (ou seja, não podem ser um instrumento subsidiário à deficiência material da execução penal).

Nesse sentido, Ferrajoli (2002, p.490) leciona que uma disputa processual leal, acusatória e igualitária necessita da igualdade de armas no jogo. A defesa precisa compartilhar das mesmas armas que os demais atores processuais. Porém, quantas defesas foram (e são) “construídas” com base em frias percepções, distantes do contato pessoal com o assistido, mediante breves

⁵⁴ Em análise a alguns processos de execução das presas que participam do projeto extensionista, pode ser observada a desordem dos incidentes, requerimentos e procedimentos administrativos que compõe o processo. Por exemplo, nos autos de determinado processo de execução criminal, a assistência judiciária do Centro Universitário Ritter dos Reis apresentou, em 22 de março de 2013, requerimento para transferência de apenada encaminhada à penitenciária de Guaíba-RS, uma vez que ela não possuía familiares em tal localidade e porque o único vínculo social (e afetivo) que possuía era com o projeto desenvolvido pelo Balcão da Cidadania. Em consulta posterior aos autos, observou-se a juntada de petições anteriores ao protocolo do pedido realizado (dos meses de janeiro e fevereiro), de procedimentos administrativos prévios ao requerimento, novas decisões e nenhuma manifestação quanto ao requerimento formulado. Acesso aos autos em 24 de maio de 2013, para apresentar contrarrazões à Agravo em Execução que se refere à falta grave cometida em abril de 2012. A disparidade estrutural é visível e resulta, indiscutivelmente, em uma disputa desleal no âmbito processual penal. Além disso, as universidades, apesar de contribuírem com o fortalecimento do acesso à justiça mediante projetos extensionistas que contenham assistência jurídica gratuita, não podem ser as únicas responsáveis por um múnus público, devem, apenas, constituir um dos pilares na construção do acesso à justiça (ou seja, não podem ser um instrumento subsidiário à deficiência material da execução penal) (RUDNICKI; SCHROEDER, 2012, p.123).

referências de uma rápida conversa na sala de espera do Foro ou no parlatório do estabelecimento prisional? Aliás, quantas conversas se perdem entre as fichas (não) distribuídas para atendimento de um único defensor designado para a respectiva casa prisional?

5.3 Tensões e reflexões: o acesso à justiça penal

Conforme apontado na introdução, este estudo foi construído pelas experiências jurídicas colhidas no decorrer de estágio acadêmico (e observação) realizada na defensoria pública do estado do Rio Grande do Sul, assim como das experiências advindas da extensão universitária desenvolvida na Penitenciária Feminina Madre Pelletier. As mulheres privadas da liberdade, participantes do grupo de extensão, confirmam a hipótese de que o processo penal, por elas enfrentado, padece sob a incidência de uma defesa formal, pois sequer recebem informações regulares e atualizadas acerca de seus processos.

Desta forma, verifica-se que o atendimento da defensoria pública não supre a demanda de pedidos. Ao serem questionadas quanto à forma de contato com a defensoria, não raras vezes descrevem que conversam com o defensor poucos minutos antes da audiência, ou na própria solenidade; outras informam que, mesmo cumprido o período necessário para concessão de benefícios para progressão de regime, não recebem informações atualizadas sobre os procedimentos. Para ilustrar isso, transcreve-se trecho de um dos bilhetes recebidos:

Fui presa em [...] e até agora não tenho nenhum retorno sobre minha situação. Fui presa por tráfico, não tenho advogado, só tive 1 audiência mais continuo sem resposta sobre o meu caso. O número da minha ação penal é [...] e a chave é [...]. Essa é minha situação atual, eu queria encarecidamente que a sra. me ajudasse com o meu caso, a droga que estava comigo era maconha, eu não aguento mais todo esse tempo sem nenhuma resposta.⁵⁵ [sic]

Segundo Prado (2005, p.67), os processos criminais, em sua maioria, são administrados por advogados dativos ou defensores públicos, que desconhecem a realidade enfrentada pelo assistido, o que impede uma comunicação efetiva

⁵⁵ Recebido na Penitenciária Feminina Madre Pelletier, em junho de 2013.

entre o processado e o julgador, inserindo-se o acusado na perspectiva de uma defesa formal, em que os prazos são cumpridos, mas as garantias fundamentais, em sua grande maioria, não são efetivadas (PRADO, 2005, p.67). De fato, é inconcebível que um indivíduo privado da liberdade não tenha conhecimento dos termos do seu processo e, ainda pior, que o advogado (e isso também se amolda ao defensor público e/ou dativo) desconheça a realidade do seu cliente, a versão dos fatos e as circunstâncias dos acontecimentos (RUDNICKI, 2001, p.5), impedindo a construção da tese de defesa e o acesso à justiça penal.

Por conseguinte, realidade semelhante foi apresentada por recente pesquisa publicada no portal Pensando o Direito do Ministério da Justiça, intitulada “*Dar à Luz na Sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*” (BRASIL, 2014) sob coordenação das pesquisadoras Ana Gabriela Mendes Braga e Bruna Angotti. Em análise à garantia de acesso à justiça, a pesquisa referida utiliza os dados disponibilizados pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) em 2013, ao analisar a dimensão da defensoria pública no Brasil (número de defensores, comarcas abrangidas, dentre outras questões qualitativas). Os resultados indicam a defasagem do número de defensores públicos no país (para cada defensor há uma expectativa de demanda de 16.043 pessoas, que se enquadram no critério econômico de renda de até três salários mínimos);⁵⁶ além disso, as defensorias localizadas nas capitais dos estados possuem estrutura para atendimento mais adequado em comparação às unidades localizadas em comarcas no interior. O estudo também chama atenção para o fato das defensorias públicas não acompanharem (em critério estrutural) o aumento das prisões e condenações (fluxo de encarceramento), o que prejudica muito o desenvolvimento das defesas criminais.

⁵⁶ No caso do Rio Grande do Sul, com base no relatório produzido em 2013, existem 415 cargos, sendo que 385 foram ocupados, o que representa 92,8% de cargos providos. No Brasil, existem 8489 cargos e 5054 ocupados, representando 59,5% de cargos providos. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Mapa da Defensoria no Brasil: Relatório de Pesquisa. Brasília: Ipea, 2013. Disponível em: < <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria>>. Acesso em 14 abr. 2015.

Por um lado, no contexto brasileiro, contamos com um pequeno e concentrado contingente de defensoras para uma população prisional grande e dispersa e, por outro, temos um sistema de justiça que encarcera cada vez mais mulheres, causando o consequente aumento da necessidade de assistência jurídica. Logo, ao aumentar o contingente prisional, muitas vezes com prisões ilegais e desnecessárias, o próprio Estado contribui para o aumento da deficiência no acesso à justiça prestado às presas. A cultura do encarceramento permeia as práticas e discursos de diversas personagens do sistema de justiça, as quais são responsáveis por manter a prisão como principal política social e de segurança pública no Brasil. Em grande parte dos casos, a presa não tem possibilidade de se defender frente às instituições de controle: poucas têm contato, antes da audiência, com a defensora/defensor e, geralmente, não há espaços de fala – para contar sua versão dos fatos, contextualizar sua história, para além do crime eventualmente praticado. (BRASIL, 2014).

Assim, o drama da efetividade da defesa não está atrelado apenas à falta de informação dos direitos da processada e a inexistência de infraestrutura para cumprimento da pena aplicada, mas, também, com o fato de que o indivíduo privado da liberdade, via de regra, não tem condições de se comunicar e ser compreendido. Como referido anteriormente, em muitos casos o contato com o defensor é realizado na própria audiência ou minutos antes da solenidade, logo, não há condições de transmitir ao julgador elementos que possam influenciar na decisão judicial, resumindo-se o direito de defesa ao cumprimento de prazos de maneira tempestiva, formal e mecânica.

Durante o estágio realizado na defensoria pública, precisamente no foro regional da Tristeza, poucas foram as oportunidades em que se tiveram condições de contrapor, efetivamente, a prova produzida pelo ministério público. Isto porque, nem sempre os familiares e companheiros/as que comparecem no atendimento, buscam testemunhas, sinalizam a versão dos fatos do acusado ou comparecem para acompanhamento habitual da demanda, visto que, não raras vezes, o valor gasto com as passagens de ônibus compromete a alimentação para o respectivo dia; ou mostram-se revoltados com a prática delitiva do assistido, comparecendo em um primeiro atendimento e manifestando que não comparecerão novamente, tampouco na prisão para levar alimento, roupas ou esclarecer fatos sobre o acontecimento. Desta forma, diversos fatores econômicos, sociais, culturais e familiares podem interferir positiva ou negativamente na efetivação do acesso à justiça.

No que se refere ao fato do indivíduo preso se deparar com o defensor público na própria audiência ou momentos antes da solenidade, ressalta-se que o atendimento que é prestado desta forma, além de impedir a comunicação efetiva com o julgador, representa o exercício de uma defesa formal. O atendimento prestado por defensores diferentes, em momentos distintos e sem uma comunicação efetiva entre os representantes institucionais - para fins de estabelecerem estratégias processuais, compartilharem informações relevantes para o caso, bem como esclarecerem outras questões que se façam importantes - resultará em uma defesa frágil, na qual não há controle de informações e sistematização para uso das mesmas. Logo, há nítida violação do devido processo legal.

Ademais, o público atendido pela defensoria está adstrito às famílias de baixo poder aquisitivo, que (1) comprometem gastos da renda familiar para comparecerem às unidades da instituição (localizadas nos foros da capital e distante da zona periférica e instituições punitivas, o que demanda gastos para deslocamento e alimentação); (2) além disso, estes mesmos familiares (companheiros/as, amigos/as, terceiros interessados), via de regra, são os que precisam se deslocar semanalmente às instituições punitivas para auxiliar o indivíduo preso e levar materiais de higiene, roupas e alimentação); e, ainda, (3) estas mesmas pessoas vivem conflitos culturais e familiares, pois: desconhecem seus direitos e dinâmica do processo criminal, têm medo de como os demais agentes da justiça se relacionarão com o indivíduo preso; como possíveis testemunhas do fato reagirão diante do pedido para que compareçam em uma audiência criminal a fim de contribuir com o deslinde do caso; dentre outros sentimentos de impotência que sentem ao serem violentados(as) pela realidade marginal do sistema de justiça criminal.

Outrossim, se para o assistido preso que possui alguma pessoa disposta a intermediar o seu contato com a defensoria a realidade é bastante dramática, para aqueles que não possuem tal apoio, a garantia de defesa material mostra-se inviável: porque o indivíduo está recolhido na instituição punitiva e não tem condições de se mobilizar para recolher ou repassar as informações necessárias ao defensor responsável pelo seu processo penal. Ainda que se possa afirmar

que existem defensores direcionados para atendimento nas unidades prisionais, não significa dizer que isso, por si só, é suficiente para garantir que seja respeitado o devido processo legal e a garantia de acesso à justiça. Esta é a realidade enfrentada pelo atendimento criminal prestado pela defensoria pública: se o indivíduo não possui o apoio de algum terceiro a fim de construir essa dinâmica de relação (defensor-acusado), sua defesa processual será formal.

Nesse sentido, ainda, ressalta-se que significativa parcela dos atendimentos da defensoria são prestados aos familiares, companheiros/as e terceiros que buscam sanar dúvidas dos próprios apenados e atestar a presença de um defensor público nas audiências de instrução criminal. Tal constatação corrobora com a reflexão de que a *comunicação* entre defensor público e acusado é, em grande parte, promovida (ou facilitada) pelo comprometimento de um terceiro, que se pré-dispõe a permanecer na fila para atendimento; e, por outro lado, indica o sentimento de insegurança de parte dos assistidos, visto que a relação de confiança, normalmente construída quando se possui um defensor particular, não é viável na dinâmica de atendimento do assistido preso, o qual não tem conhecimento do rumo do seu processo, a linha de defesa, os argumentos, etc.

Desta forma, pode-se concluir que o acesso à justiça penal deve ser compreendido para além do acesso formal aos tribunais, tal garantia deve ser compreendida como o direito de ser visto, ouvido, conhecido por parte daqueles que compõe o cenário da justiça criminal (MELLO, 2013, p.69). Essa linha só poderá ser traçada no processo penal, com a presença efetiva de defensores (sejam esses públicos, dativos e/ou privados) comprometidos em apreender as necessidades e direitos de todo e qualquer indivíduo submetido ao sistema penal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de acesso à justiça é um tema debatido de forma ampla no meio acadêmico. O objetivo deste estudo foi contribuir com reflexões a partir de experiências que permitissem a análise do sistema de justiça criminal,

estabelecido pelas normas de direitos humanos fundamentais, a partir de tensões com a realidade.

Pois bem, é incontroverso que o acesso à justiça é um direito humano fundamental de toda e qualquer pessoa, assim como a defensoria tem a responsabilidade de prestar este atendimento a todos que dela necessitar, inclusive relativizando o critério econômico quando se tratar de direitos indisponíveis. No entanto, embora a justificativa normativa esteja posta, na prática, ela depara-se com a dificuldade de efetivação do acesso à justiça. Essa garantia, no contexto do estudo proposto, deve ser apreendida como o direito de participar efetivamente do processo criminal, para além do acesso formal aos tribunais que se verifica com a simples nomeação de um defensor público (ou dativo).

O acesso à justiça penal é o elemento fundamental para construção do direito de defesa, pois viabiliza a busca e efetivação de outros direitos e garantias que são obstados diariamente nas instituições punitivas (saúde, progressão de regime, privação ilegítima da liberdade). Significa dizer que não basta uma simples previsão normativa se, na prática, o defensor (e também o julgador) não compreende o que de fato o acusado tem a manifestar ou pedir, qual a sua versão dos fatos, quais necessidades deseja regularizar no âmbito processual ou, ainda, se o próprio assistido for encarado como mero instrumento para o exercício do poder punitivo e não lhe for oportunizado o pleno conhecimento dos termos do processo, da tese que será utilizada, dos procedimentos que foram solicitados.

Assim, conclui-se que embora o direito de acesso à justiça seja um direito humano e fundamental, ainda nos deparamos com as limitações sociais, culturais e econômicas debatidas por Cappelletti, Garth e Santos. O atendimento prestado pela defensoria pública é feito, em regra, nas dependências concedidas pelos respectivos foros criminais e nas instituições punitivas, ou seja, é necessário que o assistido ou terceiro se desloque até a defensoria pública, sendo que, muitas vezes, o valor econômico despendido para tal movimentação afeta as necessidades básicas e vitais das pessoas envolvidas. Aliás, há nítida dificuldade de acesso à informação, as pessoas não compreendem a dinâmica do processo penal e os direitos que possuem em face do estado.

Verifica-se, também, a importância de existir um familiar, companheiro/a, amigo ou terceiro interessado que tenha disponibilidade de comparecer ao atendimento da defensoria pública no foro em que tramita o processo criminal, pois isso auxilia na construção da defesa e também no acesso do preso à informação. Isto porque o atendimento da defensoria pública nas unidades prisionais é precário, não atende a demanda de pedidos, bem como porque o defensor que faz o atendimento na instituição punitiva, via de regra, não é o mesmo que atende na unidade do foro, ou seja, não é o mesmo representante que atuará na defesa criminal do assistido, o que prejudica o repasse de informações para construção da estratégia processual.

Desta forma, a existência de um terceiro que facilite o diálogo entre defensor e assistido - esclarecendo a versão dos fatos e dúvidas, indicando as testemunhas e acompanhando o trâmite do processo criminal - contribui de forma relevante para o acesso à justiça penal e o devido processo legal, uma vez que a defensoria não presta um atendimento minucioso e dinâmico.

Por conseguinte, em muitos casos, as pessoas não conseguem comparecer e transmitir as informações necessárias para os defensores responsáveis pela defesa no processo criminal. Situação ainda pior pode ser verificada com aqueles que, por algum motivo, não possuem nenhum familiar ou terceiro que possa comparecer no respectivo foro em que tramita seu processo penal. Portanto, se para aqueles que possuem familiares, companheiros/as ou terceiros que contribuem para a integração *defensor-acusado* os efeitos do processo penal já são nefastos, imagine para aqueles que cumprem uma pena privativa de liberdade e não tem à disposição alguém que facilite essa comunicação? De fato, em tais casos, há considerável possibilidade de inexistir um atendimento jurídico adequado e substancial, permanecendo a inquietação: *Como garantir que tais pessoas tenham condições de construir sua defesa no processo penal de forma igualitária e justa?*

A partir destas questões, verifica-se que embora a dogmática entenda que o acesso à justiça penal corresponda a uma defesa material, enquanto núcleo mínimo imprescindível à dignidade humana do indivíduo processado criminalmente, na prática, tais pessoas sofrem os efeitos de defesas formalmente

construídas. Talvez, essa não seja (e em muitas situações não aparenta ser) a intenção da defensoria pública, no entanto, é isso que acontece na maioria das defesas criminais. O defensor desconhece a realidade do assistido e o assistido desconhece o seu defensor, os seus direitos e sequer tem condições de resistir às restrições do poder punitivo estatal.

REFERÊNCIAS

ALVES, C. F.; PIMENTA, M. G. **Acesso à Justiça em preto e branco**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos**, 16 dez. 1966. Legislação de Direito Internacional: Saraiva. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.402-414.

BECKER, H. S. A Epistemologia da Pesquisa Qualitativa. **Revista de Estudos Empíricos em Direito Brazilian Journal of Empirical Legal Studies**, vol. 1, n. 2, jul 2014, p.184-198.

BOBBIO, N. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRAGA, A. G. M. Criminologia e prisão: caminhos e desafios da pesquisa empírica no campo prisional. **Revista de Estudos Empíricos em Direito Brazilian Journal of Empirical Legal Studies**, vol. 1, n. 1, jan 2014, p.46-62.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Disponível em: <
<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/volume-51-dar-a-luz-na-sombra-condicoes-atuais-e-possibilidades-futuras-para-o-exercicio-da-maternidade-por-mulheres-em-situacao-de-prisao/>>. Acesso em 13 abr. 2014.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COUTINHO, J. N. de M. (coord.). Crítica à teoria geral do direito processual penal. **O papel do novo juiz no processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAJOLI, L. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.467.

GIACOMOLLI, N. J. Resgate necessário da humanização do processo penal contemporâneo. In: WUNDERLICH, A.; *et al.* (Orgs.). **Política Criminal**

Contemporânea: Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.331-344.

_____. **O Devido Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, C. G. Tripé da Justiça: A defensoria pública e a construção de uma democracia de cidadãos. **Diagnóstico**, São Paulo, ano VII, n.33, p.30, maio 2011.

HULSMAN, L.; CELIS, J. B. de. **Penas Perdidas:** o sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Mapa da Defensoria no Brasil: Relatório de Pesquisa. Brasília: Ipea, 2013. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria>>. Acesso em 14 abr. 2015.

JUNQUEIRA, E. B. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, n.18, 1996. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25477-25479-1-PB.pdf>>. Acesso em 21 jan. 2015.

LOPES JUNIOR, A. Revisitando o Processo de Execução Penal a Partir da Instrumentalidade Garantista. In: CARVALHO, S. (Coord.). **Crítica à Execução Penal.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.371-405.

_____; BADARÓ, G. H. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; **Fundamentos do Processo Penal:** introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, P. V. **Defensoria Pública:** Construindo as Faces do Acesso à Justiça na Execução da Pena. 2013. 98 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado) - Centro Universitário Ritter dos Reis, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2013.

OLIVEIRA, L. **Não fale do Código de Hamurábi!** A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

PERELMAN, C. **Ética e Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PRADO, G. L. M. In: COUTINHO, J. N. M. **Canotilho e a Constituição Dirigente.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.67-69.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria da Segurança Pública. Superintendência dos Serviços Penitenciários (SUSEPE). **Mapa Carcerário**. Disponível em: <<http://www.susepe.rs.gov.br/capa.php>>. Acesso em 31 maio 2013.

_____. **Defensoria Pública**. Disponível em: <<http://www.defensoria.rs.gov.br/atendimento/cidade/Quara%C3%AD>>. Acesso em 13 abr. 2015.

ROCHA, P. O. G. Concretização de Direitos Fundamentais na Perspectiva Jurídico-Constitucional da Defensoria Pública: Um Caminho “Ainda” a Ser Trilhado. **Revista de Direito Público**. n.17, jul;set. 2007, p.141-161.

ROSA, A. M. da. A Superação dos Sistemas Inquisitório e Acusatório com Exigência do Devido Processo Legal Substancial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: 2014.

_____. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014a.

RUDNICKI, D. Acesso à justiça penal: cifra oculta da criminalidade e defesa efetiva do acusado. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 1, n. 7, p. 57-66, abr/jun, 2001.

_____; SCHROEDER, S. Uma Visão Contemporânea da Pena de Prisão. In: RUDNICKI, D. (Org.). **Sistema Penal e Direitos Humanos: (im)possíveis interlocuções**. Porto Alegre: UniRitter, 2012.

SANTOS, B. de S. **Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 7.ed. Porto: Afrontamento, 1999.

SANTOS, B. de S. **Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências**. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/sociologia_das_ausencias.pdf >. Acesso em 03 jun. 2013.

SANTOS, J. C. dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3.ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SILVA, M. A. da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SCHROEDER, S. **A Execução Penal: um olhar a partir da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana**. 2006. 288 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2006.

SINHORETTO, J. Seletividade penal e acesso à justiça. In: LIMA, R. S. de; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. G. de (Orgs.). **Crime, Polícia e Justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014. p.400-410.

SOARES, F. C. Acesso do Hipossuficiente à Justiça. A Defensoria Pública e a Tutela dos Interesses Coletivos *Lato Sensu* dos Necessitados. In: QUEIROZ, R. A. S. de (Org.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.69-107.

SOUZA, F. L. M. de. **A Defensoria Pública e o Acesso à Justiça Penal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ACESSO À JUSTIÇA E SAÚDE PÚBLICA: A BANALIZAÇÃO DE UMA CONQUISTA

Suelen da Silva Webber

Leonel Severo Rocha

RESUMO: Este trabalho observa como o direito a saúde pode se tornar um bom ponto de observação para discutir as questões que envolvem o acesso à justiça no Brasil. Isso porque o Direito à Saúde, no cenário brasileiro, vem sendo efetivado através do Poder Judiciário. O objetivo nesta fase da pesquisa é apontar como a facilidade do acesso à justiça tem elevado os números da judicialização da saúde, além de indicar as circunstâncias que envolvem os pedidos e as decisões proferidas em termos de saúde pública. A metodologia utilizada foi a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, a qual possivelmente é a única capaz de enfrentar a complexidade e os riscos que envolvem o acesso à justiça e a efetivação do direito à saúde pública. Os resultados de nossas pesquisas vêm demonstrando que muitas vezes os julgadores preferem determinar a tramitação de feitos que tem demandas descabidas, a fim de não serem vistos como dificultadores do o acesso à justiça; por outro lado, muitas pessoas aproveitam-se desta postura para pleitear fármacos e tratamentos que não são essenciais. Como conclusão, constatou-se que a mera observação dos dados numéricos lançados pelas organizações pode levar a uma série de conclusões precipitadas, bem como se pode comprovar que algumas comunidades podem ter sua estrutura pública de saúde consideravelmente abalada em razão de certas decisões, por menor que seja o número de demandas desta natureza, exigindo que observações mais completas e gerenciadas sejam realizadas.

PALAVRAS-CHAVE: direito à saúde, acesso à justiça, decisão judicial.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desse artigo é apontar como o direito ao acesso aos meios de tratamento público da saúde tem sido facilitado através da flexibilização do acesso à justiça.

Embora o movimento de acessibilidade facilitada ao Poder Judiciário seja reflexo de uma evolução social, o que se percebe é que muitas vezes, ele tem sido banalizado, como em pedidos de tratamentos de saúde que não podem ser

considerados como de primeira necessidade. O tema assume relevância na medida em que esta espécie de ação tem crescido consideravelmente nos últimos anos no Brasil, chegando a passar dos 240 mil pedidos, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Assim, ingressou-se em uma nova fase, na qual é preciso encontrar uma forma de que este acesso à justiça não seja banalizado e deturpado, como observou-se em alguns casos de saúde levados ao Poder Judiciário. Esta banalização foi percebida principalmente em relação aos pedidos contra o Estado, o qual é o foco neste artigo. Embora existam diversos problemas de efetivação da saúde na esfera privada, optou-se pelas nuances da efetivação na saúde pública, em razão da repercussão direta que as decisões judiciais têm na vida de toda a comunidade.

Para observar essa situação, o artigo foi dividido em duas partes. A primeira busca tecer considerações sobre alguns números de pesquisas realizadas por organizações como o CNJ e pesquisadores universitários, bem como foram elencadas algumas decisões judiciais que tiveram grande apelo dos meios de comunicação. Com isso, será possível apontar como o acesso à justiça tem sido efetivamente facilitado, mas também como este instrumento de concretização democrática tem sido banalizado e vulgarizado pela própria Sociedade.

Na segunda parte, a observação será voltada para os dados coletados por estes pesquisadores na Comarca de Farroupilha/RS, trazendo uma série de circunstâncias que envolvem casos locais. É assim que o presente artigo se apresenta.

2 ACESSO À JUSTIÇA E SAÚDE PÚBLICA

Como é sabido, e foi por nós sempre frisado ao longo dos trabalhos desenvolvidos, a constitucionalização do Direito à Saúde trouxe, sem dúvidas, muitos benefícios à população brasileira, sendo uma conquista, em grande parte, fruto do movimento sanitário. Contudo, observa-se que muitas são as dificuldades impostas no momento da concretização desta garantia. Esses obstáculos são

facilmente percebidos com o crescente número de ações que chegam ao Poder Judiciário postulando a efetivação deste Direito, contra entes públicos, muitas vezes envolvendo pedidos de medicamentos que ainda se encontram em fase de experimentação ou que possuem um valor extremamente elevado, ou apenas caráter estético.

Talvez o maior expoente desta legalização sanitária seja o art. 196 da Constituição Federal: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.” Mais do que um mero artigo de lei, este dispositivo transparece em seu texto uma série de expectativas tanto normativas quanto cognitivas. Por expectativa entende-se a forma de antecipação da absorção de desapontamentos. Quando cognitivas, conseguem ser adaptadas à realidade, e sendo normativas havendo uma transgressão ou desapontamento, elas se mantêm estruturadas. (LUHMANN, 1983, p. 56).

Dentro da própria Constituição Federal, há outros artigos que se referem ao direito à saúde, assim como uma vasta legislação esparsa, e até mesmo acordos internacionais. Isso representa um avanço em uma Sociedade de Complexidade (LUHMANN, 2001), pois “as doenças não respeitam os limites territoriais. Elas se alastram sem pedir licença.” (VIAL, 2006. P. 119). A questão problemática surge quando, mesmo com toda esta normatização das expectativas e envolvimento de várias organizações, não se vislumbra a efetivação do acesso a meios para tratamento de enfermidades.

Como a administração pública não consegue suprir as pretensões e necessidades dos enfermos, essas demandas vêm sendo satisfeitas pelo Judiciário. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, no Brasil existem mais de 240 mil ações judiciais relativas à saúde, sendo que o Estado do Rio Grande do Sul possui quase metade destas ações, passando os 113.953 processos (BRASIL). Conclusão: não há como negar que há uma intervenção do Poder Judiciário na tentativa de efetivar a saúde pública. Em outros termos, têm-se a judicialização da saúde, que acaba sendo um paradoxo sistêmico.

Pois bem, quando o Poder Judiciário é provocado, esta organização é

obrigada a decidir pela concessão ou denegação dos pedidos. Não há como se furta ao processo decisório e, como os números mostram, a instituição tem sido provocada pela população a se manifestar sobre a situação.

Mas porque há esta obrigatoriedade de decidir? Isso não decorre apenas da lei, mas de uma perspectiva sociológica luhmanniana, em que o Poder Judiciário será a organização com a função de tomada de decisão jurídica na Sociedade (ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, 2013). Estas decisões, mesmo que diante da indeterminação e da incerteza, são obrigatórias, e devem ser incertas até o momento exato da decisão. Portanto, não se observam maiores problemas em esta instituição decidir e com esta decisão proporcionar o acesso da população a meios de efetivação da Saúde Pública. Nesse norte, a questão primordial é observar como estas decisões vêm sendo tomadas e por que elas têm que ser proferidas pelo Poder Judiciário, que originalmente não é o detentor desta obrigação. Mais do que uma observação processual, necessita-se de uma observação estrutural sobre as comunicações sociais.

Uma das indeterminações e incertezas que cercam estas questões advém da própria expressão “a saúde é direito de todos”, diante de sua amplitude, indeterminação de significado e vagueza semântica (WARAT; ROCHA, 1995). Essa indeterminação é um dos elementos que possibilita que cheguem à organização central do Sistema do Direito os mais variados tipos de pedidos envolvendo o Direito à Saúde, entre eles pedidos que envolvem medicamentos com elevado custo monetário e até mesmo envolvendo medicamentos que se encontram em fase de teste – portanto, experimentais -, seja no Brasil ou no exterior. Aqui também há uma brecha para pedidos que não se mostram tão indispensáveis, mas que podem ser encaixados como direito à saúde.

Segundo pesquisa realizada em Florianópolis (CORDEIRO; LEITE; PEREIRA; SILVA; NASCIMENTO JR.; VEBER, 2009), os medicamentos mais solicitados via Poder Judiciário são os que visam tratar patologias psicológicas ou psiquiátricas, ou seja, os medicamentos para o Sistema Nervoso. Na época da conclusão dos estudos, eles representavam 40,99% de todos os pedidos. Em seguida, podem ser encontrados os fármacos que

atuam no Trato Alimentar ou Metabolismo e Sistema Hematopoiético (Figura 1). Entre os medicamentos demandados por decisão judicial, aqueles que atuam no Sistema Nervoso também representam 40%, sendo a Carbamazepina o medicamento mais solicitado deste grupo; os medicamentos para uso Dermatológico representam 17% da demanda, com Pimecrolimo como medicamento mais solicitado entre todas as classes terapêuticas, em número de produtos e em valor monetário empregado; os medicamentos que atuam no Trato Alimentar ou Metabolismo correspondem a 14,39% das demandas judiciais, especialmente pelo fornecimento de Insulinas (CORDEIRO; LEITE; PEREIRA; SILVA; NASCIMENTO JR.; VEBER, 2009).

Não são apenas estes pedidos que chegam aos Tribunais, mas demandas de próteses estéticas de silicone, depilação estética a *laser* (SILVEIRA, 2012), entre outros, todos baseados no fundamento “a saúde é direito de todos e deve ser garantida pelo Estado”, além, é claro, da dignidade da pessoa humana (totalmente desprovida de sentido). Ou seja, estes pedidos denotam que uma flexibilização que deveria ser boa, vem sendo deturpada e utilizada para que qualquer expectativa cognitiva seja levada a um julgador e, não raras vezes, frente aos diversos contextos, não raras vezes, seja concedida. Acontece que este cenário de uma organização do direito decidindo por uma organização da política e da saúde, elva ao risco e pode paradoxalmente criar um meio para que mais pessoas não tenham acesso aos tratamentos públicos para as suas enfermidades.

O risco é entendido aqui com uma diferença substancial quanto ao perigo, comumente enunciado pelo senso comum. O risco sempre advém de uma decisão, e justamente por isso pode ser gerenciado para ser minimizado. Não há possibilidade de risco zero. O perigo, por sua vez, surge de uma situação sobre a qual não se tem controle de decisão.

Um dos temas relativos à judicialização da saúde, que mais chega aos noticiários e envolve os dois problemas citados, tange ao valor dos medicamentos. Mais do que especulações, estas situações são bem marcantes em todo o Brasil. É o que ocorre, por exemplo, neste caso de um cidadão que aufere do Estado o montante de R\$ 800 mil para ter acesso a um “tratamento de primeiro mundo” no Hospital Sírio-Libanês, onde recebe a cada 15 dias doses do medicamento Soliris (eculizumab), com custo de R\$ 70 mil por mês, em razão de ser portador de um tipo raro de anemia. O curioso para os demais cidadãos das

filas dos postos de saúde é que a doença tem possibilidade de cura através de uma cirurgia de transplante (reconhecida pela Anvisa), que custaria aos cofres públicos em média R\$ 50 mil reais. Mais do que isso, o tratamento ao qual se submete no momento não tem nenhuma possibilidade de curá-lo, apenas de amenizar os efeitos da doença, sendo que a cirurgia tem probabilidades maiores de cura e percentual gerenciado de risco menor que o consumo deste fármaco.

Para agravar a situação, geralmente o cumprimento das liminares concedidas, não apenas neste caso, mas como regra, dá-se através do bloqueio de valores nas contas do ente público, de forma imediata, via sistema Bacen.

Histórias como esta não são isoladas e vêm ocorrendo há alguns anos no Brasil. Outro exemplo semelhante pode ser ilustrado através da decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que tem sua ementa abaixo colacionada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO INESPECÍFICO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CÂNCER DE MAMA. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. BLOQUEIO DE VALORES. POSSIBILIDADE. MEDIDA QUE MAIS SE ADEQUA ÀS NECESSIDADES DA PARTE. 1. Cumpre tanto ao Estado quanto ao Município, modo solidário, à luz do disposto nos artigos 196 e 23, II da Constituição Federal de 1988, o custeio da saúde pública. 2. Em sendo dever não só do Estado, como também dos Municípios, garantir a saúde física e mental dos indivíduos e, em restando comprovado nos autos a necessidade da requerente de fazer uso do medicamento requerido, imperiosa a concessão da liminar. Exegese que se faz do disposto nos artigos 196, 200 e 241, X, da Constituição Federal, e Lei nº 9.908/93. 3. Possível a determinação de bloqueio de dinheiro das contas do ente estatal, pois não raras vezes descumpre decisão judicial, postergando ao máximo suas obrigações, muito embora tal decorra de comando judicial. Recurso provido monocraticamente, art. 557, §1º-A, do CPC. (Agravo de Instrumento Nº 70027909548, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 12/12/2008).

Essa decisão proferida pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teve repercussão imediata, fomentando comunicações através da manifestação de diversos setores da Sociedade. Um exemplo dessas declarações é encontrado no artigo intitulado “Um negócio de bilhões”(APPIO, 2012), o qual manifesta preocupação em relação à decisão prolatada, principalmente em razão do lobby que o laboratório farmacêutico deste medicamento faz em relação aos médicos oncologistas.

Essa é uma das declarações contidas no artigo em questão: “como juiz e

cidadão brasileiro fiquei preocupado com o precedente aberto na Justiça gaúcha, até porque a fabricante (Roche) pratica um marketing bastante agressivo junto aos oncologistas do nosso país” (APPIO, 2012).

Este é apenas um dos casos envolvendo medicamentos experimentais que chegam para que um Magistrado decida se uma pessoa doente deve receber do Estado um medicamento que ainda não foi aprovado pelo Sistema da Saúde, através de sua organização Anvisa, que é quem tem competência, conhecimento e instrumental para dizer quando um medicamento pode ser comercializado e consumido por um enfermo no Brasil. Observe-se que, no mesmo caso acima exposto, apenas em primeiro grau, o julgador responsável pela tomada de decisão observou a peculiaridade deste medicamento que, além de um valor elevado, ainda encontra-se em fase de testes, o que faz com que o Poder Judiciário (através do “acesso à justiça”), não seja o meio adequado para satisfazer esta demanda.

Vistos. Concedo à autora a gratuidade judiciária. Inicialmente, a requerente não comprova a negativa administrativa. O administrador não está obrigado a fornecer medicamento de eficácia duvidosa ou que não esteja aprovado em protocolos clínicos. A requerente não comprova que o medicamento HERCEPTIM está aprovado pela Anvisa e que faz parte dos medicamentos especiais fornecidos pelo Estado. Segundo os documentos de fls. 42/43, a demandante está participando de tratamento experimental. O médico que prescreveu o medicamento acima referido não é o mesmo oncologista que vem lhe acompanhando. Além disso, no atestado de fl. 22 nem mesmo há indicação da especialidade do respectivo médico. Nessas circunstâncias, não é razoável obrigar o Estado a fornecer medicação de custo elevadíssimo (R\$ 132.000,00), principalmente inexistindo segurança da eficácia da medicação. Intime-se. Cite-se. Diligências legais. (Processo número 10803320527 – Porto Alegre.)

A repercussão desta situação teve início com a seguinte matéria:

Um belo exemplo de efetividade na prestação jurisdicional. Para decidir - com maior conhecimento de causa - um agravo de instrumento que discutia questões relacionadas com o grave estado de saúde de uma mulher, o desembargador gaúcho Carlos Roberto Lofego Caníbal, da 1ª Câmara Cível do TJRS, fez uma ligação DDI para ouvir uma autoridade brasileira na matéria: o oncologista Carlos Barrios, diretor do Instituto do Câncer do Hospital Menino Deus, de Porto Alegre. O médico estava fazendo um curso no Estado do Texas (EUA). (Espaço Vital).

Atente-se para o fato que, em que pese a diligência do Desembargador, que consultou um especialista do Sistema da Saúde antes de decidir a questão, informação esta que se encontra detalhada no corpo do acórdão, não se verifica como uma simples conversa por telefone - uma comunicação entre particulares -

pode trazer subsídios válidos e democráticos que fundamentem a decisão proferida, a qual parece ferir o Direito de diversos outros cidadãos e colocar em risco a própria postulante. Isso porque, estando o fármaco ainda em fase de testes, não se sabe quais suas reações no organismo humano, nem se tem um controle mínimo sobre os resultados.

Além disso, uma comunicação com os demais sistemas afetados nesta tomada de decisão permitiria observar, por exemplo, qual a ligação de determinado profissional da saúde com o laboratório do medicamento receitado - principalmente em casos que envolvem fármacos experimentais e de elevado custo, já que é de conhecimento notório o lobby que os laboratórios farmacêuticos praticam junto aos médicos para introduzir um novo produto no mercado. Aliado a isso, a comunicação permitirá observar qual a estrutura que o sistema de saúde pública do país disponibiliza para amenizar a enfermidade da qual o postulante é acometido.

Esse lobby da indústria farmacêutica é real (Angell, 2009), e não pode ser ignorado pelo julgador e nem pelos administradores públicos. Não fossem suficientes todas as peculiaridades envolvendo o nosso caso, há mais uma informação crucial, trazida, novamente, por Eduardo Appio, dias depois da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que confirma as preocupações acima expostas.

O oncologista C.H. Barrios – ouvido pelo ilustre magistrado na sua preocupação de prestar a melhor e imediata jurisdição – é, certamente, uma das autoridades no assunto. Todavia, suas relações com a Roche me parecem por demais próximas. Basta ver que além de publicar artigos na revista médica da referida indústria, o referido médico, em datas recentes (18 a 20 de setembro de 2008) foi um dos coordenadores de um encontro internacional sobre o tema em Gramado/RS (Hotel Serrano), patrocinado por fabricantes de medicamentos.

Está aqui materializada a preocupação de que se falava anteriormente: a concessão de uma medicação experimental de um custo tão elevado, que certamente privará diversas outras pessoas de atendimento médico ou acesso a medicamentos muito mais simples do que este, foi tomada com base em comunicações particulares viciadas, e com muitos pontos cegos nas observações de primeira ordem. “Enfim, R\$ 132 mil, pagamento por um único medicamento sem uma eficácia comprovada e sem aprovação da ANVISA, para atender uma

única mulher, sem previsão orçamentária, pode significar a morte de muitas outras pessoas que ficarão sem o atendimento adequado” (APPIO, 2012).

A decisão proferida pela 1ª Câmara Cível do TJ/RS, demonstra claramente o paradoxo que se vivencia. De um lado, tem-se um enfermo buscando efetivar seu direito à saúde por meio de acesso a um medicamento extremamente novo no mercado, que neste caso sequer havia sido avaliado pela Anvisa para tratamento daquela moléstia, e que consegue isso através do acesso à justiça. Por outro, tem-se que a concessão de referido medicamento pode prejudicar a concessão de outros medicamentos, a contratação de médicos, a construção de postos de saúde, inviabilizando o gerenciamento de hospitais, entre outros, afetando diretamente os demais cidadãos da Sociedade. Mas o postulante continua precisando da decisão, assim como os demais cidadãos dependem e, em certa medida, tem parte da efetivação de seus direitos condicionada ao conteúdo desta decisão “individual”.

É preciso frisar: o que causa preocupação não é somente o problema orçamentário, que até seria secundário, mas sim o risco deste tipo de decisão. Em que pese o risco ser inerente à tomada de decisão, ele precisa ser gerenciado.

Evidentemente que a ação do Judiciário não é de todo negativa ao determinar que o Estado forneça determinados medicamentos. Um exemplo positivo disto é que a inclusão de medicamentos antirretrovirais nas listas públicas, a qual deu-se apenas após sucessivas decisões desta organização contra o ente estatal determinando o fornecimento desses medicamentos, sendo que hoje o Programa Nacional DST/Aids é referência no mundo (SISTEMAS AIDS). A grande diferença entre esta situação e os demais casos citados, é que não se tratavam de medicamentos experimentais.

Um estudo atual indica que “a maioria dos beneficiários dessas demandas são minorias privilegiadas”(CAMPINO; CYRILLO, 2010, p. 34), e não pessoas de baixa renda como o senso comum acredita. Segundo esta pesquisa, a maioria dos postulantes de medicamentos junto ao Poder Judiciário é atendido por advogados particulares e por médicos do setor privado e postula medicamentos sem eficácia comprovada. Isto é, o que se pede não é essencial, mas um plus.

Entre outras conclusões desses autores destacam-se a constatação da elevada proporção de ações judiciais contra a SES, em 2006 e 2007, ser proveniente de serviços privados de saúde (50%), de que muitas ações envolviam medicamentos sem evidências clínicas positivas para o tratamento da doença objeto da ação, o que representou um gasto de R\$ 7 milhões em medicamentos sem evidência científica para o uso solicitado.

É importante destacar: ser atendido por advogados particulares ou até mesmo médicos particulares nem sempre é sinônimo de riqueza: o médico pode ser particular porque o plano de saúde concedido pela empresa custeia a consulta; o advogado pode ser particular por ser irmão do doente ou estar em busca de publicidade. O que se quer dizer com isso: todos os dados devem ser analisados em cada caso específico, e efetivamente considerados quando da decisão. Olhar apenas números isolados leva a grandes equívocos, como dizer que quem é atendido por médicos particulares é privilegiado financeiramente. Portanto, é preciso um esforço considerável para se minimizar os pontos cegos, proporcionando um gerenciamento do risco qualificado. O Direito, que tanto tem falado de acesso à justiça nos últimos anos, precisa aprender antes de mais nada, a lidar com estas facetas que cercam este acesso.

3 DECISÕES, COMUNICAÇÕES E RISCO

Até o momento, foram citados diversos números e decisões sobre a concessão de tratamentos médicos no Brasil envolvendo os cidadãos e o Estado. Todavia, nesta parte final, serão trazidos números envolvendo pesquisa de campo realizada por esta pesquisadora, a fim de demonstrar que não são tratados apenas casos midiáticos, e que tampouco é suficiente apenas analisar números do Conselho Nacional de Justiça e de outras instituições quando se trava um debate sobre saúde pública. É preciso analisar números, o conteúdo das decisões proferidas e os contextos que cercam os pedidos. Observar apenas números leva, muitas vezes, a grandes equívocos em discussões sociológico-jurídicas, não apenas sobre judicialização da saúde.

Nosso ponto de contato encontra-se na cidade de Farroupilha/RS, local em que com uma observação mais restrita, esta pesquisadora coletou (e segue coletando) alguns elementos relacionados ao contexto social e a estrutura

judiciária.

No tocante à estrutura jurídica, a cidade foi classificada no ano de 2010 como entrância intermediária. Já no ano de 2014, foi determinado pela Corregedoria Geral de Justiça, a especialização das Varas. Assim, atualmente a Comarca conta com duas Varas Cíveis e uma Vara Criminal. Há também três Promotores de Justiça, dois Defensores Públicos e a OAB mantém sede própria, possuindo em seu cadastro mais de 240 advogados registrados. Ou seja, está-se diante de uma cidade relativamente bem organizada e estruturada juridicamente, pois a população é de aproximadamente setenta mil habitantes. Além disso, trata-se de uma cidade com um grande polo industrial, em que as empresas oferecem planos de saúde para seus funcionários, facilitando o acesso a meios de tratamento de saúde. Aqui está uma situação em que, na maior parte das vezes, o atendimento por médicos particulares não significa ser detentor de grandes posses.

No final do ano de 2011, quando conseguiu-se agrupar com eficiência os primeiros resultados desta pesquisa, tramitava 13.323 ações cíveis nesta Comarca. No início do ano de 2015, já eram mais de 15 mil ações cíveis. Destas, no mínimo 116 correspondiam a ações referentes a medicamentos voltadas ao setor público (WEBBER, 2013. p. 160). Diz-se no mínimo, porque no decorrer da pesquisa foi possível comprovar que os números apontados nos sistemas e os números reais de processos algumas vezes destoam, seja porque o sistema foi precariamente alimentado pelos funcionários, seja por falta de uma orientação clara de como alimentar este sistema ou, simplesmente porque a estrutura do próprio sistema oferece mais pontos cegos do que deveria. Este foi um dos primeiros fatos que demonstrou como observar apenas os números finais de uma pesquisa é insuficiente para tratar de saúde pública no Brasil. Já em janeiro de 2013, este número era de 126 ações postulando medicamentos junto ao Poder Judiciário local.

Por mais inexpressível que pareça esse número, o mesmo assume relevância quando observado no contexto de uma cidade que conta com uma estrutura regular para o atendimento das políticas sanitárias. Entretanto, esta observação era relegada e discriminada por alguns profissionais que tomavam

contato com a pesquisa, fazendo com que a situação real da saúde pública no município frente as decisões do Poder Judiciário fosse vista de forma superficial. Com a continuidade do estudo, um dos efeitos colaterais relacionados a estes pedidos judiciais e ao precário gerenciamento do risco, perfectibilizou-se: a situação do hospital local agravou-se a tal ponto que no dia 14 de janeiro de 2014 a Prefeitura Municipal lançou a seguinte nota informativa:

Tendo em vista a gravíssima crise institucional instalada no Hospital Beneficente São Carlos, comprometendo a saúde pública do Município, e as informações veiculadas que podem confundir a opinião pública, a Prefeitura Municipal de Farroupilha esclarece:

O Hospital Beneficente São Carlos, instituição hospitalar privada que recebe verbas públicas para atendimento da saúde pública, vem tendo dificuldades para cumprir o compromisso dos serviços contratados, como é público e notório e comprovado documentalmente.

Com a crise financeira e administrativa, o Hospital não tem honrado compromissos com fornecedores, funcionários, médicos e outros, aumentando a dívida, apesar de a Prefeitura ter feito em 2013 um aporte financeiro expressivo de 12 milhões, além do repasse dos recursos contratualizados do SUS, o que não resolveu a situação.

O Hospital Beneficente São Carlos não vem cumprindo os serviços pactuados pelo SUS o que gera um déficit de atendimento.

O Hospital Beneficente São Carlos não vem garantindo acesso regular e contínuo aos serviços de saúde com suspensão e recusa de atendimentos.

O Município, para solucionar a gravíssima situação, ofereceu uma alternativa que vem sendo discutida pelo hospital. A alternativa propõe atendimento cem por cento gratuito, por meio de uma gestão adequada às regras do Poder Público, sendo esta a única legalmente possível para o recebimento de recursos Estaduais e Federais, no montante financeiro que hospital necessita.

A proposta foi apresentada para os Associados, Conselho, médicos, e representantes dos funcionários do Hospital Beneficente São Carlos.

A Prefeitura Municipal de Farroupilha reafirma seu compromisso com a saúde pública do Município, estando, como sempre esteve, aberta ao diálogo para garantir que todo o cidadão farroupilhense tenha acesso a uma saúde pública de qualidade e gratuita. (PREFEITURA MUNICIPAL DE FARROUPILHA. ASSESSORIA DE IMPRENSA E COMUNICAÇÃO SOCIAL).

Nos dias que se seguiram, mais um comunicado foi anunciado:

Preocupada com a situação financeira do Hospital Beneficente São Carlos (HBSC) e atenta a todas as movimentações, a Prefeitura Municipal de Farroupilha informa que já repassou ao longo dos 38 dias de 2014, R\$ 2.310.000,00.

Mesmo sendo uma entidade privada, na última quinta-feira, 06, foram depositados R\$ 650.000,00 para o pagamento de salários do quadro funcional da casa de saúde e na sexta-feira, 07, mais R\$ 1.000.000,00, destinados ao pagamento dos salários do quadro médico, com objetivo de garantir a prestação de serviços e a não paralisação por falta de remuneração.

No mês de janeiro, o repasse chegou a R\$ 660.000,00 também para a folha de pagamento de funcionários.

A Prefeitura Municipal de Farroupilha reafirma seu compromisso com a saúde pública do Município, estando, como sempre esteve, aberta ao diálogo para garantir que todo o cidadão farroupilhense tenha acesso a uma saúde pública de qualidade e gratuita. (PREFEITURA MUNICIPAL DE FARROUPILHA. ASSESSORIA DE IMPRENSA E COMUNICAÇÃO SOCIAL).

Depois, seguiu-se o pedido de exoneração do Secretário Municipal de Saúde, no dia 14 de fevereiro de 2014 (Pedido de exoneração, 2014), alegando, como sempre ocorre nestes casos, motivos pessoais. Em seguida, uma nova equipe administrativa vinculada à prefeitura assumiu os trabalhos, sendo que entre problemas com fornecedores, greves dos médicos, e falta de repasse de verbas públicas, no final de 2014 esta equipe também se afastou da administração. Mais uma vez, uma nova equipe do governo municipal tomou a administração, mas até o momento, os problemas persistem, e o atendimento a população segue cada vez mais precário.

Frente a este cenário, algumas ações judiciais de pedidos de medicamentos, tratamentos e internações que tramitavam ou tramitam na Comarca no período que culminou neste caos da saúde pública local, devem ser observadas.

Em um dos processos, o qual foi distribuído em 05/04/2010, relata a história de um menino de 13 anos de idade que sofre de carcinoma medular metastático (CID C73), e que após realizar vários procedimentos médicos (e quando do ingresso da ação encontrava-se internado em um hospital de Porto Alegre desde o ano de 2008), através de seus médicos, afirma que sua única esperança de tratamento encontra-se em um medicamento (Sunitinibe), o qual é um *off label*.

Assim, através da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, seus pais buscam a concessão deste medicamento em desfavor do Estado do Rio Grande do Sul. Para embasar seu pedido, colacionam entendimentos jurisprudenciais que fazem menção à dignidade da pessoa humana, além de relatórios de médicos particulares indicando como o estudo com o medicamento vem sendo feito. De todas as informações que embasavam o pedido, duas chamam a atenção. A primeira é que o menino está sendo atendido em um hospital de referência em Porto Alegre, mesmo lugar onde estão sendo realizados

os testes com o fármaco prescrito, que aliás foi prescrito por uma das médicas que coordena o estudo. Como reflexão preliminar, é necessário questionar qual o comprometimento destes profissionais quando estão supervisionando testes de uma droga e prescrevem a mesma, para ser consumida mediante pagamento (elevado, pois em média o fármaco custa R\$ 12.000,00 mensais) por um paciente portador de uma doença pouco comum, e não o enquadram nesta pesquisa com fornecimento gratuito da droga? Quais as conveniências que podem estar envoltas nesta prescrição?

Segundo, ao compulsar os autos do processo, na fl. 34, observa-se um curioso termo de consentimento informado em que os pais do garoto, menor de 18 anos de idade, afirmam estar cientes dos riscos que seu filho corre ao participar de um estudo, e que “foram informados que nenhum benefício direto é prometido para nosso filho como participante do estudo.” Portanto, a conclusão é que este autor de uma ação judicial que tem o Estado como réu é um sujeito de pesquisa. Por outro lado, isso faz surgir uma nova pergunta: se é um sujeito de pesquisa, por que razão o medicamento não está sendo custeado pela indústria farmacêutica e pelos responsáveis pelo estudo, como determinam as diretrizes para pesquisas em seres humanos? Eis que no corpo de outro documento (Relatório Médico – fl. 31 do processo) encontra-se a resposta: os ensaios clínicos excluem pacientes com menos de 18 anos de idade. Os motivos tornam-se patentes.

Neste caso, em primeiro grau o pedido liminar foi indeferido, sendo um dos motivos utilizados pelo Magistrado o fato de se tratar de um medicamento experimental, de alto custo, sem o mínimo de certeza quanto aos seus efeitos. Já em grau de recurso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), sem observar as peculiaridades do caso em questão, proferiu uma decisão genérica concedendo o medicamento, tendo como argumento central a dignidade da pessoa humana, em especial, tratando-se de uma criança. Resultado: todos os meses são bloqueados estes valores das contas do ente público para fornecimento do medicamento, que nas primeiras doses aplicadas causou graves reações negativas no enfermo.

Um segundo traz a situação, uma senhora com 50 anos de idade narrou

ser portadora do Mal de Parkinson. Sua única opção de tratamento seria a realização de uma cirurgia experimental para implante de Eletrodo Cerebral Profundo Bilateral, com custo inicial de R\$ 191.680,00. Em razão disto, recorreu ao Poder Judiciário para que a prestação jurisdicional fosse-lhe alcançada, com determinação de cumprimento da obrigação por parte do Município de Farroupilha, evidentemente solicitando antecipação de tutela para determinação de pagamento do ato cirúrgico, que precisava ser realizado no exterior.

Compulsando os autos, o Magistrado entendeu que, embora a previsão dos médicos fosse promissora, a parte não havia postulado adequadamente o pedido via Sistema Único de Saúde, motivo pelo qual a antecipação de tutela seria indeferida. Mais uma vez, em grau de recurso, a medida foi concedida (Agravo de instrumento n.700412227653), nos mesmos moldes da decisão que concedeu o tratamento ao menor (caso anteriormente analisado). E então na posse destes números, talvez seja interessante voltar a ler o comunicado da Prefeitura Municipal sobre a situação do único hospital da cidade.

Como referido ao final do primeiro ponto, nem sempre as pessoas que vêm postular medicamentos junto ao Poder Judiciário são pessoas de parcas condições econômicas. Assim, como as pesquisas citadas anteriormente, a situação da Comarca de Farroupilha não é diversa. Os números apontam que, das 126 ações que tramitavam em janeiro de 2013 envolvendo saúde pública, 43 postulavam exclusivamente a entrega de algum medicamento, sendo que, destas, duas ações foram interpostas pelo Ministério Público, 14 através de advogados particulares e 27 via Defensoria Pública. No que se refere à origem das prescrições médicas, quase a totalidade das ações interpostas via advogados particulares foram originadas em prescrições de médicos particulares e, o elemento mais importante, não foram precedidas de pedido administrativo. Esse dado é fundamental para se pensar em prestação sanitária democrática.

Outro ponto precisa ser destacado: não são apenas ações individuais que são ajuizadas, mas também ações em que mais de uma pessoa busca a concessão de um determinado tratamento de forma gratuita. Este é o exemplo ocorrido na cidade de Porto Alegre/RS, e que chama a atenção pelo impacto que tem na Sociedade em geral. Mesmo ações coletivas dificultam o acesso à saúde

pública para um grande número de pessoas.

No processo número 10503128663, com origem na Comarca de Porto Alegre, um grupo de enfermos de oito pessoas postulava a concessão do medicamento Replagal, com custo trimestral de US\$ 333 mil dólares. A pretensão foi atendida pelo juízo de primeiro grau, mesmo o medicamento estando em fase de desenvolvimento nos Estados Unidos. Na época do pedido, sequer estava registrado na Anvisa e tampouco no FDA ou na União Europeia.

Concedida antecipação de tutela na sentença, foi determinado o prazo de cinco dias para fornecimento da medicação. Foi intimado o Secretário da Saúde para imediato cumprimento da antecipação de tutela concedida, sem qualquer manifestação. Houve a expedição de novo mandado para intimação do Secretário da Saúde acerca do orçamento acostado pelos autores, possibilitando a programação do pagamento, a fim de evitar o bloqueio, devendo manifestar-se no prazo de 48 horas. Novamente não houve qualquer manifestação, nem o depósito do valor correspondente. Possível, nestes termos, o bloqueio de valores. Nesse sentido decisões recentes assim ementadas: DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. BLOQUEIO DE VALORES PARA ASSEGURAR A COMPRA DE MEDICAMENTO A PACIENTE PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. Há possibilidade de negar provimento ao agravo de instrumento nos termos do art. 557 do CPC quando a fundamentação jurídica já se encontrar sedimentada junto ao órgão fracionário. Entendimento consagrado pelo e.Superior Tribunal de Justiça. O bloqueio de valores para assegurar o cumprimento da tutela antecipada encontra amparo na legislação vigente (art. 461, § 5º, do CPC). Medida excepcional que se justifica quando comprovada a demora do ente público em fornecer o fármaco necessário a manutenção da vida e saúde do agravado. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (Agravo Nº 70011551017, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 23/06/2005) AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE PÚBLICA. MEDICAMENTOS. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTA BANCÁRIA DO ESTADO. VIABILIDADE. ART. 557,CAPUT, DO CPC. Não sendo fornecido o medicamento requisitado ao Estado, em prazo razoável, possível a apreensão do valor correspondente em conta bancária do Estado, justificando-se a medida excepcional ante a supremacia do bem jurídico que se objetiva resguardar. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70012109823, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 29/06/2005) Diante do exposto, determino a expedição de mandado de bloqueio do valor equivalente a US\$ 332.880,00 (trezentos e trinta e dois mil, oitocentos e oitenta dólares), observada a cotação correspondente na data do bloqueio junto à instituição financeira, correspondente a três meses de tratamento, conforme orçamentos de fls. 401/402, em caráter de urgência, intimando-se o gerente da agência bancária respectiva. Mandado a ser cumprido pelo Plantão. Efetivado o bloqueio, expeça-se alvará em favor dos autores, que deverão apresentar a prestação de contas no prazo de 10 dias. Intimem-se as partes com urgência.

Em seguida, por meio de embargos de declaração, o Estado levantou

questão de extrema importância: como conseguir um medicamento que não está sendo vendido no Brasil, e está em fase de testes em seu país de origem, tendo apenas valor aproximado apresentado na pesquisa? Neste momento, como a decisão proferida corrompeu todos os códigos do Direito e demonstrou total falta de comunicação com qualquer outro sistema, não passando de uma decisão genérica (e um falso alívio de consciência), a Magistrada limitou-se a afirmar que a decisão havia sido clara: ou o Estado comprava o remédio ou, na pior das hipóteses, o valor deveria ser disponibilizado à parte. Contudo, a pergunta feita pelo Estado (como? onde?), não foi respondida. Claro, porque a decisão foi dada de forma precária, sem conhecimento necessário à matéria e sem acoplamentos que possibilitassem uma resposta completa. Quando uma decisão é dada sem fundamentação e sem análise das peculiaridades do caso, estes abismos sociais são criados e não há como contorná-los. Inconformada, a Secretaria de Saúde do Rio Grande do Sul recorreu da decisão, tendo conseguido em segundo grau a reversão da medida.

Em nota, a Secretaria de Saúde informou que o valor bloqueado em liminar era equivalente ao que se gastaria com o tratamento de mil pacientes transplantados de rim ou fígado, que necessitam utilizar o medicamento Traclimus 1 mg. (Desembargador desobriga Estado de bloquear dólares).

Para que se evitem situações como a gerada pelas decisões proferidas no Rio Grande do Sul e que foram acima trabalhadas, necessário que se observem as questões sanitárias de maneira a comunicar todos os sistemas envolvidos na questão. Os casos trazidos para análise são apenas uma pequena amostra do que se enfrenta na atualidade: a alta complexidade do acesso à saúde, e não do acesso à justiça, que lamentavelmente no Brasil é interpretado apenas como acesso ao Poder Judiciário. A preocupação a partir de agora deve ser outra: como possibilitar que os diversos setores da Sociedade comuniquem-se e passem a efetivar o Direito à Saúde de maneira não paradoxal, em que o acesso para uma pessoa implique na impossibilidade para outra? Certamente um dos caminhos passa pela observação contextualizada de todas as circunstâncias que envolvem estes números e pedidos, e um trabalho contínuo nas políticas de acesso à justiça em todo o Brasil.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar efetivação da saúde pública na atualidade brasileira é pensar em prestação jurisdicional. Seja porque a Administração Pública não tem cumprido seu papel, seja porque os cidadãos buscam mais do que o acesso básico e tradicional, o Poder Judiciário tem sido tomado por ações desta natureza. Ao longo deste artigo, procurou-se demonstrar como essa situação tem sido tratada no cenário jurídico contemporâneo.

Ao retratar alguns casos que envolvem medicamentos experimentais ou de altos valores monetários, tentou-se mostrar como o acesso à justiça tem sido flexibilizado e facilitado nos últimos anos. Com isso, tem permitido que inúmeras demandas como as mencionadas ao longo deste trabalho, cheguem ao Poder Judiciário.

Quanto se sustenta que houve uma banalização do acesso à justiça em termos de saúde pública, essa afirmação parte dos diversos casos que foram analisados no transcorrer desta pesquisa, dos quais os que foram trazidos para este artigo mostra que há pedidos de depilação a laser, de próteses de silicone com fins estéticos, muitos e muitos casos de tratamentos experimentais. Talvez esse fator tenha ficado mais evidente nos dados da cidade de Farroupilha, em que o hospital local vem enfrentando uma séria crise, mas a maior parte dos pedidos feitos ao Poder Judiciário – e deferidos – refere-se a um moderno tratamento para Diabetes, com custo muito superior ao tradicional oferecido de forma gratuita, e com o mesmo princípio ativo, mas com aplicação diferente.

Ademais, no modo como os julgadores têm decidido estas questões, é nítido que não há o estabelecimento de uma comunicação funcional com os vários sistemas sociais envolvidos nesta problemática, gerando uma série de dificuldades, novamente, no momento da efetivação. Logo, são geradas duas frustrações: a primeira, quando a administração pública não cumpre as expectativas cognitivas e normativas dos cidadãos; outra, quando a decisão proferida pelo Poder Judiciário, por não atentar para os detalhes do caso – como o fato de muitos pedidos serem de tratamentos experimentais –, não consegue

alcançar a tutela jurisdicional prestada.

Todas estas situações surgem e são colocadas sob observação precisamente porque há um excesso de possibilidades e, em consequência, de riscos/perigos na sociedade contemporânea, que precisam ser gerenciados para que se possa pensar em modificação do paradigma atual e evolução nos métodos de efetivação de uma saúde de qualidade (nem mais e nem menos) para todos. Também é preciso deixar claro que nossa observação não visa condenar a concessão de medicamentos de valor elevado. Isso vai na contramão do que se afirmou até o momento: o que é preciso é verificar o contexto.

Eis um dos problemas atuais com que o Direito tem que necessariamente lidar: encontrar uma forma de facilitar o acesso à justiça, em especial em casos de busca de efetivação da saúde pública, mas sem permitir que esta acessibilidade seja banalizada. Não se pode apenas observar que as pessoas buscam o Poder Judiciário para qualquer espécie de demanda, e não pensar em como aperfeiçoar este mecanismo.

Em uma última palavra: é preciso uma rede de comunicações e acoplamentos para que se produza uma decisão devidamente fundamentada e sem corrupções, com a perspectiva de modificação do quadro atual da saúde pública, para uma situação mais favorável a todos os cidadãos, e não apenas para alguns. Isso sim representará a concretização do acesso à justiça e à saúde.

REFERÊNCIAS

ANGELL, M. **A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos**. Tradução de Waldéa Barcellos. ed. 4. Rio de Janeiro: Record, 2009.

APPIO, E. **Um negócio de milhões**. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=14009>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 12 fev. 2015.

BRASIL. **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1989**. Disponível

em: <<http://www.al.rs.gov.br/prop/Legislacao/Constituicao/Constituicao.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Suspensão de Segurança (SS) nº 3073/RN**. Ministra Ellen Gracie. Julgado em 14/02/2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.aspnumDj=32&dataPublicacaoDj=14/02/2007&numProcesso=3073&siglaClasse=SS&codRecurso=0&tipo>>. Acesso em 02 fev. 2015.

BRASIL **tem mais de 240 mil processos na área de Saúde**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096:brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

CAMPINO, A. C. C.; CYRILLO, D. C. Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde. In: BLIACHERIENE, A. C.; SANTOS, J. S. **Direito à vida e à Saúde**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

CORDEIRO, B. C.; LEITE, S. N.; PEREIRA, S. M. P.; SILVA, P. da; NASCIMENTO JR, J. M.; VEBER, A. P. Ações Judiciais e demandas administrativas na garantia do direito de acesso a medicamentos em Florianópolis-SC. In: **Revista de Direito Sanitário**. V. 10. N.2. São Paulo. Outubro de 2009.

CORSI, G.; ESPOSITO, E.; BARALDI, C., **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. México: Universidad Iberoamericana. p. 193.

DADOS Básicos - Localização da sede: Farroupilha - RS. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/cidadesat/painel/painel.php?codmun=430790>>. Acesso em: 08 fev. 2015.

DESEMBARGADOR **desobriga Estado de bloquear dólares**. Disponível em: <<http://www.saude.rs.gov.br/wsa/portal/index.jsp?menu=noticias&cod=1914>>, Acesso em: 20 ago. 2006. Acesso em: 02 fev. 2014.

LUHMANN, N. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

_____. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005.

_____. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Nafarrate. México: Herder, 2001.

_____. **Sociologia del riesgo**. Tradução de Silva Pappé, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

_____. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

NICOLESCU, B. **O manifesto da Transdisciplinaridade**. Trad: SOUZA, L. P. São Paulo: TRION, 2005.

NOTA de esclarecimento. Disponível em: <<http://farroupilha.rs.gov.br/novo/nota-de-esclarecimento/>> Acesso em 25 jan. 2015.

PIOVESAN, F.; CARVALHO, P. L. Políticas para a implementação do direito ao acesso a medicamentos no Brasil. In: **Novos Estudos Jurídicos** – Ano 1. n1. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí. 1995.

PEDIDO de exoneração. Disponível em: <<http://farroupilha.rs.gov.br/novo/pedido-de-exoneracao/>> Acesso em 15 fev. 2015.

PORTO ALEGRE/RS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Processo Cível n. 10803320527**.

PREFEITURA **Já Repassou Mais De R\$ 2 Milhões Ao Hospital Beneficente São Carlos**. Disponível em: <<http://farroupilha.rs.gov.br/novo/prefeitura-ja-repassou-mais-de-r-2-milhoes-ao-hospital-beneficente-sao-carlos/>> Acesso em 10 fev de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Segunda Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70012334975**. Relator: João Armando Bezerra Campos. Porto Alegre/RS, julgado em 30/12/2005. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70012334975&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribuna%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em 20 jan. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Quarta Câmara Cível). **Apelação Cível Reexame necessário nº 70021478227**. Relator: Agathe Elsa Schimidt da Silva. Porto Alegre/RS, julgado em 14/05/2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70021478227&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Oitava Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70038777983**. Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos. Porto Alegre/RS, julgado em 25/11/2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70038777983.&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribuna%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica>>

%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em 20 jan. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Sexta Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 70027696277**. Relator: Desembargador Luís Augusto Coelho Braga. Porto Alegre/RS, julgado em 16/12/2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70027696277&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Segunda Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 70043698620**. Relator: Desembargador Almir Porto da Rocha Filho. Porto Alegre/RS, julgado em 14/09/2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70043698620&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Primeira Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 7002790548**. Relator: Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal. Porto Alegre/RS, julgado em 12/12/2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70027909548&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em 20 jan. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Sétima Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 70036229334**. Relator: Desembargador José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre/RS, julgado em 17/09/2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70036229334&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em 20 nov. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Primeira Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 70029781259**. Relator: Desembargador Irineu Mariani. Porto Alegre/RS, julgado em 21/07/2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70029781259&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>> Acesso em: 10 jan. 2015.

ROCHA, L. S.; SCHWARTZ, G., KING, M. **A verdade sobre a autopoiese no**

Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; _____; CLAM, J. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHWARTZ, G. **Direito à Saúde**: efetivação em uma perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SEGATTO, C. **O paciente de R\$ 800 mil**. Disponível em: <www.revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/0-paciente-de-r-800mil.html>. Acesso em 14 jan. 2015.

SILVEIRA, D. **Justiça concede a transexual direito de fazer depilação a laser pelo SUS**. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2012/06/19/interna_gerais,301182/justica-concede-a-transexual-direito-de-fazer-depilacao-a-laser-pelo-sus.shtml> Acesso em 11 fev. 2015.

SISTEMAS **AIDS**. Disponível em: <www.sistemas.aids.gov.br> Acesso em: 05 jan. 2015.

VIAL, S. R. M. Direito Fraternal na Sociedade Cosmopolita. In: **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Bauru. V. 40, n. 46, 2006.

WARAT, L. A.; ROCHA, L. S. R. **O Direito e sua linguagem**. ed. 2. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1995.

WEBBER, S. S. **Decisão, Risco e Saúde**: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais. Curitiba: Juruá, 2013.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

GT – SOCIAL AND LEGAL SYSTEMS

CANOAS, 2015

A SOCIOLOGIA DO CAMPO JURÍDICO DE PIERRE BOURDIEU E YVES DEZALAY: APLICAÇÃO NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO

Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua¹

RESUMO: O escopo é a abordagem dos fenômenos sociojurídicos da América Latina à luz da "Sociologia do Campo Jurídico" de Bourdieu e Dezalay. *Metodologia:* Mediante a revisão bibliográfica dos autores citados, compreender as noções centrais da Sociologia do Campo Jurídico e buscar sua imersão no contexto latino-americano, com atenção à sua potencial aplicação na abordagem do fenômeno sociojurídico brasileiro. *Resultados:* A abordagem de Pierre Bourdieu, associada à sequência de estudos realizados por Yves Dezalay é bastante adequada à abordagem das desigualdades sociojurídicas do Continente. Por não ser estritamente descritiva e tampouco conservadora imprime abertura de compreensão das estruturas sociais e de poder e promove uma "revolução simbólica" ao propiciar novo conjunto de critérios avaliativos e práticas de resiliência ante a fragmentação de sentidos comunitários e à hegemonia político-econômica. *Conclusões:* O campo jurídico e os juristas, cuja racionalidade é alimentada por aparente e precedente neutralidade e naturalização do poder, intervêm como elementos reguladores da multiterritorialidade. O controle do território e da ortodoxia, tomados como complexos simbólicos, passa inevitavelmente por mecanismos de produção de normas. A perspectiva ora apresentada permite a ressignificação dos mecanismos sociojurídicos de poder.

PALAVRAS-CHAVE: sociologia do campo jurídico; transterritorialidade; violência simbólica; princípio da comunidade; resiliência.

1 INTRODUÇÃO

O direito, a exemplo do que ocorre noutros "campos sociais" mas de forma ainda mais nítida, comparece como subespaço social relativamente autônomo e específico, em que estão presentes determinadas estruturas sociais nucleadas pela produção cultural dos grupos específicos, refratárias às pressões exteriores,

¹ Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua é Professor Associado de Sociologia Geral e do Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP), com pós-doutorado em Sociologia do Direito pela Universidade de Amiens (Picardia- França) e Doutorado em Política Social pela Universidade de Brasília (UnB). Email: marciorique@usp.br

mas, ao mesmo tempo, espaço de conflito de força e de poder. Na obra de Pierre Bourdieu o termo “campo” emerge por volta de 1966. Sua melhor explicitação se encontra na obra “A Distinção” (BOURDIEU, 1979) – obra primordial para a compreensão do autor – e assume o sentido de “principais universos de referência de práticas culturais ordinárias”, vinculados aos estilos de cada grupo, suas demandas e as disputas de força entre os grupos que se relacionam².

Assim, emerge como noção axial e estratégica da abordagem sociológica de instâncias significativas do corpo social, tais como o mercado, as instituições e as profissões. Convém apontar que, para Bourdieu, as estruturas espaciais estão associadas não somente às estruturas sociais, como para Durkheim, mas também às estruturas simbólicas. Portanto, a inteligibilidade da homologia estrutural decorre da análise e compreensão da relação entre os campos de produção e o espaço social.

Em decorrência do vínculo original de Bourdieu com a escola estruturalista, de influência de Lévis-Strauss, da qual paulatinamente ele se destaca, o campo absorve e reflete relação estreita com os ajustes estruturais decorrentes da produção cultural, o que há de implicar permanentes reconstruções de sentido, por meio de processos contínuos de inovação e renovação.

2 DESENVOLVIMENTO: A SOCIOLOGIA DO CAMPO JURÍDICO, O ESTABELECIMENTO DAS ORTODOXIAS JURÍDICAS E O ENFRENTAMENTO DAS DESIGUALDADES

O Direito emerge como campo, em decorrência da “existência de um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica”. Como campo, em razão de sua estruturação, a organização normativa – o direito, imprime força interna e refratária às pressões externas. Nisto poderíamos até identificar sua

² “Dans La Distinction ce sont les champs de production culturelle qui sont considérés comme le principaux universes de référence de pratiques culturelle ordinaires: ils sont un lieu d’innovation et de renouvellement qui ‘rencontre’ diverses ‘demandes’ liées aux styles de vie de différents groupes et à l’état de rapports de forces entre ces groupes” (LEBARON, 2012, P. 163).

teoria às de Kelsen ou de Luhmann, que tomam o direito como sistema diferenciado e autônomo (BOURDIEU, 2007: 209). No entanto, e isto é um traço distintivo essencial, este universo independente, a quem nomeia *campo*, também se constitui como “forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício a força física” (BOURDIEU, 2007: 210-1). Ou seja, há uma disputa de poder entre os diferentes agentes que compõem o campo (legisladores, julgadores, advogados, doutrinadores, ministério público). No interior do campo existem conflitos por “dizer o direito” e, por consequência, fracionamentos, lacunas e dissensos.

Mas a tensão extrapola o campo interno e subjaz também entre os agentes do direito e os agentes externos. Em verdade, nisto consiste seu caráter refratário e autônomo, e por vezes, autoritário. E se reflete em termos de dominação/reprodução social, e em especial, no tocante ao tema de nossa análise, é imbuído de forte teor político e de incitador das desigualdades, tantas vezes de modo sutil, mediante a violência simbólica de que se imbui a linguagem e o rito do direito (BOURDIEU, 2007: 209, GUIBENTIFF, 2009:14-16). Na qualidade de “campo”, o direito assume discursos jurídicos e práticas resultantes específicas, derivadas “por um lado, pelas relações de força específicas que lhe conferem a estrutura e que orientam as lutas de concorrência, ou mais, precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e por outro lado pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam a cada momento o espaço dos possíveis, e deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas” (BOURDIEU, 2007:210).

Neste âmbito de compreensão, os juristas são encarados como os que “inventaram o Estado” e “puderam criar, verdadeiramente *ex nihilo*, todo um conjunto de conceitos, de procedimentos e de formas de organização próprias a servir o interesse geral, o público, a coisa pública”. Por consequência, comparecem como os “detentores ou depositários dos poderes associados ao exercício da função pública” e acabam por “garantir-se a si próprios uma forma de apropriação privada do serviço público, baseada na instrução e no mérito, e já não no nascimento” (BOURDIEU, 1997: 146-7).

Diferentemente de Niklas Luhmann, cuja análise está centrada no âmbito do sistema, ou de Habermas, que se preocupa com a comunicação voltada para a relação entre os argumentos morais e jurídicos no âmbito do princípio do discurso, Bourdieu enfatiza o poder e a violência simbólicos que sustentam o campo, e resulta da consciência partilhada pelos indivíduos imersos nas estratégias ou jogos relativos à apropriação dos capitais (GUIBENTIFF, 2012: 24-6). Muito longe de uma concepção neutral, Bourdieu concebe o direito como campo onde aparecem sujeitos. O direito os municia de instrumentos e forças em vista das estratégias de apropriação e monopólio do capital – e no caso do capital jurídico, dos capitais culturais a ele associados e a violência simbólica que produzem. O direito é campo porque, em última instância, se apresenta como âmbito no qual se verificam “conflitos entre pessoas ou entidades envolvidas na prática do direito”, em que se articulam e estruturam processos internos e externos de linguagem, violência e poder (BOURDIEU, 1986: 3-19).

No âmbito do artigo intitulado “La force du droit: elements pour une sociologie du champ juridique”, encontramos os traços característicos da “Sociologia do Campo Jurídico”. Neste breve e impactante texto, Pierre Bourdieu desenvolve os elementos fundamentais que permitem um olhar diferenciado sobre o Direito e a sua ciência. Trata-se, em síntese, de uma perspectiva antijuridicista, no sentido de oposição ao positivismo jurídico, que enfatizava o direito como autorreferencial, autopoietico e, em grande medida, autossuficiente, e que acaba de encerrá-lo num círculo concêntrico e vicioso.

Eis suas notas fundamentais:

1^a.) AUTONOMIA: Com efeito, o campo jurídico possui autonomia significativa e relativa em relação aos outros campos sociais, decorrente da ‘divisão social do trabalho jurídico’, em que os agentes são investidos de “competência técnica e social”, legitimada pelo grupo de pertencimento, para a elaboração e interpretação do direito, ao mesmo tempo que estes mesmos agentes concorrem e se antagonizam pela apropriação do capital jurídico. (BOURDIEU, 1986: 4-9) ;

2^a.) MONOPÓLIO DE PODER: No entanto, esta autonomia não o torna autorreferente e autopoietico, no sentido kelsiano ou luhmaniano. Antes é uma

modo de dominação, manutenção e reprodução de poder simbólico, refratário a outros campos. Há, assim, a instituição de um monopólio sobre o espaço judiciário pela qual se estabelece uma fronteira entre os que estão preparados para ingressar nesse espaço e os que dele são excluídos, em razão especialmente da falta dos meios e postura linguística que permitem o acesso a esse espaço social (BOURDIEU, 1986: 9-12);

3ª.) NOMINAÇÃO, DOXA E UNIVERSALIZAÇÃO: O “pouvoir de nomination” é entendido como a capacidade de promover e impor a “nomos” (princípio universal legitimado e legitimador do conhecimento do mundo social), através de categorias nominais e de rebuscamentos linguísticos hierarquizados. Opera-se assim a dominação simbólica pelo direito, em que as diferentes visões existentes submetem-se à *categorização* (do grego *katègoresthai* – “acusar publicamente”) - que consagra, naturaliza e neutraliza, por sua vez, uma visão hegemônica e unívoca do Estado e garantida pelo Estado. Pela legitimação ocorre a universalização da *doxa* em virtude da *ação pedagógica* da qual decorre o *habitus*. Subjaz a ideia de um acordo, ao menos tácito e parcial, bem como a do reconhecimento social do direito, que, assim responde, ao menos em aparência, às necessidades e interesses reais – obra do trabalho simbólico dos profissionais do direito (BOURDIEU, 1986: 12-14);

4ª.) FORMALIZAÇÃO E VIOLÊNCIA SIMBÓLICA: A operosidade dos agentes jurídicos se perfaz mediante a “formalização”: a ‘criação jurídica’, por excelência, em que a “*force de la forme*” corresponde aos interesses sociais dos “formalisateurs”, que obtêm a supremacia no âmbito da concorrência operada dentro do campo específico que é o jurídico. A violência simbólica sutil perpetrada pelo rigor das formas jurídicas (*summum ius*) alcança seu escopo que é consolidar os meios “irrepreensíveis” para obtenção dos capitais associados ao universo jurídico (*summa iuria*) (BOURDIEU, 1986: 14-18);

5ª.) ESTRUTURAÇÃO, ORTODOXIA e HOMOLOGIA: Emerge a estruturação do campo jurídico, como contribuição essencial à manutenção à ordem simbólica que justifica a ordem social. A divisão social do trabalho jurídico é bastante rígida e limitada, e os conflitos presentes no interior do campo específico - entre os operadores do direito- tendem a serem dissolvidos pelas

forças exteriores. Por outro lado, como *efeito da homologia* jurídica, é a defesa intransigente da *ortodoxia*, que se perfaz no “culto ao texto, no primado da doutrina e da exegese”, ou seja, a primazia reconhecida da teoria e da tradição sobre a prática criativa e a existência concreta – a “criatividade” é reservada à atividade jurisprudencial, que não pode se afastar da estrutura exegética e dos limites estabelecidos na norma de origem estatal (BOURDIEU, 1986, p. 18-19).

Assim, quando o autor se reporta aos juristas ou ao direito, como nos artigos analisados, deve ser entendido no âmbito de sua construção teórica. Manifesta a relação intrínseca e visceral entre o sistema que dita o direito e a “*doxa*”, que se refere aos sistemas de produção e reprodução do saber, dos valores, estilos de vida e concepções humanas, apropriados por especialistas. Portanto, há uma explícita integração com o *habitus* disciplinares que as engendram, enquanto processo de interiorização do conjunto de ideias e valores hegemônicos e sua exteriorização em condutas socialmente aceitas e legitimadas simbolicamente.

A perspectiva sociológica de Yves Dezalay é intensamente marcada pelo diálogo com Pierre Bourdieu. O autor se concentra no estudo dos conflitos decorrentes da concorrência de mercado, especialmente no âmbito do direito comercial europeu, particularmente da tradição anglo-saxã. Acaba por incidir numa espécie de “sociologia das profissões do campo jurídico”, preocupado com a lógica mercantil e a produção dos espaços e símbolos comerciais, bem como dos mecanismos de emergência profissional, de produção de normas e jurisprudências associados (DEZALAY, 1990; 1992; SOUBIRAN-PAILLET, 1994).

Yves Dezalay, ao aprofundar as noções de Pierre Bourdieu sobre o campo jurídico, capitaneia um grupo de pensadores que o subsidia na análise do campo profissional do direito, do qual merecem destaque Alain Bancaud e Bryant G. Garth, com os quais desenvolve significativa cooperação intelectual sobre a ascendência mercadológica de segmentos profissionais do direito no âmbito do direito anglo-saxão e nos contextos econômicos proeminentes, como o mercado asiático (BANCAUD, DEZALAY, 1994; DEZALAY, GARTH, 1996, 2001, 2002, 2005 a, 2005b, 2005c).

O ponto alto dessa reflexão emblemática, encetada por Dezalay, é a divisão do trabalho de dominação simbólica no âmbito da atualização do campo do direito (DEZALAY, 1990:70-91), em que aborda elementos de grande relevo para a abordagem das desigualdades profissionais e econômicas, tais como a ideia do direito como elemento de manobra no âmbito da disputa de mercado; o acirramento da concorrência e as formas de poder e dominação presentes na relação entre os juristas e advogados, especialmente entre os que transitam no mercado do direito e aqueles que qualifica como “gardiens du temple”, de cuja explicitação nos ocuparemos na sequência (os juristas tradicionais ou ‘puros’) (DEZALAY, 1990: 74-75; 75-77; 80-85)

Mas, por outro lado, a ideia de maior importância transmitida é a da construção de uma ordem jurídica transnacional apoiada no comércio e arbitragem internacional, que se impõe e se expande sobre os ordenamentos jurídicos nacionais, mormente no âmbito da violência simbólica que perpassa a homologia jurídica e a legitimação da ordem supranacional que se opera no âmbito dos estados nacionais. Com efeito, Dezalay observa que as práticas profissionais dominantes no mercado internacional, a despeito de sua ambiguidade de um estatuto institucional transfronteiriço, acaba por serem reconhecidas e homologadas pelos estados nacionais, incapazes de os controlar mediante seus órgãos de regulação profissionais internos (DEZALAY, 2007: 284)

As principais análises de Dezalay e os autores que com ele interagem no âmbito da mesma concepção de sociologia do campo jurídico gravitam em torno do poder econômico crescente das corporações de advogados num mundo tendente à internacionalização. Assim como para Paul Drake, os advogados são concebidos numa ligação estreita com as estratégias de apropriação do capital econômico e das formas de poder a ele associadas. Os “money doctors” se apoiam nas estruturas jurídicas para obterem seus espaços de comando e de ação, e acabam por se apresentar como os arautos de uma economia globalizada (‘global missionaries’) (DRAKE, 1994; DEZALAY, GARTH, 2005:1). No contexto latino-americano, a aproximação entre os operadores do direito, especialmente os advogados de grande projeção internacional, e os economistas, em vista da propositura de ordem jurídica em conformidade com as suas

ambições de mercado encontra-se com o terreno fértil de uma tradição jurídica de matiz patrimonialista e civilista. Ou seja, inexitem os óbices jurídicos provenientes da tradição publicista europeia, engendrados desde as comunas medievais, ou mesmo do respeito à liberdade individual e aos direitos fundamentais do ser humano, da tradição anglo-saxã, que resistem em maior grau às pressões econômicas extraterritoriais. Mas mesmo nestas tradições, inexitem barreiras intransponíveis ou impermeáveis às seduções da circularidade do capital e do poder econômico. (DRAKE 1994; DEZALAY, GRANT, 2002).

As condições propícias favorecem a emergência de um quadro suscetível a expansão da heterodoxia jurídica de matiz econômica e liberal, com maior ou menor grau de afetação nas diferentes ex-colônias latino-americanas, conforme a proximidade com os mercados centrais e os princípios legais que promovem. Os fluxos de exportação e importação comercial também implicam em fluxos da tecnologia decorrente das atividades das firmas multinacionais de advogados, que absorvem o estilo norte-americano de corporações de advogados e impelem reformas legislativas e judiciárias nos âmbitos nacionais e internacionais (DEZALAY, GRANT, 2002; 2005: 1-11). A politização do judiciário e sua contrapartida, a judicialização da política, em muitos países da América Latina imbuí-se desta lógica econômico-social e não são explicáveis somente por causas domésticas, mas inclusive por causas de interesse geral e de dimensões supranacionais, como as retromencionadas. Há um jogo internacional, cujas variáveis político-econômicas e a dinâmica específica de que se revestem, fomentam o desenvolvimento de um processo global de declínio da eficácia dos sistemas nacionais de direito, cujos limites estão cada vez mais fluidos. A transterritorialidade e a multiterritorialidade suplantam e fragilizam a territorialidade, compreendida como a interação genuína do sujeito-espaco (HEIDRICH, 2010: 33-4).

Diversos autores fazem diagnósticos convergentes neste sentido, abordando contextos nacionais diferenciados na América Latina, mas cujas políticas econômicas, sobretudo nas derradeiras décadas do século XX, mantinham os traços comuns neoliberalistas propostos pelo Consenso de Washington. É o caso específico de análises realizadas sobre a Argentina, o

México, a Colômbia e o Brasil (SLOMULOVITZ, 2005: 249-276; LOMNITZ, SALAZAR, 2005: 209-248; ADELMAN, CENTENO, 2005: 139-161).

Mas as observações apontadas surpreendentemente também convergem, no sentido da aproximação entre a heterodoxia de uma nova ordem jurídica e a legitimação dos contextos de globalização econômica, não só entre os países latino-americanos ou destes com outros países do âmbito periférico internacional, mas também com as práticas de reprodução social e econômica dos países do centro internacional, como é o caso do Japão, em que a formação de direito nos principais centros universitários promove a reprodução das elites sociais e econômicas, ou mesmo da França, onde os estudos de análise estatística de Bourdieu revelam as íntimas conexões entre os operadores jurídicos, sua formação originária (escolas e faculdade frequentadas), suas perspectivas e formas de atuação (MIYAZAWA, OTSUKA, 2005: 162-208).

No mesmo sentido, em sua derradeira contribuição, Bourdieu se mostra bem lúcido quanto ao momento da globalização e reconhece que ao mesmo tempo em que se dilatam as pretensões hegemônicas do capitalismo neoliberal, emergem efeitos negativos das formas de controle internacionais: as desigualdades crescentes nos países centrais, o aumento do número de prisões nos Estados Unidos da América, as doenças que comparecem como efeitos colaterais ao consumo desenfreado e à poluição gerada pela produção em massa, como o são a obesidade e algumas manifestações de câncer ou doenças pulmonares e até congênitas. E, por consequência, engendram-se refluxos e resistências locais e globais em novos vínculos e manifestações internacionais (BOURDIEU, 2012, 131-134).

O direito não só patrocina como também incorpora os valores, ideologias e identidade das elites sociais, pela “doxa”, e os inculca, especialmente por meio da violência simbólica e da ação pedagógica, no conjunto da sociedade. No Brasil, como em toda a América Latina, os profissionais do direito de maior proeminência, tanto no âmbito das funções públicas como no âmbito privado, podem ser identificados com poucos centros de formação técnico-profissional. Obviamente, essa desigualdade de acesso aos melhores postos presentes no

interior do direito se reflete nas relações e interações dos operadores do direito com o conjunto da sociedade (PONZILACQUA, 2010).

A situação do Brasil e dos outros países latino-americanos insere-se plenamente na abordagem que estamos fazendo, de dominação e reprodução de desigualdades, apoiada também num sistema de direito concorrencial e desumanizante. Ao mesmo tempo, assume uma particularidade intrigante e assustadora que sempre espreita a história governamental desses países: a proximidade, atração e tensão entre populismo e seu exorcismo pelo autoritarismo violento no âmbito do estado. E isso se manifesta para além da esfera estritamente política. No âmbito econômico, manifesta-se como uma espécie de “repressão financeira”, engendrada e apoiada paradoxalmente pelos léxicos da ortodoxia econômica que se pretende liberal. Ou seja, sob o pretexto de redução da ação estatal nos campos que podem advir em benefício e incrementos sociais, de encontro com reivindicações seculares das camadas desatendidas, promove-se uma ação do mesmo estado com o fim de favorecer a desregulamentação financeira, o consumo e o fluxo de capitais. O ordenamento jurídico transita nesse impasse e, conseqüentemente, acaba por estabilizar as desigualdades sociais, sem uma adequada transformação (ADELMAN, CENTEMO, 2005: 154-159)

Decorre, então, a pergunta fundamental: na Era da internacionalização, que regime institucional pode prevalecer no âmbito do direito? É possível haver uma forma de regulamentação internacional numa conjuntura extremamente dinâmica e volátil? Essa regulamentação pode ensejar a reversão dos quadros de pobreza, com incremento da distribuição de renda e acesso aos bens, ao mesmo tempo com impactos positivos na política alimentar e de emprego? O dilema de uma nova configuração jurídica que releve os planos nacionais e internacionais está suficientemente amadurecido no âmbito internacional? Com efeito, os recentes vínculos governamentais e institucionais que se estabelecem nos planos das regiões subnacionais, das nações-estado, dos continentes e da circunscrição global implicam um reajustamento urgente das agências de controle e da adaptação de seus mecanismos e estratégias institucionais ante uma situação de extrema complexidade. Subjaz, no entanto, as indagações da permeabilidade

dessas instituições aos controles democráticos de uma pretensa sociedade global e, ao mesmo tempo, da urgência da construção de um desenvolvimento mundial coordenado sob a égide de instituições mais representativas e de maior capacidade de reversão dos quadros de pobreza, fome e outras mazelas sociais de espectro mundial (BOYER, 2005: 97-138). A territorialidade (interação sujeito-espaço) é submetida a novas dinâmicas, que a ela se contrapõem e fragilizam. O território que 'abarca e contém', é substituído, e às vezes supresso, pela multiterritorialidade - que "abre espaço" e deve ser concebida como "universo que articula planos diferenciados", ao mesmo tempo, que implica a compreensão da transterritorialidade e da interterritorialidade (HEIDRICH, 2010: 33-4).

Ou seja, na reflexão sobre a multiterritorialidade, subjaz a compreensão de que subsiste e recrudescer a tensão entre espaço e território, mas se conservam as disputas em torno do poder, tanto formal quanto informal, e das modalidades de capital, já denunciados por Bourdieu e que persistem em suas derradeiras abordagens (BOURDIEU, 1990; BOURDIEU, CHUNG, 2012, p.132-135). O campo jurídico e os juristas, cuja racionalidade é alimentada pela aparência de neutralidade e naturalidade de que tratamos anteriormente, intervêm como elementos "reguladores" da multiterritorialidade e do poder territorial. O controle do território passa, necessariamente, pelos mecanismos de produção das normas.

Todavia, crescem as reivindicações em escala mundial que gravitam em torno dos recursos cada vez mais escassos. Conformam-se, às transformações econômicas de escala global operadas no mundo todo. Em toda parte - África, Ásia, América Latina, Oceania, e, mesmo na periferia da Europa e da América do Norte, em que o monitoramento das populações locais é mais intenso – recrudescem embates entre o poder político aliado às corporações internacionais e as reivindicações comunitárias de base socioambiental (SCHLOSBERG, 2007, p. 117-27; PONZILACQUA, 2011: 125-128; 2012:6-8).

A construção da barragem de Belo Monte, sob o pretexto de produção de energia elétrica aos rincões do Brasil, e da transposição das águas do São Francisco, com a justificativa de levar água ao semi-árido brasileiro, não são fenômenos isolados. Correspondem a uma dinâmica complexa e devastadora das formas já insustentáveis dos sistemas de produção hegemônicos, alicerçados nos

mercados internacionais e no consumismo exacerbado. E se estendem por todo o orbe terrestre, notadamente junto às populações vulneráveis.

É possível vincular o processo de empobrecimento e a criminalidade. A população carcerária aumenta significativamente no mundo inteiro. A violência, igualmente, se eleva: “La violence, malheureusement, n’est jamais perdue” (BOURDIEU, CHUNG, 2012: 134.). Obviamente que os processos de elevação da criminalidade e violência devem ser entendidos numa perspectiva muito maior do que apenas naquela de viés econômico. Há relação entre pauperização e criminalidade, mas há outros diversos elementos intervenientes, principalmente calcados na redução significativa dos níveis educacionais, na desagregação das bases comunitárias e familiares, e solapamento de seus valores e crenças. Mas nisto, como pudemos sobejamente discutir, há mecanismos e estratégias sutis de dominação. Portanto, o que se deve ter em mira, como no caso da América Latina e do Brasil, em que, mesmo uma melhora significativa dos índices sociais não tem convergido para uma redução igualmente sensível da violência e criminalidade, é que os processos normalizadores das sociedades modernas complexas, fomentados pelo Estado de Direito Moderno, não tem logrado a comunicação necessária e fecunda com os grupos sociais realmente existentes em sua circunscrição jurídica. É dizer: direito estatal e regramento social não tem caminhado juntos. E as razões são, em linhas gerais, aquelas apontadas por Bourdieu.

Ademais, a incorporação tecnológica ao facilitar 'conexões e fluxos' imprimiu ênfase no indivíduo, em detrimento do cidadão, e possibilitou a “privatopia”: há um esfacelamento do espaço público em benefício do privado e inventa “um comunitarismo às avessas”. Neste quadro, privilegia-se o global em detrimento do local, a transterritorialidade mais do que as tessituras consistentes da coesão social (HEIDRICH, 2010, p. 33-4).

A teoria de Bourdieu, que em nosso ponto de vista, mais do que a explicitação das modalidades de poder inerentes ao campo jurídico e da crítica respectiva, busca compreender a sociedade por um ponto de vista bem diferenciado, ou seja, tende a uma perspectiva de alteridade, que visa à transformação e emancipação. Bourdieu, como europeu que se transporta ao

mundo algeriano, passa por aquilo que ele mesmo concebe como necessário à evolução científica, que é o processo de “conversão”, no sentido de uma mudança radical de olhar e de uma abertura permanente submetendo-se constantemente à revisão e à crítica, sem se prender às doxas. A sua teoria, assim, é perpassada pela alteridade – o encontro com o diferente, como outro, que desinstala e exige uma transformação paradigmática e existencial. A incursão do autor na sociedade algeriana marca profundamente esse encontro e o transforma, pela alteridade.

Para efeito dessa análise, buscamos perscrutar, mediante o diálogo intercultural, a asserção da teoria bourdieneana em seus traços principais – até porque o texto é elaborado por pessoas de origens culturais distintas. Daí a importância dessa última abordagem: estabelecer a dialogia desde uma perspectiva concreta brasileira. O que fazemos é tomar a teoria do autor como um ponto de partida, não de chegada. Ela incita novas ponderações e descobertas! Assim, podemos destacar alguns aspectos que explicitam a pertinência da teoria bourdieneana no contexto brasileiro. Demonstram como sua reflexão é atual e possível de subsunção em planos diversos. Haveremos de nos concentrar, para fins de organização, em duas vertentes principais: 1. A primeira concernente à apropriação simbólica e material em torno do patrimônio natural; 2. A segunda relativa à violência, tanto no âmbito doméstico (espaço privado) quanto no âmbito público (espaço público), e sua relação umbilical com as formas de poder presentes nos agrupamentos sociais.

As recentes discussões havidas no Congresso Brasileiro, acerca das mudanças do Código Florestal anterior (Lei Federal nº 4.771/65), remetem, necessariamente, a uma disputa explícita por dizer o direito. Num momento de fragilidade e de desmantelamento das organizações sociais combativas e engajadas em torno das causas sociais, houve a eleição de lideranças significativas, sobretudo na Câmara Federal, dos espectros mais conservadores da sociedade. No caso da votação do Código Florestal, chama atenção especialmente a conquista de adeptos à sua causa pela chamada “bancada ruralista” – representantes diretos ou indiretos do agronegócio, cuja dominação simbólica e econômica no Brasil tem suas origens remotas na formação colonial brasileira, no quadro das sesmarias e perdura, com variações mais ou menos

sutis, desde então. Chama atenção, por exemplo, a cooptação de boa parte dos deputados que constituem outros setores conservadores, como parte significativa da crescente bancada evangélica³, para a causa da mudança “urgente” do código florestal. Ao arripio das contestações da maior parte dos especialistas e ambientalistas, houve a votação que resultou num texto marcado pelo “retrocesso” significativo da proteção de áreas bastante importantes – contrariando o percurso de avanços expressivos das décadas anteriores no âmbito legislativo.

A argumentação jurídico-social é que o código anterior era ultrapassado e necessitava de urgentes reformas, sob o risco de impedir o avanço produtivo do país. Note-se, contudo, que essa justificativa, sutil e altamente carregada de simbolismo – porque afeta à sobrevivência, está longe de corresponder à realidade por três razões principais: a primeira, relativa à produção de alimentos: há muito se defende que o melhor aproveitamento das terras produtivas é suficiente, no caso brasileiro, para não só manter como ampliar significativamente a produção agrícola; a segunda, é que a produção de alimentos da cesta básica brasileira é possível manter-se e ampliar mediante técnicas aprimoradas da chamada agroecologia – que busca a associação de engenharia de produção com a proteção do meio ambiente, considerada essencial para a manutenção da qualidade dos produtos; ademais, grande parte dos alimentos

3 Ao referirmos à bancada evangélica no Congresso Brasileiro, referimo-nos especialmente a um segmento crescente também na sociedade brasileira, o movimento pentecostal. Com origem nos Estados Unidos, tem feição muito distinta das linhas tradicionais das igrejas evangélicas e propugna, com maior veemência, a teologia da prosperidade e uma moral individual de rigor estético, expressas por práticas exteriores, além flexibilidade e adaptação ritual e estrutural. No Brasil, o pentecostalismo ocupa espaços consideráveis nos meios de comunicação de massa – mais do que quaisquer outros segmentos religiosos, sobretudo se somados aos pentecostais católicos (a “Renovação Carismática Católica” – também ela de matiz conservador em matéria de moral e, ao mesmo tempo de acentuada adaptação musical e gestual). O pentecostalismo emerge e avança no Brasil por ocasião da desarticulação e dismantelamento, por um lado, da Teologia da Libertação, com suas comunidades de base, e, por outro lado, quando se assiste o enfraquecimento da militância católica. Obviamente, não é um fenômeno isolado, mas patrocinado por setores sociais que se sentiam ameaçados pela politização do campo religioso e por sua inserção social, haja vista que os segmentos pentecostais defendem um discurso “politicamente neutro” e distante da crítica social – quando, na verdade, organizam-se atualmente muito mais intensamente que os outros segmentos religiosos em termos eleitorais – com mais representantes eleitos, inclusive pastores em decorrência da inexistência, como entre os católicos, de normas internas interditórias (como as disposições canônicas para os católicos).

principais consumidos por brasileiros provêm de pequenas propriedades agrícolas de base familiar; a terceira, porque o agronegócio brasileiro visa, sobretudo, a ampliação de produção de grãos destinados, em grande parte, ao comércio exterior⁴.

Felizmente, possivelmente em decorrência de pressões dos movimentos ambientalistas associados à parte expressiva da comunidade científica nacional e internacional, houve o veto expressivo pela presidência da república de artigos que comprometeriam os acordos de preservação e proteção ambiental realizados pelo Estado brasileiro na esfera internacional. Mas, incormados, os ruralistas procuram reverter a situação com uma série de ações a tramitarem no judiciário. Sob o pretexto da ilegalidade do processo ou da inconstitucionalidade, os ruralistas tentam forjar decisões que contemplem seus interesses, junto ao judiciário, também ele, em parte, representado por proprietários rurais.

Há aqui, visivelmente, a expressão do campo jurídico, tanto no que diz respeito a disputa pela elaboração das normas, quanto no que concerne a sua aplicação e interpretação, e, finalmente mas não menos importante, no que atine às disputas por apropriação do capital simbólico e econômico relativo ao patrimônio natural brasileiro e ao seu controle, sob cujo escopo se detêm os ruralistas.

Convém recordar que a matéria ambiental está longe de ser algo de disputas de pequena monta. Na verdade, os conflitos socioambientais existentes no Brasil e em todos os continentes, referem-se a conflitos de alta densidade de tensão – com muitos deles resultando, além da apropriação material, de ferimentos e homicídios cuja gravidade apela à consciência coletiva – sutilmente mascarados por uma linguagem que ostenta dissimulações e mitigações. No Brasil, ainda não há, por exemplo, varas especializadas nos estados federados para o cuidado das questões ambientais – o que denota a forma subsidiária como

4 Uma análise sociojurídica realizada por Andrade Júnior e Maniglia dos argumentos acerca da mudança do código florestal brasileiro, sob a perspectiva crítica do direito agrário, favorece a compreensão do processo e dos argumentos utilizados, pelo que a recomendamos (cf. ANDRADE JÚNIOR; MANIGLIA, 2011).

os problemas ambientais são tratados, em desconsideração à sua abrangência e importância prioritárias.

No segundo caso, relativo à violência doméstica e pública, notamos igualmente uma displicência no âmbito das políticas públicas. Ainda que, por exemplo, no âmbito da legislação nacional haja importantes diplomas legais, como a Lei Maria da Penha, para os casos de violência doméstica contra a mulher, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, para os casos de violência destinados a estas faixas etárias, a prática da violência doméstica está longe de assumir índices toleráveis, acobertada por um sistema simbólico-tradicional de poder, bastante arraigado na sociedade.

No caso das mulheres, a submissão afetiva e a preocupação com as condições de vida dos filhos, estimuladas pelos costumes sociais patriarcais, mais do que necessidades financeiras, faz com elas permaneçam, mesmo em condições insuportáveis de convivência, com o parceiro agressor. No caso dos idosos e crianças, a vulnerabilidade de suas condições e o silêncio de familiares e vizinhos, promove o crime de cuidadores e ou dos que possuem o poder familiar.

Em todos os casos, na esfera microcós mica se reflete o que há na esfera macrocós mica das relações de poder, de violência simbólica, de *habitus* e de imputação de verdades universais e incortonáveis (“doxa”). A violência privada é alimentada e mantida por aquilo que Bourdieu ataca como “hipocrisia coletiva”, protegida, não poucas vezes, por aqueles de quem se esperaria uma defesa.

A violência pública, explicitada por conta da ineficácia do ordenamento jurídico estatal de penetrar os diversos segmentos sociais, é favorecida pela negligência ou inoperância do estado presente (ou ausente!) nos espaços periféricos da sociedade mundializada. No fundo, a violência comparece como reação ou produto das formas concentradas de poder cultural, simbólico e econômico presentes nas articulações transnacionais, que no fundo sustentam este estado de coisas. Referimo-nos, explicitamente, à dominação associada aos lucros exorbitantes e desumanizantes em escala global da produção e comércio de entorpecentes, bebidas, armas, tráfico de pessoas, animais, produtos derivados da exploração/destruição da fauna e da flora, e até da apropriação de

material genético e do conhecimento tradicional acumulado ou mesmo dos materiais produzidos à custa da precarização do trabalho e até da escravidão.

Esse sistema mundial se alimenta e favorece da universalização dos costumes e do consumo, da destruição das formas coletivas comunitárias e suas bases tradicionais, do desrespeito ao ser humano, bem como a exploração e esgotamento dos recursos naturais.

Em última instância, violência doméstica e pública, embora com acentos muito distintos em relação ao universo de análise, conformam-se plenamente à violência simbólica, sutil e camuflada, operada pelos detentores do poder econômico e sustentada pelas máscaras estatais, legislativas e judiciárias, que se apresentam como “democráticas e defensoras dos direitos humanos”, mas que, ao fim, reproduzem e amplificam o terror e a insegurança que sustentam a violência.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alguns elementos são descortinados mediante a perspectiva da Sociologia do Campo Jurídico, ao modo da compreensão de seus dois principais expoentes (Bourdieu e Dezalay), e constituem elementos essenciais para o avanço da Sociologia do Direito no contexto americano. São eles: 1. A estruturação, homologia e ortodoxia da ciência do direito comparecem como elementos de violência simbólica, mediante elementos sutis da linguagem e dos ritos da comunicação jurídica; 2. Esse poder simbólico de que se valem os operadores do direito é também ele fonte de desigualdades porquanto exclui parte significativa da população da efetivação e eficácia dos direitos fundamentais; 3. O campo jurídico é imbuído de contágios de manobras político-econômicas e do caráter concorrencial da globalização hegemônica, que transcendem a esfera local, e cujo enfrentamento, complexo e amplo, demanda ações nos âmbitos da micro e da macrosfera sociais, na emergência de redes de enfrentamento transfronteiriças e, se possível, transnacionais; 4. A Sociologia do Direito tem um papel crucial na abordagem do campo jurídico e de desvendamento dos interesses e conflitos subjacentes às disputas de poder por dizer o direito; 5. Em razão do caráter

interdisciplinar e eminentemente crítico da Sociologia do Campo Jurídico encetada por Pierre Bourdieu, entendemos que sua aplicação ao contexto sociojurídico latino-americano é de grande pertinência e relevância e permite desvendar os mecanismos e estratégias de poder atinentes aos sistemas de direito, e, ao mesmo tempo incita à dialogia e a uma maior amplitude de visão, que, isoladamente, a ciência do direito não alcança.

Todavia, é preciso estabelecer os nexos existenciais, mesmo para além da perspectiva da escola iniciada por Bourdieu, o que demanda a recomposição das relações genuínas e integrais dos seres humanos, em vista da empatia, da readequação axiológico-simbólica e da alteridade, sem o qual a racionalidade instrumental, técnica e científica, se torna um jogo absurdo e incoerente de poder, que desintegra e fragmenta a sociedade, o conhecimento e a prática, e que conduz a sofrimentos humanos indescritíveis, indesejados e desnecessários.

A abordagem de Pierre Bourdieu, associada à sequência de estudos capitaneados por Yves Dezalay é bastante adequada à abordagem das desigualdades sociojurídicas do Continente. Por não ser estritamente descritiva e tampouco conservadora imprime abertura de compreensão das estruturas sociais e de poder e promove uma "revolução simbólica" ao propiciar novo conjunto de critérios avaliativos e práticas de resiliência ante a fragmentação de sentidos comunitários e à hegemonia político-econômica.

Por fim, é forçoso convir que a perspectiva sociológica de Pierre Bourdieu e Yves Dezalay no âmbito da ciência jurídica tem duas grandes contribuições inegáveis, a saber: 1. Fomenta a pesquisa – haja vista que para o enfrentamento dos problemas, com sua complexidade macro e microsociais, e a sua superação em novos moldes e alternativas, demanda um conhecimento agudo e renovado das causas que os cercam e das maneiras eventuais de abordagem; 2. Propicia o incremento da função social do Direito, especialmente no âmbito da esfera pública, lançando-o para além dos seus próprios muros ou estruturas “pasteurizadoras”, que o isolam do fluxo social no momento de sua ebulição. No âmbito da Sociologia em geral, e da Sociologia do Direito, em particular, é essencial essa conexão entre o que se ensina e pensa no interior da academia e da produção do direito (“doxa) com a aplicação concreta e eficaz em vista da

redução dos desafios de miséria e desigualdades sociais (“práxis”).

O campo jurídico e os juristas, cuja racionalidade é alimentada por aparente e precedente neutralidade e naturalização do poder, intervêm como elementos reguladores da multiterritorialidade. O controle do território e da ortodoxia, tomados como complexos simbólicos, passa inevitavelmente por mecanismos de produção de normas. A perspectiva ora apresentada permite a ressignificação dos mecanismos sociojurídicos de poder.

REFERÊNCIAS

ADELMAN, J.; CENTENO, M. A. Between Liberalism and Neoliberalism: Law’s Dilemma in Latin America. In: DEZALAY, Y.; GARTH, B. G. (org). **Global prescriptions: the production, exportation, and importation of a new legal orthodoxy**, 2005, p. 139-161.

ANDRADE JUNIOR, J. R. P.; MANIGLIA, E. “A reforma do Código Florestal: as mentiras contadas e as verdades não ditas”. In: MANIGLIA, E. (org). **Direito, políticas públicas e sustentabilidade: temas atuais**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011, p. 19-28.

BANCAUD, A., DEZALAY, Y. Des "grands prêtres" du droit au marché de l'expertise juridique : transformations morphologiques et recomposition du champ des producteurs de doctrine en droit des affaires. In: **Politiques et management public**, vol. 12 n° 2, 1994, pp. 203-220.

BOURDIEU, P. La distinction. **Critique sociale du jugement**, Paris: éd. de Minuit, 1979.

_____ “La force du droit: éléments pour une sociologie du champjuridique”, **Actes de la recherche en sciences sociales**, 64, 1986, p. 3-19.

_____ “La codification”. In: BOURDIEU, P. **Choses dites**. Paris: Minuit, 1987, p. 94-105

_____ “Les juristes, gardiens de l’hypocrisie collective ”. In: CHAZEL, F.; COMMAILLE, J. (org). **Normes juridiques et régulation sociale**, Paris, LGDJ, coll. « Droitet Société », 1991, p. 95-99.

_____ **O poder simbólico**. 11a. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BOURDIEU, P. ; CHUNG, B. “Mondialisation et domination: de la finance à culture”. In: **Cités (Bourdieu politique)**, n. 51, 2012, p. 129-135.

BRASIL. **Lei Federal n. 12651/12**, o “Novo Código Florestal”, dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; que revoga a Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965 e alterou outros diplomas legais, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 05 de abril de 2015.

_____ **Lei Federal 4.771, de 15 de setembro de 1965** – Código Florestal revogado; Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 05 de abril de 2015.

_____ **Lei Federal 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 05 de abril de 2015.

_____ **Lei Federal 20.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 05 de abril de 2015.

_____ **Lei Federal n. 11.340, de 07 de agosto de 2006**. “Lei Maria da Penha”. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 05 de abril de 2015.

DEZALAY, Y. Vendre du droit en (ré-)inventant de l’Etat: strategie constitutionnelles et promotion de l’expertise juridique dans le champ du pouvoir d’Etat. In: COHEN, A.; VAUCHEZ, A. **La Constitution européenne**: elite, mobilizations, vote. Bruxelles: Editions de l’Université de Bruxelles, 2007, p. 271-289 (pósface).

_____ **Marchands de droit**: la restructuration de l'ordre juridique international par les multinationals du droit. Paris: Fayard, 1992.

_____ Juristes purs et marchands de droit: division du travail de domination symbolique et aggrégation dans le champ du droit. In: **Politix**. v. 3, n. 10-11, 1990, pp. 70-91

DEZALAY, Y.; GARTH, B. G. Les usages nationaux d’une science globale: la diffusion de nouveaux paradigmes économiques comme stratégie hégémonique et enjeu domestique dans le champs nationaux de reproduction des élites d’Etat. In: **Sociologie du travail**, 2006.

_____ “Introduction”. In: DEZALAY, Y.; GARTH, B. G. (org). **Global prescriptions**: the production, exportation, and importation of a new legal orthodoxy. Michigan: University of Michigan Press, 2005, 1-11

_____ International strategies and local transformation: preliminary observations of the position of Law in the Field of State Power in Asia. In: ALFORD, W.; MIYUZAWA, S. (org). **Raising the Bar**: the emerging legal profession in Asia. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

_____ Legitimizing the New Legal Orthodoxy. In: DEZALAY, Y.; GARTH, B. G. (org). **Global prescriptions: the production, exportation, and importation of a new legal orthodoxy**. Michigan: University of Michigan Press, 2005, p, 306-334.

_____ **Global palace wars: lawyers, economists and the contest to transform Latin American states**. Chicago: University of Chicago Press, 2002.

_____ La construction juridique d'une politique de notables. Le double jeu des patriciens du barreau indien sur le marché de la vertu civique. In: **Genèses**, 45, 2001, p. 69-90

_____ **Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order**. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

DRAKE, P. **Money doctors, foreign debts, and economics reforms in Latin America from 1890s to the present**. Milghinton.: Jaguar Books, 1994.

GUIBENTIF, P. "Os direitos subjetivos na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann". In: SCHWARTZ, G. (Org.). **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 171- 198

HEIDRICH, A. L. "Espaço e multiterritorialidade entre territórios: reflexões sobre a abordagem territorial". In: PEREIRA, S. R., COSTA, B. P.; SOUZA, B. C. (orgs). **Teorias e práticas territoriais: análises espaços-temporais**. São Paulo: Expressão Popular, 2010

LEBARON, F.; _____ "La distinction: oeuvre-carrefour de la sociologie de Pierre Bourdieu". In: LEBARON, F.; MAUGER, G. **Lectures de Bourdieu**. Paris: Ellipses, 2012, p.155-167.

_____ "Ethos capitaliste, ethos de classe. Quelques remarques autour des notions d'éthos, habitus et sens moral". In: LAUGIER, Sandra (dir.), **Normativités du sens commun**, Paris, PUF, « CURAPP », 2010.

LOMNITZ, L. A.; SALAZAR, R. Cultural elements in the practice of Law in Mexico: informal networks in a formal system. In: DEZALAY, Y. ; GARTH, B. G. (org). **Global prescriptions: the production, exportation, and importation of a new legal orthodoxy**, 2005, p. 209-248.

MIYAZAWA, S.; OTSUKA, H. Legal Education and the reproduction of the Elite in Japan. In: DEZALAY, Y.; GARTH, B. G. (org). **Global prescriptions: the production, exportation, and importation of a new legal orthodoxy**, 2005, p. 209-248.

MARTIN-CRIADO, E. “L’Algérie comme terrain d’apprentissage du jeune sociologue”. In: LEBARON, F.; MAUGER, G. **Lectures de Bourdieu**. Paris: Ellipses, 2012, p.77-93

MAUGER, G. “La théorie de la pratique”. In: LEBARON, F.; MAUGER, G. **Lectures de Bourdieu**. Paris: Ellipses, 2012, p. 125-153

PONZILACQUA, M. H. P. **Conflitos socioambientais, direito e ONGs**. Curitiba: Honoris Causa, 2011.

_____ **Natureza domesticada? – Análise da proteção jurídica dos biomas paulistas**. Ribeirão Preto: FDRP, 2012.

PONZILACQUA, M. H. P . **Chamando o direito às falas**: linguagem do direito, cidadania e emancipação sociopolítica. Franca SP: Unifran, 2010.

SCHLOSBERG, D. **Defining Environmental Justice**: theories, movements and nature. Oxford: Oxford University Press, 2007.

SMULOVITZ, C. The discovery of Law: political consequences in the Argentine Case. In: DEZALAY, Y.; GARTH, B. G. (org). **Global prescriptions**: the production, exportation, and importation of a new legal orthodoxy, p. 249-275

SOUBIRAN-PAILLET, F. Quelles voix(es) pour la recherché en sociologie du droit en France aujourd’hui? In: **Genésés**, 15, 1994, pp. 142-153.

**ORIGENS DA DESIGUALDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL:
O RETRATO PÓS GLOBALIZAÇÃO E AS ALTERNATIVAS SURTIDAS AOS
TRABALHADORES ALVO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO NO
SÉCULO XXI**

Paula Garcez Corrêa da Silva,
Lucio Antônio Machado Almeida,

RESUMO: O estudo empreendido trouxe informações de caráter histórico, jurídico e sociológico, relacionadas à ordem social brasileira. Pretendeu demonstrar com isso a extensão da irradiação de efeitos que uma ordem ratificada por gerações. A partir da tentativa de identificar as razões intrincadas, e, portanto, não explícitas para a dificuldade em que consiste o enfrentamento de padrões mantidos historicamente, se buscou trazer exemplos de formas de superação de tais empecilhos e alternativas ao entendimento de que organizações de trabalho necessariamente devam se ater aos padrões estabelecidos a partir de cenários que em muito distam das condições atuais, em ambiente democrático e inundado de informações e alternativas até então desconhecidas. Foram abordadas teorias economicistas relacionadas à desigualdade em diálogo com obras sobre a formação do povo brasileiro as maneiras de organização do trabalho, sob enfoque do que se denomina economia solidária.

PALAVRAS CHAVE: desigualdade; inclusão de trabalhadores; economia solidária.

1 INTRODUÇÃO

As relações de trabalho no Brasil do início do século vinte e um são amplamente debatidas, quando observadas as tradicionais de emprego, em que existe um responsável pelas obrigações de cunho social relacionadas à força de trabalho, da qual faz uso para a produção de bens e serviços. É mais difícil encontrar discussões doutrinárias ou acadêmicas no âmbito jurídico sobre as relações de trabalho dos servidores, ou daquelas informais, sobre o que este artigo se debruça.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que remonta a década de 1940 e a tudo o que este período significa em relação às mudanças sociais mundiais foi determinante para as alterações econômicas que se seguiram a sua chegada. Nos idos da primeira década do século seguinte, no entanto, já não consiste no ponto de partida para um debate mais condizente com as políticas públicas de inclusão de trabalhadores de baixa renda.

Em especial no que diz com o trabalho dos catadores de materiais recicláveis e da implantação da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), Lei nº 12.305/2010, que pretende uma alteração nos paradigmas sociais estabelecidos há séculos. Isto se dá não apenas no que diz com a massa de trabalhadores a que se destina incluir no mercado formal de trabalho, mas, principalmente, com a responsabilidade da administração pública em contratar com esta força de mobilização. – até então invisível socialmente - mediante forma e critérios distintos dos habituais engendrados há séculos nas relações de poder.

Diante da investigação sobre as razões históricas aptas a justificar o cenário que hoje se apresenta – e será identificado em pormenores nos limites possíveis - a abordagem aqui proposta apresenta o avanço social que permitiu a inclusão destes trabalhadores, até então ignorados pelas instituições no ordenamento positivo. Cumpre também tratar dos importantes empecilhos sociológicos que ameaçam a alteração de um estado de produção sob enfoque diverso daquele que se desenvolve no tecido social brasileiro desde a colonização.

Veremos, portanto, algumas nuances de viés jurídico sociológico no desenvolvimento das relações de trabalho autogestionárias de baixa renda com o poder público. Tal abordagem tem a pretensão de contribuir com o estudo e debate sobre as possibilidades de êxito de uma forma verdadeiramente alternativa de economia, integrada com o mercado, sem absorver algumas de suas mazelas historicamente enraizadas.

2 PONTO DE PARTIDA PARA A ANÁLISE DAS RELAÇÕES DE TRABALHO INFORMAIS E AUTOGESTIONÁRIAS SOB A ÉGIDE DE POLÍTICAS PÚBLICAS INCLUSIVAS NO BRASIL

A despeito da pretensão de observação do cenário doméstico, algumas considerações devem ser procedidas, mesmo até para situar o Brasil na ordem econômica mundial.

Diante disso, alguns acordos semânticos prévios se apresentam úteis para o entendimento claro do quanto se pretende tratar. Para começar, o sentido atribuído ao termo “formal” no que diz com o trabalho, aqui significa e representa o vínculo de emprego nos moldes estabelecidos pela CLT, que exige para sua configuração habitualidade, paga mediante salário e subordinação. Também pode ter o sentido de regularização, através de registro nos órgãos competentes e recolhimento de tributos mediante constituição da personalidade jurídica de associações e cooperativas. São estas as *formas* atualmente existentes para a reunião de pessoas que pretendem somar sua força de trabalho para alcançar melhores condições de renda.

Em síntese, desde o século XVI do associativismo, cooperativismo, economia social, economia popular à economia popular solidária resumem-se num esforço de composição de organização. Ambas, independente da época, sejam sob a lógica da produção ou do consumo, tem esbarrado em um mesmo obstáculo a competição no mercado. Como produzir solidariamente se o *lócus* da realização é o mercado? E, ainda, como evitar a competição entre os constituintes da própria organização? A resposta não é simples, no entanto é possível percebê-la.

[...]

Desse contexto depreende-se que as formas solidárias são inequivocamente um potente instrumento para promover a inclusão social. No entanto, para sua efetiva potencialização é necessário muito mais do que movimentos ou ações isoladas, é preciso que a sociedade entenda a forma solidária como outro modo de produção cujos princípios básicos são a propriedade coletiva ou associada ao capital e o direito à liberdade individual. Que se tenha como objetivo comum a solidariedade em lugar da competição entre os agentes produtivos. (REIS, 2005, p. 1-69).

Renda e produção são termos a serem empregados como faz Piketty em *O Capital no Século XXI*, no sentido de embasarem a análise da taxa de crescimento dos países (PIKETTY, 2014, p. 33). Renda do trabalho, portanto, é o benefício direto que permite a acumulação, no caso de inexistência de patrimônio

herdado, o que precisa ser pontuado. Estar-se-á diante da análise de relações de trabalhadores desprovidos de qualquer possibilidade de acumulação até os dias de hoje, cenário que insinua sensível alteração na última década.

Quando a menção ao assistencialismo se fizer necessária, o significado que se pretende englobar com a expressão é: a percepção do sentimento de paternalismo, de uma semi-responsabilidade, que representa sensações altruístas e benemerentes, mas não efetivamente um compromisso de longo prazo com a redução da desigualdade de renda. Por outro lado, o compromisso com a redução da desigualdade poderia ter um melhor alcance com uma leitura mais próxima com os mandamentos constitucionais de redução da desigualdade como os previstos no art.3º da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Nesse sentido, Almeida alerta a necessidade de se articular um novo princípio constitucional, o princípio da mobilidade social, que segundo o autor: “o princípio da mobilidade social teria a igualdade como uma finalidade própria, mais especificamente a igualdade no acesso à educação, trabalho e renda dos grupos historicamente discriminados” (ALMEIDA, 2014, p. 46-47). Resultaria também da articulação do princípio da mobilidade social uma contribuição importante na redução da desigualdade nas relações de trabalho.

Não serão adotadas quaisquer das referências utilizadas por Gilberto Freyre na obra sobre a qual nos debruçaremos: *Sobrados e Mucambos* (de 1936). Nenhuma das seguintes palavras será mencionada: *gente de cor, mulatos, pardos, mestiços*. Aqui, a palavra eleita é negro. Ao mencionar empreendimentos de economia solidária (EES), estaremos nos dirigindo a todo e qualquer reunião de trabalhadores para otimização do trabalho sem subordinação e mediante autogestão.

Países ou nações em desenvolvimento, de terceiro mundo, pobres, menos privilegiados serão expressões utilizadas aleatoriamente para designar de um modo geral aqueles povos que não europeus ocidentais ou norte americanos - Estados Unidos e Canadá. Não será adotada nenhuma forma específica de designação usada por este ou aquele autor. Nas questões tratadas sob enfoque internacional além de Thomas Piketty, outro referencial teórico é o economista francês, Joseph E. Stiglitz – reconhecido pelo estudo da assimetria de

informações entre agentes de mercado e ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 2001. Isso explica a adoção de jargões da linguagem econômica, que, cremos com firmeza, não pode ser afastada do debate, antes ao contrário.

Acreditamos desnecessário dissertar com maior profundidade sobre a modificação das relações de trabalho visualizadas em período anterior a revolução industrial. A alteração decorrente da transição entre o sistema feudal e majoritariamente agrário para a sociedade industrial, por evidente e óbvio considera que a riqueza dos detentores da produção agrária se transmutou na riqueza dos detentores dos meios de produção.

Na verdade, em todos os países a desigualdade da riqueza – e dos ganhos de capital provenientes do estoque detido – é sempre bem maior do que a desigualdade dos salários e da remuneração do trabalho. (PIKETTY, 2014, p.46)

Ao que eu saiba, não existe nenhuma sociedade, em nenhuma época, em que observemos uma distribuição da propriedade do capital que possa ser razoavelmente qualificada de “muito pouco” desigual, isto é, onde a metade mais pobre da população possua parte significativa – digamos, um quinto ou um quarto – do patrimônio total. (PIKETTY, p. 252).

Voltemos, portanto, ao que interessa: a desigualdade que gerou a massa de trabalhadores alijados de direitos e que, atualmente são alvo de políticas públicas de inclusão. Desigualdade esta, que teve seu início pós revolução industrial. O cenário de caos social, humano e sanitário visualizado nos países que, como a Inglaterra exemplifica ricamente, se depararam com a mecanização da indústria, não é nenhuma novidade para os que se interessam por ciências sociais. O *factory act* – legislação protetora dos trabalhadores, ainda que sem limitação de jornadas, de 1833 – dá conta da situação que pretendeu regulamentar.

Independente da seara em que procedida análise da evolução da sociedade moderna, seja por economistas, juristas, sociólogos, filósofos, médicos, ou em qualquer outro ramo de estudo, a situação de miséria, a aglomeração de pessoas em pequenos espaços urbanos, a aceitação de trabalho de crianças, o desrespeito às mulheres e as jornadas extenuantes resultaram em mudanças nas relações de trabalho. Inúmeras inovações nas demandas por igualdade se visualizassem a partir do fim do século XVIII na Europa, de onde se disseminaram. Enquanto isso, no Brasil, a Coroa Portuguesa legislava sobre a

proibição de indústrias e exercia forte política expropriatória, com altas taxas de tributos sobre os produtos da terra.

Estas inovações se deram no aspecto tecnológico, sanitário, de saúde pública e, como não poderia deixar de ser, no âmbito das ideias e do debate que culminou, no século XIX com o que se propagou como *luta de classes*. As tentativas de organização do trabalho de forma alternativa ao sistema clássico de emprego já se visualizaram desde o início da industrialização na Inglaterra, Irlanda, Escócia e Estados Unidos e também foram descritas no âmbito doméstico, com suas particularidades.

Tanto que, excetuada a confraria católica, foi no escravo negro que mais ostensivamente desabrochou no Brasil o sentido de solidariedade mais largo que o de família sob a forma de sentimento de raça e, ao mesmo tempo, de classe: a capacidade de associação sobre base francamente cooperativista e com um sentido fraternalmente étnico e militantemente defensivo dos direitos do trabalhador. (FREYRE, 2004, p.148).

No entanto, a sobrevivência de grupos organizados de trabalho que contrapuseram e visam contrapor o sistema majoritário e historicamente determinado exclusivamente pela defesa da propriedade privada, até agora não se visualizou de forma suficiente a que seja considerada uma alternativa economicamente viável, pelos economistas tradicionais. Mas não só por eles. Tampouco os operadores do Direito reconhecem a força do trabalho organizado mediante autogestão como alternativa econômica, o que se diz com respeito às sempre saudáveis exceções.

E para um Empreendimento Econômico Solidário (EES), o que significa viabilidade econômica? Considerando que viabilidade econômica pra um EES tem o mesmo significado do que pra um Empreendimento Capitalista (EC), podemos afirmar que todos os EESs são economicamente inviáveis, ainda que suas(seus) trabalhadoras(es) estejam capacitadas(os) para entender a linguagem econômica e pra administrar um empreendimento.

[...]

Quando um autor fala de atividade não atrativa, refere-se justamente aos EESs. Os EESs pertencem ao que Milton Santos chamou de circuito inferior. (TAVARES DA SILVA; PEREIRA DE CASTRO, 2013, p.144-145).

A experiência de Rochdale é invariavelmente citada como o marco inicial do cooperativismo. São da Inglaterra de 1844 os primeiros registros de uma ordem pioneira na forma de organização do trabalho. No entanto, quer nos parecer mais interessante para demonstrar o grau de dificuldade de implantação de modo de produção alternativo, a experiência de Robert Owen. Também

conhecido como iluminista humanitário, perseguiu a industrialização ética em contrariedade à industrialização selvagem (DE MASI, 2014, p. 437). E isso, mediante implantação efetiva, nos empreendimentos que fundou e administrou. Esta foi uma das mais ricas e frustrantes experiências para os defensores de uma via alternativa e solidária. Depois de tentar implantar o aludido modo de organização do trabalho na Escócia, fracassou. Fez nova tentativa nos Estados Unidos. Igualmente derrotado, retornou ao Reino Unido e, no fim da vida, renunciando ao cooperativismo, se tornou líder sindical e ato contínuo e demonstrativo da sua força na crença do que determinou sua vida, morreu espiritualista.

Os casos de fracasso são desestimulantes. No entanto, existem outros que demonstram de forma clara que, independente da opção política, o ideário de bem estar social e não exploração é, sim, o norte para a atuação das sociedades modernas que perseguem a redução da desigualdade.

O partido trabalhista inglês, por exemplo, tem origem no *fabianismo*, que por sua vez é a defesa de uma caminhada lenta e gradual rumo a uma sociedade organizada de forma a assegurar aos seus cidadãos condições igualitárias e aos seus trabalhadores, o controle dos meios de produção. Seu símbolo é o de uma tartaruga, e sua inspiração é uma estratégia de guerra através da qual a vitória veio após dezessete anos – a Segunda Guerra Púnica. Ou seja, foi um movimento que respeitou desde sempre a premissa de que alteração de paradigmas históricos não se dá no curto prazo. Essa a razão de sua menção aqui: as mudanças sérias e determinantes em uma sociedade não acontecem no curto prazo.

É justamente esta noção de responsabilidade do Estado sobre questões de importância social que remanesce até os dias atuais. No entanto, esta noção de responsabilidade não se mostrou capaz de impedir a desigualdade, que nesta década foi finalmente reconhecida pelo Fundo Monetário Nacional como o problema que sempre impediu um desenvolvimento econômico equilibrado. Depois da crise mundial de 2008, não houve como mantê-la distante da agenda política, como se vê do primeiro estudo publicado reconhecendo a importância de sua redução para o crescimento das nações, em fevereiro de 2014:

This leaves a large research and policy agenda. Even given these results about average effects, it remains important to try to make redistribution as efficient as possible. And further insight into the mechanisms at play would help sharpen our understanding and policy recommendations. Our results here highlight the urgency of this agenda.⁵ (OSTRY et al, 2014, p. 26).

Em obra de 2002, o ex-economista, chefe do Banco Mundial - instituição integrante do sistema das Nações Unidas responsável pela injeção de investimentos expressivos nas reformas judiciárias nos países em desenvolvimento, em especial no Brasil - assim se manifestava sobre a atuação do Fundo Monetário Internacional perante os países em desenvolvimento:

Sem dúvida nenhuma, um pouco do sofrimento era necessário, mas, na minha opinião, o nível de sofrimento sentido pelos países em desenvolvimento, na maneira como tem sido conduzido pelo FMI e pelas organizações econômicas internacionais é muito maior que o necessário. (STIGLIZ, 2002, p. 31).

Sendo o Brasil um país cujo desenvolvimento é marcado pela atuação dos organismos internacionais, não se pode deixar de pontuar que, enquanto a crise no estado de bem estar social se visualizava nos países ricos, na América Latina e no Brasil, o que se tinha na mesma época era a *ausência* de bem estar social. Daquele momento para o atual, depois de terem retornado à democracia, os países latino americanos têm caminhado no sentido de resgatar suas identidades e assegurar os direitos dos excluídos, ainda que de modo pouco efetivo, dado o abismo entre muito ricos e os demais e às práticas vigentes desde a colonização. As políticas públicas estabelecidas nas últimas duas décadas, demonstram a força da participação social na caminhada pela mudança na estratificação até hoje existente no país.

Retomando a questão da influência das instituições internacionais de suporte aos países pobres no dia a dia deles, vejamos o que aconteceu no Brasil recentemente, por obra direta do Banco Mundial: O “*Documento Técnico del Banco Mundial número 319S: El Sector Judicial en la America Latina y el Caribe – Elementos de Reforma*”, datado de 1997, defendeu o acesso à justiça como vínculo entre desempenho judicial e atividade econômica. Os mecanismos

⁵ Isto nos deixa uma grande agenda de pesquisas e políticas. Mesmo tendo em conta estes resultados sobre os efeitos médios, continua sendo importante tentar fazer a redistribuição o mais eficiente possível. E maior conhecimento sobre os mecanismos em jogo ajudará a moldar o nosso entendimento e a recomendação de políticas. Nossos resultados aqui destacam a urgência dessa agenda. Tradução nossa.

alternativos de resolução/solução de conflitos (MARC/MASCs) - *alternative dispute resolutions (ADR)* e as possibilidades de atuação do Poder Judiciário como instituição viabilizadora da segurança de mercado, objeto das propostas de reforma do organismo internacional, denotam o viés ideológico que as informou:

A expansão das escolas de direito americanas e europeias para a Ásia na última década é impressionante. Ideias e tradições jurídicas são forçadas a competir em mercados distantes. Ao mesmo tempo, eles também são forçados a competir dentro das organizações internacionais no intuito de capturarem e determinarem as suas agendas de políticas jurídicas. A este respeito, por exemplo, a Análise Econômica do Direito tem sido bem sucedida, e muito disso se deve à forte posição dos economistas nas organizações internacionais como o Banco Mundial ou o Fundo Monetário Internacional. (GAROUPA, 2011, p. 15).

As reformas processuais havidas em 2004 no país por meio da emenda constitucional número 45, marcharam sutilmente no sentido de aproximação dos jurisdicionados com a instituição. A maior delas, a mais apta a demonstrar a pertinência do debate sobre a influência no Brasil das orientações do Banco Mundial para a reforma do Poder Judiciário na América Latina é a súmula vinculante. Exemplo claro de importação de institutos alienígenas divorciados de uma análise histórica e cultural. A inclusão no regramento processual da vinculação das decisões de primeiro grau às súmulas das Cortes Superiores, que, sabidamente, não são processadas como um sistema de precedentes exige, pode ser lida como perseguição do ideário de segurança jurídica para o mercado.

O que procuramos aqui é esclarecer que uma análise das relações de trabalho entre os alijados de participação política é imprescindível para a transformação deles em mobilizadores ativos, e não pode se dar de modo divorciado do panorama mundial atual. E é esta a causa e a razão para a aproximação de Freyre e Piketty, aparentemente tão distantes. O ponto de partida para a análise das relações de trabalho autogestionário para população de baixa renda, alvo de políticas inclusivas no Brasil, portanto, é sua observação como parte integrante da economia globalizada.

3 O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL ENTRE OS EXCLUÍDOS E O PODER PÚBLICO

Observado o desenvolvimento social da ordem social brasileira, não há como afastar a conclusão de que houve - sempre - o culto à desigualdade, seja racial, seja econômica. A justiça no Brasil, até 1790, era senhorial, o que significa dizer que o poder de repressão e a jurisdição eram dos donatários, que nomeavam os ouvidores, que por sua vez exerciam a fiscalização. Evidente que se está diante de quase trezentos anos de abuso de poder, que dizimou – no mínimo culturalmente – a população sem escrita local.

Quer nos parecer útil mencionar que a perspectiva de observação dos povos sul americanos sem Estado, sob o enfoque de deliberação coletiva e não de atraso como o senso comum ocidental vem pregando há séculos, é o que atualmente se conhece como *Perspectivismo Ameríndio*. Conforme seu teórico, Eduardo Viveiros de Castro, etnólogo americanista⁶, significa que:

Esse é um mundo em que você não tem um ponto de vista dominante, soberano, monárquico. Ao contrário, a condição do sujeito está espalhada, dispersa. Não tem uma transcendência, um ponto de vista do todo, privilegiado. O perspectivismo é o correlato cosmológico, metafísico, da ideia de sociedade contra o Estado, do Pierre Clastres. (VIVEIROS DE CASTRO, 2014).

Fácil compreender a necessidade de práticas antidemocráticas durante a colonização brasileira para manutenção de uma ordem social baseada nas premissas de poder total aos detentores de vastas áreas de terras a si outorgadas por compadrio. E, após o período colonial o debate sobre os direitos dos povos indígenas se estendeu até os dias de hoje, a exemplo da delimitação da Reserva Raposa Serra do Sol⁷. Após a independência, portanto, pouco mudou:

Assim prosseguiu a história. Marciano Ribeiro, o mesmo que, como quarto vice presidente, assumiria a presidência da Província em 1835, visto que “mais pronto estava”, ou seja, era dos farroupilhas, havia, ao menos nos anos 1820, negado direito de propriedade aos índios nas Missões sob um argumento de inegável profundidade jurídica, um ato perfeito: os índios nunca tinham tido posse legal das terras. (MACHADO DA SILVA, 2010, p.82).

Merece destaque o fato de que, nada obstante a intenção do governo ibérico de libertar os índios do trabalho escravo positivada em 1609, foram os

⁶Disponível em : <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4783546H3>
⁷PET 3388, julgada pelo Supremo Tribunal Federal e publicada em 2009.

colonos quem reagiram veementemente contra sua implantação e houveram reações violentas que acabaram por incluir no regramento legal, dois anos depois, a permissão da escravidão mediante comprovação de existência de *guerra justa*, o que por evidente, diante do espaço para definição do que seria justo ou não justo, além de intensificar a rejeição aos jesuítas.

Por volta do final do século XVIII, na Bahia, a proporção de escravos era de cinquenta e sete pontos percentuais da população recenseada (Schwartz, 1979, p.192). Na mesma época, os índios e negros eram passíveis de pena de morte, além das violências físicas que nenhum ineditismo apresentam, eis que retratadas sob todas as formas: cinema, teatro, literatura e tradição oral. Ainda sobre o controle social, no século XVIII ou os brancos eram perdoados, ou os escravos soltos de modo a não prejudicar seu proprietário. Ficavam no limbo e a mercê das autoridades os brancos pobres e os negros libertos, a quem hodiernamente chamamos de excluídos.

A análise da transformação social do Brasil necessariamente deve considerar a realidade que Freyre pretendeu retratar na sequência de sua obra mais popular, *Casa Grande & Senzala*. A formação das cidades, as condições em que as populações se movimentaram e a tese da amalgamação social são importantes para a fixação do fato de que as cidades sempre tiveram uma nuance de prosseguimento dos engenhos e estâncias e da ordem de subordinação que lá vigorava. Os mais abastados se dirigiam às cidades para ali estabelecerem comércio e relações mais intensas e diretas entre si. Os demais, os serviam, realizando atividades penosas e degradantes. Não esqueçamos dos “tigres” – escravos que carregavam sobre as costas baldes de excrementos que, escorrendo por suas costas os manchavam de mais claro, lembrando os felinos.

Como se visualiza nos dias de hoje, ao redor daqueles que têm mais, se estabelecem os que vão atender suas necessidades. A cada nova residência urbana, vários serviços se mostravam necessários em uma sociedade em que a ostentação desde seus primórdios era aceita e a quantidade de escravos, demonstração de poder. Como paradigma entre os séculos, elege-se o fenômeno dos condomínios. Às voltas dos condomínios residenciais fechados *surgem*

ocupações e casebres, em que aqueles que prestam serviços domésticos ou não aos habitantes das “cidades dentro das cidades”, constroem suas vidas.

Não se trata de uma ordem orgânica e natural, em que a riqueza passa a estar vinculada à capacidade egoísta de ser dispor os dons subjetivos, trata-se, sobretudo, de uma deformação no processo que origina as condições de desenvolvimento humano na sociedade de pessoas.

[...]

É perceptível, cada vez mais, a relação existente entre a distribuição de renda e riqueza e o caos estrutural que mapeia a orla organizacional dos povos nos centros urbanos mundiais. (CUSTÓDIO, 2011,p.14-15).

Assim como na Europa industrial os cortiços se estabeleceram, no Brasil aconteceu o mesmo movimento. No entanto, aqui os estratos mais baixos não lograram se organizar da forma como ocorreu no velho continente. A construção de um povo necessariamente conta com sua identidade, forjada através dos tempos. Para a união de um país de proporções continentais, ela é importantíssima. E é sabido que a história é contada pelos vencedores. Dessa conjunção é que resultou a sociedade brasileira atual. Rememore-se, para bem colorir a figura do ideário de sociedade brasileira, a apresentação para “Sobrados e Mucambos” por Roberto da Matta, escrita em 2003:

Gilberto Freyre abre espaço para uma visão positiva de nós mesmos. Faltou unidade política, sem dúvida, mas houve integração através da casa grande; tivemos escravidão e parasitismo social, é certo, mas isso não impediu uma ascensão social do mulato e não engendrou um racismo fixado em leis, inventor de uma verdadeira guerra entre “brancos” e “negros”, como é o caso dos Estados Unidos e da África do Sul;[...] (FREYRE, 2004, p. 15).

Tiradentes, nos idos de 1785, fora decapitado e suas partes expostas em praça pública. Sua figura remanescente na história oficial, é de um homem barbado, o que o alferes sequer poderia ser. Mais um exemplo raso da formação da identidade nacional. A Revolução Farroupilha (1835), no século seguinte, fora financiada pela venda de negros (MACHADO DA SILVA, 2010, p.19). A Guerra de Canudos, de 1896, sufocada mediante crimes de lesa humanidade:

A cabeça de Antonio Conselheiro, que morreu antes da tomada do arraial, foi cortada e mandada para exame pelos cientistas da época. Nina Rodrigues não encontrou no crânio do beato nenhum sinal de fanatismo congênito. Prisioneiros foram degolados, inclusive mulheres e crianças. Afonso Arinos, em *o Comércio*, de São Paulo, citado por Edmundo Moniz em *Canudos: a luta pela terra* (1988), fez a pergunta que ainda hoje exige resposta: “Por que mesmo começou a guerra?[...]”. Foi por preconceito, ignorância e fanatismo republicano. (MACHADO DA SILVA, 2010, p.319).

No início do século passado houve o episódio da Revolta da Chibata, que originou a música de Aldir Blanc e João Bosco, o Mestre Sala dos Mares⁸: O contingente de trabalhadores na Marinha Brasileira nos últimos anos do século XIX era majoritariamente de negros, que era espancado e violentado habitualmente em casos de insubordinação. O *navegante negro*, gaúcho de Encruzilhada do Sul, aos vinte e poucos anos já havia cruzado o oceano Atlântico, e, ciente de revoltas, tais quais a do Encouraçado Potemkin na Rússia de 1905 pleiteando melhores condições de trabalho atuou, cinco anos mais tarde, na defesa dos interesses dos marinheiros mal tratados na capital, o Rio de Janeiro. Torturado com os demais, internado em manicômio e expulso da Marinha sem vencimentos, acabou na miséria mais profunda e teve as pedras pisadas no cais como monumento. Foi anistiado postumamente⁹.

Nos anos setenta do século passado, a chamada Guerrilha do Araguaia contou com menos de cem guerrilheiros. Contra este contingente foram mobilizados pelo Exército Nacional sete mil soldados, aviões, helicópteros e adotado Napalm, mesmo artifício usado no Vietnã para desfolhar matas e localizar os insurgentes (MORAES; SILVA, 2005).

Quer nos parecer mais acertado afirmar que o povo brasileiro aceite os desmandos dos governantes e a perenização da desigualdade, mais por reatividade à repressão do que por docilidade resultante da miscigenação como parece advogar Gilberto Freyre e a despeito do que se conclui da algumas passagens da literatura moderna:

Na manhã de 26 de fevereiro, uma multidão aglomerada no Largo do Rocio, atual Praça Tiradentes, exigia a presença do rei no centro do Rio de Janeiro e a assinatura da Constituição liberal. D. João ficou muito assustado e mandou fechar todas as janelas do Palácio São Cristóvão, como fazia em noites de trovoadas.
[...]

8 Glória a todas as lutas inglórias
Que através da nossa história não esquecemos jamais.
Salve o navegante negro
Que tem por monumento as pedras pisadas do cais.
Mas salve Salve o navegante negro
Que tem por monumento as pedras pisadas do cais. Mas faz muito tempo.

9Lei 11.756/2008: Art. 1º É concedida anistia *post mortem* a João Cândido Felisberto, líder da chamada Revolta da Chibata, e aos demais participantes do movimento, com o objetivo de restaurar o que lhes foi assegurado pelo Decreto no 2.280, de 25 de novembro de 1910.

D. João ficou apavorado com a lembrança de uma cena da ainda recente Revolução Francesa.

[...]

Percebeu que, em lugar de ofensas e gritos de protesto, a multidão aclamava seu nome. Ao contrário do odiado Luis XVI, o rei do Brasil era amado e querido pelo povo carioca.

[...]

O retorno da corte deixou o Brasil à míngua, às vésperas de sua independência. Ao embarcar, D. João VI raspou os cofres do Banco do Brasil e levou embora o que ainda restava do tesouro real que havia trazido para a Colônia em 1808. “a realeza, que acabava de viver na corrupção, fizera um verdadeiro assalto ao erário brasileiro.” escreveu o historiador Oliveira Lima. Testemunha ocular dos acontecimentos, a viajante inglesa Maria Graham conta que “o tesouro ficou tão pobre” que D. Pedro foi obrigado a adiar o reajuste dos soldos dos militares, prometido antes da partida do rei. Isso só aumentou o clima de descontentamento e insegurança no Brasil. “Os fundos para manutenção de diversos ramos da indústria e várias obras de interesse público desapareceram com esse repentino sangradouro”, observou a inglesa. (GOMES, 2007, p.321/322).

Durante o Estado Novo, o *pai dos pobres*, Getúlio Vargas, foi, reconhecidamente o que se chamaria modernamente de gênio do *marketing*: a Hora do Brasil que ainda hoje ocupa o horário das sete horas da noite em todas as rádios do país, é de 1938, e obra sua. O referencial teórico aqui adotado, relembre-se, foi lançado em 1936. Havia um departamento governamental específico para[...] publicidade oficial. O presidente unificou o sistema de ensino, se apropriou de lutas alheias e celebrou datas de amplo apelo popular. Sobre o histórico da legislação trabalhista, indispensável tecer homenagem àquele que efetivamente pagou o preço pela luta: Maurício Lacerda, pai do opositor figadal de Vargas, Carlos Lacerda:

Do ponto de vista simbólico, portanto, Lacerda usurpou seu lugar, mas isso é normal e até inevitável entre pai e filho. Oculta-se na sombra do imaginário um outro usurpador, pérfido, terrível, ninguém menos do que Getúlio Vargas. Justiça do Trabalho, jornada de oito horas, férias remuneradas, repouso semanal, indenização por dispensa sem justa causa – as bandeiras do pai foram arrebatadas por Getulio e postas a serviço de sua ambição, enquanto descartava Maurício, que em nome delas quase morrera nas prisões do presidente Arthur Bernardes (1922-1926). FRIAS Filho, 2014, p. 34.

Até os idos de 1930, os direitos dos trabalhadores não eram positivados. O sistema de proteção formal teve início, se é que se pode dizer isto, com a adoção da Carteira de Trabalho, em 1932 e a inclusão de direitos na terceira constituição brasileira. Não é possível esquecer-se deste fato. Assim como também não pode ser olvidado que, mediante a adoção do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

(FGTS), o Estado brasileiro consolidou uma verdadeira apropriação indevida, assimilada pelo paternalismo que se erigia como forma de perpetuação de poder. Com isso, fortaleceu ainda mais o controle social.

Se não, veja-se: o Estado afirma: “trabalhador, não sabes gerir teu próprio patrimônio, mas eu o farei. Para isso, imporei ao teu empregador que recolha porcentual sobre teu salário, e, quando quiseres comprar uma casa ou fores acometido por alguma doença que possa te tirar a vida, eu te permito que use este valor que foi mensalmente apropriado por mim, e sobre o qual fiz o uso que bem quis. Só levantas o valor que te pertences se teu contrato for rescindido por iniciativa do teu empregador, sem justificativa. Porque, se fizeres por merecer teu desligamento, não levantas absolutamente nada.” Em síntese, é uma leitura possível do que é o FGTS, até os dias de hoje e sobre a qual nos responsabilizamos inteiramente.

No entanto, a despeito da menção obrigatória à legislação protetiva do trabalhador, onde estão aqueles que não têm contrato formalizado? Que trabalham nas ruas, que tem profissões e ocupações que não se enquadram dentre aquelas passíveis de controle? Que recebem o indispensável à subsistência e portanto, não se inserem em estatísticas nem tampouco em números oficiais? É este o caso dos catadores: “Uma parte considerável da coleta de materiais recicláveis é feita por catadores de maneira informal, e assim não é contabilizada nas estatísticas oficiais.” (IPEA, 2012, p.17).

Na verdade, tal escolha metodológica por parte das administrações públicas nacionais e internacionais não é nada neutra: os relatórios oficiais têm por objetivo informar o debate público sobre as distribuições de renda, mas, na prática, costumam apresentar uma versão artificialmente branda da realidade. (PIKETTY, 2014, p.262).

O reconhecimento do trabalho dos catadores - que reflete a disseminação de novas formas de trabalho - remonta apenas ao ano de 2002, quando incluído na Classificação Brasileira de Ocupações do Ministério do Trabalho. Reportamo-nos aqui a trabalho anterior, que dissecou o arcabouço jurídico em que se insere a luta dos catadores por reconhecimento e respeito a sua forma de trabalho¹⁰.

Na prática, tal reconhecimento não teve efeito, mas não pode ser esquecido na rememoração da identidade e da força política, que acabou por

10 Ver: CORREA DA SILVA, 2014, p.; 291-306

resultar na edição do decreto que determinou à administração pública federal que destinasse seus resíduos às associações ou cooperativas de trabalhadores de baixa renda, e que, quando da promulgação da PNRS, recebeu um capítulo a parte para tratar exclusivamente da prestação de serviços de coleta por catadores.

Essas transformações também afetaram a fundo a estrutura dos empregos: quando a produção por habitante cresce 35-50% no espaço de trinta anos, isso significa que uma fração substancial da produção realizada hoje - entre um quarto e um terço das carreiras e das tarefas realizadas hoje não existiam há trinta anos. (PIKETTY, 2014, p.99).

O espaço público é o campo de trabalho dos catadores individuais. É do seu trabalho que a reciclagem no Brasil se esteia, em regime de franca exploração por atravessadores. Simplificando: nas cidades onde existe coleta seletiva – divisão entre resíduos recicláveis e orgânicos – realizada por empresas contratadas mediante licitação, aos catadores organizados resta apenas a triagem do material recebido pelas empresas contratadas pela municipalidade e sua revenda – invariavelmente em galpões insalubres e sem manutenção -, e aos catadores individuais, a seleção do resíduo *in loco*, ou seja, nas calçadas onde depositados antes de o caminhão da coleta regular ou de particulares que agem livremente sem qualquer fiscalização ou regulamentação. No entanto, uma política pública de inclusão como é a PNRS, pretende romper com este ciclo e alterar, a consciência coletiva de que o lixo não pertence a ninguém e que, posto para fora de casa, não existe.

Existe. É um problema ambiental severo, representa um mercado expressivo e valoroso e configura um âmbito realmente propício para o estabelecimento de uma nova ordem de trabalho e geração de renda, que a partir da PNRS se desenrola necessariamente perante a autoridade municipal, ente federado responsável pela prestação do serviço de limpeza urbana e, no mais das vezes, comprometido com padrões de contratação estáticos e desatentos à responsabilidade social que desempenham.

De fato, é no espaço municipal que o ator social deixa o plano da abstração e da generalidade e passa a ser entendido e considerado diante de suas especificidades e necessidades concretas. É também da esfera local, portanto, a partir do Município ou do espaço regional, que se possibilita a efetiva atuação dos atores na construção de uma normatividade e na formação de decisões públicas decorrentes da apropriação do espaço público pela sociedade, dentro dos limites e

pressupostos da democracia participativa, compatíveis, portanto, com a ordem constitucional. (HERMANY, 2010, p. 218).

O trabalho dos catadores organizados pode contar também com o dos catadores individuais – de rua – que comercializariam com seus pares e, juntamente com maior quantidade de material poderiam receber valor maior do que o percebido mediante entrega direta ao atravessador, que geralmente contribui para a miserabilidade daqueles que contam apenas com o pagamento do material entregue solto – sem sequer prensar – pagando o mínimo possível e alheio a qualquer forma de fiscalização pelo Estado.

Quase o mesmo sucedia com relação ao peixe, que à primeira vista se supõe fosse um alimento fácil para a gente mais pobre das cidades; para a população das casas térreas, dos mucambos e dos cortiços dos fins do século XVIII e dos primeiros decênios do XIX. Mas também o suprimento de peixe tornou-se um comércio doinado por grandes proprietários de terras, donos, no Nordeste, de currais entre as praias e os arrecifes ou com viveiro dentro do sítio; pelos atravessadores e pela própria burguesia dos sobrados. (FREYRE, 2004, p.290) .

Ao mesmo tempo, a contratação de catadores pela municipalidade exige o compromisso desta para com as questões de infra estrutura, que legalmente é sua responsabilidade. Logo, se torna de imediato uma contratação exigente: além da quebra de paradigmas sociais, há rompimento de paradigmas administrativos corruptos, há muito assimilados pela administração pública brasileira. Não se espera que uma associação ou cooperativa de catadores vá fraudar uma licitação ou adimplir com pagamento de parte de seus vencimentos ao poder concedente, mesmo porque, na maioria das organizações de catadores não existe até o momento formalização suficiente a ponto de enfrentar um certame, ainda exigido ou utilizado como parâmetro para a negativa de contratação, a despeito da liberação inserida no ordenamento desde 2007¹¹.

Em vigor desde o ano de 2011, a PNRS ainda não foi implementada¹². Como sói acontecer, estabelecido prazo até agosto de 2014 para que os municípios encerrassem as atividades dos lixões, depois de se manterem inertes por todo o período ou de buscarem alternativas flagrantemente contra qualquer princípio de sustentabilidade tais como a incineração – a ser abolida na União

¹¹ Lei nº 11.445, de 08 de janeiro de 2007

¹² Para consulta sobre os dados relativos ao Rio Grande do Sul, consultar: <http://www.tce.rs.gov.br/docs/RelPlanoSaneamentoResSolidos.pdf>. Acesso em 10/03/2015

Europeia até o ano de 2002 – os municípios, através de pressão política, obtiveram postergação do prazo final, em absoluto prejuízo do interesse público.

A elaboração de uma política destinada a incluir no mercado trabalhadores até então ignorados e marginalizados, é uma oportunidade que não pode ser desperdiçada. No entanto estes trabalhadores sofrem a rejeição dos cidadãos, que não reconhecem o direito dos catadores ao uso dos espaços públicos e muito menos de receber pelo trabalho que prestam. Trabalho este que é exclusivamente devolver à cadeia produtiva o material passível de reciclagem, que não será aterrado e, portanto, contribuirá para uma economia sustentável.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por evidente que a limitação do presente trabalho impediu o aprofundamento da questão. Algumas particularidades relacionadas à dificuldade de implantação de um cooperativismo verdadeiro já foram publicadas em trabalho anterior, ao qual nos reportamos: “O caso dos Catadores de Materiais Recicláveis: a angústia de quem pretende um cooperativismo verdadeiro” (CORRÊA DA SILVA, SEVERO, 2013).

O enfoque aqui pretendido foi o de demonstrar que as dificuldades enfrentadas pelo trabalhadores por questões históricas agravadas devido a características exclusivas do Brasil, se veem até os dias atuais perseguindo reconhecimento e direito ao trabalho que desempenham. Esta busca por inclusão, ainda que de forma totalmente contrária ao padrão relacionado ao emprego, não pode ser vista no curto prazo. A inclusão não é questão assistencial, mas de responsabilidade efetiva para com as novas gerações.

Outras questões precisam necessariamente ser exauridas para que a construção de um novo modelo de relação entre o poder público e estes cidadãos pelos quais nunca se responsabilizou e que hoje são objeto de sua obrigação. Obrigação esta, expressa por força de dispositivos legais e complexos, instituídos pela Política Nacional de Resíduos Sólidos.

São elas: (a) o principio do poluidor pagador, que impõe custos diretos não só ao poder público como à iniciativa privada. Por força do que se chama

Logística Reversa atrai investimentos que, por não considerarem a realidade social atual a rejeitam e ceifam qualquer possibilidade de concorrência e por isso, impõem enfrentamento crítico; (b) as formas alternativas de contratos com a administração, desamarrados da carga burocrática natural àquelas estabelecidas mediante licitação, pois impõem, no caso de contratações, exigências muito além da capacidade administrativas das organizações; (c) a regulamentação dos empreendimentos de economia solidária, de forma a permitir que sobrevivam perante o mercado não solidário a que pretendem se inserir; (d) a conferência de prestígio jurídico às incubadoras de empreendimentos de economia solidária, que são a relação mais próxima das associações e cooperativas com as instituições do Estado através das Universidades; e por fim, (e) a inclusão nos currículos acadêmicos e técnico, de preparação para formação de gestores públicos e integrantes do Poder Judiciário de disciplinas que contemplem a nova ordem do trabalho e suas formas estranhas a relação convencional de emprego.

O que se buscou foi intensificar o debate sobre as novas relações de trabalho visando o aumento da renda e a redução da desigualdade. Tal objetivo se torna ainda mais relevante, devido às projeções de que esta desigualdade tende a se agravar ainda mais nas próximas décadas, sem as amarras conceituais forjadas por séculos de estratificação social irresponsável. Se alguma reflexão esta leitura causar, já será de grande valia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, L. A. M. Uma Nova Categoria de Princípio: Princípio da Mobilidade Social. Análise do voto do Ministro Ricardo Levandowski na ADPF 186 – A constitucionalidade das cotas raciais. **Revista da Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo**, v.3, n.1, janeiro/dezembro 2014.

CORRÊA DA SILVA, P. G. Desafios na implementação da Política Nacional dos Resíduos Sólidos (PNRS): uma análise jurídico-sociológica da eficácia das ações coletivas na solução de impasses. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul, número 07, p. 291-306

_____; SEVERO, V. S. **O caso dos catadores de materiais recicláveis: a angústia de quem pretende um cooperativismo verdadeiro.** Justiça do Trabalho, Porto Alegre, v. 30, n. 359, p. 81-92, nov. 2013.

CUSTÓDIO, A. V. Desenvolvimento urbano: Um discurso sobre a organização socioambiental e habitacional sob a panorâmica da igualdade e da justiça em John Rawls. In: CUSTÓDIO, A. V.; BALDO, I. J. (Org.). **Meio Ambiente, constituição e políticas públicas**, Curitiba, Multideia, 2011. p. 11-25.

DE MASI, D. **O futuro chegou**. Rio de Janeiro. Casa da Palavra. 2014.

FREYRE, G. **Sobrados e Mucambos**: decadência do patriarcado e desenvolvimento do urbano. 15ª edição revisada. São Paulo, Global, 2004.

FRIAS FILHO, O. O tribuno da imprensa. **Revista Piauí**, Rio de Janeiro, 91, p.30-38, abril 2014.

GAROUPA, N. A Análise Econômica do Direito: do “paroquialismo legal”. In: **Systemas, Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**, v. 3, nº 1, p. 2-21, 2011, disponível em:
<<http://revistasystemas.com.br/index.php/systemas/article/download/47/41>>, acesso em 22/02/2015.

GOMES, L. **1808**: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil. São Paulo, Editora Planeta do Brasil, 2007.

HERMANY, R. As políticas públicas na perspectiva do princípio da subsidiariedade; uma abordagem municipalista. In: HERMANY, R. (Org.). **Gestão local de políticas públicas**. Santa Cruz do Sul, IPR, 2010.p. 192-222.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA APLICADA. **Diagnóstico dos resíduos sólidos urbanos**. Relatório de pesquisa 2012, disponível em http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/121009_relatorio_residuos_solidos_urbanos.pdf, acesso em 21/02/2015.

MACHADO DA SILVA, J. **História regional da infâmia**: o destino dos negros farrapos e outras iniquidades brasileiras (ou como se produzem os imaginários). Porto Alegre, L&PM, 2010.

MORAES, T.; SILVA, E. **Operação Araguaia**: os arquivos secretos da guerrilha. São Paulo, Geração Editorial, 2005.

NETTO, A. D. (entrevistado). O poderoso Delfim. **Revista Piauí**, nº 96, setembro 2014, editora Alvinegra, Rio de Janeiro. Disponível em:
<<http://revistapiaui.estadao.com.br/edicao-96/vultos-da-republica/o-chefe>>. Acesso em 21/02/2015.

OSTRY, J. D.; BERG, A.; TSANGARIDES, C. G. Redistribution, Inequality and Growth, In: **International Monetary Fund - IMF Staff Discussion Note**,

February, 2014, disponível em
<<http://www.imf.org/external/pubs/cat/longres.aspx?sk=41291>>. Acesso em
22/02/2015

PIKETTY, T. **O capital século XXI**, Rio de Janeiro, Intrínseca, 2014.

REIS, C. N. Economia Solidária: um instrumento para inclusão social. In:
Primeiras Jornadas de História Regional Comparada, 2005, Porto Alegre.
FEE, 2005. v. 1.

SCHWARTZ, S. B. **Burocracia e sociedade no Brasil Colonial**: a Suprema
Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751.

STIGLITZ, J. E. **A globalização e seus malefícios**. São Paulo, Futura, 2002.

TAVARES DA SILVA, P.; PEREIRA DE CASTRO, M., LUBLINER, T. M.
Reflexões e práticas sobre consumo e finanças solidárias: contribuição crítica à
economia solidária. In: **INCUBADORA TECNOLÓGICA DE COOPERATIVAS
POPULARES DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
(ITCP/UNICAMP)**. COLETIVA II: Campinas. Ed. Unicamp. 2013.p. 142-159.

VIVEIROS DE CASTRO, E. (entrevistado) **O antropólogo contra o Estado**.
Piauí, Rio de Janeiro, nº88, janeiro 2014, p. 16-23. Entrevista concedida a Rafael
Cariello.

BASQUE LANGUAGE: THE VALUE OF BASQUE IDENTITY THE CASE STUDY OF BASQUE SCHOOLING

Lorena Ortuoste Ibarzabal

Ihintza Palacin Mariscal

The UN Independent Expert on minority issues, Rita Izsák said, as she presented her report to the UN Human Rights Council in Geneva in 2013, that “*language is a central element and expression of identity and of key importance in the preservation of group identity*”¹³. For our research, we are going to focus in the Basque Country and the Basque language (*Euskara*) as the key of Basque culture and identity.

In order to proceed, we need to define what do we understand by Basque Country. Basque Country is defined as the country of the Basque people or it can be defined also as the country of the Basque speakers. It comprises seven regions, divided between, on the one hand, the Autonomous Communities of the Basque Country¹⁴ and Navarra (located in Spain), and, on the other hand, the Basque Country in France¹⁵. Indeed, Basque Country is divided between two nation-states. These regions are homeland to the Basque people, their culture and traditions, and most importantly for our study, their language (*Euskara*).

Basque language (*Euskara*) is the ancestral language of the Basque people. It is believed to be the only surviving pre-Indo-European language in Western Europe. Moreover, a standard *Euskara* has been created in the late 1960s. This *Euskara Batua* (Unified Basque) was created in order to be understood and used by all Basque speakers in formal situations. In addition to that, traditionally there are five main Basque dialects, three in Spain and two in France.

Therefore, the Basque Country and *Euskara* are divided between two countries. French nation-state has a long trajectory of trying the complete cultural

¹³Rita Izsák, Geneva, 12 March 2013.

¹⁴Bizkaia, Gipuzkoa and Araba.

¹⁵France, we can find three regions: Lapurdi, Behe-Nafarroa and Zuberoa.

absorption of minorities (including the Basque minority). Spain, however has tried to accept, in a higher or lower degree, some autonomy to the Basque minority. For instance, nowadays the Autonomous Community of Basque Country in Spain have some cultural and political autonomy, as an effect of some constitutional devolution. However, even in these “privileged” Basque regions, the implementation of the linguistic policies depend mostly on the will of the different political parties in power and administrative levels.

The aim of this paper is to describe the threats to the Basque language as the central issue to analyse some of the paradigms of the struggles suffered by the Basques. These threats come from both sides of the border: from the Spanish and the French territories. During the historical process of creating the French and Spanish nation-states, both governments have tried to suppress the Basque language and its identity. Besides, we claim that the reason of all these struggles are the inability to effectively translate human rights into practice. In order to proceed, we are going to use the thick description theory introduced by Clifford Greetz in his book *The Interpretation of Cultures* of 1973. Indeed, we need an ethnographic methodology in order to explain the more we can the depths of this issue.

From the point of view of the Spanish territory, we argue that although there have been many attempts to eliminate the Basque culture during Franco’s regime, Basque language has survived and that it is constitutionally protected nowadays.

However, from the perspective of *Iparalde*¹⁶ and Navarra, the scope of protection is still weak. Nevertheless, the European supranational scope provides the appropriate mechanisms to protect the Basque language¹⁷.

All this brings us to wonder ourselves **how the Basque language has been maintained as a main value within the Basque identity**. We are going to focus, in order to answer this question, in the case of Basque schools.

We must introduce, first, why the Basque language is THE value within the Basque identity and culture, in order to approach later the attempt of Franco to

¹⁶ French side of the Basque Country.

¹⁷ For this paper, we are not going to focus deeply in the European protection of the Basque minority. We are going to stress the Spanish and French national protection policies.

transplant the Spanish identity inside *Hegoalde*¹⁸. This will lead us to analyse the legal framework of the Basque Country located in Spain nowadays. Secondly, we want to analyse the issues and evolutions of Basque schooling in *Hegoalde* in order to compare it, thirdly, to the Basque schooling in *Iparralde*.

1 BASQUE LANGUAGE AS THE VALUE

According to Ken Hale¹⁹: *“as language disappears, cultures die. The world becomes inherently a less interesting place, but we also sacrifice raw knowledge and the intellectual achievements of millennia”*. Indeed, language is intrinsic to culture; it has an important social function and it is linked to individual and collective identity. However, in the concept of modern nation-states which governs nowadays most of the European countries, the maintenance of the languages of the various ethnic and cultural groups has been - and still is - an important issue. In the case of *Euskara*, we can even say that the loss of this language will imply the loss of Basque culture.

Following this thought, we could say that Basque language is a main value within the Basque identity. Furthermore, it can be considered as THE value; it is the “dasein” as Heidegger would state in *Being and Time*, *“being in the life, by means of the life”*, *“being in the language, by means of the language”*. We can add to this statement that, in the words of Wittgenstein, *“the limits of our language are the limits of our world”*. Thus, *Euskara* for Basque people is not just a language; it is a way of being, feeling, breathing and living.

The fact of seeing the main value - Basque language - threatened (Franco's period) supposed the awakening of the Basque identity conscience. Considering that collective identity means consciousness, when Basques started to be aware of the danger of their own language and territory, their own identity and people, the need to recovery started. Indeed, the threats and the necessity of keeping the signs that compose the Basque stolen identity made them stronger defenders of

¹⁸ Spanish side of the Basque Country.

¹⁹ Ken Hale, Massachusetts Institute of Technology, quoted in Friedman T.L., *The Lexus and the Olive Tree: understanding globalization*. 2000. p. 291.

their culture. Further, we can say that in this case, by the negative use of law, the Basque identity has been strengthened in Spain.

If we analyse the threat of Basque identity in France, we can also see that the law has structured the collective identity in this part too. In order to explain it briefly, we are going to focus only in the ruling of the Constitution of the fifth Republic of France. Indeed, if we refer nowadays to the Constitution of 1958, we find that, according to the Article 1, "*France shall be an indivisible, secular, democratic and social Republic.*" This contrasts with the decentralised monarchy of Spain. However, there is also the Article 72 which explains the administrative division of France in Communes, Departments and Regions. This could also include a sort of recognition of Basque Country in France, but *Iparralde* is located inside another bigger region which is Aquitaine. Another point to make would be the non-recognition of Basque language or culture by the French State (and, by extension, the Constitution). Like for the case of Spain, we can say that the law, which had, in this case a centripetal structuring role of the French Nation-State identity, has also a centrifugal force and structure the Basque collective identity.

It is known that both Spain and France nowadays protects Human Rights. This also implies a non-discrimination of citizens and a democratic state. However, we still see that in the case of Basque citizens, much more needs to be done. We are going to discuss here the problem of Basque schooling both in *Hegoalde* and *Iparralde*. If we take the case of Spain, we need to take into account the context of a dictatorship, and how it evolved; whereas in the case of France, we need to take into account how the French Republic is thought in an unitarian and centralised way.

2 COMPARISON BETWEEN FRANCO'S ATTEMPT TO TRANSPLANT AND THE OUTCOME (NOWADAYS)

The characteristics that we want to highlight here are, firstly, the repression of the Basque minority in Spain by Franco, secondly, the legal framework of the franquist regime, and thirdly, the regime as how it looks nowadays under the Constitution of 1978.

A. Franco's repression to the Basque minority

Franco's regime in the Basque Country was not only shown in the most painful expressions (torture, jail, misery), but in many other ways.²⁰

"Let's breath" - said Oteiza²¹ (1908-2003) - *"because the Basque soul breaths in a different way"*. Without the Basque people, the authors and protagonists of their History, without Basque language, without Basque territory and without an appropriate teaching there can not be a Basque political project.

Thus, in order the "active subject" to have vital conscience of his/her transcendency , this subject needs to be in possession of the peculiarities and signs of identity that mark him/her as such.

Not only does identity imply consciousness, but also intellectual effort within the legal philosophical and sociological discourse. As Shopenhauer once said *"all effort or aspiration is born from a necessity, from a dissatisfaction with the present status and it is, therefore, a pain while is not being satisfied"*. This pain, this dissatisfaction, this necessity was very present for the Basque people during Franco's regime; all the repression of the dictatorship were threats to their identity and the Basque people fought with all the weapons they had to keep - it and even develop it - through the culture and language.

Between these signs of identity, in the Basque case, there was one that played and still plays the main role: the Basque language.

B. Fundamental Acts of the Franquist regime

Franco's dictatorship was characterized by the "Fundamental Acts of the State", a set of seven laws that organized the state power during the regime of

²⁰ Some examples can be the banning of the Basque language, the ridiculing of the Basque flag and the Basque flute (Txistu), the abolishment of any printing except from the ones in Latin or Spanish language and the consecration of the fascist teaching.

²¹ One of the maximum exponents of the Basque School of Sculpture in XX century.

general Franco. More than a Constitution, it was an “agreed Charter” (Carta Acordada), as they were not produced nor approved by elected representatives.

These laws were: the Labour Act²²; the Congress Act; the Spanish Act²³; the National Referendum Act (1945)²⁴; the Act for the succession of the head of the State (1947)²⁵; the Act of the principles of the National Movement (1958)²⁶; the State Law (1966)²⁷ and the Act for the Political Reform of 1976 (after Franco’s death)²⁸.

Franco died in 1975. He had elected Juan Carlos (the King of Spain)²⁹ as his successor. The King elected the President of the government: Carlos Arias Navarro first and Adolfo Suárez after. This last Act of 1976 (Act for the Political Reform) allowed the first democratic elections in 1977. It was passed by the Congress and then brought under referendum. We can not forget that this law was passed by a dictatorial Congress.

It is remarkable that the process of recovering the Basque language had already started during Franco’s period. In the decade of 1960, the first ikastolas³⁰ were opened and, thus, the Basque children could study in their language. At the same time, the movement in favour of the Basque culture began.

²² Fuero del Trabajo-1938. An interventionist law that regulates the labor and economic life, concretely in questions related to the labor day, vacations, the minimum wage and prices.

²³ Fuero de los Españoles-1945: this law attributed the ability to dictate rules to Franco.

²⁴ The use of the referendum is established for important matters. The law of Succession of the head of the state makes the referendum obligatory to modify the fundamental laws.

²⁵ It regulates the succession. Spain is formed as a kingdom. Franco remains as Head of State for life and has the option to name his successor. The Council of the Kingdom and the Council of Regency are created.

²⁶ It establishes a few ruling principles of the juridical pro-Franco classification.

²⁷ The aims of the State are enumerated, the powers of the head of the State are fixed as well as his political responsibility.

²⁸ By means of this law the minimal conditions were established to choose a Congress by universal suffrage, which enabled them to proceed to the constitutional reform of the Fundamental Laws being the juridical instrument that allowed articulate the Spanish Transition. Instead of breaking with the structure of the state, the existing legal mechanisms were used for the modification of the system, establishing the channels for the creation of a parliamentary Monarchy.

²⁹ King of Spain from November 22, 1975 until June 19, 2014, date of his abdication and of the access to the Head of the State of his son Philip VI. He holds the title of the King of Spain for life and continues being a general captain of the Armed Forces in the reserve, although he does not exercise constitutional functions but only protocol ones as member of the Royal Family.

³⁰ Educational centers where the language used for teaching was the Basque, in a moment in which this language was not present in the educational public systems.

C. The legal framework nowadays

As this shows, the attempt of Franco to transplant the Spanish collective identity in Basque Country failed and nowadays a more comprehensive legal framework works in Spain. However, the Basques still have struggles to maintain their main value: the Basque language. If we refer to the example of Basque schooling, we see that there is still a need of improvement, specially in the case of the Autonomous Community of Navarra.

The democratic process in Spain started after the elections of 15th June, 1977. From a legal point of view, many aims according to the Basque language (and Basque identity) have been achieved in Spanish state. A lot has been done, even if it still remains a lot to be done.

The sources of law in Spain are divided among:

- the primary ones: Constitution, domestic laws and international treaties;
- the secondary sources of law: custom, general principles of the law
- and clarifying sources of law: case-law.

In one of these sources, the Spanish Constitution of 1978 we can observe the next Articles protecting the rights of minoritarian communities and minoritarian languages (as Basque Country and Basque language respectively): Preamble, Article 1.1, Article 2, Article 3.2, Article 3.3, Article 10.2, Article 14, Article 20.1 (all of them described in the Annex I).

In the same way, in the Autonomy Status from the Basque Country, we find the following laws, guaranteeing, from the legal point of view, the use and development of the Basque language: the law 1/1993 19/02 of the public Basque school (Article 18³¹) and the law 10/1982 24/11 of the normalization of the use of the Basque (Preamble³²). These laws imply a recognition of the Basque language

³¹ ARTICLE 18: *"The Basque and the Spanish languages will be incorporated necessarily into the programs of education developed in the public Basque school, in order to obtain a real training for the comprehension and expression, oral and written, in both languages, in such a way that, at least, they could be in use as languages of social relation and ordinary use."*

³² PREAMBLE: *"The Constitution and the Autonomy Statute of the Basque Country entrust to the public power of the Autonomous Basque Community the adoption of the measures to assure the development and the normalization of the use of the Basque language, considering its double*

as the main value of the identity of the Basque Autonomous Community and as an instrument of full integration of the individual through its knowledge and ordinary use.³³ Indeed, we find this in many articles, which are listed in the Annex II.

Not only in the National area have been achieved these goals; also in the area of the International law. Legal instruments as the Declaration of the Human Rights and the International Agreement for the Protection of the Minorities, contemplate these rights towards the most unprotected groups.

However, in this endeavour of trying the Basque language to recover step by step its space, PNV (right-wing Basque independent party) asked for official treatment of the Basque language in an European directive on professional mobility. This party complains about the oblivion from the Spanish state of the other co-official languages existing in its territory. The PNV member in the European Parliament said that the Spanish state does not work for the real recognition of the linguistic rights of everybody.

One thing is what it is written in the Constitution, and other the spirit of this document. The vast gap, the complexity that in abstract level has been taken into account, once is implemented in the ground, it can become a more difficult situation to be handled.

D. Comparison

Comparing the use of the legal means to describe the relationship between law and Basque situation in Franco's period and now, we can wonder what was in the Basque country that did not fit with the Spanish state.

First of all, we will say that we are speaking about a dictatorship, therefore, there was not any fundamental right alive. The unity that Franco tried to build killed the uniqueness and the equity under a false equality.

dimension as a fundamental part of the Cultural Heritage of the Basque People and, together with the Spanish, as a language of official use in the Territory of the Autonomous Community."

³³ Part of the Preamble of the Law 10/1982 24/11 of the normalization of the use of the Basque from the Statute of Autonomy of the Basque Country (1979). http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/pv-110-1982.t2.html#a15 (last checked in February 2015).

Nowadays, however, it is not possible to speak about the world without mentioning and accepting the legal pluralism. Even Tamanaha³⁴ who was the first criticizing it, ended accepting it. Also Boaventura de Sousa Santos³⁵ enlarged the concept of law from monolithic perspective to a pluralistic frame. In this pluralistic situations, the different legal orders have their own criteria to consider what and how is to be ruled. They have different logics (local and national), and it is not possible compare them. Franco did not respect this plurality and tried to eliminate it.

What did not allow Basque identity flourish? Something related to cultural differences or economic ones? Or, perhaps other type of confrontation? Indeed, it is possible to distinguish different types of legal pluralism based in ethnicity, economic and voluntary activities and also based in military law (with their own normativity).

We would say that both possibilities could converge in the Basque case: cultural and economic differences. The first and the main cultural difference we can underline is the language. The Basque language was not forbidden by law (unlike the printing in Basque, was banned; only was allowed in Latin or Spanish language). Indeed, there was being carried out a process of humiliation of the Basque language and culture in general, and, at the same time, a process of acculturation through the teachers in the public schools and also through the workers in the industrialized Basque country³⁶.

In front of this “unity” that Franco wanted to impose in Spain, we find, nowadays, a plural country. The pluralism (“let it be”) implies what it is done with this plurality (“it is”), with the diversity; the first one seems to have the solution for the latter one. In Franco’s dictatorship what happened is that this pluralism was denied (monism).

³⁴ Renowned jurisprudence and law and society scholar

³⁵ Phd in Sociology of law by the university of Yale and professor of Sociology in the university of Coimbra

³⁶ Most of the educators of the public schools were selected from the rest of the Spanish state, making sure that the Basque language was not used. And buses from all over Spain arrived to the Basque country to work on the metallurgical, steel and iron working fabrics on expansion. In this way, Franco covered the necessity of workers in Basque companies while achieving his goal of exterminating the Basque culture through the internal migration.

And can we consider the repression of Franco as a part of Basque identity? It does not take part within the identity of the Basque people, but it is true that the dictatorship woke them up. The fact of seeing threatened their identity, underlining always the language as the vernacular thread, made them become the most intense defenders of the Basque culture.

We can conclude saying that what Franco attempted in the Basque Country was what Sally Merry would call “vernacularization”³⁷ and Galit Sarfaty “internalization”³⁸. These two authors use this term while speaking about the process of translating the human rights from the global sphere to the local one.

This process is composed of three steps:

- Transplant: travelling law
- Appropriation: reapplication of the law
- Translation: local practice

But the type of transplant we are speaking about is not the change of a carburetor inside the motor of a car. This is the transplant of a kidney where everything has to fit perfectly.

In the case of human rights and indigenous communities, for example, this process is not free of tensions. The cause of this clash can be the marginalization of indigenous people by others who think they know more about indigenous culture than indigenous people do. As Bohannan said related to the Nigerian case “*it is not possible to use English categories to describe Nigerian case*”; in the same way, it was not possible to use Spanish categories and impose them on the Basque country. Clifford Geertz would say that lawyers and anthropologists are situated in opposite sides and that we should distinguish between legal sensibilities and different concepts of law; the first one related to collective duties and the second one to personal duties. He wanted to close the door between these two areas.

³⁷ Merry, Sally Engle. 2006. Legal transplants and cultural translation: Making human rights in the vernacular. In *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*, by Sally Engle Merry, pp. 134-178. Chicago : Chicago University Press (Chicago Series in Law and Society). In *Readings (IISL-Oñati 2014-2015)*. Oñati.

³⁸ Sarfaty, Galit A. 2012. Reconciling Interpretive Gaps: Economizing Human Rights. In: *Values in Translation: Human Rights and the Culture of the World Bank*, by Galit A. Sarfaty, pp. 107-132. Stanford: Stanford University Press. In *Readings (IISL-Oñati 2014-2015)*. Oñati.

Sally Merry considered that the colonialism brought more justice in the sphere of “people living together” but, did they do it killing other fundamental rights, like for example cultural and linguistic ones?

Did Franco killed fundamental rights in his attempt? We will say that there were not fundamental right in his regime. The banning of the Basque language was not exactly specified among the “seven laws” of Franco (what it was clearly forbidden was to print in this language). This fact made the situation even worst, because it meant that the authorities of the country went beyond these laws; the power was applied without limits and constraints. Basque language and traditions were ill-treated: children in the schools were punished wearing a signal that identified them as “Basque language speakers”, cultural associations acting in favor of the Basque language were closed and their actors imprisoned and tortured...

All this situation has changed positively. The Spanish Constitution and the Autonomy Status of the Basque Country reflect in their documents the change of the conscience related to this subject. It is not the same case, otherwise, in France and in Navarra.

Perhaps it is time to stop thinking what we can offer or how we can “westernize” indigenous communities and see how they can teach us, in land or environmental issues as such. In the same way, French and Spanish state, perhaps, they should pay more attention in what they can share with or learn from the Basque or Catalan communities, instead of playing the game of “irreconcilable enemies”.

3 WHAT HAPPENS WITH BASQUE SCHOOLING IN *HEGOALDE*?

The schooling in Basque is recognised in *Hegoalde*, and even institutionalized as a public school (A). However, there are still many issues to solve, specially in the case of *Nafarroa* (B).

A. The evolution of Basque schooling in *Hegoalde*

Teaching does not only mean to pass information from some people to others; it also means an engagement. This is shown in also the in Basque struggles, especially in the case of teaching *Euskara* and Basque schooling.

Ikastola is the name given to the Basque schools born in the XX century in the Basque Country but also in León (Treviño). According to Patrick Cassan³⁹, the first *Ikastola* appears in 1903 in Donostia - San Sebastián. Just before the civil war in Spain, around thirty schools in *Gipuzkoa* (Guipúzcoa in Spanish) and ten schools in *Bizkaia* (Vizcaya in Spanish) are opened. During the dictatorship of Franco, the education in Spanish was imposed; any attempt related to minority identity preservation was brutally repressed. This led to the extinction of any *Ikastola*. The Basque language was taught by parents at home.

After 1947, a clandestine social movement starts and some *Ikastola* start to open in secret. During the 60s, the spread of Basque schools is more and more strong and harder to control. Indeed, the opening of *Ikastolas* is seen as a form of resistance against the Caudillo's regime, and it works.

Indeed, from 1960 to 1975 the movement of *Ikastola* was born again, mostly against the regime of Franco. In 1965 an *Ikastola* of Bilbao was legalised under the supervision of the catholic Church. The movement was increasing and every year more children were brought to these schools. However, this decision of schooling carried a problem which was that the students were going to an unofficial school, and that their education was not recognised by public authorities.

This was an obstacle for further studies and brought the parents to look for support under the catholic Church in order to obtain the legalisation of this type of schools.

Further, the movement of *Ikastola* resulted in the institutionalisation of the education in Basque in october 1980 where the government of the Autonomous Community of Basque Country signed a Convention with the central Ministry of Education.

However, the biggest problems are faced by the *Ikastola* in the Autonomous Community of Navarra. We are going to analyse this issue.

³⁹ Patrick Cassan, *Le pouvoir francais et la question basque* (1981-1993).

B. The issues of Basque schooling in *Nafarroa*

In *Nafarroa*⁴⁰, there is a linguistic diversity and the territory is divided between 1) Basque-speaking predominant population, 2) Spanish-speaking predominant population and 3) mixed areas. This implies that the Basque language is only co-official in the North of *Nafarroa*, in the first zone mentioned. According to Xabier Arzoz⁴¹, *“the frontiers dividing the linguistic zones are not time-honoured borders between self-consciously defined cultures of Basque- and Castilian- speakers.”*

Nowadays there are around fifteen ikastola working in the area where the Basque language is official, because according to the Spanish Constitution, ikastolas only are allowed in this area. However, these schools have existed and do exist in mixed areas also. This has been a big issue in the last decade. Arzoz explains that *“subnational legislation failed to pursue in practice the possibility of public or private schools teaching in Basque in the “non-Basque- speaking” zone. In this zone, many parents who wished to provide their children with education in Basque, organised private schools on a cooperative basis (so-called Ikastola)”*⁴².

This has been a big issue in the last decade and has led to a major social movement and in 2000 the government of Navarra started to recognise these schools (schools of Tafalla or Sanguesa for example).

This fact brings to our mind Ehrlich's concept of “living law”. He drew a distinction between norms of decision (in this case Constitutional norms) and social norms (what it is implemented in the real life) or norms of conduct. The latter actually govern the life of a society and, under certain conditions, can justifiably be regarded in popular consciousness, if not necessarily by lawyers, as law (at the end, the government of Navarre recognized these new type of schools). The “living

⁴⁰ Name of Navarra in Basque language.

⁴¹ Xabier Arzoz, *Legal mobilisation at the subnational level: the case of language rights in the Spanish Autonomous Community of Navarre*, in *Rights and Courts in Pursuit of Social Change – Legal Mobilisation in the Multi-Level European System*, edited by Dia Anagnostou (2014) p 59.

⁴² Xabier Arzoz, *Legal mobilisation at the subnational level: the case of language rights in the Spanish Autonomous Community of Navarre*, in *Rights and Courts in Pursuit of Social Change – Legal Mobilisation in the Multi-Level European System*, edited by Dia Anagnostou (2014) p 61

law" regulates social life and may be quite different from the norms for decision applied by courts, and may, sometimes, attract far greater cultural authority which lawyers cannot safely ignore. Norms for decision regulate only those disputes that are brought before a judicial or other tribunal. "Living law" is a framework for the structuring routine of social relationships and its essence is not dispute and litigation, but peace and co-operation. Ehrlich's teaching is that the sources of law's authority are plural and insofar as some of those sources are political and others cultural, they may conflict.

It must be underlined that, lately, as we mentioned above, a positive blow is happening in *Nafarroa*. The latest example would be the decision of spreading the choice of the model of official Basque schooling in the entire territory of Navarra (and not only the "privileged" ones). Indeed, the 19th February 2015, a law reform has been accepted in the Autonomous Community of Navarra (27 votes in favor of the reform and 23 against it). Even if this reform does not accept the same level of recognition of the three zones, there is a more positive legal framework for learning in *Euskara*.

As the Basque schools need to cope with two different legal framework, they were constituted in an European Cooperative in 2009. Indeed, the association of Basque schools (*Ikastolen Elkartea*), was already working in a transnational mentality since the late 60s, but this new European structure let them increase their transnational strategies. Indeed, we can see that in the case of Basque issues, law is chosen as a mean of political change. This is also increased by the fact that Basque Country is divided between two Countries, which, at the same time, are also part of the European Union.

4 WHAT HAPPENS WITH THE BASQUE SCHOOLING IN IPARRALDE?

Taking as starting point the Constitution of the French Republic of 1958, we see that the legal framework of Basque schools is completely different from their neighbours in Spain. Indeed, concerning the language, the Article 2 of the Constitution says that:

“The language of the Republic shall be French. The national emblem shall be the blue, white and red tricolour flag. The national anthem shall be La Marseillaise. The maxim of the Republic shall be “Liberty, Equality, Fraternity. The principle of the Republic shall be: government of the people, by the people and for the people.”

The centralised form of the French State clearly appears in this article. Indeed, one of the most important elements of the creation of a nation being the language, here it can be said that the only language that shall be spoken in France is French. Furthermore, during the XIX century and the beginning of the XX century, France tries to ensure its domination using the republican ideology. The Enlightenment movement strongly brought the idea of a “Language-Nation” which includes the distinction between civilised and barbarian languages (which already started during the Renaissance)⁴³. The best tool of unification of the nation is the language and the French Revolution of 1789 will identify the French as the language of the nation. This could partly explain the non-protection of the minority languages in the French Constitution.

This implies that the historic minority languages are not even protected under the French Constitution. Nowadays, the situation of *Euskara* in France is vulnerable according to the UNESCO⁴⁴. For instance, the different administrative obstacles - that we are going to discuss further - enforced towards the Basque language schooling shows it. Another example can be that in November 2013, France decided not to ratify the European Charter for Regional or Minority Languages. However, in 2008, the Article 75-1 was introduced:

“Regional languages are part of France's heritage.”

This constitutional amendment of 2008 brought hope, by the creation of a formal recognition to the existence of regional languages, it was only symbolic, as the Constitutional Court said in 2011⁴⁵. Indeed, the French Constitutional Court interpreted this Article 75-1 as not forming a right which could be invoked by

⁴³ Bidart, *La Revolution Francaise et la question linguistique* (1991).

⁴⁴ UNESCO's Interactive Atlas of the World's Languages in Danger <http://www.unesco.org/culture/languages-atlas/index.php> (last checked in February 2015).

⁴⁵ Decision of the *Conseil constitutionnel* no 2011-130, QPC of 20 May 2011, *Mme Cecile L et autres*.

individuals to challenge the constitutionality of the existing legislative arrangements for the teaching of regional languages.

Following the analysis of these Articles of the French Constitution, we can see that one part of the Basque Country (*Iparralde*⁴⁶), is governed by an unitarian and centralised organisation of the French State. The question is here is to know how this legal framework shapes the protection of Basque language through the *Ikastolas*.

First, an historical introduction to Basque schools in France has to be underlined.

The policy of linguistic exclusion driven by the French State during almost two centuries excluded the *Euskara* to be marginalised in public schools⁴⁷.

Like in Hegoalde, the creation of Basque schools in *Iparralde* has also an important symbol of Basque identity. However, the situation in *Iparralde* is even more decisive. On the one hand, the end of the 60s there is a political and cultural boiling at the same time in France, which gives power to nationalism. On the other hand, the citizens who wants to participate in politics are almost automatically involved in cultural associations. In addition to that, the attitude of the French State, either cold or hostile, is also seen as a contribution to the emergence of the movement of *Ikastola*.

Facing a blocked situation from the French government, some parents decided to start the movement of *Ikastola*.

In 1969, the first *Ikastola* is created in Bayonne and, a month later, the association *Seaska*, under the law of 1901 of associations. After this first initiative of parents, the openings are more and more numerous. This success is due to firstly, the pedagogical system, and secondly, and more importantly, the teaching in *Euskara*. In addition to that, as the Convention of *Ikastolas* of 1974 underlines, there is not a dependence linking from *Ikastolas* to *Seaska*, there is only a link of solidarity. The association *Seaska* wants to create a bilingual future, with children speaking both perfectly Basque and French. In order to achieve this objective, the model privileges the Basque language over the French, contrary to the bilingual

⁴⁶ The French side of the Basque Country, the North part of the Basque Country (our own translation).

⁴⁷ P. Cassan, *Le pouvoir français et la question Basque (1981-1993)*, L'Harmattan (1997), p. 77

model. Indeed, the everyday life of a child being mostly spoken in French, the *Ikastola* estimates that the Basque should be underlined.

The association of *Seaska* is more than a schooling model in Basque, its functioning is also exotic for the traditional French education system. Indeed, the innovative model of *Ikastola* is based on direct democracy. In this system, the parents directly participate not only in the education (and schooling) of their children, but also in the decision-making concerning the education of their children (management, promotion of cultural activities, pedagogical orientations, funding[...]). There are regular assemblies, and also extra assemblies for more urgent questions. These approaches – about language and about functioning - clashes with the approach of *Education Nationale*⁴⁸.

It was not until 1981 that some steps towards a recognition are taken by the French State. Indeed, François Mitterrand (socialist) arrives to the head of the State after the presidential elections. Using this political turn, *Seaska* in 1982 starts an information campaign in order to obtain recognition of its schooling system and public funding. Indeed, even if the *Ikastolas* had some financial support from municipalities and from the *Conseil général*⁴⁹, they are not enough to face the costs, which the 75% of them consist in paying the workers. *Seaska* is obliged to increase pressure towards the French State.

In response to these events, the *circulaire* Savary n° 82 261 appears in 21st January 1982. This text is trying to rule the teaching of regional cultures and languages. For the first time, learning one of the minority languages is not marginal in school. However, because *Seaska* was asking for the integration of the *Ikastola* within the official public schooling system, this text is still a deception for them.

Later, *Seaska* signs in 1st July 1982 an agreement with the Education Nationale in order to receive public funding⁵⁰. This agreement also predicts a development of the Basque language and culture, via this experimentation. The

48 The French Ministry of Education (our own translation).

49 Assembly of the Département (my own translation). In this case, it is the assembly of Pyrénées Atlantiques.

⁵⁰ 1 million of Francs, half paid by the Ministry of Culture, and half paid by the Ministry of National Education.

problem will be that, at the same time (5th October 1982), the Academy of Bordeaux tries to dilute the *Ikastolas* inside the bilingual schools already created in public schools. This contributes to increase again the tension between *Seaska* and the French State.

The first convention is signed between *Seaska* and the State in 14 October 1984. However, the convention fails because of the existing tension between *Seaska* and the French State.

1985 is a year of hard negotiations between *Seaska* and the State, specially concerning the legal status. Both parties coincide in the need of integrating the Basque schools within the public schools, but there is a conflict when they try to define how. An agreement is signed in 23 December 1985. This text mainly agrees in the integration of the teachers as civil servants, signing a contract with the foreign teachers. This big step forward was however stopped by the Constitutional Court, when they decided⁵¹ that the Finance Law containing these principles is invalid. Although this decision was not taken against the measure towards *Seaska* but towards the Article 74 of the law, this lack of security in the agreements taken between the two parties really disappointed the Basque schools. During the 80s, the *Ikastolas* continue with their unstoppable growth. In 1991, they reach their one thousand registration.

The financial troubles also increase with the growth of students. Usually, the public support the reached is either reduced or abandoned by authorities. An example can be the refusal to pay a support by the *Conseil Général* in 1991 (*Seaska* will only receive a funding for being a cultural association and not for education). *Seaska* is, thus, obliged to receive as only support the help of municipalities. Hopefully, the majors (but not all of them) let to *Ikastolas* public facilities and the funding of school material. This is another example showing the lack of legal stability of Basque schools.

A big changes happen in 1990s. In 1993 the French government renewed the agreement considering the teachers of *Ikastola* as civil servants and extends it to the teachers of secondary schools. In 1994, the *Ikastolas* of *Iparralde* become

⁵¹ *Conseil Constitutionnel*, decision n° 85-201.

private schools under a contract with the French State, but still conserving their teachers with a civil servant status. Nowadays, according to Seaska, there are 3200 students inside the *Ikastola* system; a system that is officially private, but contains prerogatives related to their teachers.

As mentioned above, the fact of the unstable legal status of *Ikastolas* of *Iparralde* implies that the facilities that these schools can have depend on the subjective reading of their legal status (and, of course, the political party in power who needs to read them). An example of that could be the conflict between the headmaster of Ciboure and the *Ikastola* after a political change in the last municipal elections of Spring 2014⁵².

Another example that could be quoted is the case of the *Ikastola* of Hendaye. Indeed, the préfet of Pyrénées-Atlantiques Lionel Beffre, canceled the deliberation n° 039.2013, adopted the 23rd April 2013 by the municipality of Hendaye. This text wanted to provide a new *Ikastola* under the denomination of “a education and leisure center” in order to skirt the *Code de l'éducation* – inherited from the law Falloux of 1850 - which bans the public funding of private schools (even for the non religious schools).

5 CONCLUSION

Nowadays, the juridical status of the Basque language is different from some territories to others. In Spanish State, in the Autonomous Basque Community, the Basque is an official language together with the Spanish. In the French State, it does not have any legal recognition and in *Nafarroa*, the law has divided the territory in three zones. As already mentioned, *Euskara* is official only in one zone. It is possible to say, therefore, that the Basque language is submitted to five different legal regimes. This situation suppose difficulties for the normalization of the Basque language and obstacles to guarantee the linguistic rights of the speakers.

⁵² <http://www.sudouest.fr/2014/11/08/pays-basque-plus-de-5000-manifestants-a-ciboure-pour-sauver-l-ikastola-1730603-4099.php> (last checked in February 2015).

Nowadays, there are, approximately, 3.000.000 of inhabitants in the Basque Country. The number of Basque people who is able to speak and understand Basque language is reduced to less than 1.000.000. Despite of the efforts that have been done to normalize the Basque language in *Hegoalde*, the Spanish language, and the French one in *Iparralde*, are still the most widely spoken languages. A long way has been crossed in the process of normalization but much still remains to be done.

Although the Spanish Constitution, as it is shown above, protects the cultural patrimony of its own country, when this document is implemented, sometimes, it fails. As an example, we will mention the Organic Law 8/2013, 9th December, related to the improvement of the educational quality in Spain. One of the principal points of the "Wert law"⁵³, is that the Spanish language has to be the main language of the education in the whole State.

However, in the case of the Autonomous Community of Basque Country, it has been agreed with the government a safeguard for the Basque language from this law. Indeed, the Spanish Government recognizes the "reasonable" use of this language in the Basque schools. Nevertheless, the autonomous executive continues supporting the constitutional complaint against 19 of the articles of this educational reform because they want to show their "frontal rejection" to this law.

Concerning the case of the three regions of Basque Country located in France, we have seen that the litigation for the recognition or, at least, a protection is still happening. Here, we can refer to the original negative use of the term "juridification" introduced by Gunther Teubner as the excess of laws coming from the State that would herald the end of freedom and a meaningful life. Indeed, taking the words of Polanyi, we could say that we still need, in Basque Country, a "great transformation" in the laws, in order to implement it correctly (in Spain), or even to protect and develop Basque identity (at least in France and *Nafarroa*). Indeed, Basque identity, and by extension, *Euskara* needs certainty.

The analysis of the issues of the Basque language through the example of Basque schooling shows well what Cotterrell used to say in its legal pluralist

⁵³ Jose Ignacio Wert is the name of the current Spanish Minister of Education, Sports and Culture.

approach: *“Law, in some sense, may flourish in social sites and settings where lawyers and police never venture. The law created, interpreted and enforced by the state is itself sometimes subject to fierce internal conflict or competition, with different agencies of the state adopting different legal positions, or with potential contradictions unrecognized or unresolved. The coexistence, and sometimes conflict, of legal regimes and sources of legal authority in the same society is a central idea of ‘pluralist’ views of law, and a pluralist view is part of the sociological perspective⁵⁴. Indeed, the problem of keeping and developing THE value of Basque identity shows this conflict between coexistence, imposition and contradictions in the Basque Country.*

⁵⁴ R. Cotterrell, *Law, Culture and Society: Legal ideas in the Mirror of Social Theory* (Ashgate 2006)

THE JAPANESE LAY JUDGING SYSTEM IN INACTION?

Takayuki Ii

ABSTRACT: This paper considers whether the Japanese lay judging system, which were introduced in 2009 and called saiban-in system, is in action in real terms. The system seems to operate smoothly, but it is questionable that it is firmly rooted in the society. After tracing the Japanese history of lay participation in justice including pre World War II jury system (part I), the legislative process and feature of the saiban-in system are overviewed (part II and III). Thereafter, based on the interview research to the former saiban-in, this paper concludes that the Japanese lay judging system has not rooted in the society in real terms. In considering the insufficient penetration of the system, four reasons were found out. These are a seemingly obscure objective of the system, unfamiliar criminal justice, unclear boundary of the obligation to keep official secrets, and the view on crimes under taboo (part IV).

KEYWORD: lay participation in justice; criminal justice; access to justice.

1 INTRODUCTION

Japan introduced the lay judging system called saiban-in in 2009. Under the system, three professional judges and six lay judges (saiban-in) sit together and collegially decide the indicted facts including guilty or not guilty, laws to be applied and sentences in serious criminal cases. Apparently, the system seems to have worked smoothly, but it is disputable that it has taken root among Japanese citizens.

This paper considers whether the lay judging system is action in real terms. The research method are the historical investigation, interview surveys to former saiban-in and the questionnaire survey to former saiban-in by the citizen group, in which I was concerned as a cooperator.

The finding of this paper is that lay judging system has not taken root among Japanese citizens due to a seemingly obscure objective of the system, unfamiliar criminal justice, unclear boundary of the obligation to keep official secrets, and the view on crimes under taboo.

The composition of this paper is as follows. After tracing the history of Japan's civil participation in justice (part I), the feature of lay judging system is outlined (part II). Thereafter, the operation of the lay judging system is surveyed (part III). Finally, the question of whether the lay judging system is in action will be examined (part IV).

2 PAPER DEVELOPMENT

2.1 History

In 1928, a jury system was adopted for certain criminal cases in Japan, the only country in Asia to introduce public participation system in the justice system. However, the prewar jury system had some problems (Maruta 1990). For example, the verdict was decided by a majority vote and did not legally bind the courts. Defendants could select a jury trial in minor criminal cases on the condition that they must pay their own trial expenses if they were found to be guilty. It was not permitted to appeal against the judgments in jury trials. On the other hand, the acquittal rate in criminal cases increased under the jury trials. However, the number of jury trial cases gradually decreased as a result of these deficiencies and a reported reluctance to take part in jury trials by legal professionals.

The jury law was suspended in 1943 due to World War II. It was expected to come into effect again after the war, however, the suspension continued. While there are other types of popular participation in justice, systems such as conciliators, judicial commissioners, and Inquests of Prosecution, the opinions of citizens in any of these positions did not legally bind the courts.

The prewar jury system came to the fore again in the 1980s, when four judgments with death penalties were overturned at retrial. The jury was reevaluated by some criminal attorneys, law professors and citizens who were criticizing the criminal justice system. Jurors were seen as better fact finders than the professional judges, who had made grave misjudgments. However, the argument for juries did not predominate.

The jury was reevaluated again in the 1990s, when the state of justice was widely discussed by the Japanese Federation of Bar Associations (JFBA) and some private enterprise associations. Among their proposals for judicial reform, they included introduction of the jury and/or lay assessor system as one way to reform the justice system, which had been lacking a popular base. They wanted to establish appropriate participation mechanisms in a variety of settings, such as trial procedures, the process for selection of judges, and the administration of the courts, the public prosecutors offices and bar associations, as well as reforms of the existing systems for public participation systems.

2.2 Lay Judging System

The Justice System Reform Council, which was set up by the Cabinet in 1999, discussed establishment of a popular base for the justice system as one of the main themes of reform. The council reviewed the justice system in order to make the administration of justice more open and familiar to the public and to adopt plural values and professional knowledge in the administration of justice. The council also discussed the propriety of introducing jury trials or a lay-judge system as had been adopted in Europe and the United States of America, by paying attention to the historical/cultural backgrounds and institutional/practical conditions. Some members of the council went to the U.S. and European countries to watch jury trials.

As a matter of fact, members supporting the jury system were in the minority in the council (Ii 2001). The Supreme Court also opposed to jury trial and suggested a lay assessor system in which assessors do not have the power to render verdicts. Eventually the council agreed in September 2000 that “a new system should be introduced for the time being in criminal proceedings, enabling the general public to work with judges, sharing responsibilities, and taking part autonomously and meaningfully in deciding trials”.

In order to enable the general public to participate in justice, citizens were expected to be selected to take part in only one case or for a short period of time. These are features of the jury system. On the other hand, the agreement needs

the citizens and judges to cooperate by sharing responsibilities and for the general public to take part autonomously and meaningfully in deciding trials. This demand leads both of them to finding facts, applying laws and sentencing together with equal powers, which are seen in the lay assessor system. Therefore, the council's ambivalent agreement suggested a mixed system of the jury and lay assessor. The council later named a lay assessor "saiban-in", which literally means a trial member.

The council finally recommended the basic structure of the saiban-in system in June 2001. According to the recommendations, judges and saiban-in should deliberate and make decisions on guilt and on the sentence together. The number of judges and saiban-in on one judicial panel and the method of deciding the verdict should be determined appropriately, giving consideration to the need to ensure the autonomous and meaningful participation of saiban-in and the need to ensure the effectiveness of the deliberations, and also taking into account the seriousness of the cases to which this system will apply and the significance and potential burden of the system on the general public. However, a minimum requirement should be that a decision adverse to the defendant cannot be made on the basis of a majority of either the judges or the saiban-in alone.

With regard to the selection of saiban-in, the selection pool should be made up of persons randomly selected from among eligible voters. Applicable cases should be cases of serious crime to which heavy statutory penalties attach. No distinction should be made based on whether the defendant admits or denies the charge. Defendants should not be allowed to refuse trial by a judicial panel composed of judges and saiban-in. Litigants should be allowed to appeal on the ground of error in fact finding or the ground of improper sentence.

Later discussions among the parties concerned produced the law on the criminal court in which saiban-in participates, which was passed in 2004. Under the law, the purpose of the saiban-in system is for the people to deepen their understanding and support of the justice system. The saiban-in is selected randomly from persons over twenty years old. The judicial panel is composed of three professional judges and six saiban-in (the composition of one judge and four saiban-in is also permitted in certain cases). The verdict is determined by a

majority vote, in which at least one vote from the judges and one vote from the saiban-in must be included.

2.3 Lay Judging System in Action

After the enactment of the saiban-in law, the Supreme Court began to support the system possibly because it was asked to operate the saiban-in system in practice. The court made several DVDs to publicize the saiban-in system and repeated mock saiban-in trials in cooperation with the Ministry of Justice and the JFBA by 2009, when the law was put into effect.

The first saiban-in trial was held at the Tokyo district court in August 2009, which received nationwide citizens' and media attention. Citizens queued in front of the court to get tickets for the trial. Though the trial is not permitted to be broadcasted live or reco

rded in Japan, the media coverage went into many details. Thanks to the public relations work by the government and media reports, at least the name of saiban-in system became familiar to citizens.

The saiban-in trial seems to operate smoothly. According to the statistics of the Supreme Court, 7,404 defendants have been tried by the saiban-in system by the end of 2014. Around 70% cases ended in five days. A total of 41,834 saiban-in and 14,262 supplemental saiban-in have already performed their services. According to the annual survey by the Supreme Court, around 95% of the former saiban-in report their experience as rather good or good.

On the other hand, judgments have not virtually changed. The acquittal rate is low (0.55%) and the sentences passed by the new courts are about 80% of those recommended by the public prosecutors, as they are in the criminal trials solely decided by professional judges. Death penalties have been passed on 22 defendants.

Japanese citizens are largely reluctant to serve as saiban-in. According to the annual survey by the Supreme Court, citizens' willingness to serve has gradually fallen from 18.5% in 2009 to 14.0% in 2014. Their concerns are about the mental and physical burdens associated with saiban-in service, such as to

their responsibilities to judge persons and a bad effect on their jobs. The appearance rate of selected saiban-in candidates has decreased from 83.9% in 2009 to 71.5% in 2014.

There were some controversial decisions concerning saiban-in trials. The Supreme Court commuted sentences of the saiban-in trial and decided that the judgment of the saiban-in trial should include concrete and convincing reasons should it override the trend of precedents in similar cases and the sentences demanded by the public prosecutors (24 September, 2014). It also commuted two death sentences passed by saiban-in trials into life imprisonment in accordance with precedent (3 February, 2015).

According to the recent public opinion poll, which was conducted on the 21st and 22nd of March 2015⁵⁵, 30.9% respondents answered that the saiban-in system was rooted or rooted to some extent in the society in general, while 65.3% answered it was not or not quite rooted. In terms of the question on the evaluation of the saiban-in system, the positive answer was 44.1% and the negative one was 53.1%, the latter of which increased 12% higher than the same answer in the previous survey conducted in 2009. The overturn of the judgments of the saiban-in court by professional judges of the appellate court was favorably answered by 40.4% and negatively answered by 52.5%.

2.5 In Action Indeed?

I - Insufficient Rootedness of the System

How should these operations of the saiban-in trial be seen? Some have insisted that the saiban-in system should be abandoned because it carries burdens for ordinary citizens and is meaningless. Others have supported the system because it has merits in making the criminal trial more open and transparent, advancing citizen's awareness of crime and the judiciary.

⁵⁵ The research was conducted by the Japan Association of the Public Opinion Poll and widely reported in major newspapers in early April.

There are some socio-legal studies of the saiban-in system. Matsumura, Kinoshita and Ota (2015) compare the results of the public opinion polls in 2009 and 2011 and conclude that citizens' evaluations of the saiban-in system improved while their attitudes toward the criminal justice in general did not change to any degree. There are interviews on some former saiban-in (Taguchi 2013), but they are difficult to approach. The Supreme Court does not disclose personal information on former saiban-in and is not willing to cooperate with researchers. Former saiban-in can be approached by way of media reporters, who get personal information on former saiban-in by asking them at the press conference sometimes held after each saiban-in trial.

Furthermore, there is a restriction on research in the duty of former saiban-in to keep silence on the process and content of the trial deliberation, with a penal sanction. The obligation to keep official secrets can be seen in European lay assessors, but seems to discourage former saiban-in from sharing their experience and views with the public.

The courts and judges are zealous in carrying out the saiban-in system smoothly, as shown in the high value placed by the saiban-in's of their own experience. On the other hand, little information and support is supplied before or after saiban-in service, which extends the jurisdiction of the courts. A citizen's concern about his or her possible saiban-in service and a former saiban-in's concern about the treatment of a defendant are not dealt with. It seems that the experience of former saiban-in should be widely known, but they are not shared in reality.

As a result of the above, the lay judging system does not seem to have rooted in the Japanese society. The time after the introduction of the system is still short. However, there seem to be several hurdles for the lay judging system to penetrate in the Japanese society. These hurdles will be considered in the next section.

II. Reasons of the Insufficient Permeation

(1) Seemingly obscure objective

As discussed in the part I, from the historical view of the formation of the saiban-in, the inaction of the lay judging system relates to the fact that the reason of its introduction is obscure. The system was created in the early 21st century judicial reform movement in a way which saw no objections from the courts (judges), the Ministry of Justice (public prosecutors) and the JFBA (attorneys), while it is certain to increase popular influence on criminal justice in Japan.

Many Japanese citizens including university students and former saiban-in are wondering why the saiban-in system was established. It is evitable that the sound objective must be clearly explained for the lay judging system to firmly root in the society. The full social significance of lay participation in Japan's criminal justice system will have to be illuminated by the sociology of law study.

(2) Unfamiliar criminal justice

The former saiban-in tell many mental burdens. According to the questionnaire survey by the Former Saiban-in Network (Hamada 2005)⁵⁶, the content and timing of saiban-in's mental burden are varied. Some feel anxieties before being selected as saiban-in. During the trial, some saiban-in are uneasy to decide the judgments which will change the lives of defendant and victim in the courthouse most saiban-in entered at the first time. Some former saiban-in sometimes look back their decisions at the court and whereabouts of the defendant and victim.

These embarrassments to the criminal justice confessed by former saiban-in must be related to an insufficient permeation of the lay judging system. Japanese citizens are not accustomed to serve as saiban-in due to a long absence of lay judging system after the termination of prewar jury trial. Moreover, citizens are not largely used to go to courts. Japan is known for her low civil litigation rate and hard access to justice. The crime rate is also not so high in contrast to that of other countries. The criminal justice is not familiar to the Japanese citizens including former saiban-in.

⁵⁶ The survey is worth mentioning to have focused on the mental burden of saiban-in, though the respondents were limited to 42.

(3) Unclear boundary of the obligation to keep official secrets

In my interview survey to former saiban-in, most of them say that their experiences had not been heard by their families and friends. Some cannot tell what extent they are allowed to speak out their experiences. It is due to an unclear boundary of the obligation to keep official secrets. According to the article 70 of the Law on the criminal court in which saiban-in participate, the process of the deliberation, the opinions of saiban-in and judges and number of their opinions must be kept secret.

Moreover, under the article 108 of the same law, the violation of the duty is punished by imprisonment with labor less than six months or fines less than 500,000 Japanese yen. Though no one seem to have been punished by the end of 2014, this clause can shrink former saiban-in from talking his or her experience.

The word “the process of the deliberation” is hard to understand. If broadly taken, nothing can be talked concerning deliberation. The word “the opinions of saiban-in” is also ambiguous. It can include the opinion of former saiban-in themselves. Therefore, if broadly understood, former saiban-in cannot say his or her thinking or point of view should they appeared in his or her opinion in the deliberation.

The surroundings also hesitate to ask former saiban-in about their experiences. Some know that former saiban-in have the obligation to keep official secrets. Others even think that former saiban-in must not be identified due to their misunderstandings about the law. According to the article 101 of the law above, former saiban-in are allowed to make public their personal information when they agree to do so.

The saiban-in system will not permeate among citizens when experiences of the former saiban-in are not widely shared by the grass-roots basis. The above-mentioned unclear boundary of and misunderstandings about the saiban-in’s obligation to keep official secrets seem to be the hurdle to overcome.

(4) The view on crimes under taboo

There are some citizen groups which try to consider and advance the saiban-in system. A group called the Former Saiban-in Network, which was established in 2010 by attorneys, clinical psychotherapists and citizens, have appealed to former saiban-in to share their experiences among citizens and ease their mental burdens by talking to each other. However, former saiban-in who have contacted the network are around only 50, while there must be over 50,000 former saiban-in and substitute saiban-in nationwide by 2014. The situation is almost the same in the citizen group in Osaka, which is called Saiban-in Act. Therefore, there is a limited number of former saiban-in who are ready to share their experiences to the citizens.

Why is the number of former saiban-in who come forward so small? There might be some reasons. Some can apprehensive that they might be revenged or harmed by the defendants or related persons of the trials they served. Others might not want to communicate with other former saiban-in. The citizen groups might be less trusted than the courts, which have succeeded in holding regular meetings nationwide which include former saiban-in and judges.

These things can partly be true, but are not enough to explain the restraints of former saiban-in and their surroundings. The major reason seems to be that Japanese citizens tend to view the experience of saiban-in as well as crimes under taboo. They tend to alienate crimes, which results in the untouchable view and unshared situation of the saiban-in experience. It should not take the word "culture" easy, but the little permeation of the lay judging system seems to be caused by the stance of the Japanese citizens who are not willing to involve themselves in any matters related to the crime or troubles.

FINAL CONSIDERATIONS

This paper considered the whether the lay judging system was action in real terms. The answer is that it is not in action and not rooted in the society. The reasons of the insufficient penetration were found in the seemingly obscure

objective of the system, unfamiliar criminal justice, unclear boundary of the obligation to keep official secrets, and the view on crimes under taboo.

From the socio-legal point of view, the development of the situation should be watched calmly and objectively. However, in the course of my research, the problem of before and after the saiban-in service forced me to set up a gathering titled “saiban-in lounge” in cooperation with related citizen groups at the end of 2014. The saiban-in lounge is held every three months, in which former saiban-in, citizens, attorneys, scholars and students can freely express and discuss their experience, concerns, knowledge and views. This is a modest attempt to socialize the saiban-in system.

In the interview survey to the former saiban-in, each of them expressed their unique experiences and views to the criminal justice based on their own feelings and lives. The experience of saiban-in is gained by each irreplaceable “person”. This means that the “society” should not be attached importance. This paper questioned whether the lay judging system is in action and it is rooted in the “society” in general. However, the further study should be focused on the “person”, who had gained his or her unique legal experience as saiban-in. Comparative study on the jury and lay assessors around the world will be another challenge. In that sense, the study on the law and society study should be changed to the study on the law and person, who lives in the society, namely, his or her local settings as well as the globalizing world.

REFERENCES

*Titles of Japanese articles and books are translated in English.

HAMADA, K. (2015). **Experience of Saiban-in and the Care of Their Hearts** (a report at the symposium held by the Former Saiban-in Network at Aoyama Gakuin University in Tokyo, April 19).

II, T. (2001). **Formative Process of the Saiban-in System: Towards a Dynamic Analysis on the Judicial Reform Discussion**, 99 Waseda University School of Law Houken Ronshu, 1-28.

----- (2012), **Saiban-in Trial**: An Observation of the Aomori District Court, in Ginsburg, Tom & Harry N. Scheiber eds., *The Japanese Legal System: An Era of Transition*, Robbins Collection: Studies in Comparative Legal History, School of Law, UC Berkeley, 113-130.

MARUTA, T. (1990). **Thinking Jury Trials**: Comparison of Culture Seen in the Courtroom between Japan and the United States, Tyuo Koron Sha: Tokyo.

MATSUMURA, Y.; MANAKO, K.; SHOZO, O. (2015). **The Lay Judge System as Seen by the Japanese People**, Keiso Shobo: Tokyo.

TAGUCHI, M. (2013). **Inside the Brain of Saiban-In**: Narratives of Fourteen People of Their First Experiences, Gendai Jinbunsha: Tokyo.

THE PRINCIPLE OF RESILIENCE IN SOCIOLOGY OF LAW – HOW CITIZENSHIP BECAME A NEW BOUNDARY FOR STATE POWER

Luciana Cristina de Souza

ABSTRACT: In many countries, people have enforced their relation with Government with mobilization – focus on flash mob in internet – and this new kind of citizenship has changed the typical relationship between State and Citizens in a resilient way. The principle of Resilience is an open perspective of State, but sustained in public power. Democracy must be seen as a social construction that results from new roles, which are ascribed today to State agencies and Citizens. Here we will analyze and discuss on the topic of Resilience using current examples as indigenous movements and the new Constitution of Ecuador and Brazilian streets manifestations in 2013 and 2014. The expected results of this debate are exchange of experiences between researchers, in-depth reflection on the true role of Democratic Rule of Law, redefinition of the social role of Citizens today, analyze some of the movements highlighted in recent years in different places. We believe that the relationship between State and Citizens nowadays, while still belonging to a setting of social struggles for emancipation as before, no longer attaches to these two important subjects, in theory studied, the same role in social practice they carry now. Therefore, we cannot analyze their relationships without considering the mutual perception as authors of a dialogue in which one has authority powers, the other has control powers aiming citizenship.

KEYWORDS: sociology; law; resilience; state; citizenship.

1 DEMOCRACY AS SOCIAL CONSTRUCTION AND NOT JUST POLITICAL REPRESENTATIVENESS

Political representativeness is one of most important issues in modern debate, especially after the Enlightenment and liberal revolutions as happened in France (1789) and United States (1776). It ensures that people power in public administration model by legislators was seen as the most similar political deliberation in comparison with Greek democracy. Despite direct participation had considered difficult why demographically States populations had increased a lot in the last centuries, modernists, in the political sense, defended citizenship by

parties action, what means, by professional politics, for two reasons: a) the specialization provoked by bureaucratic rationality; b) the mandatory exercise of citizenship in countries with big population. Secondly Robert Michels, "the practical ideal of democracy consists in the self-government of the masses in conformity with the decisions of popular assemblies... the impotence of direct democracy, like the power of indirect democracy, is a direct outcome of the influence of number" (MICHELS, 2001, p. 21).

Thus, political representativeness born as a path to practical exercise of democracy in modern States, however had brought with it some evil: the manipulation of masses by political marketing; the control of media communication and the discursive influence of political parties; the distant way to Government action in relation its people; the bureaucracy control by specialists (technicism); and, among others, the impairment of Citizens power in front of legislators. The mediation of representativeness solved the problem of direct democracy in Modernity but brought to light the ethical and juridical challenge of Citizens empowerment regarding their elected political representatives. According Robert Michels, it is undeniable the oligarchical tendency of modern democracies by the control of political parties and the elite behind those (MICHELS, 2001, *passim*).

Considering this setting whereby current democracy was born, it is easily understand why nowadays individuals, organized as Citizens, are requiring constantly more space in public sphere. The meaning of democracy in 21st century is plural, horizontally constructed and co-participative, resulting, therefore, in compulsory application of the principle of resilience to the relations between State and Civil Society with the intention to equalize power among these subjects. Social demands are not anymore just "requests" to legislators and to Executive Branch, but, in fact, a determinative agenda to public power since they are proposed by Citizens defending fundamental rights.

Citizenship and fundamental nature of the rights defended are the two mainly distinctions between modern and present democracy. The citizenship includes today more attributions than in the past; fundamental issues overlap individualism and sectarianism strongly felt in liberal scenario. Both contributes to reduce the oligarchical tendency in modern democracy, controlled by bourgeois

power and influence in the last centuries, in which the external way of exercise power in liberal democratic States have been through political parties and professional politicians. In face of the transformation, we can say that “a new sense of the term citizenship its developed today, more broader and inclusive” (L. SOUZA, 2010, p. 128) than illuminist Modernity proposal because authorizes other instruments of action for individuals as Citizens.

Without compromising State sovereignty, there is, today, a greater demand for the amplification of popular sovereignty which results in the extension, way of consequence, of the meaning of citizenship. One of the evidence has been cited - new communication channels between the State and Civil Society; another is the requirement of accountability, since Citizens are calling not only participate in decision making, as well as establish control criteria on their representatives who manage public welfare.

[...]

Accountability is important because it enables the responsibility of the government for their decisions in the management of *res publica*. Also following the line of responsive law, cited above, imposes on the legislature make laws socially concerned about situations where the State acts in the service of society. (L. SOUZA, 2010, p. 128).⁵⁷

In Brazil, it can be highlighted in the recents streets popular manifestations in which individuals presented theirs demands to State but clearly saying that these demonstrations are not attached to the existent political parties. But it is necessary to say that movement organization overcame modern argument which affirms “deliberative assemblies of a thousand members encounters the gravest difficulties in respect of room and distance” (MICHELS, 2001, p. 22), because the new technological mediums would benefited articulation among thousands of individuals by social networks as Facebook, Twitter and Instagram, forming what we call *net condition*, because: “This new organization permits empower group efforts, get more resources for the social conflicts with State and also the quickly exchange of important informations” (L. SOUZA, 2013, p. 2). Most of public policies made after streets demonstrations in 2013 and 2014 stem from Citizens

⁵⁷ Original: “Sem comprometimento da soberania estatal, há, em nossos dias, uma maior demanda pela amplificação da soberania popular que resulta na extensão, via de consequência, do significado da cidadania. Uma das provas foi já citada - novos canais de comunicação entre Estado e Sociedade civil; outra é a exigência de *accountability*, já que o cidadão pretende não somente participar das tomadas de decisões, como estabelecer critérios de controle sobre os seus representantes que administram os bens comuns da sociedade. [...] A *accountability* é importante, pois possibilita a responsabilização do Poder Público por suas decisões na gestão da *res publica*. Seguindo também a linha do direito responsivo, anteriormente citado, impõe ao legislador elaborar leis socialmente preocupadas com as situações em que o Estado atue a serviço da sociedade.”

agenda and not from political parties, which reveals the significant change in the political participation of Civil Society in the Brazilian democracy and the strength of Digital Era that allowed to individuals broad and deterritorialized access by using a kind of collective intelligence to gather their efforts (LÉVY, 1999, *passim*).

There is a serious parties crises in Brazil nowadays and Citizens had sought other participatory means that are unconnected to professional politicians as popular movements, non-governmental associations, direct lines of communication with Executive Branch and, more powerful these days, judicial activism. Many relevant social questions had been discussed in Judiciary Branch, what results in Court decisions, mainly Supreme Federal Court in Brazil, endowed with normative and regulatory character trying to fill the legislative – or representativeness – omissions that prevent access to fundamental rights. For instance, the recognition of legal marriage to homoaffective couples thanks to constitutional action ADPF/132 (Allegation of Disobedience of Fundamental Precept), converted to Resolution N. 175, approved by National Justice Council in May 14, 2013. This law interpretation support some kinds of judicial intervention and meets its foundation in ADPF/45 arguments that affirms be the judicial way allowed to consolidate constitutional rights, which must be guaranteed by legislators but, in some circumstances, they do not.

Because of this, we can say that in Brazil nowadays people sovereignty is more than modern concept of it, since is now a larger perspective of citizenship. To vote e to be voted are important, however, to make public policies and to participate in decision-makings are equally relevant: “State legitimacy depends on democracy and, nowadays, it’s unthinkable waits for democracy and legitimacy without a regular and complete popular participation in State decisions through an effective Law.” (L. SOUZA, 2013, p. 4). And such characteristic has increased in the last years because is essential to plural and flexible democracy how we will see in the following topics.

2 THE PRINCIPLE OF RESILIENCE AND “OPEN” PERSPECTIVE OF STATE

Considering this setting, public policy is a government decision-making tool that allows to know "[...] how and why governments choose to certain actions" among others to exercise their role as managers of political and social life to which individuals are subordinated (C. SOUZA, 2006, p. 22). The central point is to analyze the government action to verify "who gets what, why, and what difference does it" (C. SOUZA, 2006, p. 24). Therefore, it is undeniable its conflicting character, since the different stakeholders involved in each specific public discussion dispute power at the time of decision making, which will imply the selection of investment areas of the public budget.

So it is essential that all analysis of public policies, in addition to formal political aspects, also consider the "cooperation possibilities that can occur between governments and other institutions and social groups" (Op. cit., p. 25). Celina Souza affirms over your text (Op. cit., *passim*) that the governmental sphere is the *locus par excellence* of the clashes of ideas, but not the *locus* of birth of public policy itself, because its content is social, came from demands of Citizens, which must be met by the Government through these democratic tools.

According to political scientist Theodor Lowi, quoted by Celina Souza, there are four types of public policies: a) distributive, designed to meet the most specific interests; b) redistributive, aim to achieve a greater number of Citizens, not just localized groups; c) regulatory, establishing the bureaucracy of how public policies will be implemented; d) constitutive, which create areas of performance according to the demands raised (LOWI cited C. SOUZA, 2006, p. 28). It is noticed that this is the first difficulty for the State to implement a public policy: direct it properly to the purpose for which it is proposed considering the effective citizenship, rather than serving individuals or sectorized interests, excluding the needs of other.

The second difficulty results from the incremental character that public policies can take, explains Celina Souza, as the programs outlined as relevant to Citizens "do not start the ground but, from marginal and incremental decisions that ignore political changes or substantial changes in public programs" what means there is always a "past", a previous commitment with other policies that often

becomes an obstacle to route changes that could be more appropriate because these incremental issues, although not substantial, still have strong influence on government planning (C. SOUZA, 2006, p. 29).

In accordance with Celina Souza the cycle of public policy has as phases: agenda-setting, identification of alternatives, evaluation of options, selection of options, implementation and evaluation. Therefore, when we care about their deployment, in fact, we are reflecting only on the stage of implementation of the proposed measures, without regard often for all the long and contested process of political and social negotiation that precedes it. Even the evaluation phase can not be considered neutral in relation to the incremental aspect, because the criteria used to judge positively or negatively public policy is affected by conflict of interest.

Thus when one talks about public policy is central to observe and analyze the process of choosing and setting up of existing programs. The model is the most appropriate? And if this is true under which perspective: the Citizens, the State, any other interested group? There are viable and more desirable alternatives, preferably coming from the Civil Society itself? How the choice of public policy is really made? "State legitimacy depends on democracy and, nowadays, it's unthinkable waits for democracy and legitimacy without a regular and complete popular participation in State decisions through an effective Law." (L. SOUZA, 2013, p. 4).

Towards this sense, Leonardo Valles Bento affirms that new face of public administration, today, must be driven to Citizen and his "active dimension of citizenship", not just particular interests expressed by individuals, but also thinking in the sense of community (BENTO, 2003, p. 94). Citizenship, now, according Bento, consists in share power; State and Citizens are co-agents in democratic setting, and in policies decisions too. To share power, however, is necessary that State and Citizens see each other as equal subjects, opposing positivist rationality of hierarchical relationship between them.

At this moment in democracy becomes essential to set the boundaries between authority, represented by the government, and citizen participation; between structural requirements necessary for the functioning of a state and its Branches, public agencies, etc. and flexibility of action; between ensuring equality

and ensure diversity. For this new time we need capacity to preserve democratic fundamentals of the Rule of Law, while we develop our ability to dialogue and to share with "other". We must be apply the principle of resilience to relationships between State, Law and Civil Society, herein understood as Citizens.

This theory was developed during the PhD in Law at PUC Minas in the period 2008-2012 (L. Souza, 2012) and has the purpose to analyze democracy as a basis for social inclusion through human agency practiced by Civil Society, Citizens taken into consideration here, and the State action through public policies, at which fulfills its social function provided for Constitution. Considering that the most distinct interest can arise in the dispute for power and social inclusion, which is made possible by access to political and legal means of State control for acting on towards of the Citizen. It is necessary establish a reciprocal relationship of acceptance / rejection by which the subjects involved can present their demands and listen to those shown by the other, and whereby the State is invoked to act with his authority, while not excessively invades the private sphere to do so.

The resilience elasticity is provided with firmness, such as a rubber band, which needs to give mobility to the necessary shape and at the same time, it must have consistent structure, which ensures that fulfill its function of holding together the items for him involved. The resilient State, therefore, is that wherein the structure and mechanisms of participation owned by the government have the confidence of the population in practice to impose rules necessary to social life and at the same time, the elasticity needed to, without losing authority, do not confuse it with authoritarianism and make room for the proactive role of Citizens.

This does not threaten the legal certainty or even respect for public order, only reframes the concepts of "certainty" and "order" in relation to the liberal period in Modernity. At that time it was essential for the imposition of bourgeois model that State figure, despite should not intervene in the economy, it was harsh with individuals, since it should be organized in formal-bureaucratic and not dialogical way. Certainty was seen as statism and legal monism; order was seen as standardization of collective life from the models dictated by the holders of political power - and economic power behind this. The big question is not "what is safe",

but "who is insured"; perhaps even more so, "why this security is not guaranteed for all"?

Thus, the resilient State has crucial dependence on: a) the democratic model of Rule of Law; b) the design of order as balance and not as control over the disempowered; c) the concept of legal certainty in the context of substantive equality, therefore, inclusive and respectful about the differences that some minorities may represent in relation to the predominant pattern; d) access to the media, since nowadays the social relations become more technological and permeable to the influence of other patterns experienced by digital means; e) the Citizen as the subject of its history and not just someone who delegates mandate to others and then moves away from public life.

One can see that in the face of such a scenario, it is really difficult to achieve full-resilience because it means accepting plural handling systems, when in fact, by the modern standard, we are led to believe in the universalization as reliable paradigm in any proposed theoretical reading. However, it also reveals how much it is currently essential because the public and legal areas cannot dodge the dynamism already noticed and confronted by other fields of knowledge. Mathematics and Physics already recognize the new borders that break with the "correctness" of their claims; economics and management area work with multiple settings through modeling systems; cyberculture leads us to interact by means of text hyperlinks.

Therefore, the Euclidean linearity and Cartesian logic, yet respected as important modern heritage, can not, however, continue to be the inspiration of legal rationality and Public Administration in its bureaucracy model, because they no longer realize the social reality that is presented to them. The modern liberal Citizen never recognized the "other", but this "other" is now introduced as a subject and cannot simply be "framed" in the previous standard. The category of "Citizens" no longer corresponds to a more homogeneous group in social mores, economic position and political power in society, but instead to a more significant status and encompassing inalienable fundamental rights.

The plurivocality of current citizenship confronts the modern models of rationality and challenges them not try to reconcile the irreconcilable, because the

difference is a right. Being resilient is learning how to "be" simultaneously with other existence that is not similar to you. Modern equality is the similarity; the resilient equality is to have equal right to invoke the State and the courts to defend "the right to be yourself" and not "to be equal to the standard." The equality in difference is the great challenge, equal rights of a Citizen, to move judicial process when necessary, to get around, to express themselves, etc., but not the same way that others do. Returning to the example of the elastic: how to keep us together as a society under the same laws and State, while distinct? How the extension to which this ability to include and make room for the difference can be sustained by the government with no serious disruption? How the extension to which the Citizen can be considered subject and to what extent he is humble to State authority?

Therefore, "resilience" is totally different from "resistance", because in this one the actors are opponents and in these cases one will find a power struggle – like he only answer to democratic understanding problem, as the more extremists legal pluralists did; the principle of resilience, how we call in our doctoral thesis, represents a value very essential to actual Brazilian democracy, since this application by Law in StateSociety conflicts could equalize "State power", which must be legitimate, and "popular participation", whose interventions in political context sometimes aims just particular demands, compromising important public interests or minority rights. (L. SOUZA, 2013, p. 6)

Thus, the principle of resilience is applied to:

a) resignify citizenship, conferring more attributes to Citizen today than he had in modern liberal period and, this occurs by a reframe of State functions and authority, becoming more horizontal and permeable to suggestions and demands from Civil Society;

b) equalize "citizenships", avoiding the domain of private interests under public issues, because is very important assure particular rights needed by individual, as well as collective ones;

c) promote legal recognition of difference as "equality in rights", especially about human dignity what challenges our conservatism and behavior standardization, since is essential guarantee democracy beyond modern pattern of equality once we are not really the same kind of person e this should not be a problem to social life in democratic State and Law;

d) avoid the "insulation" of Government in face of Citizens, as affirms Leonardo Valles Bento, because participative democracy is substantial to political

regime stability and State efficiency “thanks to the political sustainability and legitimacy to which they have for their action programs” (BENTO, 2003, p. 218 – our translation).

So, we can affirm that “resilience is understood also by the ability of political institutions to assimilate the intervention of new subjects - Citizens proactive - in its internal structure in order to interact with them aiming their continuous improvement” (L. SOUZA, 2013, p. 9). Resilience consists in a new parameter to equalize social and legal relationships with the intention to open more the democratic setting.

3 RESILIENCE PRACTICE

Resuming the above analysis let us make its application to individual cases: the development of public policies for indigenous education in Brazil; the new Constitution of Ecuador; street demonstrations that took place in Brazil in the last two years.

3.1 Indigenous movements in Brazil – educational issues

The formation of public agenda process in a specific area, to be legitimate under the law of a democratic State, should hear the main demands of stakeholders and beneficiaries of its implementation, which is the intended audience of government measures, *in casu*, Brazilian indigenous communities. The basis of this "listening" is deposited in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, promulgated on October 5, 1988, whose Art. 205 provides education as a fundamental right "seeking the full development of the person, his preparation for the exercise of citizenship".

Therefore, the agenda of discussions should guarantee pluralism of ideas and pedagogical concepts (Art. 206, III, CR / 1988) in choosing which policies will best meet Brazilian indigenous populations, as well as democratic management of education (item VI) in State and municipal schools in order to ensure such

communities quality standard (item VII). It suggests that the teaching of indigenous culture cannot be at the expense or less zeal than the regular education.

It is also necessary to highlight the important contribution made by Amendment n.71, of November 29, 2012, which included in the Constitution of Brazilian Republic (1988), the Art 226-A, that created the National System of Culture under the following grounds:

- a) decentralized and participatory collaboration in public policy;
- b) management and joint promotion of public cultural policies;
- c) democratization of access and cultural dissemination in the country;
- d) promoting human development, social and economic with full exercise of cultural rights;
- e) diversity of cultural expressions;
- f) universal access to cultural goods and services;
- g) complementarity in the roles of cultural players;
- h) transversality of cultural policies;
- i) autonomy of federal entities in the three levels considering Brazilian political organization – Union, States and municipalities – and, also, institutions of Civil Society.

Thus the participation of indigenous communities in the agenda identification process (priority topics for State action) is constitutionally guaranteed right, which is based on the following infra-laws:

- a) Decree N. 5051, of April 19, 2004, that regulates the Convention n. 169 of the International Labour Organization, an agency of the United Nations, whose text deals with indigenous and tribal peoples rights, assuring them the recognition of the aspirations of these peoples to take control of their own institutions, ways of life and economic development, apart from to maintain and strengthen their identities, languages and religions within the lands where they live (Preamble);
- b) Act N. 11645, enacted on March 10, 2008, which made compulsory the teaching of african-Brazilian and indigenous cultures in schools;
- c) Decree N. 6861 of 27 May 2009, whose text organizes the indigenous education in ethno-educational territories in order to respect the different tribes that make up the Brazilian indigenous culture and these should have guaranteed

their particular identities, why the Art . 3 of this decree provides autonomy for indigenous schools organize with "its own specific standards and curriculum guidelines" and "regardless of the calendar year", even as the festivities and landmark dates in the history of that community can be very different from the official calendar;

d) Resolution N. 45 of the Deliberative Council of the National Educational Development Fund (Ministry of Education and Culture) of 29 August 2011, which created a training fellowship program aimed at qualification of teachers for indigenous education, forming the National Network of Professional Teaching in Public Basic Education (MEC Decree n. 1,328, of September 23, 2011).

The relevance of social and cultural aspects in the public agenda formulation stems from the fact that, by this way, one can specifically meet the real demands of the intended audience: the Brazilian indigenous communities. The forums and regular meetings that indigenous leaders have promoted in order to highlight to the public authority which education needs are urgent and in which situations is no greater disrespect their culture and, also, what paths the interested parties offer to solve these problems. Thus, it is also relevant instrument the Final Document of the First Conference on Indigenous Education, held in Luziânia (Goiás) in 2009 and that was to focus establish fundamental guiding principles, namely (our translation):

- I - Consult the representatives of Indigenous Peoples, government organizations and Civil Society about the realities and educational needs for the future of indigenous education policies;
- II - Discuss proposals for improving the offer of indigenous education in view of the implementation of Ethno-educational Territories;
- III - Propose guidelines to enable the advancement of indigenous education in quality and effectiveness; and
- IV - To make a pact between the representatives of Indigenous Peoples, federal agencies and organizations to collectively build commitments to the practice of intercultural indigenous education.

This document is clear legal supported in the aforementioned Decree 5.051 / 2004 regarding the essentiality of community participation in the formulation of the agenda and in making public policy decisions that affect them (our translation):

Article 6

1. In applying the provisions of this Convention, governments shall:
 - a) Consult the people concerned, through appropriate procedures and in particular through their representative institutions, whenever

consideration is being given to legislative or administrative measures which may affect them directly;

b) Establish the means by which these peoples can freely participate, at least the same extent as other sectors of the population and at all levels, in decision-making in elective institutions and administrative bodies and otherwise responsible for policies and programs which concern them;

c) Establish means for the full development of the institutions and people initiatives and, where appropriate, provide the necessary resources for this purpose.

2. Consultations on the application of this Convention shall be undertaken in good faith and appropriate to the circumstances, with the aim of reaching an agreement and get the consent to the proposed measures.

Article 7

1. The peoples concerned shall have the right to decide their own priorities with respect to the development process, to the extent that it affects their lives, beliefs, institutions and spiritual well-being and the lands they occupy or use in any way, and to control, as far as possible, their own economic, social and cultural development. In addition, they shall participate in the formulation, implementation and evaluation of plans and national and regional development programs which may affect them directly.

So the process of identifying and forming the public agenda on indigenous education has the required actors: the different communities, as each will point the peculiarities of teaching in its territory; the representative bodies of the community of existing tribes in Brazil today; the organs of the Ministry of Culture and Education linked to public education. The main topics on the agenda have been: multiculturalism, bilingual education, the cultural calendar of the tribe precedence over the calendar year, training of indigenous teachers and infrastructure for these schools.

Resilience can be seen In:

a) Government respect to multicultural aspects of indigenous communities since there is diversity about tribal culture and regular educational system, as well as between different tribes, organized in ethno-educational territories;

b) co-participative deliberation process that defines public policies about indigenous education and cultural manifestations, here represented by the Council of Brazilian tribes which one contributed to this agenda fully;

c) educational legislation roster, disposed in Ministry of Culture and Education website, in which indigenous peoples Declaration was listed as one of the rules to be obeyed about education indigenous in Brazil, revealing State openness to Citizens participation.

3.2 Brazilian streets manifestations 2013 to 2014

The best political and social impact that stemmed with movements that went into the streets in 2013 was precisely the return to the streets. The Brazilians had lost this habit as healthy for democracy. Cannot be said yet that there is a "movement" in the sense used in the 1980s, because many participating alone, just "take to the streets," without integrating any other forum for debate or have any participatory engagement to actually petition to the government. It is still a movement of "wave"; it must evolve and become organized activity, with clear guidelines and well directed to State bodies - Presidency, Ministries, Legislative, etc. - and also with better continuity of policy coordination after "returning home". This is important to prevent the transient effect of these mobilizations not linked to more organized groups and permanent social action.

At the time of convening by the social networks and while they are on the streets many protesters express enthusiasm in your posts on the Internet (Facebook, Twitter, Instagram, etc.), however, at the time an official public meeting is convoked or a public petition is organized the number of people who appear to participate is much lower. In the 1980s, those who were on the streets continued to fight out of them. There are not many manifestations with high volume as the latest in order to deal on the reform of political parties. In the 1980s the protesters had a deeper sense of how politics works, so there was more focus on guidelines and greater cohesion between the protesters even after gone to the streets. Unfortunately, many of the current generation does not even like to talk effectively about politics in their daily lives and end up going to the march with displaced causes, such as the return of the military regime.

Currently, Citizens are demanding changes not as specific as they did in the 1980s and early 1990s, but that target the political and governmental system as a whole, up to non-partisan way, because it has been strong rejection of political parties. However, there is still little knowledge about the functioning of government agencies, precisely because these protesters have not integrated, mostly, some organized group, which would have the function of transmit this knowledge to them.

So there is a lack of focus on requests - are fair, but directed to the wrong institutional agency - for example, some of the claims made to the President Dilma in marched posters of March 15, 2015 are actually claims of National Congress competence. Brazilians are protesters of "last minute", convened by digital social networks, still see the Chief Executive to be responsible for everything, without having a clear idea that most of their demands can only be authorized by the Legislature. This is accused of "inefficient" more generally - in the case of the executive branch is more personal - because of the figure of the political representatives and their parties are associated with the current model of political and electoral organization in Brazil.

On the latest movements can be said that the agenda of 2013 turned more to the defense of social rights. The corruption theme has been mentioned, but without being the central focus as the "free pass" and other issues. It was a demonstration against "governments" - federal, State and local - towards questions such as urban mobility, education, health, security, etc. This was reflected and continued in 2014, as the population felt neglected in the absence of adequate responses of the three levels of the federation - federal, State and municipalities - and also being against FIFA interference in Brazil. In 2015, many of those who took to the streets expressed in social networks do not support any party, which is a reflection of disbelief in the dialogue (?) with government in the years 2013 and 2014. Political corruption has become central and other applications side, seen as a result of political morality.

Last year there was also strong opposition to the presence of party flags (from all sides) among the protesters who claim to be "through Brazil", not for this or that political party, institution that today we can say that is discredited as a means of political representation. Given this situation we must reflect on how to reframe the parties and also on the form of direct and indirect democratic participation in the country. One consequence of this was the return with intensity of the debate on district voting, by which it could eliminate the dependence on the legend, model adopted today. The parties believe that this weakens policy; Citizens who defend the district vote claim that weakens the "partisanship", while it is beneficial to democracy.

The strength of social networks has proved the return of Brazilians to the streets undeniably. Influenced by the movement called the Arab Spring, organized and maintained by the communicability using Twitter, since the other media were censored, seeks to articulate the public manifestation faster (and with lower cost for the organized movements). The use of social networks to mobilize segments of the population uses two very important features that make it advantageous: speed and expansion. However, does not mean that the gone the streets by this means of convocation has the same continuity of purpose of old participations, usually linked to organized groups as student movement, black movement, among others.

There is less cohesion among the demonstrators who gather only by the call via the Internet than those who come because they are engaged in some kind of struggle. This is one reason why after the "street" many of disperse and continue to manifest only by "Likes" tool of social networks, which is not actually "mobilization" since there is no effort to change within the means institutional still needed to legislation changes, implementation of public policies, etc. Digital social networks are fundamental to making Citizens' demands more visible, but this step must be followed by another: the effective engagement in democratic control mechanisms of the State by Citizens: civil action, popular action, popular initiative of bills, participative committees in assemblies, public meetings, and other.

In these cases, resilience is present when:

a) different groups accept their demands even they not agree in personal life, but as respect to the other in public arena: religious segments, homosexuals, ecologists, private business, etc.;

b) State create new spheres to public manifestation in its official agencies if the existents ways are insufficient to provide space and condition to dialogue with Citizens, institutionalizing deliberation with Civil Society;

c) the Citizens agenda is actually welcome and converted in legislation or public policies, even some claims could not be accepted, but with clear evidence that the public power are open to considerations.

3.3 New Constitution of Ecuador (2008)

The most evident case of resilience in the last years is, undoubtedly, the new Constitution of Ecuador (2008). First of all because its own process of proposition, by referendum, what means that Ecuadorian people could really “speak” as Citizens about their Magna Law. Public consultation was made in September 29, in 2008. Almost 70% of Ecuadorian population approves the new Constitution, what signify this utmost importance as fundamental law and, also, as democratic expression of public deliberation. This constitutional text defends animals rights, priority groups (children, women, handicapped, among other), urban mobility, and, in a significant way, native peoples and the Pacha Mama (Mother Nature, of which we are all part). Recognized Indigenous Justice and tribes’ autonomy much more broadly (resilient) than Brazil does and yet the Constitution has a compromise with *sumak kawsay*, a kichwa word to “welfare” respecting indigenous peoples values (Preamble of constitutional text).

So, in accordance with Mark Tushnet (2015), the rules, and this applies to those with constitutional status, are produced (constructed) today by other mechanisms, beyond traditional ways as the legislature. It is not only a matter of judicialize access to rights, but to actually hear other spheres, now considered empowered, as Civil Society. The Ecuadorian Constitution is one of these instruments, such as the previous deliberative process that discussed its contents. It is not the first time that a Constitution, or a more significant constitutional change as an Amendment, was confirmed by referendum - other examples are Egypt (2007) and Italy (2006) - but is the most important as a democratic document, because recognizes indigenous peoples, nature, collectivities, individuals and communities, all, as Citizens and subjects of this Magna Law (Art. 10). One example is the existence of an official language, Castilian, and languages of intercultural relationships, kichwa and shuar, beyond the use of ancestral tongues in indigenous territories (Art. 2).

The referendum represents a complete paradigm break with the modern model of representation and formation of political power because assigns Citizens power to control the actions of agents who acted on its behalf in the assemblies.

Confirmation can follow an existing institutional path, the referendum, but the decision source of so relevant question is innovative, since in this case it includes new rights and greatly expands Ecuadorian citizenship. And, furthermore, the recognition of so many subjects as active Citizens completely changes the relation between State, Law and Civil Society.

Also there is innovation in constitutional contents, for instance:

a) fundamental rights are immediately applicable even those indicated in international law of which Ecuador was signatory in order to ensure justice access for all Citizens, it being prohibited deny applicability to rules due to its lack of legislature process (Art. 11, item 3);

b) State and its agencies are obliged to repair the violations committed against citizens by the deficiency in public services (Art. 11, item 9);

c) the communication means must respect cultural diversity (Art. 16 and 17);

d) intercultural dialogue in education policies (Art. 28);

e) special protection to migrants to avoid the illegality of immigration status and to promote their inclusion with the rest of society (Art. 40);

f) special protection to people with serious diseases as AIDS and other terminal or complex illness (Art. 50);

g) family diversity protection (Art. 67) and other social issues.

We have to emphasize the Chapter Four that cares about rights of communities, peoples and nationalities, considering the cultural diversity in Ecuador. This part of Ecuadorian Constitution intends to curb discrimination against original peoples. It guarantees to them identity respect, property of their ancestral territories, biodiversity management of natures in their lands, and other protections. One of the most important is assure to indigenous peoples the deliberative right on public policies; none political decision about issues related to them can be approved without first heard the mainly interests, indigenous Citizens. Another reflex of this new approach to original peoples way of life is the utmost relevance of community decisions because it is an essential value in democracy, but further in his culture (Art. 57, item 12, protection to collective knowledge).

Chapter Five is also key in this Constitution, because it is expressed individuals participation rights in public life by vote and also with the adoption of “affirmative action” applied to the choice of political representatives (Art. 65). It aims guarantee balance in representativeness and avoid that one group more powerful overlap minorities.

Nevertheless such Citizens empowerment in Ecuadorian Constitution, unfortunately there are problems remained from traditional culture. Despite how we said before diversity family was ensured (Art. 67) and common-law marriage is open to homosexuals (Art. 68), legal marriage (Art. 67 too) and adoption (Art. 68) still are rights strictly to heterosexual couples, what brought a huge challenge to Judiciary Power in Ecuador regarding human dignity recognition.

The resilience in Ecuadorian Constitution is centered in native peoples and their political, social and cultural inclusion. In this matter this constitutional text is crucial to Latin America, considering our colonization and dictatorial regimes heritage. However the modern and bourgeois characteristics remains, mostly because of the strong Christian religious presence on the continent that inhibits the provision of other rights. But this cannot be attributed uniquely to the denial of recognition by Christians, because there is also the share of contribution from ancient cultures, also organized as families conducted by couples of different sexes aiming procreation, the human continuity in following generations (Pacha Mama – “Mother of we all”, sprouting life).

4 FINAL CONSIDERATIONS

Resilience is the principle of search, constantly, for democratic mechanisms renovation (innovation) considering people contribution to that and the endless scenario changes in all societies. It is an attitude focused on recognition and political dialogue, what means that sometimes it occurs by social acceptance of diversity (e.g., native peoples in Ecuadorian Constitution or in Brazilian educational law); sometimes, when acceptance is not possible by itself, as a public negotiation for mutual relationship (e.g., homosexuals and religious groups arguing about marriage or adoption). Ever depends on intersubjectivity; on a

collective moral that defends human dignity, democracy, citizenship and because of which is capable to adapt itself many times to assure continuous movement of State, Law and Civil Society, including minority groups. But always changing without lost its fundamentals.

Adaptability is not lose identity. It is not lose State authority. Is move your essence to another configuration, which contributes to a better intersubjectivity and, also, better public policies. The transformation mutates mechanisms, rules, political organization, institutions at the same time conserves fundamental rights, democratic Government, deliberation sphere, cultural pluralism, etc.. For example, change political debates to digital media transform the means, however the same mistakes committed in non-virtual sphere could be found in social networks in internet. It is necessary a new moral, which sustained democratic dialogue in any environment and that supports citizenship in contact with diversity.

Individuals must be resilient to be capable to accept another people that claims different rights and way of lives; State must be resilient too, to constructed political and judicial frames that allowed to Citizens discuss about public policies, accountability and rules of official Law. Only in this way we can really say that there is a Democratic Rule of Law in which we can live as emancipated individuals, empowered and equals in the republican sense: the equal right to be ourselves with our identities. Each group in society must give way sometimes, open space to another; and defend its position in face of State and groups in other occasions. This situation has no end, it is a part of democracy, a constant need of sit and talk. Because of that resilience attitude as a principle of Law, applied to relationships between State and Citizens or among individuals, is so crucial to sustain the aperture for the constant restructuring the social and political systems both need.

REFERENCES

BENTO, L. V. **Governança e governabilidade na reforma do Estado** – entre eficiência e democratização. Barueri: Manole, 2003.

BRASIL. **Decreto 5051, de 19 de abril de 2004**, promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em 14 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Decreto 6861, de 27 de maio de 2009**, dispõe sobre educação escolar indígena e define sua organização em territórios etnoeducacionais. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6861.htm>. Acesso em 14 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Lei 11645, de 10 de março de 2008**, obriga o ensino da temática “História e cultura afro-brasileira e indígena”. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11645.htm>. Acesso em 14 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Resolução n. 45, de 29 de agosto de 2011**, Rede Nacional de Formação Continuada para Educação Básica; educação escolar indígena e em áreas remanescentes de quilombos; outros assuntos. Ministério da Educação e Cultura, Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, Conselho Deliberativo.

BRAZIL. **Federative Republic Constitution**. Constitutional text of October 5, 1988, with the alterations introduced by Constitutional Amendments until N. 64/2010. Access: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf>.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE EDUCAÇÃO INDÍGENA, I. **Documento final**. Luziânia, Goiás, Brasil, 16 a 20 de novembro de 2009.

ECUADOR. **Constitución del Ecuador**, aprobada en referéndum por el pueblo ecuatoriano en 29 septiembre 2008. Disponible em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acceso en 02 de marzo 2015.

INTERNACIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Resolution N. 169**, Indigenous and tribal peoples. Access: <<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--en/index.htm>>

LÉVY, P. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

MICHELS, R. **Political parties**: a sociological study of the oligarchical tendencies of modern democracy. Translated by Eden and Cedar Paul. Kitchner (Ontário, Canadá): Batoche Books, 2001.

QUADROS DE MAGALHÃES, J. L.; AFONSO, H. W. The Plurinational States of Bolivia and Ecuador: Foundations for a rereading of Modern International Law. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XII, p. 455-473, 2012.

SOUZA, C. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. de 2006.

SOUZA, L. C. **State power legitimacy in Brazilian democracy**. 26th World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie - IVR), 2013.

SOUZA, L. C. **Aplicação do princípio da resiliência às relações entre Estado, Direito e Sociedade Civil**. Tese. Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, Programa de Pós-graduação em Direito, 2012.

SOUZA, L. C. A (des)proteção normativa da cidadania. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v.5, n. 9, p. 119-134, jul./dez. de 2010.

TUSHNET, M. **New institutional mechanisms for making constitutional law**. Access: <<http://ssrn.com/abstract=2589178>>. April 02 2015.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE
GT – VIOLÊNCIA, CRIME E SOCIEDADE**

CANOAS, 2015

**O JUIZ CRIMINAL COMO GESTOR DE RISCO NA (E DA) SOCIEDADE
GLOBALIZADA: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES ORIUNDAS DAS VARAS
CRIMINAIS DA CIDADE DE CANOAS/RS**

Diego Oliveira Pereira,¹

Douglas Augusto dos Santos,²

Renata Almeida da Costa,³

Resumo: A fragmentação do espaço urbano pode ser observada como um dos fatores significativos da produção da sensação social de insegurança. Os fenômenos do capitalismo e a globalização acentuam e aceleram o desenvolvimento e o progresso dos centros urbanos. Em vista disso, as certezas e os sentimentos de segurança e de proteção dissiparam-se, e os centros urbanos se convertem em locais de produção da sensação de insegurança fazendo com que a relação entre sociedade e Estado esteja pautada em torno da necessidade de segurança, tanto coletiva como individual. Nesse contexto, as instituições do Estado buscam solucionar os anseios (penais) sociais através da produção da lei. No entanto, as políticas locais – e particularmente a política urbana – encontra-se hoje desesperadamente sobrecarregada, a tal ponto que não consegue mais operar. Por conseguinte, recai à esfera do Poder Judiciário a esperança pelo estabelecimento da paz e da ordem pública, uma vez que as normas de segurança não atingem, em sua plenitude, a finalidade para as quais foram criadas. Nesse contexto, é possível identificar uma nova função atribuída ao juiz criminal, a de gestor de risco (risk manager). Em outras palavras, espera-se da Justiça uma resposta às condutas desviantes causadoras da insegurança. À vista disso, a pesquisa busca identificar no teor dos julgados oriundos das varas

¹ Aluno de graduação em Direito e pesquisador bolsista em iniciação científica pelo Centro Universitário La Salle – UNILASALLE CANOAS, diegopereira.comex@gmail.com.

² Aluno de graduação em Direito e pesquisador voluntário em iniciação científica pelo Centro Universitário La Salle – UNILASALLE CANOAS, douglashdss@gmail.com.

³ É Doutora em Direito pela UNISINOS (2010), Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2002) e graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (1998). É professora das Faculdades de Direito da La Salle, onde está vinculada ao projeto de Mestrado em Direito e Sociedade, e, também, do UNIRITTER (integrante da rede Laureate International Universities). Foi professora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (2000 a 2012) e pesquisadora visitante da Universidade de Reading (Inglaterra), onde realizou doutorado-sanduiche. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Criminologia, atuando principalmente nos seguintes temas: criminalidade organizada, controle social, sociedade e terrorismo. Líder do grupo de pesquisa Criminalização, Direito e Sociedade, renata.costa@me.com .

criminais de Canoas justificativas baseadas em discursos punitivistas, e argumentos de manutenção da ordem e da segurança.

Palavras-chave: cultura do Medo; insegurança social; juiz criminal.

1 Introdução

A fragmentação do espaço urbano pode ser observada como um dos fatores significativos da produção da sensação social de insegurança. Os fenômenos do capitalismo e a globalização acentuam e aceleram o desenvolvimento e o progresso dos centros urbanos. Em vista disso, as certezas e os sentimentos de segurança e de proteção dissiparam-se, e os centros urbanos se convertem em locais de produção da sensação de insegurança fazendo com que a relação entre sociedade e Estado esteja pautada em torno da necessidade de segurança, tanto coletiva como individual.

As mudanças na esfera da produção e do consumo, e seu desenvolvimento e reinterpretação pelos atores envolvidos, têm efeitos sobre as causas da criminalidade e do desvio e sobre as reações contra eles. O aumento rápido da taxa de criminalidade é o motor principal da transformação dos comportamentos e atitudes públicos no desenvolvimento do aparato de controle do crime (YOUNG, 2002).

Nesse contexto, as instituições do Estado buscam solucionar os anseios (penais) sociais através da produção da lei. No entanto, as políticas locais – e particularmente a política urbana – encontra-se hoje desesperadamente sobrecarregada, a tal ponto que não consegue mais operar. De outra banda, a iniciativa privada, concatenando seu poderio produtivo com a exiguidade de certezas, coloca à disposição no mercado a (promessa de) segurança em forma de produtos e serviços.

Tanto o Estado como o mercado visam suprir a necessidade da segurança em massa, todavia, os métodos utilizados para alcançar o fim proposto, isto é, a paz social, acabam construindo resultados diversos do pretendido. Entre eles, podem-se destacar a segregação e exclusão social dentro do território urbano, o

aumento da criminalidade, as sensações de medo e insegurança, e o crescimento dos discursos punitivistas frente às referidas sensações.

Por conseguinte, recai à esfera do Poder Judiciário a esperança pelo estabelecimento da paz e da ordem pública, uma vez que as normas de segurança não atingem, em sua plenitude, a finalidade para as quais foram criadas. Nesse contexto, é possível identificar uma nova função atribuída ao juiz criminal, a de gestor de risco (risk manager). Em outras palavras, espera-se da Justiça uma resposta às condutas desviantes causadoras da insegurança.

À vista disso, este paper buscou identificar no teor dos julgados oriundos das varas criminais da cidade de Canoas, no mês de julho do ano de 2014, se os magistrados justificavam suas sentenças baseadas em discursos punitivistas, e argumentos de manutenção da ordem e da segurança.

2 Canoas e sua convivência com o *medo* e a *violência*

Como toda cidade globalizada e influenciada pelos ditames do capitalismo avançado, Canoas tem seu espaço urbano geográfica e socialmente dividido. Cada fragmento parece viver e funcionar autonomamente. Os bairros ricos – ou equivalentes - são atendidos por toda sorte de serviços que o Estado pode proporcionar, inclusive, ganham especial atenção do grande mercado: empreendimentos imobiliários que ofertam não somente uma moradia, mas também ofertam espaços de lazer e conforto, trabalho, entre outros, sob o signo da segurança. Ou seja, é posto à comercialização locais, ora públicos, privatizados. Dito de outra forma, fragmentos fortificados (PEREIRA; COSTA, 2014).

Sem embargos, a imposição de barreiras e muros também é uma forma de segregar e afastar os excluídos do consumo. Nesse compasso, Donzelot sustenta que:

Al delimitar claramente, con muros si es necesario, el espacio circundante de una o varias edificaciones, al patrimonializarlo, se hace aparecer al exterior como un espacio público colocado bajo la mirada de todos. Pero la atracción de la calle proviene en lo esencial de los comercios que ofrecen sus vidrieras a la mirada de los transeúntes. Esta oferta procura un “bienestar” en la calle, en la que se redescubren los beneficios en términos de seguridad, pero también de “ambiente urbano”, según una en buena para la reparación de las urbanizaciones, así como

para el ordenamiento de los antiguos centros declinantes o incluso de las estaciones ferroviarias (DONZELOT, 2012).

Nesse sentido, é possível presumir que as comunidades fechadas sejam mundos separados. Os conteúdos publicitários acenam com a promessa de segurança como uma alternativa à qualidade de vida que a cidade e seu deteriorado espaço público oferece. Segundo Bauman:

[...] Isolamento quer dizer separação de todos os que são considerados socialmente inferiores, e – como os construtores e as imobiliárias insistem em dizer – “o fator-chave para obtê-lo é a segurança. Isso significa cercas e muros ao redor dos condomínios, guardas (24 horas por dia) vigiando os acessos e uma série de aparelhagens e serviços... que servem para manter os outros afastados (BAUMAN, 2009).

Tais desenvolvimentos urbanos desiguais traçam o cenário para o conflito social. Ou seja, a globalização altamente seletiva do comércio e do capital, da vigilância e da informação, da coerção e das armas, do crime e do terrorismo, desrespeitam quaisquer fronteiras ou barreiras existentes. Não há muros que a possam conter:

Em um planeta globalizado, habitado por sociedades forçosamente “abertas”, a segurança não pode ser obtida, muito menos garantida de maneira confiável, em um único país ou grupo de países: não por seus meios próprios e independentemente do estado das coisas no resto do mundo [...] A perversa “abertura” das sociedades, implementada pela globalização negativa é ela própria a causa primeira da injustiça e assim, indiretamente, do conflito e da violência (BAUMAN, 2008).

De outra banda, e também de vital essencialidade para o nascimento dos sentimentos de medo e incerteza, o aumento das taxas de criminalidade alimenta o medo público do crime e gera padrões elaborados de comportamento de evitação. A área problemática isolada da contemporaneidade se transforma num mapa intrincado de zonas proibidas, de metrô e parques a serem evitados, de estacionamentos que se pode atravessar e espaços públicos a serem usados com atenção (YOUNG, 2002).

Nessa senda, mercado se ocupa com as necessidades da sociedade, sendo tais necessidades uma lacuna em que o Estado dificilmente consegue suprir, isto é, a produção do direito, em que pese as todas as normas e legislações voltadas à segurança pública (desde o âmbito municipal ao âmbito federal), não concretizam o desejo coletivo de segurança, pois, por mais que

índices relativos às taxas de criminalidade demonstrem consideráveis quedas⁴, o conteúdo material da lei – e das estatísticas - não suprime o sentimento humano de medo.

Portanto, têm-se na iniciativa privada uma promessa de segurança através de bens e serviços, todavia, somente para um público consumidor exclusivo. De outra banda, tem-se o gestor público que, através das funções atribuídas ao cargo, trabalha enfrentando diretamente a criminalidade; ataca a consequência e não a causa, respondendo, assim, os anseios de alguns setores da sociedade, como a mídia, por exemplo.

No entanto, as políticas locais – e particularmente a política urbana – encontra-se hoje desesperadamente sobrecarregada, a tal ponto que não consegue mais operar. Por conseguinte, recai à esfera do Poder Judiciário a esperança pelo estabelecimento da paz e da ordem pública, uma vez que as normas de segurança não atingem, em sua plenitude, a finalidade para quais foram criadas. Nesse contexto, é atribuída uma nova função social ao juiz criminal, a de gestor de risco (*risk manager*) (GARAPON apud FOESSEL, 2011). Em outras palavras, espera-se da Justiça uma resposta às condutas desviantes causadoras da insegurança cidadã.

3 Os Territórios de Paz

Em resposta aos anseios da sociedade canoense, o gestor municipal, com apoio das esferas estadual e federal, buscou através de dois projetos amenizar e conter as altas taxas de criminalidade e violência que a cidade de Canoas apresenta. O primeiro, Canoas Mais Segura⁵, é composto por profissionais da Fundação da Brigada Militar, Guarda Municipal e Secretaria Municipal de

⁴ Para Young (2002), a existência de uma cifra oculta de crimes não notificados às agências oficiais é conhecida desde o trabalho do belga Adolphe Quetelet, o fundador da estatística social, na década de 1830 [...] a extensão da cifra oculta revelada varia de pesquisa para pesquisa, mas comumente apenas um terço das infrações é conhecido pela polícia.

⁵ Lei nº 5466 de 23 de dezembro de 2009 que regula a instalação, operação, tratamento de imagens, dados e informações produzidas a partir do programa Canoas mais Segura. E Decreto nº833 de 25 de outubro de 2010 que regulamenta a liberação das imagens captadas pelas câmeras de vídeo-monitoramento;

Transportes, tendo ainda o espelhamento da SIM⁶ e 15º Batalhão da Brigada Militar.

O segundo, denominado “Territórios da Paz”, iniciou como um centro de pesquisa social aplicada à segurança pública de Canoas. Foi implementado com recursos do Governo Federal, porém, em um esforço mútuo de vários órgãos governamentais e não governamentais os Territórios de Paz foram instalados nas comunidades de Mathias Velho e Guajuviras⁷. Primeiramente, tinha por finalidade a monitoração e rígido policiamento em pontos considerados críticos. Após a intervenção estatal com (maior) policiamento, projetos sociais também incorporam o ideal dos territórios.

Anualmente, através do Observatório de Segurança Pública, são feitos relatórios apontando os índices – e os resultados das ações estatais – criminais e, de acordo com a última análise do histórico dos casos de mortes violentas nos Territórios de Paz Guajuviras e Grande Mathias Velho, a partir de 2009, verificou-se que 2014, em relação a 2013, houve um aumento de 45,7% dos casos no TP Mathias Velho, enquanto que o percentual do TP Guajuviras seguiu a tendência de aumento da cidade de Canoas (OBSERVATÓRIO, 2015).

Embora a existência de tais ações possam auxiliar na queda dos índices estatísticos de criminalidade dos bairros em questão, a sensação de medo e insegurança permanece incorporada a estas localidades. Assinala essa constatação Isla (*apud* ROLLERI), 2006: “La sensación de inseguridad es más alta que la tasa de delito”.

Ademais, assevera Young (2002) que a taxa de criminalidade é pelo menos três vezes maior do que os números oficiais, e deve ser consideravelmente mais alta, visto que as próprias pesquisas de vitimização apresentam uma cifra oculta substancial de crimes não relatados aos pesquisadores⁸.

⁶ Sala Integrada de Monitoramento

⁷ O primeiro Território de Paz foi lançado em outubro de 2009 no bairro Guajuviras, e em novembro de 2011 foi a vez do Bairro Mathias Velho

⁸ Certos tipos de crime podem ter cifras ocultas maiores; crimes contra certas vítimas são revelados com muito menos frequência do que outros nas estatísticas criminais. Em geral, quanto mais socialmente vulnerável for a vítima e mais privado ou íntimo o cenário da perpetração, menos visível será o crime (YOUNG, 2002)

É nítido que somente o monitoramento não é suficiente para diminuir as estatísticas criminais, tampouco a sensação de medo. Precisamente pelo fato da administração estatal estar promovendo os dois bairros a condição de “especiais”, o imaginário social é conduzido à falácia do local a ser evitado, do local perigoso. Evidente, e necessário ressaltar, o papel estigmatizador que os veículos de comunicação exercem ao destacar notícias e manchetes sobre os mais diversos crimes que acontecem no Mathias Velho e Guajuviras, colaborando com os sentimentos de insegurança (PEREIRA; COSTA, 2014).

Sem embargos, Rolleri (2006) considera que “el control social es un negocio, que hay una expansión del poder punitivo y que más policías en la calle el delito se incrementará”. Diante de tudo isso, percebe-se que a expressão “Territórios da Paz”, opção de nomenclatura adotada pelo gestor público municipal para o local em que pretende exercer vigilância sob o argumento de contenção dos índices de criminalidade, finda um efeito antagônico. Afinal, ao enfatizar-se o local como necessário à implantação da paz, reforça-se o estereótipo do que ele não é. Ou seja, pretendendo-se negar o conflito e o medo, evidencia-se aquele espaço como o “locus” dos mesmos (PEREIRA; COSTA, 2014).

4 Resposta à Sociedade: O Poder Judiciário

É possível notar que os esforços em conjunto e individualizados tanto da iniciativa pública, como da iniciativa privada, não obstante os méritos e deméritos que possam ter, não alcançam, plenamente, o objetivo para qual foram empreendidas. Em outras palavras, têm-se na iniciativa privada, na figura do mercado, um vetor de produção que aproveita a exiguidade de certezas coadunando com seu poderio produtivo para oferecer à sociedade produtos e serviços que visam a segurança; a (perspectiva de) segurança pode ser vendida, mas o sentimento, individual e coletivo, de medo não pode ser cerceado pelos mesmos.

No que se refere às responsabilidades do Estado, em matéria de segurança pública, existem preocupações nas quais foram transformadas em

projetos, em comum esforço das esferas legislativa e executiva. Todavia, repete-se o refrão na qual todos os esforços empreendidos visando paz e segurança social não são capazes de satisfazer os anseios sociais, assim como não modifica o *status quo* ao sentimento de medo e pânico.

Dessa forma, cria-se uma expectativa, por parte da sociedade, de que o Poder Judiciário solucione não só os problemas criminais/penais, mas que também exerça um papel que não é seu, qual seja, cercear a incidência de condutas desviantes, fazendo, assim, com que a Justiça torne-se órgão de cumprimento e efetivação das promessas Estatais. Todavia, aduz Foessel (2011) que: “el tema de la seguridad permite precisamente mantener ese discurso de identidad inmediata entre el pueblo y sus gobernantes: la seguridad es un objetivo que todos pueden compartir, y así se reconstruye una ficción de unidad de la que no está permitido dudar”.

Assim, o tecido social apoia-se na ideia que o Poder Judiciário deve dar uma resposta para as causas dos sentimentos (reais e imaginários) de medo e pânico coletivos, isto é, através de discursos punitivistas é exigido rigidez e intolerância para com aqueles que carregam a marca da tipificação criminal.

Posto isso, a buscou-se averiguar nas decisões da Justiça Criminal quais argumentos balizavam as fundamentações dos magistrados. Para tanto, fora estipulado uma pesquisa qualitativa, com base nos acórdãos oriundos das varas criminais da cidade de Canoas. O período escolhido foi o mês de julho do ano de 2014 por, nessa época do ano, passadas férias e demais períodos de inatividade forense, os prazos processuais correrem com maior fluidez. E por fim, utilizou-se como palavra-chave a expressão *habeas corpus*, com o intuito de compreender se os magistrados, frente aos casos delituosos que julgam, apelam para o jargão social punitivistas ou carregam um traço garantista/humanista.

5 Análise dos acórdãos oriundos das Varas Criminais de Canoas no mês de julho de 2014

Através do sistema de pesquisa/busca de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, utilizando-se os seguintes critérios (Tipo

de Processo: Habeas Corpus; Comarca de Origem: Canoas; Seção: Crime; Data de Julgamento: 01/07/2014 a 31/07/2014). Desta busca resultaram trinta e três (33) pedidos de Habeas Corpus, destes pedidos, vinte e oito (28) foram indeferidos, todos por unanimidade, e três (3) restaram prejudicados, restando somente dois (2) pedidos que foram deferidos. Foi negado o acesso aos autos e decisões nas varas de origem (1º grau) pelos respectivos escrivães das varas criminais, mesmo para os processos sem segredo de justiça.

Após análise dos acórdãos, observou-se que a maioria foi negada por unanimidade, não havendo nenhuma divergência entre os entendimentos entre os que foram denegados a ordem. Dentre os julgados em que a ordem foi denegada, os magistrados usaram fundamentações como: credibilidade da justiça, o impacto dos crimes na saúde pública, garantia da ordem pública, além de argumentos no sentido de que a prisão temporária é/era imprescindível para as investigações do inquérito policial.

Nessa senda, toma-se, por exemplo, a sentença prolatada para o crime de tráfico de drogas:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONVERSÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. RISCO CONCRETO À ORDEM PÚBLICA.”

[...]

Oportuno salientar que o problema da droga encerra questão complexa, abrangendo aspectos relacionados com desenvolvimento social, saúde e segurança públicas.

A uma, em virtude do expressivo impacto gerado na esfera da saúde pública, conclusão a que se chega pela constatação de que, no período compreendido entre os anos de 2006 e 2012 (últimos dados disponíveis), o número de internações de dependentes de drogas financiadas pelo Sistema Único de Saúde cresceu 128%, equiparando-se ao número de internações por dependência de álcool, chegando a atingir, no último ano referido, o número aproximado de cento e cinquenta mil.

[...]

Por isso que se trata o tráfico de drogas de crime grave, equiparado a hediondo, inclusive. **E a repercussão social dele resultante, antes retratada, quer no âmbito da saúde pública, quer na esfera da criminalidade** – potencializada pelo uso e pelo comércio de substâncias entorpecentes, pois geradores de outras infrações igualmente graves – **está a evidenciar concreto risco à ordem pública, a tornar imperiosa a prisão cautelar e obstar a aplicação das medidas cautelares** a que alude o art. 319 do Código de Processo Penal. [Grifo nosso]. (TJ-RS. HC 70060233392. ORDEM DENEGADA. UNÂNIME. Rel. Des. HONÓRIO GONÇALVES DA SILVA NETO).

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO.”

[...]

Ao despachar o magistrado de 1º grau fundamentou do seguinte modo:

“Delitos graves, o roubo e o estupro geram severas consequências no meio social, o que indica a necessidade da segregação cautelar do representado, evidenciando, de forma inequívoca, que a ordem pública está sendo afetada.

Tais fatos sustentam a necessidade da **prisão cautelar para a garantia da ordem pública, sob pena de descrédito da Justiça e de restar afetada a confiança da comunidade nos órgãos responsáveis pelo combate e repressão ao crime.**”

[...]

Diante disso, a autoridade impetrada concluiu ser necessária a prisão do paciente, para resguardar a ordem pública local. De anotar, no ponto, que a decisão supra colacionada apresenta fundamentos concretos que levaram a autoridade impetrada a decretar a prisão preventiva do paciente, não havendo falar, portanto, em ausência de fundamentação, ainda que o dominus litis tenha imputado ao paciente, mais tarde, **na denúncia oferecida, um crime de roubo majorado pela restrição da liberdade da vítima.** [Grifo nosso]. (TJ-RS. HC 70060650066. ORDEM DENEGADA. UNÂNIME. Rel. Des. AYMORÉ ROQUE POTTES DE MELLO).

De outra banda, nos julgados em que a ordem foi provida, dois (2) deles, houveram fundamentações distintas das apresentadas nas decisões em que as ordens foram denegadas, tais como: a razoável duração do processo ter sido excedida e a possibilidade de imposição de restrição menos onerosa que a prisão, tendo em vista que uma parte considerável do sistema carcerário pátrio encontra-se ocupada por presos em regime provisório. Assim:

“HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INDÍCIOS DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA COMPLEXA. DECISÃO BEM FUNDAMENTADA. FUMUS COMISSI DELICTI E PERICULUM LIBERTATIS EVIDENCIADOS, NÃO SENDO POSSÍVEL DESAUTORIZAR O JUÍZO FEITO A ESSE RESPEITO. IMPETRAÇÃO QUE NÃO VEM INSTRUÍDA COM CÓPIA DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL PRECEDENTE, NA QUAL A AUTORIDADE COATORA FIRMA PÉ PARA AFIRMAR O PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DA SEGREGAÇÃO PROVISÓRIA. PRISÃO QUE PERDURA POR QUASE CINCO (05) MESES SEM QUE TENHA SE ENCERRADO A FASE DE NOTIFICAÇÃO DOS ACUSADOS PARA A APRESENTAÇÃO DE DEFESAS PRELIMINARES. PERÍODO TEMPORALMENTE EXCESSIVO NO CASO CONCRETO. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO VIOLADA.”

No caso concreto, embora o processo guarde certa complexidade, com imputação de seis (06) fatos, dirigidos a cinco (05) réus, são passados **quase cinco (05) meses desde a prisão do paciente e, até o presente momento, não foram concluídas sequer as notificações dos acusados para defesas preliminares, o que é injustificável.** Veja-se, a Lei n. 11.343/2006 fixa prazos para a prática de todos os atos processuais e o somatório máximo até o recebimento da denúncia é de noventa e cinco (95) dias, que se encontra totalmente superado, sem que se tenha semelhante decisão em perspectiva.

A coação, portanto, é ilegal.

A concessão **foi em razão do excesso de prazo na instrução**, e os réus foram presos na mesma data. Logo, é obrigatória a extensão da decisão do grupo julgador. [Grifo nosso]. (TJ-RS. HC 70059007831. ORDEM CONCEDIDA. UNÂNIME. Rel. Des. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO).

“HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO.”

[...]

Contudo, na atualidade, o ordenamento jurídico **prevê medidas cautelares substitutivas à drástica e excepcional medida de prisão**. No ponto, ressalto que "a medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver uma outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação. (...) **São medidas cautelares diversas da prisão exatamente porque buscam dar alternativas à prisão cautelar, reservando a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado.**"

Ou seja, exatamente como no caso dos autos.

[...]

No ponto, não é demais registrar, a lareira, que **33% das vagas do sistema penitenciário estadual estão preenchidas por presos provisórios**, e que o sistema judiciário de execução penal do Estado sequer está conseguindo manter **assaltantes perigosos, traficantes de drogas ilícitas e estupradores contumazes, dentre outros, sob regime adequado de cumprimento de condenação carcerária definitiva**, em face das carências do sistema penitenciário tutelado pela SUSEPE.

Desta forma, entendo que, no caso, também **em face das notórias deficiências de vagas no sistema penitenciário do Estado, há que se mitigar e proporcionalizar os motivos determinantes da manutenção da drástica e excepcional medida de prisão preventiva**, privilegiando-se a solução contemporânea de concessão da liberdade provisória aos pacientes, com a aplicação de medidas cautelares alternativas. [Grifo nosso]. (TJ-RS. HC 70060717410. ORDEM CONCEDIDA MEDIANTE AS CONDIÇÕES ESTABELECIDAS PREVIAMENTE. UNÂNIME. Rel. Des. AYMORÉ ROQUE POTTES DE MELLO).

6 O Juiz Criminal e sua nova função social: o gestor de risco

A maioria das decisões supra comentadas trazem em seu núcleo fundamentações genéricas, como por exemplo, (a) o problema que as drogas causam a saúde pública e a sociedade, (b) a repercussão social resultando do crime ou mesmo a credibilidade da justiça. Diante disso, é possível observar que o juiz, além de suas competências, acumula mais uma, a de gestor de risco, ou seja, além de julgar, deverá também manter a ordem pública cerceando as condutas desviantes, através da aplicação de penas mais gravosas.

Nesse sentido, Foessel (2011) assevera o novo papel do juiz criminal contemporâneo em face das complexidades sociais:

Para la criminología actuarial que aplica a las personas los métodos económicos de la evaluación de riesgos, el juez deja de ser representante de la ley y se convierte en figura de un *risk manager* (Garapon, 2008). Ya no se espera del juez que restaurante el orden simbólico que rige la sociedad, sino que instaure un orden de regularidades en el que la reincidencia sea excluida como posibilidad. La reincidencia, de hecho, es el símbolo mímico del fracaso penal

Assim, parte (ou toda a) da imparcialidade que deve (ou devia) ser inerente ao magistrado é retirada, deixando de julgar o fato praticado pelo individuo em si para julgar qual a repercussão social tem ou terá o desvio – e o desviante.

Para Amilton Bueno de Carvalho (2013), o senso comum é agressivo e exige medidas coercitivas que coíbam as condutas delitivas:

[...] deve-se punir cada vez mais e cada vez mais a penas longas e cada vez mais com menos benefícios no momento da execução penal – com a banalização dos ditos “crimes hediondos” que, ao contrário de exceção, tende a se transformar em regra – e cada vez mais condutas devem ser tipificadas. Há crença generalizada: a causadora da criminalidade (real ou imaginária) é a impunidade! Ou, ao menos, a grande causa, a causa primeira, a causa essencial, tanto que as eventuais “outras” causas sequer merecem entrar em pauta: tidas por insignificantes ante a magnitude da pretensa causa essencial.

Para Christie (1998), o Direito foi empurrado na direção da primeira classe geral de instituições, a da produção⁹. O Direito está se tornando um instrumento utilitário, afastado das instituições culturais. Com esta mudança, o Direito perdeu qualidades fundamentais, particularmente suas raízes no núcleo básico da experiência humana.

Dito de outra forma, o Direito, em especial a Justiça Criminal, está cada vez mais se afastando de preceitos calcados no humanismo; está ligada cada vez mais à acumulação patrimonial, isto é, no desejo daqueles que acumulam patrimônio, e necessitam de mecanismos de defesa para proteger-se daqueles que podem ameaçar suas conquistas, mesmo que a ameaça seja somente a sua presença.

⁹ Para Dag Osterberg (*apud* Christie) as principais instituições sociais da sociedade dividem-se em quatro categorias: uma é a da produção, onde predomina o cumprimento racional de objetivos. Outra é a das instituições reprodutivas, onde predominam a assistência e serviços. Numa terceira categoria, encontra-se as instituições da política e do poder e na quarta estão as instituições que coordenam princípios, valores e formas de pensamento. É esta última categoria que pertencem as instituições culturais e científicas, onde o conhecimento é produzido e reproduzido, onde ocorrem as discussões infundáveis sobre como o mundo deve ser apreendido e sobre as relações entre a natureza e os seres humanos (CHRISTIE, 1998)

A partir desses discursos, a intolerância e o *panpenalismo*¹⁰ tomam força e repercutem por todas as estruturas do tecido social, acarretando, além das sensações de medo e insegurança, a vociferação do Direito Penal como instrumento para punir *mais* aqueles que cometem condutas delitivas, mesmo as que não importem em relevante dano ou lesividade ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

Assim, recai ao juiz empreender uma função que não é sua, com “ferramentas e dispositivos” que não foram pensados e desenvolvidos para esta tarefa. Sobrecarregando assim, ainda mais, o poder judiciário e penitenciário, de tal modo que os processos e investigações são de tal magnitude que, literalmente, estagnam e/ou travam a “máquina pública”, fazendo com que os prazos inerentes aos processos sejam reiteradamente descumpridos.

7 Considerações finais

O presente trabalho procurou mostrar, a existência de aspectos da cultura do medo e do sobre o espaço urbano, e como tais fenômenos sociais influenciam a sociedade (como ela se comporta, trata e reage a esses fenômenos) e o direito (como se dá a elaboração, o cumprimento e a execução do direito sancionador).

Entende-se, hodiernamente, que as cidades e as metrópoles como núcleos de convivência e interação do homem. Muito embora o espaço urbano apresentasse fragmentado e voltado à segregação, uma vez que a necessidade de muros é uma promessa de segurança (tanto individual como coletiva) contra possíveis ameaças externas. Dito em outras palavras, contra os excluídos da sociedade de consumo.

Nesse contexto, constatou-se que as pessoas, de um modo geral, temem os crimes, os criminosos e os principais locais associados a esses, isto é, os bairros mais pobres. Posto isso, é nítida a estigmatização e marginalização dos bairros Mathias Velho e Guajuviras. Da mesma forma que ambos têm atenção

¹⁰ Autores como Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho trabalham com o neologismo *panpenalismo* no sentido de que o Direito Penal dever ser utilizado para toda e qualquer conduta típica, ignorando por completo os princípios e regras materiais e processuais que estão em dispostas no Diploma Penal; uma forma de se referir o anseio social por mais punição.

especial do administrador público, assim como da mídia, a ideia de transformá-los em “Territórios de Paz” transmite à população um efeito contrário. Isto é, “Territórios de Medo”. Locais a serem evitados. Espaços associados aos crimes e criminosos.

Nesse compasso, o Estado mostra a forma como pretende efetivar a segurança e a pacificação desses bairros. Em um primeiro momento implementa-se o monitoramento e o patrulhamento ostensivos, para, logo depois, criar políticas socioeducacionais e de integração comunitária.

Tais projetos, que são considerados sucessos traduzidos em índices e estatísticas não diminuem os sentimentos de medo e de insegurança. Todavia, a partir deles, o administrador público pode buscar soluções para as complexidades subjetivas dos conflitos sociais, no entanto, permanece em erro ao atacar somente as consequências.

Contatou-se que, nem o Mercado, nem as esferas do Poder Executivo e Poder Legislativo podem satisfazer o coro social por mais segurança. Recai, então, à esfera do Poder Judiciário, a esperança pelo estabelecimento da ordem, da paz social, e da segurança pública. Para tanto, os discursos eivados na panaceia penal chegam, de alguma forma, às sentenças dos juízes criminais, que, em sua maioria, reproduzem, de forma genérica e vazia, expressões de pouca profundidade técnica, calcadas na intolerância e sentimento de vingança ao punir.

Através desses argumentos, utilizados por aqueles que conhecem a lei, garantias e preceitos fundamentais estabelecidos na Magna Carta brasileira, acabam parecendo apenas figuras sem ou nenhuma utilização. Todavia, tudo isso faz parte de uma análise de riscos na qual a sociedade questiona o seu gestor sobre a possibilidade de manter o desviante dentro de seus moldes de consumo, ou, se a ele será imposta a clausura institucionalizada.

Referências

CARVALHO, A. B. de. **Direito Penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o Direito**. 1. Ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

CHRISTIE, N. **A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental**; tradução de Luís Leiria. – Rio de Janeiro: Forense, 1998

BAUMAN, Z. **Confiança e medo na cidade**. Tradução Eliana Aguiar. – Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

_____. **Medo Líquido**. Tradução, Carlos Alberto Medeiros – Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Ensaio sobre o conceito de cultura**. Tradução, Carlos Alberto Medeiros – Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

DONZELOT, J. **Hacia una ciudadanía urbana? La ciudad y la igualdad de oportunidades** – 1ª ed.- Buenos Aires: Nueva Vision, 2012.

FOESSEL, M. **Estado de Vigilância, Crítica de la razón securitária**; tradução del francés Pablo Bustinduy. – Madrid: Ediciones Lengua de Trapo SL, 2011.

GLASSNER, B. **Cultura do Medo**; tradução de Laura Knapp. – São Paulo: Francis, 2003.

GRANZIERA, M. L. M. **Direito Ambiental** – 3.ed. revista e atualizada. – São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE, D. A. **No percurso dos antigos: a história de Canoas**; com fotos e mapas do autor e do Arquivo Histórico e Museu de Canoas- Canoas: TecnoArte, 2012.

MATTOS, E. **Segunda Pesquisa de Vitimização Canoas**. Observatório de Segurança Pública, Prefeitura Municipal: Canoas, 2014. Apresentação verbal.

_____. **Indicadores Criminais 2014: Furto e Roubo de Veículos + Mortes violentas (Homicídios) - RELATÓRIO ANUAL**. Observatório de Segurança Pública, Prefeitura Municipal: Canoas, 2015.

MAYER, N. J. **Memória ambiental da cidade de Canoas: os impactos do processo de globalização a partir dos anos 60**. Canoas: Tecnocópias, 2009.

PASTANA, D. R. Medo, controle e segregação espacial: reflexões sobre a configuração urbana da cidade de São Paulo no atual estágio da modernidade. In: **Seminário Nacional da Pós-Graduação em Ciência Sociais – UES 1**, Vitória, 2011. Anais. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo.

PEREIRA, D. O.; COSTA, R. A. da, em Grupo de Trabalho: Violência, Crime e Sociedade. Criminalização, direito e sociedade: olhares dogmáticos e empíricos sobre a cultura do medo e do espaço urbano. In: **Congresso da ABraSD, 5**,

Vitória, 2014. Anais. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória (FDV), s.d p. 2310-2327.

PODER JUDICIÁRIO. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em 14/04/2015.

PREFEITURA DE CANOAS. **Observatorio de Segurança Pública**. Disponível em: <<http://www.canoas.rs.gov.br/site/home/pagina/idDep/30/id/87>>. Acesso em: 22 de mar. de 2015.

ROLLERI, O. H. **Delito urbano: La degradación y sus consecuencias**. Buenos Aires: Grito Sagrado Editorial de Fundación de Diseño Estratégico, 2006.

VAINER, C. B.; HARVEY, D.; MARICATO, E.; I EK, S.; Davis, Mike. Quando a cidade vai às ruas. In: David Harvey, Ermínia Maricato, Slavojiek, Mike Davis et. al.. (Org.). **Cidades Rebeldes**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2013, v. 1, p. 1-.

WACQUANT, L. **As duas faces do gueto**; tradução de Paulo Cezar Castanheira. – São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. **As prisões da miséria**. Tradução, André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

YOUNG, J. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM
DIREITO E SOCIEDADE DO
UNILASALLE
GT - CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS**

CANOAS, 2015

QUILOMBOS DE ORIXIMINÁ: UM RECORTE SOB A PERSPECTIVA DE JUSTIÇA AMBIENTAL

Carolina Weiler Thibes

Wagner de Oliveira Rodrigues

RESUMO: A partir do conceito de justiça ambiental se pretende problematizar a instalação de uma das maiores mineradoras exportadoras de minério do mundo, a Mineração Rio do Norte, no coração da Amazônia, local onde habitam populações tradicionais quilombolas e ribeirinhas. O termo “justiça ambiental” articula ambientalismo com justiça social. Dessa forma, da constatação da injusta distribuição dos custos e dos benefícios da exploração socioambiental, se objetiva traçar um equilíbrio de forças de modo a viabilizar a escuta das vozes ocultas nesse processo desigual.

PALAVRAS CHAVE: justiça ambiental; quilombolas; Amazônia.

1 INTRODUÇÃO

A partir do conceito de justiça ambiental se pretende problematizar a instalação de uma das maiores mineradoras exportadoras de minério do mundo, a Mineração Rio do Norte, no coração da Amazônia, local onde habitam populações tradicionais quilombolas e ribeirinhas desde o século XVII, de acordo com relatos históricos de pessoas da própria localidade (TAVARES: 2006). Assim, compreender esta população é, também, afirmar o histórico direito de permanência e identidade nestas terras. O termo “justiça ambiental” articula ambientalismo com justiça social. Dessa forma, da constatação da injusta distribuição dos custos e dos benefícios da exploração socioambiental, se objetiva traçar um equilíbrio de forças de modo a viabilizar a escuta das vozes ocultas nesse processo desigual.

O presente artigo – um trabalho inicial ao grande tema da injustiça ambiental associada à convivência de atores sociais na região do Médio e Alto Rio Trombetas e dos Rios Erepecurú/Cuminã, todos localizados no Município de Oriximiná, Estado do Pará – se inicia com a definição do conceito de justiça e

injustiça ambiental para em seguida descrever sucintamente o território onde se desenvolve a contenda dos negros quilombolas com a empresa de mineração MRN – Mineradora Rio do Norte S/A, instalada na região desde os anos de 1970 para a extração ostensiva de bauxita e outros minerais com vistas à exportação destas *commodities* naturais. Por fim, é narrado um dos casos que envolve a comunidade quilombola denominada Moura, em Oriximiná com a Mineração Rio do Norte, salientando medidas e urgências para contemplar os direitos de existência e dignidade desta população dada a sua história de lutas e tradições culturais vivificadas até os dias atuais neste vastíssimo município brasileiro.¹

2 CONCEITO DO TERMO “JUSTIÇA AMBIENTAL” E SEU HISTÓRICO

O conceito de “justiça ambiental” busca abarcar alguns princípios ambientais com as diretrizes do direito e da democracia para que haja uma definição em que determinados grupos populacionais, naturalmente vulnerabilizados, não sejam desproporcionalmente atingidos por causa de sua condição. De acordo com Herculano, *in verbis*:

[...] por justiça ambiental entende-se o conjunto de princípios que asseguram que nenhum grupo de pessoas, sejam grupos étnicos, raciais ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, de políticas e programas federais, estaduais e locais, bem como resultantes da ausência ou omissão de tais políticas.²

Complementarmente, a Rede Brasileira de Justiça Ambiental define o conceito de “injustiça ambiental” como:

[...] o mecanismo pelo qual sociedades desiguais, do ponto de vista econômico e social, destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento às populações de baixa renda,

¹ Conforme aduz o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) Oriximiná é um Município situado no Estado do Pará, localizado na latitude sul em 01°45'56” (próximo à linha do Equador, portanto) e de longitude oeste em 55°51'58”, sob baixíssima altitude (46 metros acima do nível do mar) e 107.602,99 quilômetros quadrados de extensão territorial, sendo considerado a terceira maior unidade federativa do planeta e o segundo do Brasil (<http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?codmun=150530>, acesso em 10.04.2015)

² HERCULANO, Selene. **O Clamor por Justiça Ambiental e Contra o Racismo Ambiental**. In: Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente. V. 3, n. 1. São Paulo:jan/abril 2008. Artigo 2.

aos grupos sociais discriminados, aos povos étnicos tradicionais, aos bairros operários, às populações marginalizadas e vulneráveis.³

Historicamente o movimento por justiça ambiental teve origem nos Estados Unidos, no final da década de 1970, como desdobramento das lutas pelos direitos civis do movimento negro norte-americano. No bojo desse processo, em 1982, moradores da comunidade negra de Warren Country, Carolina do Norte, descobriram que um aterro para depósito de solo contaminado por PCB (*polychlorinated biphenyls*) seria instalado em sua vizinhança. Neste ano, ocorreu o primeiro protesto nacional organizado pelos afro-americanos contra o que chamaram de ‘racismo ambiental’.⁴

Em torno de 1978, a população negra de Warren Country, Carolina do Norte, iniciou um movimento contra um aterro de resíduos tóxicos de bifenil policlorado. Pouco a pouco, o protesto foi crescendo, até que, em 1982, uma grande manifestação levou a centenas de prisões e ampliou para além das fronteiras do estado o debate sobre a questão.⁵

A partir de então o movimento negro norte-americano sensibilizou congressistas e da disseminação dos debates e das denúncias se descobriu que três quartos dos aterros de resíduos tóxicos da região sudeste dos Estados Unidos estavam localizados em bairros habitados por negros. Mas foi somente uma década depois, em 1991, quando ocorreu a I Conferência Nacional de Lideranças Ambientais de Pessoas de Cor, em Washington, que a noção de justiça ambiental se ampliou para além dos resíduos perigosos, englobando também questões relativas à saúde, ao saneamento, ao uso do solo, à segurança no trabalho, ao transporte, às moradias e, finalmente, à participação da comunidade nas decisões referentes às políticas públicas.⁶

³ Disponível em: www.justicaambiental.org.br. Acesso em 10 de abril de 2015.

⁴ HERCULANO, Selene. **O Clamor por Justiça Ambiental e Contra o Racismo Ambiental**. In: Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente. V. 3, n. 1. São Paulo: jan/abril 2008. Artigo 2.

⁵ HERCULANO, Selene. PACHECO, Tânia. **Introdução: “Racismo Ambiental”, o que é isso?**. In: HERCULANO, Selene. PACHECO, Tânia. (organizadores). **Racismo Ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Fase, 2006. p. 25 e 26.

⁶ HERCULANO, Selene. PACHECO, Tânia. **Introdução: “Racismo Ambiental”, o que é isso?**. In: HERCULANO, Selene. PACHECO, Tânia. (organizadores). **Racismo Ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Fase, 2006. p. 26

No Brasil, a Rede Brasileira de Justiça Ambiental (RBJA) foi criada no ano de 2001, na Universidade Federal Fluminense em Niterói, estado do Rio de Janeiro, durante a realização do Colóquio Internacional sobre Justiça Ambiental, Trabalho e Cidadania. A criação da RBJA resulta da iniciativa de movimentos sociais, sindicatos de trabalhadores/as, ONGs, entidades ambientalistas, ecologistas, organizações de afrodescendentes e indígenas e pesquisadores/as universitários/as.⁷ A realização deste colóquio se configura como uma das primeiras iniciativas de cunho acadêmico e político, voltada para o tema da justiça ambiental, a ocorrer no Brasil.

Injustiça social e degradação ambiental são rotineiros no Brasil, país de extrema desigualdade em termos de distribuição de renda e acesso aos recursos naturais. Nos Estados Unidos, onde teve início o movimento por justiça ambiental, embora tido como país desenvolvido, também se nota o tratamento diferenciado em relação às políticas e regulações ambientais. Dessa forma, ao tratarmos do conceito de justiça ambiental, devemos identificar como as remissões ao meio ambiente afirmam ou contestam a distribuição de poder sobre o território.⁸

Henri Acserlrad, professor e pesquisador do IPPUR/UFRJ⁹ e que esteve presente no Colóquio Internacional sobre Justiça Ambiental, Trabalho e Cidadania em que foi criada e elaborada a RBJA, questiona como as referências ao meio ambiente ou à natureza mudam as condições de luta por apropriação do território. Para Acserlrad é necessário

[...] um olhar sobre a questão ambiental que se faça sensível ao papel da diversidade sociocultural e ao conflito entre distintos projetos de apropriação e significação do mundo material. Tal perspectiva é a que parece ser cada vez mais essencial ao delineamento de um quadro analítico capaz de orientar políticas ambientais que apresentem, ao mesmo tempo, atributos de efetividade e de legitimidade democrática.¹⁰

⁷ Disponível em: www.justicaambiental.org.br. Acesso em 10 de abril de 2015.

⁸ ACSELRAD, Henri. **As Práticas Espaciais e o Campo dos Conflitos Ambientais**. In: ACSELRAD, Henri. (organizador) *Conflitos Ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

⁹ Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal Fluminense

¹⁰ Idem. p. 14

É nesse contexto, onde se valoriza o espaço simbólico em que os conflitos ambientais se desenvolvem, que pretendemos introduzir algumas problemáticas dos quilombolas situados no município de Oriximiná, Pará.

3 QUILOMBOS EM ORIXIMINÁ: CARACTERÍSTICAS E HISTÓRICO DE SEU POVO

O município de Oriximiná está situado na Calha Norte do estado do Pará, na mesorregião do Baixo Amazonas e microrregião de Óbidos. Esta região abriga o maior mosaico de áreas protegidas do mundo e concomitantemente, é onde se localiza uma das maiores mineradoras de bauxita do mundo, a MRN. Neste território se coadunam a conservação e o desenvolvimento, conforme ilustra o mapa político na página seguinte.

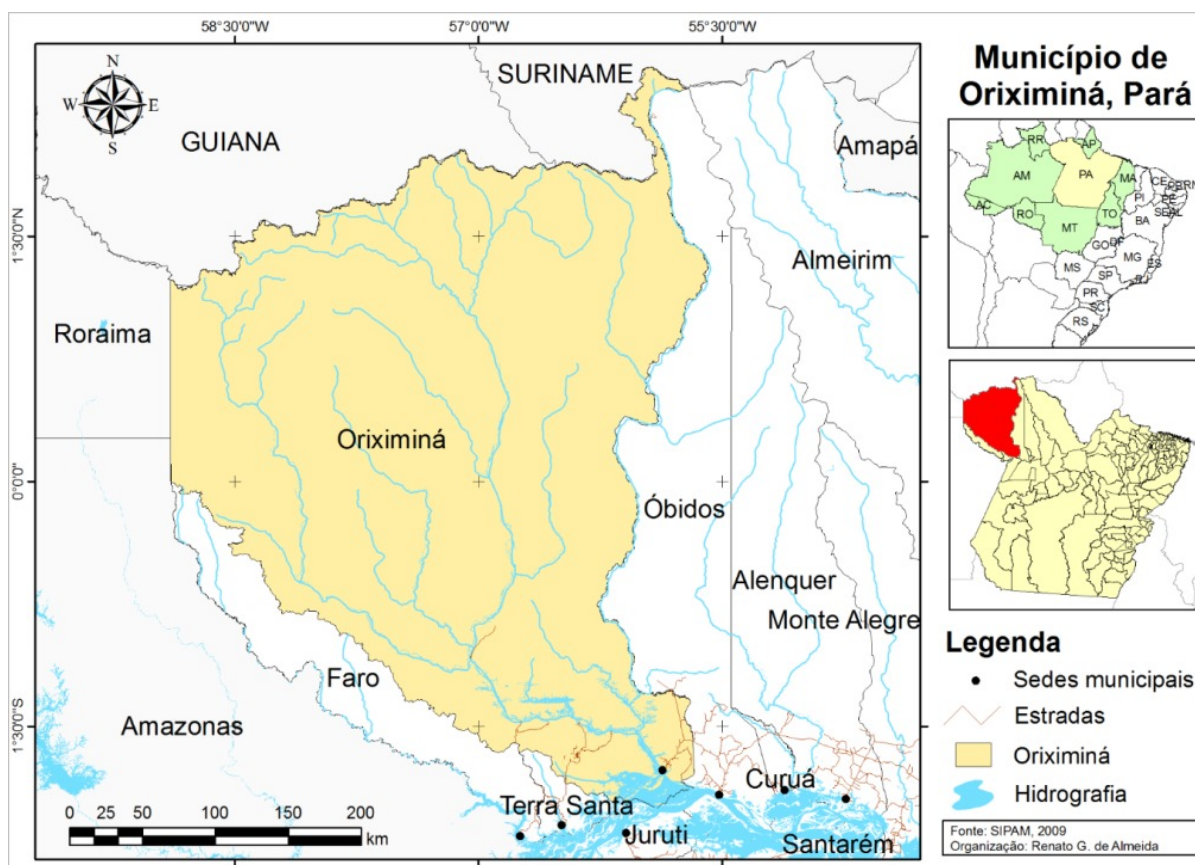
Os negros quilombolas que vivem nas margens do rio Trombetas e distribuídos no interior de seus lagos, lagoas, canais e igarapés estão neste território há mais de dois séculos. Sua presença demográfica e econômica data de fins do século XVIII. Nessa época, o Baixo Amazonas integrava-se a zonas produtoras de cacau do mundo colonial, que teve sua exportação incrementada em função da queda de produção das colônias espanholas. Com a ascensão do cacau na pauta de exportação colonial do Grão-Pará, geram-se fundos para aquisição de escravos e incorporação de terras para o empreendimento de cultivo desse gênero.¹¹

Através da fuga, os escravos buscavam a liberdade e nos quilombos, encontravam acolhida e construíam uma nova vida. Desde essa época, a floresta tem sido o suporte da vida e da liberdade desse povo. Atualmente, os negros quilombolas de Oriximiná estão organizados em trinta e cinco comunidades cujos moradores estão ligados por uma extensa rede de parentesco que conecta todos os núcleos de moradia.¹²

¹¹ AZEVEDO, Rosa. CASTRO, Edna. **Negros do Trombetas: Guardiões de Matas e Rios**. São Paulo: Editora Cejup, 1998. p. 42 e 47.

¹² ANDRADE, Lúcia Mendonça Morato de. **Terras Quilombolas em Oriximiná: pressões e ameaças**. São Paulo: Comissão Pró-Índio, 2011. p. 7

Poucos têm a titulação da terra¹³, embora estejam, gradativamente, se articulando politicamente através de associações, como a Associação de Remanescentes de Quilombos do Município de Oriximiná (ARQMO). A titulação é um procedimento importante, pois dirime eventuais disputas sobre as terras ocupadas pelas comunidades e delimita a extensão do território.



Município de Oriximiná e fronteiras municipais, estaduais e nacionais.

Fonte: <http://www.skyscrapercity.com/showthread.php?t=1533189>

Além disso, a titulação facilita o acesso a programas e políticas públicas e recursos governamentais – mas isto não significa uma atuação de fato, o que suscita a necessidade de um estudo detalhado sobre as condições de vida

¹³ De acordo com a Comissão Pró-Índio, sete terras quilombolas já têm titulação, onde vivem trinta e duas comunidades quilombolas (localizadas nos municípios de Oriximiná, Alenquer e Óbidos). Outras trinta e seis comunidades quilombolas (localizadas em Oriximiná, Óbidos, Santarém, Alenquer e Monte Alegre) ainda aguardam pela regularização de suas terras. Disponível em: www.cpis.org.br. Acesso em 10 de abril de 2015.

daquela população uma vez que, em viagem realizada pela equipe do PPGSD/UFF naquela localidade (entre novembro e dezembro de 2014)¹⁴ foram constatadas escolas e postos de saúde fechados e um sistema de saneamento básico beirando a condições bastante primitivas de sobrevivência e dignidade daquelas pessoas em diversas comunidades quilombolas espalhadas ao longo dos rios já mencionados acima.

4 A MRN E OS DILEMAS DE SUA PRESENÇA COM OS QUILOMBOLAS: CONVIVÊNCIA, CONVENIÊNCIA E RESISTÊNCIA[...]

Foi surpreendente quando a gente soube que a mineradora estava em nossas terras. Uma das coisas que mais nos chateou é que é uma área nossa, estamos lá há centenas de anos e a empresa começou o trabalho e nem sequer conversou com a gente. Nós jamais vamos chegar no território de outro e invadir assim, sem permissão. Ficamos revoltados! A empresa e nem o ICMBio lembrou das comunidades antes de começar os trabalhos.

¹⁵

A história da bauxita na Amazônia remonta à década de 1960, quando foram descobertas as primeiras minas de bauxita no extremo oeste do Pará. Mas a MRN se instalou efetivamente na Amazônia em 1974 e desde então vem explorando a região. Diariamente navios transcontinentais chegam a Porto Trombetas para se abastecer de minério. O desenvolvimento predatório da mineração causa impactos não apenas ambientais como sociais, modificando os modos de vida tradicionais daquela população e toda sua relação com o meio.

Ao impor sobre os interesses das populações locais as lógicas econômicas e os interesses de países e elites de fora do território, os processos subsequentes de desterritorialização produzem situações de injustiça ambiental que vulnerabilizam as populações afetadas, não somente por colocar sobre os seus ombros vários riscos e cargas, mas por não reconhecer os seus direitos em temas tão fundamentais como a saúde, a terra, os recursos

¹⁴ As atividades que deram origem a uma série de trabalhos – a qual inclui este – são oriundas do projeto CAJUFF – Centro de Assistência Jurídica da Universidade Federal Fluminense, com fomento do Programa de Extensão das Universidades Federais (PROEXT/2014) e sob a coordenação do Prof. Dr. Wilson Madeira Filho (Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense)

¹⁵ Fala de Domingos Printes, lideranã do Quilombo Abuí, coordenador da ARQMO e CQMO. Disponível em: www.cpisp.org.br Acesso em 13 de abril de 2015.

naturais e a própria cultura, expressa na relação material e imaterial com tais recursos.¹⁶

A Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho, criado pelo Decreto 5.051/ 2004, se aplica também às comunidades quilombolas e determina que os direitos aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. O artigo 6º desta Convenção dispõe:

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

[...] (OIT).

Conforme se constata na fala de uma liderança comunitária, não houve consulta prévia à população e não são disponibilizados meios de participação dos que ali vivem nos processos decisórios que irão afetar diretamente sua condição de vida. A Mineração Rio do Norte, entretanto, conta com diversas concessões de lavra emitidas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral incidentes em terras quilombolas e cálculos iniciais indicam que cerca de 43.000 hectares das concessões da MRN estão sobrepostos às terras quilombolas das comunidades do Alto Trombetas, comunidade do Jamari/Último Quilombo e comunidade do Moura, todas as três em processo de regularização pelo Incra.¹⁷

¹⁶ PORTO, Marcelo Firpo de Souza. **Complexidade, processos de vulnerabilização e justice ambiental**: um ensaio de epistemologia política. In: Revista Crítica de Ciências Sociais. N. 93. Coimbra: junho 2011. p. 34.

¹⁷ Disponível em: www.cpsp.org.br Acesso em 14 de abril de 2015.

O artigo 15 da Convenção 169 é ainda mais rigoroso e específico ao tratar dos recursos naturais existentes no território de populações tradicionais, em especial quanto à minérios e recursos do subsolo:

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

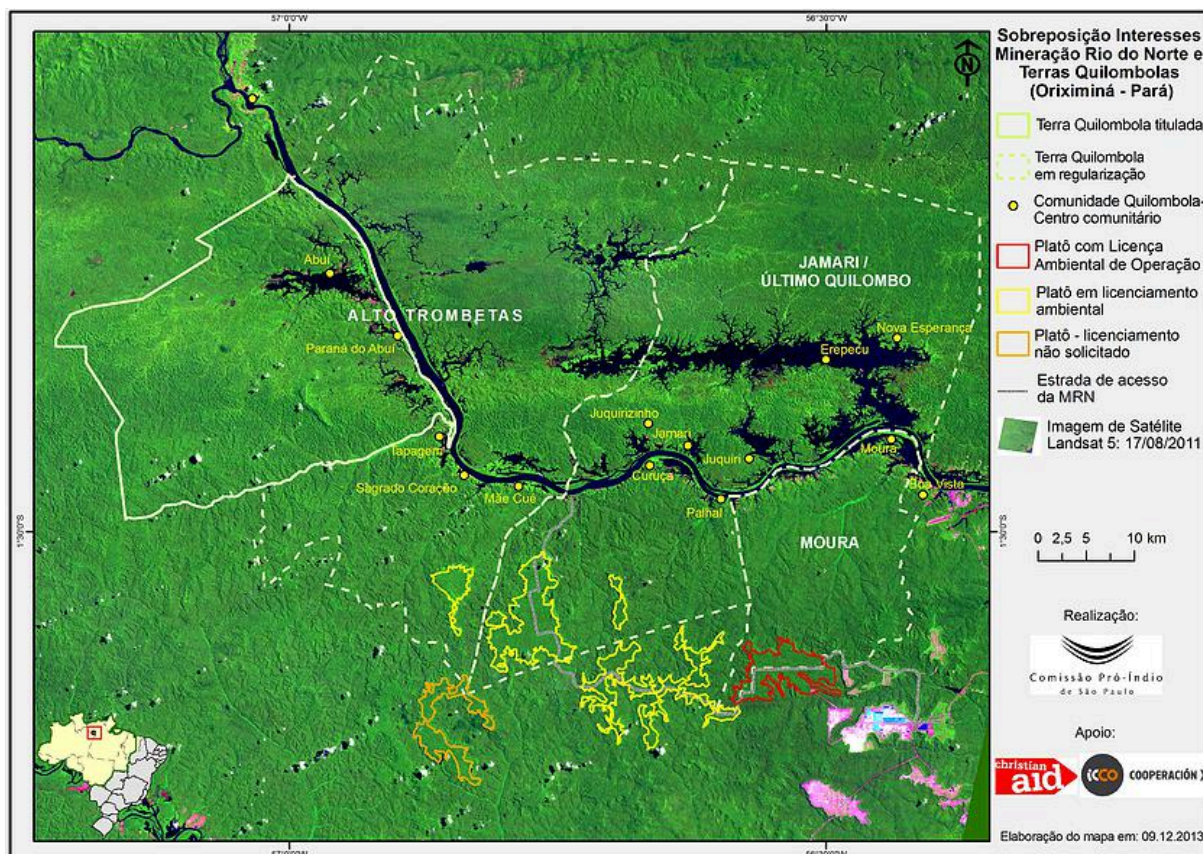
2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes na terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

Apesar destas determinações legais, as concessões de lavra e autorização de pesquisa estão sendo concedidas pelo governo sem consulta às comunidades tradicionais quilombolas e sem os estudos específicos exigidos sobre o impacto destes empreendimentos e exploração para a população que ali vive.

Um dos platôs instalados pela MRN na comunidade do Moura já conta com Licença Ambiental de Operação¹⁸ concedida sem consulta prévia à população quilombola, sem um estudo prévio para avaliar os impactos para essa população e sem o estabelecimento de medidas mitigatórias e/ou compensatórias pelo impacto causado aos quilombolas.¹⁹

¹⁸ A Licença Ambiental é o ato administrativo mediante o qual o órgão ambiental estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que devem ser obedecidas na localização, instalação, ampliação e operação de empreendimentos ou atividades considerados efetiva ou potencialmente poluidores ou aqueles que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental. Para concessão da Licença Ambiental deverá ser comprovada pelo empreendedor a conformidade do empreendimento ou atividade à legislação municipal de uso e ocupação do solo, mediante certidão ou declaração expedida pelo município. Disponível em: www.inea.rj.gov.br Acesso em: 15 de abril de 2015.

¹⁹ Disponível em: www.cpis.org.br Acesso em 14 de abril de 2015.



Mapa de platôs da MRN em terras quilombolas

Disponível em: www.cpis.org.br Acesso em 14 de abril de 2015.

O que mais pesa, nesta perene realidade, é a compensação através de medidas compensatórias de natureza clientelista que, fatalmente, desvirtuam o processo, a integridade das lideranças quilombolas e compromete, numa perspectiva de futuro, a própria condição humana das pessoas ali residentes – desejosas de deixarem a identidade quilombola para serem, num futuro insólito, outra qualquer[...].

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário que avistamos é de completa injustiça ambiental, onde o ônus do desenvolvimento econômico recai sobre estas populações tradicionais, legadas à invisibilidade diante da injusta disputa de poder (MRN X quilombolas). Acreditamos, entretanto, que o primeiro passo para a transformação da condição

de população vulnerável e injustiçada é assumir a condição de sujeitos ativos capazes de transformar esta condição.

Conforme relatado neste breve artigo, o termo justiça ambiental surgiu nos Estados Unidos, no bojo da articulação do movimento negro norte-americano. As populações tradicionais quilombolas, da mesma forma, têm se organizado sob a forma de Associações, como a ARQMO, e dispõe de instrumentos legais, como a Convenção 169.

Porém a vulnerabilidade econômica, diante de tantas dificuldades no acesso a bens básicos de sobrevivência, associada ao desenvolvimento predatório da mineração e a formas limitadas de constituição de uma cadeia produtiva sustentável – a coleta da castanha-do-Pará é uma das poucas existentes, além da pesca – faz com que suas culturas e práticas sejam aos poucos esquecidas.

De certo modo, com a abordagem ao longo dos anos de um cadastro multifinalitário rural que dê azo às realidades não conhecidas por parte de todos, vai ser possível identificar que são elas – juntamente com as indígenas e as ribeirinhas – as mais afetadas pelos impactos de degradação ambiental, fazendo com que aos poucos as áreas fiquem vazias, estas populações abandonem a sua territorialidade, história e cultura e as cidades – em particular a sede de Oriximiná, distante a algumas centenas de quilômetros ao sul para alguns quilombos – os receba num processo perene de periferização e pauperização urbanas já existentes desde o final dos anos de 1980, quando a cidade tem o início de seu *boom* demográfico e econômico em virtude, justamente, da instalação da MRN naquela localidade a implantação de outros projetos focados na questão estratégica nacional – o que nem sempre atende aos ditames da Nação, quiçá direitos constitucionais de cidadania que deveriam, de igual forma, assistir a população quilombola não só de Oriximiná mas de qualquer parte do país!

REFERÊNCIAS

ACSERALD, H. (org.) **Conflitos ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume Dumará/Fundação Heinrich Böll, 2004.

ALIER, J. M. **O ecologismo dos pobres**. Conflitos ambientais e linguagens de valoração. Tradução de Maurício Walman. São Paulo: Contexto, 2007.

ANDRADE, L. M. M. **Terras Quilombolas em Oriximiná**: pressões e ameaças. São Paulo: Comissão Pró-Índio, 2011.

AZEVEDO, R. CASTRO, E. **Negros do Trombetas**: Guardiões de Matas e Rios. São Paulo: Editora Cejup, 1998.

BARRETO FILHO, H. **Da nação ao planeta através da natureza**: uma abordagem antropológica das unidades de conservação de proteção integral da Amazônia brasileira. Tese de Doutorado em Antropologia. São Paulo: Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2001.

DIEGUES, A. C. (org.). **Etnoconservação**: novos rumos para a proteção da natureza nos trópicos. São Paulo: Hucitec/Nupaub-USP, 2000.

DIEGUES, A. C. S. **O mito moderno da natureza intocada**. 2. ed. São Paulo: HUCITEC, 1996.

GERHARDT, C. H. **A invisibilização do outro nos discursos científicos sobre áreas naturais protegidas**. Recife: XIII Congresso Brasileiro de Sociologia, 2007.

GOHN, M. G. **Conselhos gestores e participação sociopolítica**. São Paulo: Cortez, 2003.

GUHA, R. O biólogo autoritário e a arrogância do anti-humanismo. Tradução de Antônio Carlos Diegues e Daniela Andrade. In: DIEGUES, A. C. (org.). **Etnoconservação**: novos rumos para a proteção da natureza nos trópicos. São Paulo: Hucitec/Nupaub-USP, 2000, pp. 81-100.

HERCULANO, S. O Clamor por Justiça Ambiental e Contra o Racismo Ambiental. In: **Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente**. V. 3, n. 1. São Paulo: jan/abril 2008. Artigo 2.

HERCULANO, S.; PACHECO, T. Introdução: "Racismo Ambiental", o que é isso?. In: HERCULANO, S.; PACHECO, T. (organizadores). **Racismo Ambienta**l. Rio de Janeiro: Editora Fase, 2006.

LIMA, A. Instrumentos para a conservação da diversidade biológica: o zoneamento econômico-ecológico, as unidades de conservação, o código florestal e o sistema de recursos hídricos. In: BENSUSAN, N. **Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade**: como, para quê e por quê. São Paulo. Ed. Peorópolis e Brasília Ed. Universidade de Brasília. 2008. pp 63-80.

LOPES, J. S. L. Sobre processos de “ambientalização” dos conflitos e sobre dilemas da participação. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, v. 12, n. 25, Junho 2006

MELLO-THÉRY, N. A. **Território e Gestão Ambiental na Amazônia terras públicas e os dilemas do Estado**. São Paulo, 2011, Ed. Anablume.

MILANO, M S. Mitos no manejo de unidades de conservação no Brasil, ou a verdadeira ameaça. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE UNIDADES DE

CONSERVAÇÃO, **Anais**[...] Vol. I. Campo Grande. Rede Nacional Pró-Unidades de Conservação/Fundação O Boticário de Proteção à Natureza, 2000, pp. 11-25..

MITTERMEIER, R. et all. Uma breve história da conservação da biodiversidade no Brasil. **Megadiversidade**, v.1, n.1, p. 14-21, jul. 2005.

PORTO, M. F. S. Complexidade, processos de vulnerabilização e justice ambiental: um ensaio de epistemologia política. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**. N. 93. Coimbra: junho 2011. p. 34.

SANTILLI, J. **Socioambientalismo e novos direitos – proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Saulo: Peirópolis, 2005.

SIMON, A. V. S. **Conflitos na conservação**: o caso do Parque Estadual da Serra da Tiririca. 2003. Dissertação(Mestrado em Ciência Ambiental). Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2003.

THOMAS, K.. **O homem e o mundo natural**: mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais (1500-1800). Tradução de João Roberto Martins Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM
DIREITO E SOCIEDADE DO
UNILASALLE**

**GT - MEDIAÇÃO, JUSTIÇA RESTAURATIVA E
DIFERENTES FORMAS DE ADMINISTRAÇÃO DE
CONFLITOS**

CANOAS, 2015

THE NARRATIVE IN PROCEDURAL LAW: LEGAL ARGUMENTS AND LITERARY STYLE¹

José Antonio Callegari²

Marcelo Pereira de Mello³

ABSTRACT: We are living a cruel paradox. The state increases its social control technology without a corresponding distribution of Justice. The judicial sentences are questioned in its technical and argumentative quality by Lawyers and jurisdictional clients. Judges, in turn, question the technical quality of lawyers. These, no less, regret that their clients do not report to them the facts accurately in order to do a good legal argument. Among the judicial actors, lay people and professionals, there are serious communication noise that affects the functioning of the legal system. In this context, we will reflect on the narrative elements transiting in a communicative bridge between literature and procedural law, considering the effect of plot, characters, space, time and narrator in the procedural structure of the legal argument; observing aspects such as parts, fact, circumstances, request, claim and decision. Throughout our research, we will indicate three important versions in the process: The client tells his version of the facts to the lawyer. This, in turn, tells to the judge in his own terms, the version of his client and, at the end, the judge finish the process offering his comprehension in a judicial conviction. Thus we see a cross narrative plot by speeches and various interests, whose understanding requires the reader a precise marking time and the rate of produced speech. We believe that the study of structure narrative of these actors can facilitate the management of procedural narrative. Understanding their argumentative structures can contribute to economic use of legal terms, beyond the precise marking of structural elements of the text, facilitating the understanding of the facts by the judge in its function to provide justice. With this, the study of literary technique and narrative can play various roles in judicial processes: pleasure, instruction and offer people argumentative capacity. The junction of literary technique and procedural technique, in this sense, can occupy a central role in humanistic education of legal professionals.

¹ This article is a translated version, revised and expanded work published in the Journal LTr, year 79, March 2015, pages 286-289, São Paulo, Brazil and IV Seminar of the Graduate Program in Sociology and Law, Federal Fluminense University, 2014, pages 20-28, Niterói, Brazil.

² PhD candidate. Universidade Federal Fluminense. Rio de Janeiro. Brazil. calegantonio@yahoo.com.br

³ PhD. Associated Professor of the Universidade Federal Fluminense. Rio de Janeiro. Brazil. mpmello@unisys.com.br

Moving from the rear room to the the halls of the legal argument, the literary narrative turns to be a key element for help the distribution of justice as the ultimate reason of the State.

KEYWORDS: narrative, legal arguments, judicial justice

1 PROCEDURAL NARRATIVE

In Civil Procedural Law, there are rules that establish the speech shifts and the dialectic participation of procedural subjects in order to convince the judge about a certain fact and law. Based on this procedural code, we observed that the judge decides the deal within the limits in which it was proposed, sealed know issues not raised by the parties. We realize at first that the parties develop in the procedural relationships an argument strategy aimed at convincing the judge who has the power / duty to apply the law to the specific case.

Thus, we assume the existence of a narrative of each procedural subject, which shall keep on talking rounds, observing the procedural dialectic, until the formation of the legal opinion of the magistrate. Each party, plaintiff and defendant, develops therefore a narrative about events occurring in certain circumstances of time and place as the determining cause of lawsuits.

In this sense, procedural code establishes duties of the parties, noting that they should expose judgment on facts as the truth, proceeding with loyalty and good faith, so that not formulate claims or claim defense, aware that are devoid of foundation. Should only perform acts necessary or useful for the representation or defense of the right. In building his speech, the parties may not use insulting expressions in the writings presented in the process.

It's up to the author to formulate its claim through the application, indicating to the judge or to the court, the names of the parties and their legal qualification, the fact and the legal basis of the request, its specifications, the amount of the claim, the evidence plans to produce and the defendant quote request. Shall instruct the petition with documents required for filing the lawsuit. Says the code that the judge may order the amendment of the original, when he thinks that the petition does not meets the minimum requirements or has defects or irregularities

able to hinder the prejudice, under penalty of rejection of the application. The statement of claim can be rejected for various reasons, including when inept, to say: missing claim or cause of action; the narration of the facts does not logically follow completion; the claim is legally impossible or contains incompatible applications together.

Thus, we can see that the code of process establishes an argumentative way for the author to narrate the facts consistently and accurately, otherwise he thwarts his claim in court. It is therefore a narrative technique linked to formal requirements established by law. Because of this, the author's attorney acts as a third-person narrator combining elements of layman narrative with the technical narrative of procedural logic.

All the activity developed by the author, through his lawyer, aims to convince the judge about the adequacy of his claim in the face of the defendant, which in turn recounts the facts in order to convince the judge that the claim brought by the author is unfounded. Giving opportunity to speak to the plaintiff and defendant, in turn, the judge lays down a procedure in contradictory, reaping the narratives presented elements that form his conviction, stating, in turn, the judicial narrative through a merit judgment.

In this regard, the Code states that the sentence is made of three parts: report, rationale and legal provision. The report contains the names of the parties, the claim's summary and the defendant's response, as well as the record of the major events within the process. In the grounds, the judge examines questions of fact and deducts the right. Finally he submits his decision to the parties. In this sense the court decision is the synthesis of the narrative of the author and of the defendant forming this way the judicial syllogism. In the process, there are therefore three main narratives: author, defendant and judge. Other narratives may occur in the judicial process as third-party interests and will be discussed, but it's not the case to analyze them at this time.

Fundamental to our proposal is to identify three narratives, with an interesting peculiarity. Usually, the author's narrative and the narrative of the defendant are made in the third person. That occurs because the procedural narrative is produced by the lawyers of the parties. However, the judicial narrative

is held by the judge himself in obedience of the legislation. In the Brazilian process code prevails the principle of natural justice, that is, the judge who knows the process, the narrative of the parties, and did the procedural instruction, shall render the verdict. Empirically, we observe that the judicial narrative is made on the first person singular, third person singular, and even in the first person plural. The three narratives, in turn, are linked to an essential procedural requirement, without which may be contested and even canceled through appropriate procedural mechanisms.

A lawsuit is to plot a conflict of interest. Legally, the interests between people are regulated by legal standards ordered in civil code, penal code and other regulatory instruments. The legal doctrine classifies these standards as of substantive law. So our relations are governed by substantive law. When people bring their conflicts of interest to the judiciary, they must adjust their claims to the rules of procedure. These rules are part of procedural law.

Whereas the speech at the procedural level is highly technical, the parties need a partner who masters the technique of legal reasoning. Hence the need for the lawyer who acts as an expert in legal matters. Thus, there is a direct and symmetrical dialogue between the parties' lawyers and judge as professionals with the same linguistic competence. Interestingly, a transition zone between the narratives that are built in the procedural relationships.

In this regard, the parties state the facts to lawyers in their own lexicon. The lawyers hear the parties they represent, seeking to identify important elements of these narratives for the construction of a second technical narrative that will be submitted to the judge. Thus, data like subject, facts, circumstances of time and place, plot and climax, common in the literary narrative will be captured in order to build a narrative capable of sensitizing the judge on the merits of the claim of the parties.

Sentence etymologically comes from the Latin act of feeling. That is, through the sentence the judge express a interpretation about the matters that touch his feelings. In the sentence, he recounts the facts under legal arguments which formed his conviction. Note, thus, that the judge is a sensitive person that interprets the narrative of the parties, basing his decision in his legal conviction.

We realize, with this, the importance of a narrative technique expressed by the parts (their lawyers) capable to take the judge not only rational arguments, but also a certain amount of emotion able to sensitize the judicial authority.

2 LITERARY NARRATIVE

The literary narrative impacts our senses, touching us about situations experienced by characters in a particular context of time, space and plot. Several narrative models can be analyzed, but it flees our purpose here. It is important for us review how the literary narrative communicates anyway with the procedural narrative and how the literary can influence the drafting of procedural narrative.

As a rule, the literary narrative takes us to a climax that makes us happy, sad, affecting our mood and even our conception of the world. In respect of the procedural narrative there is also a climax at the moment when the sentence is handed down, preceded by the particular climax of the narratives of author of and the defendant, according to the interest of each one in the process. But while the literary climax is fictional, produced by the appeal of situations presumably real, even when based in a true event or set of true events, in the judicial process the climax has actual consequences. While the literary narrator discusses characters, facts and circumstances with some creative freedom, the procedural narrator is attached to the rigor of legal terminology, since every word used in the procedural language produces its own effect, making it difficult and not recommended using synonyms and free use of language as in the literary narrative.

Pressed by limits of time and space, because the procedural acts must be practiced according to the logic of reasonable duration of the process, the narrators in the process should be modest in their narratives. There are situations in which the procedural narratives go beyond the rigors of procedural formalities, raising flights of free narratives. This is very common in jury trial where the facts of the narrative addressed to the jurors - lay people called to trials crimes against life - that have to give the final verdict. In jury trials, often, there are real scenarios, but with a well-defined purpose. This is because the professional judge acts with a legal reason strongly grounded in formal logic, whereas juries are more

susceptible to the passion appeals. Knowing this, the lawyers exercise more freely their creativity as a strategy to better defend their clients. In civil proceedings, by contrast, the recipient of the narrative of the parties is the judge more used to a formal and technical discourse. In both cases, we can assume that the literary narrative communicates itself with the procedural narrative.

So we thought because, as narrative, have some common elements, such as characters, time, place, circumstances, plot, climax. To stay only with these elements, we can say that plaintiff and defendant appear as main characters of procedural narrative, often lending its features to literary characters that depict the real story narrated in court cases.

In the criminal context, we can imagine the procedural narrative of a robbery (robbery followed by the death of the victim). We could say that the accused entered the residence of the victim with the intention to steal things to him. After subtracting the things, he employed violence, with the intention to ensure the impunity of crime. His violent action resulted in the death of the victims, a fact that should aggravate the penalty imposed to this crime in thirty years.

Well, we are facing a dry narrative, objective, restricted to the facts as criminal offense laid down in the Article 157 of the Penal Code, namely: (fee translation)

Theft

Art. 157 - Subtract others movable property, for themselves or others, under serious threat or violence upon the person, or after having it, by any means, reduced the possibility of resistance:

Penalty - imprisonment of four to ten years and fine.

§ 1 - The same penalty who, shortly after subtracted the thing, employs violence against a person or serious threat in order to ensure the impunity of the crime or the arrest of the thing for themselves or for third parties.

§ 2 - The penalty increases to one-third to half:

I - if violence or threat is carried out with weapons;

II - if there is the concurrence of two or more people;

III - if the victim is in CIT service and the agent knows that fact;

IV - if the subtraction is from a motor vehicle that is to be transported to another state or abroad; (Included by Law No. 9426, 1996)

V - if the agent keeps the victim in his power, restricting their freedom. (Included by Law No. 9426, 1996);

§ 3. If the violence results serious bodily injury, the penalty is imprisonment from seven to fifteen years plus fine; if is death, imprisonment is twenty to thirty years, subject to a fine. (Amended by Law No. 9426, 1996) See Law No. 8,072, of 07/25/90.

Transposing this cold criminal typology to the field of literary narrative, we can find a law former student, poor and distressed by his mental torments and dreams of grandeur. Thus, soaked in his hallucination, plans and executes the death of a moneylender. Before escaping the crime scene with the fruit of theft, ends up killing another victim who appeared in unexpectedly site. Pursued by dramas of conscience, cannot enjoy the goods stolen, burying proceeds of crime under a rock. The following is dense narrative about the psychological drama of a criminal. To get an exact idea of how a procedural narrative becomes a literary narrative and how the literary can contribute to the formation of a procedural narrative, we are facing the case of Raskolnikov, the central figure in *Crime and Punishment* by Dostoevsky.

You can select various literary passages of legal cases and legal dramas that fit very well in literary accounts. Who does not remember the adultery of Louise in *Primo Basilio*? The precious narrative of Eca de Queiroz takes us to a marital betrayal scenario. This literary narrative portrays reliably habits and customs of Lisbon bourgeois society.

In this case, the procedural narrative plot stay around an adultery, classified as a crime in Brazil by the year 2005, when Article 240 of the Criminal Code was repealed by Law 11,106. Nowadays even not being a crime, adultery can give rise to a legal action for moral damages in the civil sphere, with problems in public

reputation of the person supposedly adulterous. The extension of these damages, of course, will vary by the quality of literary narrative of the lawyer.

We realize then, that narrative elements can be present in the literature as well as in legal discourse. This structural convergence justifies our following thesis: the reading of literary narratives makes for a clearer legal writing and need.

3 READING AND WRITING: THE STRENGTH OF HABIT

Caution is necessary when dealing with procedural narrative. This is because it is intended to convince the judge about the thesis defended in the process by each party in the legal action. The habit may even harm. Imagine that a bridge between literary narrative and the procedural narrative may encourage lawyers to read more quality literature, trimming the excess formalities and technicalities which obscure legal texts, often poorly written.

Special cautions are necessary when dealing with procedural narrative. This is because in a legal action the parties have the intention to convince the judge about the rightness of each one of (contradictory) theses defended. Then, in the legal cases the habit may even harm. Imagine that a bridge between literary narrative and the procedural narrative may encourage lawyers to read more literature, helping them trimming the formalities and technicalities in the obscure legal texts, often poorly written.

Getting used to read authors richly endowed with fluency and linguistic style certainly enhances the legal reasoning with direct consequences in the drafting of procedural narratives. Similarly, the habit of only reading the codes and other regulatory instruments impoverishes the argument and the writing produced. Excesses of quotes, abuse of prepositions, use of words out of context, employment of old technical expressions make the legal text something heavy, boring, out of our time.

It's certainly not the text size that impacts the reader in procedural writing. It is important that the structural elements of procedural narrative, defined in the legal codes, are present. The narrative should be consistent, leading the reader to a logical conclusion. The use of technical terms should be moderate, restricted to

what is necessary. It does not appear futile erudition on consistent narratives. The fluidity of the text, simplicity and functionality already speak for themselves, showing the area of hard technical narrative.

It's certainly not the text size that impresses the reader of juridic procedural writing. It is important that the structural elements of procedural narrative, defined in the legal codes, are present. The narrative should be consistent, leading the reader to a logical conclusion. The use of technical terms should be moderate, restricted to what is necessary. It should not appear futile erudition on consistent narratives. The fluidity of the text, simplicity and functionality already speak for themselves, showing what is important to get attention on the narrative.

Thus, the communicative bridge between these two narratives can help much all those who militate in the judicial world.

4 CONCLUSION

In this essay, we tried to make a bridge between the procedural narrative and the literary narrative. In order to do this we identified some common elements in both narratives. We think there is an influence of the habit of reading of literary texts in the argumentative capacity of procedural narrator.

Accustomed to the cold text of the law, guided by a strongly positivistic rationality, lawyers and judges usually produce obscure and tortuous texts that hinder communication with lay people and the perception of the messages that flow in their technical texts.

We think that it is possible to draw up legal texts with more fluidity and lightness without losing the technical quality of procedural discourse. Know the elements of literary narrative can facilitate, besides, the construction of procedural narrative capable of sensitizing the judge as the argument put forward by the party to the proceedings.

In his literary narrative, the writer seeks to develop a plot, taking the reader to a climax, holding your attention while reading. Likewise, the lawyer must exercise a kind of narrative to develop a plot until the final climax when the judge makes a merit sentence.

Moving between legal texts, laws and literary texts, legal professionals can develop their argumentative skills. As a result, we would have more consistent, lighter and more interesting texts. Clear and seductive texts can play a major role in procedural discourse: reader's accession to the narrator's point of view. Doing this we can build legal texts appropriate to our time at which people wants broad access to information, **transparency** and social justice.

REFERENCES

DOSTOIEVSKI, F. **Crime e castigo**. Trad. Luiz Cláudio de Castro. Rio de Janeiro: Ediouro; São Paulo: Publifolha, 1998.

QUEIRÓS, E. **O Primo Basílio**: texto integral. 5a ed. São Paulo: Ática, 1979. (Série Bom Livro).

CALLEGARI, J. A. **A narrativa literária no direito processual**: ficção e realidade na distribuição da justiça judiciária. LTr: São Paulo, ISSN 1516-9154, pg 286-289, 2015.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA SE APRESENTA AO ATO INFRACIONAL: UMA ANÁLISE AS RELEVÂNCIA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS PRÁTICAS RESTAURATIVAS.

Muriel Magalhães Machado

Camila Mabel Kuhn

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo refletir sobre a implementação das práticas restaurativas frente ao ato infracional e analisar o seu diálogo com o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei Federal que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo a através do método dedutivo com pesquisa bibliográfica. A pesquisa apresenta e trabalha a Justiça Restaurativa como uma oportunidade para concretizar os princípios e objetivos declamados pelo supracitado Estatuto, a partir de uma nova forma de olhar as partes envolvidas no conflito com a lei, além de analisar a necessidade da participação do Promotor de Justiça, como garantidor dos interesses da vítima, do Estado, da sociedade e do adolescente em conflito com a lei, colocando em pauta a importância da sua atuação nos procedimentos restaurativos. A análise ainda se estende a forma como estes procedimentos vem sendo conduzidos e sua compatibilidade com a legislação em vigor, a fim de verificar em quais situações poderá se conduzir os acordos fruto dos procedimentos restaurativos combinados as medidas socioeducativas e a importância da participação do membro do Ministério Público nesta condução.

PALAVRAS-CHAVE: justiça restaurativa; vitimologia; ato infracional; Ministério Público.

1 INTRODUÇÃO

O presente Artigo tem como objeto a reflexão sobre a implementação das práticas restaurativas frente a ato infracional, e seu diálogo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a Lei Federal n. 12.594 de 2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), bem como averiguar a contribuição do Ministério Público neste encontro entre os procedimentos restaurativos e o processo socioeducativo.

O objetivo do presente trabalho é que a partir de uma compreensão das propostas, objetivos, princípios e procedimentos restaurativos se verifique as possibilidades de sua implementação ao encontro das normas nacionais, bem como observar em quais circunstâncias caberá a sua aplicação e de que forma se vislumbra essa possibilidade, além de enfatizar a necessária contribuição do Ministério Público neste encontro com o processo socioeducativo, e destacar o seu dever de defender e garantir os interesses do Estado, da sociedade, da vítima e do adolescente.

Para tanto, principia-se, apresentado a Justiça Restaurativa como possibilidade e oportunidade frente ao sistema tradicional, uma nova forma de olhar para as partes envolvidas no conflito, pois em conjunto com a comunidade irão buscar resolver os danos causados pelo ato infracional, por meio da fala e escuta, onde a partir de uma compreensão mútua buscarão alcançar a melhor forma de resolver o conflito. Vai se analisar seus princípios, objetivos, procedimentos e a sua proposta para dirimir os laços rompidos.

Para finalizar, irá se refletir sobre a Justiça Restaurativa no Processo socioeducativo e a importância da atuação e contribuição do Ministério Público neste encontro, já que conforme será exposto se vislumbra a necessária intervenção do *parquet* nos procedimentos que envolvam os direitos e interesses das crianças e dos adolescentes, da vítima e da sociedade.

Quanto à Metodologia empregada foi utilizado o Método dedutivo. Na Pesquisa, foi acionada a Pesquisa Bibliográfica.

2. A JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA TROCA DE LENTES

Neste primeiro capítulo, buscar-se-á compreender a justiça restaurativa como possibilidade de transformação do olhar frente ao sistema tradicional de justiça, principalmente no que toca aos seus princípios, valores, procedimentos e as partes envolvidas. A partir desta perspectiva, irá se refletir sobre o seu encontro com o Estatuto da Criança e do Adolescente e com o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, no que diz respeito à possibilidade de sua aplicação em relação a jovens que praticaram algum tipo de ato infracional, bem

como sobre suas possíveis consequências para os envolvidos e para a comunidade.

2.1 A Justiça Restaurativa se Apresenta ao Ato Infracional: Uma Oportunidade na Resolução de Conflitos e Uma Alternativa ao Sistema Judicial Tradicional

Pode-se dizer que a justiça restaurativa faz uma troca de papéis, os atores alternam o seu lugar em cena. Este procedimento coloca a vítima, o ofensor e a comunidade que também poderá participar, como partes centrais na resolução do conflito, diferentemente do sistema judicial tradicional, onde o Estado se apresenta como detentor do poder punitivo, coloca a vítima em segundo plano e na maioria das situações marginaliza e culpa o ofensor muito antes de ser dado qualquer veredicto.

A justiça restaurativa apresenta em seus valores e princípios um novo olhar para o conflito, onde não há marcas de culpa, vingança e punição, oferece a possibilidade de restaurar os laços rompidos pelo delito e conseqüentemente a responsabilização de todos os envolvidos, por meio da exposição das demandas emocionais das partes através de um espaço aberto para o diálogo e escuta. Afirma-se junto a Howard Zehr (2002, p. 5), que é necessário “trocar as lentes” para conseguir penetrar nos ideais restaurativos.

No ano de 2002 a Organização das Nações Unidas por meio da resolução 2002/12, se reportando anteriormente a outras resoluções ligadas ao tema, como a resolução denominada “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativas na Justiça Criminal” e a resolução referente aos Princípios Básicos para a utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais, determinou a implementação da Declaração de Viena sobre Crime e Justiça, dando ênfase principalmente as ações referentes à justiça restaurativa.

A Declaração de Viena sobre a delinquência e a justiça, deu relevante impulso no âmbito internacional para o estabelecimento da justiça restaurativa nas legislações dos Estados envolvidos. Sérgio Cámara Arroyo (2011, p. 32) dá prioridade para o tema em seu trabalho, reafirmando a necessidade de:

[...] Medidas voltadas a contenção do crescente número de detidos à espera de julgamento e o grande número de prisioneiros que abarrotam as prisões, através de, conforme o caso, medidas alternativas seguras e eficazes à prisão. Entre essas medidas, a legislação deve abranger apoio às vítimas, incluindo-se a mediação e justiça restaurativa (tradução livre)⁴.

Reportando-se novamente à resolução da ONU 2002/12, referente aos princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, importante pontuar os conceitos básicos sobre o que a supracitada resolução nomeia.

1. "Programa de justiça restaurativa" significa qualquer programa que utilize processos restaurativos e objetive alcançar resultados restaurativos.

2. "Processo restaurativo" significa qualquer processo em que a vítima e o infrator e, quando apropriado, quaisquer outras pessoas ou membros da comunidade afetados por um crime, participem conjuntamente e de forma ativa na resolução das questões que o conflito origina, usualmente com a ajuda de um facilitador. Entre os processos restaurativos incluem-se a mediação, a conciliação, a celebração de conversas (*conferencing*) e reuniões para decidir a sanção (*sentencing circles*).

3. "Resultado restaurativo" é aquele acordo oriundo de um processo restaurativo. Tais resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como a reparação, a restituição e o serviço comunitário, objetivando o atendimento das necessidades e das responsabilidades individuais e coletivas das partes e alcançando a reintegração da vítima e do infrator.

4. "Partes" são a vítima, o infrator e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados pelo crime que participem de um processo restaurativo.

"Facilitador" refere-se à pessoa cuja função é mediar, de maneira justa e imparcial, a participação das partes em um processo restaurativo.

Compreende-se que a Resolução surgiu com o intuito de orientar os países membros da Organização das Nações Unidas na implementação da Justiça Restaurativa, de modo que estabeleceu seus princípios basilares, além de aclarar o que abarca os procedimentos restaurativos.

4 [...]medidas encaminadas a contener el crecimiento del número de detenidos em espera de juicio y de reclusos y el consiguiente hacinamiento em las prisiones, según proceda, promoviendo alternativas seguras y eficaces em sustitución del encarcelamiento. Dentro de las mencionadas medidas, la normativa no Duda em acudir a planes em apoyo a las víctimas "que incluyan mecanismos de mediación y justicia restitutiva.

Salienta-se ainda, alguns importantes requisitos como: a importância de haver um facilitador no processo para auxiliar na construção do diálogo, a voluntariedade das partes, além de buscar estabelecer um acordo que tenha atendido as necessidades e responsabilidades pessoais e coletivas, resultando na integração da vítima, infrator e comunidade.

A justiça restaurativa não se apresenta como um remédio para todas as mazelas do modelo retributivo, como sintetiza Pedro Scuro Neto (2012, p.102), mas cria oportunidades para que haja uma reparação, restauração dos danos causados a todos os envolvidos, não mostrando interesse algum em apontar culpados e aplicar punições. Corroborando Afonso Armando Konzen (2009, p. 5) explica que a Justiça Restaurativa frente ao sistema retributivo, não busca deslegitimar o poder punitivo do Estado e muito menos estimular um modelo abolicionista, mas este novo olhar para a Justiça possibilita aos envolvidos exercerem o direito a palavra. Declara o autor que:

[...] não quer dizer que não se possa admitir as formas de justiça tradicional ou de deslegitimar a reação do Estado como justificativa para conter a violência. Tampouco pretende a Justiça Restaurativa sugerir um modo abolicionista ou de abandono da justiça formal, da norma ou do estado democrático. Cuida-se de justificar a essencialidade absoluta da negociação, da palavra entre os afetados, da mediação, como modalidade primeira, e verdadeiramente ética, de solver o conflito. Tudo porque o proceder restaurativo, um alinhamento diversório ao proceder habitual, tende a instalar o ambiente em que os sujeitos em conflito são merecedores do exercício de um novo direito, o da palavra. Não a palavra na estrutura de interrogatório e ou na ordem do responda-o-que-perguntado dos depoimentos, formas de submissão típicas das relações de poder. Mas a palavra na circularidade de falantes diretamente afetados. Se é deles o conflito, por que não poderia ser deles o dito da solução. (2009, p.5)(grifo nosso).

Desta forma, percebe-se que para a justiça restaurativa o crime não se resume apenas numa conduta típica, antijurídica e culpável preocupada somente com os direitos penalmente tutelados, mas o encara como uma violação das relações entre os envolvidos e tem como objetivo o reconhecimento das necessidades e obrigações que foram consequências de determinado delito, visando restaurar os laços rompidos entre os envolvidos e ensejar que cada parte

tenha consciência de sua responsabilização, conforme explica Renato Sócrates Gomes Pinto (2012, p.5).

A Justiça Restaurativa tem como intuito resgatar as circunstâncias do ato delitivo, levando as partes e a comunidade a refletir sobre os sentimentos e angústias envolvidos, bem como criar a partir de um espaço de fala e escuta, uma conscientização sobre as consequências do dano não só para as partes, mas para toda a comunidade. Além de buscar construir entre os participantes um senso de responsabilização e incitar um possível momento de perdão voluntário.

Londoño e Urbano (2012, p.8) destacam a definição colocada por Tony Marshall como uma das mais aceitas pelos estudiosos do tema, em que este instrui ser a justiça restaurativa um processo onde todos os interessados se encontram para resolver coletivamente os reflexos de determinada ofensa e o comprometimento de cada parte no futuro.

A justiça restaurativa se apresenta como oportunidade não só para os envolvidos, mas para toda a sociedade. As práticas restaurativas estimulam uma efetiva colaboração e comprometimento para a resolução do dano e expõe uma nova concepção do delito, em que este não se limita somente em uma determinada conduta proibida por lei, ou em específica classificação, mas como um acontecimento que traz consequências em dimensões simbólicas, psicológicas e materiais. Afonso Armando Konzen (2007, p. 15), referente ao assunto, instrui que:

[...] ideias associadas aos movimentos de contestação das instituições repressivas, da descoberta da vítima e de exaltação da comunidade, funda-se essa modalidade de resolução de conflitos em outro olhar sobre os fatos sociais, um olhar ainda concentrado nos sujeitos da relação, mas cuja troca de lentes consiste na ruptura com o conceito tradicional de delito, não mais como uma violação contra o Estado ou como uma transgressão à norma jurídica, mas como um evento causador de prejuízos e consequências, dimensões que não se anulam, mas que se somam no propósito de reparar os danos vividos, na abrangência das “dimensões simbólicas, psicológicas e materiais. (grifo nosso).

Sobre os princípios da Justiça Restaurativa, Zehr (2002, p. 33) aclara que pode se perceber três ações fundamentais, primeiramente a concentração referente aos danos e demandas dos envolvidos, o atendimento das obrigações acordadas pelas partes e a utilização de processos colaborativos, no que

concerne ao envolvimento das vítimas, ofensores e membros da comunidade, para que em conjunto procurem corrigir os erros frutos do delito. Concordando com Zehr, Marshal (2005, p. 5) argumenta que:

Enquanto enfatiza a liberdade individual e a responsabilidade, a justiça restaurativa reconhece os laços comunais que unem a vítima e o infrator. Ambos são membros valorosos da sociedade, uma sociedade na qual todas as pessoas estão interligadas por uma rede de relacionamentos. A sociedade compartilha a responsabilidade por seus membros e pela existência de crimes, e há uma responsabilidade compartilhada para ajudar a restaurar as vítimas e reintegrar os infratores. Além disso, a vítima e o infrator são unidos por sua participação compartilhada no evento criminal e, sob certos aspectos, eles detêm a chave para a recuperação mútua. O caráter social do crime faz do processo comunitário o cenário ideal para tratar as consequências (e as causas) da transgressão e traçar um caminho restaurativo para frente. (grifo nosso).

A proposta restaurativa apresenta um olhar mais sensível e solidário, onde o ofensor não é estigmatizado como um “problema social”. Ao contrário do sistema atual que apesar de transformador, ainda carrega em sua aplicação heranças deixadas pelo Código de Menores⁵, a Justiça Restaurativa traz em pauta o discurso da vítima, do ofensor e da sociedade, como atores principais na resolução do conflito, sendo a fala e a escuta os mecanismos principais para um ideal de responsabilização mútua.

Sobre os procedimentos utilizados nas práticas restaurativas, cabe mencionar a Resolução 2002/12 da Organização das Nações Unidas, já aludida no presente trabalho, que direciona possibilidades da implementação de tais práticas, orientando os Estados na aplicação e instauração de tais métodos:

6. Os programas de justiça restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, de acordo com a legislação nacional. 7. Processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da

5 O Código de Menores de 1927 visava legislar sobre crianças e adolescentes de 0 a 18 anos, em estado de abandono, quando não possuíssem moradia certa, tivessem pais falecidos ou que fossem declarados incapazes, estivessem presos há mais de dois anos, fossem vagabundos, mendigos, exercessem trabalhos proibidos, fossem prostitutas ou economicamente incapazes de suprir a necessidade de seus filhos. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pe/v9n3/v9n3a03.pdf>. Acesso em 21 de março de 2014.

vítima e do ofensor. A vítima e o ofensor devem poder revogar esse consentimento a qualquer momento, durante o processo. Os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais. 8. A vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo. A participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior. 9. As disparidades que impliquem em desequilíbrios, assim como as diferenças culturais entre as partes, devem ser levadas em consideração ao se derivar e conduzir um caso no processo restaurativo. 10. A segurança das partes deverá ser considerada ao se derivar qualquer caso ao processo restaurativo e durante sua condução. 11. Quando não for indicado ou possível o processo restaurativo, o caso deve ser encaminhado às autoridades do sistema de justiça criminal para a prestação jurisdicional sem delonga. Em tais casos, deverão ainda assim, as autoridades estimularem o ofensor a responsabilizar-se frente à vítima e à comunidade e apoiar a reintegração da vítima e do ofensor à comunidade.

Visualiza-se que a voluntariedade das partes é fundamental para a concretização das práticas restaurativas, podendo revogar o consentimento em qualquer momento do processo restaurativo. Importante enfatizar que a existência da prova suficiente de autoria do dano, o acordo das partes sobre os fatos essenciais referentes aos delitos, bem como a percepção das disparidades sócio-culturais dos envolvidos não irá caracterizar a admissão de culpa num posterior processo judicial.

Leonardo Sica (2009, p. 416) apud Ceretti e Mannozi destaca que:

[...] a justiça restaurativa representa o último epíclito da justiça penal, movendo-a na direção de um modelo de justiça que [...] envolve a vítima, o réu e a comunidade na busca de soluções para o conflito com o objetivo de promover a reparação, a reconciliação e o reforço do sentimento de segurança. Como se nota, a justiça restaurativa tende a intensificar a participação da comunidade, a qual passa assumir um duplo papel: em primeiro lugar, pode ser destinatária das políticas de reparação e de reforço do sentimento de segurança coletivo e, em segundo nível, a comunidade pode ser ator social de um percurso de paz, que se funda sobre ações reparadoras concretas das consequências do crime.

A partir do colocado pelo autor, compreende-se que a atuação da comunidade nas práticas restaurativas não se limita à responsabilização e ao auxílio de reintegrar os envolvidos à sociedade, mas sua participação é

fundamental para reforçar um sentimento de segurança coletivo e para que se vislumbre um caminho de paz.

Vale ressaltar que este mesmo autor, ainda aponta para o fato de que estas três categorias de procedimentos podem se misturar e se somar em um mesmo caso. O autor (2002, p. 47) expõe que:

Os três modelos distintos tendem a dominar a prática da justiça restaurativa: conferências Vítima-ofensor, conferências de grupos familiares, e as abordagens de círculos. Cada vez mais, no entanto, esses modelos estão sendo misturados; conferências de grupos familiares podem utilizar um círculo e novas formas com elementos de cada, estão sendo desenvolvidos para determinadas circunstâncias. Em alguns casos, vários modelos podem ser utilizados num único caso ou situação. Um encontro infrator vítima talvez realizada antes e em preparação para um círculo de condenação, por exemplo (tradução livre)⁶.

Referente à mediação, Silvana Sandra Paz (2005, p. 6) acentua que acompanhados por um mediador, ambas as partes poderão construir um plano de ação para debater o conflito e resolvê-lo. Explica a autora, que esse vai consistir “[...] na busca, com a intervenção de um terceiro, de uma solução, negociada livremente entre as partes, para um conflito nascido de uma infração penal, no marco de um processo voluntário, informal, e confidencial.”

A mediação utilizada em processos restaurativos vai se configurar num encontro somente das partes principais envolvidas (vítima e ofensor), que em conjunto com o mediador vão buscar desenvolver o diálogo referente às necessidades e procurar a melhor forma de resolver o conflito gerado pelo dano.

Importante frisar as distinções entre os tipos de mediação. André Gomma de Azevedo (2005, p. 7) aponta que na mediação vítima/ofensor em contrapartida com outros tipos de mediação, é visível a contraposição de interesses, e dificuldade de aceitação quanto aos pedidos das partes.

Luis Alberto Warat (2004, p. 26) salienta a importância de se perceber que nesse tipo de procedimento é essencial o mediador ter um olhar sensível sobre os envolvidos, pois:

O mediador não pode se preocupar em intervir sobre o conflito, transformá-lo. Ele tem que intervir sobre os sentimentos das pessoas, ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando a interpretação. Os conflitos nunca desaparecem, se transformam;

isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas.

De todo modo, o Centro de Estudos Avançados de Governo e Administração Pública da Universidade de Brasília, informa que a mediação tem sido utilizada em muitos programas estrangeiros, porém o Fórum Europeu de Justiça Restaurativa tem estimulado o uso dos modelos de círculos restaurativos, já que a participação da comunidade e da família acaba enriquecendo não só os encontros, mas também fortalecendo os vínculos familiares, comunitários e edificando a solidariedade.

A reunião familiar diferentemente da mediação conta com outras partes envolvidas no desenvolvimento do diálogo, sendo estas essenciais para uma maior compreensão dos impactos causados tanto na vítima, quanto no ofensor.

Parker (2005, p. 3) menciona a possibilidade da presença de representantes do sistema de justiça criminal, bem como destaca o papel do facilitador, pois diferentemente da mediação este não toma parte da essência da discussão, só garante a oportunidade de que todos sejam ouvidos e assegura que haja respeito entre os presentes na reunião. A autora destaca ainda que:

Como na mediação, os participantes da conferência discutem maneiras de consertar o prejuízo causado pelo crime. Neste momento, os participantes de apoio podem ficar responsáveis por ajudar o infrator com recursos que apontem tanto o prejuízo causado como as razões subjacentes para o comportamento. Novamente, os procedimentos podem ser usados em qualquer fase do processo de justiça criminal e já foram até mesmo usados para o desvio de alguns infratores jovens do processo de tribunal. (2005, p.3).

Zehr (2002, p. 53) menciona a importância desse tipo de procedimento, já que por estarem presentes, pessoas indiretamente envolvidas e pessoas convidadas pelas partes, isso acaba repercutindo em diálogos mais amplos, podendo desta forma alinhar os interesses da comunidade ao processo, atentando para as necessidades de apoio às vítimas e agressores.

Concluindo a etapa relacionada às práticas e procedimentos restaurativos, salienta-se que estas apresentam diferentes formas, se distinguindo pelo número de envolvidos nos encontros e pelo papel exercido por terceiro responsável pela coordenação de cada procedimento.

Cada vez mais estes diferentes modos de praticar a justiça restaurativa se misturam e somam-se a fim de se complementarem. Importante notar que nem todas as abordagens restaurativas envolvem um encontro direto, e nem todas as necessidades podem ser satisfeitas através de um encontro.

Para perceber isto, basta entender que enquanto as vítimas possam ter algumas necessidades relacionadas ao ofensor, estes também podem ter necessidades que não estão correlacionadas ao ofensor, mas a outros aspectos subjetivos, como em relação à família, à comunidade e tantas outras questões a serem levantadas a partir do diálogo.

Conclui-se, que a Justiça Restaurativa propõe uma nova forma de olhar, uma troca de lentes, não só para o ato delitivo, como para as partes envolvidas, invocando a participação da comunidade e dos familiares, de modo que todos a partir da responsabilização e em consenso estabeleçam a melhor forma de restaurar os laços rompidos pelo delito.

3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO PROCESSO SOCIOEDUCATIVO E A CONTRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Neste segundo momento, irá se analisar o encontro da Justiça Restaurativa com o processo socioeducativo, além da importância da contribuição e atuação do dos membros do Ministério Público nos procedimentos restaurativos.

3.1 Justiça restaurativa e o Estatuto da Criança e do Adolescente: reflexes sobre os procedimentos restaurativos e o ato infracional

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 227 e a Lei n. 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seus artigos 3º e 4º, consagram a doutrina da proteção integral, e colocam como absoluta prioridade o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. A Carta Magna esclarece que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.(grifo nosso).

Ao encontro, o Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina que:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.(grifo nosso).

Extrai-se dos dispositivos supra mencionados, que a criança, o adolescente e o jovem possuem total prioridade, devendo ter seus direitos fundamentais assegurados pela família, sociedade e Estado, além de garantir oportunidade para um desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de dignidade e liberdade.

Salienta-se a fala de Konzen (2007, p. 38) sobre o processo socioeducativo no Brasil, já que infelizmente o que preconiza o Estatuto está longe de se ver na prática, pois:

Entendo os motivos e as boas intenções. Mas as consequências desse purismo conceitual são paradoxais: a opinião pública acredita no que ouve, compra gato por lebre e acaba convencida de que os jovens infratores ficam impunes, divertindo-se com aulas de boas maneiras. Resultado: cobram punições. Na verdade, quem já frequentou uma dessas instituições “socioeducativas” logo compreenderá o que são as tais medidas “socioeducativas”. Elas nada têm de minimamente parecido com o sentido elevado da expressão que os legisladores cunharam, sonhando outros brasis. A garotada fica mesmo enjaulada, frequentemente em condições sub-humanas, muito pouco diferente daquelas em que se encontram os presídios - estes estágios superiores para os quais a prepara e empurra o inferno das Febens e Degases.

Pela fala do autor, se verifica que como já mencionado anteriormente o ECA apresenta raízes em sua prática do ideal colocado pelo antigo Código de Menores, onde não se olhava para uma pessoa em desenvolvimento, mas um vadio, mendigo, um delinquente que necessitava ser recolhido pelo Estado e enclausurado nos moldes dos antigos Febens e Degases.

No que toca ao ato infracional, o Manual Prático das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude do Estado de São Paulo (2012, p. 22), estabelece ser fundamental a devida avaliação das circunstâncias que abarcam a prática do ato infracional, principalmente quando for aplicada medida socioeducativa. Sendo essencial dar prioridade as medidas que permitam o fortalecimento dos vínculos comunitários e familiares, conforme instrui o art. 100 do ECA e 35, IX da Lei Federal n.12.594/12, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE).

Acrescenta ainda, o referido Manual (2012, p.23) que “o objetivo do processo socioeducativo diz respeito à identificação da situação que levou o adolescente à prática do ato infracional, para acompanhamento oportuno e não, apenas, a busca da punição”. Constata-se, que tanto o ECA quanto a Lei Federal que instituiu o SINASE apresentam flexibilidade jurídica e permitem o incentivo e a disseminação dos princípios e procedimentos restaurativos na Justiça Juvenil Brasileira, já que se visualiza por meio do que foi exposto anteriormente diversas diretrizes análogas.

O Centro de Estudos Avançados do Governo e da Administração Pública da Universidade de Brasília (CEAGUNB) explica, que quando se aplicam as práticas restaurativas em momento anterior à sentença, podem ser compreendidas como mecanismos diversórios, como uma alternativa à atuação convencional da justiça. No que tange aos mecanismos diversórios compreende-se que:

A adoção de mecanismos (ou meios, ou recursos, ou procedimentos, ou estratégias) diversórios representam uma das diretrizes mais relevantes da normativas da ONU em matéria da Justiça Juvenil decorrente do reconhecimento de que, mesmo quando conduzido com a melhor das intenções, o contato do jovem com o sistema de justiça, e, pior, sua sujeição aos respectivos mecanismos de responsabilização, sempre terá um

efeito “contaminante negativo”, e tenderá a produzir maiores malefícios do que vantagens.(grifo nosso).

Extrai-se a partir do excerto, que a justiça restaurativa e o procedimento socioeducativo, buscam entender os contextos que envolveram o dano e priorizam medidas que fortaleçam os laços familiares e comunitários, responsabilizando os envolvidos e evitando ao máximo o contato dos adolescentes com um sistema de justiça meramente retributivo.

Gomes Pinto (2012, p.10) esclarece que o Estatuto da Criança e do Adolescente é um dos principais incentivadores da implementação de práticas restaurativas no Brasil, já que de forma tácita ele sugere o uso de procedimentos restaurativos em diversos dispositivos, como o art. 126 que fala da possibilidade de remissão.

Visualiza-se o diálogo entre o ECA e a Justiça Restaurativa, tanto no momento pré-processual, quanto processual, já que o art. 128 do supra citado Estatuto, permite a revisão da medida socioeducativa a qualquer tempo, podendo ser ajustada a remissão, ou modificada a medida que encontra-se em execução, mediante pedido do adolescente, do seu representante legal ou do *parquet*.

Importante mencionar, que a Lei n. 12.594/12, SINASE, ao definir os princípios que deverão orientar a aplicação e execução de medidas socioeducativas, destaca em seu art. 35, III e IX, a importância em dar prioridade a práticas ou medidas restaurativas e fortalecer os vínculos familiares e comunitários.

Leoberto Brancher reafirma em documento enviado a Corregedoria de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a compatibilidade das práticas restaurativas em relação à legislação da Infância e Juventude, já que destaca:

A par de já vir sendo internacionalmente testada e reconhecida nas últimas décadas, no Brasil, constatou-se ser plenamente compatível com a legislação da Justiça da Infância e Juventude atualmente em vigor, que permite aos operadores jurídicos ampla margem de liberdade e disponibilidade em favor do adolescente, seja na condução do processo infracional (via instituto da remissão) seja na execução das medidas aplicadas (via alteração das medidas ou ajuste dos seus regimes de cumprimento).

No Estatuto da Criança e do Adolescente existem condições amplas que dão a oportunidade para a utilização dos meios restaurativos, que vão totalmente

de acordo com as garantias previstas em nossa legislação e em nossa Carta Magna garantindo assim a dignidade, o respeito e a voz a essa parte da população que ao longo do tempo foi tão necessitada de escuta.

Conclui-se a partir do exposto, que a Justiça Restaurativa vem conquistando cada vez mais espaço em nosso ordenamento jurídico, e o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei Federal n. 12.594/12, permitem, incentivam e dão prioridade no que toca a sua implementação e disseminação.

3.2 O Ministério Público no universe restaurativo: a importância de sua atuação como garantidor dos direitos da criança e do adolescente

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 127, coloca ser o Ministério Público como essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Hugo Nigro Mazzili (2014-A, p. 2) comenta a relação com o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Ministério Público:

É muito estreita a ligação do Ministério Público com as normas de proteção à criança e ao adolescente, pois que está **ele naturalmente votado à defesa de interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis.** Como os **direitos e interesses ligados à proteção da criança e do adolescente sempre têm caráter social ou indisponível, consequentemente **não se pode excluir a iniciativa ou a intervenção ministerial em qualquer feito judicial em que se discutam esses interesses.**** Assim, **tanto interesses sociais ou interesses individuais indisponíveis ligados à proteção da criança e do adolescente merecem tutela pelo Ministério Público;** o mesmo se diga dos interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos ligados à infância e juventude.(grifo nosso).

Corroborando a Lei n. 8.625 de 1993, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, em seu artigo 25, quando coloca ser função do órgão ministerial a proteção aos interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis e homogêneos, além do dever de se manifestar nos processos em que sua presença seja indispensável, independente do grau de jurisdição.

Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao

Ministério Público: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

V - manifestar-se nos processos em que sua presença seja obrigatória por lei e, ainda, sempre que cabível a intervenção, para assegurar o exercício de suas funções institucionais, não importando a fase ou grau de jurisdição em que se encontrem os processos;

No que tange à remissão, Mazzili (2014, p. 4) explica que os artigos 126 a 128 e 201, I do ECA a disciplinam, e esta surge como possibilidade de excluir o processo na forma de “perdão”, seja para aplicar qualquer medida socioeducativa prevista em lei, salvo regime de semiliberdade e internação.

O artigo 126 do ECA ao apontar a remissão, salienta a importância de se atentar para as circunstâncias e consequências do ato infracional, o contexto social e psicológico do adolescente.

Ainda sobre o referido instituto, o CEAG/UNB explica que “se utilizadas de modo restaurativo, essas oportunidades processuais, trarão grandes vantagens comparando com o modo como tem sido aplicado o instituto da remissão nesses 20 anos de vigência do ECA”, devendo o Promotor de Justiça estar consoante com as recomendações, já que vem nortear a aplicação da justiça restaurativa nos casos em que ocorre por meio da remissão ou cumulada com medidas socioeducativas. Acrescenta o referido Centro que:

A remissão pode ser ajustada como forma de exclusão do processo (ECA, ART. 126), ou para a sua suspensão ou extinção, a qualquer tempo (art. 188¹² ECA), depois que instaurado o processo e até que seja prolatada a sentença. Conforme o art. 127 do ECA, a remissão pode incluir eventualmente o cumprimento de alguma das medidas protetivas ou socioeducativas que não as privativas de liberdade.

No que tange às medidas socioeducativas, o Centro de Estudos Avançados enfatiza ainda, que atualmente mesmo com um corpo técnico habilitado para a preparação e condução das práticas restaurativas, a maior dificuldade encontra-se em organizar os encaminhamentos, ou seja, como inserir a prática restaurativa dentro do fluxograma dos encaminhamentos tradicionais. Neste momento, o Promotor de Justiça poderá se utilizar destas recomendações

para orientar a sua atuação, de modo que os acordos restaurativos devem ser observados:

Acordo com cumulação de medida socioeducativa. Em qualquer das hipóteses referida, e como usualmente se procede em casos de remissão, a homologação do acordo, caso contemple a inclusão do adolescente em acompanhamento socioeducativo, dará início ao processo de execução de medida socioeducativa. Já no âmbito do processo de execução, se tiver sido suficientemente completo, o acordo deve ser adotado como substitutivo do PIA¹³, ou, ao menos, definirá as bases para a sua elaboração do PIA. Ao orientador caberá considerar o conjunto dos compromissos contemplados no acordo como condições de cumprimento da medida socioeducativa. Caso descumpridas essas condições, ou a própria medida socioeducativa, a situação ensejaria apreciação das consequências do descumprimento em sede judicial. Pelas características descritas, a medida que melhor se afeiçoa ao acordo restaurativo é a de liberdade assistida.

Acordo com cumulação apenas de medida protetiva. Não havendo o acordo restaurativo, ou seja, a remissão, contemplado a aplicação de medida socioeducativa, mas apenas eventual medida de proteção, legalmente o acompanhamento do caso deveria passar à responsabilidade do Conselho Tutelar (ECA, art. 136, VI). Pelas características descritas, as medidas protetivas que melhor se afeiçoam ao acompanhamento do acordo restaurativo é a de orientação, apoio e acompanhamento temporário (ECA, art. 101, II).

Acordo sem cumulação de medida. Não tendo sido acrescentada ao plano qualquer medida legal com relação ao adolescente (protetiva ou socioeducativa), a remissão é dada em caráter puro e simples. Implicações jurídicas do acordo restaurativo.

Implicações jurídicas do acordo restaurativo. Se a remissão foi ajustada como forma de exclusão ou extinção do processo, sejam acrescentados ou não de medidas, o eventual descumprimento do acordo poderá ocasionar sua modificação, a pedido do adolescente ou do Ministério Público (art. 128 do ECA), porém, caso o acordo não tenha sucesso, não poderá ensejar sanções jurídicas. Apenas a retomada do processo de apuração do ato infracional ocorrerá, caso a remissão tenha sido adotada como forma de suspensão do processo. Ou seja, se os compromissos do acordo restaurativo foram definidos sob a expressa ressalva de que deveriam ser cumpridos como condição para extinção do processo, e o adolescente não os cumpriu, depois de ouvido para justificar-se a respeito, o processo poderá retomar seu percurso em direção à sentença impositiva da medida. (grifo nosso).

Visualiza-se se plenamente possível, o encontro do acordo fruto das práticas restaurativas com a aplicação de medidas socioeducativas, sendo de

essencial o Promotor analisar cada contexto com a devida subjetividade e atentando para a melhor forma de concretizar a responsabilização.

O Manual Prático das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude do Estado de São Paulo (2012, p.100) no que toca as medidas socioeducativas ensina que:

A relação de proporcionalidade para aplicação das medidas comunga aspectos tanto objetivos quanto subjetivos e deve ser fundamentada na capacidade de cumprimento pelo autor, baseada sempre em avaliação técnica do adolescente na qualidade dos serviços públicos e na capacidade de qualificação de suas relações familiares e comunitárias. [...] “as medidas de liberdade assistida e de prestação de serviço à comunidade revelam-se de extraordinária importância em face de seu caráter educativo”, na medida em que individualizam a aplicação da medida reforçam os aspectos de recuperação, reinserção social e cuidado, aliados à necessária prevenção e defesa social.

Sobre a atuação do Ministério Público nas questões que envolvem o ato infracional, Mazzilli (2014-A, p.8) destaca a necessidade da atuação do órgão ministerial, não somente como custos legis, mas também como parte, já que:

Caberá ao órgão do Ministério Público a tarefa de representar à autoridade judiciária para a aplicação de medida sócioeducativa (art. 180, III). Não se diga que o Ministério Público, no procedimento infracional, seria *custos legis*, e não *parte*. Se a lei agora exige sua iniciativa, não é porque o Ministério Público deve estar comprometido com a busca da verdade e com os interesses do bem comum, que não assumirá a posição processual de parte, com os ônus e também os deveres daí decorrentes.

Percebe-se, a partir do exposto, que a Justiça Restaurativa e sua cultura de paz vem se disseminando não só nos Tribunais, mas se afirma através da Lei Federal n. 12.594/12, semeando os seus objetivos, valores e propostas como oportunidade frente ao ato infracional.

Nesse contexto, essencial a ativa participação do Promotor de Justiça, no momento pré-processual onde poderá se manifestar concedendo a remissão, e no momento processual, onde verificará a possibilidade de implementar a justiça restaurativa ao caso concreto, junto ao corpo técnico competente, indo ao encontro do melhor para a reintegração e socioeducação do adolescente, e a melhor forma de resolver o conflito para a vítima e comunidade.

Marco no que tange a atuação do Ministério Público e da Justiça Restaurativa, tem-se a expedição da Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014, a qual dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências, ressaltando a necessidade de implementação e adoção de práticas restaurativas:

Art. 1º Fica instituída a POLÍTICA NACIONAL DE INCENTIVO À AUTOCOMPOSIÇÃO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição. Parágrafo único. Ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos.

Art. 2º Na implementação da Política Nacional descrita no artigo 1º, com vista à boa qualidade dos serviços, à disseminação da cultura de pacificação, à redução da litigiosidade, à satisfação social, ao empoderamento social e ao estímulo de soluções consensuais, serão observados: I – a formação e o treinamento de membros e, no que for cabível, de servidores; II – o acompanhamento estatístico específico que considere o resultado da atuação institucional na resolução das controvérsias e conflitos para cuja resolução possam contribuir seus membros e servidores; III – a revisão periódica e o aperfeiçoamento da Política Nacional e dos seus respectivos programas; IV – a valorização do protagonismo institucional na obtenção de resultados socialmente relevantes que promovam a justiça de modo célere e efetivo. (grifo nosso).

Em decorrência de tal resolução o Ministério Público do estado do Paraná, lançou o programa “Ministério Público Restaurativo”. O projeto tem por objetivo ampliar, no âmbito do MP-PR, o conhecimento de membros, servidores e estagiários acerca da utilização das práticas restaurativas e da relevância do estabelecimento de uma cultura de paz. Busca também a definição de áreas da Instituição em que esses métodos podem ser aplicados, levando-se em conta os aspectos da legalidade e a possibilidade de sucesso na utilização das técnicas.

Importante salientar, que apesar das peculiaridades regionais na implementação da justiça restaurativa em cada Estado, deve-se estimular uma participação mais ativa do membro do Ministério Público e um maior diálogo entre as Promotorias de Justiça do País, para que ocorra uma troca de experiências sobre as vivências dos membros, no que tange a implementação de Projetos

restaurativos, já que se verifica ser de suma importância a iniciativa ou intervenção ministerial em qualquer feito judicial, nos casos que envolvam interesses de crianças ou adolescentes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, percebeu-se que a Justiça Restaurativa apresenta procedimentos, princípios e objetivos que se encontram com o que declara o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei Federal do SINASE, pois visualiza-se que ambos buscam a reintegração e a melhor forma tanto para o adolescente quanto para a sociedade de lidar com o conflito, consequência do ato infracional, priorizando pela construção do diálogo e a participação da família e comunidade.

No segundo momento deste trabalho, concluiu-se ser essencial a participação do Promotor de Justiça no processo restaurativo, já que se faz necessária sua participação tanto no encaminhamento para a restauração, já que esta poderá se dar pela remissão ou quando verificar pertinente no caso concreto a possibilidade de direcionar para a prática restaurativa. Compreendeu-se que o órgão ministerial deve estar presente nos processos restaurativos tanto no momento pré-processual quando processual, para zelar pelos interesses do adolescente, da vítima e da sociedade, além de verificar se houve a responsabilização fruto do acordo realizado entre as partes.

Visualiza-se ser de extrema importância a continuidade dos estudos e reflexões sobre o tema apresentado, não só por se tratar de um tema novo no cenário jurídico, mas para que seja disseminada essa nova possibilidade que floresce por meio de uma cultura de paz e oportunidade. Desta forma, percebeu-se fundamental incentivar a construção do diálogo entre as Promotorias de Justiça do País e observar o projeto piloto “MP Restaurativo” que surgiu no Estado do Paraná, para que o Ministério Público identifique de forma mais clara e objetiva o seu papel nos procedimentos restaurativos e assim exerça a sua função jurisdicional na defesa das garantias e direitos dos jovens.

REFERÊNCIAS

ARROYO, S. C.. **Justicia juvenil restaurativa**: marco internacional y su desarrollo em América Latina. Revista de Justicia Restaurativa n.1. Editora Sociedad Científica de Justicia Restaurativa, Outubro 2011. Disponível em:<<https://docs.google.com/a/pfi.org/viewer=a=v&pid=sit&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbmhzY2pyc3BhaW58Z3g6MTdjM2E0YTgyNmJhMTE2OQ>>. Acesso em 14 de janeiro de 2014.

BRANCHER, L.; AGUINSKY, B.. **Juventude, crime e justica**: uma promessa impagável? 2006, Disponível em:<www.justica21.org.br/interno.php?ativo=BIBLIOTECA&sub_ativo=RESUMO&artigo=213>. Acesso em 20 de janeiro de 2014.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 22 de janeiro de 2014.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Lei n. 8.609 de 1.990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em : 22 de janeiro de 2014.

BRASIL, **Lei Orgânica Nacional do Ministério Público**. Lei n. 8.625 de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm. Acesso em: 23 de janeiro de 2014,

KONZEN, A. A. . **Mediação de Conflitos e Cultura de Paz**. Revista Eletrônica de Direitos Humanos. Publicação do Centro de Apoio Operacional de Direitos Humanos. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. 2009.

KOZEN, A. A.. **Justiça restaurativa e ato infracional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LONDOÑO, M. C. E.; URBANO, D. Y. M.. **Justicia restaurativa, contextos marginales y representaciones sociales**: algunas ideas sobre la implementación y la aplicación de este tipo de justicia. Acesso em 24.04.2012. Disponível em:<www.justiciarestaurativa.org/news/Articulo%20JUSTICIA%20RESTAURATIVA%20Colombia.pdf>. Acesso em 12 de fevereiro de 2014.

MARSHALL, C.; BOYACK, J. & BOWEN, H.. **Como a justiça restaurativa assegura a boa prática**: uma abordagem baseada em valores. n: BASTOS, M. T.; LOPES, C. e RENAULT, S. R. T. (Orgs.). Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em:<www.justica21.org.br/interno.php?ativo=BIBLIOTECA>. Acesso em 15 de fevereiro de 2014.

MANUAL, **Prático das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude: adolescente em conflito com a Lei**, São Paulo, Centro de Apoio Operacional Cível da Tutela Coletiva, 2012.

MAZILLI, H. N.. **O Ministério Público no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em:
<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpnoeca.pdf>

NETO, P. S.. **Chances e entraves para a justiça restaurativa na América Latina**. Acesso em 30 de abril de 2012. Disponível em:<http://www.justica21.org.br/webcontrol/upl/bib_192.pdf>. Acesso em 13 janeiro de 2014.

PINTO, R. S. G.. **A construção da justiça restaurativa no Brasil**. 2007. Disponível em:
<http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/construcao_dajusticarestaurativanobrasil2.pdf>. Acesso em dezembro de 2013.

PÚBLICA, Centro de Estudos Avançados do Governo e da Administração Pública, Universidade de Brasília. **Capacitação para Operadores SINASE (UNB, CDH)**. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal/conheca-o-tjmg/estrutura-organizacional/vara-da-infancia-e-juventude/cartilhas-e-manuais/detalhe-13.htm>. Acesso em 14 de fevereiro de 2014.

SALIBA, M. G.. **Justiça Restaurativa e Efeito Punitivo**. Ed. Juruá, Porto Alegre, 2009.

Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), Lei n.12.594 de 2012. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm. Acesso em 22 de janeiro de 2014.

SICA, L.. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007

WARAT, L. A.. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**, V. III. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004.

ZEHR, H.. **The Little Book of Restorative Justice**. Ed. By Good Books. Estados Unidos da América. 2002.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM
DIREITO E SOCIEDADE DO
UNILASALLE**

**GT - AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE:
PROTEÇÃO DOS ANIMAIS HUMANOS E NÃO-
HUMANOS**

CANOAS, 2015

O USO DE ANIMAIS NO ENSINO E NA PESQUISA: O CASO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA, BRASIL

Letícia Albuquerque

Rafael Speck

RESUMO: O uso de animais no ensino e na pesquisa, bem como o uso para testes é um dos aspectos polêmicos dos Direitos Animais. Conforme Gary Francione, em seu livro “Introdução aos Direitos Animais” (2013), se hoje o uso de animais para fins de entretenimento, alimentação, vestuário ou outros usos ligados ao nosso prazer, diversão ou conveniência não podem ser considerados necessários em nenhum sentido uma vez que temos uma obrigação direta com os animais de não lhes infligir sofrimento, tal ponto de vista não é amplamente compartilhado com relação à prática da vivissecção. A vivissecção, ou o uso de animais em experimentos, testes ou educação faz parte de um contexto em que muitas pessoas ainda pensam representar um conflito de emergência que requer a escolha dos interesses humanos ao invés dos interesses dos animais. No Brasil, o tema da vivissecção também é polêmico. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII, veda a prática de crueldade com os animais. Para regulamentar o referido dispositivo, foi sancionada em 2008 a Lei 11.794/2008, conhecida como Lei Arouca, que estabelece procedimentos para o uso científico de animais e a Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/2008). O objetivo do presente artigo é analisar a legislação brasileira à respeito do uso de animais em testes, ensino e pesquisa, para após analisar especificamente o caso da ação judicial proposta pelo Instituto Abolicionista Animal contra a Universidade Federal de Santa Catarina visando proibir o uso de animais no ensino.

PALAVRAS-CHAVE: direitos animais; vivissecção; ética animal.

1 INTRODUÇÃO

A vivissecção, ou o uso de animais em experimentos, testes ou educação faz parte de um contexto em que muitas pessoas ainda pensam representar um conflito de emergência que requer a escolha dos interesses humanos ao invés dos interesses dos animais. Por um lado, há exigência legal para a realização de testes em animais dos mais diversos produtos, desde medicamentos até cosméticos, para que possam ser colocados no mercado sem oferecer riscos à

saúde e ao meio ambiente. Por outro lado, cada vez mais resta evidente que a realização da experimentação animal é injustificável, não só por causar dor e sofrimento aos animais, mas por ser enganosa e perigosa.

Na década de 1970 (2004, p. 59), Singer questionava: “Devem milhares de animais sofrer para que um novo tipo de batom ou cera de assoalho seja lançado no mercado? Já não temos a maioria desses produtos? Quem se beneficia com a introdução de novos produtos no mercado, a não ser as empresas que esperam lucrar com eles?”

No Brasil, o tema da vivissecção é polêmico. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII, veda a prática de crueldade com os animais. Para regulamentar o referido dispositivo, foi sancionada em 2008 a Lei 11.794/2008, conhecida como Lei Arouca, que estabelece procedimentos para o uso científico de animais e a Lei 9.605/2008, que trata dos crimes ambientais.

O objetivo do presente artigo é analisar a legislação brasileira à respeito do uso de animais em testes, ensino e pesquisa, para após analisar especificamente o caso da ação judicial proposta pelo Instituto Abolicionista Animal contra a Universidade Federal de Santa Catarina visando proibir o uso de animais no ensino.

2 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A VIVISSECÇÃO

A prática de vivissecção, ou seja a experimentação animal tanto no âmbito do ensino quanto da pesquisa não é um tema recente e nem livre de controvérsias. Felipe (2007, p. 265) salienta que desde os tempos de Descartes, que defendia a teoria dos animais autômatos (destituídos de consciência, pensamento e linguagem), a vivissecção foi moralmente legitimada e amplamente praticada pela comunidade científica. Conforme a autora (FELIPE, 2007, p.265): “Até o século XX, a vivissecção era realizada como espetáculo, levado a cabo em praça pública por “cirurgiões” circenses”.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII, veda a prática de crueldade com os animais. Para regulamentar o referido dispositivo, foi sancionada em 2008 a Lei 11.794/2008, conhecida como Lei

Arouca. A Lei Arouca revogou a Lei 6638/1979, que estabelecia normas para a prática didático-científica da vivissecção de animais.

Importante salientar que a Lei 6638/1979, apesar das críticas quanto a abordagem ética, não permitia a realização da experimentação animal em estabelecimentos de ensino de primeiro e segundo graus, bem como em locais frequentados por menores. Nesse sentido ALBUQUERQUE e MEDEIROS (2014, p.330) afirmam que: “A Lei Arouca permite, conforme dispõe o inciso II, do §1º, do art.1º que é possível realizar a vivissecção em estabelecimentos de educação profissional técnica de nível médio na área biomédica. É translúcida a retrogradação ambiental, ou como já se anunciou o retrocesso legislativo”.

A Lei Arouca foi sancionada em 8 de outubro de 2008 e trouxe alguns pontos importantes que serão destacados a seguir à respeito do tema da vivissecção. O primeiro ponto é o estabelecimento do Conselho Nacional de Experimentação Animal (art.4º, Lei 11794/2008) que tem suas finalidades elencadas no art.5º da referida Lei:

- I – formular e zelar pelo cumprimento das normas relativas à **utilização humanitária** de animais com finalidade de ensino e pesquisa científica;
- II – credenciar instituições para criação ou utilização de animais em ensino e pesquisa científica;
- III – monitorar e avaliar a introdução de técnicas alternativas que substituam a utilização de animais em ensino e pesquisa;
- IV – estabelecer e rever, periodicamente, as normas para uso e cuidados com animais para ensino e pesquisa, em consonância com as **convenções internacionais** das quais o Brasil seja signatário;
- V – estabelecer e rever, periodicamente, normas técnicas para instalação e funcionamento de centros de criação, de biotérios e de laboratórios de experimentação animal, bem como sobre as condições de trabalho em tais instalações;
- VI – estabelecer e rever, periodicamente, normas para credenciamento de instituições que criem ou utilizem animais para ensino e pesquisa;
- VII – manter cadastro atualizado dos procedimentos de ensino e pesquisa realizados ou em andamento no País, assim como dos pesquisadores, a partir de informações remetidas pelas **Comissões de Ética no Uso de Animais - CEUAs**, de que trata o art. 8º desta Lei;
- VIII – apreciar e decidir recursos interpostos contra decisões das CEUAs;
- IX – elaborar e submeter ao Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, para aprovação, o seu regimento interno;
- X – assessorar o Poder Executivo a respeito das atividades de ensino e pesquisa tratadas nesta Lei.

O que seriam as normas de utilização humanitária que a lei refere no inciso I, art.5º? Felipe (2007, p. 310) alerta que a maioria dos próprios investigadores que usam animais desconhece suas necessidades específicas, bem como os

critérios internacionais para o seu manejo. Exemplifica que (FELIPE, 2007, p.310):

O tamanho das gaiolas nas quais os animais são mantidos, a ventilação, a contaminação do ar pela presença de outros elementos, a temperatura ambiente, a quantidade de alimento, a frequência da higiene e os componentes empregados para a limpeza e desinfecção do depósito no qual se encontram os animais, enfim, uma infinidade de detalhes que deveriam ser controlados cientificamente pelo próprio pesquisador para evitar alterações ou interferências prejudiciais ao seu experimento, são ignorados pelos pesquisadores [...]. Veterinários responsáveis pela manutenção dos biotérios declaram que as condições oferecidas pelos pesquisadores aos animais levados de lá para os laboratórios experimentais não atendem às normas em vigor previstas na legislação de bem-estar animal.

A Lei Arouca menciona a necessidade de incentivar técnicas alternativas que substituam a utilização de animais (art.5º, III). Francione (2013, p.93) coloca que a comunidade científica, geralmente, afirma aceitar os chamados 3Rs – redução, ou o uso de menos animais para se obter a informação que se requer; refinamento, ou a alteração dos procedimentos para minimizar a dor, o sofrimento, a angústia ou o desconforto; e o *replacement*, ou seja, a substituição, que é o uso de modelos para a pesquisa, como os modelos de computador que não envolvem animais. Para o autor: “Os três Rs representam um reconhecimento explícito de que, se houver alternativas ao uso de animais, então usar animais é errado” (FRANCIONE, 2013, p.93). Os métodos alternativos e o incentivo ao uso desses métodos pela própria legislação foi um dos pontos de argumentação da Ação Civil Pública (ACP) que questionou o uso de animais na UFSC.

Outro ponto importante da Lei Arouca é o estabelecimento das Comissões de Ética no Uso de animais (CEUAs), conforme dispõe o art.8: “É condição indispensável para o credenciamento das instituições com atividades de ensino ou pesquisa com animais a constituição prévia de Comissões de Ética no Uso de Animais – CEUAs”.

A UFSC conta com uma CEUA desde o ano 2000, constituída por 15 membros, divididos entre representantes dos centros de ensino e pesquisa da Universidade que utilizam animais, dois médicos veterinários (sendo um da UFSC e outro do Conselho Regional), o representante do Biotério Central da

Universidade e um representante da sociedade civil, atualmente a Associação Catarinense de Proteção aos Animais (ACAPRA). Tal composição atende ao disposto no art.9º da Lei Arouca.

Compete a CEUAs, conforme dispõe o art.10º da Lei:

I – cumprir e fazer cumprir, no âmbito de suas atribuições, o disposto nesta Lei e nas demais normas aplicáveis à utilização de animais para ensino e pesquisa, especialmente nas resoluções do CONCEA;

II – examinar previamente os procedimentos de ensino e pesquisa a serem realizados na instituição à qual esteja vinculada, para determinar sua compatibilidade com a legislação aplicável;

III – manter cadastro atualizado dos procedimentos de ensino e pesquisa realizados, ou em andamento, na instituição, enviando cópia ao CONCEA;

IV – manter cadastro dos pesquisadores que realizem procedimentos de ensino e pesquisa, enviando cópia ao CONCEA;

V – expedir, no âmbito de suas atribuições, certificados que se fizerem necessários perante órgãos de financiamento de pesquisa, periódicos científicos ou outros;

VI – notificar imediatamente ao CONCEA e às autoridades sanitárias a ocorrência de qualquer acidente com os animais nas instituições credenciadas, fornecendo informações que permitam ações saneadoras.

No entanto, apesar de todos os dispositivos elencados pela Lei Arouca no sentido de reforçar o “bem-estar” animal, surge a seguinte indagação: “Como pode uma lei que regulamenta o uso de animais na pesquisa e no ensino, ou seja a exploração animal, estar de acordo com a CF88, que expressamente veda a crueldade animal? A Lei Arouca atende ao proposto pela CF ou apenas reforça o status quo de exploração animal”?

A Lei 9605/98, que trata dos crimes ambientais, determina que:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. (grifo nosso)

Assim, os questionamentos à respeito da constitucionalidade da Lei estão presentes desde a sua entrada em vigor. Para os juristas que atuam na defesa animal, a Lei Arouca, é considerada inconstitucional, justamente em razão da vedação da crueldade para com os animais. Na ACP interposta pelo Instituto Abolicionista Animal contra a UFSC, questionando o uso de animais no ensino, o

juiz de primeira instância manifestou-se pela inconstitucionalidade da Lei como será abordado a seguir.

3 A ACP E O DIREITO ANIMAL AO TRATAMENTO LIVRE DE CRUELDADE

Em abril de 2013, o Instituto Abolicionista Animal, entidade da sociedade civil, propôs ACP (ACP n° 500968486.2013.404.7200/JFSC) em face da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) questionando o uso de animais no ensino em razão do descumprimento da legislação pertinente citada anteriormente: art.225, VII CF88; art.32, §1° da Lei dos Crimes Ambientais; art.5°, III da Lei Arouca. A pretensão requerida ficou centrada no direito animal ao tratamento livre de crueldade.

Outro ponto levantado foi quanto a competência do CONCEA de monitorar e avaliar a introdução de técnicas alternativas que substituam a utilização de animais em ensino e pesquisa. Assim, o argumento usado pelo IAA sustenta que a regra geral seria: quando houver métodos substitutivos o uso de animais torna-se crime. Para tanto, foram salientados os pontos da legislação vigente comentados anteriormente, principalmente o aspecto constitucional que muda a visão instrumental que tínhamos dos animais e passa a reconhecer o seu valor intrínseco ao vedar as praticas de crueldade.

Por outro lado, a UFSC, na sua contestação alega que: a) haveria violação da ordem e saúde públicas, em razão do prejuízo aos acadêmicos e ao ensino, caso a universidade deixasse de utilizar animais nas suas praticas; b) que houve a redução do numero de animais utilizados, uma vez que há 2 anos a universidade não utiliza mais cães; c) quanto ao uso de animais na pesquisa, alega que os animais utilizados não pertencem à fauna brasileira e são criados para este fim. Em relação ao uso de animais na pesquisa, a direção do Centro de Ciências da Saúde, em manifestação do Professor Dr. Sergio Fernandes Torres de Freitas, no processo (ACP n° 500968486.2013.404.7200/JFSC), alega que:

Há unanimidade de que sua utilização é necessária e fundamental para o desenvolvimento científico e deve ser mantida rotineiramente, considerando que sua suspensão provocaria grave prejuízo à ciência e à saúde publica. Não é demais confirmar que

todas as pesquisas que utilizam animais na UFSC respeitam as normas internacionais de respeito ético, como pode ser atestado pela CEUA e por diversas publicações internacionais que exigem esse respeito ético para divulgação de resultados de pesquisa sob a forma de artigos científicos.

A Universidade também alega que a utilização dos animais é feita sempre com todos os cuidados para que não haja sofrimento e de maneira a diminuir ao mínimo o stress a que serão submetidos através de técnicas adequadas. Aponta a impossibilidade de reproduzir em manequins algumas praticas cirúrgicas, como sangramento e os cuidados necessários quando se tem uma vida sob sua responsabilidade, impedindo o gerenciamento do stress pelo futuro médico.

Os argumentos da Universidade parecem desconsiderar a realidade de diversos cursos de excelência tanto no Brasil, como no exterior que utilizam métodos alternativos e aboliram totalmente o uso de animais, como por exemplo a Faculdade de Medicina, da UFRGS.

Outro argumento, alegado pela UFSC, que parece não ter sustentação, seria o alto custo para aquisição de tais métodos alternativos e a manutenção e reparação dos equipamentos. Todo esse investimento representaria um alto custo para um país com uma população ainda tão pobre. O que parece não ter justificativa é o alto custo para a manutenção de biotérios que sustentam praticas cruéis e degradantes tanto para os alunos quanto para os animais utilizados.

Francione (2013, p. 95) afirma que a pesquisa usando animais é um grande negócio:

Somando-se à receita gerada pela venda de animais aos laboratórios, verdadeiros rios de capital fluem para as industrias que fabricam jaulas e outros suprimentos necessários para alojar os milhões de animais envolvidos, e centenas de milhões de dólares em impostos federais são concedidos anualmente, em forma de bolsas de pesquisa aos vivisseccionistas.

A UFSC, alega que as pesquisas em animais também se justificariam em razão da dependência de tecnologia estrangeira para a introdução de novos fármacos e terapias no SUS brasileiro e que a sua paralisação representaria perda de soberania nacional pela dependência internacional na área de medicamentos e perda de soberania nas decisões sobre a saúde do cidadão, patente, normativas nacionais e internacionais.

O presidente da CEUA, Carlos Tonussi, corroborando os argumentos da UFSC na ACP (ACP nº 500968486.2013.404.7200/JFSC), destaca os ganhos sociais das pesquisas afirmando que:

O ganho social resultante das pesquisas científicas pode, à princípio, parecer vago ou distante, mas ao mesmo tempo a grande maioria da nossa sociedade nem imagina sua vida sem as vacinas, antibióticos, e o desenvolvimento cirúrgico. Ou que esperança se poderia dar a uma criança com câncer, ou HIV? Ou que resposta daríamos a alguém que foi picado por serpente, escorpião, aranha ou lagarta-de-fogo, se não tivéssemos os soros produzidos em cavalos? Rejeitar a importância das pesquisas com animais é, atualmente, o mesmo que rejeitar a necessidade dos animais para nossa provisão alimentar.

No entanto, os argumentos não trazem dados concretos que demonstrem a relevância de tais pesquisas e principalmente das pesquisas realizadas na UFSC. Os argumentos do presidente da CEUA e da UFSC no processo, refletem argumentos utilizados de forma geral pelos defensores da vivisseção, que gostariam fazer acreditar o público que o uso de animais em experimentos é necessário (FRANCIONE, 2013, p. 96). Tais argumentos, contudo, podem ser contestados em vários níveis.

Francione (2013, p.96) aponta pelo menos cinco argumentos contrários: primeiro, o uso rotineiro de animais em procedimentos médicos ou terapias, nos faz questionar se realmente podemos atribuir tais descobertas e novidades aos testes em animais, ou seja, será que elas não poderiam ocorrer mesmo sem o uso de animais?

Segundo, afirmar que o uso animal é essencial para a saúde humana é considerar que não há outro modo de solucionar as questões de saúde humana sem utilizar animais (FRANCIONE, 2013, p.97). Para Francione (2013, p.97): “Os experimentos em animais custam bilhões de dólares anualmente. Se esses dólares fossem gastos de outras maneiras, o resultado final poderia ser melhor”. E conclui: “Em vários sentidos, a escolha de usar experimentos em animais para resolver um problema é uma decisão tão política quanto científica” (FRANCIONE, 2013, p.97).

Terceiro, nem sempre o modelo animal é adequado para mostrar dados que dizem respeito aos seres humanos, muito pelo contrário. Em muitas

instâncias o uso de animais tem sido contraproducente (FRANCIONE, 2013, p.97).

A prática da vivisseção está baseada em um modelo que considera os animais não-humanos como modelos semelhantes aos animais humanos. No entanto, nenhuma espécie pode constituir um modelo seguro para outra espécie. Brügger (2004, p.81) coloca que:

O efeito carcinogênico do cigarro, por exemplo, é um caso clássico de baixa confiabilidade nos testes com animais. Embora, amplamente atestada por estudos epidemiológicos, a ligação entre câncer e tabaco seguiu sob suspeita por vários anos porque a doença não podia ser reproduzida em animais.

O quarto ponto levantado por Francione diz respeito ao uso trivial de animais em experimentos que podem ser considerados desnecessários e até mesmo bizarros. O autor relata que: “na Universidade da Califórnia, por exemplo, os experimentadores amputaram os dedos de oito macacos-corujas e depois examinaram seus cérebros para averiguar se sua percepção havia sido alterada para levar em conta a amputação” (FRANCIONE, 2013, p. 100).

Por último, os defensores da vivisseção alegam que quando os animais são usados, os pesquisadores tentam minimizar ao máximo o sofrimento e a dor dos animais. Contudo, Francione (2013, p.104) afirma que: “Alguns vivisseccionistas não acreditam que a dor e o sofrimento possam ser medidos, e muitos acham que nem mesmo os procedimentos intensamente invasivos são dolorosos ou angustiantes para os animais”.

No caso da ACP envolvendo a UFSC, o juiz ao examinar a questão de acordo com a legislação vigente considerou que (ACP nº 500968486.2013.404.7200/JFSC):

O Estado tem a obrigação de preservar o meio ambiente e os animais são parte indissociável do meio ambiente.

A preservação do meio ambiente constitui justificativa inclusive para a obtenção de recursos em caráter emergencial, a fim de suprir a falha da administração pública, que não adquiriu os materiais indispensáveis para o correto ensino da medicina.

Tais argumentos falaciosos apenas levam à conclusão de que as práticas cruéis devam ser cessadas e que os profissionais que utilizam tais expedientes devam fazer um exame de consciência.

Assim, em primeira instância a ACP foi julgada parcialmente procedente, conforme a decisão que segue (ACP nº 500968486.2013.404.7200/JFSC):

Julgo parcialmente procedente o pedido da autora para determinar que a ré, responsável pelo departamento de Medicina, se abstenha de utilizar cães ou quaisquer outros animais em aulas didáticas, técnicas cirúrgicas ou procedimentos experimentais no referido departamento, concedendo o prazo de 90 dias para que a Universidade adquira os equipamentos necessários. Até o dia 02 de outubro de 2013 a Universidade poderá usar apenas ratos e com anestesia para o ensino da Medicina, devendo após tal data abolir por completo qualquer utilização de animais, sob pena de aplicação de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada animal utilizado.

UFSC recorreu da decisão, pleiteando a suspensão da execução da sentença, em 4 de outubro de 2013 (Pedido de suspensão de execução de sentença nº 50233381220134040000 TRF4), a qual foi deferida pelo TRF em 9 de outubro de 2013, acatando os argumentos da Universidade:

Estabelecidas essas premissas, é possível que a imediata proibição de a Universidade utilizar quaisquer animais em suas atividades de pesquisa venha a acarretar prejuízos concretos à formação acadêmica dos futuros médicos, tais como o mencionado pelo Departamento de Cirurgia de Medicina da UFSC, no que se refere à impossibilidade de se reproduzir em manequins situações da prática cirúrgica, a exemplo do sangramento e 'os cuidados necessários quando se tem uma vida sob sua responsabilidade, gerando um gerenciamento do stress ao futuro médico semelhante ao que estará sujeito quando tratar com seres humanos [...]'. Tal consequência, no meu sentir, expõe o interesse público da coletividade à ameaça de lesão. [...] afete uma série de projetos científicos em andamento, conforme demonstrado em levantamento realizado junto aos grupos de pesquisa da UFSC cujos projetos envolvem animais de experimentação -a maioria, financiados com recursos públicos-, de modo a ocasionar inegável prejuízo econômico àquela Universidade Federal.

Atualmente, o processo encontra-se ainda no TRF para julgamento da apelação e a informação que consta é que em 13 de março de 2015 o MPF manifestou-se pedindo o imediato prosseguimento do feito em razão da demora.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vivisseccção, ou o uso de animais em experimentos, testes ou ensino faz parte de um contexto em que muitas pessoas ainda pensam representar um conflito de emergência que requer a escolha dos interesses humanos ao invés dos interesses dos animais.

No Brasil, o tema da vivisseccção é polêmico. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, paragrafo 1º, inciso VII, veda a pratica de crueldade com os animais. Para regulamentar o referido dispositivo, foi sancionada em 2008 a Lei 11.794/2008, conhecida como Lei Arouca, que estabelece procedimentos para o uso científico de animais e a Lei 9.605/2008, que trata dos Crimes Ambientais. A Lei Arouca revogou a Lei 6638/1979, que estabelecia normas para a prática didático-científica da vivisseccção de animais.

Importante salientar que a Lei 6638/1979, apesar das criticas quanto a abordagem ética, não permitia a realização da experimentação animal em estabelecimentos de ensino de primeiro e segundo graus, bem como em locais frequentados por menores, o que de certa forma foi autorizado pela lei atual, representando um verdadeiro retrocesso na matéria.

A lei atual estabelece o funcionamento do CONCEA e das CEUAs, bem como incentiva o uso de métodos alternativos e técnicas que evitem o sofrimento e a dor desnecessárias nas praticas de experimentação.

Contudo, se a CF88 veda a pratica de crueldade para com os animais como pode a Lei Arouca regular tais praticas? Assim, os questionamentos à respeito da constitucionalidade da Lei são presentes desde a sua entrada em vigor. Para os juristas que atuam na defesa animal, a Lei Arouca, é considerada inconstitucional, justamente em razão da vedação da crueldade para com os animais. Assim, tais argumentos foram levantados na ACP interposta pelo IAA, em abril de 2013, em face da UFSC tendo como questionamento o uso pela Universidade de animais no ensino e na pesquisa. A proteção requerida pelo IAA foi no sentido de garantir o Direito Animal ao tratamento livre de crueldade, conforme os fundamentos da legislação vigente: art.225, VII CF88; art.32, §1º da Lei dos Crimes Ambientais; art.5º, III da Lei Arouca. A pretensão requerida ficou centrada no direito animal ao tratamento livre de crueldade.

Outro ponto levantado na ACP foi quanto a competência do CONCEA de monitorar e avaliar a introdução de técnicas alternativas que substituam a utilização de animais em ensino e pesquisa. O argumento usado pelo IAA sustenta que a regra geral seria: quando houver métodos substitutivos o uso de animais torna-se crime. Para tanto, foram salientados os pontos da legislação

vigente comentados anteriormente, principalmente o aspecto constitucional que muda a visão instrumental que tínhamos dos animais e passa a reconhecer o seu valor intrínseco ao vedar as praticas de crueldade.

A UFSC alegou basicamente que a utilização de animais no ensino e na pesquisa é necessária sob pena de comprometer à ordem pública e da saúde, bem como destacou os ganhos sociais da pesquisa em animais. Mesmo o juiz de primeira instancia tendo considerado os argumentos da parte autora em detrimento da Universidade, a decisão acabou sendo reconsiderada no Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

O TRF foi favorável aos argumentos da UFSC e considerou que a utilização de animais não poderia ser paralisada em razão dos prejuízos que poderiam advir tanto aos estudantes, quanto à sociedade de forma geral.

O caso em discussão demonstra que apesar dos argumentos contrários a realização da vivissecção esta é uma pratica presente, aceita e tratada com “naturalidade” pela sociedade de uma forma geral.

O uso de animais no ensino e na pesquisa, bem como o uso para testes é um dos aspectos polêmicos dos Direitos Animais. Conforme Gary Francione (2013) se hoje o uso de animais para fins de entretenimento, alimentação, vestuário ou outros usos ligados ao nosso prazer, diversão ou conveniência não podem ser considerados necessários em nenhum sentido uma vez que temos uma obrigação direta com os animais de não lhes infligir sofrimento, tal ponto de vista não é amplamente compartilhado com relação à pratica da vivissecção, como se depreende do caso em análise.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, L. MEDEIROS, F. Lei Arouca: Legítima proteção ou falácia que legitima à exploração? CONPEDI; UFSC. (Org.). **DIREITO AMBIENTAL II: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI/UFSC**. 1ed. FLORIANÓPOLIS: CONPEDI, 2014, v. , p. 307-336.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 de abril de 2015.

BRASIL. **Lei nº11794/2008**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm>
Acesso em: 5 de abril de 2015.

BRASIL. **Lei nº 9605/1998**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>
Acesso em: 5 de abril de 2015.

BRÜGGER, P. **Amigo Animal**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2003.

FELIPE, S. **Ética e experimentação animal**: fundamentos abolicionistas.
Florianópolis : EDUFUSC, 2007.

FRANCIONE, G. **Introdução aos Direitos Animais**. Campinas, SP: UNICAMP, 2013.

JUSTIÇA FEDERAL DE SANTA CATARINA. **ACP nº 50096848620134047200**.

SINGER, P. **Libertação Animal**. Porto Alegre, São Paulo.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4º REGIAO. **Pedido de suspensão de execução de sentença nº 50233381220134040000**.

A AUSTERIDADE COMO MECANISMO DE RETROCESSO SOCIAL DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES: UMA ANÁLISE DA CRISE DO DESEMPREGO NA EUROPA

Luiz Alberto Pereira Ribeiro

Francisco Carlos Duarte

RESUMO: A globalização econômica/financeira produz impactos no mundo, tendo por fundamento principal o respaldo no argumento da liberação dos mercados. Não se trata de um fenômeno atual, sendo que o seu apogeu se deu após os anos setenta com a crise financeira, inicialmente pelos Bancos e Multinacionais. Como origem de um movimento econômico/financeiro, a globalização gerou reflexos na sociedade e, por conseguinte, gerando forte impacto no aumento do desemprego, na desregulamentação e na flexibilização dos direitos trabalhistas. Para tentar conter o desemprego decorrente, principalmente, da globalização econômica/financeira, surge a política da austeridade imposta na Europa, mais especificamente em relação aos países que adotaram a moeda euro, como um modelo a ser seguido a fim de resolver o problema da crise de desemprego. A finalidade deste trabalho é analisar a globalização e sua relação com o desemprego, bem como a política de austeridade imposta em alguns países do Euro como mecanismo de solução para a crise do desemprego. Para tanto, o presente trabalho se baseou em pesquisas doutrinárias e em dados fornecidos pelo IBGE, EAPN e pela OIT. Por fim, apresentaremos as considerações finais a respeito da pesquisa realizada, respondendo a indagação se a política de austeridade imposta em alguns países do Euro tem contribuído para a diminuição do desemprego.

PALAVRAS-CHAVE: desenvolvimento; globalização; desemprego; política de austeridade; direitos sociais.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo foi elaborado em decorrência da linha de pesquisa “Direitos sociais, desenvolvimento e globalização”, do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, à qual estão vinculados os autores.

A globalização econômica, muito mais de natureza financeira, produz impactos no mundo, sendo que antes mesmo de haver tempo para se esmerar no entendimento do seu significado, já se faz necessário lidar com mudanças que possuem como principal respaldo o argumento da liberação dos mercados.

Não se trata de um fenômeno atual, sendo que o seu apogeu se deu após os anos de 70 com a crise financeira, inicialmente pelos Bancos e Multinacionais.

De um movimento econômico/financeiro a globalização gerou reflexos na sociedade e nos direitos trabalhistas, gerando forte impacto no aumento do desemprego e na desregulamentação e na flexibilização dos direitos trabalhistas.

Temos vivenciado, principalmente na Europa, várias políticas públicas de incentivo ao emprego, inclusive em relação aos jovens, haja vista que em muitos países, como por exemplo, Espanha, Portugal, Itália, os índices de desemprego em relação aos jovens tem atingido patamares elevadíssimos.

Além das políticas públicas de incentivo ao emprego, constata-se o surgimento da chamada política da austeridade imposta na Europa, principalmente aos países do euro, como um modelo a ser seguido a fim de resolver, ou pelo menos, tentar minimizar o problema da crise de desemprego.

No entanto, a questão, a saber, é se essa política de austeridade imposta pela Alemanha e pelo parlamento Europeu aos países da Europa que participam do Euro e que estão enfrentando altos índices de desemprego surtirá os efeitos desejados ou poderá agravar, ainda mais, a situação dos referidos países.

Assim, além de discorrermos sobre a globalização e sua relação com o desemprego, principalmente em alguns países europeus, será objeto do presente artigo debater a respeito da política de austeridade como mecanismo de solução para a crise do desemprego.

2 GLOBALIZAÇÃO

Mais do que um tema, cujo significado tomou conta do vocabulário nas mais variadas ciências, a globalização é um caminho sem volta. Constitui-se, simultaneamente, num processo de inclusão e de exclusão, de interiorização e de externalização, que permeia o desenvolvimento dos Estados, das pessoas e da

sociedade. Sua interpretação confunde-se, no mais das vezes, com o próprio desenvolvimento. É, nas lições de Bauman¹, “[...] o destino irremediável do mundo”.

Sen e Kliksberg² aduzem que a “nossa civilização global é uma herança do mundo – e não apenas uma coleção de culturas locais discrepantes”.

A globalização econômica diz respeito à criação, nas últimas décadas, de uma nova forma de acumulação e de internacionalização de capital e o seu poder de intervenção nos Estados nacionais.

Demonstrando a preocupação com o fenômeno da globalização Antonio Casimiro Ferreira³ destaca que “o excesso de desregulamentação, a desigualdade na distribuição de riqueza e a dissociação entre a vertente econômica da social representam alguns dos efeitos da globalização”.

Nesse aspecto, a normatividade laboral como resultado da correlação de forças sociais (sentido genérico) e a relação de interioridade e de interdependência existente entre as regulações políticas, jurídicas e sociais no mundo laboral constituem-se a partir da noção de espaço-tempo do direito, resultando na concepção de um espaço de articulação, de interpenetração e de combinação entre os vários elementos que constituem por um lado o eixo dos sistemas nacionais de relações e normas laborais, e por outro o eixo de contexto heterogêneo constituído pelas várias dimensões dos processos de globalização⁴.

A globalização se intensificou no pós-guerra com iniciativas de bancos e empresas com alto poder econômico contra a crise financeira que assolou os anos 70. A alternativa escolhida para se livrar do colapso foi ampliar a desregulamentação dos mercados e alterar os modos de produção utilizando-se de novas tecnologias para possibilitar uma forma de produção flexível capaz de atender de forma mais eficiente os anseios do mercado, o que conseqüentemente, resultou na redução da necessidade de mão de obra

¹ BAUMAN, 1999, p.7.

² SEN e KLIKSBERG, 2010, p.21

³ FERREIRA, 2012, p.27

⁴ FERREIRA, 2002, p.260.

humana⁵, ocasionando o aumento da taxa de desemprego no mundo todo, principalmente na Europa.

Em 2005 a Comissão Mundial sobre a Dimensão Social da Globalização, criada pela OIT, elaborou um relatório muito significativo sobre a dimensão social da globalização, destacando, inicialmente os benefícios da globalização:

Os benefícios que se podem obter são imensos. A crescente possibilidade de interconexão entre as pessoas do mundo todo está favorecendo a constatação de que todos pertencemos a uma mesma comunidade global. Esse novo senso de interdependência, de compromisso com valores universais compartilhados e de solidariedade entre os habitantes de todo o planeta pode ser aproveitado para cimentar uma governança global aberta e democrática que beneficie a todos. A economia de mercado global deu a conhecer uma grande capacidade produtiva. Gerida com acerto, pode dar lugar a progressos substanciais e sem precedentes, criar postos de trabalho mais produtivos e melhores para todos e contribuir de forma importante para a luta contra a pobreza no mundo.⁶

Mas ao mesmo tempo, o relatório conclui que a globalização também tem gerado desigualdades e a ausência de divisão de riquezas:

Mas, temos também consciência do muito que nos resta fazer para que essa possibilidade se torne realidade. O atual processo de globalização está produzindo resultados desiguais entre os países e dentro deles. Está se criando riqueza, mas são muitos os países e pessoas que não participam de seus benefícios e têm pouca ou nenhuma participação no desenrolar do processo. Para uma grande maioria de mulheres e de homens, a globalização não tem sido capaz de satisfazer suas aspirações simples e legítimas de conseguir trabalho decente e um futuro melhor para seus filhos. Muitos deles vivem no limbo da economia informal, sem direitos reconhecidos e em países pobres que subsistem de forma precária e à margem da economia global. Até mesmo em países com bons resultados econômicos, há trabalhadores e comunidades que foram prejudicados pela globalização. Enquanto isso, a revolução das comunicações globais acentua a consciência de que essas disparidades existem.⁷

A crise do Estado-nação, que constitui uma das características mais intensas da denominada globalização, induz ao questionamento relacionado aos limites da intervenção estatal frente ao mundo globalizado e, conseqüentemente,

⁵ CORSI, 2003, p.103.

⁶ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE A DIMENSÃO SOCIAL DA GLOBALIZAÇÃO, 2005, p.X/XI.

⁷ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE A DIMENSÃO SOCIAL DA GLOBALIZAÇÃO, 2005, p.X/XI.

sobre a necessidade ou inevitabilidade das modificações do Direito Trabalhista no mundo e no Brasil.

Esse processo abrangente se desenrola, apesar e ainda que não haja, necessariamente, a intervenção direta das pessoas subjugadas aos seus efeitos, alcança, indiscriminadamente, todo o planeta, não obstante seja facilmente identificável a força protagonizante de alguns países, enquanto outros, como sói acontecer desde tempos remotos, aguardam os resultados como espectadores.

Para compreender os efeitos desta mudança paradigmática é necessário conhecer alguns dos elementos que dela derivam, conforme a visão de Bauman.⁸

O primeiro efeito é denominad como proprietário ausente⁹. Seguindo a teoria formulada por DUNLAP^{10 11}, a globalização permitiu a aquisição pelas elites globais de uma independência em contraponto às “unidades territorialmente confinadas de poder político e cultural” gerando, em consequência, uma perda de poder dessas unidades.

Em outras palavras, as unidades territorialmente confinadas perdem o sentimento de pertencimento, que não diz respeito à mera questão proprietária, mas sim ao fato – agora incontestável – de que as decisões são tomadas a partir do interesse de investidores (que não são mais “locais”), em nada importando a agregação à comunidade. As práticas empresariais de outrora tinham o intuito também de originar no meio social uma identificação, despertando a sensação de pertencimento, o que não ocorre com a globalização.

3 MUDANÇAS DE PARADIGMAS DE PADRÃO EMPRESARIAL

O padrão empresarial atual, antes local e de agregação social, reside em escopos de que a alteração de sede das companhias deve flutuar conforme a prioridade de seus investidores e a viabilidade dos investimentos. A perda do

⁸ BAUMAN, 1999.

⁹ BAUMAN, 1999, p. 16.

¹⁰ Albert J. Dunlap, considerado o racionalizador da empresa moderna, é citado na obra de BAUMAN, à p. 13, em que afirma : “A companhia pertence às pessoas que nela investem – não aos seus empregados, fornecedores ou à localidade em que se situa”.

¹¹ *apud* BAUMAN, 1999, p. 13

sentimento de pertencimento, que realizava agregação social, dá lugar a uma luta interna por poder, de caráter endêmico¹².

Outro padrão empresarial vencido pela globalização e que diz respeito diretamente ao seu efeito de “proprietário ausente” é a identificação e conhecimento próximo do proprietário do negócio. Empresas que levavam o nome do proprietário todos os empregados conheciam pessoalmente estes proprietários, o que não acontece com as empresas globalizadas.

Nos novos padrões globalizantes das empresas, não é incomum que nenhum empregado tenha visto o “dono do negócio” pessoalmente, isso porque, em muitos casos, a propriedade é dividida por pessoas que sequer conhecem o negócio pessoalmente, realizando, com enorme cautela, seus investimentos de locais distantes da sede, podendo estar a milhares de quilômetros de distância e, ainda assim, terem o voto decisivo nos destinos da companhia.

Bauman destaca que a “[...] liberdade do capital é reminiscência da liberdade que tinham, outrora, os proprietários ausentes, notórios por sua negligência em face das necessidades das populações que os alimentavam”¹³. Nesse modelo, os proprietários - ainda que ausentes - ficavam presos às localidades, seus limites reais eram mais severos, o que gerava ao proprietário ausente a propensão do infortúnio.

Com a globalização, estes proprietários, graças à mobilidade de seus recursos - agora mais líquidos - não enfrentam limites reais o bastante que os obriguem a sediar em uma ou outra localidade. Ao contrário, os únicos limites que conhecem são o da livre movimentação do capital e do dinheiro.

Assim, a globalização tem como consequência o despreendimento do senso comunitário - a sensação de pertencimento - pois os investidores podem se locomover rápida e eficientemente, ao contrário dos locais, que se tornam aprisionados ao cumprimento das penalidades do processo globalizador.

Nesse novo contexto, a mobilidade é um dos maiores objetivos, pois dela decorre a proeminente hierarquia social, onde os padrões econômicos, sociais e políticos deixaram a esfera local e passaram a agir mundialmente, sendo,

¹² BAUMAN, 2013, p. 56-57.

¹³ BAUMAN, 1999, p.17.

portanto, indispensável esta liberdade de ajustamento, pois dela deriva a eficácia do capital e dos investidores modernos, o que ocorreu no mundo todo, inclusive no Brasil e nos países da Europa.

Não há mais, por conseguinte, atitudes de pressão ao capital, pois como a empresa perdeu seu vínculo com o local, tornou-se também, resistente à coação dos trabalhadores. Consequentemente, o capital quando pressionado tem a alternativa de procurar lugares mais pacíficos, ou como sugere Bauman¹⁴, “uma opção mais suave”, gerando, consequentemente, o desemprego.

No mesmo sentido, essa mobilidade proprietária se infere da disponibilização informacional. A era pós-moderna trouxe, ao cargo de sua evolução, a derrocada dos padrões de distância, vencendo-os facilmente, permitindo um deslocamento sem a perda informativa necessária para o gerenciamento dos investimentos.

Wilson Ramos Filho, fazendo uma análise dos quinze anos anteriores ao auge da crise de 2008 destaca que raramente as explicações do deslocamento da produção para outros países vinham acompanhadas “da confissão da real motivação: a ampliação da taxa de retorno sobre o capital investido”¹⁵.

Este encurtamento das distâncias e término da geografia é um efeito da velocidade das informações e dos meios de comunicação, assim como um crescente desenvolvimento de novas tecnologias que ao invés de diminuir os espaços das diferenças as homogeneizando, tornou-as polarizadas. Para alguns, ele assegura uma liberdade sem precedentes para se locomover, adaptar e agir à distância, podendo assim se locomover para fora da localidade. Mas para outros, esta distância continua muito abrangente, cabendo-lhes somente o caminho da observação e da constante inépcia para a utilização das informações adquiridas.

Esse efeito, que influencia diretamente na mobilidade do proprietário, é, portanto, a veiculação e o acesso rápido às informações, de qualquer lugar do mundo, pois é possível uma conexão imediata, com transmissão de dados instantânea. A informação atualmente “viaja”, independentemente do movimento dos corpos físicos.

¹⁴ BAUMAN, 1999, p.17-18.

¹⁵ RAMOS FILHO, 2012, p.290.

Com a velocidade dos novos acontecimentos, a economia ganha um impulso determinante, que acaba por romper com as últimas barreiras de proteção do Estado, ficando este condicionado ao fator econômico. As empresas perante a falta de localidade acabam impondo pressões aos Estados. Uma empresa pode demitir pessoas nas mais diversas localidades sem ter prejuízos econômicos, deixando para o Estado as futuras consequências que este fato irá gerar. Devido a isso, o Estado sofre um definhamento, existindo uma forte tendência à eliminação do Estado-nação.

Portanto, a globalização pode ser entendida como um processo de desordem da economia e das relações sociais, influenciando a sociedade de modo geral, sendo impossível um planejamento que não leve em conta esse novo arranjo mundial.

A globalização condiciona seus preceitos de forma totalitária e indissolúvel, impondo pressões que o Estado não é capaz de dirimir, motivo pelo qual o Estado se vê desnudo de seu poder e reconhecimento de outrora, somente lhe restando ferramentas básicas para manutenção do interesse das grandes organizações empresariais, baseado nas regras de livre mercado, políticas especulatórias, capital global e um Estado diminuto e fraco, que tem como única função a manutenção e criação de processos que mantenham a estabilidade financeira e econômica. Atualmente as megaempresas desfrutam de toda a liberdade para realizarem manobras econômicas que tornam o Estado um mero espectador, dominado e sem poder de reação.

Nesse contexto, Nise Jinkings enfatiza que as experiências neoliberais, as suas políticas de liberalização do comércio, a privatização da economia e desregulamentação dos direitos do trabalho, a expansão dos mercados financeiros internacionais (de forma avassaladora) e a introdução de modalidades flexíveis de produção são características do desenvolvimento capitalista mundial atual.¹⁶

Inegavelmente a economia globalizada acentuou as desigualdades, aumentando a pobreza, ocasionando à perda da soberania dos países, bem como

¹⁶ JINKINGS, 2002, p.23.

a uma exploração ilimitada e não controlada de recursos naturais, restringindo a intervenção dos sindicatos nas empresas, principalmente em relação às multinacionais, ocasionando um maior desrespeito as normas sociais de trabalho reconhecidas internamente, além de impor uma forte pressão com o objetivo de recuar nas conquistas dos trabalhadores.¹⁷

Esse admirável mundo novo proposto (livre comércio, o desenvolvimento econômico e a diminuição das desigualdades sociais) tem se mostrado de modo diverso à medida que aumenta o poder econômico dos afortunados, ocasionando uma drástica diminuição na condição de vida dos mais pobres e, por conseguinte, um aumento do desemprego, principalmente na Europa.

4 A CRISE DO DESEMPREGO NA EUROPA À LUZ DA POLÍTICA DE AUSTERIDADE

Em decorrência dessa nova proposta de mundo (livre comércio, desenvolvimento econômico e a “diminuição das desigualdades sociais”), assim entendida como globalização econômica, o que observamos foi, principalmente, a redução da necessidade de mão de obra, emergindo para os governos um grande problema, o desemprego, sentido, no mundo todo.

A globalização, indiscutivelmente proporciona facilidade na vida das pessoas (por exemplo, no comércio, a partir da aquisição de produtos importados mais baratos). Entretanto, uma das grandes desvantagens da globalização é o desemprego. Muitas empresas aprenderam a produzir mais com menos gente e pagando menos, usando novas tecnologias e fazendo com que o trabalhador perdesse espaço no mundo global.

Essa nova ordem econômica internacional, principalmente em decorrência do uso das novas tecnologias, reduz os homens ao *status* de *incluídos* (cidadãos-servos) de uma economia globalizada e que se flexibiliza ou de *excluídos*

¹⁷ ESTANQUE; FERREIRA; SILVA; PROENÇA, 2013, p. 168.

(desempregados, subempregado e até os *inempregáveis*, que são o que não obtém colocação porque lhes falta conhecimento especializado).¹⁸

É duvidoso pensar que a diminuição do custo de despedimento e do trabalho suplementar e o aumento dos tempos do trabalho sem acréscimos salariais tenham efeito positivo para diminuir o desemprego.¹⁹

Não obstante, não podemos fechar os olhos à realidade que nos é apresentada em relação à crise do emprego e sua relação com o futuro do trabalho. Ferreira destaca três fatores importantes para a ruptura estrutura para a discussão sobre a crise do emprego: “(1) milhões de pessoas estão excluídas do trabalho ou encontram-se em situação precária; (2) a sua capacidade de gerar coesão social é questionada; (3) a intervenção estatal e as políticas de regulação laboral têm-se revelado incapazes de tornar o trabalho factor de integração e coesão social”.²⁰

Indiscutivelmente, a crise do emprego não possui, apenas, um fator, mas a globalização econômica/financeira pode ser considerada como um dos principais fatores. Nesse sentido, José Nilson Reinert enfatiza que:

A velha ladainha dos baixos salários para a solução do desemprego pode ser uma questão bastante ilustrativa. Do ponto de vista privado, um salário mais baixo reduz custos, aumenta margens de lucro bem como a competitividade e pode, em última análise, gerar novos empregos. Por outro lado, se todos ganham menos, todos compram menos, todos vendem menos e todos produzem menos, diminuindo a massa de lucro da economia e, particularmente em função das deseconomias de escala, aumentam os custos, diminui a competitividade e, conseqüentemente, aumenta o desemprego.²¹

Na mesma concepção Paul Singer destaca que, além da revolução tecnológica que foi um fator muito importante para eliminação de milhões de empregos, a globalização da economia continua a modificar a divisão internacional do trabalho de forma perversa, pois os capitais deslocam-se para áreas em que o “custo da força de trabalho é menor, onde não existem os benefícios sociais já consagrados em convênios internacionais, o que agrava a

¹⁸ FRANCO FILHO, 2001, p. 42.

¹⁹ FERREIRA, 2012, p.17.

²⁰ FERREIRA, 2002, p. 268.

²¹ REINERT, 2012, p. 118

perda de empregos nos países em que os direitos trabalhistas existem e são respeitados”.²²

Países que oferecerem melhores condições, como por exemplo: mão de obra barata e qualificada, baixa carga de impostos, matéria-prima barata, poucos direitos trabalhistas, etc; atraem empresas que saem de países onde o custo de produção é alto e onde existe forte intervenção estatal e normativa protetiva nas relações de trabalho.

Em decorrência dessas situações, verificamos um aumento expressivo no desemprego, fato este devidamente constatado na Europa desde o início do século XX, pois muitas empresas transferiram suas produções para países como China, Índia, Cingapura, Taiwan, Malásia, etc.²³

De acordo com a Rede Europeia Anti-Pobreza-Portugal:

O mundo enfrenta em 2012 sérios desafios ao nível do emprego. Depois de 3 anos de crise continua nos mercados globais, verifica-se um acumular de desemprego global de cerca de 200 milhões – um aumento de 27 milhões desde o início da crise. Cumulativamente serão necessários mais de 400 milhões de novos empregos durante a próxima década para evitar um aumento do desemprego. Assim, para gerar um crescimento sustentável e manter a coesão social, o mundo necessitará de cumprir um desafio urgente que é o de criar 600 milhões de empregos produtivos na próxima década, o que mesmo assim deixará cerca de 900 milhões de trabalhadores vivendo com as suas famílias com menos de 2 dólares por dia, muito também nos países desenvolvidos. As projeções demonstram nenhuma mudança na taxa global de desemprego até 2016. Isto conduzirá a um aumento adicional de 3 milhões de desempregados em todo o mundo em 2012, ou um total de 200 milhões aumentando para 206 milhões em 2016.²⁴

Em estudo realizado pelo Gallup em relação ao medo da perda do emprego dos trabalhadores norte-americanos registrou nos anos de 2009 para 2010 um aumento significativo, haja vista que cada 3 em 10 trabalhadores temiam ser dispensados da sua empresa. Tal fato se deve, principalmente, pela crise financeira. A globalização favorece a transferência de empresas (inclusive criando as empresas transnacionais) e empregos.

²² SINGER, 2012, p. 118.

²³ OIT, 2011.

²⁴ EAPN, 2012.

As normas da OIT (Organização Internacional do Trabalho) que estabelecem o patamar mínimo trabalhista, objetivando impedir o *dumping social*, que determina os patamares básicos de proteção dos trabalhadores para os países subdesenvolvidos, hoje têm dificuldades crescentes de cumprir seu intuito, haja vista a ausência de cumprimento pelos países cooperados.

Objetivando diminuir o impacto da globalização econômica no desemprego nos países do parlamento Europeu, este estabeleceu uma política pública denominada de FEG - Fundo de Ajustamento à Globalização, criado em 2007 com o objetivo de ajudar os trabalhadores despedidos em decorrência dos efeitos das globalizações econômica e financeira na Europa.

Desde a sua criação até agosto de 2013 o FEG registrou 110 candidaturas: 20 Estados-Membros solicitaram cerca de 471,2 milhões de euros para ajudar 100.022 trabalhadores despedidos. Portugal já recorreu ao FEG cinco vezes, tendo recebido 8,6 milhões de euros para ajudar um total de 4.367 trabalhadores.²⁵

Recentemente o Parlamento Europeu autorizou que o Fundo de Ajustamento à Globalização (FEG), a partir de 2014, possa ser utilizado no combate ao desemprego juvenil, um dos maiores problemas enfrentados pela Europa, principalmente na Espanha (50,5%), Portugal (35,4%), Itália (31,9%) e Irlanda (31,6%).²⁶

Não há como negar que a globalização produziu e produz efeitos no mundo todo. A mobilidade do capital obrigou os trabalhadores a fazer concessões salariais e os governos a oferecer benefícios fiscais e a flexibilizar os direitos trabalhistas, gerando desemprego e empobrecimento, além de criar as chamadas empresas flexíveis.²⁷

O resultado é uma corrida para baixo, pois os salários e condições de trabalho estão sob ameaça. Empresas pioneiras, como a Apple, cuja atividade

²⁵ Fundo para globalização vai ajudar jovens desempregados. 2013. Disponível em: <<http://www.noticiasominuto.com/economia/131115/fundo-para-globalizacao-vai-ajudar-jovens-desempregados#.UoyW49L6W7k>> Acesso em: 20 de jan. 2014.

²⁶ Mapa mundial do desemprego entre os jovens. 2011. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/especiais/mapa-mundial-do-desemprego-entre-jovens,153888.htm>> Acesso em: 20 jan. 2014.

²⁷ COLLER, 1997, p.169.

baseia-se em grandes avanços científicos e tecnológicos (muitos dos quais, financiados pelos governos) também mostraram grande destreza em evitar impostos. Apropriam-se do esforço coletivo, mas não dão nada em retorno.²⁸

A desigualdade e a pobreza entre as crianças são um desastre moral mais chocante. Elas desmentem as hipóteses da direita, segundo as quais a pobreza resulta de preguiça e das escolhas erradas: as crianças não podem escolher seus pais. Nos EUA, uma em cada quatro crianças vive na pobreza; na Espanha e Grécia, uma em cada seis; na Austrália, Grã-Bretanha e Canadá, mais de uma em cada dez. Nada disso é inevitável. Alguns países optaram por criar economias menos desiguais: a Coreia do Sul, onde há meio século apenas uma em cada dez pessoas chegava à universidade, tem hoje um dos índices mais altos de acesso ao ensino superior.²⁹

István Mészáros enfatiza o surgimento de um novo padrão de desemprego que surge nos países capitalistas altamente desenvolvidos, limitando-se “em grande parte aos ‘bolsões de subdesenvolvimento’; e as milhões de pessoas afetadas por ele costumavam ser otimisticamente ignoradas, no grande estilo de autocomplacência neocapitalista, como representando os ‘custos inevitáveis da modernização’ sem que houvesse muita preocupação – se é que havia alguma”.³⁰

Mesmo que o Estado esteja a cada dia perdendo seu espaço e tornando-se mais fraco, ainda se utiliza de forças coibitivas para minimizar alguns setores sociais, em contra partida, este mesmo Estado, cria condições para o mercado financeiro e investidores, utilizado de metodologias que objetivem garantir à classe média as condições mínimas e que penitencia com leis severas as classes desfavorecidas.

Este Estado tem como modelo um maior controle dos gastos públicos, redução de impostos, reformulação dos sistemas de proteção social e diminuição da rigidez das leis trabalhistas. Portanto, prioriza os setores do capital financeiro e bloqueiam os poucos recursos destinados aos setores sociais em nome de maior controle dos gastos públicos, como tem ocorrido com a Itália, Portugal e Espanha,

²⁸ STIGLITZ, 2013.

²⁹ STIGLITZ, 2013.

³⁰ MÉSZÁROS, 2011, p.67.

dentro outros países, que foram “obrigados” a aderirem às políticas de “austeridade”.

Ferreira, discorrendo sobre a noção de “austeridade”, afirma que se “configura como o ‘padrão que liga’ os problemas sistêmicos”³¹, diretamente vinculado aos problemas financeiros, impondo a sociedade o ônus de arcar com esses problemas, resultando em danos decorrentes do aumento das desigualdades, do empobrecimento e do mal-estar social.

Na verdade podemos entender a austeridade, atualmente, como um modelo “político-econômico punitivo em relação aos indivíduos, orientado pela crença de que os excessos do passado devem ser reparados pelo sacrifício presente e futuro, enquanto procede à implementação de um arrojado projeto de erosão dos direitos sociais e de liberalização econômica da sociedade.”³²

Ferreira destaca que:

De par com a variedade e singularidade das experiências nacionais de concertação social, pode estabelecer-se uma periodização marcada por três momentos: a expansão e esgotamento da macro-concertação entre os anos 1970 e 1980; o retorno do diálogo social nos anos de 1990, relacionado com os processos de integração europeia e da globalização; e o atual momento, que se pode designar pela concertação social da crise, marcado pelo seu envolvimento na implementação das medidas de austeridade e subseqüentes reformas legislativas.³³

Em muitos países da Europa, principalmente Grécia, Portugal e Espanha que tem no euro a sua moeda oficial, a austeridade está sendo implantada pela “força”, com o objetivo de estabilizar os mercados, fazendo com os Estados permitam a flexibilização dos direitos sociais e laborais com o intuito de incentivar a criação de empregos, aumentando a competitividade.

Assim, “a taxa de desemprego alimenta a ideia de que devido à dificuldade de encontrar um emprego, a qualidade do trabalho seja sacrificada, constituindo a precariedade mais uma variável de ajustamento para a saída da crise”.³⁴

³¹ FERREIRA, 2012, p.12.

³² FERREIRA, 2012, p.13.

³³ FERREIRA, 2012, p.17.

³⁴ FERREIRA, 2012, p.61.

No entanto, de acordo com a OIT, as medidas de austeridade tendem a ameaçar ainda mais os mercados de trabalhos, aumentando os custos da crise a longo prazo, tornando-se mais dispendioso reduzir o desemprego.³⁵

A adesão às políticas de “austeridade” em decorrência da crise econômica e financeira, bem como da globalização, está conduzindo a desemprego alto, salários em queda e desigualdade crescente. Governantes como Angela Merkel, a Chanceler alemã reeleita, e Mario Draghi, o Presidente do Banco Central Europeu, argumentam que os problemas europeus resultam de dispêndios exagerados com o Estado de bem-estar social. Mas esta linha de raciocínio apenas mergulhou o continente em recessão (ou mesmo depressão). O fato de o processo ter atingido o fundo do poço (a recessão “oficial” pode ter terminado) oferece pouco conforto para os 27 milhões de desempregados na União Europeia. Em ambos os lados do Atlântico Norte, os fanáticos da “austeridade” afirmam: “vamos em frente; são pílulas amargas de que precisamos para alcançar a prosperidade”. Mas prosperidade para quem?³⁶

A questão a ser apresentada é: a política de austeridade gerará a diminuição do desemprego na Europa? Ao nosso modo de ver não, pois o desemprego atual decorre principalmente da globalização econômica/financeira, na busca do capital por mão de obra mais barata em países sem qualquer tipo de proteção trabalhista.

O “barateamento” da mão de obra, a redução dos salários, a redução das remunerações dos servidores públicos, a redução com gastos sociais e a flexibilização/desregulamentação dos direitos sociais dos trabalhadores decorrentes da política de austeridade deverá gerar, ainda mais, o empobrecimento do trabalho e, por conseguinte, o aumento do desemprego ou o surgimento do chamado “precariado”³⁷, termo criado nos anos de 1970 pela combinação do adjetivo “precário” e do substantivo “proletariado”, classe essa de trabalhadores que não se sentem protegidos pelos direitos trabalhistas, não

³⁵ OIT, 2011.

³⁶ STIGLITZ, 2013.

³⁷ STANDING, 2013, p.15.

possuem empregos “permanentes” e que sequer sabem qual posição social se enquadram.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A globalização econômica/financeira é um fenômeno mundial e, por conseguinte, inegavelmente, ocasionou e ainda ocasiona muitas transformações, tanto no aspecto econômico, mas, principalmente, no aspecto social em relação ao aumento do número de desempregados e uma forte flexibilização dos direitos dos trabalhadores.

Nesse contexto, ao contrário do que se possa parecer, a política de austeridade imposta principalmente pelo Parlamento Europeu e pela Alemanha a alguns países Europeus que possuem o euro como moeda oficial, como Grécia, Espanha e Portugal, com vistas a diminuir o desemprego, têm gerado, ainda mais, o empobrecimento dos “mais” pobres e o aumento do próprio desemprego, além da precarização do trabalho, haja vista que a globalização ocasionou uma modificação na concepção empresarial, possibilitando às multinacionais e as transnacionais a transferir os seus conglomerados, bem como os seus investimentos em mercados de trabalhos com mão de obra mais barata, possibilitando, ainda mais, uma maior lucratividade.

A mercê dessa situação, não resta outra alternativa a não ser esperar para podermos constatar que, lamentavelmente, muitos trabalhadores europeus sofrerão, ainda mais, com a política de austeridade imposta pelas nações que detém o poder econômico, objetivando, única e exclusivamente, amenizar a crise financeira que assola o mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Z. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

_____. **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013,

COLLER, X. **La empresa flexible**: Estudio sociológico Del impacto de la flexibilidad em el proceso de trabajo. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1997.

CORSI, F. L. A globalização e a crise dos Estados Nacionais. In: DOWBOR, L.; IANNI, O.; RESENDE, P. E. **Desafios da globalização**, 5^a. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

EAPN - Rede Europeia Anti-Pobreza-Portugal. **Indicadores sobre a pobreza – Dados Europeus e Nacionais**. Disponível em: <http://www.igfse.pt/upload/docs/2012/IndicadoresPobrezaUE_PT_%20agosto2012.pdf> Acesso em: 19 jan. 2014).

ESTANQUE, E; FERREIRA, A. C.; SILVA, M. C.; PROENÇA, J. **Dossier: sindicalismo português**. 2013. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/rccs/artigos/62/RCCS62-Dossier%20Sindicalismo-149-188.pdf>> Acesso em: 19 fev. 2014.

FERREIRA, A. C. **Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Económica. 2012.

_____. Para uma concepção decente e democrática do trabalho e dos seus direitos: (Re) pensar o direito das relações laborais. In: **A globalização e as ciências sociais**. 2^a. ed. Portugal: Cortez Editora. 2002.

FRANCO FILHO, G. S. **Globalização do trabalho: rua sem saída**. São Paulo: LTr, 2001.

Fundo para globalização vai ajudar jovens desempregados. 2013. Disponível em: <<http://www.noticiasaminuto.com/economia/131115/fundo-para-globalizacao-vai-ajudar-jovens-desempregados#.UoyW49L6W7k>> Acesso em: 20 de jan. 2014.

JINKINGS, N. **Trabalho e resistência na “fonte misteriosa”**: os bancários no mundo da eletrônica e do dinheiro. Campinas: Editora da Unicamp; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002.

Mapa mundial do desemprego entre os jovens. 2011. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/especiais/mapa-mundial-do-desemprego-entre-jovens,153888.htm>> Acesso em: 20 jan. 2014.

MARTINS, S. P. **A terceirização e o direito do trabalho**. 12^a. edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MÉSZÁROS, I. **A crise estrutural do capital**; Trad. Francisco Raul Cornejo [et al.]. 2^a. ed. Ver. e ampliada. São Paulo: Bomtempo, 2011.

RAMOS FILHO, W. **Direito capitalista do trabalho**: história, mitos e perspectivas no Brasil. São Paulo: LTr, 2012.

REINERT, J. N. **Desemprego**: Causas, Consequências e possíveis soluções. 2012, Disponível em:
<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/adm/article/download/8065/7448>>.

STANDING, G. **O precariado**: a nova classe perigosa. Tradução Cristina Antunes. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

SEN, A; KLIKSBURG, B. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**; trad. Bernardo Ajzerberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras: 2010.

SINGER, P. **Globalização e Desemprego: Diagnóstico e alternativas**. São Paulo: Editora Contexto. 2012.

STIGLITZ, J. E. **Inequality is a choice**. 2013. Disponível em:
<<http://opinionator.blogs.nytimes.com/2013/10/13/inequality-is-a-choice>>

U.S., Worries About Job Cutbacks Return to Record Highs. 2011. Disponível em: <<http://www.gallup.com/poll/149261/Worries-job-Cutbacks-Return-Record-Highs.aspx> >

Uma globalização justa: criando oportunidades para todos. Brasília: MTE, Assessoria Internacional, 2005.

WANDELLI, L. V. **O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade**. São Paulo: LTr, 2012.

World of Work Report 2011: Making Markets Work for Jobs. 2011. Disponível em: <http://www.ilo.org/global/publications/books/forthcoming-publications/WCMS_166021/lang--en/index.htm>.

O DIREITO GERAL DA IGUALDADE E OS ANIMAIS NÃO HUMANOS SEUS DIREITOS E A MODERNIDADE NÃO REALIZADA

GENERAL LAW OF EQUALITY AND NONHUMAN ANIMALS RIGHTS AND NOT HELD MODERNITY

Cristian Graebin³⁸

RESUMO: Os questionamentos sobre a não realização da modernidade, uma vez que vários grupos minoritários não alcançaram no plano jus-político a igualdade pretendida nos estatutos do pensamento moderno, provocam uma afirmação sobre uma fragmentação irreconciliável. Apesar disto, vários autores afirmam que é possível dentro do paradigma da modernidade se alcançar a universalização de pretensões que buscam a igualdade entre os vários estamentos sociais. Nesse contexto o artigo analisa as bases do direito de igualdade, bem como é possível universalizar pretensões de grupos sociais minoritários. No segundo ponto, estuda-se o uso desta sistemática com relação aos animais não humanos.

PALAVRAS CHAVE: modernidade; animais não humanos; igualdade

ABSTRACT: The questions about the non-realization of modernity, since many minority groups did not reach the jus-political level the desired equality in the statutes of modern thought, cause an assertion about an irreconcilable fragmentation. Nevertheless, several authors claim that it is possible within the paradigm of modernity achieving universal pretensions of seeking equality among various social strata. In this context, the article examines the foundations of the right to equality, as well as achieve universal claims of minority social groups. On the second point, we study the use of this method with respect to nonhuman animals.

KEYWORDS: modernity, nonhuman animals; equality.

1 INTRODUÇÃO

³⁸ Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito do UNILASALLE/CANOAS. Membro da Pesquisa agraciada com fomento pelo Edital Universal MCTI/CNPq n. 14 – 2013 intitulada “Proteção dos animais não-humanos: análise da jurisprudência brasileira”. Advogado, email: cgraebinadv@gmail.com.

A condição da atualidade leva a um questionamento. Vivemos uma pós-modernidade? Um pós-humanismo? A contemporaneidade? O fim da História? Um novo paradigma? Ou uma modernidade que não se completou por não ter alcançado todos os seus objetivos, e ter sido confrontada com novos desafios sócio-filosóficos.

Há uma manifesta busca da condição do homem. O modernismo trouxe certezas sobre os fundamentos da existência da vida humana, que o homem deve ser eivado a uma condição total de liberdade e igualdade. Mas o que se verificou é que todos os atores sociais não foram contemplados com os ideais, o que levou uma desilusão e um conseqüente pessimismo sobre a efetividade e certeza destes direitos.

Fala-se de uma fragmentação da sociedade em oposição de uma antiga coesão e uniformidade almejada pela sociedade da modernidade, sendo que o processo histórico de rompimento com as duas grandes guerras, a própria guerra fria, bem como a pressão motivada pelo marxismo na inclusão de direitos sociais, que são direitos de minorias, comprometendo a universalização pretendida dentro do imperativo categórico kantiano.

Hannah Arendt (2014, p. 315) afirma que existe uma alienação do homem, que despojado de suas certezas, se encontra perdido em suas premissas:

Já vimos que a propriedade, distintamente da riqueza e da apropriação, indica a parte de um mundo comum que tem um dono privado e é, portanto, a mais elementar condição política para a mundanidade do homem. Pelo mesmo motivo, a expropriação e a alienação do mundo coincidem, e a era moderna, muito contra as intenções de todos os atores da peça, começou por alienar do mundo certas camadas da população.

Sendo assim o fluxo de interesses particulares e de grupos que os representam almejam por uma igualdade não só no plano formal, mas no plano material frente à esfera político-jurídica.

Dentre estes grupos, os defensores dos animais não humanos pleiteiam uma posição de concessão de direitos, onde estes como seres vivos, possam ter uma condição de igualdade contra tratamentos e experimentos tidos como cruéis.

Usando a assertiva de igual consideração de interesses, própria do utilitarismo anglo-saxão³⁹, buscam a assunção à condição de pessoa para os animais não humanos, e como pessoas seriam sujeitos de direito. A estes não importa a evolução tecnológica, se o homem fere a sua própria dignidade ao ferir e maltratar os animais.

Uma pequena fábula resume este posicionamento:

Um pequeno pássaro e um porco ao observar as atividades do ser humano, travam uma animada conversa:

- Veja porco – diz o passarinho – o homem não sabe voar, mas inventou o avião.

- Aham, disse o porco sem animação.

- Mas olhe, não podem respirar embaixo da água, mas constroem submarinos.

-É – respondeu com o mesmo descaso.

- Não podem correr muito, mas inventaram os carros.

- Até pode ser – com um ar pensativo.

- Mas porco, qual é para ti a maior invenção da humanidade?

E eis que os olhos do porco brilharam e respondeu:

- O Tofu!⁴⁰

A igualdade, como demonstra a pequena história, não resulta de o quanto se inventa e produz para a melhora da vida do homem, mas se o que se inventa e produz contribui efetivamente para que se alcance a devida igualdade entre todos os grupos que se movimentam na sociedade.

Segundo Descola (apud FERRIGNO, 2011), o erro tem sido tratar as sociedades de animais (formigas, abelhas, matilhas, bandos, varas) fora da sociedade humana, pois estas estão inseridas “dentro” da sociedade, uma vez que o homem e a natureza são indissociáveis, e portanto, sob este ponto de vista é possível afirmar que todos os seres vivos são dignos de usufruir de igualdade dentro das características em comum que possuímos (córtex, sistema nervoso, dor).

O presente artigo parte para a análise de dois pontos: (i) o princípio da igualdade, suas formas e como esta se aplica a grupos minoritários para a

³⁹ Corrente jus-filosófica que tem como principal representante Jeremy Bentham (1784 – 1832), e tem como obra fundadora o livro *An Introduction to the Principles and Morals and Legislation*.

⁴⁰ História adaptada de uma charge disponível em https://scontent-ami.xx.fbcdn.net/hphotos-xpa1/v/t1.0-9/10168158_10203812024799537_2129990467142570515_n.jpg?oh=2cee7f1eda3cf60a8b64e2a438fb6823&oe=5516F5DB, acesso em 15/11/2014.

universalização de suas pretensões; (ii) como se aplica esta universalização em relação aos direitos dos animais não humanos.

2 A INCOMPLETUDE DA MODERNIDADE: O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E OS DIREITOS DAS MINORIAS

2.1 O Princípio da Igualdade

Como premissa básica para o entendimento dos parâmetros do presente artigo é de busca de definições do que integra o princípio da igualdade. Um dos basilares do iluminismo e por consequência de todo o pensamento jus-filosófico que se seguiu, sendo levada desde o tratamento que a igualdade era conferida ao cidadão até o pensamento contemporâneo de que esta deve abarcar todos os grupos minoritários da sociedade. Buscam os “mesmos direitos com os mesmos nomes”.

Por tratar-se de um ensaio sobre as influências dos princípios sobre a efetividade de direitos, é importante verificar que a igualdade é um princípio fundamental em todo o sistema constitucional moderno com maior importância no sistema republicano.

Hannah Arendt afirma que mesmo sendo basilar, o princípio da igualdade não é absoluto por não poder igualar características naturais.

Neste contexto o Estado não pode abolir a discriminação e forçar a igualdade sobre a sociedade, mas pode e deve impor a igualdade sobre a sociedade dentro do corpo político, pois a igualdade não só tem a sua origem no corpo político mas a sua validade é claramente restrita à esfera política, e por consequência a esfera jurídica.

Sendo assim, a igualdade como garantia é entendida sob duas égides: a formal e a material. É constitucionalmente vedado ao Estado despender tratamento discriminatório que não àqueles permitidos na própria Carta Magna - isto é, aqueles coerentes com a função positiva do Estado em acabar com a desigualdade fática e promover a justiça social.

A igualdade formal implica “dizer que a mesma lei vale da mesma forma para todos os que se enquadrem naquela situação idêntica. Assim, o juiz, ao julgar casos idênticos, deve aplicar a mesma lei aplicável ao caso concreto e observar as mesmas soluções que foram estabelecidas pela lei para as situações que são iguais”

Alexy já afirmava que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais é um ponto de partida para compreender a isonomia material.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2004) explica que:

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por obrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.

Fábio Konder Comparato (2001) ressalta que a palavra diferença não significa desigualdade, pois as diferenças são biológicas ou culturais sem relação de superioridade, enquanto as desigualdades são criações arbitrárias que estabelecem uma relação de inferioridade de determinados grupos ou pessoas diante de outros.

Percebe-se que o princípio da igualdade é um dinâmico conceito que busca propiciar condições para que a verdadeira igualdade seja realizada e, para que isso ocorra, é necessário que certas diferenciações sejam não só permitidas, mas efetivadas.

A atuação na esfera jurídica, na realidade é a garantia da igualdade, mas a ação se dá através de pressões de indivíduos e grupos que pretendem ver as suas pretensões serem transformadas em normas que garantam a igualdade entre todos os membros da sociedade, principalmente no sentido material. Estes grupos atuam na esfera social, que, é, como já relatado discriminatória por natureza, pois a organização social se dá pela exclusão do “outro”, pois este não coaduna com as pretensões do grupo. Na esfera social, é o princípio do

universalismo, onde cada agente tem o seu espaço de atuação respeitado que impera.

Denote-se que no ordenamento jurídico brasileiro, a discriminação deve ter expressa permissão constitucional. Na esfera social as pessoas se agrupam segundo profissões, renda ou origem étnica ou religiosa, sendo que o princípio basilar é o da discriminação, pois, segundo Hannah Arendt (2004) sem um grau de discriminação a sociedade deixaria de existir e possibilidades de livre associação e formação de grupos desapareceriam. Celso Lafer (1998) afirma:

O direito de associação é um ingrediente indispensável à análise do poder como agir em conjunto e, conseqüentemente, ao porque poder e autoridade, que são conceitos distintos, não se confundem com violência [...] este (o Poder) sempre resulta do agir conjunto, que se baseia no direito de associação e requer a comunicação entre pessoas no espaço público, portanto, o direito à informação [...].

O problema é como um interesse de um grupo, que podem refletir direitos de particulares na esfera privada, pode alcançar uma posição de universalidade e respeito geral dentro da esfera política, sem afetar a esfera privada dos demais membros da sociedade. Na verdade a associação dos particulares reflete na possibilidade de atuação na esfera política para fins de possibilitar a integração de grupos minoritários dentro deste campo.

A verdadeira igualdade é justamente aquela que respeita diferenças sem estabelecer relações hierárquicas a partir de fragilidades físicas ou culturais. É por isso que tanto na elaboração de leis, quanto na aplicação do direito positivado, é imprescindível que semelhanças e diferenças sejam consideradas.

2.2 O Direito e a Ação dos Grupos Minoritários

Cabe ressaltar que o Direito é constitutivo e regulador da ação política, requer o consenso e se fundamenta na promessa. Esta estabelece o limite estabilizador necessário à imprevisibilidade e à criatividade da ação (livre associação da esfera social).

Importante ressaltar que para Hannah Arendt força da política provém da livre associação entre os semelhantes na esfera social que dão legitimidade à lei, apoiando-a e obedecendo-a.

Há um *pacta sunt servanda* social, refletido na Constituição, que é a representação das dimensões do Direito e da Política, uma vez que é uma construção convencional. O que reflete a importância à defesa das mais diversas esferas da vida humana principalmente na perspectiva dos direitos de 1ª Dimensão: vida, liberdade, propriedade e igualdade.

Sendo uma promessa (previsão) de impedir situações atípicas (como, por exemplo, o totalitarismo) dentro da convenção que é a interação entre a esfera social e política é impedir o isolamento que frustra a capacidade humana para a ação e o poder na esfera pública que fundamenta o direito à informação.

O juízo que segundo Kant é a faculdade de pensar o particular contido no geral é um dos fundamentos do direito. Isto porque o caso concreto é qualificado e subsumido pela norma geral. Toda a subsunção parte de um pressuposto de existir norma geral.

Porém, os desafios da modernidade frente ao pessimismo filosófico da fragmentação irreconciliável da sociedade, é que esta não alcançou seus pressupostos todos os agentes sociais, o que implica que se pode classificar o atual momento não de uma pós-modernidade, mas de uma modernidade não realizada.

Isto implica que vários dos direitos e das garantias lançadas no iluminismo, com os ideais de igualdade não possuem uma previsão normativa universal que possa subsumir para o plano particular.

É necessário, neste contexto, partir do pressuposto que existem anseios de grupos sociais, que necessitam uma normatização, para que a discriminação social, não se torne uma discriminação política, ou melhor, dizendo, jurídica, que é o ponto inadmissível, conforme já verificado.

Isso porque como afirmou Paul Valéry em “A política do espírito” (apud ALVES, 2007, p. 467):

O mundo moderno em toda a sua potência, de posse de um capital técnico prodigioso, inteiramente penetrado de métodos

positivos, não soube, entretanto, estabelecer uma política, uma moral, um ideal, nem leis civis ou penais que estivessem em harmonia com os modos de vida que criou e mesmo com os modos de pensamento que a difusão universal e o desenvolvimento de certo espírito científico impõem pouco a pouco a todos os homens.

A indefinição contemporânea da inexistência de parâmetros de pensamento, e por consequência da atuação do Direito, tem muito a sua base nesta não realização dos ideais iluministas e na incompletude da Modernidade, o que fere principalmente o ideal de igualdade *erga omnes*. Na obra “As Palavras de Freud”, Paulo Cezar de Souza (apud ALVES, 2007, p. 467) atribui a Freud a seguinte afirmação:

Quem na sua própria juventude provou as misérias da pobreza, experimentou a insensibilidade e o orgulho dos ricos, encontra-se certamente ao abrigo da suspeita de incompreensão e de falta de boa vontade ante os esforços tentados para combater a desigualdade das riquezas e tudo quanto dela decorre. Na verdade, se esta luta invocar o princípio abstrato, e baseado na justiça, da igualdade de todos os homens entre si, será demasiado fácil objetar que a natureza foi à primeira, através da soberana desigualdade das capacidades físicas e mentais repartidas pelos seres humanos, a cometer injustiças contra as quais não há remédio. (1999, p. 57).

Ademais o combate à desigualdade é uma preocupação inicial do Iluminismo. Hobbes afirmara que os pressupostos que fundamentam a construção do Estado são dois: (i) embora todos os bens sejam relativos, há entre eles um bem primeiro e originário, que é a vida e sua conservação (e sobretudo um mal primeiro, que é a morte). (ii) ele nega que existam justiça e injustiças naturais, já que não existem valores absolutos.

Todo o pensamento iluminista parte do princípio do estado de pureza natural do homem. E que este começou a se corromper após a vida em sociedade, que precisa ser regulada para que a corrupção não passe a ser um instrumento de dominação de uns sobre os outros. Neste contexto, Rousseau não pretendia que o homem retornasse à primitiva igualdade, ao estado natural, mas, em um artigo encomendado por Diderot para a "Enciclopédia" e publicado separadamente em 1755 como *Le Citoyen: Ou Discours sur l'economie politique*, ele busca meios de minimizar as injustiças que resultam da desigualdade social. Ele recomendou três caminhos: (i) igualdade de direitos e deveres políticos, ou o

respeito por uma "vontade geral" de acordo com o qual a vontade particular dos ricos não desrespeita a liberdade ou a vida de ninguém; (ii) educação pública para todas as crianças baseada na devoção pela pátria e em austeridade moral de acordo com o modelo da antiga Esparta; (iii) um sistema econômico e financeiro combinando os recursos da propriedade pública com taxas sobre as heranças e o fausto. (Cf. Rousseau. Disponível em <http://www.culturabrasil.org/rousseau.htm>, acesso 06 de setembro de 2006, apud ALVES, 2007, p. 469).

Assim, a universalidade de condutas parte da aplicação de quatro "filtros" que permitem verificar e definir o que é necessário para que um direito de grupo pode alcançar aquela universalidade necessária para que seja galgado à esfera jus-política: (i) a não exclusividade do interesse pessoal; (ii) as diferentes liberdades, quando em situação de conflito, podem ser compostas, sem valoração; (iii) verificar quais máximas são passíveis de universalização; (iv) a aplicação do princípio da boa-fé como ligação entre o particular e o universal.

A busca da igualdade de grupos minoritários se dá, como afirma Peter Singer, de uma busca de qual é a vontade moral (ou ética) do momento histórico vivido. É indispensável que a justificativa moral não se dê exclusivamente em termos de interesse pessoal:

Para serem eticamente defensáveis, é preciso demonstrar que os atos com base no interesse pessoal são compatíveis com princípios éticos de bases mais amplas, pois a noção de ética traz consigo a ideia de alguma coisa maior que o individual. Se for defender a minha conduta com bases éticas, não posso mostrar apenas os benefícios que ela me traz. Devo reportar-me a um público maior.

Este é o primeiro ponto para o alcance de uma universalização de grupos sociais minoritários sem ferir a atuação das esferas política (jurídica), social e privada.

Como segundo ponto, e que haja uma "composição das liberdades colidentes" (Cachapuz, 2014, p. 170) na esfera social. Não pode se esperar, mas palavras da autora, que haja um valorizar de um sobre o outro, com base na valoração entre o melhor e o pior.

A esfera social, como já afirmada é onde pode e deve ocorrer a discriminação. Nesta questão se aborda a discriminação tutelada pelo Direito

como sendo aquela que “corresponde à hipótese de observar a diversidade, para a promoção de uma igualdade fática” (Cachapuz, 2014, p. 169). Isto implica dizer que esta promoção de igualdade pode criar uma desigualdade jurídica, conforme Alexy, porém sem possibilitar a criação de universalizações de particularidades que não sejam reais, nem o uso ideológico de particularidades que, mesmo existindo no plano da realidade, sejam instrumento de dominação ou de silenciar a crítica (Rouanet, 1993).

Conforme Habermas:

As normas válidas são apenas válidas *prima facie*. Todos os direitos e deveres desempenham o mesmo papel em discursos de aplicação, nomeadamente o papel de razões. Em caso de colisão de normas, só uma descrição tão completa quanto possível de todas as características relevantes de dada situação poderá revelar qual das normas concorrentes é adequada em um caso particular.

O terceiro ponto é saber selecionar quais as pretensões particulares que podem assumir a máxima de imperativo categórico, denegando-se as reivindicações que não fazem jus a tanto:

Esse ponto de vista universal não significa que qualquer juízo ético particular deva ser universalmente aplicável, pois não se podem ignorar as circunstâncias específicas dos atos morais. A lógica dos juízos éticos está, portanto, na “universabilidade”, ou seja, um princípio ético não pode simplesmente ser justificado em termos de qualquer grupo parcial ou local, extrapolando, portanto, suas preferências e aversões. Nas palavras do autor, “a ética exige que extrapolemos o ‘eu’ e o ‘você’ e cheguemos à lei universal, ao juízo universalizável, ao ponto de vista do espectador imparcial, ao observador ideal, ou qualquer outro nome que lhe dermos”.

Por fim, como quarto ponto, a aplicação do princípio da boa-fé (Cachapuz, 2014, p. 173) como o meio de ligação do particular com o universal:

Há a pretensão de afirmar um princípio de igualdade do ponto de vista formal em relação ao exame das liberdades em conflito, permitindo o conceito de boa-fé que a ideia de confiança seja avaliada a partir das particularidades do caso concreto proposto à discussão. A boa-fé estabelece uma ponte entre o discurso real e o ideal para que, em última análise, o imperativo categórico, reconhecido na característica universal da norma, sirva como cânone à testagem de uma máxima de ação particular.

Assim são lançadas as bases para o segundo questionamento apresentado, como aplicar a universalização dos princípios de defesa dos animais

não humanos, a um status de direitos a serem respeitados dentro da incompletude da modernidade.

3 OS ANIMAIS NÃO HUMANOS, A UNIVERSALIZAÇÃO E A DIGNIDADE DE VIDA

A aplicação universal dos direitos dos animais não humanos, encontram uma diversidade de arcabouços jus-filosóficos que vão desde a denegação total a uma visão considerada pós-moderna e uma assunção de uma visão pós-humanista ou de denegação do antropocentrismo.

A questão nas visões pós-humanistas é que a consequência lógica é a diminuição da dignidade inerente ao ser humano, levando uma repulsa de aplicação, pois exatamente esta abordagem, implica que seriam levados em consideração interesses pessoais, valoração de liberdades em detrimento de outras, bem como a irrazoabilidade na aplicação de um princípio, que geraria na esfera política desigualdade, o que é inadmissível.

As recentes descobertas científicas (MEDEIROS, 2013), que identificam que os animais não humanos possuem linguagem, organização social, manuseiam ferramentas abalam antigas convicções, como de que estes seriam meros autômatos (Descartes), ou não possuiriam consciência de si, que impediriam que estes pudessem ter direitos oponíveis à coletividade. Há uma crescente consciência sobre a ampliação da dignidade dos animais não humanos:

A ligação entre a alimentação carnívora e um canibalismo mais amplo, com uma conotação universal, tem [...] no pensamento, raízes muito profundas [...] Quantos de nós podíamos passar diante da vitrina de um açougue sem sentir um mal-estar, ao vê-la por antecipação na ótica de futuros séculos? Pois chegará um dia em que a ideia de que os homens do passado, para se alimentar, criavam e massacravam seres vivos e expunham complacientemente sua carne em pedaços nas vitrinas inspirará por certo a mesma repulsa que, para os viajantes dos séculos XVI e XVII, as refeições canibais dos selvagens americanos, africanos ou australianos. A voga crescente dos movimentos de defesa dos animais é uma prova disso: percebemos cada vez mais distantemente a contradição na qual nossos costumes nos encerram, entre unidade da criação, tal como se manifestava

ainda na entrada da arca de Noé, e sua negação pelo próprio Criador, na saída (Lévi-Strauss, 2004, apud FERRIGNO, 2011).

Há uma grande carga simbólica de fatores que contribuem para a sistematização de direitos aos animais não humanos e a pretensão de assunção de igualdade destes ao ser humano na esfera jurídica para impedir entre outras coisas o tratamento cruel. A questão levada pelos movimentos dos direitos dos animais não humanos é que, como seres sencientes, devem estes ter igual consideração de interesses.

A proposição se mostra falha no momento que não consegue impor a força necessária para a que o simbolismo de conceitos (a relação de significantes e significados) possua a coincidência de significação para o geral da sociedade, não sendo a sua assunção à esfera jurídica, uma imposição que contrariaria em si o princípio da igualdade.

Os juízos morais, segundo Habermas (2002, p. 262), “se distinguem de outras normas sociais como os costumes e as convenções porque permitem enunciar uma ação não somente como conforme ou disconforme em relação a uma regra, mas como correta ou incorreta com relação a regra mesma: o sentido de prescritivo de obrigado ou proibido está conectado com o sentido epistêmico de justificado ou injustificado”.

Luc Ferry (2004, p. 66) afirma que esta igualdade defendida nada mais é que a igualdade formal própria das declarações liberais dos direitos dos homens. Significa que a igualdade pretendida é a declaração da intenção de como devem ser tratados, não implicando no resultado desejado de universalização.

É importante ressaltar que a defesa dos animais não humanos se deve necessariamente verificar qual a carga simbólica conferida ao direito requerido como capaz de ser universalizado, tanto em relação aos agentes, como quem tem a sua dignidade ferida.

Sendo assim Ferrigno (2011) afirma:

Quando se vislumbra politicamente a emancipação do poder de certos entes dentro da sociedade, como o animal, o meio-ambiente, natureza, ou os ciborgues, a ciências que estudam as políticas e o direito, entre elas a antropologia, precisam se repensar, pois as agências não humanas, anteriormente silenciosas metodologicamente e afastados do nosso olhar começam a adquirir voz e se fazerem mais visíveis, seja através

de atores humanos, que reivindicam sua visibilidade, seja através de fenômenos sobre os quais os humanos não creem ter muito controle (fatores climáticos como o aquecimento global, ou mesmo tecnológicos, que, aos poucos, desenvolvem sem consentimento de muitos atores humanos). O uso, na esfera jurídica estatal, de termos como biocentrismo, para defender os direitos animais, contraposto ao antropocentrismo, o substituto cada vez mais questionado, exemplifica paradigmas emergentes que aos poucos adquirem espaço não apenas na política, mas também dentro da academia.

Sendo assim, o interesse geral na concessão de direitos a animais não humanos, se dá através de uma nova conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana. Conforme Sarlet (2007):

“A ampliação da noção de dignidade da pessoa humana (a partir do reconhecimento da sua necessária dimensão ecológica) e o reconhecimento de uma dignidade da vida não-humana apontam para uma releitura do clássico contrato social em direção a uma espécie de contrato socioambiental (ou ecológico), com o objetivo de contemplar um espaço para tais entes naturais no âmbito da comunidade estatal. Nesse sentido, MICHEL SERRES aponta a necessidade de se apostar, no contexto político-jurídico contemporâneo, na concepção de um contrato natural, onde o ser humano abandone a sua condição de dominador e “parasita” em face do mundo natural e assumam em face deste uma postura caracterizada pela reciprocidade na relação entre ser humano e ambiente, ou seja, aquilo que a Natureza dá ao homem é o que este deve dar a ela, tornando-a, de certo modo, sujeito de direito.”

A construção tradicional deste princípio é que este é essencialmente antropocêntrico e dualista, porém uma nova visão mais universal e monista é necessária:

“própria de uma nova ética, fundada no homem como ser integrado à natureza, participante especial do fluxo vital que a perpassa há bilhões de anos, e cuja nota específica não está na razão e na vontade, que também os animais superiores possuem, ou na autoconsciência, que pelo menos os chimpanzés também têm, e sim, e em rumo inverso, na capacidade do homem de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem. A primeira concepção leva ao entendimento da dignidade humana como autonomia individual, ou autodeterminação; a segunda, como qualidade do ser vivo, capaz de dialogar e chamado à transcendência. Do ponto de vista ontológico, ou de visão da realidade, a concepção insular da pessoa humana é dualista: homem e natureza não se encontram, estão em níveis diversos; são respectivamente sujeito e objeto. O homem, "rei da criação" vê e pensa a natureza. Somente o homem é racional e capaz de querer. O homem é radicalmente diferente dos demais seres; somente ele é autoconsciente. A

natureza é fato bruto, isto é, sem valor e m si. A segunda é monista: entre homem e natureza, há um continuum; o homem faz parte da natureza e não é o único ser inteligente e capaz de querer, ou o único dotado de autoconsciência. Há, entre os seres vivos, um crescendo de complexidade e o homem é o último elo da cadeia. A natureza como um todo é um bem. E a vida, o seu valor. Do ponto de vista antropológico, em segundo lugar, o homem não é uma "mente", que tem um corpo; ele todo é corpo (AZEVEDO 2002)".

Sendo assim, ao se compreender esta nova perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana, em que a completude do ser humano se dá através do respeito aos demais seres vivos e a própria natureza. Para Descola (1998, apud Ferrigno, 2011):

Proteger os animais outorgando-lhes direitos – ou impondo aos humanos deveres para com eles – é apenas estender a uma nova classe de seres os princípios jurídicos que regem as pessoas, sem colocar em causa de maneira fundamental a separação moderna entre natureza e sociedade. A sociedade é fonte do direito, os homens o administram, e é porque são condenadas as violências para com os humanos que as violências com relação aos animais se tornam condenáveis. Não é nada disso para numerosas sociedades pré-modernas, que, encarando os animais não como sujeitos de direito tutelado, mas como pessoas morais e sociais plenamente autônomas, se empenham tão pouco em estender-lhes sua proteção, quanto julgam desnecessário velar pelo bem-estar de vizinhos distantes. Decidir tratar a natureza com respeito e benevolência supõe que a natureza exista – e também, sem dúvida, que tenha sido primeiramente maltratada. Quando a natureza não existe sob a forma de uma esfera autônoma, a relação com os animais só pode ser diferente da nossa, e a questão sobre matar um animal, só pode se colocar em termos muito distintos daqueles que nos são familiares.

Desta forma não é mera questão de um grupo minoritário de defensores dos animais, mas de um interesse geral para a própria elevação de consciência da espécie humana.

Na esfera da resolução de liberdades colidentes, tanto Habermas (2003) como Dworkin (1998) compreendem que o respeito devido à natureza e aos animais deve se assentar numa concepção fraca do que tradicionalmente se compreende como valores intrínsecos, que não podem ser medidos, mas pela sua intangibilidade e indisponibilidade, como a natureza, o patrimônio artístico, e a o embrião, que mesmo não sejam sujeitos de direitos, os possuem por dignidade. Assim, ao se asseverar que a experimentação científica com um animal não

humano deveria ser proibida, ou ser lavado a cabo um habeas corpus a um grande primata, o conflito com o direito de o laboratório realizar as experimentações ou manter o animal cativo, seria resolvido não por este ser um sujeito de direitos, mas este ser possuidor de dignidade por sua própria natureza. Não haverá valoração de melhor ou pior, mas se aplicaria a “testagem” ao caso particular a um princípio universal: o da dignidade pela intangibilidade e indisponibilidade de direitos, o que levaria ao alcance da igualdade na esfera jus-política. Assim, o segundo e terceiro “filtros” são atendidos, uma vez que tanto é possível aplicar direitos de igualdade as animais não humanos sem a valoração das liberdades conflitantes, mas também, implicam que estes possuem a dignidade suficiente de possuir um caráter universal.

Por fim, a crueldade é um claro excesso de uso de direito. Uma vez que existente no ordenamento pátrio a proibição constitucional de uso de crueldade contra animais, bem como legislação penal, e a infração total ao se impingir testes onde existem métodos alternativos, é comprovada a boa-fé das pretensões dos defensores do animais não humanos de pretensões de igualdade na esfera jus-política.

4 CONCLUSÕES

O processo histórico de evolução da compreensão humana implica na confrontação de antigos saberes com novas formas de pensamento que pressionam a mudanças de paradigmas, com estabelecimento de novos juízos morais e novas formas de compreensão de direitos.

Tão fortes são as mudanças que são estabelecidas que a antiga categoria kantiana de aplicação de uma norma universal a uma situação particular foi invertida para a resolução do problema de como realizar a assunção de situações particulares a uma categoria universal.

É possível verificar que com certeza, a modernidade em seus ideais não alcançou todos os agentes sociais, podendo se falar de uma incompletude desta. É possível, verificando o novo paradigma de biocentrismo que a igualdade possa

ser alcançada na esfera jus-política também no que se refere aos animais não humanos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, F. de B. **As minorias e os novos sujeitos de Direitos em tempos de transição paradigmática**, 2007, disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/06_1364.pdf> acesso em 14/11/2014.

ARENDT, H. **A condição humana**; tradução Roberto Raposo – 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ARENDT, H. **Responsabilidade e Julgamento**. Reflexões sobre Little Rock. São Paulo: Cia das Letras, 2004, p. 261 – 281.

AZEVEDO, A. J. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana - **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, 2002 – disponível em: <www.revistas.usp.br>, visualizado em 07/05/2014.

CACHAPUZ, M. C. M. Argumentação discursiva e as esferas do público e do privado nos direitos de personalidade In: **O direito da sociedade**: anuário, vol. 1, org. MEDEIROS, F. L. F. e SCHWARTZ, G. A. D. Canoas, RS: Ed. Unilasalle, 2014.

CARLOS, V. L. **Discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2004.

CARREIRA, A. L. F. “Ações afirmativas como mecanismo de efetivação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana”. In: **Ações afirmativas e inclusão social**. Coord. NEME, E. F. Bauru: Edite, 2005.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRIGNO, M. V. **Direitos Animais e o Remodelamento das fronteiras da políticas entre os mundos humano e não humano**. Disponível em <http://www.antropologias.org/seminarioppgas/files/2011/10/VERGOTTI_Mayra_trabalhocompleto.pdf> acesso em 29/07/2014.

FERRY, L. **A nova Ordem Ecológica**: a árvore o animal e o homem; tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Ensaio, 1994.

HABERMAS, J. 2004. **O futuro da natureza humana**. São Paulo, Martins Fontes.

HABERMAS, J. **Direito e Moral**. Lisboa, Instituto Piaget, 1992.

HABERMAS, J. **Verdad y Justificación**; tradução Pere Fabra e Luiz Díez. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

MEDEIROS, F. L. F. **Direito dos Animais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MELLO, C. A. B. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

RABENHORST, E. R. A dignidade do homem e os perigos da pós-humanidade. **Verbo Juris**, ano 4, n. 4, jan/dez. 2005.

RIBAR, G. “Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o princípio da não-discriminação na proteção contra a discriminação na relação de emprego”. **Revista LTr**. São Paulo, ano 70, n. 09, p. 1094-1100, setembro de 2006.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. (Org.). **A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos**: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Ano 2 – Número 3 – jul/dez 2007.

SINGER, P. **Ética prática**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

STEVEN WISE E A LIBERDADE PRÁTICA. UMA DISTINÇÃO PARA INCLUIR OS ANIMAIS NÃO-HUMANOS COMO SUJEITOS DE DIREITOS POSITIVOS

Maria Alice da Silva,

RESUMO: Para Wise, a capacidade de discernir moralmente não pode servir como pressuposto de direitos, nem para fundamento apenas de direitos humanos. Pois, desta forma, exclui também muitos desta espécie, como é o caso de crianças e outros humanos incapazes. Deve-se investir personalidade jurídica a todos os seres vivos capazes de autonomia prática mínima, e conferir-lhes os direitos básicos de liberdade. Ao superar os limites entre os animais e os humanos, entendemos que há razões para aceitarmos a defesa de direitos efetivos aos animais, ou seja, de maneira em que há direitos positivos, onde o sujeito pode agir ativamente no direito, no caso dos incapazes por representantes. Um sistema jurídico não especista respeita a liberdade prática de todos os animais, e para isso, não pode atribuir aos animais o status de “coisa” e “propriedade”. A vantagem prática, e não só de justiça, em atribuir tais direitos aos animais, seria de atribuir tutela legal. Com isso, os tutores poderiam mover ações civis a seu favor, respondendo juridicamente por eles, e não dependeriam de defesa do ministério ou de ONGs. Outro benefício é possuir ações de política pública a fim de oportunizar o exercício de suas liberdades, e não apenas leis criminais. Apesar de existir leis que proíbem a crueldade animal, esta regulamenta uma série de outras leis exploratórias. Precisamos romper as barreiras do direito penal e adentrar no âmbito civil para a real defesa dos animais.

PALAVRAS-CHAVE: animais não-humanos; liberdade; direitos animais; direitos humanos;

1 INTRODUÇÃO

Este artigo mostrará um breve desenvolvimento da teoria de Wise em seu livro “Drawing the line” e suas implicações pensadas na prática jurídica ao conceber os animais como componentes do direito civil, diferenciando-os do status de propriedade ou de dever, por apenas ser parte do meio ambiente sadio. Isto é, este artigo defende o status dos animais como pessoas jurídicas em relação aos outros e não como “coisas legais” que devem ser protegidas.

O conteúdo que mostraremos ao desenvolver o que nos propomos, permite uma ruptura com a ideia de dignidade oferecida por Kant. Para ele, seres dignos são humanos que, podem reconhecer e respeitar as leis morais, e isto fundamenta nosso respeito pelos humanos e os tornam dignos de serem considerados moralmente e sujeitos de direitos. Estes são autônomos por completo (WISE, 2002, p 31). Todavia, esta ideia implica em tirar do escopo de seres dignos alguns humanos, como bebês, crianças e outros não capazes de agir da maneira racional como pressuposta por Kant. Pois para ele, seres autônomos são capazes de derivar as leis morais do imperativo categórico e agir de acordo com sua livre vontade. “Os animais não-humanos também não podem agir de acordo com este conceito de autonomia e liberdade por completo” (WISE, 2002, p30. Tradução nossa).

Wise se importa com o conceito de autonomia, mas, não é o conceito tal qual definido por Kant. O conceito de autonomia usado pelo filósofo alemão é muito excludente e o sistema jurídico não pode trabalhar com este conceito, tanto é que, não deixa de fora humanos sem a capacidade de reconhecer as leis morais universais. Uma nova linha precisa ser desenhada para incluir de maneira adequada e proporcional às suas capacidades práticas e não morais, outros sujeitos de direitos.

A autonomia que importa ao direito é a prática. Precisamos saber se os animais não-humanos são capazes de mover-se, sentir, escolher um ambiente adequado para si, escolher seus alimentos, optar por fazer ações que não outras, tiverem emoções e outras características que são importantes para seres vivos. Por essas características, animais são livres, analogamente às características da humanidade. Estas são características que o tornam livres e possuidores de direitos.

Ao reconhecer liberdades práticas que são proporcionalmente iguais às liberdades de outros humanos, o sistema jurídico precisa se comprometer com a justiça em aplicar os mesmos casos com igualdade, isto é, o princípio de igual consideração, sem a barreira da espécie e com o critério da autonomia e liberdade prática, a fim de oferecer reais garantias para os seres que necessitam delas.

As garantias que a teoria de Wise trás como consequência de sua conceptualização é de um abolicionismo além do “não matar! Não maltratar! Não aprisionar” é preciso dar-lhes tudo o que for preciso para viver bem, para exercer bem sua natureza e para cuidar de suas capacidades próprias. No último item deste artigo mostramos com mais detalhes nossa hipótese.

2 O CONCEITO DE AUTONOMIA E DE LIBERDADE EM WISE

Kant em seu livro *Fundamentação da metafísica dos costumes*, iniciou uma tradição que coloca o conceito de autonomia no centro das discussões sobre os agentes e os considerados moralmente, isto é, os que possuem dignidade. Com isso, a pessoa detentora de autonomia moral, e possuidora da razão, não é só aquela que julga moralmente, mas, aquela que deve ser considerada moralmente nas ações dos outros agentes.

O conceito de autonomia também é importante para Steven Wise, todavia, seus escritos mostram uma denúncia ao conceito limitado de “autonomia moral” que vinha sendo utilizado. Assim, propõe pensarmos no conceito de “autonomia prática”. Um dos motivos que apresentamos para a mudança do conceito de autonomia utiliza-se do exemplo de outras pessoas jurídicas e consideradas eticamente que não são possuidoras de tal característica. Este é o caso de crianças, idosos, humanos em fase vegetativa ou terminal ou deficientes mentais que jamais foram capazes de escolha racional. Em seu livro, *Drawing the Line* (2002) o conceito de autonomia prática e a capacidade que outros seres além dos humanos possuem de fazer escolhas livres são o critério para a linha e inclusão de personalidade jurídica e reconhecimento moral. Como vemos no excerto a seguir de Felipe:

Em seu primeiro livro, *Rattling the cage* (2000), Steven M. Wise usa a expressão “autonomia realista” para designar tais habilidades animais. Em *Drawing the line* (2002), entretanto, o autor adota o conceito de “autonomia prática”, substituindo o de “autonomia realista”, com a mesma intenção da definição anterior, qual seja, a de sustentar filosoficamente a defesa de liberdades físicas para tais animais, a exemplo do que se assegura hoje a seres humanos não dotados de autonomia moral, mas aptos ao gozo de liberdades relacionadas à autonomia prática: o não

impedimento físico para atender a preferências individuais que respeitam o próprio bem-estar, garantido de forma proporcional à capacidade individual de usar essa liberdade física sem colocar em risco sua integridade e a dos demais seres vivos (FELIPE, 2007, p 283).

Felipe aponta a importância para o motivo para ampliação do conceito de autonomia. Pela maneira que foi desenhada por Wise, o conceito apaga a linha divisória que separa humanos de outros seres vivos capazes de senescência, preferência e interesses. Assim o conceito possibilita garantir direitos jurídicos e morais aos seres que possuem natureza mental desconhecida ou diferente da nossa, ao serem possuidores de outro tipo de autonomia, a autonomia prática. A autora afirma na citação que segue as características dos possuidores deste tipo de autonomia. Veja:

Sensibilidade, consciência, percepção de si (self), desejo e intenção constituem alguns indícios ou evidências de que os animais têm *autonomia prática*. Tais indícios podem ser observados através de comportamentos que resultam de atividade mental, ainda que em alguns casos essa pareça ser mínima. Observação, atenção, memória e coordenação mental do próprio movimento no ambiente natural são habilidades constitutivas dos animais capazes de fazer escolhas, nos quais propõe a proteção constitucional das duas liberdades vinculadas ao gozo dessa autonomia: o não aprisionamento e a possibilidade do movimento para autoprover-se e prover os dependentes [...]. Todo ser vivo, dotado de autonomia prática, deve ser investido de personalidade jurídica e dos direitos básicos da liberdade. De um animal se pode dizer que é autônomo, assim o entende Wise, sempre que for possível constatar que: 1) tem desejos; 2) tenta, intencionalmente, satisfazer esses desejos; 3) possui “um sentido de si, por mínimo que seja que lhe faculta a clareza de que o desejo é seu, do mesmo modo que são seus os esforços para tentar conseguir o que deseja”. Tais critérios estabelecem direitos relativos à dignidade da vida animal, conforme o denomina Wise (FELIPE, 2007, p 283).

Animais não-humanos são diferentes um dos outros, e cada um possui uma particular habilidade para conseguir satisfazer suas vontades. Alguns animais, além disso, são conscientes de si, podem se reconhecer, podem ver e saber. “Isto significa que eles compreendem símbolos, usam um sofisticado sistema de linguagem ou algo similar, são capazes de disfarçar, representar, imitar e resolver problemas complexos” (WISE apud FELIPE, 2007, p 283). Esses animais, assim como os seres humanos, possuem as mesmas habilidades, devem estar na mesma categoria de animais conscientes e possuírem os mesmos direitos.

Animais conscientes podem ter *insights*, eles pensam, resolvem problemas com eficiência e segurança. Assim, esses animais fazem escolhas e este é o seu fim (WISE, 2002, p 36). Esses animais são a prova da autonomia prática. Para que os animais sejam reconhecidos de maneira diferente das árvores, montanhas e rios é preciso que sejam reconhecidos de maneira efetiva ao sistema, ou seja, pelas definições de Wise segundo sua liberdade prática e não pela liberdade autônoma que os direitos são reconhecidos. Já que os animais possuem liberdade prática, (ou autonomia prática) por que não os reconhecer com direitos fundamentais? Liberdade prática é a capacidade que um ser tem de ter vontade e mover-se para atender sua vontade (WISE, 2002, p. 36-37). O sistema jurídico já trabalha com conceitos de potencialidades e ficção jurídica, como no caso de humanos não nascidos, por exemplo. Vejamos o que afirma Wise na citação a seguir:

Julgamos com não personalidade alguns animais não-humanos de maneira arbitrária. Não parecemos fazer isso. Não achamos arbitrário trabalhar com o conceito de ficção jurídica. Ficções jurídicas são mentiras que nós insistimos em acreditar. Assim atribuímos personalidade não apenas à humanos sem consciência, mas fazemos isso também com corporações e ídolos religiosos. Eles pretendem serem entidades que gozam de autonomia (WISE, 2002, p 30. Tradução nossa).

Ao considerar autonomia moral, ou seja, a capacidade de discernir moralmente suas escolhas, como o pressuposto para dar direitos aos humanos, exclui-se também humanos como é caso de crianças, mas, os humanos que nascem sem esta capacidade (WISE, 2002, p.31). Assim, tão melhor e coerente é inserir o conceito de especismo e sanar a o problema da incoerência de dar direitos a membro de uma espécie que não possui a característica desejada para possuir direitos jurídicos. A barreira da espécie é a única coisa que impede de dar a mesma proporção aos seres humanos e não-humanos. Além disso, “Afinal a mente humana também é limitada, necessitando décadas para aprimorar-se, e ainda assim, direitos fundamentais são garantidos a todas as crianças e adolescentes” (FELIPE, 2007, p286).

Para um sistema jurídico ser justo e equitativo, deve-se investir personalidade jurídica a todos ser vivo capaz de autonomia prática mínima, e conferir-lhes os direitos básicos da liberdade (WISE, 2002, P. 32). Afirma Felipe:

Ao se atribuir aos animais liberdades físicas proporcionais à sua autonomia prática, segue-se o mesmo critério, o de preservar a segurança individual e coletiva, adotado ao se conceder liberdades físicas a humanos. Limitar a liberdade dos animais, quando representam ameaça aos demais seres vivos, não deve ser considerado um ato especista. Humanos também têm sua liberdade limitada quando não podem responder plenamente por seus atos. Nesse sentido, a proporcionalidade da liberdade física, concedida a um animal não-humano, deve ter em vista a capacidade desse animal para mover-se em liberdade para autoprover-se, com garantia de que não ponha sua saúde e integridade em risco, nem ameace a dos demais. Com base nesse entendimento, percebe-se por que Wise classifica a autonomia prática e do cão num nível inferior ao dos outros animais, ao dos elefantes, por exemplo. A liberdade física do animal deve ser garantida proporcionalmente à sua capacidade para viver com qualidade em seu habitat, sem colocar em risco o bem-estar de sua vida ou o de outros (FELIPE, 2007, p 287).

Com o conceito de autonomia prática sabemos o que cada animal, seja ele, humano ou não-humano precisa para viver bem e exercer suas potencialidades. O sistema jurídico junto de políticas públicas e com o poder estatal precisa atender estas demandas. Esta é uma das vantagens em ser titular de direitos. Os animais não são seres com obstruções mentais, pelo contrário, são indivíduos autônomos, mas, cada um do seu modo. Alguns mais próximos dos humanos, outros menos. Todavia, pouco isso importa, já que cada um deve ter o que necessita de acordo com sua liberdade.

3 A CLASSIFICAÇÃO DOS TIPOS DE AUTONOMIA

Quando o sistema jurídico aplicar a classificação de Wise, levará em conta a capacidade conhecida de cada animal. Em sua classificação há um espaço para o respeito da nossa limitação sobre as informações sobre a especificidade de cada espécie, e não há nenhuma premissa que impeça estes animais de mudarem de categoria, caso alguma habilidade seja conhecida pelos humanos. Infelizmente, temos esta limitação ao fazer a linha das liberdades práticas. Todavia, a vontade em tornar nossa relação com os não-humanos justa é o que incentiva e torna possível mais estudos e mais conhecimento.

Em seu livro (WISE, 2002), há um gráfico que classifica os mais diversos animais de acordo com sua autonomia prática e características que citamos no

item anterior deste artigo. Os valores vão numa escala de 0.0 a 1.0 de acordo com o conhecimento disponível no momento. O desenho da escala pode mudar de acordo com os novos saberes científicos. O autor leva em conta ao elaborar a tabela, tais animais: Elefante, golfinho, baleias, papagaios, abelhas, cães, bonobos e outros (WISE, 2002, p 241).

Felipe descreve essa tabela de forma muito explícita, e diz que “Quanto mais combinados estiverem essas habilidades umas com as outras em um determinado indivíduo, mais elevado o nível de autonomia prática que lhe devem ser as garantias por lei.”(FELIPE, 2007, p 292) como vemos a seguir:

A categoria 4, de 0.0 a 0.49 na escala de Wise, abrange os animais que, pelos dados científicos atuais, possuem reduzíssemos habilidades mentais. Nessa categoria são classificados animais não-humanos que evidenciam a ausência de autonomia [...]. A categoria 3, de 0.50 a 0.70, abrange animais a respeito das quais não dispomos informações que nos autorizem afirmar com propriedade que possuem suficiente autonomia para direitos básicos da liberdade. Nessa categoria deve-se incluir a maioria das espécies, entre elas, a das abelhas e cães, não porque sejam limitados de autonomia prática, e sim por não sabermos como garantir-lhe a liberdade física [...]. A categoria 2, de 0.70 a 0.90 na escala, Wise destina animais que possuem suficiente autonomia para os direitos básicos da liberdade. Mesmo classificando no limite extremo inferior dessa categoria, deve ter sua liberdade garantida [...]. A categoria 1, com graus que variam de 0.90 a 1.00, inclui animais não-humanos que possuem suficiente autonomia para os direitos básicos da liberdade [...] Golfinhos do Atlântico (0.90), orangotangos (0.93), gorilas (0.95), bonobos (0.98) e humanos (1.00) (FELIPE, 2007, p 293-294).

Ao superar os limites entres os animais e os humanos, entendemos que há razões para aceitarmos a defesa de direitos efetivos, ou seja, de maneira em que há direitos positivos, onde o sujeito pode agir ativamente no direito, no caso dos incapazes por representantes. Wise usa esta nomenclatura “tutela”/ “representante” (*guardianship*) de maneira constante. Certamente, Wise não defende que os animais devem votar, estabelecer contratos e outros artifícios que apenas humanos adultos com capacidade de escolha para tais objetivos são capazes. O que se pretende, como foi visto com a tabela de classificação, é oferecer a cada espécie o que ela precisa para bem aproveitar suas capacidades de mover-se, prover-se e auto preservar-se. O Estado e o direito neste sentido precisam incluir estes animais como seus sujeitos possuidores de benefícios para

que possam gozar de dispositivos que outras ficções e potencialidades já gozam. É o caso de ficções e potencialidades; embriões, empresas, crianças, humanos adultos sem capacidade de escolha.

É importante destacar que, nos referimos frequentemente ao termo “seres capazes de escolha” ou “humanos capazes de escolhas”. Isso se faz necessário, sobretudo, após a definição de autonomia (e liberdade) prática. Quando nos referirmos à liberdade de alguém, seja ele, humano ou não-humano, precisamos salientar que tipo de liberdade este animal possui. Humanos adultos saudáveis possuem liberdades de escolhas muito mais complexa e extensa que bebês humanos. Assim como primatas possuem uma liberdade prática muito maior que cães, ou ao menos é o que sabemos hoje. Com isso, torna-se justo com o conceito de “liberdade prática” nomear o indivíduo que estamos nos referindo, para então, supormos qual habilidade está em jogo. Caso não façamos esta explicitação, não temos a quebra com a tradição kantiana e não rompemos com a limitação de seu escopo de dignidade e consideração moral àqueles que são agentes morais. A ruptura precisa ser feita, pois, a questão é mais bem pensada quando as características que inclui os considerados pelo agente (moral ou jurídico) são seres capazes de sofrer, escolher, mover-se, e são vulneráveis, precisando do nosso olhar. Caso contrário, como em Kant, temos que criar regras para incluir em nosso escopo de consideração os humanos que não possuem autonomia moral.

O princípio de igual consideração e o princípio de proporcionalidade são muito importantes para entendermos a teoria de Wise. O princípio da igual consideração é o mesmo usado por outros filósofos e abolicionistas, como Peter Singer e Gary Francione que “insistem em exigir que a moralidade contemple os interesses de seres não-humanos, dotados das mesmas habilidades e vulnerabilidades da condição humana” (FELIPE, 2007, p 286). Felipe arremata: “Ao se atribuir aos animais liberdades físicas proporcionais à sua autonomia prática, segue-se o mesmo critério, o de preservar a segurança individual e coletiva, adotando ao se conceber liberdade física a humanos” (FELIPE, 2007, p 287). Os princípios determinam juntos, tratar com igualdade os casos iguais de maneira semelhante

e diferente que possui características diferentes. Do mesmo modo entre todas as espécies.

4 HIPÓTESE PARA O RESULTADO ESPERADO SOBRE O STATUS JURÍDICO DOS ANIMAIS NÃO-HUMANOS.

Ao serem possuidores de direitos, os animais podem obter benefícios de políticas públicas a favor não só de sua proteção, como políticas capazes de criar espaços para o desenvolvimento pleno da capacidade particular de cada tipo ou espécie animal, assim como já fizemos em nossos sistemas de direitos, ao privilegiar a espécie humana. Esta virada abolicionista precisa ser jurídica e política, para pensarmos em criarmos políticas públicas que visem manter um espaço ideal para a liberdade de cada espécie poder ser exercida.

A hipótese que defendemos neste artigo tem como pressuposto os conceitos de Wise. Acreditamos que os animais precisam entrar no âmbito dos direitos civis. Isto aconteceria via tutela, quando os deveres pressupostos numa relação correlata são cumpridos por representantes legais, que representam personalidades que são incapazes de escolha em sentido pleno como do humano adulto, porém possuem poderes para agir no sistema e usufruir por completo de seus benefícios.

O direito que estamos defendendo aqui é mais forte do que o direito defendido por outros filósofos, como o abolicionista Gary Francione. Ele defende apenas um direito aos animais, o direito de não ser propriedade (FRANCIONE, 2013, p35). Francione se limita em falar de um direito básico (o direito de não ser propriedade) enquanto deixa de explanar mais vantagens que pessoas jurídicas possuem com o sistema e que os animais, poderiam ter. Por exemplo: Caso os animais fossem pessoas, seu tutor poderá lutar em defesa de seus direitos, assim como poderá participar de relações jurídicas e receber mais vantagens, tais como saúde e educação e ter seus direitos discutidos assiduamente dentro de um estatuto. Assim como há o estatuto da criança e do adolescente e o conselho tutelar para os menores. Para que isso exista seria preciso considerá-los sujeitos efetivos de direitos e ultrapassar a esfera do direito penal.

A consequência da teoria de Wise vai além da teoria de Francione. Ele afirma que é preciso pensar em políticas públicas para criar espaços adequados à liberdade de cada animal, além de quebrar radicalmente com a ideia aplicada a eles de “coisas legais”. Sob tutela, os animais não-humanos precisam beneficiar proporcionalmente aos humanos que possuem o mesmo tipo de liberdade prática que eles (WISE, 2002, p 44).

Acreditamos que a teoria de Wise permite que alguns animais (apenas os da escala com valores altos) passem para o âmbito civil, possuindo uma relação efetiva de direitos não só defendidos por meio estatal, mas, quando seu tutor puder responder por ele. Quais os benefícios em titularizar animais com direitos civis? Defendemos que há benefícios no nível conceitual e no nível prático.

No nível conceitual, só possui efetivamente direitos quem pode participar da relação correlativa de direitos. Se os animais não participam, eles não possuem direitos. Ora, participar desta relação significa ganhar poderes para agir juridicamente, com isso, é correlativa, pois implica deveres e obrigações na medida em que estabelece relações com outras pessoas que podem ou não possuir os mesmos deveres e obrigações. Mesmo que os deveres sejam de quem os representa juridicamente, como é o caso de crianças.

Na verdade, se levarmos ao pé da letra a relação de direitos correlativos, apenas humanos capazes de escolha poderiam participar da relação, pois eles podem garantir os deveres e obrigações com os outros da mesma forma como o problema foi exposto através do conceito de autonomia em Kant. Contudo, Hart (1975) nos mostra que há casos, como no caso de promessas onde só uma pessoa possui deveres e obrigações, portanto, não há nada de errado em obter relações jurídicas efetivas, seguindo o direito inato a liberdade com pessoas que não possuem liberdade de escolhas iguais. Pois o sistema jurídico já salvaguarda a liberdade de humanos e outras ficções que não possuem o mesmo tipo de autonomia prática dos demais.

Não há problemas quando quem segue o dever correlato é o representante, como quando juridicamente se estabelece uma obrigação ao responsável legal por uma criança para cuidá-la (HART, 1975, p187). Sendo assim, as crianças e os adultos incapazes das mesmas escolhas, podem participar da relação sem

possuírem as capacidades para agir de forma correlata com o outro, mas, possuem o direito de serem cuidadas porque são vulneráveis, e a correlação é efetuada através de tutores. Assim, para os animais possuírem direitos efetivos eles precisam fazer parte da relação jurídica civil, da mesma maneira que de crianças e adultos incapazes.

Com os motivos conceituais, brevemente expostos neste artigo, acreditamos que, animais não-humanos podem e devem fazer parte do sistema jurídico da mesma forma que crianças humanos, por exemplo. E não só de uma maneira protetiva no âmbito penal, ou apenas sob tutela estatal, ou ainda, apenas possuindo um direito de não interferência e não propriedade.

A vantagem prática de atribuir direitos efetivos aos animais são inúmeras. Utilizando como exemplo o sistema jurídico brasileiro, podemos pensar em algumas vantagens em atribuir o princípio de Wise da proporcionalidade entre possuidores das mesmas liberdades. Exemplos: Os animais possuiriam tutela e seus representantes poderiam mover ações civis a favor deles, respondendo juridicamente, e não dependeriam de defesa do ministério público estatal. Podem possuir um estatuto tal qual existe para as crianças existiria um conselho protetor, tal qual há para as crianças. As penas criminais contra quem maltratasse um animal, certamente, seria mais rigorosa, por não se tratarem de propriedades (coisas legais). Além disso, não seriam leis apenas protetivas, que conferem apenas direitos negativos para os animais, mas, leis que atribuem à possibilidade de usufruir de direitos positivos, ganhando assim políticas públicas e sociais para que possam exercer sua liberdade inata, como moradia, saúde e educação.

Quem possui apenas direitos negativos, só tem garantido pelo Estado o direito de não interferência. Por isto, acreditamos que Wise é um abolicionista que ultrapassa as defesas de Francione. Pois, ao percebermos que não há diferenças significativas de liberdades e interesses de uma pessoa sui iuris e um animal não-humano, defendemos a possibilidade conceitual efetiva sobre a atribuição de direitos civis para animais não-humanos, assim como para animais humanos incapazes de escolhas que não possam se responsabilizar por suas ações. Assim, o princípio de igual consideração e de proporcionalidade tratariam todos, sejam eles, humanos ou não, de maneira igual. Certamente, esta igualdade tem a ver

com o tipo de liberdade prática de cada um, por isso a necessidade do princípio da proporcionalidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve dois principais objetivos. O primeiro foi uma revisão conceitual da obra de Steven Wise, para entendermos a diferença entre os conceitos de autonomia moral e autonomia prática que, pressupõe liberdades também diferentes, e assim, incluindo os animais não-humanos como possuidores deste novo tipo de autonomia. O segundo objetivo deseja incluir estes animais que já são definidos como possuidores de características que outras pessoas jurídicas possuem ao escopo do direito civil, para serem realmente portadores de direitos e beneficiados por todas as esferas públicas, seja ela, no âmbito jurídico e político.

O conceito de autonomia prática permitiu uma ruptura com a tradição kantiana que limitou o conceito de dignidade à capacidade de ser agente moral e exercer suas vontades (liberdade). Esse atributo que os considerados moral e juridicamente possuem são reservados aos humanos, por isso, chamou-se de humanismo. Assim, os únicos seres dignos são os humanos (FELIPE, 2007, p 282). Todavia, o conceito de Kant exclui muitos de serem dignos. Humanos incapazes de agir moralmente, incapazes de entender racionalmente as leis morais universais, como crianças ou humanos com capacidades mentais diversas. Ao romper com a tradição kantiana e propor o conceito de liberdade prática, o que torna alguém possuidor de direitos, e dignos é sua capacidade de mover-se, integrar-se ao meio, alimentar-se, sentir e outros. Wise defende que seres com as mesmas capacidades práticas tenham os mesmos direitos, por isso, mostramos no desenvolver do artigo uma tabela de classificação dos tipos de autonomies e liberdades. Vimos que na classificação da categoria 4, animais não-humanos e humanos encontram-se com as mesmas habilidades, é o caso dos bonobos, por exemplo.

Os princípios de igual consideração e de proporcionalidade aplicados ao âmbito civil da esfera do direito, trás como consequência a participação de

animais com autonomia prática e como sujeitos jurídicos possuidores dos mesmos direitos que outros indivíduos capazes das mesmas habilidades.

Para que seja possível defender o motivo pelo qual os animais sejam titulares de direitos civis, tais quais as crianças e os humanos incapazes de escolha possuem, é preciso inserir o conceito de “especismo”. Este termo liga os dois momentos do nosso artigo, da esfera conceitual da teoria de Wise e a implicação da transferência de alguns animais para o âmbito civil. O termo “especismo” é um tipo de preconceito, assim como o racismo. Todavia, refere-se ao preconceito entre espécies, tanto no caso de prevalecer à espécie humana, ou quando exaltamos alguma espécie animal em especial. Para não sermos especistas é preciso tratar todos os animais humanos e não humanos da mesma maneira, respeitando suas particularidades.

Um sistema jurídico não especista respeita a liberdade prática de todos os animais e para isso não pode atribuir aos animais o status de “coisa” e “propriedade”. Deve-se conferir a todos um espaço adequado para bem aproveitar suas capacidade e liberdades individuais.

REFERÊNCIAS

BORGES, M. L.; HECK, José (orgs) **Kant: Liberdade e natureza**. Florianópolis: Ed. Da UFSC, 2005. 278 p.

FELIPE, S. T. **Por Uma Questão de Princípios**: alcance e limites da ética de Peter Singer em defesa dos animais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

FELIPE, S., **Ética e Experimentação Animal**: fundamentos abolicionistas. Florianópolis: Editora da UFSC, 2007.

FENSTERSEIFER, T.; MEDEIROS, F; MOLINARO, C. SARLET, I. (orgs). **A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos**: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FRANCIONE, G. **Introdução aos direitos animais**: seu filho ou cachorro? Trad: Regina Rheda. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2013.

HART, H. L. A. Are There Any Natural Rights? In: **The Philosophical Review**. Vol. 64, Nº 2, 1975. pp. 175-191.

HART, H. L. A. **Essays on Bentham. Jurisprudence and political theory.** Oxford: Clarendon Press, 1982

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Sao Paulo: Abril, 1978.

MEDEIROS, F. L. F. **Direitos animais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

WISE, S. M. **Rattling the cage.** Cambridge, MA: Perseus Books, 2000.

WISE, S. M. **Drawing the line: science and the case for animal rights.** Cambridge, MA: Perseus Books, 2002.

A DEFESA DOS DIREITOS ANIMAIS, UM ESTUDO ARQUEOLÓGICO

Eliane Carmanim Lima⁴¹

RESUMO: O trabalho apresenta uma arqueologia dos paradigmas sobre os animais ao longo da história. Partindo da história das ideias sobre o papel dos animais na sociedade desde as primeiras concepções filosóficas ocidentais até a versão abolicionista que advoga direitos aos animais, investiga-se o universo jurídico e político como reflexo de mudanças culturais numa abordagem crítica sobre a construção deste tema na sociologia. Neste estudo o veganismo é visto como revolução cultural, num marco social de repercussão econômica, política e social pouco investigada nas ciências sociais. Neste sentido a legislação brasileira é o principal material empírico a ser analisado à luz das teorias sociológicas que tratam da produção de normas jurídicas e a forma como se articulam e transformam na sociedade. Este estudo indica mudanças materializadas na própria legislação quanto às condutas para com os animais na direção de mais respeito, direitos e considerações éticas. Mesmo a persistente ideia antropocêntrica da relação dos humanos com os (demais) animais estaria dando lugar a um novo paradigma não antropocêntrico que sustenta o respeito para com os (demais) animais por seu valor inerente. Nesta análise, apresenta-se como a legislação brasileira situa-se nestas considerações morais a partir de indicadores ideológicos defendidos pelos atores sociais que reivindicam a defesa dos animais e sua materialização nas normas jurídicas brasileiras.

PALAVRAS-CHAVE: direitos animais; estudo arqueológico; crueldade com animais na legislação; revolução cultural; mudança social.

1 INTRODUÇÃO

Eventos e mobilizações nos últimos anos têm dado indicativos de uma crescente preocupação para com os animais da parte de alguns segmentos da sociedade. Isto se observa em manifestos, movimentos e grupos que surgem com o objetivo de propor mais respeito e mesmo direitos aos (demais) animais⁴². Este

⁴¹ Bacharel em Psicologia pela UNISINOS, bacharel em Ciências Sociais pela UFRGS, especialização em Projetos Sociais e Culturais pela UFRGS e mestrado em Sociologia pela UFRGS.

⁴² O uso da expressão “(demais) animais”, ao invés do termo “animais” será frequente neste texto, uma vez que estaremos trabalhando a construção de conceitos sociais.

trabalho origina-se a partir de uma pesquisa sociológica sobre os paradigmas culturais sobre direitos animais em que se buscava principalmente encontrar elementos indicativos de mudanças culturais no que tange ao relacionamento dos humanos com os demais animais. Para esta análise realizou-se um estudo arqueológico delimitando-se as noções sobre direitos animais tanto na história do pensamento ocidental como na legislação brasileira.

Partindo-se, então, de uma abordagem histórica, num esboço arqueológico sobre as ideias e condutas envolvendo os (demais) animais, paradigmas filosóficos foram mapeados para estudo das condutas e normas sociais que regem o comportamento humano em relação aos (demais) animais. Esta análise é viabilizada a partir do universo jurídico, por ser já o fruto de um arranjo cultural a permitir a instituição de normas e regras jurídicas sobre a forma de agir de uma sociedade em determinado período de sua história, demonstrando condutas que a sociedade não aceita na sociedade e deseja eliminar e punir ao criar normas jurídicas que regem tais condutas. Neste artigo a abordagem empírica centra-se nos aspectos jurídico-políticos de onde são apontados os marcos históricos que expressem mudanças paradigmáticas e também a história das ideias sobre este tema. São apresentadas leis que regem a conduta dos humanos em relação aos (demais) animais com o intuito de identificar os paradigmas culturais expressos nestes preceitos e a forma como eles se articulam na sociedade. Cabe dizer que tanto a história do pensamento, quanto a história do direito e a da legislação são tratados de forma arqueológica e mesmo genealógica compondo um estudo exploratório, deste tema num viés sociológico, haja vista a lacuna teórica desta temática no campo da sociologia.

2 ESTUDO ARQUEOLÓGICO SOBRE A DEFESA DOS DIREITOS ANIMAIS AS LEIS E A SOCIEDADE

A literatura abordando a temática animal existe desde os primórdios da história ocidental. Geralmente o tema é encontrado na filosofia onde se questiona

Com isso, se quer evitar cair no senso comum oriundo de condicionamentos sociais que aqui são analisados.

o papel e o lugar dos animais, quando filósofos têm discorrido sobre valores éticos e justificativas de como devemos considerar e tratar os animais. A questão passa ao âmbito jurídico e leis são criadas delimitando condutas e práticas para com os (demais) animais. É daqui que parte este trabalho, pois a lei é produto da sociedade como já apontava Durkheim ao afirmar que a lei é fruto da norma social. Desta forma ao examinarmos a norma e sua construção estaremos estudando a sociedade. Se observarmos as noções de crueldade para com os animais na legislação brasileira, podemos acompanhar a dinâmica social como já desde Durkheim se observa: “normalmente, os costumes não se opõem ao Direito, mas, ao contrário, são sua base” (DURKHEIM, 1983, p. 32). Para este autor há um poder coercitivo operando sobre os indivíduos de forma impositiva e inconsciente. Esta força se impõe aos indivíduos que ao nascer já encontram um conjunto de ideias morais e religiosas, bem como instituições, normas jurídicas e condutas socialmente estabelecidas como regras a serem seguidas. Os preceitos jurídicos são regras sancionadas orientando as condutas sociais e socialmente estas sanções mudam conforme o papel destas normas jurídicas na sociedade. Mas estes preceitos jurídicos são criados a partir de preceitos morais do corpo social ou da consciência coletiva de determinada sociedade num determinado período. Assim, criam-se as noções de delitos ou condutas juridicamente não aceitas e as formas de sanções jurídicas para aquilo que viola essas normas. Seguindo a lógica de Durkheim, um crime fere sentimentos sociais compartilhados pelos indivíduos agrupados numa sociedade, ou é crime, porque ofende a sociedade. A atitude dos humanos frente os (demais) animais seguiria a mesma lógica, assim criam-se normas para regular a conduta humana em relação aos animais. Desta forma, estudar o universo jurídico ou da norma nos possibilita estudar as representações sociais sobre crueldade com animais na sociedade civil, pois as instituições do Estado são fruto destas representações.

Bourdieu compartilha com Durkheim a noção da existência de uma estrutura ou força inconsciente operando sobre os atores sociais orientando condutas individuais e grupais. Para este autor o mundo social não mais é visto como um lugar recortado apenas por classes sociais, mas como um espaço pluridimensional onde se dispõem os grupos sociais de acordo com suas

posições nesse espaço. Assim, nessa organização, os atores dispõem-se em **campos** a partir do capital que possuem e ordenam-se conforme o volume e a estrutura do capital de que dispõem. Bourdieu retoma a noção de Weber na qual a realidade social é um conjunto de relações de sentido, dotada de uma dimensão simbólica, e fala em **poder simbólico**, um poder invisível que “só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhes estão sujeitos ou mesmo que o exercem” (BOURDIEU, 2005-b, p.7). Cria-se, assim, uma cultura dominante, legitimada mediante uma posição do mundo social, sendo garantida e validada, o que assegura e reproduz a ordem social que mantém os dominantes nessa posição. Como falamos de campos e não mais de classes sociais os conflitos se configuram não entre classes sociais, mas entre diferentes posições no espaço social. Nesses conflitos, o capital simbólico tem papel fundamental, pois ele “não é outra coisa senão o capital econômico ou cultural quando conhecido e reconhecido, quando conhecido segundo as categorias de percepção que ele impõe” (BOURDIEU, 2004a, p. 163). Isso nos remete ao conceito de **violência simbólica**. Esta é fruto dos conflitos simbólicos que visam a impor uma visão de mundo de acordo com os interesses dominantes. É aqui que o Estado tem um papel na manutenção da ordem que engendra essa violência. Como Bourdieu aponta o Estado garante, “através do monopólio da nomeação legítima”, a manutenção do capital simbólico anteriormente adquirido pelas classes dominantes. É o Estado o detentor do monopólio da violência simbólica. O Estado constitui o lugar por excelência da imposição da lei por ser um princípio oficial e eficiente de construção do mundo através de “atos de consagração e de homologação que ratificam, legalizam, legitimam, regularizam situações” (BOURDIEU, 2001, p. 227), oficializando, reconhecendo, tornando público.

Nesta legislação que visa regular as condutas para com os animais há um campo de lutas em que predominam certas ideias em detrimento de outras. No caso do valor dado aos animais os campos científico, jurídico e filosófico são as regiões do espaço social por onde circulam e se reproduzem “verdades” sobre o assunto. Ao investigarmos a crueldade para com os animais podemos nos perguntar sobre estas estruturas cognitivas que permitem que nem toda a

crueledade para com os (demais) animais seja percebida para com todos os animais. Essas estruturas cognitivas são historicamente construídas, ou seja, são arbitrárias, e é o Estado que contribui de forma determinante na “produção e reprodução dos instrumentos de construção da realidade social” (BOURDIEU, 2005-b, p. 116). As práticas do Estado possibilitam um consenso sobre as evidências compartilhadas e constitutivas do senso comum. A submissão à ordem estatal que organiza o tempo, a família, os princípios de divisão coletiva, não é construída a partir de estruturas cognitivas que fazem parte das formas conscientes, mas inculca-se no corpo do indivíduo como submissão mecânica. Tais estruturas apoiam-se na ordem simbólica com uma aparente coerência e consonância com as estruturas objetivas do mundo social. Gera-se um acordo tácito entre todos, de forma inconsciente, com a ordem estabelecida. É através desse acordo que os dominantes impõem sua dominação. Dessa forma, o Estado não precisa impor e dar ordens, nem exercer coerção física para produzir a ordem, porque ele auxilia a produzir as estruturas cognitivas que serão incorporadas e garantirão a submissão dóxica. Nas palavras de Bourdieu, “essa **doxa** é uma ortodoxia, uma visão correta, dominante, que só se impôs ao cabo de lutas contra visões concorrentes” (BOURDIEU, 2005-b, p. 119). E essa *doxa*, que é também um “ponto de vista”, é a visão dos dominantes que se impõe sobre os outros, o ponto de vista daqueles que dominam o Estado, pois foram eles que o construíram.

A luta política é uma luta cognitiva (prática e teórica) pelo poder de impor a visão legítima do mundo social, ou melhor, pelo reconhecimento acumulado sob a forma de um capital simbólico de notoriedade e respeitabilidade, que confere autoridade para impor o conhecimento legítimo do sentido do mundo social, de sua significação atual e da direção na qual ele vai e deve ir (BOURDIEU, 2001, p.226).

Assim cada universo erudito possui um conjunto de pressupostos consagrados e compartilhados. Aqui está o papel do Estado que permite um longo processo de incorporação, já que ele contribui para a produção e reprodução dos instrumentos de construção da realidade social. “A submissão à ordem estabelecida é o produto do acordo entre as estruturas cognitivas inscritas pela história coletiva [...] e individual.” (BOURDIEU, 2001, p. 214).

3 A HISTÓRIA COMO METODOLOGIA

Partindo-se destas abordagens teóricas apresentaremos a seguir o material empírico de forma arqueológica sobre a forma como nossa visão e condutas sobre os (demais) animais ao longo da história da civilização ocidental. Na História encontramos elementos para mostrar os paradigmas que se apresentam quanto a nossa percepção do lugar dos (demais) animais. Por isto, recorreremos também a Foucault que se utiliza do recurso arqueológico e genealógico para melhor entender os saberes. O que Foucault enfatiza num estudo arqueológico é a ruptura, ou a “noção de descontinuidade” como “instrumento e objeto de pesquisa” para estudarmos a história (FOUCAULT, 1987). Neste sentido, a verdade para Foucault é uma produção histórica e as rupturas do discurso devem ser analisadas de forma a entender como se produziram os saberes e a forma como o poder ali se articula.

Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua "política geral" de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro (FOUCAULT, apud EIZIRIK, 2002, p. 37).

E este poder-saber que se espalha e dissemina é controlado por alguns aparelhos político-econômicos como a universidade, os meios de comunicação, a escola, etc. O fato é que este poder produz efeitos e atravessa todo o corpo social como uma rede produtiva. Ele “produz coisas, induz ao prazer, formas de saber, produz discurso” (FOUCAULT, 1986, p.8).

Neste trabalho pesquisamos os conceitos, os paradigmas sobre os animais na sociedade, principalmente os saberes dominantes que circularam ao longo da história, ou as “verdades” e os enunciados proferidos sobre o assunto.

4 ARQUEOLOGIA DOS DIREITOS ANIMAIS NA HISTÓRIA DAS IDEIAS

a) A Revolução Neolítica

Ao falarmos da relação do ser humano ou espécie humana com os (demais) animais já utilizamos expressões construídas culturalmente, porque não estamos apenas indicando espécies animais ou algo da ordem da biologia. Somos tão animais quanto um cachorro ou uma aranha ou um peixe, ou qualquer outro animal, mas quando nos referimos a animais estamos falando dos demais animais e nos colocamos em outro grupo: os humanos. Do longo processo evolutivo que garantiu a existência da espécie humana, o *Homo sapiens sapiens*, há um marco entendido como Revolução Neolítica. Trata-se de uma revolução socioeconômica com domesticação de plantas e animais e produção intensiva de alimentos em várias partes do planeta. Este período ocorreu entre 10.000 e 50.000 a.C. quando algumas sociedades começaram a semear plantas e manter animais em cativeiro com o objetivo de multiplicá-los e utilizar seus produtos (MAZOYER, 2010).

Aqui podemos dizer que há a primeira ruptura nesta relação da espécie humana com as demais, pois a dominação humana começa a se fazer sentir em relação às demais espécies. Segundo Carneiro (2003) a Revolução Neolítica é uma transformação na forma da obtenção dos alimentos e a primeira ruptura cultural, quando os homens domesticaram plantas e animais. O marco que apontamos aqui é a passagem do homem integrado à natureza como qualquer outro animal ao homem com condições de dominar outras espécies. Montanari acrescenta ainda que este homem “civil” se autorrepresenta fora da natureza. Agora o animal humano não somente cria condições culturais de vida, mas sua experiência histórica apresenta uma alternativa cultural de existência que lhe distingue dos demais animais.

b) Da fase Mítica aos Primórdios do Antropocentrismo

Avançando na história de nossa interação com os demais animais chegamos à Grécia antiga onde muitas explicações sobre o mundo eram construídas através do mito. A superação dessa fase mitológica dá-se na antiga Grécia com o pensamento pré-socrático onde começam as preocupações em distinguir o humano dos demais animais e começa-se a construir a ideia de “uma ordem natural” hierárquica entre os seres vivos em que se atribui aos humanos certas “virtudes” e “razão”. Seríamos seres racionais e os únicos capazes de

pensar coerentemente e de conhecer a realidade, inaugurando assim o paradigma antropocêntrico. Com Aristóteles, cristaliza-se e complexifica-se a ideia de uma hierarquia natural entre os objetos inanimados, seres vivos e o homem. Esse filósofo não nega a natureza animal do homem que o define como “animal racional”, mas é a razão que permite ao homem ser “humano”. O homem é também um “animal político”, o *zoo politikon*, e esta natureza política conferiria aos humanos uma primazia na Polis sobre os não-homens: mulheres, crianças, escravos, “bárbaros” e animais. Existiria uma lógica no mundo onde os seres menos “perfeitos” existiriam para servir os mais “perfeitos”.

Podemos dizer que dos gregos o legado que nos chega ao plano das ideias é de que o homem é um ser racional e mesmo que todos os seres possam ter almas somente os humanos seriam dotados de uma “alma racional”. Existe um propósito e uma ordem na natureza e tudo existe para os humanos que representam o ápice evolutivo numa escala hierárquica calcada na dualidade “superior/inferior”, e razão/paixão. Segundo Daniel Lourenço (2008) essas noções de um universo hierarquizado teriam se consolidado ao longo do tempo e passado praticamente inalteradas às culturas seguintes: aos romanos, aos cristãos e posteriormente aos filósofos medievais.

Estas ideias eram semelhantes entre os romanos, mas aqui começam a serem criados os princípios jurídicos de onde temos grande influência. Existia para os romanos uma categoria de seres que eram considerados coisas que estariam subordinados a alguém. Nesta categoria estariam as mulheres, as crianças, os deficientes mentais, os escravos e os animais. Em termos jurídicos podemos dizer que tinham natureza jurídica de “coisa” (LOURENÇO, 2008). É com os romanos que se cria a dicotomia “pessoa/coisa” que passou a ser naturalizada no direito a partir destes usos.

c) A influência judaico-cristã

No Antigo Testamento a posição dos humanos é privilegiada em relação aos demais animais. Já na Gênese, o primeiro livro da tradição judaico-cristã, encontramos a explícita ideia de supremacia e dominação humana para com os demais animais, mesmo que o texto recomende o uso de vegetais como alimentos. Os seres humanos eram a razão da “Criação” e se um animal

causasse danos a um humano os responsáveis deveriam ser punidos por esta subversão à “ordem natural”. Assim, a tradição cristã herda desde o Antigo Testamento a ideia de que o homem teria o domínio sobre toda a natureza.

d) O Antropocentrismo Teleológico da Idade Média

O cristianismo teve grande influência na cultura europeia e este e foi igualmente influenciado pela cultura grega. Por sua vez, os romanos assimilaram a cultura grega e foram grande difusores do conhecimento que dali adveio. Aos poucos a Igreja tornou-se uma poderosa instituição com um patrimônio econômico que se ampliava com uma sólida organização e sua influência passa a crescer muito desde o Império Romano. O pensamento ocidental provém, grande em parte, da confluência entre o judaísmo, o cristianismo e a cultura grega.

Um dos grandes mentores ideológicos da Alta Idade Média é Santo Agostinho que viveu em Roma e Milão entre 354 e 430. Em relação aos animais esse filósofo expõe que o mandamento judaico-cristão “não matarás” não deveria ser aplicado aos animais, pois a ausência da razão impediria que esta máxima bíblica fosse aplicada também aos animais. O elemento a ser ressaltado é a concepção de superioridade baseada na racionalidade e a noção de “almas racionais” distintas das demais

A partir dos séculos XI e XII a filosofia medieval passou a ser designada escolástica. Um dos mais destacados expoentes desta tendência filosófica foi o padre e teólogo Tomás de Aquino (1224-1274) que viveu no século XIII e foi fortemente influenciado pelas ideias de Aristóteles. Um de seus enfoques centrais está na importância dada à razão, mesmo que dê igual relevância à fé. Para Tomás de Aquino as coisas também têm uma finalidade. Ele admite a ordenação e hierarquização do mundo, pois apesar da diversidade dos seres, haveria uma função para todos (ANDERY, et al., 2007). Para Tomás de Aquino a razão seria um elemento de distinção entre o homem e os demais seres. Segundo o historiador Keith Thomas que acompanhou através de vários documentos “as mudanças de atitude em relação a plantas e animais” entre 1500 e 1800, essas ideias teriam em comum a polarização entre “homem e animal” sendo o animal a parte inferior (THOMAS, 2010, p. 41).

e) Supervalorização da Razão

Nos séculos XV e XVI, o humanismo renascentista passa a valorizar os clássicos e traz à tona a máxima de Protágoras: “O homem é a medida de todas as coisas” (PROTÁGORAS apud LOURENÇO, 2008, p.60). Nesta revitalização dos clássicos fortalece-se o antropocentrismo em detrimento do teocentrismo do período anterior. Persistia a noção de que o restante da “Criação” deveria se subordinar às necessidades humanas. Como Renascimento nova concepção substitui a visão teocêntrica do período medieval. Agora a preocupação volta-se às relações homem-natureza. O Universo visto por Aristóteles era estático com uma ideia de finalidade em que os seres estariam dispostos de acordo com uma hierarquia bem definida. A nova visão de mundo era mecanicista. No mecanicismo os fenômenos se explicam pela causalidade mecânica (causalidade linear ou, instrumentalmente, como meio para uma causa final). Descartes também tratou a natureza de acordo com o modelo mecanicista (ANDERY, et al., 2007), e quanto ao relacionamento dos humanos com os demais animais ainda vigorava a ideia de que os animais existiam para servir aos humanos. Richard Bentley afirmava em 1692: *Todas as coisas foram criadas principalmente para o benefício e prazer do homem* (RICHARD BENTLEY apud LOURENÇO, 2008 p. 183). O fato é que com o Renascimento o valor dado aos humanos se exacerba. *Nada no mundo pode ser encontrado mais digno de admiração que o homem* (PICO DE LA MIRANDOLA apud SINGER, 2004).

René Descartes (1596-1650) dá continuidade e amplia a teoria mecanicista, e para ele a razão seria o método de se chegar à verdade. O conhecimento deveria estar baseado na racionalidade, cuja característica era essencial e exclusivamente humana. Nesta lógica, a realidade pode e deve ser mensurada e quantificada matematicamente. Os seres humanos seriam “máquinas”, mas os homens diferem dos demais seres, pois são possuidores de “alma imortal”, por isto não são meros autômatos. Os demais seres seriam como autômatos, ou seja, sujeitos às leis mecânicas tal como qualquer outro objeto e por isto não sentiram dor ou prazer. As crenças de Descartes são fruto da combinação do pensamento cristão antropocêntrico com a visão mecanicista da ciência que emergia (SINGER 2004). Agora a prática da experimentação em animais começa a ser amplamente difundida na Europa. As teorias de Descartes

sustentavam tais experiências que eram realizadas sem anestesia ou qualquer atenuante da dor e sofrimento dos animais.

f) Preocupações com o sofrimento dos animais

Depois deste marco histórico que permite o uso de animais justificando a sua insensibilidade à dor começa-se a questionar o direito de trazer sofrimento e dor aos animais. Teria havido no período iluminista “um gradual reconhecimento de que outros animais sofrem e merecem consideração” (SINGER, 2004, p. 229). Não há neste período a ideia de que animais devessem ter direitos, mas a ideia de que os humanos deveriam ser gentis com os animais. Este é o pensamento de alguns pensadores do período iluminista como Rousseau (1717-1778) que no século XVIII sugere um renascimento e idealização da natureza. Ele reconhece um parentesco dos homens com as “bestas”, mas isto não nos tornaria iguais aos demais animais. Voltaire (1694-1778) foi mais longe e condenava o hábito de comer animais. Na política os contratualistas. Hobbes e Locke chegam a falar dos animais, mas para excluí-los do contrato social. O que é relevante do período iluminista é a ênfase na racionalidade humana como marca de superação das crenças irracionais e das superstições. Através da razão o homem pode se aperfeiçoar e progredir e é um ser perfectível” (CHAUI, 2002).

Outro pensador de grande influencia no pensamento ocidental, principalmente nas ideias jurídicas, foi Emanuel Kant (1724-1804) que coloca o homem como um agente livre e racional ao questionar a forma como os empiristas e inatistas buscam entender a “realidade”. Kant reconhece que os animais podiam sentir e sofrer, mas negava que devêssemos ter considerações morais para com eles, pois não eram racionais nem autoconscientes. Assim, animais “seriam meros ‘instrumentos’ para fins humanos” sem terem nenhum valor intrínseco (LOURENÇO, 2008, p. 235).

g) Considerações com os Animais e os Primórdios de Direitos Animais

Algumas pessoas censuravam os maus-tratos para com animais desde o período escolástico até o início do período moderno, no entanto a ideia defendida, neste período, é que esta crueldade teria um efeito brutalizante dos próprios seres humanos, acentuando a crueldade nos homens. Quanto à noção de direitos cabe acompanhar que está ideia de direitos para os animais é mais recente. A primeira

vez que aparece a palavra “direito” no contexto de proteção animal foi no século XVII com Matthew Hale em 1662 numa frase que sugere que os humanos deveriam ser justos com os animais.

Na literatura que trata dos direitos animais encontramos o filósofo e jurista Jeremy Bentham como um marco histórico na busca de diminuir o sofrimento dos animais. Este pensador em 1780 não mais se pergunta o quanto podem raciocinar ou pensar os animais, mas o quanto eles são capazes de sentir e especialmente sofrer. O filósofo Peter Singer aponta Jeremy Bentham como o primeiro a denunciar a dominação do homem sobre os demais animais. Ele chega a comparar a condição dos animais com a de outros humanos dominados. Este pensador chega a falar em direitos animais sugerindo que existiria um dia que teriam direitos. O marco histórico que este pensamento sugere é a ideia de que os animais deveriam ser alvo de considerações morais devido sua capacidade de sofrer, ou por serem seres sencientes.

Peter Singer aponta que o progresso intelectual do século XVIII trouxe algumas melhorias nas condições dos animais no século XIX quando começaram a surgir algumas leis e instituições buscando defender os animais da crueldade. Segundo este autor a primeira proposta de lei para impedir maus-tratos em animais foi a luta de cães com touros apresentado na Câmara dos Comuns em 1800 na Inglaterra (SINGER, 2004). Aos poucos aparecem proibições de práticas envolvendo animais na Inglaterra em escolas e cidades. Proíbe-se o apedrejamento de galos, o açulamento de touros e em 1800 houve a primeira tentativa de proibição no Parlamento. Em 1822 foi considerada ilegal a luta de touros. A partir dali, começam a aparecer na legislação daquele país, propostas de coibir práticas envolvendo maus-tratos para com animais.

No plano intelectual a partir do século XVIII começam a aparecer várias obras condenando a crueldade com animais num movimento ainda embrionário de defesa dos direitos animais. Em 1776 o teólogo cristão Humphry Primatt publica a obra “Uma Dissertação sobre o dever Compaixão e o Pecado de Crueldade contra Animais Brutos”. Apesar de ainda partir da concepção hierárquica dos seres com a supremacia humana, este teólogo disserta sobre o sofrimento dos animais e propõe tratamento compassivo. Neste grupo de

pensadores que sustentam direitos para com os animais há Jeremy Bentham apresentado anteriormente. Também Hermann Gaggett em 1791 disserta que os direitos dos animais seriam tão sagrados e invioláveis quanto os dos humanos.

Como podemos observar já no século XVIII e na virada do século XIX começa um movimento de inclusão dos animais no universo moral. Segundo Keith Thomas começam a surgir vários protestos contra as práticas envolvendo a crueldade com os animais. Até o abate de gado passou a ser legislado na Inglaterra e abatedouros passaram a funcionar mediante licença e começaram os debates sobre abate humanitário. O marco a permitir esta mudança é a aprovação, na Inglaterra, da lei em 1822 tipificando “maus-tratos injustificados contra animais domésticos”.

Outro grande marco histórico na história de nossa relação com os demais animais vem da obra de Charles Darwin *A Origem das Espécies*, publicada em 1859. Nesta obra o autor expõe que o homem descendia de outros animais e permite que se compreendesse que as diferenças entre os humanos e os demais animais não eram tão grandes (SINGER, 2004, p. 232).

No fim do século XVIII e início do século XIX várias obras no terreno jurídico defendem direitos dos animais. Ainda cabe brevemente falarmos sobre os primórdios do vegetarianismo enquanto movimento. Segundo Thomas (2010) desde 1790 desenvolveu-se um movimento vegetariano na Inglaterra e em 1847 foi fundada a Sociedade Vegetariana da Grã-Bretanha. O veganismo é a vertente mais radical deste movimento. Os veganos recusam-se a utilizarem produtos que tenham contribuído com a exploração animal. O termo “vegan” foi criado em 1944 por Donald Watson desde uma proposta ideológica diferente da Sociedade Vegetariana. Neste mesmo ano criou-se a “Vegan Society” na Inglaterra.

h) A Era dos Direitos Animais

Nos últimos 30 anos, principalmente, várias obras de cunho filosófico tem advogado em favor dos animais. Uma das obras que marcam este debate de direitos animais é a obra de do filósofo australiano Peter Singer, *Libertação Animal*, escrita em 1975. Peter Singer aceita que os animais possam ser legitimamente usados para benefício humano ou de outros animais, mas argumenta que os humanos devem ter como base de consideração moral não a

inteligência, mas a capacidade de experienciar a dor nos animais. Excluir os animais desta capacidade de vivenciar a dor é considerado especismo, por isto sua posição é considerada bem-estarista animal. (NACONECY, 2006).

Outro filósofo de relevância na questão dos direitos animais é o filósofo e ativista Tom Reagan. Em 1983 ele publica o livro “The case for Animal Rights” e depois “Jaulas Vazias”. Sua tese parte da noção de direitos para os animais. Segundo Reagan os direitos morais dos humanos são baseados na existência de certas habilidades cognitivas. Essas habilidades seriam certamente compartilhadas por alguns animais não-humanos. Assim, ao menos estes animais deveriam ter direitos morais semelhantes aos humanos. Animais têm um valor intrínseco como indivíduos, e não podem ser tratados exclusivamente como meios para um fim. Para este autor deveria se abolir a criação de animais para comida, experimentação e caça (NACONECY, 2006; LOURENÇO, 2008).

Gary L. Francione, filósofo e advogado americano, aborda a questão de forma mais radical. Francione é considerado um pioneiro da teoria abolicionista de direitos animais. Ele argumenta que os animais não deveriam ser considerados propriedade e tem como base moral o veganismo e a rejeição de todo e qualquer uso de animais para consumo humano. (LOURENÇO, 2008).

Atualmente há várias obras tanto na filosofia como no direito defendendo direitos dos animais tanto de autores que se consagram com estas ideias como dissertações e teses discorrendo sobre estes direitos.

5 ARQUEOLOGIA DOS DIREITOS ANIMAIS NO BRASIL

No Brasil a primeira legislação que engloba os animais foram as ordenações Manuelinas e Filipinas, a legislação portuguesa aplicada no Brasil na época colonial. Em 1886 aparece em São Paulo o primeiro código de posturas proibindo maus tratos de animais onde se proibiam cocheiros, condutores e ferradores de maltratarem animais e a multa era pecuniária (LEVAI, 2004).

Na história do direito brasileiro a Constituição de 1824 apresenta um parágrafo mencionando animais. Os animais no Código Civil de 1917 comportam a noção de “res nullium”: “coisas que não sendo públicas nem particulares, não

pertenceriam a ninguém”. Assim um animal caçado ou pescado passava a ser propriedade daquele que o tinha capturado (GORDILHO, 2010, p.135).

O primeiro grande marco histórico vem com um Decreto de Getúlio Vargas em 1934 que proíbe os maus tratos. Neste decreto são definidas várias condutas proibidas como indicativos de maus tratos⁴³. Ali proibiam-se várias condições que significassem abusos e excessos que não poderiam ser cometidos contra os animais.

Mais tarde, em 1941 com a Lei de Contravenções Penais a crueldade para com animais passa a ser considerada contravenção penal no artigo 64, sendo isto já revogado. A primeira legislação que fala em caça era permissiva em 1943, posteriormente substituída pela Lei de Proteção à Fauna em 1967 que transformou a caça profissional em crime. Nesta legislação os animais deixam de figurar como “*res nullium*”, ou coisa, para passarem a figurar como propriedade do Estado. Esta legislação pode ser considerada um marco, porque muda a ideia de tutela dos animais e sua ideia de “coisa de ninguém” (ou de todos). O significado social desta legislação é a mudança dos animais e natureza para outra categoria diferente da ideia de “propriedade”. Agora os animais, ou pelo menos alguns animais, passam a ocupar outra posição que não meramente de “coisa”.

A pesca (comercial, esportiva ou científica), por sua vez, passou a ser regulada por decreto em 1967 por um decreto, o “Código de Pesca” que sofreu alterações em 1988 quando a pesca predatória passou a ser proibida. Aqui também os animais e mesmo vegetais passam a ser domínio público⁴⁴ e cabe ao poder público permitir a pesca profissional com fins comerciais, além da pesca científica e esportiva. Em 1979, outra legislação regulou o uso dos animais no ensino (vivisseção) e em testes coibindo esta prática sempre que trouxesse sofrimento aos animais e quando houvesse métodos substitutivos. Outras normas jurídicas foram aos poucos sendo construídas regulando, geralmente coibindo ou mesmo proibindo, maus tratos e abusos com os animais. Assim, em 1983, criou-

⁴³ Conforme se encontra na lei referida: “**Consideram-se maus tratos:** I. Praticar ato de abuso ou crueldade em qualquer animal”.

⁴⁴ “Domínio Público- É a propriedade das pessoas de Direito Público, isto é, da União, Estados e Municípios” (NÁUFEL, 2008, p. 362).

se legislação regulando zoológicos, normas coibindo a pesca e maus tratos de cetáceos (baleias, golfinhos e botos). Depois disso criam-se regras federais dando conta da Tutela do Meio Ambiente com a Política Nacional do Meio Ambiente em 1981 e outras normas que dão mais garantias aos animais com a Lei de Ação Civil Pública, que traz ao Ministério Público, em 1985, o dever de proteger a fauna.

Outro importante marco histórico é a Constituição Federal de 1988 que em vários artigos menciona a fauna e em especial o art. 225 § 1º, inciso VII: *incumbe ao Poder Público proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.*

Em 1998 cria-se a Lei de Crimes Ambientais, um marco nos direitos ambientais, pois torna crime a crueldade com animais. Antes disso o ato ilícito de crueldade para com animais acarretava pena de multa e agora a pena inclui, além da multa, a possibilidade de pena de detenção, de três meses a um ano.

Com o conceito de fauna no direito brasileiro, animais como aves, peixes, batráquios, crustáceos, moluscos e lepidópteros são incluídos na legislação protetiva. Antes disso eram considerados de “irrelevância jurídica”. Com esta lei qualquer animal passa a ser protegido da crueldade, termo que acompanha o conceito introduzido na nova Constituição Brasileira.

Outras leis cuidam de animais em áreas específicas, ou conforme seus usos na sociedade. Neste sentido há legislação que obriga a insensibilização dos animais antes do abate desde 1952, com exceções nos abates de animais consumidos por judeus e muçulmanos. Os peixes e crustáceos ficam ao encargo do Ministério da Pesca e a lógica é de regular para que não haja extinção de peixes.

Os animais também são usados em transportes e começa a ser proibida a circulação de carroças em alguns municípios. Nos últimos anos tem começado a existir legislação proibitiva do uso de animais em esportes, assim animais em circos têm sido progressivamente proibidos em várias cidades e mesmo estados brasileiros. O mesmo ocorre com os rodeios e várias cidades já tiveram rodeios

proibidos por lei ou por ação do Ministério Público. Atualmente há um projeto de lei federal que pretende acabar com rodeios em todo o território nacional.

O ensino nas áreas médicas e biológicas costuma usar animais a título de aprendizagem em aulas de anatomia e outras disciplinas. Legislação específica, de 1979, coibia excessos e proibia a crueldade; em 2008 uma nova legislação flexibiliza os cuidados da normativa anterior. Cabe relatar um marco na legislação brasileira envolvendo um processo na justiça contra a UFRGS, quando um aluno da biologia entrou na justiça pedindo direito de “objeção de consciência” que é um direito constitucional de não realizar algo que vá de encontro a princípios morais ou religiosos. O aluno recusava-se a participar de aulas em que animais eram sacrificados ou utilizados. Depois que este aluno ganhou a causa em 2008 outros casos semelhantes ocorreram com o mesmo resultado. Segundo estudo da historiadora Marilea de Castro, o uso de animais no ensino tem sido abolido em vários países e em algumas universidades brasileiras seguem o mesmo caminho.

Há também animais utilizados em segurança pública. Estes animais são alugados em caráter provisório. Aqui no RS foi aprovada legislação impedindo o uso de cães em segurança privada e o caso acabou sendo discutido no Tribunal de Justiça do Estado do RS e o magistrado entendeu que a questão ambiental (crueldade com animais) era mais importante do que o direito de livre iniciativa também garantido constitucionalmente em outro marco jurídico brasileiro.

Outros animais são tratados como agentes causadores de zoonoses e regulados no Ministério da Saúde. No Rio Grande do Sul, por exemplo, existe legislação estadual recente proibindo o extermínio de cães, desta forma animais não podem mais ser executados como medida de controle populacional.

Uma reforma do Código Penal brasileiro, de 1940, prevê maior punição pelo tipo criminal de crueldade com animais, atualmente regulado pela Lei de Crimes Ambientais. Este crime é considerado de menor potencial ofensivo, portanto, acarretando punição mais branda. Consoante a este tipo de crime cabe relatar um caso exemplar que levou à condenação por crueldade com animais. Três jovens que mataram uma cadela de forma cruel em Pelotas foram processados e um dos indiciados chegou a ser condenado com pena de reclusão de um ano e os réus também tiveram de pagar multa por danos morais coletivos.

O marco histórico é o fato deste tipo de crime normalmente não acarretar grandes penas, pois, quando denunciado tendia a ficar impune. No caso em tela houve pena de reclusão e o surgimento de uma figura nova no direito, representada no dano moral coletivo e canal de abertura para eventos semelhantes. Cabe mencionar que está em discussão no Congresso o aumento da pena de crueldade para com os animais para que seja considerado de maior potencial ofensivo com uma pena de detenção maior.

Consoante às mudanças de paradigma no universo jurídico os animais já foram entendidos como coisa no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, alguns passaram a ser tutelados pelo Estado; mais tarde alguns juristas começaram a reivindicar a defesa dos animais enquanto “sujeitos de direito”⁴⁵. Tal defesa advoga que o animal possa ser defendido como sujeito e não mero objeto em processo judicial. A legislação espanhola garantiu aos primatas o lugar de “sujeitos de direito” e há outros países com casos isolados onde ativistas tentam libertar primatas com alegações jurídicas semelhantes e mesmo no Brasil já houve tentativa semelhante num pedido de habeas corpus de uma chimpanzé. Na Bolívia e Equador animais e a natureza ganham este lugar de “sujeitos de direitos”. Em 2015 na França os animais deixam de ser bens de consumo para serem seres sencientes e antes disso, em 1992 a Suíça fala mesmo em dignidade das criaturas.

Também há vários exemplos na sociedade demonstrando um maior interesse da sociedade em promover direitos aos animais. Relacionada à temática jurídico-política cabe mencionar a criação de partidos em vários países que defendem direitos animais. Atualmente há em torno de 13 países com partidos animalistas⁴⁶. No Brasil há uma Frente Parlamentar de Defesa dos Animais criada

⁴⁵ “Titular do direito. Cada uma das pessoas ligadas entre si numa relação judicial” (Náufel, 2008, p.687).

⁴⁶ Alemanha (1993), Holanda (2002), Espanha (2003), Canadá (2005), Reino Unido (2006), Itália (2006), Partido Animalista Europeu- Itália (2006), Inglaterra (2008), Portugal (2009), Humane Party -EUA (2009), Austrália (2010), Dinamarca (2010), e Animal Rights Party- EUA (2011), Party EcoAnimalista- Itália (2012), Suécia (2014), Chipre (2014), Turquia e há um partido europeu (2014), Euro Animal 7, composto de sete países, buscando assento na Comunidade Europeia e há notícias de um partido em formação na Suíça.

em 2011 e em alguns estados começam a serem criadas outras comissões políticas com o mesmo fim. Há igualmente projetos de promotorias de defesa animal, delegacias e em Porto Alegre e alguns municípios tem criado secretarias de defesa de animais.

6 ANÁLISE DE DADOS

Apresentados os dados empíricos sobre os paradigmas relacionados aos animais e sua materialização na sociedade cabe analisarmos estes dados de forma a observar os marcos que apresentam rupturas nestes paradigmas.

A primeira fase marca a separação do homem dos demais animais, quando o homem passou a exercer sua dominação na natureza. Foi para garantir sua subsistência que os humanos passaram a domesticar animais e vegetais e diferenciaram-se dos demais. Uma das marcas desta singularidade humana pode ser vista na alimentação, já que ao armazenar alimentos o homem transforma sua animalidade em elemento cultural e a transmite a outras gerações. A comida se modifica e os homens deixam de ser animais como os demais que buscam na natureza direta as fontes de nutrição como fazem os outros animais.

Depois disso começa uma longa história marcada pelo antropocentrismo com a valorização da superioridade humana frente os demais animais. Há inicialmente um antropocentrismo com a noção de finalidade e hierarquia .O homem é não somente o centro, mas a razão da criação do universo, e ele considera-se hierarquicamente superior aos demais animais. Os animais são objetos e podem ser usados e não há nenhuma ideia de proibição de crueldade para com os mesmos. No direito os animais podem ser castigados quando causam danos aos homens. Os humanos julgam-se providos de uma racionalidade e inteligência que lhe torna superior aos demais. O homem vê-se separado da natureza e ele se autorreferencia como humano. Começa uma dicotomia entre animal e humano com a desvalorização do animal. O homem é reconhecido como animal, mas os atributos animais são depreciados.

Outro elemento importante, neste período, é a valorização da Filosofia, pois os filósofos são providos de um capital simbólico que lhes garante peso da verdade em seus enunciados. Na história pode se observar que os gregos são os fundadores destas ideias antropocêntricas teleológicas e a valorização da racionalidade humana, ou melhor dizendo, a racionalidade como atributo humano. E isto ficou consagrado, praticamente naturalizado, não somente no senso comum, mas em vários campos, e é uma representação social do que é ser “humano”, ou seja, uma construção histórica de nossa “humanidade”. Neste conceito há uma polarização do humano versus animal e outra do mental/racional versus passional/animal, como se as escolhas humanas tanto no âmbito psicológico como social fossem meramente marcadas por esta racionalidade. Este conceito sobrevive dos filósofos pré-socráticos, passando pelos humanistas, até os positivistas e opera mesmo nas ideologias mais críticas como o direito crítico e outros campos.

Quanto ao antropocentrismo, também a tradição judaico-cristã parte igualmente desta ideia de supremacia humana. Aqui se ratifica a ideia de que a “Criação” foi feita para os humanos que poderiam “dominar sobre os demais animais” como já prevê e prescreve o texto bíblico que teve grande influência na história da civilização ocidental. Pelo que vimos na história do pensamento ocidental, tanto os gregos quanto o cristianismo tiveram importância fundamental na história que se seguiu e ambos corroboram com estas ideias antropocêntricas teleológicas a cerca dos homens e o restante da natureza.

Na Idade Média a Igreja é revestida de grande poder simbólico e de fato e ela passa a influenciar de forma dominante e hegemônica vários campos sociais. Desta forma a Igreja interfere no plano político, educacional e econômico. Ela produz e reproduz o pensamento que advoga esta superioridade humana e apesar da valorização da religião e da fé, ela nunca desvalorizou a espécie humana em detrimento de outros animais. Apesar do teocentrismo da época e a valorização da fé, da religião e do deus (cristão) ela reforça também a racionalidade humana e a razão. No pensamento que se produziu na época de Tomás de Aquino não há nenhum declínio da valorização dada à razão e à racionalidade que garante a superioridade ao homem. Em relação aos animais

neste período há algumas propostas de diminuir a crueldade para com os animais, mas para reforçar a superioridade humana ou para impedir que os homens se assemelhassem aos animais ao exercerem a crueldade para com os animais.

Com o cristianismo, e as ideias que já existiam de valorização do humano, a dicotomia entre homem e animal é exacerbada e as características animais relegadas à maior inferioridade e o lado animal é rechaçado e desprezado. Podemos até dizer que foi recalcado. A polarização entre humano e animal ganha outras conotações, assim a razão é valorizada em detrimento das paixões que passam a ser associadas à animalidade. Poderíamos dizer que neste período a espécie humana deixou de ser animal, já que suas características animais foram não somente desvalorizadas, mas proibidas e mesmo consideradas pecado. Alguns animais são associados ao mal, às forças satânicas⁴⁷ criadas pelo pensamento cristão medieval. No direito os animais podem ser julgados, processados e punidos e têm um lugar incerto, porque podem ser identificados como coisa ou propriedade, mas igualmente podem tomar parte em um processo como réus.

Com a Renascença há um declínio deste pensamento religioso cristão e o antropocentrismo se reforça, porque há uma grande valorização do homem. A ciência toma o lugar de deus e da Igreja e começa a dominar o pensamento revestindo-se de grande poder simbólico. Com a Renascença e o fortalecimento da ciência viabiliza-se observar empiricamente a semelhança entre homens e animais, mas paradoxalmente eles viram objetos e passam a ser usados também como ferramentas da ciência. Há uma supervalorização da razão e racionalidade e prossegue a noção de hierarquia entre os seres com a supremacia humana.

Apesar do marco histórico do uso dos animais na ciência, começam a surgir pensadores que começam a defender os animais, por entenderem que eles sentem dor e sofrem e não deveriam os humanos ser cruéis para com eles. Agora começa-se a advogar que a crueldade deveria ser proibida pelo que causava aos animais e não por causa dos homens. A partir deste momento começam a existir

⁴⁷ Agora com o cristianismo “o mal” é personificado na figura de uma entidade, o diabo, que tem corpo parte humana, parte animal.

alguns movimentos de defesa dos animais e propostas para que a crueldade fosse proibida ou coibida. O pensamento é ainda antropocêntrico, e não se defende que os animais tenham algum valor ou direitos, mas é o momento em que começam a ser criadas leis de defesa de animais, buscando diminuir o sofrimento de animais.

No século XX começam movimentos de libertação animal com novas teorias filosóficas advogando direitos aos animais e a legislação acompanha este movimento. No Brasil começa com o Decreto de Getúlio Vargas em 1934, seguido de outras leis com marcos na Constituição Federal de 1988 e a Lei de Crimes ambientais em 1998. Além disso, são aprovadas várias leis em várias localidades com o intuito de proibir e diminuir a crueldade com animais usados em várias situações. Também começam a ser produzidas obras na área jurídica discutindo a questão e principalmente advogando que os animais passassem a ser considerados “sujeitos de direito”.

A legislação brasileira propriamente é ainda antropocêntrica, porque é feita para os humanos e “as futuras gerações”. A noção de crueldade não acompanha a todos os animais, já que os animais usados no consumo têm legislação que permite a crueldade e o sofrimento permitido é “apenas o necessário”. Como “necessário” entende-se a permitir que certas atividades de consumo humano possam prosseguir, mesmo que tragam dor e sofrimento aos animais. Assim, o abate de alguns animais pode ser sem insensibilização⁴⁸, filhotes são castrados sem anestesia e não há nenhuma legislação coibindo estas práticas.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pudemos observar nos últimos anos a legislação brasileira tem construído várias leis protetivas para com animais. Vimos que já Durkheim apontava que as regras jurídicas são construídas a partir das normas sociais. O direito reflete e é fruto de uma moral social, assim as condutas censuradas pela

⁴⁸ Antes do abate os animais devem ser “insensibilizados”, ou seja, devem ser empregadas técnicas que lhes tirem a capacidade de sentir e lhes impossibilitem estar conscientes na hora do abate.

sociedade acabam sendo cristalizadas em regras jurídicas. Para Bourdieu não é diferente, pois igualmente o processo de assimilação destas regras sociais não é fruto de racionalização ou escolha consciente, mas fazem parte de um *habitus*. Assim existem forças sociais operando no espaço social que é também um campo de lutas.

Os paradigmas relacionados aos animais são muito antigos. Há um paradigma central antropocêntrico que estabelece que os animais existem para servirem os humanos e que os atributos ou características humanas são superiores, permitindo que os (demais) animais sejam usados como objetos. No direito os animais muitas vezes são considerados “coisa” ou “propriedade”.

Independente da resistência da noção antropocêntrica que subsiste centenas de anos na história, pudemos observar mudanças de conduta em relação aos (demais) animais. Parte-se de uma história marcada de exemplos de crueldade para com os animais para uma fase em que começa a emergir um novo paradigma de respeito aos animais por seu valor inerente. Isto pode ser visto na história do pensamento e na legislação que se movimenta no sentido de defender os animais do sofrimento até mesmo à noção que os equipara aos humanos na área jurídica. Há novas sanções no Direito Penal para os crimes de crueldade com animais; algumas práticas antigas que envolviam a crueldade foram proibidas como a Farra do Boi, briga de galos e outras. Também emergem novas leis pedindo o fim de rodeios e outros esportes semelhantes e outros exemplos reforçam esta mudança.

Por outro lado através da legislação pode se perceber que ainda há um grande contingente de animais que ainda está esquecido pela legislação, pois as leis que regulam a conduta para com estes animais são olhadas sob uma ótica mais antropocêntrica e na sua maior parte sob um viés econômico. Os exemplos neste grupo de animais mais invisíveis são os animais de consumo e outros que são objetos da ciência. Estes dados sugerem que os animais para quem ainda não existem regras de defesa contra maus tratos ou crueldade, como já prevê a lei atual, têm um valor econômico que permite esta invisibilidade jurídica. Já existe no Brasil legislação suficiente para impedir e punir estas práticas, pois como vimos já em 1934 existia legislação proibindo maus tratos. Isto foi posteriormente

ratificado pela Constituição de 1988 e a Lei de Crimes ambientais de 1998 mediante regras jurídicas que proíbem a crueldade para com animais. Apesar desta legislação para alguns animais ainda parecem naturalizadas certas práticas já proibidas desde 1934 estes preceitos ainda não têm efeito.

Mesmo assim a pesquisa apontou mudanças ao longo da história. A grande mudança está nas condutas para com os animais quando se advoga menos crueldade o que se reflete no Direito e em outros mecanismos do Estado. Também pode se ver que o antropocentrismo começa a dar espaço a outro paradigma, que já aparece na legislação de outros países. O paradigma que constitui esta nova fase está na ideia de um valor inerente atribuído aos (demais) animais que deixariam de serem vistos como meros objetos de consumo e a quem se podem usar e maltratar. Assim hoje há vários preceitos jurídicos buscando defender os animais de maus tratos ou crueldade, mesmo que exista resistência para incluir nestes direitos os animais de consumo. No entanto no campo filosófico já se observam novos paradigmas pedindo que estas noções de respeito e direitos se ampliem para outros animais. A acelerada expansão do veganismo pode nos levar duplamente à ideia de revolução social, pois a ideia antropocêntrica dominante começa a ruir nesta recusa de se utilizar outros animais como comida, da mesma forma que foi a Revolução Neolítica a nos distinguir dos demais animais.

Em algumas áreas do pensamento como Sociologia e Ciência Política a temática relacionada aos animais ainda fazem parte do debate periférico quando em análises de movimentos sociais ou de partidos ambientalistas, reforçando de certa forma, a análise de Bourdieu sobre as disputas nos campos sociais, pois este tema não foi ainda adotado no discurso dominante. Em relação aos demais animais os cientistas sociais ainda reproduzem o senso comum e não se fazem cientistas. Citando Bourdieu poderia se pensar que “existem problemas que os sociólogos deixam de apresentar porque a tradição profissional não os reconhece como dignos de serem levados em consideração,[...] e, inversamente, existem questões que eles se obrigam a formular porque as mesmas ocupam uma posição elevada na hierarquia consagrada dos temas de pesquisa (BOURDIEU, p.41, 2005c). Finalizamos recomendando a urgência de pesquisas sobre o tema

nas ciências sociais, pois o impacto das mudanças culturais sobre a temática animal afetam várias áreas da sociedade

REFERÊNCIAS

a) Obras consultadas

ANDERY, M. A. P. A. et al. **Para compreender a ciência: uma perspectiva histórica**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

BOURDIEU, P. (2004a). **Coisas Ditas**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

_____. **Meditações Pascalianas**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BOURDIEU, P. (2005a). **O Poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

BOURDIEU, P. (2005c). **Ofício de Sociólogo**. Petrópolis: Vozes, 2005.

BOURDIEU, P. (2004b). **Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo científico**. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

BOURDIEU, P. (2005b). **Razões Práticas**. Campinas: Papyrus, 2005-b.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal.

Cadernos de sociologia / Programa Pós-Graduação em Sociologia, v.9 (1998). Porto Alegre: PPGS/UFRGS, 1989-1998.

CASTRO, J. M. A. y. **Direito dos Animais na Legislação Brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2006.

CASTRO, M. (org). **Século XXI novos Modelos para Novos Tempos**. Porto Alegre: Editora do Conhecimento, 2008.

DIAS, E. C. **A Tutela Jurídica dos Animais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

DURKHEIM, E. (2005a). **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

DURKHEIM, E. (2010a). **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DURKHEIM, E. **sociologia**. 6. ed. São Paulo: Ática, 2005.

DURKHEIM, E. **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

EIZIRIK, M. F. **Michael Foucault: um pensador presente**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.

FOUCAULT, M. **A Arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987.

_____. **Microfísica do Poder**. RJ: Edições Graal, 1986.

GARNER, R. Animals, Politics and Morality. **Manchester University Press**, 2004. Manchester and New York.

LEVAI, L. F. **Direito dos animais**. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 2004.

LIMA, E. C. **A Campanha do Referendo do Desarmamento**. Porto Alegre: UFRGS, 2009. Dissertação (Mestrado em Sociologia), Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2009.

LOURENÇO, B. **Direito dos animais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

MEDAUAR, O. (org). **Coletânea de Legislação Ambiental**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008.

NACONECY, C. **Ética & Animais**. Um Guia de Argumentação Filosófica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

NÁUFEL, J. **Novo Dicionário Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

PAULO, A. de (ed). **Pequeno dicionário Jurídico**. Rio de Janeiro: CP&A editora, 2004.

REGAN, T. **Jaulas vazias**. Porto Alegre: Lugano; 2006.

SANTANA, H. J. de. Os crimes contra a fauna e a filosofia jurídica ambiental. In: **VI CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL**, 6, 2002, São Paulo. Anais. São Paulo: IMESP, 2003.

_____. Abolicionismo animal. In: **Revista de Direito Ambiental**, a. 9, n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, dezembro de 2004.

_____. **Direito Ambiental Pós-Moderno**. Curitiba: Juruá, 2010.

SINGER, P. **Libertação animal**. Lugano Editora, Porto Alegre, 2004.

THOMAS, K. **O Homem e o Mundo Natural**. São Paulo: Companhia da Letras, 2010.

b) Sites da Internet

CÂMARA FEDERAL. **Instalada a Frente Parlamentar em Defesa dos Animais**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/MEIO-AMBIENTE/203352-INSTALADA-A-FRENTE-PARLAMENTAR-EM-DEFESA-DOS-ANIMAIS.html>>. Acesso em: 28 out. 2012.

CÂMARA FEDERAL. **Projeto torna crime sacrifício de animais em ritos religiosos**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/MEIO-AMBIENTE/427111-PROJETO-TORNA-CRIME-SACRIFICIO-DE-ANIMAIS-EM-RITOS-RELIGIOSOS.html>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

DAMÁSIO DE JESUS. **Os direitos inalienáveis dos chimpanzés: um fato histórico ou motivo de chacota?** Disponível em: <<http://www.damasiobauru.com.br/?pages=pages/noticia.php&n=210>>. Acesso em: 26 out. 2012.

ESTADÃO. **Motorista que arrastou cadela até a morte é condenado em Pelotas**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,motorista-que-arrastou-cadela-ate-a-morte-e-condenado-em-pelotas,594191,0.htm>>. Acesso em: 24 nov. 2012.

FUNASA. **Funasa**. Disponível em: <<http://www.funasa.gov.br/site/>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA (Brasil) (Ed.). **Ministério da Agricultura**. Disponível em: <<http://www.agricultura.gov.br/animal/bem-estar-animal>>. Acesso em: 25 nov. 2012

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RS (Brasil) (Ed.). **Ministério Público do RS**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/noticias/id12336.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

PAULO ODONE. **Deputado Odone apresenta projeto que proíbe utilização de cães para serviço de vigilância**. Disponível em: <<http://www.pauloodone.com.br/deputado-odone-apresenta-projeto-que-proibe-utilizacao-de-caes-para-servico-de-vigilancia/>>. Acesso em: 21 dez. 2012.

(PRE) TEXTO INTERNACIONAL. **Direito ambiental comparado: os "direitos da natureza" na Constituição do Equador e a Bolívia.** Disponível em: <http://pretextointernacional.blogspot.com.br/2011/05/direito-ambiental-comparado-os-direitos_19.html>. Acesso em: 24 out. 2012.

REOCITIES. **Constituições.** Disponível em: <<http://br.reocities.com/direitoub/frame/internacionais/constitu.htm>>. Acesso em: 25 out. 2012.

RICARDO TRIPOLI (Ed.). **Projeto apresentado por Trípoli proíbe perseguição de animais em provas de rodeios.** Disponível em: <<http://www.ricardotripoli.com.br/?p=833>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

SRZD. **Projeto que proíbe animais em circos do Brasil é aprovado no Senado.** Disponível em: <www.sidneyrezende.com/noticia/133145+projeto+que+proibe+animais+em+circos+do+brasil+e+aprovado+no+senado>. Acesso em: 30 out. 2012.

VISTA-SE (Ed.). **FARO.** Disponível em: <<http://vista-se.com.br/redesocial/faro-grupo-de-advogados-e-outros-cidadaos-pretende-proibir-rodeios-em-todo-o-pais-e-voce-pode-fazer-parte-disto>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

WIKIPEDIA (Ed.). **Farra do Boi.** Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Farra_do_boi>. Acesso em: 4 dez. 2012.

WIKIPEDIA. **Caso da cachorra Preta.** Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_da_cadela_Preta>. Acesso em: 23 nov. 2012.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM
DIREITO E SOCIEDADE DO
UNILASALLE**

**GT – COMPARATIVE STUDIES OF LEGAL
PROFESSIONS**

CANOAS, 2015

O ENSINO DO DIREITO E O PROCESSO DE BOLONHA EM PORTUGAL: UMA ANÁLISE DA FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA

Córa Hisae Hagino

RESUMO: O objetivo desta pesquisa é analisar o impacto de Processo de Bolonha nas Faculdades de Direito em Portugal, especialmente na Faculdade de Direito de Coimbra. Neste sentido, analisei as transformações pedagógicas e curriculares após a implementação do Processo de Bolonha. Esta pesquisa multidisciplinar articula Sociologia, Direito e Educação. Metodologicamente, realizei observação participante em classe de oito disciplinas (teórica e prática) e exames, entrevistas com dezessete professores da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e análise documental dos programas e currículos antes e depois do Processo de Bolonha. Como resultado, é possível apontar que a Escola de Direito de Coimbra perdeu um ano de estudos após a Reforma de Bolonha, mas as horas das disciplinas são quase as mesmas. Outro resultado é que disciplinas anuais se tornaram semestrais, com mais provas após o Processo de Bolonha. Todavia o currículo após a Reforma de Bolonha continua sem interdisciplinariedade e centrado no docente. A avaliação continuada não acontece em razão do excessivo número de estudantes na aula. Outro efeito do Processo de Bolonha é que o mestrado se tornou exigência para entrar nas melhores faculdades de direito e no Centro de Estudos Judiciários, que forma a magistratura. Em Portugal, o Processo de Bolonha foi aplicado sem debate suficiente com a sociedade civil, e a maior parte do estudantes e professores se posicionam contrários a esta reforma. Esta situação juntamente com o aumento das propinas têm criado uma grande insatisfação no meio acadêmico. Por outro lado, os docentes reclamam que eles possuem muito trabalho e não possuem tempo para fazer pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: ensino do direito; processo de bolonha; faculdades de Direito.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo demonstrar o impacto da Reforma de Bolonha nas faculdades de direito portuguesas, em especial a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Em um primeiro momento, foi realizada uma análise documental de todas as declarações que deram origem ao denominado Processo de Bolonha, buscando verificar os preceitos básicos de cada documento. Além disso, foi efetuada observação participante em sala de aula, na qual alguns docentes e discentes referiram o Processo de Bolonha.

Entrevistas foram executadas com os atores sociais, tais como docentes e o presidente do NED/AAC (Núcleo de Estudante de Direito da Associação Académica de Coimbra) da Faculdade de Direito de Coimbra a fim de perceber quais os impactos que a Reforma de Bolonha teve nestas categorias. Observou-se, ainda, as alterações curriculares pré e pós Bolonha nesta instituição.

2 O PROCESSO DE BOLONHA NAS FACULDADES DE DIREITO EM PORTUGAL

Em Portugal, a implementação do Processo de Bolonha se deu com a publicação do Decreto-lei nº 74/2006¹, de 24 de março. A transformação para o Processo de Bolonha foi coordenada pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior (MCTES) e foi coadjuvado pela Direcção Geral do Ensino Superior (DGES), pela Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT), pelo Gabinete de Relações Internacionais para a Ciência e o Ensino Superior (GRICES). O órgão responsável pela avaliação do ensino superior é o Conselho Nacional para a Avaliação do Ensino Superior.

Antes da principal legislação sobre o processo de Bolonha ser publicada, diversos órgãos se posicionaram a este respeito. O Conselho de Reitores das Universidades Portuguesas (CRUP) em reunião em 2001, reconheceu a necessidade da criação de um espaço europeu do ensino superior e reafirmou os objetivos propostos no Processo de Bolonha: mobilidade de estudantes e

¹ Havia legislações anteriores também relacionadas ao Processo de Bolonha, entre elas: Lei nº 1/2003, de 6 de janeiro, que trata da qualidade do ensino; Lei nº 37/2003, de 22 de agosto sobre financiamento; o Decreto-Lei nº 42/2005, de 22 de fevereiro que regulamenta os princípios reguladores de instrumentos para a criação do Espaço Europeu do Ensino Superior (EEES), a Lei nº 49/2005, de 30 de agosto, que altera a Lei de Bases do Sistema Educativo.

professores, empregabilidade e maior competitividade na União Europeia e em relação aos outros países. O CRUP propõe um quadro de referência para reflexão sobre a necessidade de comparabilidade dos graus, mas não sua homogeneização e a transformação do ensino superior em ciclos. Neste sentido, o CRUP aponta a redução da licenciatura para quatro anos² e mantém os graus de mestre em um ano e de doutor em três (Justo, 2003).

O Conselho Nacional de Avaliação do Ensino Superior (CNAES) emitiu em 2002 um parecer em que sugeria três ciclos: licenciatura, mestrado e doutoramento. O mestrado duraria um ano caso a licenciatura perdurasse por quatro anos e dois anos se a licenciatura durasse três anos, totalizando sempre cinco anos no total dos dois ciclos. Além disso, estabelece que seria utilizado o sistema ECTS de créditos de modo que 60 créditos significassem o volume de trabalho de um ano e 30 créditos correspondessem a um semestre.

O Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior em 2003 elaborou um relatório denominado “Um Ensino Superior de Qualidade”, em que afirma ter como objetivo garantir aos estudantes uma educação de qualidade e adaptar o sistema de ensino à Declaração de Bolonha. Assim, pretendia-se licenciaturas de quatro anos, excepcionalmente podendo durar até mais dois anos, mestrados com vocação científica ou profissional com dois semestres e, por fim doutoramentos com a duração máxima de dois anos ou quatro semestres.

Os pontos mais destacados pelas normas jurídicas portuguesas sobre o Processo de Bolonha são a definição de conceitos para a organização curricular; a utilização de créditos; a demarcação dos limites mínimos e máximos do trabalho de um ano curricular; a delimitação de uma escala de classificação de créditos no país e uma metodologia de conversão para a escala europeia e a criação de instrumentos de mobilidade estudantil no EEES (Ferreira, 2007).

Assim que foi promulgado o Decreto-Lei 74/2006, alguns cursos de ensino superior já estavam adaptados à Reforma de Bolonha. Todavia, em 2008 98% das licenciaturas já se encontravam nos moldes de Bolonha, servindo o Decreto para uma adequação formal e não uma transformação dos cursos que em muitos

² O CRUP indica que excepcionalmente algumas licenciaturas poderão durar cinco anos, como Engenharia, Medicina e Arquitetura.

casos já havia acontecido (Direcção Geral do Ensino Superior *apud* Sindicato Nacional do Ensino Superior, 2008).

3 OS CURRÍCULOS NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA NOS PERÍODOS PRÉ-BOLONHA, TRANSIÇÃO E PÓS-BOLONHA

O Processo de Bolonha entrou oficialmente em vigor na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 30 de setembro de 2007, ou seja, no ano letivo 2007/2008, três anos antes do prazo final previsto para a transformação total das licenciaturas em Portugal.

O curso de direito durava cinco anos antes da Reforma de Bolonha e as disciplinas eram anuais, após Bolonha, a licenciatura em direito passou para um total de quatro anos e a ter disciplinas semestrais, entre outras transformações curriculares e pedagógicas que serão objeto deste item e do posterior.

Inicialmente, analisarei as transformações curriculares ocorridas com o Processo de Bolonha. Para tal, dividi esta análise em três períodos: pré-Bolonha (ano letivo 2004/2005), transição (ano letivo 2007/2008) e pós-Bolonha (ano letivo 2014/2015).

A escolha deveu-se a fim de fazer uma comparação entre estes três períodos distintos, nos últimos dez anos. O primeiro período (2004/2005) foi escolhido por ser anterior às transformações curriculares ocasionadas pela Reforma de Bolonha. O segundo momento estudado (2007/2008) corresponde ao momento seguinte à implantação de Bolonha na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Neste sentido, deseja-se entender as possíveis alterações curriculares neste período de transição anterior e posterior ao Processo de Bolonha. Já o terceiro intervalo (2014/2015) foi analisado por ser mais recente e por completar os dez anos de investigação curricular. Além disso, permite observar se houve grandes alterações no currículo da Escola de Direito de Coimbra após o período de transição ou ainda se foi mantido o currículo de transição.

Quadro 1³ – 1º ano do curso de direito na FDUC nos períodos Pré-Bolonha,
Transição e Pós-Bolonha

| Pré-Bolonha (2004/2005) | Transição (2007/2008) | Transição (2007/2008) | Pós-Bolonha (2014/2015) | Pós-Bolonha (2014/2015) |
|---|---------------------------------------|---|---------------------------------------|---|
| Curso anual | 1º semestre | 2º semestre | 1º semestre | 2º semestre |
| Direito Constitucional e Ciência Política | Direito Constitucional I | Direito Constitucional II | Direito Constitucional I | Direito Constitucional II |
| Direito Romano e História do Direito Português | Direito Romano | História do Direito Português | Direito Romano | História do Direito Português |
| Economia Política | Economia Política I | Economia Política II | Economia Política I | Economia Política II |
| Introdução ao Direito | Introdução ao Direito I | Introdução ao Direito II | Introdução ao Direito I | Introdução ao Direito II |
| | Direito Internacional Público I | Introdução ao Pensamento Jurídico Contemporâneo* | Direito Internacional Público I | Direito Internacional Público II* |
| | Direito Financeiro* | | | Introdução ao Pensamento Jurídico Contemporâneo* |
| | | | | Inglês Jurídico* |

* disciplina optativa

³ Apesar de no período pós Bolonha não haver disciplinas anuais, utilizei as disciplinas de 1º e 2º semestre como forma de facilitar a comparação. Além disso, no período posterior à Bolonha, o plano de curso está dividido por anos letivos a título indicativo, devendo o aluno obter no total 240 créditos ECTS (222 através da aprovação de disciplinas e 18 livres).

Fonte: <https://woc.uc.pt/fduc/course/planocurricular.do>, acessado em 28 de março de 2013 e <https://apps.uc.pt/courses/pt/course/1556/2014-2015>, acessado em 18 de maio de 2015.

Como se pode observar no quadro 2, as alterações ocorridas no período no período de transição e posterior ao Processo de Bolonha foram em primeiro lugar a alteração de disciplinas anuais para semestrais. As principais alterações foram o desdobramento de uma disciplina anual do período pré-Bolonha em duas semestrais no período de transição e pós-Bolonha. Neste contexto, foi inserida nos períodos de transição e pós-Bolonha, a matéria Direito Internacional Público I que antes da Reforma de Bolonha eram lecionada no segundo ano.

No currículo de transição ocorreu a retirada da disciplina Ciência Política do currículo, que antes do Processo de Bolonha era ensinada junto com Direito Constitucional com a nomenclatura de “Direito Constitucional e Ciência Política”. Esta disciplina no currículo de transição passou a ser denominada “Direito Constitucional I” e “Direito Constitucional II”. Esta alteração foi mantida até a presente grade curricular.

Outras alterações podem ser mencionadas como a inclusão de disciplinas optativas, tais como: Direito Financeiro (no currículo de Transição), Introdução ao Pensamento Jurídico Contemporâneo (no currículo de Transição e se manteve no pós-Bolonha), Direito Internacional Público II (no currículo pós- Bolonha desde 2011/2012) e Inglês Jurídico (no currículo pós- Bolonha desde 2011/2012).

Quadro 2 – 2º ano do curso de direito na FDUC nos períodos Pré-Bolonha, Transição e Pós-Bolonha

| Pré-Bolonha (2004/2005) | Transição (2007/2008) | Transição (2007/2008) | Pós-Bolonha (2014/2015) | Pós-Bolonha (2014/2015) |
|------------------------------------|----------------------------------|----------------------------------|------------------------------------|------------------------------------|
| Curso anual | 1º semestre | 2º semestre | 1º semestre | 2º semestre |
| Direito Administrativo | Direito Administrativo I | Direito Administrativo II | Direito Administrativo I | Direito Administrativo II |
| Direito | Direito | Direito | Direito da União | Direito da União |

| | | | | |
|---------------------------------------|------------------------------------|------------------------------------|------------------------------------|-------------------------------------|
| Internacional Público e Europeu | Comunitário I | Comunitário II | Europeia I | Europeia II |
| Economia e Finanças Públicas | Direito do Trabalho I | Finanças Públicas I | Direito do Trabalho I | Direito do Trabalho II * |
| Teoria Geral do Direito Civil | Teoria Geral do Direito Civil I | Teoria Geral do Direito Civil I | Teoria Geral do Direito Civil I | Teoria Geral do Direito Civil II |
| | | Direito Fiscal I | Finanças Públicas I | Direito Fiscal I |
| | | | | Finanças Públicas II* |
| | | | | Alemão Jurídico * |
| | | | | Inglês Jurídico II* |

* disciplina optativa

Fonte: <https://woc.uc.pt/fduc/course/planocurricular.do>, acessado em 28 de Março de 2013 e <https://apps.uc.pt/courses/pt/course/1556/2014-2015>, acessado em 18 de maio de 2015.

A matéria Direito do Trabalho I passou a ser lecionada no segundo ano de Faculdade de Direito após o Processo de Bolonha (antes de Bolonha era lecionada no terceiro ano). Este fato não agradou um dos professores da disciplina. Este mesmo docente também discorda de Direito do Trabalho II ter se tornado uma disciplina optativa após a Reforma de Bolonha. Sendo assim, antes de Bolonha se tinha um ano de Direito do Trabalho e no pós-Bolonha apenas seis meses obrigatórios e seis meses de estudos opcionais.

“Um semestre é pouco para Direito do Trabalho e deveria ser mais tarde, que aparecesse depois da Teoria Geral do Direito Civil. Antes era no terceiro ano, mas vocês terão as duas matérias juntas [...] Com a necessidade de passar cinco anos em quatro, o Direito do Trabalho é lecionado no mesmo ano que Teoria Geral do Direito Civil.” Docente 1.

As disciplinas optativas são as consideradas menos essenciais no currículo em relação ao conteúdo das cadeiras obrigatórias. Deste modo, a matéria de Direito do Trabalho perdeu importância no currículo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra com a Reforma de Bolonha. E dentro de Direito do Trabalho o conteúdo de Direito do Trabalho I parece ser considerado mais fundamental do que Direito do Trabalho II. Assim, dentro do Direito do Trabalho privilegia-se o conteúdo do contrato individual do que as negociações coletivas, que estão presentes no plano de estudos de Direito do Trabalho II.

Além da divisão de disciplinas anuais em semestrais, como Direito Administrativo e Teoria Geral do Direito Civil, outras alterações podem ser observadas, através da mudança do nome da disciplina de Direito Internacional Público e Europeu para Direito Comunitário e, a seguir, para Direito da União Europeia.

A cadeira de Economia e Finanças Públicas foi dividida em Finanças Públicas I e Finanças Públicas II, sendo a segunda optativa no ano 2014/2015. A matéria Direito Fiscal I, que aparece no segundo ano letivo dos currículos de transição e pós-Bolonha, é um desdobramento da disciplina pré-Bolonha Direito Administrativo e fiscal, que era lecionada no terceiro ano.

Outro diferencial foi a inclusão da disciplina Alemão Jurídico como optativa a partir do ano letivo 2008/2009. Já a disciplina Inglês Jurídico II é incluída somente no ano letivo 2012/2013, não havendo esta disciplina no ano letivo 2011/2012.

Quadro 3 – 3º ano do curso de direito na FDUC nos períodos Pré-Bolonha, Transição e Pós-Bolonha

| Pré-Bolonha (2004/2005) | Transição (2007/2008) | Transição (2007/2008) | Pós-Bolonha (2014/2015) | Pós-Bolonha (2014/2015) |
|------------------------------------|----------------------------------|----------------------------------|------------------------------------|------------------------------------|
| Curso anual | 1º semestre | 2º semestre | 1º semestre | 2º semestre |
| Direito Administrativo e Fiscal | Direito Administrativo III | Contratos Civis | Direito Administrativo III | Contratos Civis * |

| | | | | |
|--------------------------|----------------------------|-----------------------------|----------------------------------|-----------------------------|
| Direito das Obrigações | Direito das Obrigações I | Direito das Obrigações II | Direito das Obrigações I | Direito das Coisas |
| Direito do Trabalho | Direito Penal I | Contratos Públicos | Direito da Família e dos Menores | Contratos Públicos* |
| Direito Penal | Direito Processual Civil I | Direito Penal II | Direito Penal I | Direito das Obrigações II |
| Direito Processual Civil | | Direito Processual Civil II | Direito Processual Civil I | Direito Penal II |
| | | | | Direito Processual Civil II |
| | | | | Direito Fiscal II* |

* disciplina optativa

Fonte: <https://woc.uc.pt/fduc/course/planocurricular.do>, acessado em 28 de Março de 2013 e <https://apps.uc.pt/courses/pt/course/1556/2014-2015>, acessado em 18 de maio de 2015.

As mudanças ocorridas ao terceiro ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra incluem a inserção das disciplinas Contratos Públicos e Contratos Cíveis, inicialmente enquanto disciplinas obrigatórias e, posteriormente, enquanto disciplinas optativas.

A disciplina Direito Administrativo e Fiscal foi dividida em Direito Administrativo III e Direito Fiscal I, que passou a ser lecionada no segundo ano da faculdade de direito.

Direito Penal, Direito das Obrigações, Direito Processual Civil foram repartidas em duas disciplinas semestrais e houve a inclusão da disciplina semestral Direitos das Coisas após o Processo de Bolonha, sendo que antes era uma cadeira anual lecionada no quarto ano.

A matéria Direito da Família e dos Menores foi antecipada para o terceiro ano mais recentemente, pois no período pré-Bolonha (com a nomenclatura Direito da Família e Sucessões) e transição era lecionada no quarto ano.

Por fim, Direito Fiscal II já se encontrava como cadeira optativa desde o ano letivo 2012/2013 e assim permanece até o ano 2014/2015.

Quadro 5 – 4º ano do curso de direito na FDUC nos períodos Pré-Bolonha, Transição e Pós-Bolonha

| Pré-Bolonha (2004/2005) | Transição (2007/2008) | Transição (2007/2008) | Pós-Bolonha (2014/2015) | Pós-Bolonha (2014/2015) |
|---|-------------------------------|--|--------------------------------|--|
| Curso anual | 1º semestre | 2º semestre | 1º semestre | 2º semestre |
| Medicina Legal | Medicina Legal | Direito Comercial II | Medicina Legal | Direito Comercial II |
| Direito Comercial | Direito Comercial I | Direito Patrimonial da Família e Sucessões | Direito Comercial I | Direito Patrimonial da Família e Sucessões |
| Direito das Famílias e Sucessões | Direito da Família e Menores | Direito Processual Penal | Direito Penal III | Direito Processual Penal |
| Direito das Coisas | Direito das Coisas | Direito Processual Civil III | Organização Judiciária | Direito Processual Civil III |
| Direito e Processo Penal | Direito Penal III | Direito dos Registos e Notariado * | Metodologia do Direito | Direito dos Registos e Notariado * |
| Direito Internacional Privado e Comunitário | Direito Internacional Privado | | Direito Internacional Privado | Contrato Civis * |

| | | | | |
|--|------------------------|--|--|-----------------------------------|
| | Metodologia do Direito | | | Contratos públicos* |
| | Organização Judiciária | | | |
| | | | | Direito Reais II* |
| | | | | Direito Internacional Privado II* |

* disciplina optativa

Fonte: <https://woc.uc.pt/fduc/course/planocurricular.do>, acessado em 28 de março de 2013 e <https://apps.uc.pt/courses/pt/course/1556/2014-2015>, acessado em 18 de maio de 2015.

No 4º ano observa-se que a disciplina pré-Bolonha Direito da Família e Sucessões foi dividida em dois semestres: Direito da Família e Menores e Direito Patrimonial da Família e Sucessões. Importante ressaltar que o termo “Menores” foi incluído nesta disciplina de Direito de Família, o que não havia antes.

A disciplina Direito Processual Civil III, que antes de 2007, pertencia ao quinto e último ano do curso de Direito, passou a integrar o quarto ano no pós-Bolonha. O mesmo ocorreu com Metodologia do Direito, todavia, esta disciplina perdeu a antiga denominação Metodologia do Direito e Filosofia do Direito, além de perder metade da carga horária, já que era disciplina anual e passou a ser semestral. Antes de Bolonha, era optativa, no pós-Bolonha, virou obrigatória. Assim, a Filosofia do Direito foi cortada do novo currículo e manteve-se a Metodologia do Direito, obrigatória em um semestre.

A cadeira Organização Judiciária surge no currículo de 2007/2008 e permanece até os tempos atuais. Direito dos Registos e Notariados também aparece no programa de 2007/2008 e permanece na atualidade, todavia sempre como optativa no último ano do curso de direito pós-Bolonha.

Medicinal Legal que antes da Reforma de Bolonha na FDUC era anual passou a ser semestral. O mesmo ocorreu com Direito Internacional Privado.

Deste modo, ambas as cadeiras perderam metade do tempo de ensino, sendo que no caso de Direito Internacional Privado a segunda parte do conteúdo se tornou uma disciplina optativa.

Outras disciplinas anuais apenas foram divididas em duas como Direito Comercial e Direito Processual Penal III. Esta última se tornou duas disciplinas semestrais: Direito Penal III e Direito Processual Penal.

No novo currículo surgiram duas novas optativas: Direitos Reais II e Direito Internacional Privado II.

Quadro 6 – 5º ano do curso de direito na FDUC no período pré-Bolonha

| Pré-Bolonha (2004/2005) |
|--------------------------------------|
| Curso anual |
| Direito Administrativo |
| Direito Comercial |
| Direito Comunitário |
| Direito Constitucional |
| Direito das Empresas |
| Direito e Processo Civil |
| Direito Penal |
| Economia |
| Metodologia e Filosofia do Direito * |
| Teoria do Direito * |

* disciplina optativa

Fonte: <https://woc.uc.pt/fduc/course/planocurricular.do>, acessado em 10 de Agosto de 2012.

O quinto ano só existe no período pré-Bolonha, sendo que no-Pós Bolonha algumas matérias do último ano foram distribuídas pelos anos anteriores. As restantes foram excluídas do currículo da FDUC.

Deste modo, o currículo Pós-Bolonha é praticamente igual aos 4 primeiros anos do currículo pré-Bolonha.

A disciplina Teoria do Direito, uma optativa, não existe mais no contexto de Bolonha. E a disciplina de Direito Constitucional que era lecionada em dois anos (um dos anos junto com Ciência Política) passou a ser ensinada em apenas um ano. Interessante observar que disciplinas sociais como Direito Constitucional e Direito do Trabalho perderam espaço no currículo Pós Bolonha. Disciplinas zetéticas como Ciência Política e Filosofia do Direito foram retiradas do currículo. De um modo geral, as outras permaneceram com a mesma carga horária.

5 UMA ANÁLISE PEDAGÓGICA DOS EFEITOS DO PROCESSO DE BOLONHA NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Na Faculdade de Direito de Coimbra, o NED (Núcleo de Estudantes de direito da Universidade de Coimbra)⁴, assim como a AAC (Associação Académica de Coimbra) se posicionaram contrariamente ao processo de Bolonha, mas ainda assim, o NED participou das reuniões sobre sua implementação na FDUC (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra) a convite da direção da faculdade. *“Somos contra o processo de Bolonha e sua implementação. Somos vinculados à AAC e ela se posicionou deste modo”* (presidente do NED).

Na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a pesquisa tem apontado para uma sobrecarga de trabalho dos docentes e de estudantes, pois o currículo de cinco anos sofreu uma pequena redução de carga horária. Logo, os cinco anos de graduação foram distribuídos em quatro anos, o que significa maior estudo em menos tempo.

“Não tenho o hábito de começar na primeira semana... mas com Bolonha tudo é muito rápido, não posso dispensar esta aula [...] “Temos três meses de aula. De meados de Setembro a meados de Dezembro para dar a cadeira [Janeiro é exame]” Docente 1.

⁴ Para maiores informações sobre o núcleo de estudantes de direito consultar o sítio na internet: <http://www.nedaac.com> e no facebook: <https://www.facebook.com/#!/nedaac?fref=ts> .

Segundo o presidente do NED, a adaptação à Bolonha trouxe muitos problemas, como a falta de tempo para estudar. Segundo ele, antes de Bolonha, havia um período maior de tempo para se raciocinar. *“Depois de Bolonha só há a segunda fase que é enfiar tudo na cabeça para decorar. Depois dos exames, os alunos esquecem tudo o que foi decorado.”* Ele afirma que há pouco tempo para estudo e para as aulas, pois antes eram cinco anos e agora são quatro, sendo que não houve redução da carga horária, mas uma distribuição do 5º ano pelos quatro anos do curso. Por exemplo, antes havia oito cadeiras por ano e agora existem dez. *“Consequência: em menos tempo tem que se fazer o que se fazia antes. [...] Não consigo acompanhar o ritmo de Bolonha”* (presidente do NED).

Passou-se a ter o dobro de exames, pois antes o curso era anual e passou a ser semestral com Bolonha. A avaliação continuada, que está prevista na Reforma de Bolonha, praticamente não ocorre, salvo raras exceções, pois as turmas encontram-se superlotadas. *“Há turmas com 800 alunos. Não vão todos às aulas! [...] é um dever sem sanção. Não há hábito de ir às aulas. Por ano temos 350 novos alunos. [...] Quer se por menos dinheiro formar o mesmo. As faculdades recebem por cabeça. A FDUC não pode reduzir vagas”* (presidente do NED). Vale ressaltar que mesmo antes de Bolonha já havia superlotação das turmas.

O docente 2 afirma que gostaria de oferecer avaliação continuada, mas não pode dar pelo excesso de alunos. Assim, para não favorecer somente a alguns, optou por não realizar este tipo de avaliação. De todas as disciplinas em que efetuei observação participante (Direitos Reais, Introdução ao Pensamento Jurídico Contemporâneo, Introdução ao Estudo do Direito I, Direito Constitucional I, Direito do Trabalho I, Direito de Família I, Direito Penal I e Metodologia do Direito) somente Direito Constitucional I possuía avaliação continuada que consistia na presença obrigatória nas aulas e dois exames, um no meio do semestre e outro ao fim.

O mestrado, mais caro que a graduação passa a ser exigido pelo Centro de Estudos Judiciários⁵ (órgão responsável pelo ingresso na magistratura: juízes e procuradores), gerando uma imposição onerosa aos estudantes. Já a Ordem dos Advogados apesar de atualmente não exigir o mestrado, já mostrou que tem interesse em futuramente impor a obrigatoriedade do mestrado aos candidatos a advogados no país.

Os estudos pluridisciplinares que Bolonha tentou instituir na Faculdade de Direito de Coimbra não resultaram, pois o curso jurídico continua permeado de uma visão meramente jurídica, dando pouco espaço a outras ciências, nomeadamente às Ciências Sociais. *“Bolonha vem falar do reconhecimento às atividades complementares. Não acontece a lado nenhum”* (presidente do NED).

A aquisição de competências linguísticas foi estimulada no currículo pós Bolonha com a inclusão das disciplinas optativas como o inglês jurídico e o alemão jurídico. Todavia estas disciplinas são básicas e não fornecem a fluência exigida pelo mercado de trabalho.

O sistema de créditos ECTS foi adotado na Faculdade de Direito de Coimbra desde o ano letivo de 2007/2008 como forma de incentivar a mobilidade dos estudantes europeus. O incentivo à mobilidade, todavia, não foi acompanhado suficientemente do número de bolsas para tal. E, atualmente, a universidade de Coimbra recebe principalmente estudante das ex-colônias portuguesas e não da Europa, como se poderia imaginar. Brasileiros, angolanos, timorenses e chineses, em sua grande maioria de Macau, compõem uma Faculdade de Direito pluriétnica. Todavia, esta faculdade que recebe estudantes de distintas nacionalidades parece não estar preparada. Quase todas as aulas são em português (exceto inglês jurídico e alemão jurídico) e nos exames também é assim.

O reforço da ação social na educação superior prevista na Declaração de Londres não surtiu efeito na Universidade de Coimbra, que, com a crise

⁵ Os candidatos ao CEJ têm, atualmente, duas formas de admissão: por meio académico, que exige no mestrado em Direito ou a licenciatura antes do processo de Bolonha, e a através da experiência profissional, exigindo cinco anos de experiência na área forense.

económica, tem reduzido sua ação social, além da redução do número de bolsas aos estudantes e um aumento considerável nas propinas (mensalidades).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise económica acentuou ainda mais os efeitos perversos de Bolonha, as universidades públicas enfrentaram grandes cortes de recursos oriundos do Estado. No caso da Universidade de Coimbra, esta redução chegou a 20%, o que resultou no corte de bolsas na licenciatura e no aumento das propinas. Neste sentido, os efeitos do processo de Bolonha começam a se sentir e os questionamentos estão longe de acabar.

O processo de Bolonha ao invés de gerar mais coesão social e reduzir as desigualdades sociais, como afirmam suas premissas, tem, na realidade, servido para aumentar a hierarquização social entre os estudantes. No caso do curso de Direito, um curso tradicionalmente elitizado, a reforma de Bolonha aumentou ainda mais a distinção entre os estudantes, pois como a mobilidade passa a ser valorizada, mas não há bolsas para a maioria e o mestrado é incentivado, mas muito alunos não tem como pagar as propinas, que são mais elevadas que a licenciatura, criamos dois tipos de alunos: um com currículo básico e outro com maior formação e experiência internacional. A escolha do mercado obviamente privilegiará o segundo modelo de estudante, reproduzindo-se a lógica de distribuição da riqueza. Quem tiver capital para investir em sua educação pública, terá melhores condições de integração no mercado de trabalho, cada vez mais competitivo.

Com Bolonha, temos uma penalização do aluno menos favorecido economicamente e uma sobrevalorização dos que já teriam condições de obter um currículo melhor, com a diferença de que Bolonha e o mercado cobram de todos da mesma forma, ainda que sejam desiguais na origem, na classe social, etc.

O estudante trabalhador é a categoria de estudante mais prejudicada com Bolonha, pois possui menos tempo para dedicar-se à Faculdade de Direito e com

o ritmo de Bolonha, com mais exames e aulas em menos tempo, tiveram a vida académica dificultada.

A visão economicista de Bolonha, veio trazer mais problemas à educação superior, que também sofre com a redução de investimentos por parte do Estado em razão da crise económica. Acentua-se assim a desigualdade social entre os estudantes e dificulta-se o acesso a todos a um ensino superior de qualidade.

7 Referências

Canotilho, J. J. G. (2006) “Mestrados e Doutoramentos não devem ser massificados”. **Revista do SNESup** 22, 1-4.

Ferreira, G. E. (2006) “A universidade e o ensino do direito em Portugal – responder aos desafios”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto III**, 203-266.

Justo, S. A. (2003) “A declaração de Bolonha e a reforma no ensino do direito”. **Separata do Boletim da Faculdade de Direito LXXXIX** (79), 615-627.

Miranda, Jorge (2004a) “Problemas actuais das universidades portuguesas”. **Revista da Faculdade de Direito da Lisboa XLV** (1-2), 323-336.

Miranda, J. (2004b) “Sobre a aplicação da Declaração de Bolonha às Faculdades de Direito”. **Revista da Faculdade de Direito da Lisboa XLV** (1-2), 337-350

Plano de estudos do 1º ciclo em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. disponível em <<https://woc.uc.pt/fduc/course/planocurricular.do?courseId=7>>. Acesso em 28 de março de 2013).

Público (2012) “**Mais de 700 alunos desistiram este ano do Erasmus**” <<http://www.publico.pt/educacao/noticia/mais-de-700-alunos-desistiram-este-ano-do-programa-erasmus-1545571>> (acessado em 12 de junho de 2013).

DISPUTING THE RECOGNITION OF SEXUAL DIVERSITY RIGHTS IN ARGENTINA: CAUSE LAWYERS AND THE STRATEGIC USE OF LAW

Mariana Anahí Manzo⁶

Carlos A. Lista⁷

ABSTRACT: Argentina has become a paradigmatic case in the recognition and extension of rights regarding sexual diversity by the enactment of two consecutive laws. One is the Same-sex marriage Act and the other the Gender identity Act. Cause Lawyers have represented claims of the LGBT (lesbian, gay, bisexual and trans) collective movement through the strategic mobilization of law as an instrument of political struggle that promotes the inclusion of invisibilized groups of subjects to full citizenship. The central and creative point for the strategic use of law that these lawyers promote means to challenge constructions on the notion of 'normality' and it emphasizes the non-pathological way to express gender and sexuality-corporeality under the dominant legal paradigm. This paper aims to address one of the central debates about the law and its uses: the possibilities to use legal tools to generate transformations and social changes. Hence, it approaches the results of socio-legal and empirical research on the analysis of the "strategic use of law" by cause lawyers in the area of sexual diversity, with special attention on the limiting and potential factors when the claims are fully representative of the political demands.

KEYWORDS: sexual diversity; cause lawyers; strategic use of law.

1 INTRODUCTION

Argentina has become a pioneering country in the recognition and extension of rights regarding sexual diversity by the enactment of two consecutive laws "Same sex marriage" reception in the law N° 26.618 and "Gender identity"

⁶ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba), Magíster en Sociología Jurídica (Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñati, España), docente de Sociología Jurídica, Cátedra C (UNC). Dirección de correo postal: manzomariana@gmail.com

⁷ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC), MPhil en Sociología (New York University), Profesor Titular Plenario de Sociología Jurídica, Cátedra B (UNC). Dirección de correo postal: clista.argentina@gmail.com

enacted in the law N° 27.998, both norms⁸ challenged the binary gender rules and promote the inclusion of invisibilized groups of subjects to full citizenship in accordance with Human Rights' principles.

The enforcement of these regulations regarding sexual diversity placed Argentina as a paradigmatic case in the global context. The new paradigm involved historical claims of organizations LGTB (Lesbian, Gay, Trans, Bisexual, Intersex) that struggled for recognition of their rights of citizenship. The Same-sex marriage Act implied the equal recognition of partners of same sex in the traditional institution of marriage. The Gender Identity Act recognized transgender identities, in which transvesti, transsexual, transgender subjects can modify their name, and have access to health services and justice.

These events can be considered as fundamental precedents for the visibility of sexual diversity organizations. Historically, these organizations have suffered the violation of their fundamental rights and have been stigmatized and socially discriminated. Both the social and legal fields in Argentina did not recognize expresions of gender and sexuality which were not heteronormative.

In both claims, organizations LGTB played a central role in promoting the advance of sexual minorities rights. These organizations, through political activism compel state authorities in order to promote legislative changes and influence public policies. Widen institutional strategies were used, first they presented different projects of law to the National Congress to debate sexual diversity, second they actived mass media and civil society, third, they movilized judicial power. Such institutional strategies responded to anational policya genda, which promotes throughout the country the debate on sexual diversity.

Cause Lawyers have represented claims of the LGBT organizations through the strategic mobilization of law as an instrument of political struggle that contributes to the de-construction, de-pathologization, disruption and decriminalization of heteronormative discourses on sexuality and gender identities,

⁸Although globally known, the impact of laws enforcing sexual diversity rights in Argentina has not been analyzed in depth, particularly the strategic use of law that promoted the LGBT community to achieve that recognition. This process led to the emergence of a plurality of new rights.

which have historically permeated the Argentinean legal system. The central and creative point for the strategic use of law that these lawyers promote is challenging constructions on normality and the correct non-pathological way to express gender and sexuality-corporeality under the dominant legal paradigm.

This paper aims to address one of the central debates about the law and its uses: the possibility of using legal tools to generate transformations and social changes. Hence, it approaches the results of socio-legal and empirical research on the analysis of the “strategic use of law” (Manzo: 2014) by cause lawyers in the area of sexual diversity, with special attention on the limiting and potential factors when the claims are fully representative of the political demands.

2 METHODOLOGY

This paper provides an analytical construction that gives in-depth analysis of legal conceptions of cause lawyers, which has been the subject of a broad debate, the political and ideological orientation in the legal profession. Seeking to “promote” sexual diversity, they used “law” as main tool for struggle.

This paper presents some results of a socio-legal and empirical research (Manzo: 2014; Lista: 2012). This research draws upon qualitative methodology by using content analysis techniques of speech corpus of data collected. The data collected was gathered from different sources: a) interviews to cause lawyers with particular emphasis on the professional-claimant relationship, the claimants' participation in the defense of their rights during the judicial process and the attitudes of judicial officers towards such claims.; b) Court decisions in favor and against the recognition of sexual diversity of several Argentine Judges.

The gathered data has been categorized in three interconnected axes. The first axis is dedicated to the analysis of life trajectories sexual diversity lawyers; it identifies the patterns that rise from the interviewees' biography, which allows the establishment of regularities in their positions (field) and dispositions (habitus) in the social space. Cause lawyers defined themselves as “political subjects”. Following Bourdieu (2002), it is recognized that this analysis is fundamental to understand the lawyers' professional practices in relation to sexuality and law. The

second axe is meant to identify the way in which these lawyers understand the notions of marriage, family, gender and sexuality and corporality in order to position themselves as “pro sexual diversity” into the parliamentary debates on these two legislations. Drawing upon the former, the third axe is focused on analyzing the way in which the lawyers use strategic law (how they think, evaluate and enforce the law) analyze the specific legal representation of the sexual diversity in Argentina.

3 THE SOCIAL AND POLITICAL CONTEXT

It is important to consider the political situation which allows to rise in visibility the sexual diversity in society. At least, three factors promote the recognition of sexual diversity rights in Argentina: first, a favourable international context; second, a national political situation that has been supported by important government sectors; and third, the high level of mobilization of non-governmental organizations defending the rights of sexual minorities (Manzo: 2014, 2011; Lista: 2012; Vaggione: 2011).

First, at the time there was a favourable international context. Different European countries, as Spain and Portugal, were debating in National Congress the recognition of sexual diversity rights. The legislative debate responded to a broader discussion into society promoted by organizations LGTB that set a privileged place for the grouping in the public agenda and challenged the binary gender rules. Moreover, a favorable global discourse on human rights supported and enforced new international treaties related with the respect and no discrimination on gender orientation called the “Yogyakarta Principles”.

Second, the national political situation was paramount for the enactment of these laws. The official government represented an active part in the promotion of equal rights of sexual diversity. The success of the transformation of heteronormative paradigm through the adoption of both norms cannot be understood without this official support. In this sense, the executive power created the “National Institute Against Discrimination, Xenophobia and Racism” (INADI) as part of the Ministry of Justice and Human Rights Office. This institution works in

two different areas -gender and sexual diversity- and played a central role in the defense of sexual diversity during the campaigns.

Third, there was a high level of mobilization of non-governmental organizations defending the sexual diversity rights. In the campaign for same sex marriage the conformation of the Argentinean Federation of LGBT “Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales” (FALGBT) represented the campaign through the slogan “same names for same rights⁹”. The activism of gender identity was represented by the organization “Frente Nacional por la Identidad de Género” with the slogan “Gender Identity Now”. Both federal organizations carried several strategies to achieve their goals

4 RE-THINKING CAUSE LAWYERS: ALTERNATIVE DISCOURSES AND PRACTICES

Although globally known, the impact of laws enforcing sexual diversity rights in Argentina has not been analyzed in depth. In particular, the use of law the strategic mobilization of law that promoted cause lawyers to achieve the recognition of rights. The strategic use of the law has become a fundamental tool for the struggle that contributed to the de-construction, of heteronormative discourses on sexuality and gender identities.

The central point in our analysis is the perception and practices of cause lawyers that represented sexual diversity claims in Argentina. Hence, it is important to clarify that this paper focus on a partial and restrict perspective of a broader structural conflicts. This analysis does not include the personal perception, motivation and experiences of those who were involved in the dispute for the recognition of their citizenship rights. For that reason, we only focus on the study of cause lawyers and on the strategic mobilization of law¹⁰.

⁹ Under a broader notion of equality in our legal system, cause lawyers brought the possibility of legally marriage same sex, and thus replaced the former Article 172 of the Civil Code based on the figure 'spouses'.

¹⁰Using data collected by interviews to these professionals we analyze some matters related to the access to justice with particular emphasis on the professional-claimant relationship, the claimants'

Cause lawyers played a central role in the representation of diversity claims. They expressed a political and ethical commitment with the experience of violence, discrimination, and oppression that involved LGBT community. Hence, these lawyers identify themselves as “political subjects” who build a horizontal relationship with LGTB groups, and put themselves in the groups’ position of suffering discrimination in their everyday life. The genuine relationship between lawyers and LGBT is based on respect of the difference and the compromise with the experiences of each others.

Moreover, cause lawyers are political activist who are compromise with the representation, in different grade and measure, with collective causes related with sexual diversity emphasizing the importance of struggling for those marginalized values as humanity, dignity, solidarity, justice, and respect of the diferent expressions of gender and sexualities.

The relevance of these alternative exercises of the profession lies on the strategic mobilization of law. This concept is fundamental to understand a comprehensive notion on the analysis relating to the use of law and the social change. Through the politicization of law, they promote the deconstruction of an heteronormative paradigm which . They seek to challenge the borders of what is possible within the conditions of possibility" (Manzo: 2014). That means to challenge the limits established in society as legal / illegal, permitted / prohibited, normal / abnormal in a particular historical moment. In this sense, we understand the “strategic use of law” is an eminently political concept.

This is not a minor characteristic ever since their activism has allowed them to put into question the symbolic power of law and to challenge the dominant and positivist interpretation of the legal system. They declared the “false neutrality” of the law in their discourses and are aware that they are involved in a “political game”; a game intended to nominate, as Bourdieu (2000) explain: “the law is, without a doubt, the quintessential form of the symbolic power of naming that creates named things, and particularly, the groups, law gives permanence to these

participation in the defense of their rights during the judicial process and the attitudes of judicial officers towards such claim.

realities arising from its classification operations, the same as things, that a historical institution is able to confer to historical institutions” (2000:198).

Within the legal field the debates related to the correct interpretation of sexual diversity rights were central to the discussion and recognition. “What it is saying and how is it being expressed” (Lista: 2012) became a strategic tool to dispute the heteronormative and patriarchal discourse which had historically permeated the legal system.

Therefore, we can observe in the claims presented by cause lawyers, at least, two related dimension of analysis. The first dimension incorporates a subjective element, based on the individual and personal sphere of the person/group who were represented in the claim. The recognition of same sex partner or gender identity is related to an “autonomy right” and linked with free expression of sex, gender, sexuality and corporeality. With this subjective element, the lawyers limited the interference of the state or another institutions which tend to generate a strict control to the expression of the body or the personal.

Cause lawyers showed in court the multiplicity and diversity of sexual expressions and desire, incorporating strategic concepts such as “same sex marriage” and “gender identity”. It is important to mention, that homosexuality and transexualism, were situated “outsides” or in the “limits” of the recognition of the state and legal order. Moreover, both notions were historically considered as pathological. “Homosexuality” was conceived as the expression of desire of the person put into tension the heteronormative rule, and on the other hand, “transexualism” was considered as the pathology of not responding to their sex-genital identification. In the State, traditionally, the “sex” of a person determinant the “gender” conception, circumstance that set a legal registration in a binary dominant gender category “male vs female”. Hence, transgressing the dominant rules of sexuality and expression of desire involved the non recognition of citizenship rights to LGBT community.

Human rights principles contribute to framing the social and collective claims into legal field. Furthermore, cause lawyers promote within the legal field a mobilization of different and alternative juridical notions, as social theory and anthropological concepts linked with ethical elements that allow redefining the

symbolic interpretation of rules. In this sense, notions of humanity, dignity, identity and desire were framed in a de-pathological and non-discriminatory way.

The second dimension incorporates a material element. Traditionally, the LGTB community has experienced social vulnerability in their everyday life. Cause lawyers used this material element to put into evidence to the authorities the structural conflicts around sexual diversity. This element was innovative to be added in a legal claim, and it allowed to challenge the juridical logic that tends to reduce a “collective cause” into a “individual cause”. The non recognition of same sex partners involves different discriminatory situations, as non medical protection or non paternity rights. Moreover, the social exclusion¹¹ and stigmatization of trans persons is related with the impossibility of accessing formal jobs, or to gain access to an adequate health system or access to justice.

5 STRATEGIC USE OF LAW: LIMITS AND POTENTIAL IN THE STRUGGLE FOR THE RECOGNITION OF SAME SEX MARRIAGE AND GENDER IDENTITY

A central debate of law is the potential uses of law as a tool for bringing social change or social transformation. Hence, we propose to analysis the limits or potential of law related to the studies of diversity claims in Argentina. Again, is important to notice that this study present result from empirical research and focus on the habitual, patterned ways of understanding, judging, and acting law of cause lawyers involved in judicial process of sexual diversity.

¹¹The Supreme Court, in 2007 (ALLIT) recognized the vulnerability status of transgender people, arguing, among other arguments: "16) It is not possible to ignore the existing prejudices about sexual minorities, recognizing universal historical background with terrible genocidal consequences based on racist ideologies and false statements to which our country was no stranger, nor current persecution of a similar character in much of the world and have led to a growing worldwide movement to claim rights to the dignity of the person and the elemental respect for the autonomy of conscience. 17) That it should not be ignored that persons belonging to the minority that the appellant association refers to not only suffer social discrimination but also have been victimized by serious way, through abuse, coercion, rape and assault, and even with homicide . As a result of prejudice and discrimination that deprives them of jobs, such persons are practically condemned to conditions of marginalization, aggravated in many cases belonging to the most disadvantaged sectors of the population, with dire consequences for quality of life and health, recording high mortality rates, all of which is verified in field investigations”.

Taking Bourdieu's theory (2000) the juridical field is the site of struggle, of competition for control, in which the symbolic struggle for authorized or legitimized interpretation of the texts of the legal corpus, and also the texts of legal practice, takes place. The juridical field, is organized around a body of internal protocols and assumptions and means accepting the rules of legislation, regulation, and judicial precedent by which legal decisions are structured. Hence, in this particular analysis the key to understanding the "strategic use of law" in sexual diversity claims, is the compromise of cause lawyers for changing the dominant legal rules and the stability of the legal order, as neutrality, impartiality, formalist ideology, codification of legal procedures to the maintenance of juridical order and the reproduction of the power of law. .

Cause lawyers mentioned several obstacles for the access of justice of LGBT community, most of them related with the discourses and practices of professional who work in the field, as judges, public attorney, judicial employees, who tend to maintain the stability of the juridical order, and thus, the internal logic of the juridical field itself .

First, cause lawyers expressed their clients suffer discrimination for judicial employees in the legal field. Body expression or the corporeality of trans persons, the gender roles of gay or lesbians, and the sexuality expression of LGBT persons put into question what it's considers normal or a dominant expressions in the legal order. Thus, in several occasions LGBT persons felt humiliation, suffered symbolic violence and distance. Hence, the employees used formal language establishing an strict limits between legos from the profanos.

Second, cause lawyers showed that in several situations judges tend to postpone the legal proceedings, or denying the action of amparo, mechanism which protect constitutional rights. The legal resource "Amparo" is a procedural instrument to protect the fundamental rights, and its one of the most important mechanisms that possibilities the citizen to access the justice. This is particularly relevant taking into account the lack of access to justice of LGBT community.

For all these reasons, in order to give amplitude to the protection of trans or homosexual citizen from harmful acts, cause lawyers used this legal resource "amparo" in their claims. The amparo was based on the merit of the lesion that

was presented as "actual and imminent" referring to the social vulnerability of LGBT community (impossibility of accessing formal jobs, or to gain access to an adequate health system) and also in the omission of the state in the recognition of sexual diversity and the illegality based on the non recognition of human rights (same sex partners or the gender identity).

Unfortunately, most judges in the sexual diversity claims, didn't considered that the instrument or action (amparo) had fulfilled the legal requirements for its merit. This was aimed primarily because, on one hand, judges interpreted that the rights didn't remained violate at the time of the claim (the amparo was designed to protect the constitutional right timely) or in another hand, judges added that there shouldn't be other mechanism to file the claim, the amparo is a exceptional legal action and it will proceed only in the absence of any other mechanism appropriate to the protection of constitutional rights.

Despite these obstacles in access to justice of LGBT, activist lawyers confronted the dominant rules of the juridical field, and continued politicizing the demands of these sexual minorities groups. More over, showing ideological and political compromises, these lawyers continued struggling to imposed new rules in the legal order, or to set a creatives interpretation of rights. To fulfill the demand, they used strategically and politically the law, giving primacy to the legitimacy of the claim based on values as humanity, dignity and justice and finally, setting up evidence to confront dominant principles of law, and the symbolic violence.

The first strategy was empowering LGBT persons identify themselves as "political subject" who struggle for their own rights and uses their knowledge as a political and social instrument or tool and more important, to recognize themselves as a full citizen. The genuine relationship between cause lawyers and LGBT based on respect of the difference and the compromise with the experiences of each others is an important element for this political construction and more over, for the emancipation of vulnerability, oppression and discrimination changing their experience for a new experience based on social justice .

For contribute to this genuine process, cause lawyers, involved LGBT persons to wrote themself their own claims, expressing their experience of life. In this process, at least, lawyers broke with different internal rules of the juridical

field, as hierarchy between “legos and profanos”, the technical and formal language, and more over, put in tension a historically Argentina jurisprudential doctrine, in which "gay, lesbian or trans persons" had to demonstrated during the legal proceeding "suffering" to the judge. Traditionally "suffering" was considered a principal element for recognize LGBT as a juridical subject of rights and legal protection. Alternative cosmovition promoted from cause lawyers involved an important change of such jurisprudential doctrine.

The second, was a linguistic strategy, to confront the dominant interpretation of rules and law. Cause lawyers pursued this effort to imposed a broader interpretation of sex and gender and to establish the legitimacy of creative interpretations favorable for representing human rights principles based on difference expression of sexuality and corporality, and promoted the ratification of values and political conviction of more equal society.

The inherent power of law (Bourdieu: 2000) “the magical touch that can contribute to codify everything which enters its field of vision” is the power of jurisdiction that in laws is a constitutive tendency of the “power of form”. Imposing a new legal interpretation in the juridical field could change the limits of what is considered normal or abnormal, and more over, change the spaces of possibility in a historical context. For example, lawyers incorporated the alternative interpretation with discourses and practices, for one hand, in claims or in legal audiences “naming” the auto-definition of name, identity and gender of trans person gave themselves; and on the other hand, "blaming" the judicial employees who continue using the formal discourses which were inadequate for sexual claim of "gender identity".

Third, at least, three interconect elements innovated in diversity claims and were central elements which were incorporated as alternatives arguments for activist lawyers. These lawyers based on: first, de-construction of binary heteronormative conception of gender and desire, second, de-pathologization of homosexuality and transexualism, and third, de-construction of discourses and practices of control institutions of sexuality.

De-construction of heteronormative order, and binary rules, were necesarily for introduce new conception of sexuality. These dominant visions, indicates Lista

(2012) a "coherence and correspondence between binary and a priori definitions of sex, gender and sexuality, in which the male / female and active / passive and categories heterosexual / homosexual would be related to objective structures that serve to classify all people. Such constructions involve hierarchies, in which the first category are considered superior to the last ones category" Lista (2009: 218). About this dominant apparently natural produce and reproduce gender identity, gender and sexualidad. Hence the heteronormative binary is configured as a major obstacle to present identities that do not respond to the dominant-male pairing of sex / gender-male and female- / feminine being "outside" or "outside" of what is considered as "ontologically natural" within the legal field. The trans identities confront parameters of stability and permanence of the dominant cosmovition for logical contingency, fluidity, multiplicity, leading to a variety of expressions of identities, sexualities and corporalities. As indicated Butler (1999) "This permanent displacement forms a fluidity of identities proposed open to redefinition and recontextualization; parodic multiplication prevents the hegemonic culture and its critical confirm the existence of gender essentialist identities or naturalized "(1999: 268)

Deconstruction dominant scientific and religious discourses. More over, traditionally, homosexuality and transexualism were considered a psquiatic or medical illnes. This strengthened ideas deviation, disorder and possible dangers of such persons or type of persons in society and in relation to public morality and the laws of nature. Taking Foucault's notion (2000), who analyzes the discourse of power emanated from the medico-legal expertise that draws its justification from a double source, on the one hand, judicial institution through public authority emanates from it, and secondly, the medical institution that gives the status of truth and scientificity.

For that reason, trans persons has compelled to "walk a painful path and suffering" for recognition of their identity in legal field. Trans people have been applying a biomedical rationality to "adjust" their bodies to normal parameters, low budgets and infertility irreversibility of surgical procedure In this framework, the effects of truth medicolegal expertise who obey the status of the states, rather than its content. Explained cause lawyers that judges involved in

legal cases requested medical examinations and highly pathologizing for trans person petitionaba surgeries sex adequacy court.

De-pathologization of different expressions of gender and sexuality became the second interconnect element in claims for mobilized an alternative notion of transexualism and homosexualism in the legal field. Based on social and critical theory allows active lawyers to put into evidence the dominant doctrine around the consideration of normal person, or expression of identity. In this order, lawyers put into evidence principles and values of humanity, dignity, of persons, and for that reason the non necessary judicialization of the claim.

6 CONCLUSION

Lawyers and activist's lawyers faced a difficult road of struggle in the legal field to carry, through the strategic use of law legal cases or demands of self-perceived gender identity of transgender people. These professionals through an alternative exercise of the profession in the legal field, have fulfilled a key role in expanding rights of sexual diversity, presented as translators of the violence experiences, oppression and discrimination that have historically suffered these groups and have acted as an institutional link between vulnerability process and the legal field.

This means that the strategic use of law that made and currently perform these activists lawyers, acquires an eminently political significance. The particularity of these symbolic struggles in the legal field, is that this agents seem to have a particular consciousness of the final object of the game in the legal and political field, in the other words, the ownership and control of law as symbolic power and potential means influence public policy of society. They seek it, through the politicization of law, deconstruct the dominant heteronormative worldview, and further affect the diversion and decriminalization of the various expressions of gender, sexuality and corporality.

Then, the limitations and innovations and potential use of law and language to overcome obstacles, contributed to the self-perceived gender identity was recognized by certain courts, based on the jurisprudence and the legislative made

a sanction in a vanguard rules in our country, reflecting a paradigm shift that would not have happened without the contribution and the historical struggle of the trans groups.

The main challenges faced the activist lawyers were, first, to demystify the terms sex and gender as a pathology; second, to deconstruct the dominant heteronormative binary; third, evidence the control systems and power that are covered and played through religious, scientific and legal discourses that shaped the discipline of sex, gender, sexuality and corporeality under the heteronormative pairing; and finally, to promote non-discrimination, ensuring the dismantling of practices and discourses that pose anormality, pathologizing and deviation of this difference.

No less important are the changes and redefinitions that this particular social and legal struggle for sexual diversity brings in parallel inside in the professional field. Reflections on the tensions and disputes between hegemonic and against-hegemonic visions in the sex field, gender and sexuality are conducive to extend the inquiry into the legal field, to question the role that professional practice and education Legal meet either in reproducing the status quo, either in its transformation. So that, on the potential of both concepts as instruments of social control and change.

The active involvement of law and legal professionals in new social conflicts impact on the shaping and reshaping in the legal field and professional practices, a phenomenon not sufficiently investigated so far and requires further reflection.

Beyond the contributions and attainment of lawyers and judges politically committed to the democratization of Argentina society is still necessary to tread a difficult path of transformation of beliefs and practices about sex, gender and sexuality, in which lawyers occupy a central role.

A possible future is possible through a difference in the construction of the society in which such differences, which deviate from the dominant binary cease to be perceived and regulated as abnormalities, pathologies and deviations and to become regarded simply as what are differences. That professors and legal professionals responsible for their education visualize it as such, as an alternative future and are guided in their academic and professional work is a requirement to

contribute to a more diverse, inclusive and just society is realized through visible and daily practices. In other words, as a way or form of awareness and action towards sustainable change in time.

BIBLIOGRAPHY

Bourdieu, P. (2003) **La dominación masculina**. Ed: Anagrama, Barcelona.

_____ (2000). **La fuerza del derecho**. Ed: Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del hombre editores, Bogotá.

Butler, J. (1999) **Gender Trouble**. Feminism and the subversion of identity. Ed: Rotledge, New York.

Gerlero, M. S. (2009). “La construcción de identidades desde los agrupamientos”, In: Mario S. Gerlero (compilador). **Derecho a la Sexualidad**. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos: 181-214.

Foucault, M. (2004) **El orden del discurso**. Ed: Tusquest. Buenos Aires.

_____ (2002) **Historia de la sexualidad I-La voluntad del saber**. Ed: Siglo XXI Editores Argentinos S.A, Buenos Aires.

Lista, C. (2012) “El acceso a la justicia y el derecho a la diversidad sexual, de género y sexualidad”. **Revista Derecho y Ciencias Sociales**. Abril 2012. N°6 (Acceso a la Justicia). Pgs.139 - 168 ISSN 1852-2971 Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP.

_____ (2009). “Heteronomía vs. Autonomía: Derecho, Moral Pública y Homosexualidad en los noventa”, In: GERLERO, M. S. (compilador). **Derecho a la Sexualidad**. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos: 217-254.

Litardo, E. (2009). “**Tensiones y conflictos entre los principales agrupamientos GLTTTBI: antecedentes y desarrollos**”, In: GERLERO, M. S. (compilador). **Derecho a la Sexualidad**. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos: 161-179.

Manzo, M. (2014) tesis doctoral “Abogados de Movimientos Sociales y Organizaciones no gubernamentales: Usos estratégicos del derecho” (2011). “Movilización del derecho: conflicto por el „Matrimonio igualitario” In: Córdoba”, In: RUATA, S. et al, **El Debate sobre el Matrimonio Igualitario en Córdoba**. Actores, estrategias y discursos. Córdoba: Ferreira Editor, pp. 75-103.

Neer Farji, A. (2012) "Producción generizada de los cuerpos en el discurso jurídico argentino. Análisis de tres fallos correspondientes al período 1970 -2010". **Revista Sociedad & Equidad** N° 3, Enero de 2012.

Vaggione, J. M. (2011). "Actores, estrategias y discursos en los debates sobre sexualidad", prólogo, In: RUATA, S. et al, **El Debate sobre el Matrimonio Igualitario en Córdoba**. Actores, estrategias y discursos. Córdoba: Ferreira Editor, pp. 9-32.

a) Silvia Guidici y otros/s Exp 7243-D-2010, disponible en:
<<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=7243-D-2010>>.

b) Silvia Ausburguer y otros/as 2007, y modif. 2009 expediente 1736-D-2009 (federación). disponible en:
<<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1736-D-2009>>.

c) Juliana Di Tullio y otras/os en2010.Expediente: 7644-D-2010. disponible en:
<<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=7644-D-2010>>.

d) Diana Conti, redactado por CHA,ALITT, MAL y Futuro Transgenero. Expediente: 8126-D-2010. disponible en:
<<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=8126-D-2010>>.

e) Ley de Atención Sanitaria para cambio de sexo. Enweb de ATTA y Federación. Tramite: 7643-D-2010. disponible en:
<<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=7643-D-2010>>.

HOW TO STUDY COURTS? A PROPOSAL FOR A CRITICAL TRANS-DISCIPLINARY APPROACH

Pablo Ciocchini,
Stéphanie Khoury,

SUMMARY: Over the past several decades, courts have accrued an increasing importance and power both as judicial actors but also as political ones. Despite the increasingly visible expansion of court power critical, empirical-based socio-legal research on judicial institutions is still underdeveloped. While the theoretical conceptualization of law has attracted a number of debates in the social sciences, the courts and particularly the judiciary have been largely ignored. We argue that a critical trans-disciplinary approach for the study of courts is much needed to fill the methodological gap in socio-legal studies. Such an approach is based on the recognition that courts have a unique dynamic that cannot be explained as simply another part of state bureaucracy because those dynamics are heavily shaped by the autonomy of the law. In order to grasp the complexity of courts, we propose a methodological approach that takes law seriously within its context. In other words, whilst the role of legal doctrine and jurisprudence remains important, we suggest that to truly understand the present-day political role of courts what is needed is an approach that takes into consideration both micro- and macro-levels of analysis. This paper argues that it is through the combination of the analysis of legal interpretation together with a critical methodology that we can fulfill the objectives of a critical socio-legal enquiry into what Boaventura de Santos has called the 'judicialization of politics'.

KEYWORDS: courts; critical methodology; socio-legal studies; judicialization of politics.

1 RESEARCHING COURTS AND JUDICIAL ACTORS

Over the past twenty years, there has been a transformation of the political economic canvas that has resulted in a growing reliance on courts and the judiciary in the articulation and determination of core political issues. The centrality of courts in the political sphere is illustrated through the accrued emphasis on mediation through the legal system and the rise of adjudication that has led to an increase in the power of judges. The judge is increasingly involved in public

discourse and societal debates with implications on the practice of politics and the implementation of public policy. David Litowitz (2000) argues that the growing power of the courts and the inherent position of judges as elites mean that they generate consent by way of a legitimated discourse through law that ultimately pacifies or disciplines society. The instrumental use of law in this way can be illustrated to a certain extent by the international consensus on a discourse of human rights and the rule of law. The politicisation of the judiciary or what Boaventura de Sousa Santos calls the “judicialization of politics” (2002: 351) gives rise to questions of the legitimacy of judicial decision-making in a democratic state, as well as the consequences of judicial interventions in issues of social policy.¹² The complexity of the changing role of the judiciary is an invitation for socio-legal researchers to apply trans-disciplinary methods that take into consideration both micro- and macro- levels of analyses.

This article seeks to raise questions about the specific challenges of engaging in critical social research when studying legal actors and courts. Distinguishing which problem to address and how to go about gathering the empirical evidence necessary to address the problem is an exercise in determining the relationship between power and knowledge. The complexity of this relationship is furthered by the delimitation of the position of the researcher vis-à-vis the subject(s) of research. This delimitation is both imposed by external power relations and socially established hierarchies, and self-imposed by the researcher by virtue of how s/he determines the power dynamics with her subject of research. The methodology of researching lawyers and courts involves a constant negotiation over power and knowledge between the interviewer and the respondent. In what follows, we shall explore two methods that are particularly useful in studying courts: the interview and ethnographic observation. Section I reflects upon the law as an institution and as an expression of power. It briefly

¹² A phenomenon illustrated by several decisions at the European Court of Human Rights regarding for example prisoner-voting rights, and severely criticised by some members of UK Parliament in particular (e.g. *Hirst v UK (No 2)*, 2005; *Greens and M.T. v. UK*, 2010; *Firth and Others v. UK*, 2014; *McHugh and Others v. UK*, 2015). UK Supreme Court judge Jonathon Sumption, QC and Attorney General Dominic Grieve, QC have been outspoken in their criticisms of Strasbourg’s decision-making powers. Both QCs have argued that the ECtHR’s judicial review poses a threat to national sovereignty.

reviews competing theories on the autonomy of law in relation to the impact this may have on research methods and methodology. Section II focuses upon the significance of probing the legal imagination during the interview. It argues that there is an ideological element in legal decision-making discernible during the interview. Using as an example the responsibility of corporations for violations of human rights, it suggests that the ideology and politics of the judge plays a role in how far she is willing to allow expand her interpretation of the law. Finally, Section III points out at the relevance of mundane daily interactions in court through which judicial actors slowly construct the case. The argument here is that observation of daily work in courts reveals how power relations inside and outside the judicial institution shapes the legal decision. Moreover, observation allows the researcher to identify how human or material constrains and particular uses of technology favours or disfavors particular approaches to legal cases. Therefore, the observation helps researcher to identify the organisational culture of the judicial institution, but also the legal culture that judicial actors share with the lay actors (such as victims, plaintiff, defendant or experts). The section uses examples of daily interactions in criminal courts in Argentina to support that argument.

2 TAKING LAW SERIOUSLY: THE AUTONOMY OF LAW

A key characteristic of the juridical field is the pervasiveness of law. It can be claimed that this particularity only makes sense when we take a narrow approach to law, i.e. considering law only as official state law. If we take a broader definition of law that includes other non-official norms, it can be argued that every institution, public or private, is highly regulated and therefore there is no distinctiveness within courts. However, the place of law in these judicial institutions is unique because of two key characteristics. First, most court officials, and particularly those with decision-making power, are legal professionals. Second, the purpose of courts is, in its most basic form, to enforce the law. Courts are not the only state body that has as its goal the enforcement of law – courts are not the only institutions engaged in interpreting law – although courts are the institutions tasked to give an official interpretation. Thus, any attempt to understand a judicial

institution requires an understanding of the law, understood as black-letter law but also recognised jurisprudence, case-law and the legal doctrine or prestigious legal interpretations. This 'law' aims to regulate external conflicts (e.g. between two parties) as well as govern the internal interaction of the institution (particularly relevant is the procedural law).

An on-going debate that affects any research strategy concerning courts is whether, and if so to what extent, is law autonomous from other fields such as the political, the economic or the social one. The debate on law's autonomy is also implicitly a debate on the relationship between law and power, i.e. whether law is merely an expression of established power relations or can be used to modify those relations; whether law is an instrument of social engineering or merely a reflex of social structures; and whether law's regulatory power is unidirectional, or can be used by different groups in different situations to achieve different objectives. Moreover, to ask about law's autonomy is also to ask about the role of judicial institution, i.e. to what extent they operate autonomously from dominant political, economic and social forces.

Legal scholars have traditionally defended law's autonomy. Key positivist legal scholars such as Hart and Kelsen have sustained that while law is result of political decisions; such relationship is only relevant during the legislative process. Even at that stage, they would claim that the legal architecture highly restricts the political options. More importantly, law and consequently judicial decisions' legitimacy do not depend on the political or social consequences they may carry but its consistency with such legal architecture.

In his "systems theory", Niklas Luhmann sustained a more sociological but very theoretical approach. He argued that law, and the legal subsystem more generally, are autonomous from other subsystems. According to systems theory, society consists "not of individuals, but of communications that are organized socially within societal systems" (King, 2007: 196). Thus, from this perspective "society is the sum total of all meaningful communications" (ibid). Luhmann argued that subsystems are autopoietic, meaning that any social event can be defined by each subsystem (economic, educational, legal, etc.) in its own terms. These constructions are simplifications that systems produce by choosing among

possible simplifications. Each system has a unique binary coding for communication which reflects its function within society. For example, the legal system codifies social events in legal/illegal terms (King and Schutz, 1994: 269).

King and Schutz (1994: 269) explain that these functionally differentiated subsystems are in charge of “the organization of meaning through the production of communications using their unique binary coding of the external environment”. Furthermore, King and Schutz point out that these sub-systems form a “collection of autonomous but interdependent processes” (ibid) each derived from its exclusive use of a particular medium. In the case of the legal system the medium is legality. While these media are meaningful for the whole society, they are nonetheless developed within a particular subsystem as a binary code by which the system ‘understands’ or ‘reproduces’ society, the environment and its identity. According to King and Schutz, Luhmann argues that, “in the functionally differentiated conditions of modern society these systems are operationally closed in terms of the uniqueness of their function” (ibid). The methodological consequence of this premise is that law can only perform its own functional operations and it cannot replace other subsystems functional operations (ibid). King and Schutz point out that this does not mean the subsystems operations do not have repercussions in the others subsystems, because these systems are interdependent in the sense that “communicative events may well have repercussions not only for the social institution in which the events formally occur, but in many or all other systems” (ibid: 270). However, these repercussions are not a direct communication because

it is both functionally and operationally impossible for law to communicate in political, economic, religious or medical terms, because (...) it is bound to construct its external environment according to its binary code of lawful/unlawful’ (ibid: 277);

and therefore,

any external perturbation in the system’s environment is ‘recognized’ and constituted only in terms of the system’s selectivity and must necessarily be subjected to the system’s limited capacity for operating (ibid: 278-79).

Rasmus Wandall (2008) uses Luhmann’s theory in his study of sentencing in Danish criminal courts. He shows the methodological strengths and weakness of this theoretical approach. The main methodological consequence, of this

approach, is that we should not bring foreign elements, such as political perspectives, to the judicial field to understand courts' decisions, because they are merely a product of legal internal logic. In this way, Wandall marks a distinction from sociological approaches that "assumed a gap between the legality of decisions and what 'actually goes on'" (2008: 12). Instead he argues that in such approaches "the 'legal' is taken out of socio-legal studies" (ibid). This does not mean that studies of judicial institutions should not pay attention to the interactions of judicial actors, but that the focus should rather be on communications and not human actions, and only as long as those communications are legally relevant. In practice, however, Wandall's study takes a rather similar approach to studying courts by using interviews and observation. He does so in order to identify what he calls two levels of communications, legal and extra-legal, and to explain how the legal level is open to select and include elements of the second.

From a very different theoretical approach Bruno Latour (2010) also advocates recognising law's autonomy from others factors. He argues that judicial practices have their own rationality and therefore the aim of the sociologist should be to understand this rationality in order to make sense of the legal field. According to Latour, the concept of the social, external to the legal field, cannot provide for an explanation of law and the legal practices, but in fact is actually the result of 'associations' established by legal (and scientific, religious, political, technological, economical) connectors (Latour, 2010: viii, 259). Furthermore, Latour sustains that

law itself secretes an original form of contextual networking of people, acts and texts, so that it would be very difficult to define the notion of social context without resorting to legal concepts (ibid: 260).

A methodological implication of Latour's approach is to avoid treating judicial institutions as expressions of hidden forces, such as social, political or economic forces, but rather to focus on the need for ethnographic field work in order to understand the legal field in the actor's own terms: we should use legal concepts to explain the legal field because "law is itself its own metalanguage" (ibid).

Other scholars sustain a quasi-symbiotic relationship between law and politics. Duncan Kennedy (2008), one of the leading scholars of the Critical Legal Studies movement, suggests that judges' sentences are an expression of their personal ideology. Kennedy, following Mannheim, understands ideology as "the assertion of a controversial conception of justice, alleged by some to be mere rationalization of partisan interests, but defended by its adepts as serving the interests of all" (2008: 162). However, judges are not completely free to impose their personal ideology in every case because they work with legal materials that restrict their range of personal manoeuvring. Therefore, because there are only a number of possible valid legal interpretations, legal materials partially determine judicial outcomes. There are also constraints of time and resources that further influence the possible outcomes (ibid: 166). The objective of the judge is to be able to work with the available legal materials to produce a sentence that fulfils a certain ideological preference and achieves "the 'effect of necessity' or 'effect of determinacy'" so it cannot be questioned (ibid: 161).

The methodological consequences of Kennedy's approach are to identify the indeterminacy of law, and the relevance of the judge's own ideological preferences. It is central to take into consideration alternative legal interpretations and to relate those with ideological preferences. The problem, which Kennedy admits, is that the concept of ideology is also a text to be interpreted with the danger of falling into a hermeneutic circle (ibid: 168). That being said, it is important to take into consideration that legal interpretations are a product of a particular understanding of the world, and that inside judicial institutions it is not uncommon to find that disputes over interpretations are in fact disputes over different visions of the world.

Thus, law's autonomy remains highly contested. Whilst there are strong sociological arguments to sustain that political, economic and social contexts heavily influence law and judicial practices, it is clear that neither law nor judicial practices are merely expressions of those external factors. Law's own rationality imprints a particular sense to judicial practice. Furthermore, law's indeterminacy is not absolute and it limits possible interpretations. Legal materials shape reality in

the sense that they determine what elements of that reality are legally relevant and therefore possible to consider in the decisions.

This section has outlined a position that suggests that judicial institutions cannot be understood without a proper understanding of the legal framework that informs the interactions of juridical actors; although this should not be understood as denying the relevance of the socio-political and economic context or the weight of the personal interests of judicial actors in the judicial outcome. This article proposes that an understanding of judicial institutions is not possible without an understanding of the interactions of judicial actors; this, requires understanding the interpretative framework that guides those interactions condensing values, ideas and attitudes that shape their daily work. Such a framework is the law (including legal doctrine, jurisprudence, and legal culture) in its broadest sense.

2.1 The need of field work

Courts are institutions that are necessarily regulated by law. Law's omnipresence tends to impose on court studies a formalist approach that focuses on legal structures. However, this formalist perspective is misleading since, as David Garland points out, the legal structures of governance are a "poor guide to the real organizational dynamics" (1997: 200). Therefore, to understand what judicial institutions actually do we need to bring to light the organisational dimension and the logic that informs its dynamics (Bastard and Mouhanna, 2007: 14; Zino Torrazza, 2003: 211). In order to achieve this, the following sections argue that research and fieldwork in judicial institutions and with judicial actors consisting of observations and/or interviews are needed in order to identify and analyse judicial practices within a given context.

3 INTERVIEWING JUDGES: PROBING THE LEGAL IMAGINATION

This Section is based on research carried out during Khoury's (2014) doctoral studies on corporate accountability in human rights courts. She interviewed fifteen judges from the European and Inter-American Courts of Human

Rights on their viewpoint of using human rights courts to address corporate harms. The variegated perspectives of judges on corporate accountability for violations of human rights are a window into the possibilities of law and the constraints hitherto imposed upon using human rights law to address the issue. Rather than a strictly constructionist view that the judge does not *make* the law but applies the law, this position takes its cue from Duncan Kennedy's (1996) analysis that there is an ideological element in judicial decision-making whether it is conscious, sub-conscious or unconscious. The objective of interviewing human rights judges was to gain insight on their opinions on whether there is space for corporate accountability in human rights courts. In order to consider this issue, judges would have to make use of their legal imaginations and their capacities to interpret the law and existing mechanisms in innovative ways.

In his influential work on the development of international law by the courts, Hersch Lauterpacht noted that, "judicial law-making is a permanent feature of the administration of justice in every society [...]" (1982: 155). Lauterpacht highlighted the fact that although by definition in our modern democracies the judge cannot legally make law, she nonetheless does so through what he called "judicial legislation". He pointed out that judges will vehemently defend their judgements as interpretations of existing law or treaties; however, the decision to apply one law or another, or interpret a treaty in one way or other, in effect changes the law or can introduce a new norm. Although Lauterpacht respected the separation of powers, he argued that "judicial legislation, so long as it does not assume the form of a deliberate disregard of the existing law, is a phenomenon that is both healthy and unavoidable" (ibid: 156). In the case of human rights, judges have often been at the heart of moving the law forward in cases where legislatures have not been willing or able to settle or address certain issues. This has often been the fruit of combining the resourcefulness of the judge with creativity in using existing and available mechanisms in their courts.

Judicial legislation, or judge-made law, has been largely developed by the Legal Realists who maintain that adjudication is inherently subjective.¹³ This theory posits that judges frequently make decisions based not only on the law, but also on the basis of non-legal considerations. Judge-made law is a controversial issue that has garnered much criticism. Legal theorist Brian Tamanaha charges that, “the judicial politics field was born in a congeries of false beliefs that have warped its orientation and development” (2008: 4). He asserts that the political aspect related to judge-made law is characterised by “a distorting slant” (ibid: 3), which leads scholars “to exaggerate the influence of politics in judging” (ibid: 4). However, the influence of the judge’s politics and ideology on the outcome of a case cannot be neglected. Judicial ideology is an important determinant of judicial behaviour, and judicial behaviour has or can have an impact on policy. Mary Volcansek argues that,

Judicial policy-making [...] punctuates the role of courts in the political system, for judicial decisions are frequently crucial catalysts directing social change. [...] [C]ourts make policies through even the simple act of choosing between competing interpretations (1992: 1).

Judges are compelled to interpret the law and sometimes create a norm where none exists. Thus, judges cannot be completely politically neutral. At some point, they must make decisions that have political implications. The authority of international courts increased dramatically after 1990, as their role expanded beyond dispute resolution to the creation of public policy (Tate and Vallinder in Weiden, 2011: 335). The influence of judicial decision-making on policy is illustrated by court judgements. The judgements of the European Court of Human Rights, for example, are binding on Member States. This means that if the court considers the state’s legislation inadequate for the protection or guarantee of the European Convention on Human Rights, the state is obliged to modify its legislation in consequence.

¹³ This theory is set in opposition to that of Ronald Dworkin’s (1978) controversial jurisprudential “rights thesis” in which he claims there is one correct answer in any legal dispute.

The rise in prominence of international courts has shifted the political role of judges in the international system.¹⁴ In the case of the ECtHR, its success has been attributed to a new role for judges post-1990.¹⁵ Bernhardt argues that the success of the ECtHR,

[...] became possible only through major reforms of the Strasbourg machinery in the late 1980s. Now all 47-member states of the Council of Europe have accepted the jurisdiction of the Strasbourg court. And so, you find a good number of examples for the increasing role of the international judge and the usual consequence is that the international judge becomes more inclined to accept his new role. He has to decide cases and thereby influences the development of the international legal order (2007: 7).

Judges may be considered as part of an institutional process that can develop a range of possibilities and mechanisms for corporate accountability, influence the integration of social policies that states might be unwilling or unable to promote, or indirectly participate in public policy-making via their judicial decisions. The liberal tradition of Western democracies, rooted in Montesquieu's division of governmental power rests on the three-pillared state, including the independent and 'apolitical' judge. Because of this, many judges are not (explicitly) willing to go too far in questioning the law or admitting how much their personal politics or ideology influences their decision-making.

Many judges will vigorously maintain that their role is to interpret the law, not re-write it (Lauterpacht, 1982: 155). Santos has described this position as one that concedes that "the judiciary is a reactive institution with no enforcement powers, which must apply the pre-existing law when asked to do so by disputing parties" (2002: 337). In a democratic society, it is the role of the legislature to 'make law' and the role of the judge to enforce it. The assessment of a good or

¹⁴ Although, it is argued here that judicial power cannot be separated from politics, it is not interchangeable with executive power and thus has an important and distinct perspective vis-à-vis the possibilities for human rights. The separation of powers is relevant because, particularly over the past fifteen years, with the 'war on terror', judges – and specifically human rights judges – have sometimes played an important role in balancing against executive and legislative 'counter-terrorist measures' (e.g. *Saadi v Italy*, 2008).

¹⁵ The politicisation of judges at the ECtHR has received much criticism, particularly from the UK. Lord Hoffman has repeatedly attacked the ECtHR for "aggrandising its jurisdiction". He argues the ECtHR interferes in the domestic "details and nuances of member states" (2009: 26), an opinion supported by other British critics, such as Lord Sumption who often berates the ECtHR for making political decisions (Sumption, 2011).

bad law is not for the judge to make, a point that was repeated enthusiastically during the interviews carried out for the author's doctoral thesis. But if law is made by a legislature within a neoliberal state, then the interpretation cannot but be impacted by neoliberalism, whether it is in reaction to or in consolidation with it. This reality forces us to question the impact neoliberalism has on judicial decision-making. Due to brevity, this issue cannot be addressed here, but is the subject of future research.¹⁶

The growing power of the courts and the inherent position of judges as elites mean that they generate consent through a legitimating discourse of a neoliberal ideology *through* law that ultimately pacifies or disciplines society (Litowitz, 2000). Litowitz argues that law "induces passive compliance in large measure through its function as constitutive of social ontology" by providing "rules for the proper construction of authorized institutions and approved activities, such as setting up corporations [...]" (2000: 517). In the case of corporate accountability, law has a potentially transformative role in subjecting corporations to certain rules, however the influence of corporations and financial institutions on the political and legal systems has stunted any real progress in this area. Strong lobbying groups have the power to influence politicians, who in turn vote in laws that are implemented and upheld by the courts. Judges are bound to law; Kennedy (1996: 275) argues that they often declare and apply rules that are not necessarily what they consider to be the right rules, or at least not ones that they would enact if they were legislators. This reveals is that whilst judges interpret the law in ways that

¹⁶ Law is integral to the functioning of the neoliberal state. International law, including human rights law, has developed in a way that secures private property rights, and favours the rule of law and the institutions of freely functioning markets and free trade (Harvey, 2006: 64). In short, neoliberal law has developed in a way that is compatible with and ultimately seeks legitimacy for capitalist social orders. The rule of law has become the zeitgeist of our times. It influences the process of adjudication and is a leading feature of the international human rights framework that has emerged within the neoliberal paradigm. Judges are expected to make their judgements within this neoliberal (and ultimately capitalist) legal paradigm. This context gives rise to questions about whether judge-made law can be explained as responsive to and legitimating the needs of a market system or the structural requirements of particular stages of capitalist development (Kennedy, 1996: 265). Mattei and Nader (2008), in their critique of the rule of law as a tool for the justification of plunder, have argued that it is a Western legal construct with a dominating corporate media rhetoric and is presented as universal although it is a culturally specific concept. One of the key elements of the rule of law in global politics has been an attempt to define the context of legitimacy and secure a hegemonic capitalist social order.

align with their ideological perspectives, the law itself must be considered within its social, economic, and political context.

Judicial decision-making framed within the paradigm of the rule of law creates a social order that is suitable for capitalist accumulation.¹⁷ The context of neoliberalism raises questions on the role of judge-made law in legitimating market principles that serve to ultimately exacerbate inequalities rather than mitigate them. The optimism conveyed in a handful of interviews was that despite being bound to uphold the law, judges have room to question and even challenge law through judicial interpretation and public expectations for change.

Therefore, it is central to interview judges in order to explore their perspectives and imagination.

4. ETHNOGRAPHY IN THE COURT ROOM: GETTING ONE'S DAY IN COURT

We have argued above that in order to study courts and judicial actors, it is imperative to pay attention to the legal framework which shapes the interactions of legal actors. This requires an understanding of the black letter law, case-law and legal doctrine. We have also highlighted the relevance of legal interpretation and the role that ideology plays in such interpretation and we point out the need to explore the judicial actors' legal imagination. We have argued that such exploration can be done through interviews with judicial actors. Conducting interviews gives the researcher an insight into judicial actors' personal perspectives and opens up the possibility to make sense of their decisions in their own terms, to identify arguments shared by particular groups inside these institutions, and to comprehend how legal interpretations are labelled legitimate or illegitimate irrespective of their legal authority.

However, judicial practices and their outcomes (e.g. sentences) are not just the result of the judge's interpretation of the legal materials but of complex and usually long sets of interactions between a number of judicial actors, including

¹⁷ Harry Glasbeek (2007) has argued that in a capitalist political economy, law strives to satisfy capitalism's need to allow individuals to accumulate socially produced wealth, including through coercion and exploitation by the powerful of the powerless.

judges; legal counsellors representing the parties of the conflict (in civil cases); and defense attorneys and public prosecutors (in criminal cases); the parties of the conflict themselves (in civil cases); the victim and the defendant (in criminal cases); juries (in some criminal cases); expert witnesses (e.g. accountants or psychologists), and witnesses.

Furthermore, those judicial practices are not only shaped by the interactions regulated by procedural law but also by more mundane everyday interactions between those actors. Thus, a better understanding on how courts really work requires field work, particularly observation.

However, despite there is a long tradition on courts' ethnography (e.g. Carlen, 1974) studies on how judicial institutions work are still underdeveloped (Banakar and Travers, 2005).

Ciocchini (Ciocchini: 2012; 2013b; 2013c) field work on criminal courts in Argentina shows how these mundane interactions influence judicial outcomes.

For example, he describes how a friendly and informal conversation between a public prosecutor, a judge and a defense attorney while waiting before the hearing may be used by the judge to suggest both parties to bargaining for a settlement (Ciocchini, 2013b: 1781).

Another example described by Ciocchini (2013c: 1779-80) shows how boundaries between formal and informal interactions are constantly blurred in daily in the courts. In a pre-trial hearing a young man is being accused by the prosecution for a minor offence (breaking into a shop to steal two bottles of beer). Such minor offences are hardly ever punished with prison sentences. However, in this case the young man has not fixed address, a mandatory requisite to impose probation. The judge facing such situation takes advantage of the presence in the audience of the grandmother of the accused. In an informal conversation he seeks to persuade her to receive his grandson for the time of the probation. She hesitates, so the judge openly explains her that her refusal implies his grandson would have to go to prison. After fifteen minutes talk she changes her mind and the judge impose probation to the young accused.

The first case illustrates how decisions are usually taken under time/peer pressure. It also shows judicial actors preference for avoiding the trial and its

incertitude. Those conditions and preferences are rooted in the organisational culture and it is only under such culture that some of the actors' legal strategies make fully sense.

The second case highlights how important observations are in order to fully understand a judicial decision. In the written transcripts of the judicial a well-developed legal argument will justify the decision to impose the probation but there will no mention of the judge's pro-active intervention in order to fulfil the legal requirements. However, by observing the hearing the relevance of judicial actor's values is evidenced. Moreover, the judge's actions violate the adversarial principle that restricts the judge's role to ensure the legality of the procedures. In fact, the judge's actions could be interpreted as a modification of the facts of the case, since he actually changed the personal circumstances of the defendant (by finding him a fixed address).

However, we should not presuppose that such attitude by the judge is purely for humanitarian reasons since his actions could also be explained by an organisational culture that promotes probations instead of trials, since the former demands less human and material resources.

The organisational culture is a central factor that is neglected by legal explanations of the judicial decisions. Courts are organisations that usually operate into a bigger judicial organisation, so it is central to understand them to identify, describe and analyse the institutional culture (Shahar, 2013). Such institutional culture refers to the aggregate of values, norms, expectations and attitudes that the institution encourages, what it has been simply described as 'the way things are done around here' (Ostrom, 2007: 5).

Courts' organisational culture is heavily influenced by the broader legal culture shared by the society, but the former should not be confused with the latter. Practices that are considered desirable in the organisational culture may not be in the more general culture, and vice versa. Ciocchini documents an example of this situation in his description of the use of plea bargaining in Argentinean criminal courts. Ciocchini observed that public prosecutors and defense attorneys avoided talking of personal matters in front of the defendant and the public, and whenever they wanted to discuss a possible agreement for a plea bargaining they

would ask the defendant to leave the room (2012: 211; 2013c: 1780-1781). However, the procedural law aimed at these discussions to be carried during the hearing so the defendant was involved and they faced the public scrutiny. Ciocchini asked them about this preference for conducting the negotiations behind closed doors and the common answer of judicial actors was that the defendant presence limited their ability to bargain (2013c: 1781). Judicial actors also prefer to avoid showing in front of the defendant, the victim or the public they know each other and that in some cases they are even long-time friends and that such acquaintance opened up a space for a fair negotiation because they were afraid that their acquaintance would be misinterpreted as a conflict of interests (Ciocchini, 2012). So, while in the organisational culture friendship between prosecutors, judges and defense attorneys is accepted (and even encouraged since that relationship facilitates arrangements), it is suspicious in the broader culture.

Observations also allow researchers to identify how certain technologies may induce certain types of decisions or on the contrary discourage some.

An example is the highly criticised use of written dossiers in Argentina (Ciocchini, 2013b). Judicial reformers have long argued for the eradication of the written dossier because they sustained it favours a slow bureaucratic justice and encourages inquisitive-style judicial practices such as judges read it before a public oral trial and consequently are influenced by the prosecution/police narrative of the case developed in the dossier (ibid: 152). But, despite the reformers' discourse and the legal reforms made, the written dossier is still being widely used (ibid: 154). It is only through observation of the actual daily use of the dossier that the researcher can propose possible explanations for such resistance. Ciocchini sustains that one possible reason is that it facilitates the collective construction of the judicial narrative of the case while it organises the interventions of the different judicial actors, experts, witnesses, etc. (ibid: 154-155).

Therefore, the observations are central because they give access to a number of non-officially recognised but highly relevant interactions that shape judicial outcomes. Those interactions make visible to the observer values and

attitudes of the organisational culture and the material constraints such as backlog or lack of courtrooms availability that the institution faces.

5 CONCLUSIONS

This article has argued for a critical methodological approach to study courts that takes into consideration legal and non-legal factors.

It has been claimed that law need to be taken seriously when studying the legal field. That implies taking a stance on law's autonomy. While the extent of law's autonomy is much contested, it is clear that legal/judicial actors recognise such autonomy and consequently any study on the legal field that seeks to understand them in their own terms has to take that into consideration.

However, recognising certain law's autonomy or at least the legal actors' perspective on such issue, should not prevent the researcher to acknowledge the intrinsic relation between capitalism, and particularly neoliberalism, and liberal law. A consequence of such acknowledgment is to pay attention to the role that non-legal factors such as ideology and organisational culture play in shaping judicial practices.

It has also being argued that only field work makes such factors accessible to the researcher. This article has focuses on the possibilities that interviews with judicial actors and observations of daily judicial interactions offer to the researcher in order to identify the non-legal factors that shape the legal outcomes.

It has being highlighted the relevance of exploring judicial actors legal imagination and the micro politics of judicial institutions, i.e. the ensemble of multiple interactions that results in their institutional politics. While the former seeks to explain how ideology plays a role in shaping – particularly restricting – new legal interpretations to expand courts' interventions, the latter aims at describing the complexity of courts organisation. Judicial outcomes are heavily shaped by the institutional culture and consequently are an expression of judicial politics, which in turn is an expression of state's politics. However, judicial outcomes are also a result of multiple actors' interactions driven by sometimes contradictory interests. In such way, an ethnography of courts helps to

deconstructs the idea of a monolithic state and offer instead a more dynamic and fragmentary understanding of the internal relations of the individuals who mould state's interventions.

REFERENCES

BANAKAR and TRAVERS (2005) **Theory and Method in Socio-Legal Research**. Oxford: Hart Publishing.

BASTARD, B., and MOUHANNA, C. (2007). **Une justice dans l'urgence. Le traitement en temps réel des affaires pénales**. Paris: PUF.

BERNHARDT, R. (2007) 'Judge's Empire: An Interview with Rudolf Bernhardt' interviewed by PURNHAGEN, K.P. and REBASTI, E. In **European Journal of Legal Studies**, Vol. 1, Issue 2, pp. 1-9.

CARLEN, P. (1974) **Magistrates' Justice**. Oxford: Martin Robertson.

CIOCCHINI, P. (2012) Domando a la bestia: las reformas en la justicia penal bonaerense para eliminar la demora judicial, **Derecho y Ciencias Sociales**, 7, 203-223.

CIOCCHINI, P. (2013a) Moldeando el problema y sus soluciones: Los discursos técnicos sobre la demora en la administración de justicia penal. **Revista Crítica Jurídica**, 36, 95-133.

CIOCCHINI, P. (2013b) La persistencia del expediente judicial: el caso de la administración de justicia penal bonaerense. **Derecho y Ciencias Sociales**, 8, 151-164.

CIOCCHINI, P. (2013c) El adelantamiento del juicio: los mecanismos de solución alternativa y las audiencias orales tempranas. **Revista de derecho penal y procesal penal**, 9, 1775-1795.

CIOCCHINI, P. (2014) Campaigning to eradicate court delay: Power shifts and new governance in criminal justice. **Crime, Law and Social Change**, Volume 61(1), 61-79.

DWORKIN, R. (1978) **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press.

GARLAND, D. (1997) 'Governmentality' and the Problem of Crime: Foucault, Criminology, Sociology. **Theoretical Criminology**, 1(2), 173-214.

GLASBEEK, H. (2007) "The Corporation as a Legally Created Site of Irresponsibility" In H.N. Pontell and G. Geis (eds.) **International Handbook of White-Collar and Corporate Crime**. New York: Springer, pp. 248-277.

HARVEY, D. (2007) 'Neoliberalism as Creative Destruction' In **The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science**, Vol. 610, pp.21-44.

HOFFMANN, L. (19 March 2009) "**The Universality of Human Rights**" Speech delivered at the Judicial Studies Board Annual Lecture 2009 available at <<http://www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-hoffman-19032009>> accessed on 20/04/2012

KENNEDY, D. (1996) 'Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation' In **Utah Law Review**, No. 3, pp.785-825.

KENNEDY, D. (2008) A Left/Phenomenological Alternative to the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation, In: **Legal Reasoning: Collected Essays**, Aurora: The Davies Group, pp. 153-174

KHOURY, S. (2014) '(Transnational) **Corporations and Human Rights**: An exploration into the accommodation of capital in international human rights law' Unpublished thesis.

KING, M. and SCHÜTZ, A. (1994) 'The Ambitious Modesty of Niklas Luhmann' **Journal of Law and Society** vol.21 (3) 261-287.

KING, M. (2007) "The Sociology of Childhood as Scientific Communication, Observations from a Social Systems Perspective" In **Childhood**, Vol 14 (2) 193-213.

LATOUR, B. (2010). **The Making of Law: An Ethnography of the Conseil d'Etat**, Cambridge: Polity Press.

LAUTERPACHT, H. (1982) **The Development of International Law by International Court**. Cambridge: Cambridge University Press.

LITOWITZ, D. (2000) 'Gramsci, Hegemony and the Law' In **Brigham Young University Law Review**, pp. 515-552.

MATTEI, U. and NADER, L. (2008) **Plunder: When the Rule of Law is Illegal**. Oxford: Blackwell Publishing.

OSTROM, B. J., OSTROM Jr., C. W., HANSON, R. A., y KLEIMAN, M. (2007). **Trial Courts as Organizations**. Philadelphia: Temple University Press.

SAHAR, I. (2013) A Tale of Two Courts: How Organizational Ethnography Can Shed New Light on Legal Pluralism, **POLAR**, Vol. 36, No. 1

SANTOS, B. de S. (2002) **Toward a New Legal Common Sense**: Law, Globalization and Emancipation, *2nd ed.* London: Butterworths/LexisNexis.

SUMPTION, J. (Q.C.) (2011) '**Judicial and Political Decision-Making: the Uncertain Boundary**' The F.A. Mann Lecture, Lincoln Inn, London, UK

TAMANAH, B.Z. (2008) 'The Distorting Slant of Quantitative Studies of Judging' **Legal Studies Research Papers St. John's University School of Law**, Paper #08-0159 available at: <<http://ssrn.com/abstract=1292459>> accessed on 22/07/2013.

VOLCANSEK, M. L. (1992) 'Judges, courts and policymaking in Western Europe' In: **West European Politics**, Vol. 15, No. 3, pp. 1-8.

WANDALL, R. (2008) **Decisions to imprison**: court decision-making inside and outside the law, Aldershot: Ashgate.

WEIDEN, D.L. (2011) 'Judicial Politicization, Ideology and Activism at the High Courts of the United States, Canada, and Australia' In: **Political Research Quarterly**, Vol. 64, No. 2, pp. 335-347.

ZINO TORRAZZA, J. (2003). El análisis de las instituciones y organizaciones del sistema penal: una propuesta metodológica in R. Bergalli (Ed.), **Sistema penal y problemas sociales**. Valencia: Tirant Lo Blanch (pp. 209-242).

Hirst (Nº2) v. UK [GC 6 Oct. 2005] (App. no. 74025/01) ECHR 681

Greens and M.T. v. UK [23 Nov. 2010]

Firth and Others v. UK [12 Aug. 2014]

McHugh and Others v. UK [10 Feb. 2015]

Saadi v. Italy [GC Judgement 28 February 2008] [GC] App. No. 37201/06 ECHR 179

CEREMONIAL HEARINGS: JUVENILE JUSTICE AS A LOOSELY COUPLED SYSTEM

Thiago Oliveira, M.A.

ABSTRACT: In Brazil, the first contact an adolescent-offender has with the Judiciary is with the Prosecutor. At the Public Ministry, the teenagers will proceed to an Informal Hearing, which are considered to be an important moment since it gives the adolescent the right to speak. The objective of this research was to investigate the actual role of the Informal Hearings in the decision-making process. The research used a qualitative approach, collecting ethnographic data of the court. During 4 months, I weekly visited the juvenile court in São Paulo City and watched the Informal Hearings of five different Prosecutors. There are currently nine prosecutors in São Paulo juvenile justice. Through direct observation, I was able to make field notes which were the basis of the analysis. Informal Hearings indeed represent the myth of a participative justice, but their actual importance to the final decision is lower. Every prosecutor, and even their scriveners, have already taken the decision before hearing the teenagers, based only on the documents. The scriveners have the final document written before the Hearing start. Juvenile participation is an institutional rule which is necessary to the maintenance of the juvenile justice system itself. However, it contradicts the necessity for effectiveness within court. It is possible to say, then, that the juvenile justice is a loosely coupled system, and the Informal Hearings occur ceremonially, as to maintain the myth of a participative justice.

KEYWORDS: juvenile justice; loosely coupled system; organization theory; criminal prosecutor.

1 INTRODUCTION

The promulgation of the Children and Adolescent Statute (ECA, in Portuguese), in 1990, has completely changed the legal treatment offered to Brazilian citizens who are under 18 years old. This new law has as its main goal the full protection of every child and every adolescent (Mendez, 2006), which is a radical difference when compared to the 1979 Minors Code, the predecessor law. If the Minors Code was targeting *irregular* children, ECA targets the whole

universe of under 18 people. This phenomenon follows the tendency initiated by the United Nations with the Convention on the Rights of the Child (1989).

Specifically concerning the legal treatment offered to children and adolescent who have been accused of committing crimes, however, ECA has introduced a whole new world to the juvenile justice system. Under the rule of the Minors Code, abandoned and criminal children were treated equally, and the confinement dispositions were applied with no restrictions. ECA, on the other hand, states that the so called *social-educative dispositions* may only be applied to adolescents (from 12 to 18 years old) accused of having committed any crime – and the confinement disposition, in particular, is restricted to violent crimes or the ones threatening other people.

Although the juvenile justice system does seem to be closer to criminal law principles (see Oliveira and Alvarez, 2014), the full protection idea that ECA introduced is still the most important characteristic of the legislation. Therefore, even with these similarities, all prosecution and sentencing stages differ a little from a classic criminal justice for adding some individualization process. For example, there are no proportionate sentences for juveniles¹⁸: adolescents are always confined for an undetermined period, having the limit of three years and reevaluation every six months.

And among all predicted individualization processes, the one that is most valued by the ECA defenders is the existence of the Informal Hearings (see Sposato, 2006). Once a juvenile offender is captured by police officers, his/her first contact with the *judicial practices* (Costa Ribeiro, 1999) is in the Public Ministry – the Brazilian version of the State's Attorney office. The Informal Hearings consist in a conversation, supposedly informal, between the Prosecutor and the teenager about “what happened”: they are supposed to discuss the infraction, the reason why he/she did it and are possible consequences. It is the symbol of a participative justice, a justice which gives the right of speech to the youth themselves, what would make the Brazilian juvenile justice system not look like a classic criminal justice.

¹⁸ For a discussion concerning proportionate sentences in juvenile justice, see Von Hirsch (2001) and Oliveira and Alvarez (2014).

Nevertheless, how do these Informal Hearings *actually* occur? During the day-by-day routine, do the teenagers actually have the right to tell their own version about their supposed infraction? And even if they do, do the Prosecutors actually take into account this new version of the facts – a version that will probably differ from the police officers one? What is the role of the Informal Hearings on the juvenile sentencing process?

This present paper aims at presenting the results of a qualitative research at the juvenile courtroom in the city of São Paulo, Brazil. The idea was precisely to investigate the role of the Informal Hearings within the decision-making process concerning the juvenile sentencing.

2 PAPER DEVELOPMENT

The Brazilian juvenile justice system, ever since the ECA promulgation in 1990, has a very specific court processing sequence. On the street level, of course, there are the police officers – which in Brazil are named the *military police*. They are in charge of all the urban surveillance and for capturing offenders whose offense they testify. Whatever the age of such supposed criminal, the officers take him/her to a Police Station – which are ruled by the *civil police*, our judiciary police. And at the Station the Sheriff decides, after conducting an investigation, whether to register the person as an offender and send him/her to the courtroom or not.

If such person is a teenager, at this moment he/she will be taken to an Initial Unit (UAI, in Portuguese), a pre-confinement unit where the juvenile spends one night. On the next afternoon, courthouse. The sequence involves a conversation with the Prosecutor on the Informal Hearings (when it is decided if there will be a formal accusation), a presentation session chaired by the Judge (when it is decided if the defendant will stay provisionally confined) and, about 45 days later, a continuation session also chaired by the Judge (when the disposition to be sentenced will be decided).

The two sessions presided by the Judge occur with some legal guarantees: there must be a defender, for instance. The Informal Hearings, on the other hand,

consist in a conversation only with the Prosecutor and are absolutely central to the decision-making process.

From April to August 2014, I have weekly visited *Fórum Brás* – the courthouse specialized in youth offenders in São Paulo city. Although I have also watched some presentation and continuation sessions, all this field research was focused on role of the Informal Hearings within the sentencing process.

There are nine Prosecutors working at this courthouse, acting on four different courtrooms. I was able to observe five of them. I could also watch presentation and continuation sessions of two judges, paying special attention on the role the Prosecutors play on that moment of the process.

As I started my field research watching those sessions, the first finding that was not expected by me were the kind cases the judge analyzed. A great fraction of the cases – fraction that I would not dare to estimate quantitatively – were not judged by the Judge. Plenty of the cases were informally decided through a very casual conversation between the Prosecutor and the Public Defender¹⁹. When they achieved an agreement, the Judge did even read the case and endorsed their decision.

The cases indeed judged by the Judge usually were the ones that the Prosecutor demanded the confinement disposition – the Public Defender obviously would never agree with that. Thus, my subjective perspective – which means this is, at most, a good hypothesis to be tested – is that the Judge tends to agree with the Prosecutor's suggestion. Therefore, it is possible to see how central is the Public Ministry for the decision to me made: it is based on the Prosecutor's suggestion that an informal agreement with the Public Defender may happen; and if it does not, it is based on the same suggestion that the Judge decides.

Moreover, this first finding shows a characteristic of juvenile justice system in São Paulo that will be constantly important for the present analysis. There is a general rule concerning how the court process should happen; this rule is important for every employee of the courthouse; however, there is another way of court process happening, one that is neither formal nor predicted. This relation

¹⁹ Private lawyers representing the defendants were very rare.

between what is formal and what is informal at the courthouse is essential to understand the dynamics of the juvenile justice system.

The most important finding of this field research observing the sentencing process of the juvenile justice system in São Paulo involves the moment when the Prosecutor decides if that specific adolescent either is a criminal and deserves to be punished²⁰ or is no offender and does not deserve to be confined. The research point designed before the data collection aimed precisely at exploring the role the Informal Hearings would play in the final decision, particularly observing if the right of speech given to the youth defendant actually was taken into account.

The exact opposite of this idea was empirically observed. The majority of the Hearings I followed had a very similar script. The Prosecutor would quickly analyze the documents received from the Civil Police, note the infraction the teenager was being accused of and make his/her decision based exclusively on that. At the moment the Informal Hearing starts, the decision is already made and the *representation* – the document which formalizes the accusation – is already written.

This is so tacit and naturalized at the courthouse that it is very common for the Prosecutor not even to read the representation (the he is supposed to write): the scrivener analyzes the documents from the Civil Police, makes a decision concerning what disposition to suggest to the defendant and then just notes the Prosecutor.

The meaning of this finding has very important dimensions. If all the decisions made by the Prosecutor are actually based only on the documents received from the Civil Police, then the occurrence of the Informal Hearings has no impact on the sentencing process. There is no discussion with the offender about his/her acts, there is no right of speech for the defendant to put their point of view about what happened. These points are publicly valued, but they really do not exist indeed.

²⁰ The idea of *punishment* here is understood sociologically (Garland, 1993). There is no legal punishment for children and adolescents in Brazil, but I argue it is possible to understand the confinement disposition, for instance, as a punitive reaction.

3 ORGANIZATIONAL THEORY

Meyer and Rowan (1977) have a very famous study concerning how formal organizations actually function. They argue that all these organizations have institutionalized rules, which are the standards of individualized justice, including most notably attempts to attend to the social needs of individuals. These institutionalized rules, however, function as myths incorporated by the organizations: people believe in them, they gain legitimacy and resources, but the actual functioning of the system is diverse from they predict. The myths of an organization occur ceremonially and, they argue, maintain the system functioning. Hagan and other researchers explain a partir of it:

Meyer and Rowan add to this conception an enumeration of characteristics associated with loosely coupled formal organizations -- structural elements are only loosely linked to one another and to activities, rules are often violated, decisions often fo unimplemented, or if implemented have uncertain consequences, techniques are often of uncertain efficacy, and evalutaion and inspection systems are often subverted or rendered so vague as to provide little coordination. We argue here that many of these characteristics are manifest in the criminal justice system, and furthermore that the consequences of this loose organizational coupling can be recognized at the level of individual sentencing decisions (Hagan et al., 1979, p. 508).

This study within the Sociology of Organizations can be applied to a wide range of themes in the Social Sciences. Hagan and other researchers, for instance, use the organizational theories to understand the dynamics of the criminal justice system in the United States of America. They argue that the existence of a probation office keeps the myth of an individualized justice, even though this happens ceremonially:

The present research, like most of its predecessors, fails to provide strong support for these viewpoints [marxian and durkheimian]. We have argued that the assumption of a tight fit between structure and function is a key source of error in these earlier models, offering in their place an organizational perspective on criminal justice decision-making as the product of a loosely coupled organizational system.

(...) The emergence of the probation profession and the involvement of probation officers in the presentencing process are the structural products of this philosophical change, providing a new source of legitimation for the activities of the court. However, the goals of court efficiency and individualization are contradictory.

One means of resolving this contradiction involves the decoupling of probation work from much of the court's decision-making, substituting the influence of the prosecutor for that of the probation officer in the presentencing process. Prosecutors' distinctive impact on the sentencing process reflects the court system's need to reward and punish offender compliance in efficiently resolving cases. Meanwhile, the maintenance of the formal involvement of probation officers in the presentencing process allows perpetuation of the myth of individualization, if only in a ceremonial form (Hagan et al., 1977, p. 524).

In Brazil, there was also an effort to use the organizational theory to understand the Brazilian criminal justice system. Vargas and Rodrigues (2011) argue that there is a constant decoupling among the subsystems that compose the criminal justice system. But the *paper* – the official documents, the bureaucracy – play the role of loosely coupling these subsystems.

4 FINAL CONSIDERATIONS

The present paper aims at interpreting the juvenile justice system in São Paulo as a loosely coupled system. Juvenile participation is an institutional rule which is necessary to the maintenance of the juvenile justice system itself. However, it contradicts the necessity for effectiveness within court. It is possible to say, then, that the juvenile justice is a loosely coupled system, and the Informal Hearings occur ceremonially, as to maintain the myth of a participative justice.

REFERENCES

COSTA RIBEIRO, C. A. As Práticas Judiciais e o Significado do Processo de Julgamento. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, v. 42, n. 4, 1999.

GARLAND, D. **Punishment and Modern Society**: a study in social theory. Oxford: Oxford University Press, 1993.

HAGAN, J.; HEWITT, J.; ALWIN, D. Crime and Punishment in a Loosely Coupled System. **Social Forces**, v. 58, n. 2, 1979.

MEYER, J.; ROWAN, B. Institutionalized Organizations: Formal Structures as Myth and Ceremony. **American Journal of Sociology**, v. 83, 1977.

MENDEZ, E. G. **Adolescentes e responsabilidade penal**: um debate latino-americano, 2006. Disponível em:
<http://www.justica21.org.br/interno.php?ativo=BIBLIOTECA&sub_ativo=RESUMO&artigo=206>.

OLIVEIRA, T.; ALVAREZ, M. C. Pastas e Prontuários do 'Complexo do Tatuapé' (São Paulo/SP – 1990-2006): Fatores Determinantes da Aplicação da Medida Socioeducativa de Internação. In: **ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS**, 38, 2014. Caxambu-MG. *Anais[...]* Caxambu, 2014.

SPOSATO, K. B. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

VARGAS, J. D.; RODRIGUES, J. N. L. Controle e Cerimônia: o inquérito policial em um sistema frouxamente ajustado. **Revista Sociedade e Estado**, v. 26, n. 1, 2011.

VON HIRSCH, A. Proportionate Sentences: How different from adults? **Punishment and Society**, v. 3, n. 2, 2001.

Legislations

BRAZIL, 1990. **Children and Adolescent Statute**.

UNITED NATIONS, 1989. **Convention on the Rights of the Child**.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM
DIREITO E SOCIEDADE DO
UNILASALLE
GT - HERMENÊUTICA, CAOS E INCERTEZA**

CANOAS, 2015

A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EXERCIDA PELOS TRÊS PODERES EM UM ESPAÇO CONSTITUCIONAL CURVO

Igor Domingos do Altíssimo

RESUMO: Este artigo propõe uma redefinição da interação entre os Três Poderes no processo de interpretação constitucional a partir do paradigma da física pós-newtoniana. Funda-se em uma concepção de espaço constitucional curvo que afeta e é afetado pela ação dos entes estatais, provocando distorções que afetam as ações um do outro. Para a física newtoniana os objetos massivos exercem força um sobre o outro através de um espaço “místico”. A física pós-newtoniana entende o espaço como curvo e afetado pelos objetos com massa, ao mesmo tempo que os afeta também. Propomos uma interpretação do espaço público a partir deste paradigma. Também, a partir de uma definição de democracia movida pelo constante desejo das massas e de República como permanente limitação desse desejo, ou seja, limitação do exercício de poder, repensamos a dinâmica dos Poderes da União e propomos uma solução para o sempre presente conflito entre o Legislativo, Executivo e o Judiciário.

PALAVRAS-CHAVES: princípio da separação dos poderes; teoria da constituição; controle de constitucionalidade; física newtoniana; física pós-newtoniana; República; Democracia.

1 INTRODUÇÃO

O ano é 1857. O local, Springfield, Illinois, nos Estados Unidos. Um proeminente político autodidata Abraham Lincoln, que mais tarde tornar-se-ia o 16º presidente norte-americano em um momento decisivo daquele país, discursava sobre as decisões judiciais. Dizia ele:

Decisões judiciais têm dois usos: primeiro, servem para determinar absolutamente o caso decidido; e segundo, servem para indicar ao público como outros casos similares devem ser decididos quando estes surgirem. No segundo caso, eles são chamados de “precedentes” e “vinculativos”. Nós acreditamos tanto quando o Juiz Douglas (talvez até mais) em obediência e respeito às decisões judiciais. Acreditamos que suas decisões em questões constitucionais, quando assentadas, deveriam aplicar-se não apenas ao caso concreto decidido, mas de forma geral e abstrata em todo o país, sujeitas a revisão apenas por emendas à

Constituição, como previsto nesta própria. Mais do que isso seria uma revolução. Mas nós acreditamos que Dred Scott foi uma decisão errada. Nós sabemos que o Tribunal que a decidiu constantemente tem revogado suas próprias decisões, e nós faremos o que pudermos para vê-lo revogar essa decisão também. Nós não oferecemos nenhuma resistência a ela. Decisões judiciais possuem maior ou menor autoridade como precedentes dependendo das circunstâncias (LINCOLN *Apud* ROE: 1907, p. 50, tradução livre do autor).

O caso a que Lincoln faz referência é *Dred Scott v. Sandford* decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1856. A escravidão, desde o início da história norte-americana como um país independente, foi um ponto de dificuldade para a formação da união das ex-colônias e uma série de compromissos foram firmados para solucionar a divergência. À medida que o território se expandia para o Oeste a questão se complicava, porque cada estado que era formado podia representar força para os escravocratas ou abolicionistas, dependendo se o novo estado escolhesse ser livre ou escravagista.

Em 1856 a questão já estava em ponto quase limite para a guerra civil. O Congresso por anos vinha editando leis que visassem apaziguar os estados escravagistas e abolicionistas, mas sem muito sucesso. Um dos atos do Legislativo foi o *Missouri Compromise*, passado em 1820, que delimitava uma linha divisória de leste a oeste e determinava que ao norte dela os novos estados deviam obrigatoriamente ser livres da escravidão, proibindo com isso a escravidão no território da Louisiana. A lei é submetida a grande questionamento em 1854 quando os estados de Nebraska e Kansas estão para ser admitidos na União. Com o Congresso sem mais força política para resolver o conflito, resta a Suprema Corte emitir uma solução.

O Tribunal então se reúne para decidir o caso Dred Scott. Tratava-se de um escravo no estado do Missouri que durante algum tempo residiu no território da Louisiana, livre da escravidão pelo *Missouri Compromise*. De volta ao Missouri ele acionou o judiciário estadual requerendo sua liberdade, porque havia morado em um território livre e por isso tinha adquirido o direito à liberdade. Depois de perder na corte estadual, ele ingressa em um tribunal federal e o caso chega à Suprema Corte por via de recurso com intensa pressão para uma solução da questão escravagista. A primeira decisão a que chega o Tribunal é

que nenhum americano de descendência africana pode nunca ser considerado um cidadão dos Estados Unidos e, portanto, não tinha o direito de ingressar com ação no Poder Judiciário. Essa opinião contrariava as leis de muitos estados que até previam direito de voto a ex-escravos e também, do ponto de vista formal, a Corte deveria ter parado de decidir aqui, se essa era a sua opinião. Se Dred Scott não era um cidadão, não havia caso a ser decidido por ilegitimidade ativa da parte. Mas havia uma questão a ser resolvida e a Suprema Corte não podia parar aqui. Decidiu então que o Congresso não tinha competência para restringir a escravidão e esta deveria ser legal em todo o território dos Estados Unidos, portanto o *Missouri Compromise* era inconstitucional. Com isso os juízes achavam terem obtido uma solução definitiva para a questão da escravidão.

Em seus discursos, Lincoln abertamente diz que se eleito irá institucionalmente desobedecer a decisão da Suprema Corte. Essa questão levanta um problema de teoria da constituição de solução nada fácil. Em todos os países que adotam o *judicial review*, aqui no Brasil denominado de controle de constitucionalidade, a doutrina dominante é de que o órgão máximo do Poder Judiciário tem a última decisão sobre questões constitucionais. O conflito surge quando os demais poderes e, de certa forma, a comunidade política que diretamente elege os membros dos demais poderes discordam desse entendimento do Judiciário. A questão que se apresenta é, dentro da teoria da divisão dos três poderes, como deve funcionar a interação entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário? Dizemos que estes devem ser independentes e harmônicos entre si, mas o que isso realmente significa?

Partimos da ideia apontada por Luís Roberto Barroso (1999, p. 116): “A interpretação da Constituição é exercida por órgãos dos três Poderes estatais. Assim se passa, em primeiro lugar, para a delimitação de sua própria esfera de competências”. Portanto, cada um dos órgãos estatais da União tem papel na interpretação constitucional, mas como órgãos representantes de vontade política em uma sociedade plural e democrática eles podem divergir quanto à interpretação da norma fundamental. A doutrina é pacífica em afirmar que, em países que adotam o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, sua decisão vincula os demais Poderes, mas “Não é incomum que a interpretação

judicial venha sobrepor-se à interpretação feita pelo Legislativo – como se passa quando declara uma lei inconstitucional – ou pelo Executivo” (*Ibidem*, p. 118).

Isso significa que Lincoln, no exercício do cargo de chefe do Poder Executivo, não detinha a autoridade de desobedecer a opinião da Suprema Corte sobre a constitucionalidade das leis editadas pelo Congresso sobre escravidão? Essa concepção adota um entendimento da divisão dos Três Poderes que se centra na característica de independência e que harmonia é cada um exercer autoridade dentro do seu âmbito de competências. Não partilhamos dessa concepção. Em uma sociedade aberta e plural em que se concebe que todos os afetados pela norma são também seus intérpretes (HABERLE: 1997), entendemos “que todos os cidadãos têm o direito, desde que discursiva e racionalmente fundados, de desobedecer a um comando normativo que considerem inconstitucional” (CATTONI: 2006, p. 177). E isso inclui o chefe do Poder Executivo e os membros do Poder Legislativo, haja visto que todos eles fizeram um juramento de defender e aplicar a Constituição e esta é mais do que o que o Tribunal Constitucional de um país diz que ela é.

O problema que se apresenta, então, é a adequação da teoria dos Três Poderes a essa concepção de como eles devem interagir. Necessita-se de uma reformulação dos conceitos de independência e harmonia, para uma concepção em que eles atuariam em constante choque, criando e destruindo os atos de uns dos outros. Buscaremos o referencial para essa conceituação na física, como procedido pelo professor de direito constitucional de Harvard, Laurence Tribe. Tribe (1989, p. 2-3) expõe que a ideia do funcionamento dos órgãos dos Três Poderes pelos teóricos jusnaturalistas teve origem na física newtoniana. Imaginava-se que os Poderes funcionariam como um sistema mecânico, que a partir da aplicação de uma força permaneceriam em movimento autônomo. A ciência natural, assim com a ciência do Direito, evoluiu desde as proposições de Newton e a Teoria da Relatividade Geral e a Física Quântica deram soluções a fenômenos que a física newtoniana não foi capaz de explicar. A física pós-

newtoniana apresenta-se, então, como possibilidade para um novo referencial para a conceituação dos institutos do Direito¹.

Sobre o problema aqui abordado, merece as relevantes palavras de Luís Roberto Barroso (2009, p. 391):

No Brasil, só mais recentemente se começaram a produzir estudos acerca do ponto de equilíbrio entre supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo Judiciário e processo político majoritário. O texto prolixo da Constituição, a disfuncionalidade do Judiciário e a crise de legitimidade que envolve o Executivo e o Legislativo tornam a tarefa complexa.

2 ESPAÇO CONSTITUCIONAL CURVO

A Constituição origina-se de um processo revolucionário, produzida pelo Poder Constituinte tem um caráter de supremacia no Ordenamento Jurídico por ser o texto legal que o funda e delimita (BARROSO: 2006, p. 94-121). Fundar não significa que a Constituição apenas descreve as características das instituições do Estado, pelo contrário, como afirma Barroso (*Ibidem*, p. 74), “a Constituição não tem caráter meramente descritivo das instituições, mas sim a pretensão de influenciar sua ordenação, mediante um ato de vontade e de criação, usualmente materializado em um documento escrito”.

Em conclusão, o emérito constitucionalista diz que a Norma Fundamental

cria ou reconstrói o Estado, organizando e limitando o poder político, dispondo acerca de direitos fundamentais, valores e fins políticos e **disciplinando o modo de produção e os limites de conteúdo das normas que integrarão a ordem por ela instituída** (BARROSO: 2006, p. 74, grifos acrescentados).

Cattoni (2006, p. 70-72), fundado na teoria do autor alemão Jürgen Habermas, procede a uma análise das concepções de espaço público e privado – bem como a produção do Direito – de acordo com as visões de justiça liberal e republicana, com o fim de reconstruí-las de uma forma que ele considera “mais

¹ Cabe esclarecer que em absoluto este artigo propõe um retorno à concepção jusnaturalista. Como assevera Tribe (1989, p. 2): “A melhor visão da ciência é uma contínua e, acima de tudo, crítica exploração de visões frutíferas, a melhor metáfora é a de uma jornada. Ciência não se baseia tanto em provar, quanto em desenvolver. **Olhar para as ciências naturais em busca de autoridade – isto é, para se ter certeza – é olhar para algo que não está lá**” (tradução livre do autor) (grifos acrescentados).

adequada ao paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito” (*Ibidem*, p. 70).

A partir do momento que se supera tanto a concepção republicana quanto a concepção liberal de processo político, a Constituição, para articular-se com uma visão discursiva da Democracia, deverá ser compreendida, fundamentalmente, como a interpretação e prefiguração de um sistema de direitos fundamentais, que apresenta as condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias para uma legislação política autônoma. Essa institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias para uma legislação política autônoma deverá estabelecer, em termos constitucionais, as condições para um processo legislativo democrático, no qual a soberania popular e os direitos humanos, concebidos desde o início, como princípios jurídico-constitucionais, fazem valer o nexos interno entre autonomia pública e autonomia privada dos cidadãos, estas também consideradas, desde o início, de forma jurídica, co-originárias e com igual relevância, em contraponto com as tradições republicana e liberal, que relevam apenas uma delas e as compreendem inicial e respectivamente ou como autodeterminação ética, ou como autonomia moral (CATTONI: 2006, p. 71-72).

Não abriremos mão dessa conceituação de espaço público, ou espaço constitucional como denominamos no título seguindo a nomeação de Tribe (1989), mas apresentaremos uma perspectiva desse espaço em conceitos da física pós-newtoniana.

A física newtoniana entendia o universo como composto de objetos massivos cujos comportamentos no espaço podiam ser explicados por leis objetivas sem que se precisasse fazer análises mais complexas sobre a estrutura do universo. Os objetos podiam interagir, mas nunca alterar o espaço em si. Segundo Newton, a gravidade varia linearmente dependendo da massa do objeto. Newton foi capaz de desenvolver uma fórmula matemática que possibilitava calcular com muita precisão a força gravitacional que dois objetos exercem um sobre o outro. Contudo, algumas questões foram deixadas em aberto na sua teoria. A teoria newtoniana não é capaz de explicar por que a variação na distância entre os objetos afeta a força gravitacional entre eles. De alguma forma, o Sol e a Terra “sabem” a que distância estão um do outro, como se uma “corda” invisível ligasse cada átomo um do outro (TRIBE: 1989, p. 3).

A teoria da relatividade de Einstein irá mudar essa concepção, percebendo que os objetos com massa podem alterar a estrutura do tecido espaço-temporal e a física quântica postula que a interação entre o objeto e o observador a um nível subatômico muda a realidade do experimento. A Teoria da Relatividade Geral postula, como solução ao problema deixado em aberto na teoria newtoniana, que os corpos massivos distorcem o espaço ao seu redor; e os outros objetos, ao entrar nesse espaço distorcido, movem-se seguindo essa distorção. Para os objetos em movimento eles estão apenas seguindo a trajetória formada pela curvatura do tecido espacial e não são, realmente, afetados por algum tipo de conexão à distância. Da teoria newtoniana para a einsteiniana ocorre uma mudança de paradigma, de percepção, da natureza do espaço. Para Newton o espaço é fixo e imutável, para Einstein ele é relativo (TRIBE: 1989, p. 3-4).

Em uma perspectiva do Direito, a teoria newtoniana seria aquela em que os atores estatais atuariam sem afetar o espaço no qual agem. Já em um paradigma pós-newtoniano é possível perceber que a ação órgãos dos Três Poderes do Estado afeta o espaço em que agem, como também o espaço afeta a ação dos atores. Em paralelo com a ciência do direito, isso quer dizer que a o Direito não pode ser percebido como à parte espaço público no qual ele é produzido (TRIBE: 1989, p. 4).

(o direito) não pode ser um referencial neutro, e seletivamente adentrar, como se fosse um agente externo, para fazer ajustes em conflitos particulares. Cada decisão reestrutura o Direito em si, assim como a realidade social na qual ele opera, porque, como toda atividade humana, o direito está fatalmente inserido no processo dialético através do qual a sociedade constantemente se recria (TRIBE: 1989, p. 4, tradução livre do autor).

Diante do exposto, percebe-se que a natureza do espaço público de ação política das instituições do Estado é curvo, ou seja, não é imutável e rígido, mas distorce-se como consequência da ação política. O que isso significa é que os entes estatais não estão lançando decisões de um ponto externo à realidade social, mas completamente imersos nela.

Se vamos conduzir um discurso constitucional através de uma conversa verdadeira para valores contemporâneos – abandonando o prisma da física newtoniana e suas analogias – então devemos entender o Estado não como uma coisa mas como um sistema de regras, princípios e concepções que

interagem com um espaço que é em parte produto de uma ação política anterior. E devemos sobre os eventos e as pessoas envolvidas sem pretender que eles são pré-políticos; eles também são, em parte, formados pelas ações políticas. [...] A mudança de paradigma para um modelo que contenha tanto a geometria do espaço público e a interação entre o observador e o fenômeno observado tem raízes profundas em práticas existentes e maneiras de se pensar o Direito (TRIBE: 1989, p. 12-13, tradução livre do autor).

3 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EXERCIDA PELOS TRÊS PODERES

3.1 República como Constante Contenção do Exercício de Poder

O tensionamento gerado pela revisão judicial dos atos do Poder Legislativo tem origem na contradição existente entre os conceitos de democracia e constitucionalismo.

Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. Em princípio, cabe à jurisdição constitucional efetuar esse controle e garantir que a deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na Constituição (BARROSO: 2009, p. 87-88).

O conflito pode ser entendido também como uma divergência entre os conceitos de República e Democracia. Rancière (2014, p. 14-18) e Ribeiro (2000, p. 13-14) trabalham os conceitos clássicos de democracia e república de Aristóteles e Platão e percebem que na democracia o elemento crucial é o “desejo” das massas, que comanda ditatorialmente o governo da sociedade com o fim de confiscar e redistribuir os bens dos mais ricos entre os mais pobres. Como afirma Rancière (2014, p. 15) “a democracia, diziam os relatores, significa o aumento irresistível de demandas que pressiona os governos, acarreta o declínio da autoridade e torna os indivíduos e os grupos rebeldes à disciplina e aos sacrifícios exigidos pelo interesse comum”. É, portanto, um regime fundado no

princípio anárquico, subversivo e é, conseqüentemente, ingovernável. Em conclusão, “a democracia não é nem uma sociedade a governar nem um governo da sociedade, mas é propriamente esse ingovernável sobre o qual todo governo deve, em última análise, descobrir-se fundamentado” (RANCIÈRE: 2014, p. 66).

A República tem como fundamento a constante contenção do desejo das massas, a constante contenção do exercício de poder. É um governo de cunho aristocrático, fundado em uma virtude aristocrática de contenção do desejo individual em prol do interesse comum (RIBEIRO: 2000, p. 17-18). A tensão entre democracia e república é evidente. A primeira tem como premissa a crucificação dos reis dos homens, enquanto a segunda reflete a necessidade do bom pastor na condução da sociedade (RANCIÈRE: 2014, p. 47-49).

Nessa linha de raciocínio, a Constituição de uma dada sociedade política reuniria um conjunto de consensos mínimos que limitariam o poder de decisão das maiorias em uma democracia. Além, é claro, de definir os limites do espaço político de deliberação sob o qual se produz um Direito legítimo (BARROSO: 2009, p. 89-90).

Longe de serem conceitos antagônicos, portanto, constitucionalismo e democracia são fenômenos que se complementam e se apoiam mutuamente no Estado contemporâneo. [...] Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia-a-dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo (*Ibidem*, p. 90).

A uma mesma conclusão chega Ribeiro (2000, p. 22-23), sobre as contradições entre república e democracia:

o problema da democracia, quando ela se efetiva – e ela só pode efetivar sendo republicana –, é que, ao mesmo tempo que ela nasce de um desejo que clama por realizar-se, ela também só pode conservar-se e expandir-se contendo e educando os desejos.

Essas considerações têm grande impacto ao se pensar na legitimidade do processo democrático de produção legislativa como um todo, bem como a atuação dos juízes em uma democracia e o papel do executivo na concretização do que é preceituado na Constituição. É necessário ter em mente a falácia

inerente ao sistema representativo, como expõe com propriedade Rancière (2014, p. 68):

A “sociedade democrática” é apenas uma pintura fantasiosa, destinada a sustentar tal ou tal princípio do bom governo. As sociedades, tanto do presente quanto no passado, são organizadas pelo jogo das oligarquias. E não existe governo democrático propriamente dito. Os governos se exercem sempre da minoria sobre a maioria.

E em outro trecho o autor fala especificamente do modelo de democracia representativa:

a representação nunca foi um sistema inventado para amenizar o impacto do crescimento das populações. Não é uma forma de adaptação da democracia aos tempos modernos e aos vastos espaços. É, de pleno direito, uma forma oligárquica, uma representação das minorias que têm título para se ocupar dos negócios comuns (*Ibidem*, p. 69).

Por fim, o que está subjacente a esse conflito entre república e democracia, ou entre constitucionalismo e democracia, é a luta pela dominação do espaço público. É no contexto dessa luta que deve ser compreendido o processo democrático.

Uma vez que o vínculo com a natureza está cortado, e os governos são obrigados a se mostrar como instância do comum da comunidade, separadas da lógica única das relações de autoridade imanentes à reprodução do corpo social, existe uma esfera pública que é uma esfera de encontro e conflito entre as duas lógicas opostas da polícia e da política, do governo natural das competências sociais e do governo de qualquer um. A prática espontânea de todo governo tende a estreitar a esfera pública, a transformá-la em assunto privado seu e, para isso, a repelir para a vida privada as intervenções e os lugares de intervenção dos atores não estatais. Assim, a democracia, longe de ser a forma de vida dos indivíduos empenhados em sua felicidade privada, é o processo de luta contra essa privatização, o processo de ampliação dessa esfera. Ampliar a esfera pública não significa, como afirma o chamado discurso liberal, exigir intervenção crescente do Estado na sociedade. Significa lutar contra a divisão do público e do privado que garante a dupla dominação da oligarquia no Estado e na sociedade (RANCIÈRE: 2014, p. 72).

3.2 O Devido Processo Legislativo e a Mutações Constitucionais por Via Legislativa

Em uma sociedade democrática moderna é imprescindível para a produção legítima de leis a observância de um Devido Processo Legislativo. Cattoni (2006, p. 40) define o processo de produção da lei como

atos jurídicos que, ao densificarem um modo jurídico-constitucional de interconexão prefigurada, constituem-se em uma cadeia procedimental. Essa cadeia procedimental se desenvolve discursivamente, ou, ao menos, em condições equânimes de negociação, ou, ainda, em contraditório, entre agentes legitimados, no contexto de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, visando à formação e à emissão de um ato público-estatal do tipo pronúncia-declaração, um provimento legislativo que, sendo o ato final daquela cadeia procedimental, dá-lhe finalidade jurídica específica.

O autor irá explorar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e perceber que a Egrégia Corte reluta em exercer um controle de constitucionalidade do processo legislativo, considerando como uma questão *interna corporis* do Legislativo (CATTONI: 2006, p. 48-51).

Vale grifar: segundo o Supremo Tribunal Federal, é somente nos casos de descumprimento direto de normas constitucionais referentes às formalidades do processo legislativo que os parlamentares teriam legitimação ativa para impetrar mandados de segurança contra os atos processuais legislativos que imediatamente descumprissem a Constituição, porque lhes assistiria um direito público subjetivo [...] de não terem de votar projetos de lei ou propostas de emenda que julguem inconstitucionais (CATTONI: 2006, p. 49).

Esse entendimento, como ressalta e contundentemente critica o autor, tem levado à “privatização” do processo legislativo, como se tal pertencesse ao parlamentar (CATTONI: 2006, p. 49). O processo legislativo não é um direito privado do parlamentar; é uma “função pública de representação política” (*Ibidem*, p. 51). A posição do STF tem

levado, de uma perspectiva não somente normativa, mas também objetiva, ao surgimento de verdadeiras ilhas corporativas de discricionariedade, o que estará resultando numa quase total ausência de parâmetros normativos, abrindo espaço, dessa forma, para um exercício cada vez mais arbitrário do poder político (*Ibidem*, p. 51).

A interpretação do Supremo sobre o processo legislativo, em uma perspectiva pós-newtoniana, é como se houvesse alguma região do espaço constitucional em que a Constituição não exercesse força gravitacional. Um Buraco Negro dentro do Estado Democrático de Direito, que sugaria toda a

normatividade das normas constitucionais e deixaria o processo legislativo a um puro exercício de força e não de poder político². Tribe, analisando o papel do Estado ao editar leis, conclui que ao editar uma lei está-se distorcendo o espaço sob o qual todos nós vivemos.

A abordagem que eu estou sugerindo aqui não precisa levar, nem abraçar, uma ideologia paternalista. A heurística pós-newtoniana não força respostas sobre nós; ao contrário, ela nos compele a questionar. Não é um clamor por “todos os poderes aos juízes”, mas um questionamento de como a distribuição e direção de todos os poderes políticos – incluindo os dos juízes – definem o espaço público no qual todos nós vivemos, e no qual nas lacunas estamos perdidos (TRIBE: 1989, p. 7).

É ilógico que exista uma descontinuidade no tecido do espaço constitucional, uma área fora do Direito. Também é inerente ao próprio processo de produção normativa a capacidade que os próprios órgãos do Poder Legislativo interpretem a Constituição. Como coloca Barroso (1999, p. 117),

A interpretação constitucional pelas Casas do Congresso, por Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais é indispensável para que exercitem sua atividade legislativa nos limites da Lei Maior, e, talvez mais importante, para que legislem de forma a realizar os fins constitucionais.

No processo de edição de leis é possível ocorrer que o Legislativo tente mudar uma interpretação dada pelo Judiciário a determinada norma constitucional. A esse processo Barroso (2009, p. 132) denomina “mutação constitucional por via legislativa”. Trata-se do problema de Lincoln proposto na Introdução, de que ele pretendia continuar forçando o Congresso a editar leis que, segundo o entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, eram inconstitucionais. No Brasil também houve tentativa do Legislativo de alterar interpretação da Constituição dada pelo STF, caso que passamos a analisar.

Sempre foi uma questão controversa a prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, mais especificamente sobre a sua persistência ou não caso a causa de privilégio cesse de existir. Ainda hoje não é pacífico na Corte a

² Já não é mais possível imaginar áreas de uma sociedade política não afetadas pelo Direito, regiões de descontinuidade do tecido do espaço constitucional reservadas à atuação de um pretense direito natural. Tribe (1989, p. 8, tradução livre do autor) coloca nestes termos: “Esse conceito manipulador de uma ordem social “natural”, que serve de suporte para ações estatais, é muitas vezes empregado para retirar do Estado o papel e a responsabilidade de criar e reforçar relações de poder”.

questão, sendo a jurisprudência oscilante e muito casuística. Durante décadas, contudo, mesmo já no regime da Constituição de 1988, o STF entendeu que a prerrogativa de foro permanecia mesmo após a perda da causa de privilégio. Esse era o sentido da Súmula n. 394: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal seja iniciados após a cessação daquele exercício” (BARROSO: 2009, p. 131).

No entanto, em julgamento de Questão de Ordem no Inquérito 687/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, o Supremo cancelou a referida Súmula, mudando a interpretação adotada para o artigo 102, I, b, da Constituição de 1988 e “passando a afirmar que a competência especial somente vigoraria enquanto o agente estivesse na titularidade do cargo ou no exercício da função” (BARROSO: 2009, p. 131). Os representantes do Poder Legislativo não concordaram com essa mutação constitucional adotada pelo STF e editaram a Lei n. 10.628, de 2002, que dava a seguinte redação ao artigo 84 do Decreto-Lei n. 3.689/41 (Código de Processo Penal):

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1o **A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.**

§ 2o A ação de improbidade, de que trata a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1o. (BRASIL: 2002, s/p, grifos acrescidos).

Em análise simples, a Lei restaurava o estado que existia antes do cancelamento da Súmula n. 394. Não procedia a uma alteração do texto da Constituição em si, apenas dava-lhe outro sentido. O STF, contudo, invalidou a pretensão do Legislativo de ser também intérprete da Constituição por meio de edição de leis ordinárias, declarando a Lei inconstitucional (BRASIL: 2006, p. 1-2). No seu voto o Ministro Sepúlveda Pertence faz colocações pertinentes sobre as

vinculações dos outros poderes à interpretação constitucional procedida pelo Supremo Tribunal Federal:

Certo, a Constituição não outorgou à interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal o efeito de vincular o Poder Legislativo, sequer no controle abstrato de constitucionalidade das leis, quando as decisões de mérito só terão força vinculante para os “demais órgãos do Poder Judiciário e Poder Executivo”. Menos ainda cabe cogitar de vinculação do Legislativo às decisões do STF que diretamente aplicam a Constituição aos fatos: ao contrário das proferidas no controle abstrato de normas, são acórdãos que substantivam decisões tipicamente jurisdicionais, de alcance restrito às partes. O ponto está em que às leis ordinárias não é dado impor uma dada interpretação da Constituição (BRASIL: 2006, p. 17-18).

Pode-se perceber desse caso, independentemente se a Lei ordinária é ou não é meio formalmente constitucional de se proceder a uma mutação constitucional, é uma antiga concepção da ideia de divisão dos Três Poderes, fundada no paradigma newtoniano. A ideia de que o princípio de harmonia entre os poderes é simplesmente um corolário do princípio da independência, ou seja, que apenas garantindo que cada poder estatal exerça autoridade dentro dos seus limites de competência garante harmonia entre eles, não é sempre verdade. Essa concepção newtoniana leva inevitavelmente a um conflito direto, em que cada poder fica constantemente tentando destruir os atos uns dos outros “à distância”. No caso em análise, o STF decidiu que, apesar dos demais poderes terem o poder de interpretar a Lei Fundamental – e realmente precisam fazê-lo no exercício de suas funções –, apenas a Excelsa Corte tem a competência de interpretar de forma vinculativa e terminativa a Constituição. É pertinente a observação que faz Barroso (2009, p. 133-134), de que a mudança na própria jurisprudência do STF é indício de que existem, no mínimo, duas interpretações para o dispositivo constitucional e ambas são legítimas, “é discutível que ao legislador não fosse facultada a escolha de uma delas” (*Ibidem*, p. 134).

Voltemos à experiência norte-americana. Após a Guerra Civil o Congresso aprovou a 13ª e 14ª emendas à Constituição com clara intenção de reverter os precedentes adotados pela Suprema Corte. No entanto, a Corte reluta em mudar seu entendimento e mantém-se conservadora por ainda cem anos após a Guerra Civil. Veja, por exemplo, *Lochner v. New York*, caso em que o Tribunal invalida

leis trabalhistas do estado de Nova York em defesa de uma liberdade quase absoluta dos particulares de firmarem contratos entre si, e *Plessy v. Ferguson* onde é adotada a doutrina do “iguais mas diferentes” legitimadora da segregação racial que permanece por mais de um século após a Guerra Civil. A situação começa a se alterar na década de 1930 quando outro confronto direto entre os Poderes Executivo e Legislativo e o Poder Judiciário se apresenta e dessa vez a Corte abre espaço para a atuação dos demais poderes. Em *West Coast Hotel Co. v. Parrish* a Suprema Corte reverte a decisão *Lochner* e permite ao Congresso legislar sobre questões trabalhistas (BARROSO: 2009, p. 134).

O que é evidente nesses casos é o confronto direto entre os Três Poderes, porque interpreta-se a divisão de poderes com foco na independência, em uma perspectiva newtoniana de gravidade, em que cada corpo exerce uma força independente um sobre o outro através de um espaço “místico”. A mudança de paradigma deve ser orientada para o entendimento de que esses entes estatais estão exercendo poder em um espaço constitucional curvo compartilhado e suas ações distorcem esse espaço, como também são afetadas pelo próprio espaço (TRIBE: 1989, p. 10).

A Suprema Corte chega a esse nível de harmonia em *Brown v. Board of Education*, quando reverte o entendimento sobre segregação de *Plessy v. Ferguson*. Apesar de a decisão da Corte em si ter sido praticamente inócua, ela alterou o espaço constitucional suficientemente para dar início a um movimento de questionamento da segregação (TRIBE: 1989, p. 14). Os demais poderes seguiram a distorção criada pela força gravitacional do Tribunal no tecido do espaço constitucional. O Poder Legislativo aprovou uma série de leis – *Civil Rights Act*, de 1964, *Voting Rights Act*, de 1965, *Fair Housing Act*, de 1968 – e o Executivo executou essas legislações, garantindo proteção policial para as crianças que iriam frequentar as escolas desegregadas (BARROSO: 2009, p. 125). É uma nova perspectiva de interação entre os Poderes, fundada em um paradigma pós-newtoniano.

Semelhante controvérsia foi verificada no Brasil em relação a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que gerou intensa resistência nos tribunais pátrios que a consideravam inconstitucional. O Presidente da

República então impetrou uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 19) visando encerrar a divergência quanto a constitucionalidade da lei e permitir que ela surtisse seus efeitos plenamente. Neste caso, os Três Poderes atuaram conjuntamente para garantir governança. Diferente da ideia que harmonia deriva da independência, a harmonia deriva da atuação visando à estabilização das relações sociais.

3.3 A Interpretação Constitucional no Poder Executivo

O Poder Executivo, órgão competente por dar efetividade às políticas públicas criadas no âmbito do Poder Legislativo, exerce também interpretação constitucional no exercício de suas funções. Esta é a interpretação administrativa, ou orgânica, assim definida por Ferraz (1986, p. 148):

Consiste, assim, na interpretação constitucional operada mediante atos, resoluções ou disposições gerais ou não, que *não* tenham por objetivo a elaboração de leis interpretativas ou complementares à Constituição ou decisões jurisprudenciais visando a aplicação da Constituição a casos concretos ou à declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos.

Apesar de ser o Poder Executivo órgão que exerce a interpretação constitucional administrativa por excelência, devido ao teor de suas funções, os demais órgãos estatais também a exercem quando, autorizados pela Constituição, realizam funções administrativas (FERRAZ: 1986, p. 147). Ela pode ser exercida de diferentes meios e modos e possui características particulares em relação à interpretação exercida nos demais poderes.

Ferraz (1986, p. 149-150) dá o exemplo do ato de nomeação de ministros para o Supremo Tribunal Federal, no Brasil reservado ao Presidente da República. Esse ato implica em interpretação constitucional, pela própria linguagem aberta do artigo 101 da Constituição da República de 1988, que fala em cidadãos de “notável saber jurídico e reputação ilibada”. Esses termos abrangentes conferem autonomia ao Chefe do Poder Executivo para interpretar a norma constitucional na sua aplicação.

A interpretação constitucional administrativa pode ser direta, quando fundada diretamente na Constituição, ou indireta, quando fundada em leis

infraconstitucionais que complementam preceitos constitucionais (FERRAZ: 1986, p. 150-152). Pode, quanto a sua finalidade, serem atos políticos ou puramente administrativos. Os atos políticos são, em regra, livres porque são discricionários, já os administrativos podem ou não ser livres, dependendo do que prevê a Constituição, e, portanto, estão sujeitos a controle de constitucionalidade (*Ibidem*, p. 154). E ainda, quanto aos seus efeitos, a interpretação constitucional administrativa pode ser *vinculante interna corporis*, quando restrita a uma cadeia hierárquica da administração pública; e *vinculante externa corporis*, quando feita por meio de regulamentos, decretos, etc., vinculantes aos demais poderes (*Ibidem*, p. 156).

Destaca-se uma última característica da interpretação constitucional do Poder Executivo, a mais controversa, que é a negativa de eficácia. Pode o Presidente da República recusar-se a dar efetividade a um ato emanado do Poder Legislativo por considerá-lo inconstitucional? Ferraz (1986, p. 153) alude ao jurista mexicano Fix-Zamudio que, em análise ao ordenamento jurídico mexicano, conclui que não cabe aos administradores desobedecer uma lei. Ferraz (*Ibidem*), contrariamente a essa posição, aponta que, em ordenamentos jurídicos nos quais existam controle concentrado de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, essa restrição é atenuada, na medida que, muitas vezes, parte do próprio Poder Executivo a provocação para o controle direto.

Nesses ordenamentos, a posição do administrador, sob esse ângulo, quase que se equipara à do legislador que sofre, diretamente, o controle jurisdicional de constitucionalidade. Observe-se, ainda, que a faculdade de o Executivo não aplicar leis inconstitucionais, negada pelo Autor, vem se afirmando em alguns ordenamentos, ainda que reservada, conforme lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho, aos órgãos de cúpula do Poder Executivo que atuam por sua conta e risco (FERRAZ: 1986, p. 153-154).

Neste caso, tem-se um ponto aberto de conflito entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Barroso (1999, p. 117) segue o mesmo posicionamento de Ferraz de que a doutrina e a jurisprudência majoritariamente conferem ao Presidente a discricionariedade de não cumprir leis que considere inconstitucionais até o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário. Campos (2011, p. 12) contrapõe essa doutrina majoritária a uma minoritária, que entende

que o Chefe do Poder Executivo não detém essa prerrogativa. Como argumentos, a corrente minoritária apresenta que a Constituição prevê um momento para o Presidente da República questionar a constitucionalidade do ato legislativo, que é quando da sanção ou veto presidencial, nos termos do artigo 66 e parágrafos da CR/88 (*Ibidem*, p. 14-15). Também é argumentado pela corrente minoritária que o posicionamento majoritário conflitaria com o princípio constitucional de constitucionalidade dos atos legislativos (*Ibidem*, p. 18-20).

Concordaremos aqui com a posição majoritária, destacando a preponderância do princípio da supremacia da Constituição. No ordenamento jurídico pós 1988 é inegável que a Carta Magna tem um caráter preponderante em relação às leis infraconstitucionais. O processo de constitucionalização do direito infraconstitucional passa também pela constitucionalização dos atos da administração pública, cabendo ao administrador observar os ditames constitucionais antes dos infraconstitucionais. Para os que acreditam que essa postura conferiria um grande poder discricionário ao Poder Executivo e deixaria seus atos sem limitações, postulamos que esses limites estariam delineados pela própria Constituição ao lançar as bases do processo político da sociedade democrática. Como define Barroso (1999, p. 117), o Poder Executivo interpreta a constituição orientando sua conduta pelos princípios constitucionais da Administração Pública, das restrições previstas e na aplicação das políticas governamentais.

Por fim, a interpretação constitucional administrativa nem sempre será caso de mutação constitucional. Ferraz (1986, p. 157) diz que

A interpretação constitucional administrativa configura processo de mutação constitucional sempre que, atuando para concretizar, integrar e aplicar a Constituição, conduz, permite ou possibilita a transformação do sentido, do significado e do alcance das disposições da Lei Fundamental, amoldando-a a realidades novas, a situações novas, novas necessidades sociais.

Destaca a autora que a mutação constitucional no âmbito do Executivo terá destaque nas normas constitucionais programáticas de eficácia limitada e nas de eficácia contida (FERRAZ: 1986, p. 158).

Nas normas programáticas há a presença de princípios genéricos e esquemáticos dirigidos pelo constituinte não ao legislador ordinário propriamente,

mas ao administrador para interpretá-los no ato de execução da norma. É essa atividade interpretativa que dará o verdadeiro conteúdo e sentido da norma constitucional (FERRAZ: 1986, p. 158).

A atividade interpretativa administrativa, concretizando as normas programáticas, ainda que observados, necessariamente, os limites constitucionais dará em grande medida o sentido real e concreto da Constituição. De outro lado, a inércia do intérprete constitucional administrativo é sobretudo significativa, quer quando lhe cumpre, diretamente, integrar a eficácia da norma constitucional, quer quando deve fazê-lo, indiretamente (FERRAZ: 1986, p. 160).

3.4 Controle de Constitucionalidade e o Mundo Além do Espelho

Clássica forma de exame de constitucionalidade dos atos emanados do Poder Legislativo, o controle de constitucionalidade, ou *judicial review*, exercido pelo Poder Judiciário teve uma origem conturbada e até hoje não é pacífico sua legitimidade, apesar de amplamente aceito. Tem origem nos Estados Unidos, com o brilhante precedente firmado pela Suprema Corte em *Marbury v. Madison* em 1803, com a presidência do *chief justice* John Marshall (BARROSO: 1999, p. 159-162).

O mecanismo de controle de constitucionalidade deriva da própria característica de supremacia da Constituição em relação às demais normas do Ordenamento Jurídico e isso está expresso no voto de Marshall: “ou a Constituição controla todo ato legislativo que a contrarie, ou o legislativo, por um ato ordinário, poderá modificar a Constituição. Não há meio termo entre tais alternativas” (HUGHES *Apud* BONAVIDES: 2013, p. 318). Não está explícito no texto constitucional norte-americano que competiria ao Judiciário a revisão de leis emanadas do Legislativo, mas Marshall raciocina que essa função derivaria do próprio trabalho dos Tribunais que é o de aplicar as leis ao caso concreto. Na realização dessa função, ao se deparar com duas leis que igualmente se aplicam ao caso – de um lado a Constituição e do outro uma lei ordinária – seria contraditório ao princípio da supremacia constitucional escolher aplicar a lei ordinária (BARROSO: 1999, p. 160-162). Também não poderia ser deixado a cargo do Legislativo – órgão do qual emanou a lei – o controle de

constitucionalidade do próprio ato. Por isso mesmo da ideia de *checks and balances* da divisão dos Poderes (*Ibidem*, p. 162-163).

Por uma Constituição limitativa, eu entendo aquela que contém certas exceções específicas à autoridade legislativa, como por exemplo as de que não aprovarão *bills of attainder* nem leis *ex post facto* ou outras semelhantes. Tais limitações na prática somente poderão ser preservadas por via dos tribunais, cuja obrigação deve ser a de declarar nulos todos os atos contrários ao teor manifesto (*manifest tenor*) da Constituição. Sem isto todas as reservas de direitos particulares ou privilégios se reduzirão a nada (HAMILTON *Apud* BONAVIDES: 2013, p. 317).

Mesmo com essa fundamental função de guardião da Constituição, o Judiciário ainda é, dentre os três poderes, o mais fraco. Nesse sentido Schwartz (*Apud* BONAVIDES: 2013, p. 326-327) diz que o judiciário

é incomparavelmente o mais fraco dos três ramos do poder [...] não exerce nenhuma influência sobre a espada ou sobre a bolsa; falece-lhe a direção da força ou da riqueza da sociedade; e nenhuma resolução ativa pode tomar qualquer que seja. Em verdade, é possível dizer que não possui nem a força nem a vontade, mas um mero julgamento

Assim é que o controle de constitucionalidade, principalmente o concentrado por sua grande intervenção na vontade emanada do Poder Legislativo deve ser utilizado com contenção.

Uma série de princípios regem e limitam a ação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade. O já mencionado princípio da supremacia da Constituição é princípio fundante da revisão judicial dos atos do Legislativo, mas outros princípios agem de forma a limitar a capacidade interventiva do Judiciário, como: princípio da presunção de constitucionalidade, princípio da interpretação conforme a constituição, princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Ao apresentar os princípios, a todo momento o constitucionalista Luís Roberto Barroso dá sinais da limitação que se impõe ao exercício do controle de constitucionalidade.

A declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em qualquer caso, é atividade a ser exercida com autolimitação pelo Judiciário, devido à deferência e ao respeito que deve ter em relação aos demais Poderes. A atribuição institucional de dizer a última palavra sobre a interpretação de uma norma não o dispensa de considerar as possibilidades legítimas de interpretação pelos outros Poderes. No tocante ao controle de constitucionalidade por ação direta, a atuação do Judiciário deverá ser ainda mais contida. É que, nesse caso, além da excepcionalidade de rever

atos de outros Poderes, o Judiciário desempenha função atípica, sem cunho jurisdicional, pelo que deve atuar parcimoniosamente. (BARROSO: 1999, p. 170).

Em outro momento, ao falar do princípio da interpretação conforme a Constituição, Barroso (1999, p. 184) é enfático que, quando a norma infraconstitucional comporta diversas interpretações, e uma dela é constitucional, o judiciário deve preferir validar a norma de acordo com essa interpretação do que invalidá-la segundo as demais inconstitucionais.

foi ao Poder Legislativo, que tem o batismo da representação popular, e não ao Judiciário, que a Constituição conferiu a função de criar o direito positivo e reger as relações sociais. Só por exceção – e em resguardo de inequívoca vontade constitucional – é que deverão juízes e tribunais superpor sua interpretação às decisões e avaliações dos legisladores.

São princípios fundamentalmente republicanos, que se inserem a visão de República exposta acima, que prevê o exercício de poder constantemente limitado e autocontido. Um outro aspecto dos efeitos de sua decisão que os juízes devem ter em mente é de que o próprio ato de decidir altera o espaço constitucional no qual o Poder Judiciário atua (TRIBE: 1989, p. 10).

Tribe (1989, p. 9) trabalha essa ideia a partir do Princípio da Incerteza de Heisenberg. Este postula que é impossível saber com precisão ao mesmo tempo a velocidade e a posição de um determinado objeto. O ato de observar um objeto sempre requer interação com ele o que, inevitavelmente, leva a uma alteração do seu estado. Esse fenômeno foi brilhantemente explicado por Erwin Schrödinger no seu experimento teórico conhecido como “gato de Schrödinger”, com a intenção de permitir entender a interpretação da Conferência de Compenhague sobre o resultado do experimento das duas fendas.

Considere um gato preso dentro de uma caixa que contém um equipamento armado com um veneno letal que matará o gato instantaneamente. A cada trinta minutos o equipamento tem 50% de probabilidade de ser acionado e liberar o veneno. Passados os trinta minutos, a pergunta que se faz é: o gato está vivo ou morto? A resposta a que chega Schrödinger, através da sua equação de estado, é a de que o gato está vivo e morto ao mesmo tempo. Ocorre o que se chama de superposição de estados, que só se colapsa através da abertura da

caixa pelo agente e a observação direta do estado do gato. Aqui se tem que a observação do evento altera substancialmente o seu resultado.

No direito pode-se fazer um paralelo de que todo caso judicial é um experimento como o do gato de Schrödinger. A decisão dos juízes é um ato de abrir a caixa e determinar se o gato está vivo ou morto. O importante é que é a decisão em si que altera o estado da realidade. Tribe (1989, p. 10-12) coloca isso muito bem analisando o caso *Wooley v. Maynard*, no qual a Suprema Corte foi chamada a decidir sobre a obrigatoriedade de se usar o *slogan* “*Live Free or Die*” nas placas de automóveis, tornado obrigatório por legislação do estado de New Hampshire. Alguns indivíduos reclamavam que a lei do estado impunha a eles emitirem uma opinião religiosa, ação proibida ao governo pela 1ª Emenda. A Suprema Corte entendeu também nesse sentido, e invalidou a legislação dizendo que é inconstitucional “[...] obrigar um indivíduo a disseminar uma mensagem ideológica [...]” (*Ibidem*, p. 10).

A questão torna-se complexa quando se percebe que, a declaração de inconstitucionalidade fez do uso da mensagem um ato de opção ideológica. Isto porque, enquanto todos eram obrigados a usar a mensagem, seu uso não representava nenhuma opção, era apenas uma obrigação legal. Ao dizer que era opcional o uso da mensagem o que o Tribunal fez foi decidir que tanto quem usa a mensagem quanto quem não a usa estariam expressando uma opção ideológica – justamente o que a decisão dizia que era proibido ao Estado fazer (TRIBE: 1989, p. 10-12). O juiz está, nessa situação, assim como Alice olhando para o mundo através do espelho, sem saber o que é real e o que é sonho e sem saber quem é o sonhador daquela ilusão.

Sobre o exercício da função do judiciário, fica-se, por fim, com sempre sábias palavras de Luís Roberto Barroso:

Por ser uma competência excepcional, que se exerce em domínio delicado, deve o Judiciário agir com prudência e parcimônia. É preciso ter em linha de conta que, em um Estado democrático, a definição das políticas públicas deve recair sobre os órgãos que têm o batismo da representação popular, o que não é o caso de juízes e tribunais. **Mas, quando se trate de preservar a vontade do povo, isto é, do constituinte originário, contra os excessos de maiorias legislativas eventuais, não deve o juiz hesitar.** O controle de constitucionalidade se exerce, precisamente, para assegurar a preservação dos valores permanentes sobre os ímpetos circunstanciais. Remarque-se, porque

relevante, que a última palavra poderá ser sempre do Legislativo. É que, não concordando com a inteligência dada pelo Judiciário a um dispositivo constitucional, poderá ele, no exercício do poder constituinte derivado, emendar a norma constitucional e dar-lhe o sentido que desejar (BARROSO: 1999, p. 222-223, grifos acrescentados).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegamos a um ponto que podemos delinear a ação dos Três Poderes segundo as definições de República, democracia e espaço constitucional curvo que apresentamos. A física esteve presente na formulação teórica dos pensadores iluministas do século XVIII durante a conceituação de instituições do Direito que são utilizadas até hoje. A física newtoniana daquela época entendia a interação entre objetos massivos como o exercício de força gravitacional variante através da distância em um espaço “místico”. Einstein muda essa percepção, entendendo que os objetos distorcem o próprio espaço afetando o movimento dos outros objetos próximos.

Para o direito, a mudança de paradigma newtoniano para o pós-newtoniano na percepção dos institutos jurídicos pode representar uma completa redefinição dos seus papéis. Na interpretação constitucional e na interação entre os Três Poderes nesse processo significa dizer que, contrariamente à concepção clássica que foca na independência entre os poderes e acaba gerando discontinuidades no espaço constitucional em que o Direito não é aplicado, a visão pós-newtoniana entende a atuação dos entes estatais como situadas em um espaço constitucional curvo compartilhado. Cada decisão distorce esse espaço, como também é afetada pela própria distorção.

É fundamental perceber que uma República impõe a constante contenção do exercício de poder, porque a democracia – por mais justa que seja essa forma de governo – é paradoxalmente ingovernável. Conter os impulsos da massa por meio da estipulação de consensos mínimos e duradouros é o papel da Constituição e do Poder Judiciário como seu guardião primeiro. Contudo, também a ação do Judiciário deve ser limitada, com risco de que se perca a própria essência da democracia de que o poder emana do povo.

Todo caso judicial encontra-se em um estado de incerteza, quebrado apenas com a decisão do juiz. Nesse caso, todo magistrado deve ter em mente que a sua própria decisão é responsável por definir o estado em que a realidade do espaço constitucional ficará após cada caso. Ele encontra-se em uma situação paradoxal de observador e agente simultaneamente e isso impõe uma completa nova reflexão sobre sua atuação.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797/DF**. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acresceu os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal. Relator Min. Sepúlveda Pertence. DJU Brasília, 19 de dez. 2006, pp. 37.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19/DF**. Tribunal Pleno. Ação Declaratória de Constitucionalidade para declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Relator Min. Marco Aurélio. DJe-080, Divulg 28-04-2014 Public 29-04-2014.

_____. **Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002**. Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10628.htm>. Acessado em: 16/02/2015.

CAMPOS, M. R. Poder Executivo. Negativa de aplicação de lei supostamente inconstitucional: correntes doutrinárias. Controvérsia. In: **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 2, 2011. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2011/Poder_executivo.pdf>. Acessado em: 01/04/2015.

CATTONI, M. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

FERRAZ, A. C. C. **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

HABERLE, P. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta aos interpretes da constituição, contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

RANCIÈRE, J. **O ódio à democracia**. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

RIBEIRO, R. J. Democracia versus república: a questão do desejo nas lutas sociais. In: BIGNOTTO, N. **Pensar a república**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.

ROE, M. **Speeches and letter of Abraham Lincoln, 1832-1865**. London: J. M. Dent & Sons Ltd, 1907. Disponível em: <<http://munseys.com/diskfour/sabe.pdf>>. Acessado em: 16/02/2015.

TRIBE, L. H. The curvature of constitutional space: what lawyers can learn from modern physics. **Harvard Law Review**: The Harvard Law Review Association, November 1989.

**A LINGUAGEM LEGISLATIVA DE CONSENSO NOS ESTADOS
CONSTITUCIONAIS PROBLEMATIZADA NOS CONFLITOS
INTERPRETATIVOS DE APLICAÇÃO DO DIREITO: INCOMENSURABILIDADE,
PONDERAÇÃO E “DIÁLOGO” ENTRE SURDOS**

Mauricio Martins Reis

RESUMO: A incomensurabilidade no direito pode ser entendida como a impossibilidade de se comparar duas ou mais interpretações para um dado problema concreto pendente de solução decisória, eis que mecanismos de resolução pautados em fórmulas de racionalidade não evitam modos distintos de resposta ou, noutros termos, não alcançam o consenso acerca de uma pretensa decisão correta ou mais adequada. Nesse sentido, resulta indispensável agregar ao impasse da interpretação, às teorias da decisão, um complemento justificativo da ordem da previsibilidade, para o fito de acomodar as decisões difíceis numa arena pública de razões calibrada pelo valor da coerência discursiva, isto é, assegurando que a polissemia interpretativa eventualmente admitida para algumas específicas e excepcionais situações de fato e de direito seja estabilizada em torno de uma interpretação paradigmática tratada com força de precedente obrigatório de modo a evitar futuras arbitrariedades interpretativas que desabonam o cumprimento do princípio da igualdade.

PALAVRAS-CHAVE: Incomensurabilidade; interpretação; igualdade; razões argumentativas.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo visa a utilizar o conceito de incomensurabilidade no campo jurídico da interpretação prática, ou seja, no espaço resolutivo efetivo e hipotético de conflitos sociais³. O espaço de resolução efetiva das controvérsias abrange a competência jurisdicional, quando o Poder Judiciário é mobilizado pelas partes litigantes a elaborar um discurso de aplicação apto a resolver o impasse e configurar um modelo decisório para casos semelhantes ulteriores. Já

³ Sobre a relação entre incomensurabilidade, direito e principiologia, mediante uma vertente crítica com ascendência sistêmica predominante em Niklas Luhmann: NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, pp. 148-152.

o espaço hipotético de resolução de conflitos abrange a prática acadêmica, quando estudiosos do Direito estimulam por meio de suas pesquisas fórmulas de solução para impasses que se apresentam no cotidiano. A característica de hipótese verificada neste último caso decorre da falta de competência constitucional por parte das soluções recomendadas pela doutrina, muito embora a qualidade de fundamentação desses conteúdos seja (ou possa ser) rigorosamente o mesmo do teor incidente nos discursos oficiais e autênticos de resolução das lides.

A incomensurabilidade remonta a um conceito da filosofia da ciência⁴, o qual se mostra bastante pertinente para a análise do direito na sua perspectiva hermenêutica, vale dizer, no ambiente onde as decisões jurídicas são produzidas. Assim sendo, a hermenêutica é tomada aqui em um significado neutro (não problematizável enquanto ponto de partida⁵), como o contexto a partir do qual a temática do artigo virá à tona, o qual acena para o espaço de apresentação de razões, fundamentos ou interpretações divergentes, com a finalidade de se chegar a um adequado termo decisório nos marcos do ordenamento jurídico. Nesse aspecto, mostra-se indispensável a análise empírica do objeto de estudo, ou seja, o desmembramento minucioso do fato – nos termos de sua complexa

⁴ Sobre o tema específico da incomensurabilidade, é de consulta indispensável o livro de Paul Hoyningen-Huene (*Kuhn, Feyerabend e Incomensurabilidade*. Organização e introdução de Luiz Henrique de Lacerda Abrahão. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2014).

⁵ Portanto, a hermenêutica como fundamento do discurso ou como filosofia primeira na tarefa de refletir sobre o mundo e sobre o próprio pensamento (reformulação hermenêutica da ontologia a partir da matriz fenomenológica de Heidegger e da substantivação da hermenêutica filosófica com Gadamer) deixa de ser o propósito deste ensaio. Sobre tal aspecto, são indicativos por excelência os seguintes textos: a apresentação da hermenêutica filosófica por Manfredo Araújo de Oliveira (*Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 2006, pp. 225-248), a problematização do caráter filosófico da hermenêutica filosófica por Ernildo Stein (*É a hermenêutica filosófica filosofia?* Revista Filosofia Unisinos, volume 3, número 4. São Leopoldo: UNISINOS, 2002, pp. 65-86) e as implicações da hermenêutica filosófica para o direito por Alexandre Pasqualini (*Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível*. In *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 159-180). Em contrapartida, conforme dito no corpo principal do texto e de acordo com o escopo do artigo, a hermenêutica concernente à interpretação do direito no tocante à análise do discurso argumentativo como metodologia de decisão para casos concretos é inerente ao horizonte de estudo de qualquer operador jurídico, o que não nos impede, senão nos impele, a falar da hermenêutica nesse segundo aspecto.

estrutura jurídica qualificada sob moldes argumentativos, a abranger tanto elementos fáticos como normativos – para que bem se compreenda o efeito desencadeador do conflito característico do excesso de interpretações.

Desenvolvimento

A partir do momento em que se verifica o excesso de interpretações para o mesmo caso concreto e, depois de depurada a procedência desse conflito como um problema genuinamente limítrofe para o sistema jurídico – na medida em que muitas ocorrências supostamente tidas como difíceis nada mais engendram do que uma aparente antinomia interpretativa, nas quais subjaz uma incapacidade técnica ou mesmo uma manipulação simbólica de modo a ficticiamente justificar um impasse decisório digno de empate entre razões concorrentes –, irrompe para si desafio análogo ao enfrentado pela ciência no papel de árbitro imparcial entre duas teorias rivais. E, ao se falar da rivalidade entre duas teorias científicas – assim como, essa é a nossa hipótese de estudo, da concorrência entre duas ou mais interpretações simultâneas para o mesmo problema jurídico – chegamos ao conceito de incomensurabilidade como a descontinuidade paradigmática entre hipóteses adversativas, cuja discrepância faz supor uma espécie de fissura radical a tal ponto de se questionar uma base teórica comum (compartilhável) capaz de empreender uma solução satisfatória mediante consenso dos envolvidos.

Em caráter introdutório, o conceito de incomensurabilidade nos traz uma importante diferença – e transição – nos marcos da filosofia da ciência, a partir do momento em que por seu intermédio questionou-se a invariância, isto é, a base comum irretocável, dos dados observacionais ou das propriedades fenomênicas suposta pelos referenciais empíricos de descrições teóricas. Isto quer dizer que a incomensurabilidade proporcionou uma crítica ao modo (oriundo de Karl Popper) de conceber as evidências empíricas como medida comum incontestada para mensurar com êxito explicativo, isto é, rumo à refutação (falsificação) de conjecturas, o conteúdo de teorias divergentes, com o que diluiu-se o demarcar estanque entre fato e teoria diante da dependência (ou comunicabilidade) entre o

significado das sentenças observacionais e a teoria.⁶ Portanto, a incomensurabilidade ostenta a conclusão, baseada nas hipóteses científicas sucessivas de explicação sobre fenômenos do mundo, de que “teorias que substituem umas às outras, separadas por uma revolução científica, não fazem uso exatamente dos mesmos conceitos”⁷.

Vamos nos utilizar de um caso concreto julgado pelo Supremo Tribunal Federal como objeto da problemática da incomensurabilidade.⁸ Em primeiro lugar, utilizamo-nos de uma ocorrência existencial já julgada para o fito de demonstrar que o tema em tela concerne, como pano de fundo, à interpretação jurídica (como processo e resultado) e aos seus limites e possibilidades frente à expansão hermenêutica do direito constitucional.⁹ Sobre o caso eleito como referência, o

⁶ Popper chegou a utilizar a expressão “base empírica” em seus escritos, depois substituindo-a por “enunciado básico”. Entretanto, mesmo ao fazer isso, por mais que ele próprio afirme não existir base empírica destituída de interpretação (os alegados dados da experiência, supostos pelos empiristas, são sempre para Popper interpretações à luz de teorias), remanesce o índice demarcatório (de segundo grau, pois agora o teste de falsificação decorre não da experiência, mas de enunciados com teor empírico suscetíveis de comparação e teste) advindo do campo da experiência, porquanto o denominado “enunciado básico” denota uma classe de enunciados (verdadeiros ou falsos) aos quais pode ser adjudicado um indiscutível caráter empírico capaz de ser facilmente testável. Assim, a base empírica continua vigente nos escritos popperianos, de modo a se propiciar ali o conjunto de enunciados – que se reportam à experiência – que podem funcionar como teste de teorias sobre a realidade. Note-se, enfim, para fazer justiça ao filósofo, que a permanência da base empírica possui caráter aberto ou conjectural, isto é, a experiência como argumento jamais elidirá novas possibilidades de teoria, de modo a se chegar ilusoriamente a um ponto último e definitivo avesso a interpretações (POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. Traduzido por Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 511-515).

⁷ HOYNINGEN-HUENE, Paul. *Kuhn, Feyerabend e Incomensurabilidade*. Organização e introdução de Luiz Henrique de Lacerda Abrahão. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2014, p. 36.

⁸ Trata-se do Habeas Corpus 82.424-2/RS, o caso Ellwanger, o qual versava sobre a produção editorial de livros com conteúdo discriminatório frente aos judeus, numa linha revisionista singular comparativamente à abordagem historiográfica tradicional retratadora dos quadros do regime nazista alemão sob a égide de Adolf Hitler. O proprietário da editora Revisão, Siegfried Ellwanger Castan, paciente daquela ação constitucional, publicou livros tidos como de conteúdo antisemita no Rio Grande do Sul sendo, com isto, processado pelo Movimento de Justiça e Direitos Humanos (MJDH), julgado pelo crime de racismo (Lei 7.716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8.081/90) sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII) e condenado pela 3ª Câmara Criminal do Rio Grande do Sul.

⁹ A constitucionalização do direito, assim, inaugura estações interpretativas de debate que se integram dialeticamente, como por exemplo, o tema da normatividade dos

seu caráter privilegiado se justifica, dentre outros motivos de metódica decisória, mediante uma paradoxal circunstância: diz-se que o julgamento efetuado pelo STF nesse precedente adotou uma decisão acertada – correta, adequada, tida como a mais justa – embora a articulação argumentativa tenha enveredado por fundamentos errôneos.¹⁰ Num segundo passo, evidencia-se exemplificativamente através desse processo judicial o polêmico recurso hermenêutico ao método da ponderação¹¹, tido por muitos como o álibi retórico com o objetivo de sufragar

princípios constitucionais, o foro da chamada hipertrofia dos direitos fundamentais, além do aspecto dos limites do recurso à ponderação e ao sopesamento (a título ilustrativo acerca desse imbricamento conceitual e dos efeitos para o sistema de aplicação do direito: DUQUE, Marcelo Schenk. *Direitos fundamentais. Teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014).

¹⁰ Defendendo o posicionamento adotado pela maioria dos Ministros do STF nesse caso paradigmático, mas apenas quanto ao resultado decisório em prol da improcedência do Habeas Corpus, perfilham-se CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *A ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: Uma crítica teórico-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do Habeas Corpus n. 82.424-2-RS*. In *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006; STRECK, L. L.. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011; TASSINARI, Clarissa; MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Liberdade de expressão e hate speeches: as influências da jurisprudência dos valores e as consequências da ponderação de princípios no julgamento do caso Ellwanger*. Passo Fundo: IMED, Revista Brasileira de Direito, volume 9, n. 2, 2013. Um pouco diferenciada é a posição de Virgílio Afonso da Silva, o qual simplesmente contestou o procedimento metodológico adotado, sem ter ingressado no mérito sobre o acerto ou equívoco da decisão resultante do STF nesse precedente: “A única discussão possível, em sede de *habeas corpus* no STF, seria uma discussão sobre a qualificação do ato como sendo ou não racista. [...] Não há aqui espaço para sopesamento na forma como feito pelo Supremo Tribunal Federal” (*A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 168-169). Noutro escrito, Afonso da Silva entrevê a possibilidade de a ponderação, no aspecto do sopesamento de razões, albergar a procedência daquela ação constitucional em favor do paciente: “Se, como era o caso dos livros escritos ou publicados por Ellwanger, a idéia era, entre outras, negar o holocausto, poder-se-ia concluir que não se deve proibir essa possibilidade, porque é a própria liberdade de expressão e o livre fluxo de comunicação (e não um tribunal) que devem, eventualmente, mostrar que o autor do livro está errado” (*Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 374).

¹¹ Falar de ponderação, ao nosso ver, com a tônica hermenêutica adequada tendente a uma teoria da decisão, consiste mais no controle de proporcionalidade apto a congruar o critério a ser virtualmente adotado no caso concreto. Entenda-se aqui, então, a ponderação como ponderabilidade de razões, não como uma técnica ou metodologia abstrata promissória em antecipar parâmetros objetivos de resolução de conflitos de modo a imunizar satisfatoriamente a interpretação casuística calibrada na figura do processo argumentativo de razões, até mesmo porque referida acepção – em seu

dada interpretação em detrimento de outras sem o legítimo escrutínio dos fundamentos em debate. Finalmente, ao se adentrar no tema do conflito entre interpretações dissonantes numa específica controvérsia de índole constitucional, chegaremos ao ponto último da incomensurabilidade no direito. Como alcançar, perante duas (ou até mais) teses razoáveis para o mesmo caso, embora irreduzíveis entre si nas suas plataformas interpretativas – com o que se poderia afirmar ser uma “surda” em relação à outra, cujo relacionamento, no foro da arena pública, se limita à cordialidade de tratamento baseada no prelúdio gentil característico do “data venia” –, um tratamento hermenêutico, no seu processamento e resultado, consentâneo com o Estado Democrático de Direito?

Ocorre, antes de mais nada, que a incomensurabilidade contesta a prioridade de argumentos isentos de pressupostos axiológicos.¹² Nesse sentido, todo o argumento pertence geneticamente a uma determinada premissa de valor;

significado e desiderato práticos – não encontra guarida efetiva no mundo da vida. De acordo com Jorge Reis Novais, acerca da metodologia da ponderação, “por maior sofisticação que ALEXY e os seguidores procurem dar à fórmula, ela não poderá fornecer qualquer indicação vinculante e pré-determinadora de um resultado concreto para uma solução de colisão de bens nem avançar verdadeiramente qualquer progresso nesse sentido, uma vez que se limita à descrição dos factores de *bom senso* que um operador necessariamente tem presentes quando decide enveredar por uma metodologia de ponderação de bens que, em abstracto, sejam igualmente valiosos” (*Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 127). De maneira que os adeptos da ponderação assim entendida, diversamente do que propugna Lenio Luiz Streck, postulam, pressupondo, que o respectivo recurso consiste em prática interpretativa de resolução casuística por critérios transparentes de razão intersubjetiva à luz do ordenamento vigente, com o que anuíam sobre a impossibilidade de se cogitar da ponderação como uma técnica a consagrar o objetivo e direto deslinde da controvérsia jurídica (*Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 49-50).

¹² É o que assinala Juarez Freitas com arrimo em estudo sobre os desvios cognitivos e a sua influência na interpretação jurídica: “Dito de maneira frontal, a interpretação jurídica, encarada com objetividade, apenas se deixa compreender paradoxalmente em sua inextirpável subjetividade. Só floresce quando se reconhece interativa e não acredita em fantasias como a autonomia do objeto, como pretendia Emilio Betti, nada corroborado, nesse aspecto, pelas descobertas recentes sobre o funcionamento do cérebro. Bem por isso, indispensável ampliar a vigilância contra as simplificações de cânones hermenêuticos, inclusive porque se mostram alheios ao fato de que o cérebro nunca toma decisões somente com o córtex pré-frontal e combina razão com emoção (tanto nos casos “fáceis” como nos “difíceis”), sob pena de extraviar os sentimentos morais no processo interpretativo. Mais: sem emoção, os julgamentos, a rigor, resultam inviáveis” (*Hermenêutica e desvios cognitivos*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 13, jan./jun. 2013, p. 289).

nas ciências, qualquer fato tido como bruto é incapaz de ser isento de teoria, enquanto no direito, qualquer argumento dogmático retoma um ponto de partida interpretativo parcial. Assinalar, por exemplo, que a resposta jurídica adequada para certo caso concreto decorre da incidência de dado preceito legal especificamente considerado nada mais implica do que a indicação dogmática de um critério normativo existente no conjunto de diretrizes sistemáticas vigentes no sistema jurídico nacional, cujo consenso perante a comunidade de intérpretes não consegue solapar o fato de que aquele enunciado normativo resultou de alguma concretização axiológica via legitimação procedimental.¹³ O procedimento a legitimar aquele critério, pois, não desnatura sua natureza axiológica¹⁴; em termos comparativos, o argumento empírico de uma constatação factual nas ciências não é capaz de imunizar a teoria (a carga de valor) presente nos autos conclusivos do relatório científico.

¹³ Importante a esse respeito é o esclarecimento tópico de Lenio Luiz Streck, que se nos mostra indispensável para fins de contextualizar – salvaguardando a si com fins até revisionais nesse lugar confuso, ambíguo e indeterminado que passou a ser a “Nova Crítica do Direito” – o seu próprio pensamento acerca da ponderação: “Quando concordamos que as questões morais, políticas, etc., façam parte da “tarefa legislativa”, isso não quer dizer que haja, de minha parte – e, por certo, dos adeptos das posições substancialistas – uma viravolta na questão “procedimentalismo-substancialismo”. Se as posturas procedimentalistas pretendem esgotar essa discussão a partir da garantia do processo democrático de formação das leis, isso, no entanto, não esgota a discussão da concreta normatividade, locus do sentido hermenêutico do direito” (Decisão jurídica, integridade, norma de decisão e concretização da Constituição em tempos pós-positivistas. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Volume II: Constituição e Estado, entre Teoria e Dogmática*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 687). Por isso é que se discorda do alegado excesso da hipertrofia interpretativa no direito, como se reprovável fosse a invocação da hermenêutica para lidar com a resolução decisória dos conflitos. A hermenêutica, nesse condão, deve ser tomada não como instrumento metodológico, mas como a ambiência argumentativa em busca das melhores razões, eis que o processo interpretativo, querendo-se ou não, se mostra permanente e não ocasional (FREITAS, J.. *Hermenêutica e desvios cognitivos*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 13, jan./jun. 2013, p. 294).

¹⁴ Como bem diz Jorge Reis Novais, na realidade prática, “um juiz respeitador da separação de poderes tenderá, naturalmente, a aceitar o resultado da ponderação que lhe foi apresentada para controlo e que foi anteriormente feita pelo órgão político, designadamente quando ele é o legislador democraticamente legitimado, desde que essa ponderação não seja manifestamente infundada” (*Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 127-128), o que nos levaria, nesse último caso de excesso, ao desempenho da fiscalização de constitucionalidade em seu desdobramento máximo, para efeito de extirpar a norma jurídica do ordenamento legislativo pátrio.

A incomensurabilidade, assim, atesta a incontornável rivalidade de duas interpretações que se digladiam paritárias especialmente perante a jurisdição constitucional. Trata-se de situações limítrofes de modos distintos e incomensuráveis de interpretar o mundo (o direito, o caso concreto), inclusive, preconizado por alguns teóricos da incomensurabilidade, de cada qual diferentemente perceber os fenômenos do ambiente como mundo. Nesse passo, a incomensurabilidade justifica, resolvendo sob certo aspecto, o alegado problema da arbitrariedade de modelos interpretativos conducentes a respostas discrepantes: é que como não existem modelos neutrais de interpretação conducentes a um resultado de tipo algébrico¹⁵, uma vez que em toda a observação empírica incorre uma teoria e em toda a matriz de pensamento se irriga uma determinada valoração ou teoria de conteúdo subjacente, os discursos de aplicação do direito inevitavelmente se socorrem de pressupostos que invadem o suposto enclausuramento metodológico das correspondentes ferramentas interpretativas.

No direito, a polêmica sobre o alegado decisionismo ou arbitrariedade ínsito ao tema da ponderação adquire, então, uma estatura contraditória em alguns foros de debate, na medida em que a crítica ao recurso da ponderação – sob o risco de se produzirem decisões resistentes à ordem jurídica e incongruentes entre si – é protagonizada por estudiosos que defendem a mesma consequência – especialmente em se tratando das hipóteses em que uma lei poderá não ser aplicada – sob a batuta de uma outra intervenção que não a ponderativa.¹⁶ Ou seja, para as mesmas possibilidades arriscadas de

¹⁵ É o que Lenio Streck intitula de "calcanhar de Aquiles" da interpretação jurídica, ao criticar os métodos ou cânones hermenêuticos, os quais não oferecem uma diretriz primária indicadora do caminho a seguir como critério resolutivo das controvérsias de fato e de direito apresentadas ao intérprete, carecendo por isso, e contraditoriamente face ao que propõem no trato de sua metodologia formal, de concretização argumentativa no processo de aplicação: "Antes de a metodologia tradicional ter a função de dar segurança ao intérprete, é ela o seu verdadeiro calcanhar de Aquiles, porque não há como sustentar meta-critérios que possam validar ou servir de fundamento ao método empregado" (*Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 278)

¹⁶ A contradição aparece no seu aspecto mais geral em qualquer fundamento sobre discursos de aplicação quando, ao se criticar a falta ou deficiência de racionalidade no

interpretação rejeitadas pelo recurso à ponderação, onde a lei resulta concretamente relativizada no seu critério decisório para acolher uma interpretação tida como a constitucionalmente adequada, resolve-se absolver e defender dito procedimento sob o pálio justificador de outras escolas de pensamento, baseadas, por exemplo, em aportes da hermenêutica filosófica (Hans-Georg Gadamer) em sintonia com a doutrina do direito como prática interpretativa (Ronald Dworkin).¹⁷ No que padeceria a ponderação diante da

recurso à ponderação, se supõe que a matriz argumentativa alternativa seja absolutamente isenta de subjetividade interpretativa ou, então, que ela ofereça – sem dizer como – melhores requintes de suporte para oferecer racionalidade e objetividade no modo de aplicar o direito. Por conseguinte, há de se concordar com Virgílio Afonso da Silva, ao dizer que “muitos daqueles que vêm no sopesamento um método irracional e subjetivo de aplicação do direito parecem supor que outros métodos seriam capazes de garantir uma racionalidade quase perfeita” (Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 367). Portanto, não se vislumbra oponível objetivamente – tomada a ponderação como processo de sopesamento entre razões concorrentes – a diferença entre hermenêutica e teoria da argumentação (STRECK, L. L.. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 652), esta condenável por uma abertura interpretativa conducente à arbitrariedade, aquela ofuscando a subjetividade do intérprete, repita-se, sem se dizer como ou através de que meios, de modo a legitimar a introdução do mundo prático no direito pelo (idêntico) uso dos princípios apenas pela hermenêutica! Ademais, os adeptos da crítica ao relativismo da ponderação, quando explicam o seu rechaço por conta da hipertrofia desmedida para interpretações dissonantes possibilitadas pelo recurso ao mesmo expediente ponderativo, olvidam que a matriz teórica por eles esposada igualmente confere margem para adjudicações diferenciadas de sentido, a não ser que cogitem – o que seria uma contradição performativa para a hermenêutica filosófica – de uma exclusividade autoral (esta sim, autoritária e característica da arbitrariedade) diante do que a hermenêutica seria capaz de cancelar em termos de interpretações adequadas. Ou não se poderia cogitar de um hipotético “Congresso de Hermenêutica Filosófica: Gadamer e o Direito” onde nele se debateriam teses antitéticas acerca de controvérsias concretas na jurisdição constitucional? Portanto, chegar a resultados completamente opostos a partir da mesma “técnica interpretativa” não é consequência exclusiva da ponderação.

¹⁷ Resta saber o que a tese da descontinuidade proposta por Lenio Luiz Streck, com sede em especial na hermenêutica filosófica gadameriana e em Dworkin, possui de diferencial frente à ponderação argumentativa para somente ela (ou pelo menos preferentemente ela como a mais adequada entre ambas) legitimar o recurso aos princípios constitucionais de maneira a se institucionalizar o mundo prático no direito (*Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57). Ora, as duas posições se equivalem no concernente ao direito como prática interpretativa, isto é, na sua estrita dependência para com a aplicação argumentativa concreta via processo judicial, não sendo o critério de interpretação necessariamente exaurido pelos discursos prévios de fundamentação do legislador. É contundente e corroborativa a esse respeito a fala de Streck em favor da inevitável

hermenêutica, se ambas lidam com fundamentos concretamente manejáveis de maneira a arejar legitimamente via discurso de aplicação as indicações vinculantes e pré-determinadoras das prescrições legislativas?

Assim sendo, a ponderação afigura-se inevitável no quadro casuístico de se proceder, com vistas ao temperamento pontual e harmônico entre sistema e problema, o equilíbrio entre as normas abstratas e as configurações particulares circunstanciadas nos interesses concorrentes vislumbráveis no caso concreto. Com tal mote, bem mais importante do que debater a possibilidade de o Poder Judiciário manejar a ponderação, porquanto as ponderações resultam inevitáveis como processo de interpretação de razões concorrentes¹⁸, consiste em se

aplicação principiológica incidente na interpretação do direito, a justificar a não aplicação da regra a determinado caso, “já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra” (*Idem*, p. 557; faltou inclusive citar essa hipótese como mais uma dentre as seis categoriais das hipóteses em que o Poder Judiciário pode deixar de aplicar um preceito legal, conforme *Idem*, pp. 605-606, 2011, 4ª edição, sistemática corrigida a partir da 5ª edição daquela obra (2014) com o incremento da alínea "f" (sexta hipótese), quando se cogita de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, p. 605).

¹⁸ Assim sendo, admitindo-se que a ponderação pode angariar mais de um significado, adota-se aqui a sua acepção no sentido de sopesamento ou valoração de razões, na esteira de Humberto Ávila, segundo a qual a atividade de ponderar representa o balanceamento hermenêutico de razões divergentes para a solução do mesmo caso jurídico, sendo que “a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios, mas critério de aplicação de qualquer norma, tendo em vista o caráter argumentativo do próprio Direito” (*Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 81). É importante registrar que o repúdio justificado ao arbítrio ou à discricionariedade desmedida do intérprete por força do recurso à ponderação consiste na contrapartida (no “outro lado da moeda”) de uma outra forma – bem mais grave – de se lidar com a insegurança jurídica, a saber, por intermédio de uma “trivialização do funcionamento das regras, transformando-as em normas que são aplicadas de modo automatizado e sem a necessária ponderação de razões” (*Idem*, p. 114). Isto faz com que, por exemplo, o tema fundamental das decisões interpretativas (como a interpretação conforme a Constituição por excelência) seja solapado por um critério autômato – certamente, porque engessado uniforme, invariável e em abstrato o discurso de aplicação nas fórmulas legislativas, avesso a proliferar em arbitrariedades – de interpretação da Constituição conforme às leis. Assim, a abertura do direito como prática argumentativa pela força das normas constitucionais se mostra, ao nosso ver, como um mal menor passível de superação e aperfeiçoamento por intermédio, por exemplo, de uma doutrina séria e comprometida hermeneuticamente com a força orientadora dos precedentes judiciais. Assim, com o direito jurisprudencial alicerçado em casos paradigmáticos, o alegado arbítrio de uma assim denominada “decisão inédita” transforma-se numa adequada fórmula casuística de solução dotada das melhores razões (com potência ordenadora em virtude da capacidade de generalização do seu conteúdo valorativo para futuros casos semelhantes) com inequívoca

determinar a maneira como essas operações ponderativas – não assumidas, pois, como técnicas objetivamente neutras e apriorísticas ao problema posto em causa – deverão ser processadas frente à necessidade de se garantir a previsibilidade, estabilidade e igualdade dos critérios adotados num Estado Democrático de Direito.¹⁹

No caso Ellwanger, é preciso dizer que os julgadores do STF que fizeram uso do recurso da ponderação, nomeadamente o Ministro Marco Aurélio, pretenderam responder à preliminar acerca da configuração do crime de racismo de acordo com o acervo probatório dos autos, o que indiretamente trouxe à tona uma indagação de matriz constitucional: a defesa de uma ideologia mediante veiculação editorial, mesmo com contornos preconceituosos, é por si uma prática racista ou já em si instiga ou incita comportamentos dessa índole? Mediante a análise ponderativa da extensão desse direito fundamental é que se dedicou a concluir sobre a não qualificação do ato como racista.²⁰ Portanto, a natureza

preferência diante da invariância de se replicar do preceito legal invocado os mesmos fundamentos ante casos concretos diferenciados que lhe requerem distintas interpretações, harmoniosas entre si mediante uma adequada especificação hermenêutica (*distinguishing*) ou sucessivas umas face a outras no indispensável desenvolvimento do direito (*overruling*).

¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 695. E prossegue, com toda a razão, ao asseverar que a crítica contra a ponderação deve ser relativizada, “na medida em que se tenha em conta que a impossibilidade de chegar, aqui, a decisões jurídicas consensualmente obtidas e de vinculatividade jurídica racional e intersubjectivamente comprovável não é exclusiva do recurso à ponderação de bens; ela é, sim, co-natural aos sistemas normativos e persiste, ineliminavelmente, qualquer que seja a metodologia jurídica a que se recorra” (p. 698). Para o autor, “na resolução dos chamados *casos difíceis*, e mesmo que se recorra exclusivamente aos métodos jurídicos *clássicos*, duas pessoas chegam, ou sempre podem chegar, a resultados opostos e susceptíveis, todavia, de fundamentação nos mesmos cânones interpretativos” (*Idem, ibidem*). Assim, o problema maior não reside na mera possibilidade de soluções diferentes para o mesmo caso, uma consequência, conforme visto, típica de todo e qualquer método jurídico, senão na eventual incapacidade de se fundamentar racionalmente – com comprovação argumentativa intersubjectivamente válida – um resultado obtido para fins de vinculação geral como critério. No mesmo sentido se inclinam as lições de Virgílio Afonso da Silva (*Ponderação e objetividade na interpretação constitucional*. In *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, pp. 363-380).

²⁰ Diz o Ministro Marco Aurélio: “A questão de fundo neste habeas corpus diz respeito à possibilidade de publicação de livro cujo conteúdo revele ideias preconceituosas e anti-semitas. Em outras palavras, a pergunta a ser feita é a seguinte: o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a prática do racismo? Existe dados concretos que

deliberativa da qualificação ou não do comportamento como racista não deixa de ser já um empreendimento ponderativo! Noutras palavras, ponderou-se indiretamente sobre a inconstitucionalidade, inscrita no artigo 20 da Lei 7.716/89, da tipificação penal de manifestações racistas nas circunstâncias fático-normativas demonstradas nos autos do caso Ellwanger, efetuando-se, pois, uma decisão interpretativa (nulidade parcial sem redução de texto) com notória força de precedente.²¹

Interessantemente, mesmo os julgadores que se filiaram à tese da improcedência do habeas corpus, esclarecidos os seus fundamentos por esse prisma, endossariam (por ponderação de razões) que o crime de racismo, uma vez configurado como tal, não poderia ser negligenciado sob o manto do exercício

demonstrem, com segurança, esse alcance? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa. Bem afirmou o ministro Carlos Britto que não achou, ao analisar minuciosamente o livro sob enfoque – e a denúncia está basicamente lastreada naquele escrito do paciente – qualquer afirmação categórica acerca da superioridade da raça alemã sobre uma “raça” judaica, ou de que os judeus se constituíam grupo inferior se comparado com uma “raça” ariana. [...] O livro do paciente deixa claro que o autor tem uma ideia preconceituosa acerca dos judeus. Acredito que, em tese, devemos combater qualquer tipo de ideia preconceituosa, mas não a partir da proibição na divulgação dessa ideia, não a partir da conclusão sobre a prática do crime de racismo [...]” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul. Habeas-corpus. Publicação de livros: antisemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Siegfried Ellwanger e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves. Decisão: 17 set. 2003. DJ 19 mar. 2004, pp. 887-888).

²¹ Concordamos com Virgílio Afonso da Silva nesse ponto, quando ele viabiliza a discussão – aceitando teoricamente o questionamento – acerca do acerto do legislador em incluir o exercício da liberdade de expressão como uma possível (diríamos quase inevitável) forma de racismo, nos moldes daquele descritivo legal: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Para o autor, “seria possível, especialmente se se partir de uma teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais, considerar que prática de racismo seja somente *tratar* alguém de forma diversa em razão de sua raça (ou cor, ou credo, ou orientação sexual, etc.). Manifestar seu pensamento sobre determinadas religiões, raças, orientações sexuais não seria, segundo essa perspectiva, prática de racismo. Esse seria um outro resultado possível de uma ponderação entre a exigência do art. 5º, XLII, e as liberdades de imprensa e de manifestação do pensamento” (*A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 170). Apenas discordamos de sua doutrina, quando Afonso da Silva assevera que o debate acerca da inconstitucionalidade em tela (de estirpe interpretativa, ao nosso ver conatural à própria aplicação do direito) seria estranho ao mérito de um habeas corpus, sendo apenas reivindicável como pretensão por meio de prejudicial de constitucionalidade ou nas ações de controle concentrado.

regular do direito de liberdade de expressão.²² O mesmo vale para os detratores doutrinários da ponderação: mesmo supondo que a decisão do julgador deveria ter sido “constrangedoramente simples” em prejuízo do paciente, estar-se-ia diante de uma efetiva ponderação valorativa, embora não assumida nominalmente como tal, pois resultou confessadamente realizada na medida em que, para justificar o juízo adequado de desacolhimento do habeas corpus, fundamentou-se que “a liberdade de manifestação de pensamento simplesmente não abarca a liberdade de manifestar um pensamento racista”²³. Perceba-se que o raciocínio ponderativo nem seria evitado caso se aduzisse que o problema se circunscreveria apenas à

²² De se notar, destarte, que as críticas enveredadas contra o recurso da ponderação no caso Ellwanger na realidade se dirigem contra o resultado da interpretação procedida em torno da preliminar de não-configuração do fato como prática de racismo, cuja problemática angaria ponderação de razões para os dois lados da contenda. Tome-se a solução adotada por Cattoni de Oliveira: “Considerando os argumentos dos impetrantes do HC, a argumentação do MP e dos seus assistentes, as fundamentações das decisões anteriores, do TJ-RS e do STJ, de modo a reconstruir imparcialmente as diversas pretensões apresentadas pelos envolvidos no caso, podemos afirmar que não se tratava *simplesmente* de uma discriminação religiosa, ou até mesmo de revisionismo histórico; mas da atribuição intolerante, estigmatizada, a todo um *povo*, de uma pretensa natureza corrupta e má, portanto indigna, a ser denunciada e combatida. Tratava-se, assim, de crime de racismo e não do exercício regular do direito de liberdade de expressão, justificando-se, assim, a não concessão do HC” (A ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: Uma crítica teórico-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do Habeas Corpus n. 82.424-2-RS. In Constituição e crise política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 197-198). Digna de nota é a restrição de Lenio Streck apenas aos votos vencidos no HC 82.424-2 no tocante ao recurso do “relativismo ponderativo” (*Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 650, *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 599-600), esquecendo-se de se reportar (talvez pela concordância com o resultado decisório favorável à tipificação de racismo) aos votos vencedores que igualmente se utilizaram do sopesamento, como, aliás, atesta o artigo de autoria de dois profissionais acadêmicos partilhantes da mesma matriz hermenêutica de pensamento: “os votos, vencedores e vencidos, demonstram a fragilidade dos debates, baseados em argumentos de política ou nos juízos de ponderação de valores” (TASSINARI, Clarissa; MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Liberdade de expressão e hate speeches: as influências da jurisprudência dos valores e as consequências da ponderação de princípios no julgamento do caso Ellwanger*. Passo Fundo: IMED, Revista Brasileira de Direito, volume 9, n. 2, 2013, p. 25). Marcelo Cattoni de Oliveira (A ponderação de valores[...], *op. cit.*, pp. 195-196) também registra que o raciocínio de ponderação foi indevidamente utilizado pelas duas linhas interpretativas (vencedores e vencidos) do Tribunal, sendo que tomou como parâmetro de crítica os votos dos Ministros Gilmar Mendes (vencedor) e Marco Aurélio (vencido).

²³ STRECK, L. L.. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 650.

eventual configuração delituosa pela repercussão estrita do tipo penal inscrito no artigo 20 da Lei 7.716/89: a ponderação não consegue ser evitada diante da constatação de que o tipo penal em comento demonstra-se inevitavelmente aberto e sujeito ao exame da proporcionalidade para o fito de coadunar concretamente a conduta de Ellwanger como comportamento criminoso típico, antijurídico e culpável²⁴.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A hermenêutica filosófica consiste na matriz de pensamento universal mais adequada (porque ela não é a única e tampouco ela pretende conviver pacificamente – sem o debate de força dos melhores argumentos – com outras que preconizam indicações diversas) para a reflexão do direito jurisprudencial. Isto porque o nó górdio acerca da pergunta “por que se vinculam essas – e não outras – razões de decidir” ou “por que essa decisão merece vincular” ou ainda “por que devemos obedecer o caso-precedente” somente poderá ser desatado se, adrede quaisquer outros motivos, a obrigatoriedade dos precedentes suceder do seu êxito contencioso material, cuja órbita dependerá, pois, do mérito dos argumentos na concorrência dialética frente aos demais esgrimidos – direta ou indiretamente pelo escopo de uma reconstituição razoável e verossímil – na constelação argumentativa.

De nada adianta reconhecer atualmente o caráter argumentativo-discursivo do direito, que os enunciados legais são inerentemente ambíguos, complexos e indeterminados, que a norma é o produto da interpretação jurídica (e não o seu

²⁴ As palavras de Gilmar Ferreira Mendes no seu voto são ilustrativamente claras a esse respeito, cujo teor conclusivo manifestou-se pela improcedência do habeas corpus: “É verdade, ainda que a resposta possa ser positiva, como no caso parece ser, que a tipificação de manifestações discriminatórias, como racismo, há de se fazer com base em um juízo de proporcionalidade. O próprio caráter aberto – diria inevitavelmente aberto – da definição do tipo, na espécie, e a tensão dialética que se coloca em face da liberdade de expressão impõem a aplicação do princípio da proporcionalidade” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul. Habeas-corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Siegfried Ellwanger e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves. Decisão: 17 set. 2003. DJ 19 mar. 2004, p. 655).

objeto), que não existem sentidos preliminares suscetíveis de descoberta pelo intérprete no confronto com a ordem legislada, que por trás de todo o critério hermenêutico reside uma confessada (ou negligenciada) teoria da decisão (com o que não se basta a mera genealogia da fonte como fundamento per se), que a fundamentação das decisões deve ser transparente em torno de quais razões abonam um determinado significado ao qual se empresta eficácia vinculante. Todas as justificativas precedentes, quando muito, possuem a capacidade de dissuadir o auditório jurídico quanto ao fracasso de expedientes teóricos tributários do positivismo exegético e discricionário, sendo o primeiro caudatário da única resposta antecipadamente posta pelo sistema legislativo (“caso-decreto”) e o segundo derivado de uma matriz de fungibilidade decisória cuja moldura interdita arbitrariedades extremas, muito embora consinta com a proliferação concomitante de múltiplas respostas para casos idênticos sob o crivo do livre convencimento (“caso-secreto”).

Para que o direito jurisprudencial seja competentemente vinculante, resulta indispensável angariar a teoria hermenêutica da resposta correta, finalidade a que não se consegue chegar tão somente pela substituição do discurso formalista pelo empreendimento discursivo (argumentativo) da intersubjetividade. Apenas a hermenêutica contempla a justificativa adequada em torno da hierarquia de argumentos, promovida concretamente a partir do enfrentamento interpretativo de controvérsias. Para tanto, haverá de se compreender que a resposta correta nem é a única, porquanto jamais resultará descoberta (ou revelada) como se sempre estivesse à disposição da comunidade de intérpretes (o que a tornaria invariável e submetida à sorte de mudança com o advento de transformações na fonte de direito), tampouco será a verdadeira, como se, embora construída justificadamente, fosse dotada de incolumidade ante ulteriores questionamentos.

A hermenêutica não pode ser tomada como técnica de interpretação, pelo menos se a situarmos historicamente após o surgimento de Verdade e Método, de Hans-Georg Gadamer. É certo que o filósofo responsável pela substantivação da hermenêutica jamais outorgou um método seguro para se alicerçar uma interpretação como a melhor; porém, tampouco a sua filosofia descredenciou o estatuto da verdade, entendida esta como uma fórmula histórica e, pois, não-

definitiva, de se identificar em concreto o critério correspondente para a correção da compreensão. E no direito isso significa, por primeiro, a precedência de todo e qualquer juízo como sendo interpretativo antes de ser dogmático e, em segundo lugar, a necessidade do confronto com um saber puro alheio à pertença do intérprete com o caso problemático posto. Trata-se de uma inevitável e complementar ponderação da equidade. Assim sendo, não se está a credenciar um discurso irresponsável – e arrogante – de “hermeneutização” do direito, uma espécie de ferramenta *ad hoc* apta a legitimar interpretações afins às volições subjetivas do intérprete. No entanto, a universalidade hermenêutica é um pressuposto com o qual o mais ortodoxo dogmático jurista haverá de lidar, sem poder replicar que a técnica interpretativa em si – ou o preceito normativo literalmente considerado – engendraria a dispensabilidade da hermenêutica filosófica.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2014.

DUQUE, M. S. **Direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FREITAS, J. Hermenêutica e desvios cognitivos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 13, jan./jun. 2013.

HOYNINGEN-HUENE, P. **Kuhn, Feyerabend e Incomensurabilidade**. Organização e introdução de Luiz Henrique de Lacerda Abrahão. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2014.

NEVES, M. **Entre Hidra e Hércules**. Princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NOVAIS, J. R. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, J. R. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

OLIVEIRA, M. A. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

OLIVEIRA, M. C. A ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: Uma crítica teórico-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do Habeas Corpus n. 82.424-2-RS. In: **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PASQUALINI, A. Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível. In: **Hermenêutica plural**: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POPPER, K. **Conjecturas e refutações**. Traduzido por Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, V. A. **A constitucionalização do direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, V. A. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011.

STEIN, E. É a hermenêutica filosófica filosofia? **Revista Filosofia Unisinos**, volume 3, número 4. São Leopoldo: UNISINOS, 2002

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, L. L. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, L. L. Decisão jurídica, integridade, norma de decisão e concretização da Constituição em tempos pós-positivistas. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Volume II: Constituição e Estado, entre Teoria e Dogmática. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TASSINARI, C.; MENEZES NETO, E. J. Liberdade de expressão e hate speeches: as influências da jurisprudência dos valores e as consequências da ponderação de princípios no julgamento do caso Ellwanger. Passo Fundo: **IMED, Revista Brasileira de Direito**, volume 9, n. 2, 2013.

INCERTEZAS HERMENÊUTICAS: RAZÃO E EMOÇÃO NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Maria Carolina Santini Pereira da Cunha

RESUMO: Este ensaio aborda a hermenêutica e as incertezas no discurso dirigido ao auditório particular, público do qual se conhece as características pessoais, conforme a obra *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Os membros do júri são abordados pelos discursos da defesa e da acusação, que utilizam recursos de oratória para conduzi-los a determinar o futuro de uma vida. A investigação tem como metodologia a contraposição de argumentos, a fim de persuadir os jurados a condenar ou absolver os réus por meio de revisão da literatura existente na área da Filosofia do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: argumentação jurídica; hermenêutica; razão; emoção.

1 INTRODUÇÃO

Chaïm Perelman, importante filósofo do Direito que desenvolveu uma teoria da argumentação, na qual analisa o discurso em relação ao auditório – público para quem o orador se dirige. Há dois tipos de auditório: o auditório universal e o auditório particular. Este, trabalha com a persuasão dos ouvintes, a fim de explorar sua emoção. Tal auditório é real, exemplificado pelo conselho de sentença: os jurados. Tribunal do Júri é a instituição que condena ou absolve o acusado, que delibera acerca da existência do fato criminoso imputado a uma pessoa. Jurados que estão sob juramento, cidadãos componentes do júri com outros jurados, no total 25. O auditório universal é ideal, imaginário. Trata-se de experts em determinado assunto. Os maiores especialistas estariam aptos a serem convencidos por argumentos racionais.

Este artigo é dividido em três seções, descritas a seguir: a primeira é uma breve exposição da retórica, precursora da argumentação jurídica, e sua evolução ao longo do tempo, perpassando pelas falácias, especificamente a do apelo à emoção. A emoção pode ser usada, pelo orador, como falácia, a fim de persuadir o auditório por meio de apelos emocionais. A segunda seção retrata a teoria

perelmaniana, cujo filósofo investigou os discursos em torno do auditório, que pode ser particular ou universal. A terceira aborda a parte acusatória e da defesa em seus discursos, lançando mão de um jogo emocional com os jurados. Por derradeiro, apresenta-se as considerações finais.

2 UM PANORAMA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Retórica, ou oratória, é a arte de falar bem utilizando recursos da linguagem, cujo objetivo é provocar determinado efeito no ouvinte (BARSA, 2002, p.319b). Nesse sentido, diz espirituosamente Isócrates, "de que adianta escrever discursos cuja maior vantagem só poderia ser não poder persuadir nenhum dos ouvintes?" (ISÓCRATES apud PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. 2005, p.58). Atienza (2003, p.17) comenta que, indubitavelmente, a prática do Direito consiste, "fundamentalmente, em argumentar, e todos costumamos convir em que a qualidade que melhor define o que se entende por um 'bom jurista' talvez seja a sua capacidade de construir argumentos e manejá-los com habilidade."

Söhngen (2011, p.23) diz que a argumentação é a essência da atividade jurídica oriunda do raciocínio humano; que a teoria do direito é aceita quando bons argumentos a sustentam, aplicada a um caso concreto, e demonstram a sua coerência com este caso. E Rodríguez (2005, p.13) esclarece que argumentar é a arte de procurar, em situação comunicativa, os meios de persuasão disponíveis, que processa-se por meio do discurso, por "palavras que se encadeiam, formando um todo coeso e cheio de sentido, que produz um efeito racional no ouvinte". Quanto mais coeso e coerente for o discurso, explica o autor, "maior será sua capacidade de adesão à mente do ouvinte, porquanto este o absorverá com facilidade, deixando transparecer menores lacunas". Em *Retóricas*, Perelman (2004. p.177) conta que a retórica clássica – a arte de falar ou escrever de modo persuasivo – "se propunha estudar os meios discursivos de ação sobre um auditório, com o intuito de conquistar ou aumentar sua adesão às teses que se apresentavam ao seu assentimento".

A retórica clássica fornece um modelo capcioso para os estudiosos da linguagem enquanto comunicação ou transmissão de conhecimento. A verdade não é mais definida como ideia prefixada que a linguagem apresenta de forma atraente, mas como ideia relativa a uma perspectiva que é intrínseca à própria linguagem; retóricas instituídas para persuadir e provocar resultados específicos (BARSA, 2002, p.319b). A partir do texto, percebe-se que retórica clássica é o mesmo que oratória e que o discurso não é neutro, A seção seguinte aborda o contextualiza historicamente a arte da oratória.

2.1 Desenvolvimento histórico

Nascida na Sicília, no século V a.C. No mundo grego, a oratória veio a ser necessidade do cidadão, que teria de defender seus direitos nas assembleias. Surgiam profissionais – os primeiros advogados – que ainda não representavam seus clientes na tribuna, mas orientavam seus discursos, obrigando os clientes a decorá-los, para obter o ganho da causa. Os primeiros retores, Córax e Tísias, definiram-na como a arte da persuasão e começaram a sistematizar as regras do discurso forense. No mesmo século, os sofistas impulsionaram a evolução da retórica, consideravam a verdade relativa, que poderia depender da forma do discurso no qual fosse apresentada. Platão discordava das ideias dos sofistas, postulando a existência de uma verdade absoluta, inquestionável; a linguagem seria um meio de expressão dessa verdade e das leis da moral (BARSA, 2002, p.319b). *Retórica*, de Aristóteles, o mais importante tratado da antiguidade sobre o tema, estabeleceu como qualidades máximas a clareza e a adequação dos meios de expressão ao assunto e ao momento do discurso. Relacionou os métodos de persuasão do júri e da assembleia e classificou-os em três categorias: os que induzem atitude favorável à pessoa do orador, os que produzem emoção e os argumentos lógicos e exemplos. Concordou com Platão quanto aos aspectos morais da retórica e distinguiu três tipos de discurso: deliberativo, para ser pronunciado nas assembleias políticas; forense, para ser ouvido no tribunal; e epidíctico, ou demonstrativo. Cada tipo de discurso se estruturava segundo regras próprias para efetuar a persuasão (BARSA, 2002,

p.319b). Esses gêneros oratórios são descritos por Perelman, que explica o judiciário como referente ao justo, à argumentação perante os juízes (PERELMAN, *Retóricas*, 2004, p.66). Rodríguez (2005, p.13) aponta, conforme Aristóteles, e explica o discurso judiciário, que se dirige ao juiz ou tribunal e decidem questões referentes ao passado. Reforça o autor que tais fatos passam a ser comprovados até irem a julgamento, "atingidos por um juízo de valor, para que se lhes aplique determinada consequência". O discurso judiciário, para a visão aristotélica, pode lidar com a acusação ou a defesa. A retórica romana, cujos maiores oradores foram Cícero e Quintiliano, elaborou as práticas gregas e desenvolveu um processo de composição do discurso em cinco fases: a invenção, escolha das ideias apropriadas; a disposição, maneira de ordená-las; a elocução, que se referia ao uso de um estilo apropriado; a memorização; e a pronúncia. A retórica oferece um discurso que permite aplicações de falácias e técnicas especiais de convencimento e persuasão. O objetivo é induzir a determinado ponto de vista. Há diversos tipos de falácias, neste artigo é abordada a falácia do apelo à emoção.

2.2 A emoção é uma falácia

O fato de selecionar certos elementos, como a emoção, que é uma falácia, pode ser qualificado de pseudo-argumento. "O argumento seduz. Porém, trata-se de uma sedução intelectual: progressão discursiva deve agradar o raciocínio lógico do interlocutor, e é nesse sentido que as falácias devem ser evitadas" (RODRÍGUEZ, 2005, p.237). Conforme Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005, p.16), para influenciar por meio do discurso e de adesão a teses, não se deve menosprezar as condições psíquicas e sociais, sem as quais a argumentação perderia o efeito, já que esta *visa à adesão dos espíritos* e, assim, *pressupõe a existência de um contrato intelectual*. Os autores (2005, p.204) se preocupam com o fato de que "juízos de valor e, mesmo, sentimentos puramente subjetivos podem, mediante artifícios de apresentação, ser transformados em juízos de fato". Explicitam Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005, p.133) que o sentimento considera apenas o presente; a razão, o futuro dos tempos e sua sequência. E

pelo fato de o presente faltar a imaginação, a razão costuma ser vencida; "mas, depois que a força da eloquência e da persuasão fizeram as coisas distantes e futuras parecerem presentes, então a razão prevalece sobre a revolta da imaginação". Nesse sentido, Söhngen (2011, p.33) articula: conhecer sua relevância "nos processos de raciocínio não significa que a razão seja menos importante do que as emoções [...]". Verifica-se que a ampliação das emoções, pode "ênfatizar seus efeitos positivos e reduzir seu potencial negativo". Conclui ser "natural que se queira proteger a razão da fraqueza que as emoções anormais ou a manipulação das emoções normais podem provocar no processo de planejamento e decisão". A autora (2011, p.44) revela a impossibilidade de negar uma forte influência dos sentimentos exercidos sobre a razão, que os "sistemas cerebrais necessários aos sentimentos se encontram enredados" nos mecanismos imprescindíveis à razão.

Há circunstâncias em que é evidente que não há dúvidas no caso, mas cumprirá conceber os "raciocínios como uma corrente cuja solidez é a do mais frágil dos elos? Quando se trata da reconstituição do passado, o raciocínio se parece muito mais com um tecido cuja solidez é, de longe, superior à de cada fio que constitui a trama" (PERELMAN, *Retóricas*, 2004, p.163). Perelman nota que uma ciência racional não pode contentar-se com opiniões imprecisamente verossímeis, que devem estar em acordo, pois o desacordo é sinal de erro. Então elege Descartes para exprimir que quando duas pessoas se manifestam no mesmo tema em juízos contrários, certamente um deles se engana. Sua obra busca na retórica clássica aprimorar seu desenvolvimento. Segue sua teoria.

3 TEORIA PERELMANA: RAZÃO E EMOÇÃO NOS AUDITÓRIOS

Chaïm Perelman nasceu em Varsóvia, mas viveu a maior parte de sua vida na Bélgica. Ganhou título de Barão por seu trabalho na Filosofia. Sua Teoria da Argumentação gira em torno dos auditórios. O auditório particular é específico, do qual se conhece características pessoais e particulares. Enquanto o auditório particular é influenciado por persuasão, o universal o é por convencimento. Este último, não existe propriamente. Nos anos 70, Perelman inseriu o curso de

argumentação em Bruxelas. Por séculos, a função da argumentação jurídica era acessória e as decisões judiciais dispensavam fundamentos. Após arbitrariedade, o juiz submete-se à lei. Essa evolução "parece trazer à argumentação [...] menor valor, [...] afastados da exatidão que demandava o raciocínio jurídico àquele tempo, impregnado de concepções naturalistas" (RODRÍGUEZ, 2005, p.8).

Perelman, em *Lógica jurídica: nova retórica* (2004, p.141-143), diz que a “retórica procura persuadir por meio do discurso”, sendo mais adesão do que verdades, mas a “adesão é sempre a adesão de um ou mais espíritos aos quais nos dirigimos, de um auditório”. Informa que a “noção de *auditório* é central na retórica”: “um discurso só pode ser eficaz se é adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer”. Ao usar termos apropriados ao discurso, em *Retóricas*, Perelman (2004, p. 113) chama de *orador* aquele que apresenta uma argumentação, assim como *auditório* àqueles a quem é destinada. O filósofo (1996, p.196) estabelece uma espécie de técnica para discursar: o orador apresenta a argumentação; o auditório, o conjunto de quem ele quer ganhar a adesão. Seu discurso deve se adaptar ao auditório, “trate-se [...] de um juiz que deve decidir sobre um litígio, do sujeito que delibera ou, enfim, do auditório universal que encarna o que tradicionalmente denominamos a razão”. Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005, p.6) defendem que *é em função de um auditório que qualquer argumentação se desenvolve* uma noção da retórica convencional. Para os autores, (2005, p.556-557) "se a argumentação é, essencialmente, adaptação ao auditório, a ordem dos argumentos de um discurso persuasivo deveria levar em conta todos os fatores suscetíveis de favorecer-lhes a acolhida pelos ouvintes". Os filósofos (2005, p.556) tratam do condicionamento do auditório. Chamam *persuasiva* a uma argumentação que pretende valer só para um auditório particular; e, *convincente* àquela que deveria obter a adesão de todo ser racional (2005, p.31). Distinguem as técnicas que visam a persuadir das que procuram convencer. O auditório engloba o próprio orador, deliberação íntima ou argumentação que se pretenderia válida para todos [p.23/31?]. Em *Retóricas*, Perelman (2004, P.59) distingue “os meios de convencer aos meios de persuadir, sendo os primeiros concebidos como racionais, os segundos como irracionais,

dirigindo-se uns ao entendimento, outros à vontade". Assim, o "auditório universal não é efetivamente dado, é apenas um auditório ideal (2004, p.204).

Este trabalho é centralizado no auditório particular, o qual retrata-se a seguir.

3.1 Persuasão no auditório particular

Perelman, escreve em seu livro *Retóricas* (2004, p.325) "Dentre as condições prévias da argumentação, deve-se levar em consideração o desejo de persuadir, o de escutar e de se deixar convencer, a existência de uma linguagem comum ao orador e ao auditório". Ao ser constituído por apenas um ouvinte, o auditório – identificado o ouvinte com o orador –, "é essencial saber quais são as opiniões e os valores aos quais ele adere com mais intensidade e nos quais o orador pode basear o seu discurso, de modo que este último tenha uma ascendência garantida sobre a personalidade de seu ouvinte" (idem, p.181). Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005, p.556) lecionam que no auditório particular é usada a persuasão, cujo referencial é "um auditório concreto, que se modifica no tempo, com as concepções que dele tem o orador". A persuasão era usada em Atenas, onde cidadãos voluntários formavam júri popular. Segundo Söhngen (2011, p.31), "o conhecimento jurídico deve preocupar-se com os meios de sustentar determinada decisão como sendo a mais justa, equitativa, razoável, oportuna ou conforme o direito em face de outras decisões igualmente cabíveis".

Para os preocupados com o resultado, Perelman, em *Retóricas* (2004, P.59) sugere que persuadir é mais do que convencer; é o essencial: "abalar a alma para que o ouvinte aja em conformidade com a convicção que lhe foi comunicada". Ao encontro desse raciocínio, Chaignet (p.93 apud PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p.46) observa: "Quando somos convencidos, somos vencidos apenas por nós mesmos, pelas nossas ideias. Quando somos persuadidos, sempre o somos por outrem". Contudo, Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005, p.34) exibem os inconvenientes da argumentação que visa apenas ao auditório particular: o orador, ao se adaptar à visão de seus ouvintes, arrisca-

se apoiar-se em teses estranhas ou opostas às pessoas que não aquelas a quem se dirige no momento.

Perelman, *Retóricas* (2004, p.182) questiona: "Como se dirigir a todos de modo a ganhar a adesão de cada qual, ou pelo menos a adesão de todos os que o orador se empenha em persuadir?" Na argumentação é comum que o orador precise persuadir um auditório heterogêneo, "reunindo pessoas diferenciadas pelo caráter, vínculos ou funções". "Ele deverá utilizar argumentos múltiplos para conquistar os diversos elementos de seu auditório. É a arte de levar em conta, na argumentação, esse auditório heterogêneo que caracteriza o grande orador". (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p.24). Perelman (*Retóricas*, 2004, p.269) explica que a retórica examina os argumentos dos quais utilizamos seja numa deliberação íntima, seja os que supomos dirigir-se à toda humanidade, e a retórica dos antigos constitui uma espécie particular cuja meta é persuadir. Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005, p.169) assinalam que toda persuasão supõe um auditório, a quem se quer persuadir. Não existe escolha neutra – mas há uma escolha que parece neutra e é a partir dela que se podem estudar as modificações argumentativa. Os autores (2005, p.172) insistem: ao nos perguntarmos por que um orador se expressa de maneira neutra, subentendemos que ele tem um objetivo, pois poderia não o fazer. "Nós o encontraremos a cada passo: a ausência de técnica pode ser um método, não há neutralidade que não possa ser intencional".

Söhngen revela que a persuasão busca "atingir a vontade, o sentimento do interlocutor, por meio de argumentos plausíveis ou verossímeis [...] dirigindo-se a um auditório particular, ao passo que o convencimento envolve inferências que podem levar o auditório à adesão aos argumentos apresentados". Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005, p.22) expõem sua teoria em que a argumentação concebe "o auditório presumido tão próximo quanto o possível da realidade. [...] Uma argumentação considerada persuasiva pode vir a ter as mais desagradáveis consequências". Estabelecem (2005, p.133) que "uma argumentação tendenciosa, adotada de caso pensado, com vistas a uma posição que se favorece por interesse ou por função, deveria ser completada pela argumentação adversa, a fim de permitir um equilíbrio na apreciação dos elementos conhecidos".

Perelman (2004, p.381) observa que há importância considerável na ordem adotada na argumentação pelo condicionamento do auditório, visto que "o discurso exerce uma ação tal sobre o auditório que, à medida que se vai desenrolando, o modo como o auditório reage, como apreende os dados, se modifica". O réu e o procurador geral poderão, cada um deles, recusar seis membros do júri, sem ter de indicar nenhuma razão. (idem, 2004, p.217). Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005, p.363) "As funções exercidas, bem como a pessoa do orador, constituem um contexto cuja influência é inegável: os membros do júri apreciarão de modo muito diferente as mesmas observações pronunciadas pelo juiz, pelo advogado ou pelo promotor".

Há dois tipos de auditório: o universal, trabalha com convencimento, seria um auditório ideal – os maiores especialistas em determinado tema; e o auditório particular, da persuasão, do qual se conhece características pessoais. O enfoque deste auditório é nos jurados do Tribunal do Júri.

4 ACUSAÇÃO *VERSUS* DEFESA NOS TRIBUNAIS DE JÚRI

Veredicto, do latim, *verum dictum*, em busca da verdade. Jurados, representantes da sociedade, seriam neutros. Júri, do latim *jurare*, significa fazer juramento. Assinala Plácido e Silva que o júri é a instituição popular a que se atribui o encargo de afirmar ou negar a existência do fato criminoso imputado a uma pessoa. Júri é Tribunal do Júri. Conjunto de jurados denomina-se conselho de sentença. Surgiu nos países anglo-saxões. Na França Itália e Alemanha foi substituído por outros órgãos. Tradições, júri místico na Inglaterra. Lembrança dos 12 apóstolos, "12 homens de consciência pura se reuniam sob a invocação divina, a verdade infalivelmente se encontrava entre eles. Dessa crença teria nascido o júri. Ainda se observam no júri inglês o caráter religioso (ACQUAVIVA, 2011, p.513). O Art.5º XXXVIII da CF diz que: "É reconhecida a instituição do tribunal do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida". Art.12, §2º CF. estrangeiro não pode ser jurado, só brasileiro naturalizado. O artigo 437 trata da isenção do

júri. O Art.438 sobre a recusa ao serviço do júri, importa serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos. O artigo 425 especifica o alistamento dos jurados. O Art.436 do CPP diz que é serviço obrigatório, maiores de 18, notória idoneidade. Acquaviva (2011, p.514) explica que, diferentemente do júri da Grã-Bretanha, no Brasil não deu os melhores resultados. O júri brasileiro sofreu diversas restrições. O Tribunal do Júri, conhecido também por Tribunal Popular, é composto por um juiz togado (bacharel em Direito e magistrado de carreira), seu presidente, e por 25 jurados, sorteados dentre os alistados dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento, de acordo com o art.447 CPP, com redação dada pela lei 11.689/08.

Jurado, do latim *juratus* é o cidadão que, sob juramento comporá o júri com outros jurados, no total 25. Pimenta Bueno, em 1857: “A intervenção dos jurados na administração da justiça é uma garantia muito importante para as liberdades, interesse e justiça sociais. [...] independência judiciária” (ACQUAVIVA, 2011). Mário Rocha Lopes Filho (2004, p.5) introduz que o Júri Popular foi um dos procedimentos idealizados para julgar infratores; e entregava-se à sociedade o direito de julgar seu semelhante ainda que esta forma de julgamento tivesse características diversas das atuais e observa que o objetivo, meta, ideal a ser perseguido é a imparcialidade da atividade jurisdicional, embora seja difícil de atingi-la na prática, pois “o julgamento é atribuído a criaturas humanas, imperfeitas por natureza, não havendo [...] possibilidade de investigarmos, de modo pleno [...] pelo julgador”.

Segundo Perelman (1996, p.553), o papel da argumentação e da retórica crescem toda vez que, por ocasião de uma controvérsia, delibera-se sozinho, ou com outros, para chegar a uma decisão que se quer razoável. Em *Lógica jurídica: nova retórica* (2004, p.217), o autor diz que um advogado só é obrigado a aceitar defender um cliente se lhe é imposto, devido ao réu não ter defesa, por temer conflitos de interesses que defende ou funções que exerce; pode recusar causa que julgue indefensável ou contrária a suas convicções, mas lhe é vedado enganar o juiz, assim como dizer o que sabe ser falso, sem poder revelar o que sabe das confidências cujas causas aceita defender, pois o papel do advogado é “fazer o tribunal ou o júri admitir a tese que está encarregado de defender. Para

consegui-lo, adaptará sua argumentação ao auditório, do qual depende o desfecho do processo, que lhe é imposto”. Devido ao “papel central que, em toda lide, compete aos juízes ou ao júri, é normal que regras de processo permitam recusar aqueles cuja parcialidade se teme” (PERELMAN, 2004, p.217).

O Tribunal do Júri, para Lopes Filho, “é uma forma de exercício popular do poder judicial, daí derivando sua legitimidade, constituindo-se num mecanismo efetivo de participação popular”. A instituição do júri representa o auge da argumentação e da oratória (RODRÍGUEZ, 2005, p.284 a 286). De fato, os tribunais, e não os teóricos, é que são encarregados de dizer o direito, motivando suas decisões (PERELMAN, *Lógica jurídica: nova retórica*, 2004, p.221). Perelman em *Lógica jurídica: nova retórica*, (2004, p.195) diz que é problema vasto a relação entre a verdade e a justiça: “de fato, a ficção fornece um exemplo extremo em que, por preocupação com equidade, o júri qualifica erradamente os fatos dos quais deve conhecer, mas este não é o único caso em que o direito atribui maior importância a outros valores que não à verdade”, apesar de “o respeito a esta seja ligado a um dos valores fundamentais do direito, a saber, a segurança jurídica. Em nosso direito, a mentira só é punível se a testemunha comprometeu-se sob juramento a dizer a verdade, toda verdade e nada mais que a verdade”.

Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005, p.2) observam que uma ciência racional não pode contentar-se com opiniões imprecisamente verossímeis, que devem estar em acordo, pois o desacordo é sinal de erro. Então elege Descartes para exprimir que quando duas pessoas se manifestam no mesmo tema em juízos contrários, certamente um deles se engana: “[...] nenhum deles possui a verdade; pois se um tivesse dela uma visão clara e nítida poderia expô-la a seu adversário, [...] que ela acabaria por forçar sua convicção”. Da discordância entre partes, ironiza um Anônimo do Século XVII (2006. p.272):

Nos advogados e julgadores há também excelentes unhas e todas verdadeiras, porque não se pode presumir que minta gente douta e que professa justiça e razão. O que me admira é que tomem dois advogados uma demanda entre mãos e entre dentes – um para a defender e outro para a impugnar, este pelo amor, e aquele pelo réu – e que ambos afirmem a ambas as partes que têm justiça. Como pode ser, se contrariam e um diz que sim e outro

que não? Necessariamente um deles há de mentir, porque a verdade consiste em indivisível, como diz o filósofo. Com tudo isso, ambos falam verdade, porque cada um diz à sua parte que tem justiça, isto é, que terá sentença por si, se quiserem os julgadores.

Chaïm Perelman, em *Lógica jurídica: nova retórica*, (2004, p.8-9) explica que os raciocínios jurídicos “são acompanhados por incessantes controvérsias, e isto tanto entre os mais eminentes juristas quanto entre os juízes que atuam nos mais prestigiosos tribunais”. Assim, “o papel do jurista, [...] seria o de preparar, com suas reflexões e [...] análises, a solução mais justa em cada caso específico”. [...] O filósofo relata que (2004, p.10) é por meio de controvérsias, oposições dialéticas, e das argumentações em sentido diverso que se elabora o direito. [...] E “admitia-se como justa uma decisão conforme à regra da justiça que exige tratamento igual de casos essencialmente semelhantes”. Em *Retóricas*, Perelman (2004. p.359-360) diz que se deve apurar os dois lados da história, ouvir testemunhas, analisar provas físicas do processo. O choque de palavras em contraste com fatos provocaria, em tese, ao menos, a elaboração do acontecido, conduzindo o julgador à verdade. A busca pela verdade material, na hora de tomar uma decisão, é aperfeiçoada pelo discernimento que surge apenas no momento em que, com relação a um mesmo objeto, “as opiniões se chocam, as aparências se opõem, as impressões deixam de concordar”. Desse modo, “fica-se sabendo, desde então, que há opiniões falsas, aparências ilusórias e impressões enganadoras, mas nem todas são dessa natureza: é preciso um critério para salvar o que merece ser salvo.” O filósofo designa a relevância dos juízos de valor e que a retórica deve voltar a ser um estudo vivo, trazendo J. Stuart Mill (apud PERELMAN, 2004, p.89), que pondera que se deva pesar argumentos opostos que “podem dar mostra de uma evidência plausível quando cada uma delas se expõe e se explica por si só”; e comparando essas contradições das partes “que é possível decidir qual delas tem razão”. O júri é um direito da sociedade, do réu? A argumentação é decisiva em debates e sustentações orais. O Conselho de Sentença ou o Juiz togado é mais justo em duas decisões? Cada indivíduo traz consigo arcabouço de experiências que se reflete na escolha.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratou-se no presente trabalho de expor a teoria de Chaïm Perelman, em sua obra *Tratado da Argumentação: a nova retórica*, a falácia “apelo à emoção” no discurso como forma de persuadir o Tribunal do Júri. A partir do exposto conclui-se, que o direito não necessariamente pressupõe ética. Perelman é um autor que traz essa questão. Na retórica, o embate não se destina a fazer prevalecer a verdade e portanto o justo. Destina-se a vencer o debate, objetiva a vitória. A argumentação é uma ciência perigosa, uma vez que possibilita sua prática por meio de falácias sutilmente perceptíveis. Há várias espécies de falácia. Este trabalho estudou a do apelo à emoção – *argumentum in misericordiam* – que é altamente eficaz, em sua persuasão, no discurso para um auditório particular. Pode-se entender a teoria perelmaniana da argumentação jurídica, a diferenciação entre o auditório particular e o auditório universal, que tratam da persuasão e do convencimento respectivamente. Este tema versa sobre a ética e o direito. Até que ponto é tolerável o discurso em prol de um veredito? O júri tem sido criticado atualmente: no Brasil a escolha dos jurados é aleatória: não há como saber um perfil dessas pessoas, diferentemente da realidade dos EUA, por exemplo, em que existe uma indústria de profissionais psicólogos para escolher os jurados. Os jurados não necessitam fundamentar sua decisão, podem ficar mais à mercê da emoção do que juízes togados. Abusar da falácia, frisar aspectos que se conhece da vida dos jurados não é ético. Magistrados, promotores, advogados podem equivocar-se em suas decisões, aplicar leis injustas. É possível que advogados, sabendo da culpa de seus clientes ainda assim os defendam inescrupulosamente para obter ganho da causa. Não há como saber. Cada pessoa é diferente em sua maneira de pensar: pode haver um acusador excelente ou péssimo; um defensor excelente, ou um péssimo; um magistrado excelente, ou um magistrado péssimo. Está além do sistema, da função ou do cargo exercido. Hodiernamente, deve-se buscar um significado ético e limites na retórica, para um discurso não com a finalidade de convencer, mas com o fim original de obter justiça em vez de “refutações sofisticadas” como definiu Aristóteles. Verifica-se que advogados famosos valeram-se de falácias, em

juízes, de maneira astuciosa. Nesse sentido, Perelman alerta para se ter uma visão ampla. Por isso os jurados devem estar atentos para não se deixarem manipular.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, M. C. **Dicionário jurídico Acquaviva**. São Paulo: Rideel, 2011.

ANÔNIMO do Séc.XVII. **Arte de Furtar**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ATIENZA, M. **As Razões do direito**: Teorias da Argumentação Jurídica; tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. – São Paulo: Landy Editora, 2003.

BARSA, Nova Enciclopédia. **Retórica**. 6.ed. São Paulo: Barsa Planeta Internacional Ltda, 2002.

CHAIGNET, A. Ed. La rhétorique et son histoire, p.93. Apud PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DESCARTES, O., t. XI: Règles pour la direction de l'esprit, pp.205-6. Apud PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ISÓCRATES, Discursos, t. I: A Demonicos, §37. Apud PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOPES FILHO, M. R. **O Tribunal do Júri e algumas variáveis de influência**. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

MILL, J. S. *Système de logique*, baseada na 6ª ed. inglesa, de Louis Peisse, 2 vols. Paris, 1866, t. I, Prefácio, p.XXII. Apud PERELMAN, C. **Retóricas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, C. **Ética e direito**; tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, C. **Lógica jurídica**: nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, C. **Retóricas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RODRÍGUEZ, V. G. **Argumentação Jurídica**: técnicas de persuasão e lógica informal. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005

SÖHNGEN, C. B. da C. **Argumentação e discursos criminológicos**. Porto Alegre: Edipucrs, 2011.

VALVENDE, K. J. **Pensando como um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REFLEXÕES ACERCA DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO AUTORAL E SUA FUNÇÃO SOCIAL EM RELAÇÃO AO ENSINO A DISTÂNCIA (EAD)

Michele Vollrath Bento²⁵

Thilara Lopes Schwanke Xavier²⁶

RESUMO: Contemporaneamente, a doutrina e a legislação vêm reconhecendo a crescente importância dos direitos de autor e os que lhes são conexos. O combate à reprodução sem autorização de obras protegidas no mercado tem sido objeto de relevantes estudos. Nesse sentido, a proteção legal dos direitos autorais, espécie de propriedade intelectual, bem como a consagração da função social da propriedade através do referido instituto jurídico será discutida na legislação específica e na esfera constitucional, neste caso, no âmbito da produção intelectual para o ensino a distância

PALAVRAS-CHAVES: direito autoral; ensino a distância; função social da propriedade.

1 INTRODUÇÃO

A temática relativa à proteção da propriedade intelectual tem se tornado de extrema importância no cenário nacional e internacional. O foco do estudo das questões referentes ao direito de propriedade, cada vez mais, tem se direcionado aos bens intangíveis. Adquire importância fundamental também, o ensino a distância, como consagração do direito à educação, uma vez que o mesmo amplia consideravelmente o acesso da sociedade brasileira as diferentes

²⁵ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (2003), Especialista em Direito Processual pela Universidade Católica de Pelotas (2006). Advogada (2004). Professora do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico do Campus Pelotas – Visconde da Graça do Instituto Federal Sul-Rio-Grandense (IFSul). Professora-pesquisadora da Equipe Multidisciplinar da Rede e-Tec Brasil/IFSul (EAD). Integrante do Grupo de Pesquisa Primas do Direito Civil-Constitucional/PUC/RS. Mestranda em Direito PUC/RS. mivolb@gmail.com

²⁶ Bacharel em Administração de Empresas e Turismo pela Universidade Federal de Pelotas (2008/). Especialista em Gestão Integrada do Capital Intelectual pela FATEC/SENAC Pelotas (2008). Mestre em Sociologia pela Universidade Federal de Pelotas (2014). Professora do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico do Campus Pelotas – Visconde da Graça do Instituto Federal Sul-Rio-Grandense (IFSul). Coordenadora do Curso Técnico em Administração da Rede e-Tec Brasil/IFSul (EAD). Doutoranda em Política Social UCPel. thilaraxavier@cavg.ifsul.edu.br

modalidades de ensino. As pesquisas relativas a novas tecnologias, as invenções, modelos de utilidades, assim como relativo a outros sinais distintivos, no caso os direitos autorais se mostram, ainda, incipientes e carecem de reflexões acerca da regulamentação existente. O fomento a produção e distribuição do conhecimento bem como sua tutela judicial ocupam importante espaço no ordenamento jurídico.

No Brasil, hoje, segundo a Consumers Internacional, organização que reúne entidades de proteção ao consumidor de todo o mundo, incluindo o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), responsável por levantar os dados do estudo — chamado de IP Watchlist — as leis de direitos autorais são tão rígidas que prejudicam o acesso à cultura e o uso educacional de obras protegidas. Hoje, a lei de propriedade intelectual não permite cópias físicas ou digitais, na totalidade das obras, para uso educacional ou científico. O estudo da proteção constitucional dos direitos de autor e os que lhes são conexos no tocante a função social da propriedade, mais que um instituto regulamentado pela ordem jurídica vigente consiste na possibilidade efetiva de proteção das obras intelectuais da exploração econômica desordenada. Portanto, justifica-se a realização do presente trabalho de investigação.

O problema da pesquisa se encontra justamente em definir se a proteção conferida aos direitos autorais está em conflito como o acesso ao direito à educação, em especial, aquele consagrado através da do ensino a distância, uma vez que a proteção da propriedade intelectual referida poderá limitar este direito, bem como ambos consubstanciam preceitos constitucionais explícitos. A metodologia utilizada no estudo foi análise da bibliografia existente sobre a temática abordada, em especial, a doutrina e a legislação pátria.

O presente estudo tem como objetivo identificar a proteção conferida pela Constituição Federal ao instituto da propriedade intelectual como direito fundamental, em especial se os direitos de autor e os que lhes são conexos poderiam colidir com o acesso à educação, outro direito fundamental, em particular o caso do ensino a distância (EaD).

A Lei dos Direitos Autorais (LDA), Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, confere proteção infraconstitucional aos direitos de autor e os que lhes são

conexos, uma vez que estabelece expressamente quem é o autor²⁷, bem como o que pode ser especificamente objeto de registro²⁸. Tal regulamentação foi construída a partir das diretrizes estabelecidas pela Convenção de Berna, de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971 e recepcionada no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, pela promulgação do Decreto nº 75.699, de 06 de maio de 1975 e, posteriormente, pelo Decreto nº 76.905, de 24 de dezembro de 1975. A Organização Mundial do Comércio (OMC), através de acordos internacionais tem buscado a regulamentação específica atinente a este assunto. Por essa razão, a referida temática encontra proteção constitucional no Brasil no art. 5º. da Carta Magna:

Art. 5º. XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

²⁷ Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.

²⁸ Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;

III - as obras dramáticas e dramático-musicais;

IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;

V - as composições musicais, tenham ou não letra;

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;

VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;

IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;

X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;

XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;

XII - os programas de computador;

XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

Conforme aduz BARBOSA (2009), a Carta Magna de 1988 além de recomendar a tutela dos direitos subjetivos individuais, no tocante à produção autoral, distingue a existência de interesses coletivos no mesmo âmbito temático, confiando ao Estado o dever de garantir o acesso a tais objetos culturais, conforme preceituado no art. 215 Caput e § 1º.

A revolução tecnológica a que a sociedade foi submetida com o advento da internet, fez com que os fatores tempo e espaço fossem drasticamente reduzidos, bem como as relações daí advindas, especialmente no tocante ao acesso ao conhecimento disponibilizado na rede. A LDA brasileira é uma das legislações mais restritivas do mundo.²⁹

²⁹ Vejamos que a lei enumera de forma específica e restritiva todas as situações de proteção, conforme segue:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

- I - publicação - o oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público, com o consentimento do autor, ou de qualquer outro titular de direito de autor, por qualquer forma ou processo;
- II - transmissão ou emissão - a difusão de sons ou de sons e imagens, por meio de ondas radioelétricas; sinais de satélite; fio, cabo ou outro condutor; meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético;
- III - retransmissão - a emissão simultânea da transmissão de uma empresa por outra;
- IV - distribuição - a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse;
- V - comunicação ao público - ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares;
- VI - reprodução - a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido;
- VII - contrafação - a reprodução não autorizada;
- VIII - obra:
 - a) em co-autoria - quando é criada em comum, por dois ou mais autores;
 - b) anônima - quando não se indica o nome do autor, por sua vontade ou por ser desconhecido;
 - c) pseudônima - quando o autor se oculta sob nome suposto;
 - d) inédita - a que não haja sido objeto de publicação;
 - e) póstuma - a que se publique após a morte do autor;
 - f) originária - a criação primígena;
 - g) derivada - a que, constituindo criação intelectual nova, resulta da transformação de obra originária;

Na doutrina, os direitos autorais dividem-se em direitos morais e direitos patrimoniais. Os direitos morais são aqueles considerados inalienáveis e irrenunciáveis; constituindo ligações perenes autor e sua respectiva obra. O autor poderá reivindicar, a qualquer momento, a autoria, ter seu nome identificado como autor e assegurar a integridade da obra, podendo ainda alterá-la a qualquer momento, bem como retirá-la de circulação quando afrontar sua reputação.

Os direitos patrimoniais referem-se à utilização econômica da obra. As reproduções da obra sejam estas realizadas de forma parcial ou integral, edição, adaptação, tradução - ou ainda quaisquer outras espécies de utilização que venham a ser inventadas, necessitam da expressa autorização do autor. (VIEIRA, RODRIGUES E BARCIA, 2003).

Nesse sentido, o principal desafio das inovações tecnológicas é a adequação dos direitos autorais (morais e patrimoniais) com as novas ferramentas disponibilizadas. Os avanços tecnológicos ocasionam uma série de modificações, tanto na sociedade, como no desenvolvimento humano. Portanto, a educação a distância, enquanto modalidade de ensino criadora de objetos de

-
- h) coletiva - a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma;
 - i) audiovisual - a que resulta da fixação de imagens com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação;
 - IX - fonograma - toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual;
 - X - editor - a pessoa física ou jurídica à qual se atribui o direito exclusivo de reprodução da obra e o dever de divulgá-la, nos limites previstos no contrato de edição;
 - XI - produtor - a pessoa física ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica da primeira fixação do fonograma ou da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado;
 - XII - radiodifusão - a transmissão sem fio, inclusive por satélites, de sons ou imagens e sons ou das representações desses, para recepção ao público e a transmissão de sinais codificados, quando os meios de decodificação sejam oferecidos ao público pelo organismo de radiodifusão ou com seu consentimento;
 - XIII - artistas intérpretes ou executantes - todos os atores, cantores, músicos, bailarinos ou outras pessoas que representem um papel, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem em qualquer forma obras literárias ou artísticas ou expressões do folclore.
 - XIV - titular originário - o autor de obra intelectual, o intérprete, o executante, o produtor fonográfico e as empresas de radiodifusão.

aprendizagem e demais materiais didáticos a partir da utilização das novas mídias, terá que se adaptar à legislação vigente. Segundo Gandelman (1997, p. 152), “só a experiência e o tempo é que indicarão os caminhos a seguir e fornecerão as molduras jurídicas atualizadas pela nova cultura, no que se refere à proteção justa dos direitos autorais”.

Martins Filho (1998, p. 08) ressalta que “as obras intelectuais, mesmo quando digitalizadas, não perdem sua proteção”. Dessa forma, o referido doutrinador salienta que “não podem ser utilizadas sem prévia autorização e que, apesar de qualquer pessoa ter acesso à internet e poder inserir nela material e qualquer outro usuário poder acessá-la”, os “direitos autorais continuam a ter sua vigência no mundo online, da mesma maneira que no mundo físico” (Gandelman, 1997, p. 154).

Para Cabral (1998, p.09), “a paternidade da obra é indissociável do nome do autor”, e acrescenta que o avanço tecnológico não nega o direito do autor, ao contrário, pressupõe o pagamento do trabalho de quem cria algo para o aproveitamento de outro.

Sendo assim, resta incontestável a importância da internet na divulgação das obras e de seus autores, porém se ressalta que ainda não há mecanismos suficientes que evitem com absoluta segurança danos ao patrimônio dos direitos autorais. (VIEIRA, RODRIGUES E BARCIA, 2003).

Assim, o direito autoral constitui espécie do gênero propriedade intelectual, protegidos pela CF/88 em seu art. 5º inc. XXII. Conforme aduz SARLET (2011), o direito de propriedade constitui um direito fundamental de primeira dimensão, de cunho “negativo”, configurando uma abstenção do Estado. Porém, o mesmo Autor, reconhece que na doutrina alemã existe “*uso alternativo do direito e garantia fundamental da propriedade, sinalizando de forma paradigmática as diversas funções que podem ser deduzidas dos direitos fundamentais e das transformações que estes sofreram ao longo dos tempos*”. Por outro lado, o direito à educação, neste caso a modalidade a distância, consiste em um direito de prestação positiva do Estado, a fim de consagrar o bem-estar social de seus cidadãos, com o objetivo precípuo de assegurar a igualdade material. Assim, o

referido direito também, restaria consagrado pela doutrina, já positivado no art. 6º da CF/88.

Conforme aduz José Afonso da Silva (2005), a função social da propriedade é intrínseca a todas as espécies proprietárias previstas, uma vez que o art. 5º, XXIII da Carta, sempre será considerado em consonância com o artigo anterior. Assim, a CF/88 assegura de forma inequívoca que o direito de propriedade, deve ser sempre contrastado com as restrições do inciso seguinte, ou seja, as de que a propriedade atenderá sua função social. Da mesma forma, no art. 170 da CF, a propriedade privada é definida como princípio essencial da ordem econômica, sempre com o limitador do cumprimento de sua função social. Dessa forma, tal situação se estende a propriedade imaterial, no tocante aos direitos autorais.

De outro lado, a Constituição Federal também consagra o direito à educação, como direito social, sendo o mesmo plenamente garantido pelo Estado Brasileiro como requisito de exercício pleno da cidadania, referido este em seu conceito amplo:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Na legislação infraconstitucional, a educação a distância possui referência na lei de diretrizes e bases da educação (LDB), Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, em seu art. 80, dispõe: “O Poder Público incentivará o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada.” Além deste artigo 80, a LDB traz em seu artigo 87, parágrafo terceiro, que cada Município, Estado e a União deverá “prover cursos presenciais ou a distância aos jovens e adultos insuficientemente escolarizados”.

A legislação atinente ao ensino a distância (EAD), tendo em vista que se trata de uma modalidade relativamente recente, ainda está sendo atualizada por

textos oficiais complementares. No dia 10 de fevereiro de 1998, o Governo Federal publicou o Decreto nº. 2.494, com intuito de regulamentar o artigo 80 da LDB, o qual trata diretamente da educação à distância.

Assim, a primeira norma regulamentadora do ensino a distância no Brasil, o Decreto nº. 2.494, de 10 de fevereiro 1998 que regulamenta o art. 80 da LDB, traz uma definição primeira do que é a educação a distância, em seu art. 1º: *Educação a distância é uma forma de ensino que possibilita a auto-aprendizagem, com a mediação de recursos didáticos sistematicamente organizados, apresentados em diferentes suportes de informação, utilizados isoladamente ou combinados, e veiculados pelos diversos meios de comunicação.*

Posteriormente, o Decreto nº 5.622, de 19 de dezembro 2005, revogou o decreto acima referido, regulamentando novamente o art. 80 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, alterando parcialmente a caracterização da educação a distância, conforme art. 1º abaixo transcrito:

Para os fins deste Decreto, caracteriza-se a educação a distância como modalidade educacional na qual a mediação didático-pedagógica nos processos de ensino e aprendizagem ocorre com a utilização de meios e tecnologias de informação e comunicação, com estudantes e professores desenvolvendo atividades educativas em lugares ou tempos diversos.

Esta nova caracterização se fez necessária, uma vez que a evolução da referida modalidade de ensino, especialmente em relação às novas figuras envolvidas (professores, tutores, coordenadores de pólo, de cursos e de tutoria), bem como pela flexibilidade de horários e inclusão social daqueles que além de estudar, também trabalham era premente no Brasil. Assim, se pode verificar que este novo olhar da legislação também se reflete (ou tem origem, pois essa é cronologicamente anterior à aquela) na doutrina, onde se seu conceito de EAD:

[...] um sistema tecnológico de comunicação bidirecional (multidirecional) que pode ser massivo, baseado na ação sistemática e conjunta de recursos didáticos e com o apoio de uma organização e tutoria que, separados fisicamente dos estudantes, propiciam a eles uma aprendizagem independente (cooperativa) (ARETIO, 2001, p. 39).

Assim, quanto às figuras envolvidas no processo ensino-aprendizagem a distância, diretamente no tocante à produção de atividades e material didático,

quais sejam professor-pesquisador e professor-conteudista, tem se a Resolução nº 36, de 13 de julho de 2009 do Conselho Deliberativo do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (CD/FNDE) que estabelece orientações, diretrizes, critérios e normas para a concessão de bolsas de estudo e de pesquisa no âmbito do Sistema Escola Técnica Aberta do Brasil (Rede e-Tec Brasil), nos termos da Lei 11.273, de 06 de fevereiro de 2006, a partir do exercício de 2009.

O professor pesquisador (ou formador) é aquele que possui como responsabilidades acompanhar e operacionalizar a disciplina durante o período em que ela está disponibilizada no Ambiente Virtual de Aprendizagem (AVA). É atribuição do mesmo a elaboração das avaliações e atividades, assim como conduzir os tutores quanto aos objetivos e eventuais dificuldades do conteúdo. Este professor pode ser ou não o autor do material didático utilizado pelo aluno. O foco deste professor é buscar alternativas para facilitar o processo de aprendizagem, pensando em momentos presenciais e no formato adequado do conteúdo para ser utilizado virtualmente. O papel deste professor é estabelecer uma ponte entre a aprendizagem realizada presencialmente a partir do contato com o tutor e a aprendizagem realizada através das diferentes mídias propostas (vídeo, ambiente virtual, CD-Rom, material impresso, etc.). (CARVALHO, 2007). Essas atribuições estão descritas no Anexo 1 da Resolução 18/2010/CD/FNDE/MEC), no item 2.5.³⁰ e possuem titularidade quanto aos direitos autorais de tudo o que produziram para instrumentalizar sua disciplina.

³⁰ ANEXO I

MANUAL DE ATRIBUIÇÕES, DEVERES E DIREITOS DOS BOLSISTAS ESCOLA TÉCNICA ABERTA DO BRASIL - PROGRAMA E-TEC BRASIL (Redação dada pela Resolução 18/2010/CD/FNDE/MEC)

2.5. São atribuições do professor-pesquisador: (Redação dada pela Resolução 18/2010/CD/FNDE/MEC)

- planejar, desenvolver e avaliar novas metodologias de ensino adequadas aos cursos, podendo ainda atuar nas atividades de formação;
- adequar e sugerir modificações na metodologia de ensino adotada, bem como conduzir análises e estudos sobre o desempenho dos cursos;
- elaborar proposta de implantação dos cursos e sugerir ações necessárias de suporte tecnológico durante o processo de formação;
- desenvolver, em colaboração com o coordenador de curso, sistema e metodologia de avaliação de alunos, mediante uso dos recursos previstos nos planos de curso;
- desenvolver, em colaboração com a equipe da IPE, metodologia para a utilização nas novas tecnologias de informação e comunicação (NTIC) para a modalidade a distância;
- desenvolver a pesquisa de acompanhamento das atividades de ensino desenvolvidas nos cursos na modalidade à distância;

Já o professor conteudista (ou autor) é responsável pela elaboração do material que será usado como livro-texto da disciplina. Elabora o material em consonância com as diretrizes do projeto pedagógicos e dos professores responsáveis pelo design e estrutura pedagógica do curso. A organização do material poderá ser variável em virtude da Instituição, pode ser no formato de livro, fascículos, aulas, ou até mesmo um roteiro no formato de um estudo dirigido. Este professor poderá ser também professor pesquisador. O processo de elaboração costuma ser bastante árduo em função das especificidades exigidas no texto e as questões relacionadas com os prazos de entrega dos materiais. Além do processo de autoria, ainda cabe ao autor revisar o material depois de editado, conferir as imagens inseridas e aprovar o layout adotado. (CARVALHO, 2007). Essas atribuições estão descritas no Anexo 1 da Resolução 18/2010/CD/FNDE/MEC), no item 2.6. ³¹ Também em relação aos livros, fascículos, aulas, ou roteiro, o professor conteudista terá direitos autorais assegurados pela lei.

Assim, se pode constatar que as inúmeras possibilidades que cada tecnologia oferece, bem como as mudanças ocorridas com a modernização dos métodos disponibilizados fazem com que os envolvidos busquem a adequação

-
- participar de grupo de trabalho para o desenvolvimento de metodologia de materiais didáticos para a modalidade a distância;
 - aplicar pesquisa de acompanhamento das atividades de ensino desenvolvidas nos cursos na modalidade a distância
 - elaborar relatórios semestrais sobre as atividades de ensino na esfera de suas atribuições, para encaminhamento às secretarias do MEC;
 - realizar as atividades de docência nas capacitações dos coordenadores, professores e tutores;
 - realizar as atividades de docência das disciplinas curriculares do curso;
 - planejar, ministrar e avaliar as atividades de formação;
 - organizar os seminários e encontros com os tutores para acompanhamento e avaliação do curso;
 - participar dos encontros de coordenação;
 - articular-se com o coordenador de curso e com o coordenador de tutoria;
 - encaminhar ao coordenador de curso a frequência dos cursistas.
- ³¹ 2.6. São atribuições do professor-pesquisador conteudista (Redação dada pela Resolução 18/2010/CD/FNDE/MEC)
- exercer as atividades típicas de professor-pesquisador;
 - elaborar os conteúdos para os módulos do curso;
 - realizar a adequação dos conteúdos dos materiais didáticos para as mídias impressas e digitais;
 - realizar a revisão de linguagem do material didático desenvolvido para a modalidade a distância;
 - elaborar relatórios sobre a aplicação de metodologias de ensino para os cursos na modalidade a distância.

legal e específica, necessária ao caso concreto e permanente atualização tanto de licença de uso de obras dos autores externos quanto dos materiais gerados pelos cursos. (VIEIRA, RODRIGUES E BARCIA, 2003).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como resultados da pesquisa temos que os direitos de autor não são lesados, sendo assegurados a titularidade dos professores pesquisadores e autores podendo os mesmos constituírem forma de consagração da função social da propriedade, quando aplicados ao ensino a distância (EaD), a fim de contemplar o processo ensino-aprendizagem, como forma de consagração do direito à educação, explicitamente estabelecido na Constituição Federal de 1988, não constituindo violação à proteção jurídica concedida legalmente, assegurando o meio de sustento daqueles que produzem obras intelectuais, bem como protegendo e possibilitando o desenvolvimento desta inovadora e presente modalidade de ensino.

Em uma sociedade da informação, torna-se imperioso e necessário a promoção do equilíbrio entre os direitos dos autores e daqueles que necessitam das obras, neste caso, os estudantes do ensino a distância, objetivando o aprimoramento da democracia de acesso ao conhecimento. Torna-se evidente que as leis de direitos autorais poderão ser flexibilizadas, até mesmo em consideração ao princípio da função social da propriedade, uma vez que esta estaria sendo consagrada, não negando a proteção das produções em diferentes tipos de tecnologias, mas sim assegurando o interesse público, especialmente em relação ao acesso à educação.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, E. Y. , **Direitos de Autor e Direitos Conexos**, Editora do Brasil S/A, SP 2002

ARETIO, L. **La educación a distancia: de la teoría a la práctica**. Barcelona, Espanha, Editorial Ariel, 2001.

ASCENSÃO, J. de O. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARBOSA, D. B. **A Propriedade Intelectual no Século XXI - Estudos de Direito**, 1ª ed, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. **Uma introdução à propriedade intelectual**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2003.

BRANCO, S. A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação. **Sur, Rev. int. direitos human.** [online]. 2007, vol.4, n.6, pp. 120-141. ISSN 1806-64.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 06 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html>. Acesso em: 01 de março de 2015.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.html>. Acesso em: 01 de março de 2015.

CABRAL, P. **Revolução tecnológica e direito autoral**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

— — —. **A nova lei dos direitos autorais (comentários)**. 2. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1999.

CARVALHO, A. B. Os Múltiplos Papéis do Professor em Educação a Distância: Uma Abordagem Centrada na Aprendizagem. In: **18º Encontro de Pesquisa Educacional do Norte e Nordeste – EPENN**. Maceió, 2007.

DA SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GANDELMAN, H. **De Gutemberg à internet: direitos autorais na era digital**. Rio de Janeiro: Record, 1997.

MARTINS FILHO, P. **Direitos autorais na Internet**. Ci. Inf. [online]. 1998, vol.27, n.2, pp. nd-nd. ISSN 0100-1965.

PARDAL, C. Educação sem distância. **Correio da Bahia - Caderno Informática**. Agosto, 2000. Disponível em: <http://crismeyer.blogspot.com.br/2008/04/educacao-sem-distancia-celso-pardal.html>. Acesso em 01.04.2015.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VIEIRA, E. M. F.; RODRIGUES, R. S.; BARCIA, R. Educação a distância e direitos autorais. **RAP**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 37, pp.1245-1255, Nov/Dez 2003.

CAOS, DIVÓRCIO E GUARDA: DESCONSTRUINDO PRECONCEPÇÕES.

Bruno Martins da Costa Silva³²

RESUMO: O estudo do direito em relação às estruturas familiares é marcado por distorções erigidas por concepções esvaziadas de autoridade originária, e erroneamente sustentadas por uma pretensa linearidade que não se verifica quando observado o processo histórico de sua construção. Assim, usando como chave de leitura as perspectivas da teoria do caos e do pós-estruturalismo, e adotando um discurso de desconstrução, intenta-se afastar tais concepções, usando como tabuleiro duas temáticas dentro do campo tratado: o divórcio e a guarda.

PALAVRAS-CHAVE: direito de Família; teoria do caos; incerteza.

ABSTRACT: The academic efforts over the law in relation to family structures is marked by distortions inherent to some “original authority” empty preconceptions, erroneously sustained by a pretense linearity that doesn’t confirm itself when one observe its historical construction. Then, by using chaos theory and post-structuralism as analysis’ keys, and adopting a discourse of deconstruction, the intent of this paper is to confront those preconceptions, using as scenario inside the family law, two specific themes: divorce and custody.

KEY WORDS: Family Law; Chaos Theory; Incertitude.

1 INTRODUÇÃO

Em tramitação no Congresso Nacional, o Estatuto das Famílias traz consigo uma nova tentativa de delimitar as relações interpessoais de cunho afetivo que contenham condutas cooperativas fraternas, ou seja: a família. Não se trata de ação audaciosa e ambiciosa, mas sim temerária e pretensiosa.

Pretensiosa por que intenta compreender e regular um instituto anterior ao Estado, e de uma complexidade e pluralidade grandes demais para serem

³² Mestrando em Direitos Fundamentais, PUCRS. Especializando em Direito de Família, PUCRS. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Prismas do Direito Civil-Constitucional. Integrante do Grupo de Estudos em Teoria Queer do Centro Brasileiro de Pesquisas em Democracia da PUCRS.

comportadas em um mecanismo positivado.³³ Temerária por que ao positivar determinados modelos como aqueles “reconhecidos”, cria-se, por lógica oposta, espaço para a arbitrária exclusão de outros modelos sob o estigma de “não reconhecidos”.

Tais modelos predeterminados nada mais são do que concepções tidas como históricas, indiscutíveis e vinculantes, e o presente artigo intenta justamente desconstruir tais certezas, através das perspectivas da teoria do caos e do pós-estruturalismo.

2 CASTELOS DE AREIA

A aurora da idade moderna trouxe consigo três tendências que ainda hoje reverberam no direito e na sociedade: *a.* o poder nas mãos da sociedade civil; *b.* a proteção do indivíduo e a igualdade formal; *c.* o positivismo jurídico.

A primeira é um avanço talvez atemporal, não emendado até agora, e em razão dela hoje não se pensa mais em sociedade ocidental sem representatividade e debate público, e nisso vale lembrar que em geral toda a construção aqui feita é de uma perspectiva ocidental em relação ao próprio universo cultural ocidental.

A segunda foi fundamental para a inclusão da imensa maioria da população, até então excluída, no exercício da cidadania e dos atos legais. Entretanto, foi insuficiente para abranger a todos, razão pela qual o conceito de igualdade foi sendo trabalhado e discutido no âmbito de sua promoção, visando a inclusão do maior número de pessoas possível no status de cidadão detentor de voz e capacidade.

A terceira tendência é a mais problemática, pois diferentemente da segunda, ele não se emenda com facilidade, tornando-se um obstáculo para o avanço social, e inclusive para a promoção da igualdade. Neste ponto se faz importante aclarar que o positivismo aqui mencionado é mais um normativismo

³³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 04.

que não opera de forma equilibrada entre norma secundária e primária, entre princípios e lei, entre constituição e codificação.

Através dessa perspectiva se pode dizer que o problema não é o positivismo em si, mas uma técnica legislativa pobre, uma distorção errônea do positivismo que resulta numa ditadura do legislativo, numa concepção, em tese, já superada de o legislativo não estar vinculado às prévias determinações constitucionais. Em suma, trata-se aqui do positivismo do século XIX, que ainda é infelizmente o positivismo percebido e aplicado.

A isso, soma-se a ideia do direito como um conjunto de previsões operacional e perfeito, o qual tem raízes profundas nas formas de pensamento e organização que estavam estabelecidas quando do iluminismo,³⁴ e delas criou-se uma técnica jurídica que se instalou como um bolor profundo nos livros jurídicos e nas paredes das faculdades de direito.

O enciclopedismo, movimento filosófico entrelaçado com o iluminismo, intentava catalogar todo o conhecimento humano em 28 volumes. Suas virtudes são incontáveis, entretanto, para o presente artigo importa o seu grande defeito: a ideia de completude, de ser possível dominar a complexidade do universo que nos cerca, catalogando-a em um sistema finito de apontamentos e correlações.

Trata-se de um ideal de controle sobre o universo que nos cerca. Mais do que uma crença na finitude do universo, é uma crença na capacidade humana de compreendê-lo e sistematizá-lo - não por acaso um reducionismo.

Entre a montagem da Enciclopédia e a Revolução Francesa, passaram-se três décadas, logo, não é surpresa constatar o *animus* em pró da codificação que adveio com a revolução, seus estatutos, e por fim, o *Code*.

Apesar dos inegáveis méritos e frutos do movimento enciclopedista, a ideia de completude acabou afastada pela história, que lhe desnudou um caráter pouco eficaz e frágil perante os fenômenos sociais e os avanços tecnológicos, tal qual

³⁴ FACHIN, Luis Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar 2000, p. 55: "Historicamente, quando um sistema de Direito Civil se erige, cria um conjunto de categorias congruentes com aquele momento histórico e tende a colocá-las para valerem perpetuamente."

castelos de areia na beira do mar, cujo arquiteto visa ingenuamente antecipar e conter o avançar caótico, imprevisível e implacável das ondas.

2.1 O Estado Encampando a Família

A França é o principal cenário da aurora da modernidade. Berço do iluminismo e do enciclopedismo, o país, juntamente com os Estados Unidos, erigiu um novo modelo de Estado que atenderia demandas de uma imensa massa de excluídos, entre eles, pessoas que já detinham o capital, mas não tinham voz, tampouco certos direitos.

Ainda que a formação dos Estados Unidos e da República Francesa seja um marco na teoria política, tais experiências foram desbravadoras, ou seja: realizadas com pouca referência. Havia registros históricos de democracia, representatividade, cidadania e respeito aos direitos individuais e à propriedade, entretanto, todos estes conceitos, seja na idade média ou na antiguidade clássica, eram bastante distantes dos significados que passavam a ter no final do século XVIII.

A elaboração de conceitos e mecanismos partindo de uma espécie de marco zero tornou possível avançar rapidamente, mas ao custo de uma série de imperfeições postas em prática.

A sociedade civil, a nova detentora do poder, era uma novidade. Na idade média ela quase inexistiu, em razão da servidão e da concentração da propriedade. Na idade antiga ela se desenha com muito mais clareza, mas ainda assim com largas diferenças, pois os cidadãos eram poucos, mesmo na fase final do Império Romano, dado o número de escravos, clientes, agregados, incapazes e relativamente incapazes. O debate público do período era quase sempre um debate aristocrático, pois a voz na sociedade competia aos homens livres, quase sempre apenas homens e quase sempre muito poucos.

Isso por que na antiguidade clássica não havia um conceito muito amplo de indivíduo, assim como na idade média. A autonomia de poucos também não denotava a individualidade, pois em geral os detentores da autonomia a exerciam

em nome de muitos, não apenas familiares, mas pessoas em geral submetidas em razão de lei ou costume.

Com a revolução, cada francês adulto passava a ter sua própria autonomia, e decorrente dela a capacidade de ser titular de direitos, de contratar e de ser proprietário. Ainda que seja um inegável avanço, restringia-se a homens que fossem naturais do país, e tais capacidades em geral eram possibilidades, não garantias. Mulheres, crianças e escravos faziam parte de um universo de exclusão, fosse ela relativa ou completa.

Para distribuir poder a sociedade civil primeiro o tomou da nobreza e do clero, entretanto, tomou demais, entrando em um campo de regras de conduta virtuosa que tinha sentido no âmbito da relação Igreja-fiel, não no âmbito da relação Estado-cidadão.

O exemplo mais forte da encampação da família pelo Estado se deu na questão do divórcio. No *ancien régime* os católicos não podiam se divorciar, mas ao tomar para o Estado a regulação e o registro do casamento, a recém-formada república estabeleceu o divórcio como quase uma liberalidade, possível mediante uma série de hipóteses, algumas facilmente configuradas.

2.2 A Legislação Encaixotando a Vida

O divórcio era o símbolo da potência e independência do Estado diante da religião, entretanto, sua aplicação no mundo real dependia de uma assimilação social que não se deu. Ao estabelecer a possibilidade de divórcio unilateral em razão de ausência ou abandono, ainda em 1792, a nova máquina estatal francesa foi incapaz de medir a onda de insatisfação não apenas da Igreja Católica, mas de segmentos inteiros da sociedade, como por exemplo, dos soldados franceses em campanhas no exterior, pois numa época de difícil comunicação, ficavam sem saber se ainda tinham casa e esposa lhe aguardando na França.

Assim, quando da promulgação do *Code* em 1803, a palavra divórcio constava nele, mas divorciar-se era quase impossível. Na prática, em um primeiro momento os católicos foram igualados aos protestantes e judeus, e passaram a

poder se divorciar, para então, uma década depois, ninguém mais conseguir se divorciar, nem mesmo aqueles cujas religiões permitiam.³⁵

O divórcio unilateral, tão facilitado quando da revolução, passava a ser permitido somente em três hipóteses: violência, infidelidade e infâmia criminosa. A violência, prevista no artigo 231, precisava ser extrema, pois o marido que matasse a mulher em razão de forte emoção sequer respondia pelo ato na França da época. A infâmia criminosa, prevista no artigo 232, também precisava ser contundente, pois não bastava a mera condenação judicial.

Em relação à infidelidade como causa, ao homem bastava provar, conforme o artigo 229, mas à mulher, na forma do artigo 230, somente seria oponível quando a concubina fosse levada a morar com ela na residência do casal, ou seja: não se tratava de dar consequência à infidelidade masculina, mas sim de coibir a bigamia por parte do varão.

O divórcio mútuo, apesar de estar estipulado pelo artigo 233, era mera ficção. Vinte outros artigos trabalhavam no sentido de restringi-lo ao máximo. Havia uma série de requisitos cronológicos como: idade mínima para homem e mulher - respectivamente 25 e 21 anos; idade máxima para a mulher - 45 anos; tempo mínimo de casamento - 02 anos; e tempo máximo - 20 anos. Não bastando tais empecilhos, o maior obstáculo era o consentimento por parte de todos os ascendentes vivos do casal.

Em geral, algum dos ascendentes teria opinião contrária e impediria o divórcio. No caso dos católicos, era quase uma certeza que alguém não iria autorizar o divórcio, pois tal ato equivalia a afiançar o pecado. A ausência de ascendentes vivos era uma solução para tal problema, mas os limites cronológicos também diminuía a efetividade de tal fenômeno.

O *Code* foi revolucionário e libertador no contexto de sua época, e por isso tornou-se um referencial dentro do direito, especialmente do direito continental - ou *civil law*. Sua influencia marcou as legislações seguintes, em especial as codificações.

³⁵ ROUDINESCO, Elisabeth. **A Família em Desordem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p152.

Assim, ele acarretou uma constante expectativa de completude em relação a codificações e sistemas jurídicos, e tal completude alimentava uma expectativa de perpetuidade dos dispositivos legais postos, como se fosse possível erigir uma previsão completa dos comportamentos sociais, uma solução definitiva.

No Brasil, o código civil de 1916, doravante Código Beviláqua, ainda que carregado de grandes avanços, traz consigo a estrutura e os conceitos de um código, entre eles a tentativa de catalogar a vida, de antecipar cada fenômeno e lhe apontar as diferentes regras jurídicas de regulação e harmonização. Isso fica aclarado na delimitação da família, cujos contornos podem ser definidos com o cruzamento dos artigos 194 e 229 do mesmo.

2.3 A Educação Perpetuando o Erro

O positivismo e a ideia de codificar o direito se sustentavam na expectativa de segurança e previsibilidade, e da fácil compreensão da Lei. Não por acaso, tais conceitos tomaram força na academia, e criaram uma dogmática forte, a qual perdura até os dias de hoje, mesmo com a crescente resistência a tais mecanismos em razão da sua comprovada limitação.

Desse marco teórico que surge, por exemplo, “a tradicional e questionável divisão entre Direito Público e Direito Privado, muito cara entre nós”, mas absolutamente reducionista, mais dificultando a compreensão do direito do que a facilitando, aclarando ser nada além de uma mera externalidade do adestramento dogmático do ensino.³⁶

Mesmo autores que apontavam tais limitações, propunham mecanismos insuficientes para sobrepujar os obstáculos acarretados pelo positivismo, tal qual Miguel Reale e seu culturalismo, que trabalha com a construção de regras abertas já na etapa de especificação, na prática apenas retirando do código as absurdas enumerações fechadas.

Ainda que se trate de uma abertura interpretativa, ela afeta somente a etapa final de enquadramento, abrindo a possibilidade de inclusão de casos que

³⁶ FACHIN, 2000, p. 11-2.

não foram previamente previstos ao modelo, ou seja: ainda se está preso ao modelo, afinal, só se precisa de janela quando se há parede.

A academia no direito mostrava dificuldade de repensar instrumentos deficientes em nome de um respeito inadequado àquilo que seria tradição, mas em verdade era inflexibilidade. O direito de família foi revolucionado antes da segunda guerra na União Soviética e nos países escandinavos, chegando ao resto da Europa somente no final da década de 1960. Importa salientar que os avanços aqui mencionados são de amplo espectro, em especial no que tange à igualdade entre os sexos, não meramente do divórcio.

No Brasil, entretanto, apesar de toda a construção legislativa e do debate internacional prévio, pouco se produzia nesse sentido, e o marco trazido pelo divórcio em 1979 é muito mais o reconhecimento de uma situação fática já posta por uma sociedade onde as uniões informais e as separações fáticas cresciam, do que uma nova determinação emanada do debate público. A igualdade entre homem e mulher, ainda que formal, viria apenas com a Constituição de 1988.

Esse receio de ir adiante acabava confundindo a prudência, exigida para se evitar um laboratório social, com um conservadorismo, o qual somente age no sentido do reconhecimento da realidade já posta, muitas vezes recepcionando-a tardia e erradamente, tal qual ocorreu com a equiparação da união estável ao casamento, a qual foi realizada com tamanhas deformações, que resultou em inequidades sucessórias entre os institutos mesmo quando estes são regidos por um mesmo regime de bens. No caso, justamente a regra geral: o regime da comunhão parcial de bens.

Tal diferença entre os institutos acarretaria posteriormente em outro problema, pois quando se decidiu estender às uniões entre pessoas do mesmo sexo somente a possibilidade de união estável, a inequidade entre esta e o casamento acarretou em no inequidade, gerando uma quebra de isonomia em relação aos homossexuais, os quais não poderiam optar entre um instituto e outro, equivocadamente não equiparados.

3 A REALIDADE EM ONDAS

A percepção da literatura jurídica e dos tribunais desde o *Code* vem caminhando em direção contrária ao positivismo, ou flexibilizando-o, ou afastando-o. O positivismo perece pela sua própria natureza, pois ao tentar ter a história e a tradição como fontes, ele o faz as percebendo como algo linear, algo controlado, algo geometricamente adequado.

Na mesma linha, desnuda-se a dificuldade de adaptação de um sistema fechado a uma sociedade cujas mudanças se dão em intervalos de tempo cada vez menores, impulsionada pela velocidade de trânsito de informações e por um multiculturalismo fragmentado.

Na busca por novas ferramentas de percepção do direito e dos elementos externos que o tocam, limitam e impulsionam, a Teoria do Caos surge como opção rica, facilmente adaptável, resistente ao enquadramento especificista e acessível à compreensão dos fenômenos jurídico-sociais, bem como à desconstrução de preconceções que deveriam amparar o Direito, mas em verdade o limitam.

3.1 Paternidade, Guarda e Filiação

O artigo 56 do texto original do *Code* estabelecia que o nascimento da criança precederia um momento declaratório de reconhecimento pelo pai, ou seja: o nascimento não acarretava em presunção de reconhecimento, um procedimento que remete a uma tradição Romano-Germânica.

A ideia central do reconhecimento ainda data do período greco-romano da antiguidade clássica, onde abandono e infanticídio eram práticas correntes.³⁷ Cabia ao pai aceitar a criança, ou rejeitá-la, somente no império, no século II, que o imperador Marco Aurélio proibiu o infanticídio e criou um constrangimento social em relação à rejeição das crianças.

Curiosamente, povos vizinhos - os germanos, os egípcios e os hebreus - tinham o costume de manter todos os seus filhos. À época de Marco Aurélio os germanos eram considerados primitivos, e os hebreus inferiores culturalmente,

³⁷ TURKENICZ, Abraham. **Organizações Familiares: contextualização histórica da família ocidental** - 1 ed. 2ª impressão. Curitiba: Juruá, 2012, p91.

logo, há grande possibilidade de ter sido por influência da cultura egípcia que se deu tal mudança de comportamento, o que romperia com a tradicional, e ingênua, ideia de linearidade entre a antiguidade clássica e o ocidente contemporâneo.

Acreditar na influência germânica tende a ser um erro, pois o ocidente medieval era em grande parte o resultado da fusão da cultura greco-romana com a germânica, e nele a declaração pelo pai segue sendo a regra, ainda que já sem a figura constante do infanticídio e do abandono, tendo em seus lugares a figura do bastardo, do filho fático, mas cujos direitos advindos da filiação são precários, em geral dependentes do arbítrio do pai.

No Código Beviláqua, pouco muda. Nota-se presente o conceito da presunção dos filhos havidos durante o casamento, ou seja: a declaração só existirá no caso da intenção negativa, de afastar a filiação, então na forma de uma contestação.

Em relação aos filhos havidos fora de uma união legítima, restringiu-se o poder do pai, que antes da modernidade podia, em geral, equipará-los aos legítimos. Tais filhos somente poderiam ser legitimados quando o ato irregular pudesse ser sanado.

Os filhos adulterinos ou incestuosos, jamais poderiam ser legitimados conforme o artigo 358 do texto original do Código Beviláqua. Tal regra retirava do pai o poder, estabelecendo um modelo familiar ainda mais rígido. O pai medieval escolhia a sua prole detentora de direitos. O pai moderno tinha sua prole predeterminada, inclusive com exclusões preestabelecidas. Saiu-se da arbitrariedade paterna para a arbitrariedade estatal. O Estado determina quem são os filhos e o faz no sentido de estabelecer a família legal, em franca ofensa à autonomia dos indivíduos, e penalizando a criança havida em situação inadequada, a qual não concorreu para os resultados que lhe são impostos.

O mesmo processo se dará na guarda. Em um primeiro momento a tradição da concentração do pátrio poder iria conceder ao homem a preferência nos direitos de custódia e coabitação. Depois, até para acompanhar a realidade fática, a guarda, já não custódia, passa a ser dominada pelas mulheres. O que parecia ser um avanço era uma nova arbitrariedade.

Antes o homem tinha a custódia por ser a sua palavra a definitiva, a do exercício do pátrio poder, para então a mulher passar a ter a guarda em razão de uma expectativa de performance. Nasce a figura da mãe predeterminada, predestinada a ser a guardiã dos filhos. Trata-se de uma construção muito recente, e ainda pouco aplicada, observar o benefício dos filhos sem cair numa preconceção de gênero em guarda.

3.2 Casamento, Separação e Divórcio

Michel Foucault estabelece o século XVII como marco histórico para seu debate sobre controle comportamental contido na obra “História da Sexualidade”. De acordo com Foucault, é ali que ocorreu uma mudança brusca na sociedade, uma necessidade, e um exercício, de controle do sexo e da sexualidade, de controle de um amplo âmbito privado. De controle de uma linguagem, até então privada.³⁸

Não há coincidência ou aleatoriedade no ponto de partida estabelecido por ele, pois o século em questão tem como atratores a inquisição, a contrarreforma e o Concílio de Trento.

Observando tal cenário, deixa de ser surpreendente que as leis de família igualitárias e progressistas da França revolucionária de 1792, tenham tido dificuldade de manter-se, razão pela qual o casamento do *Code* era, em certos aspectos, mais conservador do que o regime anteriormente estabelecido. Ainda que a sociedade civil tenha chamado para si a regulação do casamento - algo então relativamente recente para a própria Igreja -, ela o fez na extensão da Igreja, adentrando uma linguagem privada, não mais pública, e a estendendo para outros grupos antes não afetados.

Trata-se de problema de linguagem, de técnica legislativa, que seguiu ocorrendo, como no Código Beviláqua, onde sem uma razão concreta fundada em história ou sociedade, se impôs um conjunto de normas comportamentais com

³⁸ FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 1: a vontade de saber**, 2 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2015, p15.

conteúdo “programático” em relação a comportamentos de núcleo absolutamente privado.

Posteriormente, o aparente avanço do sistema em direção ao desquite e ao divórcio tem um caráter muito maior de reconhecimento de uma realidade posta, do que de uma construção de uma realidade ideal. Ali não se tratava mais de inclusão, mas de um reconhecimento de situação posta, pois as famílias desfeitas e recompostas já perfaziam números que impediam uma leitura de exclusão que não caísse no dilema do Alienista.

Mas esse tardar excessivo, e persistente, do legislativo brasileiro tem um alto custo social, pois não se observa o problema contido na demanda, mas sim o grupo que faz a demanda, voltando à questão da transição entre linguagem privada e linguagem pública. Ainda que resolver o problema atenda ao grupo, pode-se atender ao grupo sem resolver o problema, e nisso surge uma realimentação do erro, uma colcha de retalhos de respostas insuficientes colocadas no lugar de uma solução.

Essa dificuldade, conforme visto antes, reverberou tanto na construção da união estável, quanto no reconhecimento dela, e não do casamento, às uniões entre pessoas do mesmo sexo, configurando-se num efeito borboleta, onde o primeiro desajuste, dado por uma fixação de modelo onde deveria haver reconhecimento de fato privado posto, irá gerar infindáveis desajustes a cada necessidade de acolher um caso que seja diferente dos anteriores.

3.3 Caos

A natureza não é um conjunto de formas regulares: linhas e planos; círculos e esferas; triângulos e cones. A natureza é complexa, possuindo um emaranhado de fragmentos, reentrâncias e depressões entrelaçadas.

A geometria euclidiana não é errada, longe disso, pois ela é instrumental às ciências mais diversas. Trata-se aqui de apontar que ela é limitada, sendo um modelo de abstração insuficiente para o entendimento da complexidade, pois

Clouds are not spheres. [...] Mountains are not cones. Lightning does not travel in a straight line. The new geometry mirrors a

universe that is rough, not rounded, scabrous, not smooth. It is a geometry of the pitted, pocked, and broken up, the twisted, tangled, and intertwined. [...] The pits and tangles are more than blemishes distorting the classic shapes of Euclidian geometry. They are often the keys to the essence of a thing.³⁹

Tal qual a afirmação de Gleick, a limitação de uma linguagem matemática linear como ferramenta de leitura de sistemas/cenários complexos acarretou na busca por uma linguagem mais ampla, que pudesse abranger todas as nuances de um desenho caótico.

A Teoria do Caos não apenas faz isso, como apresenta dentro dessa aparente aleatoriedade, uma possibilidade de demonstração de padrões, pois se trata de complexidade, não de desordem. O Caos não se presta ao papel de fórmula de previsões específicas, mas pode sim apresentar tendências e confirmar repetições, padrões do sistema.⁴⁰

A chave é, admitindo a complexidade do sistema, estudar cenários interligados amplos, deixando o específico de lado. Não importa à Teoria do Caos a mera linha entre o divórcio estabelecido após a revolução francesa e o divórcio contido no *Code* por uma perspectiva de direito civil, ou seja: específica. Em realidade, importa observar os mecanismos que acarretaram uma legislação tão moderna e distante do *ancien régime*, e logo após em outra que regrediu certos institutos a um ponto até mesmo anterior ao *ancien régime*.

A Teoria do Caos dificilmente poderia prever as duas ocorrências, mas facilmente as demonstraria, pois sai das fronteiras dos processos legislativos e da lógica jurídica, para então situar-se em um plano mais amplo, observando os diversos atratores existentes à época dos fenômenos, de ordem histórica, social, política e econômica, que explicam não apenas a revolução, mas a razão dos revolucionários tentarem em um primeiro momento estabelecer uma grande liberdade individual e igualdade entre homem e mulher, para num segundo momento recuarem.

Ao perceber a onda normativa como sujeita a atratores, a Teoria do Caos abre as portas para trabalhar com diferentes métodos, pois é uma linguagem que

³⁹ GLEICK, James. **Chaos: Making a New Science**. Nova Iorque: Open Road, 2011, p. 94.

⁴⁰ PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas: Tempo, Caos e as Leis da Natureza**. São Paulo: Editora da Universidade Paulista, 1996, p. 148.

permite o transdisciplinar. Ela pode observar uma curva de tolerância nos padrões estabelecidos para certos grupos e assim apontar a sua natural busca pela construção de uma otimização pelo uso de uma metodologia ordinalista, e assim apontando uma explicação para a revolução. Pode também observar que determinados grupos demandariam modificações nas recém-implementadas leis de família pós-revolução, e que atendê-los era fundamental para a harmonização sócio-estrutural da França, usando assim, outra metodologia.

Ou seja: a linguagem é o Caos, mas os dados informados podem ser obtidos por diferentes métodos, principalmente por que não há, em princípio, uma preocupação com a exatidão de leitura dos fenômenos, mas apenas de se perceber o desenho amplo, a tendência. A exatidão iria requerer a análise de infundáveis elementos, agentes e movimentos. Querer a exatidão é cair em uma linguagem mais simples, que pode funcionar em abstrações isoladas, de ambiente ideal/neutro, mas jamais em sistemas complexos.

O problema do positivismo, em especial do positivismo “clássico”, o qual na prática nunca foi superado em todo pelas suas inúmeras releituras e tentativas de superação ou afastamento, é que ele nunca deu resposta, e dá cada vez menos, pois menores são os intervalos de alteração social, deformando as previsões postas. Libertar-se dessa armadilha cartesiana não é cair na insegurança, mas sim obter segurança, construir a segurança de cada caso ser observado nas suas particularidades, ainda que em coerência com a linguagem geral, sem cair num vazio de sistema, mas admitindo um sistema aberto, adaptável, pois

O Direito guarda fractalidade. Possui uma plástica apta a moldar-se ao caso concreto, até o limite da sua resistência axiológica, de sua torção. Isso refuta as simplificações da teoria tradicional, visíveis em toda a ciência moderna. Variando a lide, poderá variar o sentido da norma incidente, pois varia todo o sistema em sua dinâmica de unidade axiológica, garantidora de coerência material, evitando entropia. A preocupação da ciência jurídica moderna era com a coerência em parâmetro meramente formal. Influência de Kant. Descendência direta da metafísica. Há de superar-se. O sistema é sensível às condições iniciais e ao meio. Isso se reflete no todo e nas partes. Nada é linear. Talvez, em situações determinadas, apenas se esforce para ter linearidade. Não obstante, persegue coerência e unidade material.⁴¹

⁴¹ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos: Estudos Preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p34.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Caos não se presta ao estudo compartimentado, isolado, mas sim ao estudo amplo, que visa estabelecer o grau de variabilidade e os padrões de comportamento dentro de um sistema.

Ao observar a evolução em espiral do direito em relação às famílias, em especial dos institutos abordados, se verifica que a sua evolução - no sentido de caminhada - não é linear, e como tal, ela apresenta constantes recuos a entendimentos, em tese, já superados.

Isso se dá, talvez, por determinados conceitos históricos serem apresentados como marcos teóricos vinculantes, por sua suposta força cultural e validação pelo tempo, entretanto, uma análise crítica mais profunda mostra o quanto os conceitos são deformados pelo tempo, seja na sua concretização fática, ou na sua mera expressão teórica. Tudo muda: as palavras, os fatos e os interpretes.

Percebe-se então que o argumento histórico facilmente pode se tornar um discurso de sedução, um mecanismo de convencimento sem a profundidade alegada.

O mesmo se dará ao buscar-se guarida na opinião pública, na vontade da maioria, como se não fosse claro aos estudiosos do direito que a vontade da maioria não é lei quando fundada em imediatismo e em malefício de uma minoria, um entendimento fortemente presente na literatura política, moral e jurídica erguida desde o tempo de Rousseau, até os atuais ecos da obra de Rawls.

Assim sendo, ainda que a decisão de retroceder na legislação sobre a família seja possível e possa ocorrer na forma legal devida, ela será fatalmente fundada em imprecisões histórico-sociais as quais são apresentadas como verdades universalizadas.

Caso aconteça, tal mudança não tende a perdurar, por três razões: a. incorrer no impedimento da efetivação dos direitos humanos em relação a

indeterminadas pessoas e grupos; b. incorrer no impedimento da efetivação de direitos fundamentais elementares ao nosso sistema em relação a indeterminadas pessoas e grupos; e c. gerar a exclusão de uma grande parcela da população a condições de equidade no acesso a determinados direitos e serviços.

Trata-se de jogar um indeterminado grupo social, que vai bem além daquele que claramente é o alvo de tal tentativa de regulação de comportamento, numa condição abaixo do tolerável, e tal qual a história ensina num claro padrão de comportamento do sistema “sociedade ocidental”, o atrito gerado por tal manobra resulta ou na necessária exclusão física do grupo atingido - um holocausto ou uma expatriação em massa - ou no atendimento de suas demandas – por meio democrático, ou em último caso por meio de uma revolução, tal qual se deu nos episódios russo e francês.

Em um reducionismo grosseiro, mas sedutor: a sociedade deve decidir se pretende excluir tudo aquilo que for diferente, ou trabalhar no amadurecimento da tolerância. Para trabalhar com tolerância, é preciso adotar uma linguagem que comporte a alteridade, que abra espaço para o novo. Uma linguagem adaptável ao hoje impensável. Uma linguagem do caos.

REFERÊNCIAS

ARONNE, R. **Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos: Estudos Preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACHIN, L. E. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar 2000.

FOUCAULT, M. **História da Sexualidade 1: a vontade de saber**, 2 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2015.

GLEICK, J. **Chaos: Making a New Science**. Nova Iorque: Open Road, 2011.

LEITE, E. de O. **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento**. Curitiba: Juruá, 1991.

PRIGOGINE, I. **O fim das certezas: Tempo, Caos e as Leis da Natureza**. São Paulo: Editora da Universidade Paulista, 1996.

ROUDINESCO, E. **A Família em Desordem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

TURKENICZ, A. **Organizações Familiares:** contextualização histórica da família ocidental - 1 ed. 2ª impressão. Curitiba: Juruá, 2012.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM
DIREITO E SOCIEDADE DO
UNILASALLE**

**GT - SOCIOLOGIA JURÍDICA DAS RELAÇÕES
ÉTNICO-RACIAIS**

CANOAS, 2015

TEORIA SISTEMICA NAS SOCIEDADES COMPLEXAS E MULTICULTURAIS SYSTEMIC THEORY IN COMPLEX SOCIETIES AND MULTICULTURAL

Fabiana Leske do Nascimento Schreiner

RESUMO: A sociedade contemporânea é multicultural, possuindo inúmeras situações de complexidade, pois busca equilibrar e abarcar uma diversidade de novos anseios ao lado de antigos costumes que estão inseridos nela. Ocorre que antigos costumes e “*pré*” *conceitos* continuam sendo marcantes e característicos em nossa sociedade, acarretando situações de desrespeito e descaso com o ser humano, as minorias. Ainda que atualmente haja uma consciência maior sobre os descabros históricos ocorridos com essas minorias, mesmo assim desrespeitos ocorrem. Leis afirmativas vêm sendo criadas, todavia com pouca ou nenhuma efetividade, cabendo aos Tribunais darem sua resposta a fim de reduzir a complexidade nas relações sociais. Todavia a aplicação do Direito através do Poder Judiciário desvirtua a função do julgante, tornando-se finalista através de uma busca incessante de dar maior efetividade e proteção a esses direitos, vislumbrando uma sociedade mais justa e igualitária. Utilizando como base de entendimento a teoria sistêmica de Niklas Luhmann, eu proponho nesse ensaio a delinear a questão do racismo, e mais especificamente dos afro descendentes em nossa sociedade, relacionando heranças históricas com questões raciais atuais.

PALAVRAS CHAVE: autopoiese; complexidade; sociedade multicultural; racismo.

SUMMARY: The contemporary society is multicultural, containing countless complex situations, because it seeks to balance and embrace a diversity of expectations next to old customs. It happens that old customs and prejudices are still strong and characteristic in our society, as a result the situation of disrespect and neglect to human being, or to the minorities, even if nowadays there is a higher awareness about historical misfortunes, even so that still happens. Affirmative laws are being created, however with little or no effectiveness, having courts in charge to answer in order to diminish the complexity of social relations. However, the application of the rights through the judiciary distorts the adjudicative's role, becoming finalist through an endless search to give better effectiveness and protection to those rights, foreseeing a fairer and equal society. Based on Niklas Luhmann's systemic theory, I propose in this essay to outline racism, more specifically African descendants in our society, linking historical heritage with current racial matters.

KEY WORDS: autopoiesis; complex; multicultural society; racism.

1 INTRODUÇÃO

A contemporaneidade traz, ao sistema do Direito, inúmeras situações novas, fruto de nossa sociedade multicultural, a qual é povoada por diversas nuances culturais, sendo o sistema jurídico encarregado de proteger e garantir essas novas questões sociais e complexas que o mundo da vida nos demonstra. Ocorre que para que sejam dadas essas respostas haja esse encadeamento temporal, histórico, tendo em vista as situações atuais de nossa sociedade. Considerando os novos modelos como as questões relacionadas a gênero, que envolvem os novos mosaicos familiares, saindo de um modelo homem e mulher para um onde pessoas do mesmo sexo podem unir-se enquanto nova entidade familiar, ainda questões relacionadas a religião, raça dentre outros cabe ao judiciário se posicionar e decidir de modo a proteger e garantir os direitos que a legislação garante e afirma. Especificamente a questão do racismo será trabalhada nesse ensaio para que tenhamos uma visão histórica e atual da situação em nosso contexto social.

2 TEORIA SISTÊMICA E O SISTEMA DO DIREITO

Na obra Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito Leonel Severo Rocha¹ diz: “ O Poder Judiciário pode ser visto como uma organização voltada à consecução das decisões do sistema do Direito. A produção do diferente em cada processo de tomada de decisão gera o tempo. Quando a diferenciação ocorre a meta observação do sistema, surgem paradoxos que constituem a efetiva matriz da história.”

Assim em toda escolha se assume um risco, sendo este consequência de uma decisão. Nenhuma escolha é totalmente segura, pois todas envolvem um grau de incerteza e, portanto risco.

¹ ROCHA, L. S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, Jean. Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 35

De acordo com o entendimento de Raffaele de Giorgi² há regulamentos jurídicos com função profilática:

“no plano da teoria do direito é evidente que o esquema direito/não direito tinha, originariamente, somente o sentido de separar o comportamento danoso do comportamento não danoso. Quem prejudica os outros atua de modo ilícito, quem não faz, atua no âmbito daquilo que é permitido. Mas isto pressupõe que se possa estabelecer com segurança aquilo que é ‘danoso’ e aquilo que ‘não é danoso’. No caso das regulações de natureza profilática, é assumido como motivo para proibir qualquer coisa, isto é, para declará-la ilícita, precisamente o fato de que não seja possível estabelecer aquilo que é danoso e aquilo que não o é: no plano lógico isso leva a uma regulação quase paradoxal. É proibida qualquer coisa pelo fato de que não se pode decidir se deve ser proibida ou não.”

A partir dessa afirmação fica claro que as constituições liberais e o sistema do direito procura proteger com o manto da lei determinado aspecto social, mas por outro lado deixará outro de fora, de maneira que sempre haverá um risco, sendo o Direito a proteção contra esse risco. Desta feita o que ocorre na prática é que protegendo um determinado direito, não terá como vislumbrar o quanto isso atingirá outros indivíduos. Assim o que há uma escolha entre comportamento seguro ou não e a distribuição das vantagens e desvantagens desse tipo de comportamento.

A preocupação da tomada de decisão no presente, com olhos no futuro, onde não há como prever seu resultado, porém necessária para análise da ciência social para compreensão da sociedade contemporânea. É a partir da diferenciação funcional que se dá um novo olhar sob questões tradicionais, fazendo surgir assim a possibilidade de democracia nova.

Di Giorgi³ também fala sobre a função social do Estado: “A organização do Estado, através destas auto imunizações contínuas, impede fenômenos típicos do neoliberalismo, como é o de ocupação do espaço da economia e do direito pela política.”

Com vista sociedade futura há um grande desenvolvimento da opinião pública, o que afeta diretamente o sistema político que por sua vez fomenta o

² GIORGI, Raffaele de. Direito, Democracia e Risco Vinculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 246

³ Op.cit, P. 260

consenso ou não consenso. É faceta da política a tomada de decisões, daí a vulnerabilidade fica evidente entre opinião pública e decisão política.

Questões que envolvem a situação religiosa como, por exemplo, Testemunha de Jeová que é contra a transfusão de sangue e o papel do médico na proteção a vida. Por um lado a liberdade de crença e de outro a proteção a vida. (decisão a favor da crença ao final)

Questões relacionadas a discriminação pela raça com relação ao negro, preconceito racial arraigado em nossa sociedade, atualmente, através de ações afirmativas, vem sendo buscado a diminuição das diferenças sociais, o que pela nossa sociedade “branca”, tem sido visto como favorecimento injusto a classe negra, por puro desconhecimento do atraso cultural com reflexo em nossa sociedade. O que fica evidente na sociedade contemporânea é a questão da diferenciação das questões sociais. Ocorre que vivemos tempos de afirmação de proteção aos direitos de minorias.

Na obra Para entender Luhmann, Andre Trindade⁴ aduz que :”Para Luhmann: uma ordem social diferenciada deve garantir quatro mecanismos de generalização: a) autorepresentação da pessoa; b) formação de expectativas de comportamento atendíveis; c) satisfação das necessidades econômicas; e observações das decisões vinculativas.”

O desenvolvimento social somente poderá se dar a partir do atingimento de certo grau harmonioso entre interesses e necessidades, ou individual e grupal, para que se possa manter um contínuo processo autopoietico. Consequentemente a diferenciação que faz com que seja possível analisar as reais necessidades da sociedade contemporânea.

No que diz respeito a estrutura temporal luhmanniana está embasada entre a memória e a expectativa de futuro, causadora de insegurança jurídica. A sociedade devendo ser observada através de uma análise com base no tempo futuro que é incerto e não fixada, encravada em amarras do passado, sendo imutáveis.

⁴ Trindade, Andre. Para entender Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 92

Na obra *Sociologia do Direito* Niklas Luhmann⁵ afirma que: “As mais importantes conclusões de nossa análise de funções das estruturas normativas se referem, talvez, a relação entre estruturas e tempo. O conceito usual de estrutura resolve e disfarça esse problema através de definições – ele define a estrutura como constância de padrões comportamentais. O problema do tempo, então, só pode ser colocado como um problema da mudança de estruturas, ou seja, na forma de uma imprecisão conceitual, ou até mesmo de uma *contradictio in adjecto*.”

Desta feita a possível diferenciação se dá entre passado e futuro em decorrência da possibilidade de abertura ao grau de incerteza que essas estruturas podem absorver.

Para Luhmann o sistema do direito é ao mesmo tempo aberto e fechado. Se autorreferência internamente e se comunica com os sistemas externos através do acoplamento estrutural, onde novas abordagens são dadas a situações atuais da sociedade contemporânea. Não existe direito fora do direito, sendo que o sistema do direito somente se comunica com os demais sistemas através de código binário, direito/não direito e assim se adaptando ao meio social, sem perder sua autonomia.

Na obra *A Introdução à teoria do sistema Autopoiético do Direito* Schwartz⁶ afirma: “O estabelecimento do Direito como subsistema funcionalmente diferenciado é a grande contribuição do “primeiro” Luhmann à sociologia jurídica (e por que não dizer, à teoria do Direito). Como já referido, é na noção de clausura que surgem marcos necessário para o entendimento autopoiético do sistema jurídico.”

É a partir dessa função do sistema jurídico que atua junto a sociedade que se realiza a redução da complexidade, sendo a operatividade sistêmica que garante essa autonomia. E assim os elementos se encadeiam sendo delimitados pelo próprio sistema, em sequência temporal. Luhmann define como acoplamento estrutural o meio pelo qual os outros sistemas se comunicam com temas

⁵ Luhmann, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.144

⁶ ROCHA, L. S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 66

atinentes também ao sistema jurídico, realizando trocas comunicativas, de maneira que um mesmo fato do mundo da vida possa pertencer a mais de um sistema. O Estado de Direito garante seus direitos através de sua constituição, que é o meio pelo qual ocorre a ligação do sistema jurídico do político mediando juridicamente interferências políticas no Direito.

Rocha⁷ destaca que:

“No momento em que o Estado enquanto programador do Direito deixa de ser centro da organização política, a programação sofre uma perda da racionalidade, recuperando a indeterminação que visa reduzir. Nesse sentido, em muitas questões jurídicas, o poder Judiciário em vez de simplesmente aplicar a programação condicional necessita recorrer à fundamentações extra-estatais. Em outros termos, a quebra de racionalidade do controle do Estado sobre a política faz com que a política invada setores do Direito forçando o judiciário a tomar decisões de um outro tipo: a programação finalista.”

Desta forma o sistema jurídico torna-se mais adequado as necessidades sociais, sendo o Direito exigido pela sua imposição.

Na obra Sociologia do Direito II Luhmann⁸ afirma que: “[...] a imposição do direito estatuído é sustentada por dois fatores que se complementam reciprocamente: pelo consenso e pela força da coerção. O consenso (...) só pode ser fornecido quando se conhece o conteúdo de sentido com o qual se deve concordar. E a força coercitiva só pode ser efetivada quando aqueles que dela dispõem tomarem conhecimento de transgressões de direito.”

No mesmo sentido e na mesma obra⁹: “O juiz se submete ao princípio da igualdade de forma diferente que o legislador: ele não só tem que tratar igualmente as mesmas condições, mas também decidir da mesma forma casos iguais. Com cada decisão ele se ata a casos futuros, e ele só pode criar um direito novo na medida em que reconheça e trate novos casos como constituindo casos diferentes.”

Nesse condão fica evidente o papel do Judiciário diante de tantas questões da atualidade, pois o que ocorre é que se o Estado deixa de ser aquele que programa o Direito, deixando de ser o centro há uma perda na racionalidade

⁷ Ib. Idem, p. 34

⁸ LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p.71

⁹ Ib.idem., p.35

ocasionando uma indeterminação, o que é justamente o que se visa coibir. Desta forma o Judiciário se vê obrigado a recorrer a fundamentações além da legislação para conseguir dar uma resposta as demandas que chegam para seu julgamento, atuando de forma finalista.

O centro do sistema jurídico são os tribunais e a legislação sua periferia, tendo como entorno a política. A visão luhmanniana é de que legislação e os tribunais não possuem uma relação subordinada, mas sim de centralidade dos tribunais enquanto a periferia é a legislação.

Na obra *A Introdução a Teoria do Sistema Autopoiético do Direito* Jean Clam¹⁰ descreve que: “Somente os tribunais são forçados a produzir as operações jurídicas em uma continuidade jurídica sem falhas. A *proibição de denegar justiça*, a partir da qual Luhmann desenvolve toda sua interpretação do sistema judiciário, é o critério-chave da localização dos tribunais no centro do sistema. A autopoiese da dimensão operativa e de sua continuidade recursiva a própria base de produção e da reprodução sistêmica.”

Desta feita os tribunais se manifestam a partir da provocação, tendo em vista o fato de que não podem deixar de dar respostas aos casos concretos que chegam até ele, ocasionando a clausura operativa do sistema jurídico, realizando assim sua unidade, mantendo-se sempre atual ao momento do fato do mundo da vida.

O Direito é estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas. Por outro lado é livre em sua construção, pois representa o paradoxo central do sistema, sendo modificado por sua periferia, a legislação, que é modificada pelo ambiente que o irrita. O risco é um evento generalizado de comunicação, sendo a reflexão sobre as possibilidades de decisão. Pode ser caracterizado como elemento que irrita os sistemas sociais, e por decorrência o jurídico, portanto responsável pela dinâmica do sistema.

¹⁰ ROCHA, L. S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 118

Para haver a redução da complexidade é preciso estabelecer padrões comportamentais que permitam os integrantes de uma coletividade idealizar expectativas do todo, sem essa previsibilidade há o caos e a desordem.

3 SOCIEDADE COMPLEXA E PLURALISMO SOCIAL

É a constituição que faz o papel de acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o político, sendo descritos por Luhmann como duas bolas de bilhar que se tocam. De um lado a separação funcional dos sistemas e de outro o conjunto de prestações recíprocas entre direito e política. A comunicação política se determina pelo código binário direito/não direito e o sistema jurídico desempenha a função exclusiva de garantir as expectativas normativas.

Na obra *O Direito na Sociedade Complexa*, Celso Campilongo¹¹ destaca:

“[...] a função do sistema político – tomar decisões coletivas – não se confunde com a dos sistema jurídico – garantir direitos. Apesar dessa diferenciação o sistema político fornece ao sistema jurídico prestações fundamentais, vale dizer, as premissas decisórias (leis) e o reforço da eficácia das decisões jurídicas (polícia, prisões, enfim, os meios coercitivos). Igualmente relevantes são as prestações dadas no sentido inverso, isto é, do sistema jurídico, ao sistema político, na forma de legitimação de decisões políticas (aplicação das leis) e de oferecimento das premissas para o uso da violência (regulação jurídica do monopólio estatal da força). Por isso, apesar de paradoxal, quanto maior a independência de um sistema, maior também a dependência com relação ao outro.”

Assim cabem aos Tribunais, darem a resposta a essas lides que envolvem oposições e minorias, sendo essa função, a de decidir, precípua do Poder Judiciário.

A sociedade contemporânea abriga uma diversidade de culturas e, em razão disso, gerando uma complexidade de interesses dentro de um mesmo ambiente. Ocorre que o direito precisa regular essas relações reduzindo essa complexidade. O Direito é a estrutura do sistema social que se baseia na generalização das expectativas comportamentais e normativas. Porém por vivermos numa sociedade multicultural gera uma irritação no sistema do direito, a

¹¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 78

partir de situações conflituosas entre o que está positivado e novas situações sociais, cabendo aos tribunais, centro do sistema do direito, dar a resposta e concretude do direito.

Günter Teubner¹² na obra *Direito sistema e policontextualidade* destaca que: “ para o *reconhecimento* ser possível, os sistemas precisam desenvolver clausuras operacionais e, simultaneamente, abrir-se ao seu ambiente de maneira nova e diversa: informações não são transportadas *via in put*, e sim reconstruídas por perturbações e acoplamentos estruturais.”

Assim o que ocorre é que os sistemas abertos recebem a irritação do ambiente, que por processos internos se comunicam com o externo, e vice e versa. De outro modo os sistemas fechados estão estruturalmente ligados ao seu núcleo e no momento em que utiliza situações do seu ambiente, como irritações, com a finalidade de construir ou modificar as estruturas internas. De outro modo, o sistema que internamente se comunica em autorreferencia e heterorreferência torna-se dependente do ambiente, valendo-se dessas irritações para gerar mudanças estruturais.

Na mesma obra Teubner¹³ frisa que: “(..) as relações entre direito e outros campos sociais decorrem de diferenças internas no contexto de uma única sociedade. Isso significa que, apesar de toda autonomia, esses campos pertencem ao mesmo sistema social, não podendo simplesmente ser concebidos num modelo de dois sistemas autopoietico independentes.”

Para dar uma resposta a essa questão Teubner propõe uma mudança na concepção de acoplamento estrutural a partir de três novos conceitos, para o melhor relacionamento interdiscursivo entre direito e sociedade. Primeiramente substituir a ideia de perturbação (fechamento e abertura dos sistemas sociais) por *mal-entendidos produtivos*. Assim o direito entende mal outros discursos, mas os utiliza de maneira produtiva, através de produção de normas. Segundo, o novo pluralismo jurídico utiliza-se da existência de *instituições de ligação* que ligam o direito e a multiplicidade de subsistemas funcionais e organizações formais. E por

¹² TEUBNER, Günter. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 84

¹³ *Ib. idem*, p. 85

ultimo, a *responsividade* onde o direito é mais voltado para sociedade, por utilizar a sincronia entre operações jurídicas e sociais, gerando melhoramento nos conhecimentos implícitos.

O pluralismo jurídico não mais se define como normas sociais em conflito, num determinado meio social, mas sim a multiplicidade de diversos processos comunicativos, que delineiam a sociedade através do código licito/ilícito.

Cabe ao sistema jurídico dar as respostas a tantos conflitos e divergências sociais, em uma sociedade com complexidade elevada tendo em vista se tratar de multicultural, onde diversas culturas precisam conviver harmonicamente entre si. Protegendo cada vez mais as minorias que por muito tempo foram deixadas em segundo ou nenhum plano, a política social vem, através de leis afirmativas, proteger os interesses dessas classes que estavam relegadas ao abandono social.

4 MULTICULTURALISMO: A QUESTÃO DO AFRODESCENDENTE NA SOCIEDADE COMPLEXA

O Multiculturalismo é a reivindicação de minorias culturais, em sociedades liberais, desejosas de terem protegidos seus anseios, sendo que estes não são acobertados somente com a garantia de direitos individuais, devendo ser protegidos a partir de garantias de uma coletividade identificada por laço racial, étnico ou social.

No texto Multiculturalismo de Quintino Lopes Castro Tavares¹⁴, na obra *Justiça e Democracia* destaca que: “Assim podemos dizer que o centro teórico do multiculturalismo é o reconhecimento de que reivindicações universalistas só podem ser realizadas de diferentes modos, nas diferentes culturas, de forma a exigir uma reconcepção da tese liberal do bem-estar e dignidade das pessoas.”

O multiculturalismo difunde a ideia de defesa do relativismo de valores, sendo dependente da história pessoal ou das convenções coletivas. Sendo que, o

¹⁴ LOIS, Cecilia Caballeros. *Justiça e Democracia: entre o universalismo e o comunitarismo – a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da Justiça*. São Paulo: Landy Editora, 2005. Pg. 97

juízo de valor só produz sentido dentro de parâmetros específicos, viabilizados a partir da linguagem e dentro de uma relação discursiva. O Estado devendo se comprometer com a sobrevivência de grupos particulares, através da política respeitando as individualidades pessoais e também os valores intrínsecos das diferentes culturas. Ajudando grupos em desvantagem, visando a preservação de uma cultura contra as interferências das culturas majoritárias.

Mais adiante no mesmo texto Quintino¹⁵ frisa que: “Reconhecer a diferença exige não só o respeito a singularidade de cada um, independentemente do marco no qual se encontra inserido ou identificado, mas também a consideração à sua visão de mundo inseparável de si mesmo, construída por força do grupo ao qual pertence.”

Esse respeito engloba a ideia de identidade individual de cada um, sobre si mesmo e também o modo de ver o mundo. Com relação a casos que envolvam questões multiculturais destaco a questão do afro-descendente.

Conceitualmente afro-Descendente, segundo Semprini¹⁶: “podemos dizer que a base do racismo antinegro nunca foi exclusivamente econômica ou de classe, mas também cultural, marcada por uma história e cultura de branqueamento que durante muito tempo privou os negros do acesso à igualdade de direitos e cidadania.”

Entre os séculos XVI e XVII ocorreu uma verdadeira devassa com negros arrancados de sua terra Serra Leoa através de embarcações capitaneadas por John Hokins, inglês mercador de negros. A sistemática era capturar os negros, marcados com ferro quente, acorrenta-los e atirá-los nos porões dos navios. Largados a própria sorte, sendo desconsiderados como seres humanos, sem nenhuma preocupação se possuíam família ou não. Havia um pensamento do perigo da cor, ou ainda que o outro, não branco não fosse gente.

Existem relatos de Bartolomé Las Casas que fora testemunha ocular da barbárie dessa época, que muitos foram mortos, como se isso fosse um costume, meio pelo qual incutiam o medo, fazendo de suas vidas verdadeira miséria, sendo tratados como animais. Sendo o sistema que produz essa diferença. No sistema

¹⁵ Op. cit. p. 102

¹⁶ Op. cit. p. 106

colonial houve um comportamento onde, se pegava uma ampla variedade de povos (negros, índios, mestiços, ciganos) e era imposta uma classificação, sendo as pessoas tratadas como se fosse objetos, passíveis de comercialização.

Houveram muitas “justificativas” para afirmar a escravidão, primeiramente Aristóteles, depois Deus e a Bíblia (genesis cap 9, versículo 25)¹⁷, posteriormente o capitalismo na revolução inglesa. No princípio os escravos eram os escravos, com a conquista da Índias surgiu a questão da cor. Então todos estrangeiro podia ser considerado escravo.

A escravidão no novo mundo surge com a dominação. Para Aristóteles a escravidão era algo natural, mas não com relação a cor. Na Bíblia a relação de Noé e seus filhos, onde o filho Cam desnudou o pai e foi amaldiçoado que todos seus descendentes seriam escravizados, assim camponeses seriam descendentes de Cam.

A revolução americana a identidade dos colonos americanos era diferente dos índios americanos. Os índios é que caracterizam o povo americano (marca de carro, mísseis), o negro não. Para ser branco não poderia ter um antepassado negro conhecido.

Kant descreve a igualdade sendo uns mais iguais que outros com base na antropologia e geografia. Descreve quatro camadas de seres humanos: 1^a camada: os europeus; 2^a camada: asiáticos; 3^a camada: ameríndios; 4^a camada: negros. Assim o Iluminismo é uma faca de dois gumes onde a igualdade causando a diferença em camadas. Nos Estados Unidos a lei da única gota que

¹⁷ 18 ¶ E os filhos de Noé, que da arca saíram, foram Sem, Cão e Jafé; e Cão é o pai de Canaã.

19 Estes três foram os filhos de Noé; e destes se povoou toda a terra.

20 E começou Noé a ser lavrador da terra, e plantou uma vinha.

21 E bebeu do vinho, e embebedou-se; e descobriu-se no meio de sua tenda.

22 E viu Cão, o pai de Canaã, a nudez do seu pai, e fê-lo saber a ambos seus irmãos no lado de fora.

23 Então tomaram Sem e Jafé uma capa, e puseram-na sobre ambos os seus ombros, e indo virados para trás, cobriram a nudez do seu pai, e os seus rostos estavam virados, de maneira que não viram a nudez do seu pai.

24 ¶ E despertou Noé do seu vinho, e soube o que seu filho menor lhe fizera.

25 E disse: Maldito seja Canaã; servo dos servos seja aos seus irmãos.

26 E disse: Bendito seja o Senhor Deus de Sem; e seja-lhe Canaã por servo.

27 Alargue Deus a Jafé, e habite nas tendas de Sem; e seja-lhe Canaã por servo.
<https://www.bibliaonline.com.br/acf/gn/9>

era utilizada pelos negros para mobilização e solidariedade, dessa forma quanto mais pobre e marginalizado o branco é mais racista, pois é a única forma de obter algum status. Há um sistema de divisão em negro pobre e branco pobre.

Ocorre que no Brasil do século XIX a sociedade tinha como fundamento a figura do europeu, branco, masculino e proprietário, sendo assim o negro ficou relegado as funções consideradas mais penosas e desvantajosas. A situação do negro em nossa sociedade é de profundo abandono tendo em vista o fato de ter sido abolida a escravatura, mas não ter sido dada nenhuma condição de o negro ser inserido numa sociedade de dominação branca. De fato tornaram-se livres, mas incapazes de se autodeterminar, tendo em vista a questão histórica onde suas famílias desde seus ancestrais (pai, avos) sempre foram escravos e o que lhes foi ensinado era obedecer. Desta feita a “liberdade” fora dada, mas o negro continuou aprisionado num modus operandi que somente uma virada cultural poderia lhe modificar. Na atualidade existem muitas políticas públicas de inserção do negro na sociedade, mercado de trabalho e instituições de ensino, políticas essas que por vezes são desqualificadas pela sociedade branca, onde se entende como benefício algo que vem para apenas minimizar anos de discriminação social.

Para Charles Taylor¹⁸, na Obra Multiculturalism:

“As sociedades e comunidades multiculturais que defendem a liberdade e a igualdade para todos baseiam-se no respeito mútuo pelas diferenças culturais, políticas e intelectuais que não ultrapassem os limites do bom senso. O respeito mútuo implica, por sua vez, a vontade e capacidade generalizadas de conciliar os nossos desentendimentos, de defendê-los perante aqueles de quem discordamos, de discernirmos entre divergência respeitável e desrespeitável, e de nos abirmos e sermos receptivos à mudança quando precedida de crítica bem fundamentada.”

As discussões atuais visando a proteção das identidades é fato da modernidade, pois em época pré-moderna se quer eram reconhecidas e tidas como problemáticas, ao ponto de serem reconhecidas e discutidas visando proteção enquanto identidade cultural.

¹⁸ TAYLOR, Charles. Multiculturalismo. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa. Instituto Piaget, 1994. P. 43

Na obra *O processo de modernização periférica e a constituição de uma “ralé” estrutural* de Jessé Souza¹⁹ “A vida desorganizada não trazia segurança para vida numa sociedade competitiva. Aliada a pobreza era responsável por um tipo de individuação ultra egoísta e predatória.”

Historicamente o negro é relegado a qualificações e sujeições secundárias, não sendo protegido das desigualdades históricas, que hoje vem sendo buscadas a minimizar através de ações afirmativas para sua inclusão. Porém o que ocorre é que são anos de desrespeito e preconceito em que essas situações minam todo e qualquer vínculo de solidariedade, começando pela família, relação mais básica até o comunitário e associativo e geral. Havia um código não dito que se obedecia por obrigação e que o indivíduo para sobreviver precisava ser sabido (esperto) mesmo com as relações com a mãe e os irmãos.

Jesse delinea uma conceituação no sentido de que se construiu e reproduziu um “habitus específico”, ou seja, esquemas cognitivos e avaliativos incorporados de modo pré-reflexivos e automático no ambiente familiar desde a infância que permite a constituição de redes sociais também pré-reflexivas e automáticas que cimentam solidariedade e identificação, e por outro lado antipatia e preconceito.

O preconceito não é com relação a um tipo de cor, mas se refere a um tipo de “personalidade”, julgada como improdutiva para a sociedade como um todo. Comparação da situação do negro com os dependentes rurais brancos, sendo esses dois grupos os denominados a gentilha ou ralé nacional. Nesse contexto a cor da pele é uma ferida a mais, núcleo do abandono, combinação de abandono e a inadaptação.

É atribuída a marginalidade do negro tanto a escravidão interna, que opera bloqueando o pensar e o agir segundo os imperativos da nova ordem social, sendo uma realidade inercial que representa os resíduos do passado. A cor como índice tendencial a condição servil. Na sociedade competitiva a cor funciona como índice relativo de primitividade relação com o padrão contingente do definido

¹⁹ SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade*; Belo Horizonte : Editora UFMG. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003

como útil e produtivo do racionalismo ocidental e implementando pelas suas instituições.

É o abandono secular do negro e do dependente a própria sorte que a causa óbvia da inadaptação. Criando condições perversas de eternização de um “habitus precário” que constrange esses grupos a uma vida marginal na sociedade. Vale ressaltar a explicação economicista e evolucionista de tipo simples que supõe marginalização como algo temporário que se modificaria devido as altas taxas de crescimento econômico, o que por fim inclui todos os setores marginalizados.

A correção pela economia que mais contribui para essa permanência e naturalização do preconceito e desigualdade. Mundo branco e mundo negro. Ordem competitiva não distingue pela cor, mas tem sua hierarquia e não base nela que negros e brancos sem qualificação adequada são desclassificados e marginalizados de forma permanente. O Negro buscava ser gente.

Ainda que tenha ocorrido a abolição da escravatura os negros permanecem na escala inferior, pois o que ocorreu é que sendo livres a eles fora reservado somente trabalho na colheita de cana, e de repente tiveram que pagar aluguel a seus patrões e impostos. Sendo assim, se manteve a desigualdade considerando as perdas históricas que não mudam com o passar do tempo. Oportunidades muito diferentes entre brancos e negros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As leis e a sociedade mostram que o racismo é uma atitude que deve ser abolida por completo, mas, ainda hoje, grande parte da população não se deu conta disso. Os preconceitos e as discriminações continuam. De forma, em sua grande maioria, de forma velada. E vale lembrar que, pela Constituição Brasileira, racismo é crime imprescritível e inafiançável. Chamado constantemente a proteger valores como a igualdade, a dignidade e a honra dos cidadãos brasileiros, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem formando jurisprudência sobre o tema.

A teoria sistêmica é de fundamental importância para a redução da complexidade da sociedade multicultural, pois é através dos mecanismos de interação entre o meio social e o direito que a política atua através de leis que possam abarcar e proteger os novos direitos que essa sociedade engloba. A comunicação é elemento constitutivo da sociedade, então as organizações, não só reproduzem a si mesmas, mas como o sistema social, reproduz a sociedade. É preciso entender a organização como sistema e seus elementos são as decisões, sendo estas o evento referente ao sistema, determinante da contingencialidade. A motivação da linguagem geral liga motivos do passado com expectativas destinadas ao futuro, sendo essa a ferramenta de observação.

O conceito de integração está na limitação recíproca de graus de liberdade dos sistemas. De maneira a ilustrar tal situação a figura do indivíduo que possui seu limite na capacidade ou possibilidade de continuar a vida (sistema orgânico) e a consciência (sistema psíquico). Esse conceito é variável. A liberdade possibilita a construção de alternativas distintas para possibilidade de eleição de critérios para inclusão ou rejeição de indivíduos através da comunicação e entendimento. No âmbito da consciência dos indivíduos se traduz como simples ficção que sustenta a comunicação. É o membro que ocupa papel na fórmula dos acoplamentos estruturais, irritando o sistema psíquico e as organizações. Interpretação objetiva e temporal. Objetiva: interna: mínimo de requisitos da membridade; externa: pertence, não pertence. Temporal: o membro como parte da memória, recordar que pessoa membro do sistema mediante decisão. Decisão não revogada pode ser recorrida a todo momento.

Na teoria sistêmica a ideia de decisão se dá através da comunicação, inclusive com as possibilidades descartadas. Assim a decisão é a base do fechamento operativo, onde o sistema estabelece para si os limites. Servindo como premissa para as decisões posteriores, desta forma absorvendo as incertezas. Daí autorreferência e heterorreferência. O direito na matriz pragmático sistêmica traduz a função do direito como eficiência seletiva, onde há uma seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as dimensões (temporal, social e prática). Direito como estrutura, mas dinâmico devido a permanente evolução. Provocada pela sua necessidade de

constantemente agir como uma das estruturas sociais redutoras da complexidade das possibilidades do ser no mundo.

Assim a sociedade como sistema social há grande complexidade, exigindo dos demais subsistemas, acarretando dois problemas principais: complexidade e dupla contingência.

Sociedade só é possível graças a comunicação que depende da linguagem, funções, diferenciação e estruturas. Torna possível a evolução social através da diferenciação. O paradoxo se dá no controle da indeterminação e a contínua produção da mesma.

A situação do afro-descendente diante as agruras históricas ainda é de descaso e dificuldade, as leis formuladas para sua proteção, apesar de visarem a melhoria de suas condições de vida e redução das desigualdades, cria um novo paradoxo, onde o negro é considerado “privilegiado” pelas políticas públicas criadas para minimizar a situação em que vive a séculos. Ainda que as ações afirmativas privilegia quem é por “natureza” desqualificado. É necessária uma mudança cultural nesse pensamento eurocentrista, visto que mesmo com avanços sociais a mentalidade da sociedade permanece enraizada em comportamentos racistas e atitudes pseudo-gloriosas em benefício do negro marginalizado, desconsiderando toda sua história de abandono e luta.

REFERÊNCIAS

CAMPILONGO, C. F.. **O direito na sociedade complexa**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011

GIORGI, R. de. **Direito, Democracia e Risco Vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998

LOIS, C. C.. **Justiça e Democracia: entre o universalismo e o comunitarismo – a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da Justiça**. São Paulo: Landy Editora, 2005.

LUHMANN, N.. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983

LUHMANN, N.. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985

ROCHA, L. S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, J.. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013

SOUZA, J.. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade; Belo Horizonte : Editora UFMG. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003

TEUBNER, G.. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimep, 2005

TAYLOR, C.. **Multiculturalismo**. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa. Instituto Piaget, 1994

TRINDADE, A.. **Para entender Luhmann**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008

A "História do Racismo" é um documentário produzido e realizado pela British Broadcasting Corporation (BBC) - que aborda o legado deixado pelo racismo e pelo escravismo ao longo dos séculos -,
<https://www.youtube.com/watch?v=0NQz2mbaAnc>

A GOVERNAMENTALIDADE, O DIREITO E A EXCLUSÃO

André Luís Vieira Elói

RESUMO: O trabalho pretende demonstrar como o direito tem o papel de manter as estruturas de poder vigente, legitimando a opressão e exclusão de grupos étnico-raciais. As bases teóricas do trabalho partem de obras e pensamentos Hans Georg Gadamer, Michel Foucault, e Chimamanda Adichie. Partindo destes autores, pretende-se realizar uma análise do discurso jurídico e seus efeitos na manutenção das estruturas de poder, para demonstrar a necessidade de uma desconstrução dos discursos jurídicos, de forma que o Direito passe a ser instrumento de libertação e não de exclusão e a opressão.

PALAVRAS-CHAVE: governamentalidade; hermenêutica filosófica; discurso jurídico.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho pretende demonstrar como o direito tem o papel de manter as estruturas de poder vigente, legitimando a opressão e exclusão de grupos étnico-raciais.

Na primeira parte do trabalho, são brevemente abordados alguns postulados juspositivistas, que são utilizados para manter o direito como algo separado de seus sujeitos e como um estabilizador e padronizador dos discursos que interessem ao Estado.

Na segunda parte, a partir dos pensamentos de Foucault e Adichie, faz-se uma desconstrução da ideia de discurso de verdade único e apresenta-se brevemente a noção de governamentalidade.

Por fim, é feita uma análise da relação sujeito e objeto a partir da perspectiva de Gadamer e de juristas que o traduzem para o Direito.

A partir dos pensamentos de Gadamer e Foucault percebe-se como o formalismo no direito pode mascarar interesses e jogos de poder, por não permitir o desvelamento das relações sociais e do exercício de poder que se escondem por trás do discurso.

O direito, se tratado e entendido de maneira formalista e não como expressão e parte de uma cultura, leva à mecanização das relações sociais, retirando a responsabilidade de seus sujeitos sobre o funcionamento de suas próprias sociedades, mantendo as estruturas de poder vigentes e legitimando a exclusão e a opressão.

2 A CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA

Constituição, segundo a definição José Afonso da Silva é:

Um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma de seu governo, o modo de aquisição e exercício de seu poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado (SILVA, 2011, p.38).

A constituição, nestes termos, é o instituto responsável pelo estabelecimento e delimitação das possibilidades de um Estado.

Entendemos usualmente por Constituição a lei fundamental de um país, que contém normas respeitantes á organização básica do Estado, ao reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais do ser humano e do cidadão, às formas, aos limites e às competências do exercício do Poder Público (FERRAZ JR., 2003, p.229).

Nesse diapasão, podemos entender a constituição como o delimitador do horizonte de compreensão dos juristas acerca do Direito, como o referencial de compreensão do ordenamento jurídico em determinado Estado. É o “*topos hermenêutico que conformará a interpretação do restante do ordenamento jurídico*” (STRECK, 2011, p. 311).

No Brasil, a Constituição vigente, promulgada em 1988, institui, já em seu preâmbulo e no artigo 1º, o Estado Democrático de Direito.

Ao qualificar o Estado como Democrático, o constituinte informa que sobre todos os elementos que estruturam o Estado, incluindo a Justiça, deve haver uma interpretação de cunho construtivo, que vise implementar e melhorar uma sociedade onde os direitos humanos sejam garantidos e protegidos.

Ou seja, qualquer tipo de interpretação dentro do Estado deve ser realizada sob a perspectiva constitucional, que estabelece o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Daí conclui-se que, a partir da promulgação de uma nova Constituição, normas que vigiam em período anterior a esta, e que não se mostram compatíveis com a nova ordem constitucional, não podem ser aplicadas.

Ao estabelecer o Estado Democrático de Direito, a Constituição de 1988 criou um novo paradigma para o Estado Brasileiro, para garantir que velhos erros (como as violações de direitos humanos) sejam repetidos. Contudo, junto com esse novo paradigma se apresentam novas tarefas, objetivos e, até mesmo, novos problemas.

Diante dessa nova perspectiva, trazida pelo texto constitucional, se mostra necessária uma nova “leitura” de toda a sociedade, nos aspectos sociais, culturais, econômicos e jurídicos.

No caso do direito, como já dito, devem ser revistos os dispositivos legais anteriores à promulgação da Carta Magna, que devem passar a ser compreendidos de acordo com o novo paradigma. Caso não sejam compatíveis, devem ser declarados inconstitucionais, ou seja, não mais podem ser aplicados.

Segundo Streck:

a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais[...] para que alcancemos tal desiderato, necessitamos, primeiro, superar esse paradigma normativista (por vezes ainda exegético) próprio de um modelo (modo de produção) de Direito liberal-individualista (STRECK, 2011, p. 69).

Contudo, a simples promulgação de um texto de intenções democráticas não garante a construção de um Estado Democrático. Faz-se necessária uma reflexão também sobre o método de construção (constante) do Direito. Usar métodos de interpretação inadequados, mesmo com dispositivos constitucionais que objetivem implementar um novo paradigma, pode levar um Estado a repetir erros semelhantes aos que tenta não repetir.

O Estado Democrático de Direito foi concebido para tentar superar as mazelas do Estado Social, que surgiu com a mesma intenção para com o Estado

Liberal. Junto com estes paradigmas de Estado, caminhou um método de aplicação do direito predominantemente positivista, com o direito sendo visto como um objeto alheio a seu interprete e usado como instrumento de um Estado para alcançar seus fins (na verdade os fins de quem exercia o poder).

Com o advento da Constituição de 1988 e do Estado Democrático, o Direito passou a exigir a participação da coletividade, que não deve ter, a partir de então, uma relação de mera sujeição a dispositivos e interpretações que estariam alheios à sua realidade. A partir do paradigma democrático, justamente para evitar arbitrariedades do passado, o poder deve emanar do próprio povo. Cada integrante do Estado se sujeita às normas (interpretações dos dispositivos e regras do ordenamento) por este estabelecidas, justamente, por participarem de sua construção.

Daí a importância de se buscar meios e procedimentos interpretativos diferentes dos paradigmas anteriores, pois a separação do intérprete e do objeto, não fornece respostas satisfatórias na construção do Direito, não mais o confere legitimidade.

A idéia de que a legitimidade se produz pelo respeito do direito a cada sujeito de direitos ganha cada vez mais corpo, afastando a postura legalista. Um Estado é mais, ou menos, legítimo de acordo com a quantidade de homens autônomos e conscientes, que participem de sua construção e se respeitem mutuamente.

Neste contexto, o Professor Fernando Armando Ribeiro, em seu artigo “Desobediência civil: um instituto democrático”, afirma que:

a legitimidade do direito deixa de ser alienada passando a se fundar no próprio homem, sendo, este, então, o único paradigma válido para se afirmar a legitimidade ou a ilegitimidade do sistema, que tem no povo o seu autor exclusivo e será legítimo sempre que dele se origine e conte com sua contínua participação. (Ribeiro, 2005, p. 101).

Refletindo sobre esta concepção democrática, surge uma questão: o que falta para que o direito realmente se aproxime deste paradigma de respeito mútuo e construção participada de todos? Para se chegar a tal resposta se faz necessária a abordagem de algumas linhas de pensamento.

3 POSITIVISMO

Tanto no Estado Liberal, como no Estado social, podemos dizer (mesmo que correndo o risco de ser simplista) que o positivismo jurídico predominou. Tentou-se criar um método de interpretação do direito similar aos métodos de pesquisa das ciências duras, de forma objetiva, sob influência da concepção moderna de ciência.

Pretendia-se que o objeto de estudo fosse analisado de forma neutra e distante pelo intérprete, que em nenhum momento poderia violar esse distanciamento, para não “corromper” sua análise. E com o Direito tentou-se construir ciência da mesma forma, como uma ciência, no sentido moderno. Como tal, deveria ser criado um método lógico e isento de influencia de valores, preconceitos e tradições.

A interpretação jurídica deveria se inserir em um sistema fechado de regras de onde o interprete extrairia o sentido da lei. O Direito deveria ser trabalhado como um objeto de estudo separado de seu intérprete, reproduzindo a separação entre sujeito e objeto das ciências naturais.

Hans Kelsen, é considerado um marco no pensamento jurídico, por ter se preocupado em criar um método científico próprio do direito. Com sua “teoria pura do direito”, buscou delimitar precisamente o objeto de pesquisa da ciência do direito (a norma), eliminando quaisquer elementos considerados estranhos a ele. A partir de seu pensamento, pode-se dizer que há direito em qualquer lugar onde se identifiquem normas, onde exista um ordenamento jurídico.

Entretanto, há um problema na intenção de Kelsen, a separação da ciência do direito (como puro método de análise) e da prática jurídica. A “pureza” da obra do autor austríaco se refere exclusivamente ao método, e não do direito.

Esta diferença fica explícita no cap. 8 de “teoria pura do direito”, quando Kelsen leciona sobre a interpretação do direito. Ele leciona que uma interpretação só poderia ser uma construção que representasse um rol de possibilidades, “molduras”, pois não haveria nenhum critério com base no qual uma das possibilidades contidas em tal moldura pudesse ser favorecida em relação às outras possibilidades existentes.

O julgador seria livre para escolher, dentro dos limites apontados pela ciência do direito, que formam contornos da moldura, qual seria a melhor decisão a ser tomada. Este é o conceito de “interpretação autêntica” para Kelsen.

A interpretação realizada pelos órgãos jurisdicionais seria um ato de vontade, e não apenas uma atividade de cognição, que somente levaria à descrição das interpretações possíveis.

A produção de uma norma fora da moldura ou quadro, quando estas não se mostrassem suficientes para solucionar o caso concreto, fruto da interpretação cognoscitiva também poderia ser considerada uma interpretação autêntica, desde que realizada por qualquer dos órgãos jurisdicionais competentes para decidir. O Estado, através dos intérpretes autênticos é o único apto a dizer o direito.

Entretanto contexto do Estado Democrático do Direito, é exigido um “pensar problematizador”, no qual as idéias de um sistema fechado, rigoroso e prévio, e de uma “interpretação autêntica”, ou de “intérprete autêntico”, sejam afastadas em prol de uma construção do direito dialógica e participada, que reivindica o caso concreto. Por isso a concepção positivista não se mostra mais adequada, no paradigma democrático.

O sistema de regras criado por Kelsen, com a existência de intérpretes autênticos, se mostra em dissonância com a perspectiva da construção participada do Estado por separar o Direito daqueles que rege, como se este tivesse uma lógica própria e apartada do meio e tempo onde está inserido, mas que vincula a todos de qualquer jeito. A lógica positivista se pretende paradigmática, o que não se mostra possível, conforme demonstrará o presente artigo, e acaba levando à exclusão e à opressão.

4 A GOVERNAMENTALIDADE E O FUNCIONAMENTO DO PODER

Apesar de alguns filósofos e estudiosos trazerem suas contribuições para a tentativa de construir um discurso jurídico mais plural, muitas vezes, o próprio jurista (também sobre a influência do poder que funciona) é o primeiro a resistir à necessária desconstrução dos discursos, baseando-se em postulados como

segurança jurídica, literalidade do texto de lei, objetividade, não relativismo da aplicação do direito.

Por isso, muitas vezes para conseguirmos compreender o direito nesta maneira desconstrutiva, é preciso recorrer à filosofia e muitas vezes à literatura.

A escritora Nigeriana Chimamanda Adichie, em sua palestra “The danger of a single story”, deixa claro como a repetição de discursos que se pretendem verdadeiros nos influencia e direciona nossa visão de mundo, o objetivo de Adichie é demonstrar como estes discursos únicos sobre algo operam de uma forma que o outro é silenciado.

Ela leciona que as pessoas são vulneráveis e influenciadas pelas histórias, pelas narrativas que ouvem ao longo de suas vidas, que o ser humano é formado por várias histórias.

O risco de se contar uma história única, de se adotar uma única narrativa sobre algo, reside justamente no risco de silenciar outras narrativas sobre o mesmo fato, ou outras perspectivas sobre um mesmo ser, na busca de uma verdade única.

No pensamento da escritora nigeriana fica claro que o verdadeiro poder consiste em impor uma história ao outro, pois somos seres sociais e nos constituímos por aquilo que nosso meio nos passa.

As narrativas, as histórias, nos formam, pois constituem nossos preconceitos, que são as lentes com as quais enxergamos o mundo. A repetição de uma história única, então, transforma as pessoas até deixá-las conforme o padrão vigente (ou as exclui).

Chimamanda demonstra de forma brilhante, ao narrar como imaginava uma família pobre que sua mãe ajudava, como esta tendência à história única se reproduz, ou melhor, como as pessoas reproduzem umas com as outras as imposições de histórias. E, nesta reprodução da imposição das histórias, fica claro como aquele que impõe sua narrativa, na verdade se impõe sobre o outro, anula o outro.

Levando esse raciocínio para o mundo do Direito, fica claro como o Estado (ou quem o controla) usa o discurso jurídico para impor suas verdades, implementar padrões e, conseqüentemente, excluir quem não se encaixa.

Para uma melhor compreensão de como o discurso jurídico opera “unificação das histórias” e suas consequências se mostra bastante útil algumas reflexões sobre o pensamento do filósofo francês Michel Foucault.

Um crítico da ciência moderna, ele vai buscar desconstruir os postulados da ciência moderna, que seriam resultados ou motivos da separação supostamente objetivista que o pensamento moderno fez do direito (através dos postulados juspositivistas), separando-o de seus sujeitos.

Foucault buscou compreender o fenômeno do poder, demonstrando que nem sempre a intenção primária do discurso é aquela que se aplica ao fato. Ele se posicionou sobre a verdade científica, afirmando que a verdade em uma época, está ligada ao sistema de poder no qual o ser humano está inserido. Portanto, se o conhecimento científico busca dizer verdades, também estará envolto e influenciado diretamente por este poder.

Na fase genealógica Foucault já dá maior ênfase a como o poder “funciona”, sobre suas práticas, e como ele se desenvolve entre as pessoas. O poder é representado como uma rede que se estende ao corpo social, espalhado como micro poderes – sementes de um fruto inacessível.

Foucault escavou, como um arqueólogo, buscando formas discursivas ao longo da história e, posteriormente, investigou como o poder funciona em uma sociedade de direito, se preocupando em estudar uma ontologia histórica do sujeito, onde demonstra que cada um é moldado por seu próprio tempo.

No que tange o direito, o francês demonstra que o direito, além de formalizar o poder e dar meios de sustentá-lo, produz e reproduz “verdades”, através do seu discurso. Estas passam a ser, com o tempo e repetição, parte dos preconceitos dos sujeitos, que passam a reproduzi-la e a transmiti-la (tradição).

Assim como Gadamer, Foucault percebeu que o homem está inserido em um mundo da linguagem e que dele se constitui. Portanto, não há como dissociar poder, direito e verdade (FOUCAULT, 2009, P. 179).

E, novamente aproximando os filósofos francês e alemão citados, Foucault não pretende, a partir de suas análises de poder, criar teorias (ou métodos nos termos de Gadamer), mas fazer uma análise dos efeitos que este “poder que

funciona” gera sobre a sociedade e as relações entre homem e Estado (RABINOW, DREYFUS, 1995, P.202).

[...]o poder não é apenas aquele exercido formalmente pelo governante soberano, ou pela nação, ou pelo povo, ou até pelo Estado, mas uma imbricada rede de relacionamentos inerente a sociedade, formado por práticas sociais, da qual ninguém está alheio.

Nessa acepção, as relações de poder utilizam o direito para criar discursos de verdade¹⁵. Segundo Foucault “somos submetidos pelo poder à produção da verdade e só podemos exercê-lo através da produção da verdade. [...] O poder não para de nos interrogar, indagar, registrar e institucionalizar a busca da verdade.” Por ser o direito o discurso da verdade, e a verdade criadora do direito, Foucault busca demonstrar que o direito, em sua capilaridade, fomenta relações de sujeição(FOUCAULT, 2009, P.180).

O Estado, então vai funcionar como o braço jurídico, e também armado, das relações de poder que permeiam as vidas dos seres humanos e que reproduzem os discursos de verdade, muitas vezes cruéis e opressores, legitimando a exclusão daquele que não se adequa aos padrões estabelecidos.

Através da reprodução do discurso, cria-se uma ilusão de ordem e neutralidade da legislação, que, em função do funcionamento do poder, muitas vezes é aceita e replicada até mesmo por aqueles que são por esta mesma verdade, excluídos.

Em alguns aspectos lembrando Hegel, porém de maneira menos idealista, Foucault leciona que o poder circula e funciona em todas as direções, que o governante precisa do governado, pois sem esses não teria capacidade de organizar os níveis inferiores das instituições estatais e da sociedade.

O poder não tem uma única direção. Não existe somente de cima para baixo. Para Foucault, ele circula e é exercido em todas as direções. O governante precisa do governado, pois sem esse não seria eleito, precisa de sua base política, pois sem esses não teria capacidade de organizar os níveis inferiores das instituições estatais e da sociedade. Assim, não se deve observar somente aquele que nominalmente possui o poder no mais alto escalão para entender como o poder funciona na sociedade, porém analisar de baixo para cima, como funciona nos níveis inferiores, para depois subir, em ordem de entender as reais relações do poder (BRANDÃO, 2012).

A partir de Foucault, utilizando um termo de Gadamer, o poder passa a ser entendido como algo que caminha junto à tradição, atrelado à linguagem. Se o ser

humano está imerso na linguagem, como leciona Gadamer, também está imerso em relações de poder, que são transmitidas através desta. As relações de poder são passadas, mesmo que involuntariamente, e passam a fazer parte dos preconceitos de qualquer sujeito, que se não conseguir problematizá-las, as reproduzirá.

As sociedades modernas utilizam de instrumentos de disciplina e normalização, em uma tentativa de unificar discursos de verdade. No campo jurídico isso fica explícito quando qualquer abordagem teórica não formalista é exposta. Sempre surgem as perguntas: mas e a segurança jurídica? Mas o juiz tem que decidir. Como ele fará se não tiver alguma discricionariedade?

Estas perguntas, que podem surgir de alguém bem intencionado, ou não, desvela uma forma de funcionamento do poder no Direito. O discurso de que é preciso que alguém resolva os problemas para todos e a segurança jurídica, quase sempre vinculada à manutenção de práticas, independente da realidade. É poder tentando continuar funcionando e puxando pra si toda a responsabilidade.

como os sujeitos se tornam objetos construídos e normalizados pelas relações de poder, a partir das tecnologias sociais baseadas em saberes. Nesse diapasão, o sujeito se torna cego aos elementos de dominação presentes na sociedade, inviabilizando um pensamento crítico a respeito das instituições, aceitando as verdades postas pelos mecanismos de poder como o correto espelho da natureza (BRANDÃO, 2012).

Dentro desta perspectiva do direito funcionando como uma rede, existem no direito figuras que personificam o poder e a construção de verdade: os juízes (chamados por Kelsen de intérpretes autênticos). Apesar de pensarmos que em democracias “todo poder emana do povo”, quem diz o direito, quem tem jurisdição é o magistrado, ou o poder judiciário, que são braços do Estado, que é, portanto, é o produtor legítimo de verdades.

Através de Foucault se torna possível perceber que outras formas de diálogo são necessárias para a construção de um mundo que não exclua quem não é padrão. O direito não pode ser visto apenas como sistema de normas metafísico, deve se pautar também na realidade e seus fenômenos concretos.

Ao lecionar sobre a governamentalidade, Foucault deixa mais claro ainda, o funcionamento do poder no direito, ao analisar como se deu a formação dos Estados ao longo da história.

Nesta reconstrução fica claro como o Estado desde sua formação, na concepção moderna, foi se formando de maneira cada vez mais metafísica, tornando a soberania como a finalidade de si mesma. Ou seja, não importa se existe a figura de um soberano, ou a soberania da lei. Mas que a lei deve ser obedecida por ser algo que está além do próprio sujeito, algo metafísico ao qual ele não tem acesso.

Por “governamentalidade” entendo o conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas que permitem exerceres essa forma bem específica e, bem complexa de poder, que tem como alvo principal a população, como forma mais importante de saber, a economia política, como instrumento técnico essencial, os dispositivos de segurança [...] entendo a tendência, a linha de força que, em todo Ocidente, não cessou de conduzir, e há muitíssimo tempo, em direção à preeminência desse tipo de saber que se pode chamar de “governo” sobre todos os outros: soberania, disciplina. (FOUCAULT, 2006. p.303)

A partir disso, o que visa o Estado é a manutenção das estruturas de poder e suas relações. A origem do próprio termo demonstra isso. Estado vem do latim *status*, que significa situação, condição. O direito como produtor de narrativas e discursos que se pretendem como verdade funciona como o meio de viabilizar esta manutenção do *status*.

A partir de Foucault, fica claro como a narrativa jurídica, a jurisdição (entendida como ato de dizer o direito) reproduzem no seio do legislativo e do judiciário as relações de poder, submissão e sujeição que permeiam toda a sociedade, toda uma comunidade.

Ao “levar sua proteção” às comunidades tradicionais, o Estado, se pensado da maneira moderna, monista, vai na verdade fazer o poder funcionar, vai buscar padronizar as comunidades e submetê-las a seus próprios jogos de poder.

Em Foucault se encontra uma agudez filosófica que se mostra extremamente útil na busca pela consolidação de um paradigma democrático. Mesmo com um

texto de lei que estabeleça a busca de uma sociedade plural, a manutenção de postulados que separem o direito de seu sujeito, vai continuar reproduzindo as mesmas relações, ou mecanismos, de poder do paradigma constitucional anterior.

5 A UNICIDADE ENTRE INTERPRETE E OBJETO

Continuando em uma linha desconstrutiva do pensamento moderno, onde não há de se falar em separação entre interprete e objeto, dois autores se demonstram fundamentais ao trazer esta discussão para o Direito, Gadamer e Dworkin.

Ambos, em suas construções teóricas demonstram a impossibilidade e os riscos que a tentativa de separação de sujeito e objeto pode trazer ao Direito, e demonstram alternativas de interpretação participada.

Em sua obra “Verdade e método”, Gadamer parte de conceitos formulados por Heidegger para construir sua hermenêutica. Diferentemente de Kelsen, ele parte do abandono do conceito moderno de objetividade da ciência buscando uma compreensão inserida em uma historicidade. A compreensão se desenvolve dentro de uma estrutura circular a partir da temporalidade da pré-sentença, o círculo hermenêutico.

A interpretação se inicia com conceitos prévios (pré-compreensões) que, posteriormente, podem ser substituídos por outros que se mostrem mais adequados. O intérprete está sempre sujeito a opiniões prévias que podem ser, ou não confirmadas diante de um caso concreto ou de novos problemas. Quem busca compreender deve se manter aberto à possibilidade de sua opiniões prévias não serem adequadas.

A hermenêutica jurídica se dá na relação entre a faticidade e a historicidade do interprete. O processo de compreensão acontece na mediação do universo de linguagem prévio, onde o hermeneuta se espelha (historicidade), e o evento ou fato que se apresenta diante dele (faticidade), provocando um estranhamento que “gira” o círculo hermenêutico. Com isso, Gadamer que dizer que o sentido de um texto é determinado pelo tempo e contexto histórico nos quais o leitor está inserido diante de um caso concreto.

Na hermenêutica de Gadamer deve-se compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo, não existindo uma interpretação subjetiva, pois não somos capazes (mesmo que desejemos) de nos desvincular da historicidade em que estamos inseridos.

O que determina o sentido de um texto para seu intérprete é a sua condição no mundo.

só interpreto se compreendo; só compreendo se tenho a pré-compreensão, que é constituída de uma estrutura prévia (Vorhabe), visão prévia (Vorsicht) e concepção prévia (Vorgriff), que já une todas as partes (textos) do sistema. (Streck, 2011, p. 271).

Então, a interpretação deixa de ser uma manifestação de vontade, uma escolha, do intérprete, sendo resultado de condições pré-estabelecidas social e historicamente.

A interpretação jurídica é uma tarefa criativa, não reprodutiva, pois depende diretamente do caso concreto, que em momentos históricos diferentes pode encontrar necessidades e soluções diferentes. Interpretar a lei é atribuir sentido ao dispositivo diante de um caso concreto.

Gadamer, em sua crítica ao *Aufklärung*, defende com uma atenção especial um tipo de autoridade, que é de fundamental importância para a compreensão, a tradição, que somente é aceita por atos de constantes reconhecimentos, por estar constantemente colocada à prova.

Não é possível compreender a tradição de forma isenta de preconceito, através da razão pura, pois o homem é um ser inserido em determinado contexto e momento históricos, dos quais a própria tradição é parte fundamental, pois à margem dos fundamentos da razão, a tradição conserva as nossas instituições e comportamentos.

O reconhecimento do valor da tradição está diretamente relacionado com os efeitos que a história opera em toda compreensão, esteja o intérprete ciente ou não. Ser consciente dos efeitos da história é conhecer o horizonte hermenêutico no qual se está inserido, que é onde nos encontramos face à tradição que tentamos compreender.

Novos horizontes são adquiridos quando se tenta ver além do que está próximo. Nesta tentativa, entretanto, não se deixa de lado os conceitos que já

possui, mas os integra em um novo todo de uma forma mais adequada diante de novos problemas.

Novamente citando Streck:

não se diga que a hermenêutica venha a favorecer um conservadorismo, já que a fusão de horizonte dará passagem a algo sempre imprevisível e novo. Em última análise, a continuidade na tradição obrigará a uma justificação dialogada, controlada e confrontada com essa mesma tradição, o que exclui qualquer resultado e circunscreve a área de compreensão legítima isto será mais correto que se abandonar, com os braços cruzados, a uma metodologia que talvez nos conduza a resultados eficazes, porém, quem controla (essa) metodologia? A resposta a essa pergunta é que a tradição reclamada por Gadamer baseia-se na idéia de uma repetição produtiva no ato originário de criação. (Streck, 2011, p. 275/276).

O intérprete é produto de uma linguagem social e, no caso do direito, o jurista, ao interpretar, não se desfaz de seus preconceitos na sua compreensão do direito pois:

Como fruto da linguagem social, o magistrado conta com todos os seus pré-conceitos desde suas mais remotas experiências (conscientes ou não), de sua formação humana e jurídica, até os elementos probatórios que se deram no curso regular do processo, argumentação das partes, etc. (Ribeiro, Braga, 2006).

O intérprete não consegue decidir de forma individual, pois seu processo de compreensão – interpretação – aplicação (que para Gadamer são uma coisa só) está condicionado pela tradição, transmitidos através da linguagem.

No caso do intérprete do Direito existe um condicionante a mais, a Constituição, que é resultado de uma refutação de práticas anteriores (de um regime ditatorial) que não mais se mostram úteis e demonstra quais práticas e meios são válidos no novo paradigma.

Neste momento se mostra de fundamental importância o procedimento processual. Através do contraditório, o juiz e as partes colocarão à prova suas interpretações diante de um caso concreto, expondo, então, seus preconceitos, para que sejam aferidas as possibilidades aplicação, até que se chegue a uma melhor resposta para o caso concreto.

Nas palavras de Ribeiro:

O julgador não decide para depois buscar a fundamentação, mas só decide porque já encontrou o fundamento, que nesse momento é ainda uma antecipação prévia de sentidos tomada de pré-

compreensões ainda não problematizadas. Obviamente, deve o magistrado aprimorar o fundamento, revê-lo a partir de uma racionalidade discursiva. (RIBEIRO, BRAGA, 2006).

A partir desta racionalidade discursiva é dada a possibilidade a interprete de verificar mudanças nas circunstâncias históricas e sociais onde se encontra, para construir novamente o Direito.

Um autor que traz de forma clara a relação entre interprete e direito é Dworkin. Ele trouxe a idéia de Integridade (que se assemelha à tradição de Gadamer), e a metáfora do romance em cadeia, onde a interpretação jurídica seria muito semelhante à interpretação de uma obra de arte ou mesmo literária. Diferentes escritores têm a tarefa de elaborar um roteiro. Nesse contexto, é responsabilidade de cada um deles compor uma parte de um roteiro inacabado, prevalecendo a idéia de conjunto, objetivando um resultado integrado.

Na interpretação desse material em cadeia, exige-se do escritor a integração à elaboração da trama, o seu grau de envolvimento, o poder explicativo geral da obra e a verificação se, como romancista, cumpriu sua missão. Quando o escritor vai deixar sua colaboração à obra em cadeia, não pode se desprender do que foi realizado antes.

Nesta concepção o interprete do direito não pode tirar das leis suas próprias convicções. Ele não pode expressar tipos particulares de julgamento, não importando o quanto esse julgamento lhe seduza. Os julgamentos só podem ser utilizados se estiverem de acordo com a estrutura do direito como um todo (determinada pela constituição), e também com os precedentes de interpretação feitos no passado (pós promulgação da constituição) por outros julgadores. Cada intérprete é um elo da cadeia.

Para Dworkin, a decisão judicial é mais segura e adequada na medida em que obtém mais informações e conceitos interpretativos. Porém, isso não significa que o intérprete vai reproduzir significados anteriores. Na verdade, o direito acontece no presente, e se volta para o passado na medida em que as necessidades do momento assim o determinem.

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, expressando um sistema único e harmônico. Contudo, devemos ter consciência, que a busca pela integridade, não visa produzir sentenças judiciais

uniformes. O ponto central da integridade (tradição) é a interpretação do Direito em acordo com o paradigma em que se está inserido, não a uniformidade.

Novamente citando Streck:

As próprias demandas paradigmáticas do direito no Estado Democrático de Direito apontam para uma terceira questão: a discussão acerca das condições que o intérprete/aplicador possui para encontrar uma resposta que esteja adequada ao lócus de sentido fundante, isto é, a Constituição. Quem está encarregado de interpretar a Constituição a estará concretizando, devendo encontrar um resultado constitucionalmente “justo” (a expressão é de Canotilho). E esse resultado deve ser justificado, formulado em condições de aferição acerca de estar ou não constitucionalmente adequado. (STRECK, 2011, p.170).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um contexto de grande diversidade, construir o Direito de maneira condizente ao mundo no qual estamos inseridos, e plural, não se mostra uma tarefa fácil.

O velho esquema sujeito/objeto e a visão do direito como uma ciência autônoma e aparadigmática, alheia à historicidade em que está inserida, não mais traz soluções efetivas para os problemas de nossa sociedade.

Com a promulgação da Constituição de 1988, foi instaurado no Brasil um novo paradigma, o Estado Democrático de Direito. Por isso, e para evitar erros do passado (como violações de direitos humanos, arbitrariedades estatais, etc.) novas concepções de construção do Estado, de forma participada e com o povo como titular do poder, foram inseridas no texto constitucional.

A partir do poder emanando da coletividade, não há mais como conceber seu exercício de forma individual, subjetiva, solipsista. E, se não há mais espaço para solipsismo, não há mais como falar de interpretação ou intérprete autêntico.

A busca constante pelo fim da arbitrariedade e da coerção, em questões que sejam de interesse coletivo, proporcionando meios de uma real, igualitária e constante participação de todo cidadão nos litígios que os envolvem e na construção do Direito e um meio e um fim essenciais ao paradigma democrático.

Apoiado nos autores, ora estudados, fica demonstrado que o intérprete não pode ser “retirado do objeto” que analisa, pois, no caso do Direito, ele é influenciado pelo próprio objeto, por estar inserido em uma historicidade. Além disso, não subestima, nem superestima, o papel desse (por vincular o intérprete de maneira inseparável do contexto onde se encontra).

Uma leitura supostamente aparadigmática pode gerar grandes equívocos justamente por se crer alheia ao mundo que a rodeia.

E, como visto no trabalho, a Constituição, além de instauradora de um paradigma, é o referencial hermenêutico que o intérprete do Direito tem que se prender. Entretanto, sem a consciência da necessidade de não usar o direito para criar padrões, ela é inútil.

Pudemos constatar que a partir do surgimento do Estado Democrático de Direito como a lógica positivista se mostrou inadequada dentro de um paradigma de uma necessidade de construções que se afastem da subjetividade.

As contribuições dos autores estudados se mostram relevantes, pois os autores são conscientes das limitações de compreensão que cada momento histórico traz consigo e das relações de poder que se reproduzem entre os sujeitos. Além disso, demonstram grande preocupação em desenvolver meios que possam se mostrar adequados às novas possibilidades que surgem diante de novos problemas com a consideração de todos com o mesmo respeito.

Ao assumir uma posição pluralista, e de responsabilização de cada um que faz parte do todo em sua construção, trazida pelo Estado Democrático de Direito, são elevadas as possibilidades de ruptura com a opressão e da exclusão, na implementação de um Direito que consiga efetivamente garantir os direitos fundamentais. Então, o Direito deixa de ser mera continuação do passado, para ser uma construção coletiva e consciente de um presente que se mostre mais condizente com os interesses e necessidades de seus sujeitos.

REFERÊNCIAS

ADICHIE, C. **The Danger of a single story** - Transcript. Disponível em: <<http://ssw.unc.edu/files/TheDangerofaSingleStoryTranscript.pdf>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2015.

BRANDÃO, A. M. Michel Foucault e a questão do poder: o Judiciário como um produtor do discurso da verdade. In: **XXI Encontro Nacional do CONPEDI**, 2012, Uberlândia.

CHAMON Jr., L. A. **Teoria da Argumentação Jurídica**, Rio de Janeiro, Ed. Lúmen Júris, 2008.

DWORKIN, R. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, M. **As palavras e as coisas**. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002

_____. MOTTA, M. B. **Estratégia do poder-saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006

_____. **Microfísica do Poder**. São Paulo: Graal, 2009.

GADAMER, H. G. **Verdade e Método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, Ed. Vozes, 2011.

GRONDIN, J. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo:UNISINOS, 1999.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2006.

NETTO, M. de C. **A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin**. Disponível em: <<HTTP://www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno5/dfi.pdf>>. Acesso em: 21 de março de 2009.

OLIVEIRA, M. A. C. de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional: no Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

RABINOW, P.; DREYFUS, H. **Michel Foucault: Uma trajetória filosófica**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RIBEIRO, F. Desobediência civil: um instituto democrático. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte , v.8, n.15 , p.95-118, 1º sem. 2005.

RIBEIRO, F. J. A.; BRAGA, B. G. de A. **A Teoria das Fontes do Direito revisitada**: uma reflexão a partir do paradigma do estado democrático de direito.

Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/fernando_jose_armando_ribeiro-1.pdf>Acesso em: 30 de março de 2012.

RIBEIRO, F. J. A.; BRAGA, B. G. de A. **Dos métodos interpretativos clássicos à hermenêutica filosófica**: para uma aplicação dialógica e reflexiva do direito.

Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/fernando_jose_armando_ribeiro-2.pdf>Acesso em: 31 de maio de 2012.

STEIN, E.; STRECK, L. L. (org.). **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

HART, H. L. A.. **O conceito de Direito**. 5 ed. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2012.

RIBEIRO, F. J. A.; BRAGA, B. G. de A. **A Teoria das Fontes do Direito revisitada**: uma reflexão a partir do paradigma do estado democrático de direito.

Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/fernando_jose_armando_ribeiro-1.pdf>Acesso em: 30 de março de 2012.

SILVA, F. P. da. Articulações entre poder e discurso em Michel Foucault. In: SARGENTINI, V.; NAVARRO-BARBOSA, P. (org.). **Foucault e os domínios da linguagem**: discurso, poder, subjetividade. São Carlos: Claraluz, 2004.

ONDE ESTÃO AS MULHERES NEGRAS? UMA ANÁLISE DOS PODERES JUDICIÁRIOS DA AMÉRICA LATINA

Camilla Karla Barbosa Siqueira

RESUMO: O presente artigo surgiu a partir dos estudos sobre mulheres empreendidos no período de pesquisa de dissertação de Mestrado. No decorrer das leituras, observou-se que há certos locais ou profissões dos quais as mulheres se mantiveram afastadas, sem que houvesse uma forte razão que justificasse essa situação. Notou-se, ainda, que há mulheres que experimentam uma discriminação mais intensa que outras em razão de fatores como classe social e cor da pele. A partir daí, surgiu a curiosidade de diagnosticar a presença (ou ausência) de mulheres negras no Poder Judiciário, no Brasil e em outros países da América Latina. A Justiça costuma ser a instância mais utilizada para reivindicação de direitos negados em outras esferas, por sentir-se essa zona de poder como a mais acessível à população. Entretanto, cabe indagar se a composição atual dos tribunais permite esse papel de guardião de direitos fundamentais, principalmente de minorias, ou se, pelo contrário, ele se transforma numa instância reprodutora dos preconceitos de classe, raça e gênero comumente observados na sociedade, comprometendo assim o acesso à Justiça. A metodologia utilizada é bibliográfica, com análise de aspectos teóricos elaborados em obras de outros autores, e documental, por meio do estudo de registros de tribunais, censo populacional, fotografias, notícias jornalísticas e outras fontes semelhantes. Realiza-se no trabalho uma abordagem predominantemente quantitativa, por meio da contabilização e expressão percentual da composição de tribunais; há também aspectos qualitativos, como a investigação acerca da significação dos dados coletados na situação social das mulheres negras e no seu acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: mulher; negra; poder judiciário; américa latina; acesso à justiça.

1 INTRODUÇÃO

A ideia deste artigo surgiu durante os estudos sobre mulheres realizado no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Verificou-se que a presença de mulheres nos quadros do Poder Judiciário aparentava ser sempre bem menor que a proporção por sexo observada na

população como um todo. Ademais, as polêmicas em torno da aplicação de ações afirmativas para negros e pardos em concursos do Poder Judiciário fez surgir a inquietação sobre a presença simultaneamente negra e feminina no Poder Judiciário.

Desde a segunda metade do século XIX, as mulheres brasileiras tem se organizado com o fito de requerer o reconhecimento de igualdade perante os homens e se insurgir contra a opressão sofrida tanto em meios informais quanto em ambientes institucionais. Comandado no Brasil por mulheres de classe média e alta, o movimento feminista inicialmente levantou bandeiras como a educação feminina, o direito de trabalhar fora de casa e de votar. Entretanto, havia grupos de mulheres que não se encaixavam nessas demandas, como as operárias, as lésbicas e as negras.

As mulheres negras, especialmente, enfrentaram e enfrentam ainda, em decorrência das discriminações de gênero e cor, enormes obstáculos para desenvolver suas personalidades com dignidade; muitas vezes lhes falta trabalho, alimentação adequada, educação, acesso ao mercado de trabalho ou até a liberdade, considerando que as mulheres pretas e pardas são maioria entre aquelas acolhidas no sistema penitenciário. Diante disso, considera-se importante desenvolver um trabalho de diagnóstico, avaliando, no caso, a presença da mulher negra numa instituição tão relevante para a democracia quanto o Poder Judiciário.

Assim, na primeira parte do artigo, serão tecidos comentários sobre as dificuldades em ser mulher e em ser negra. Serão brevemente abordados aqui aspectos da histórica desigualdade entre homens e mulheres, das lutas do movimento feminista na busca pela dignidade feminina e das barreiras específicas enfrentadas pelas mulheres negras.

Numa segunda parte, será analisado o papel do Poder Judiciário na busca por efetivação de direitos, abordando aspectos teóricos e pragmáticos da questão. Far-se-á a averiguação da necessidade de uma composição democrática do Poder Judiciário, de forma a garantir o acesso à justiça e a efetivação de direitos das camadas mais vulneráveis do corpo social.

Por fim, com os pressupostos sobre a vulnerabilidade das mulheres negras e a necessidade de um Judiciário democratizado estabelecidos, far-se-á uma análise das composições de tribunais de alguns estados brasileiros e de dados gerais da população e do Poder Judiciário, além de investigar a composição das principais cortes de outros países latino-americanos, a fim de averiguar se as mulheres negras podem se sentir representadas nos tribunais e confiar no seu papel de guardião de direitos.

2 MULHER E NEGRA: DUPLA VULNERABILIDADE

Neste momento do trabalho, procura-se entender a discriminação de gênero experimentada pelas mulheres, avaliando se todas as mulheres a sentem em igual forma, ou se há diversidade de circunstâncias conforme o grupo de mulheres de que se fala.

Desde a segunda metade do século XIX, muitas mulheres brasileiras se engajaram numa luta mais organizada para, numa perspectiva feminista, garantir direitos que pudessem se traduzir numa igualdade mais substancial para si mesmas. Esse movimento deriva das dificuldades enfrentadas pelas mulheres, constantemente vítimas de violências sociais e institucionais, por razões analisadas a seguir.

2.1 A percepção do preconceito de gênero contra a mulher

Alguns autores teorizam a existência, em muitos locais, de um regime de patriarcado, em que o homem domina a mulher e as diferenças entre ambos são encaradas como superioridade de um sexo sobre o outro. O regime de patriarcado teria vigorado no Brasil durante muito tempo, e até hoje a sociedade observa resquícios dessa conformação social. Segundo Freyre²⁰:

À exploração da mulher pelo homem, característica de outros tipos de sociedade ou de organização social, mas notadamente do

²⁰ FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: Decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano. 4ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1968, p. 93.

tipo patriarcal-agrário – tal como o que dominou longo tempo no Brasil – convém a extrema especialização ou diferenciação dos sexos. Por essa diferenciação exagerada, se justifica o chamado padrão duplo de moralidade, dando ao homem todas as liberdades de gôzo físico do amor e limitando o da mulher a ir para a cama com o marido, tôda a santa noite que ele estiver disposto a procriar. [...] O padrão duplo de moralidade, característico do sistema patriarcal, dá também ao homem todas as oportunidades de iniciativa, de ação social, de contatos diversos, limitando as oportunidades da mulher ao serviço e às artes domésticas, ao contato com os filhos, a parentela, as amas, as velhas, os escravos.

Destarte, as diferenças biológicas entre homens e mulheres dão ensejo a crenças e comportamentos que se pretendem naturais, mas que são artificialmente criados; uma construção histórica e cultural que deixa a mulher em desvantagem social. Esta diferenciação se inicia dentro de casa, quando, a partir de certa idade, a educação das meninas e meninos muda; os meninos ganham mais permissividade, mais liberdade de espaço, enquanto as meninas começam a ser iniciadas em afazeres domésticos.²¹ Em verdade, antes desse ponto já há diferenciadores: cores de enxoval, brinquedos específicos (meninas brincam de boneca, meninos brincam de bola e carrinhos). Trata-se de uma série de códigos que determinam as profissões, os lugares, as roupas, os comportamentos de homem e de mulher.

Sempre houve mulheres que contestaram esse arranjo social que as inferiorizava e lhes negava direitos, a exemplo de Olympe de Gouges, francesa que, no período da Revolução, aproveitou-se do clima de reivindicação de liberdades e advogou a conquista de igualdade pelas mulheres. Gouges elaborou um documento denominado A Declaração dos direitos da mulher e da cidadã, em que ataca o domínio dos sujeitos não só no âmbito público (entre Estado e indivíduo), mas também na esfera privada, entre homens e mulheres.²² Tais manifestações, entretanto, eram isoladas.

²¹ AMARAL, Célia Chaves Gurgel do. **Debates de gênero: a transversalidade do conceito.** Fortaleza: Editora UFC, 2005, p. 26-27.

²² GERHARD, Ute. **Sobre a liberdade, igualdade e dignidade das mulheres: o direito “diferente” de Olympe de Gouges.** In: BONACCHI, Gabriela; GROPPI, Angela (Orgs). O dilema da cidadania: direitos e deveres das mulheres. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995, p.51-53.

No início do século XIX, porém, o mundo ocidental começou a observar um grau mais organizado de oposição feminista, reivindicando a igualdade entre os sexos e a conquista de direitos como o sufrágio. Nas palavras de Franco²³:

A sociedade patriarcal e machista começou a ser mais fortemente questionada no decorrer do século XIX, período em que se iniciou o movimento feminista organizado com base nas mulheres de classe média que passaram a reivindicar o direito à educação, ao trabalho e à sexualidade livre.

O discurso feminista, portanto, fazia requisições relativamente uniformes, reivindicando educação, o direito ao trabalho e à ocupação da esfera pública.

Para efetivar esse discurso, os pensadores e as pensadoras que se ocupavam com o tema desenvolveram a categoria gênero, uma ferramenta discursiva que procura evidenciar o caráter socialmente construído da interpretação das diferenças que levam à opressão e à submissão do feminino²⁴.

Vale ressaltar que o movimento feminista organizado foi conduzido no Brasil, primordialmente, por mulheres de classe média e alta, o que explica a uniformidade das objeções levantadas, todas elas identificadas com o modo de vida da mulher branca e burguesa. Entretanto, levantaram-se vozes para afirmar que estava ocorrendo uma generalização indevida da natureza da opressão feminina, como detalhado adiante.

2.2 Diferença na igualdade: especificidades de ser mulher e negra

As lutas feministas por educação, participação política e mais liberdade traduziam preocupações genuínas sobre a situação da mulher na sociedade. De fato, muitas mulheres viviam confinadas no espaço de suas casas, sem o desfrute de muitos direitos concedidos aos homens, sem intervenção na condução dos negócios legislativos e administrativos, que também repercutiam em sua esfera jurídica. Uma luta justa por autonomia e direitos. Mas cabe aqui indagar: todas as mulheres sofriam com os mesmos problemas e desejavam as mesmas coisas?

²³ FRANCO, Alberto Silva Franco. Prefácio. In: ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004, p. 13-14.

²⁴ AMARAL, Célia Chaves Gurgel do. **Debates de gênero**. A transversalidade do conceito. Fortaleza: Editora UFC, 2005, p. 13.

Ao generalizar, o movimento feminista parece ter sofrido de certa miopia sobre a situação específica de diversos grupos de mulheres. Ao igualar todas as mulheres debaixo dos mesmos problemas e reivindicações, esqueceu-se que havia diversidade dentro do próprio universo de mulheres, como se todas elas sofressem as mesmas opressões. Segundo Muñoz²⁵:

As mulheres negras e as lésbicas proclamaram o caráter metanarrativo do conceito de gênero, que inviabiliza as diferenças entre as mulheres, impondo uma identidade comum que corresponde na realidade aos interesses da identidade hegemônica das mulheres heterossexuais e da raça branca. Em síntese, o gênero caiu na mesma armadilha que havia pretendido evitar: a homogeneização e a imposição de uma identidade única.

Muitas mulheres, portanto, queriam deixar claro que havia diversidade dentro do próprio universo feminino, e que o indivíduo sofre em sua vida a influência de outros fatores além do sexo, como a cor ou a classe social, criando uma série de problemas diferenciados. De fato, segundo Pacheco, a década de 80 enfatizou que as categorias classe, sexo e raça são os três eixos fundamentais da desigualdade de poder.²⁶ Uniformizar as queixas feministas segundo as vidas e problemas de uma certa parcela das mulheres consiste num desrespeito a tais especificidades, um desserviço à liberdade de todas elas.

Embora também sejam mulheres e lidem com o estigma da inferioridade sexual, sofrendo preconceitos de gênero, a vida das mulheres negras era bem diferente da vida das outras mulheres, gerando uma gama de problemas e reivindicações muito particulares. Numa publicação que aborda a questão, as mulheres negras do instituto Geledés questionam: existe uma identidade feminina unívoca? Quando há referência ao mito da fragilidade, as mulheres negras não se reconhecem nele, pois foram atingidas pela escravidão e sempre tiveram de trabalhar em lavouras, como quituteiras, como prostitutas, como vendedoras; essas mulheres não entenderam quando as feministas disseram que as mulheres deveriam ganhar as ruas e trabalhar. Dessa forma, quando se fala em romper

²⁵ MUÑOZ apud FRANCO, Alberto Silva Franco. Prefácio. In: ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004, p. 15.

²⁶ PACHECO, Maria da Gloria Costa. **O feminismo “bem comportado”**: trajetória de conquista do voto feminino no Maranhão (1900-1934). Revista História, Imagens e Narrativas. No 5, ano 3, setembro/2007 – ISSN 1808-9895, p. 2.

com o mito de rainha do lar para as mulheres, de que mulheres se estaria falando?²⁷

As mulheres negras abraçaram então sua identidade, reconhecendo que advém de uma experiência histórica diferenciada e que o discurso clássico sobre a opressão feminina não dá conta da diferença qualitativa em relação aos problemas enfrentados por mulheres negras.

Nesse cenário, a Organização das Nações Unidas, consciente dos problemas ainda enfrentados pela população negra, declarou o período 2015-2024 como a Década Internacional de Afrodescendentes, por meio da Resolução 68/237 de sua Assembleia Geral, de forma a promover ações e conscientização sobre os negros residentes em África e fora dela.²⁸ Cabe aqui nos questionarmos: qual é a situação das mulheres negras no Brasil e no restante da América Latina?

Essa pergunta não obtém resposta facilmente. O mito da democracia racial no Brasil faz com que sejam escassos os dados oficiais desagregados por cor; as instituições oficiais costumam oferecer resistência à coleta de dados diferenciados dessa maneira, de modo que fica difícil saber, por exemplo, a percentagem de mulheres negras atendidas pelo Sistema Único de Saúde, o que impede que se saiba do que as mulheres negras adoecem, de modo a comparar com os demais grupos de cor e verificar a existência de eventual diferença qualitativa.²⁹

Há, entretanto, alguns mecanismos possíveis de avaliação. Um bom modo de identificar a situação social da mulher negra é voltar o olhar para o Sistema de Justiça Criminal. É amplamente sabido que as pessoas que vivem em situação de cárcere no Brasil e em muitos outros países estão entre os grupos de maior vulnerabilidade social. Segundo o relatório sobre maternidade no cárcere

²⁷ GELEDÉS INSTITUTO DA MULHER NEGRA. **Mulher negra**. Caderno IV. Edição comemorativa de 23 anos. São Paulo, 1993, p. 11.

²⁸ REDE GIFE. **Na década internacional de afrodescendentes, as empresas têm grande papel na promoção da igualdade racial no Brasil**. 15 mar. 2015. Disponível em: <http://www.gife.org.br/artigo-na-decada-internacional-de-afrodescendentes-as-empresas-tem-grande-papel-na-promocao-da-igualdade-racial-no-brasil-15895.asp>>. Acesso em 02 abr. 2015.

²⁹ GELEDÉS INSTITUTO DA MULHER NEGRA. **Mulher negra e saúde**. Caderno I. Edição comemorativa de 23 anos. São Paulo, 1993, p. 10.

produzido pelo IPEA³⁰, a maioria das mulheres presas é preta ou parda; sua situação de vulnerabilidade social é evidenciada pela taxa de escolaridade (72% das presas chegaram ao Ensino Fundamental incompleto, apenas), pela baixa renda, pelos crimes cometidos (43% estavam encarceradas por envolvimento com o tráfico de drogas, que, segundo elas, complementava a pouca renda familiar).

Observa-se aqui que a mulher negra e pobre é selecionada pelo sistema prisional para exercer sobre ela seu controle. Trata-se efetivamente de uma escolha, pois não existe suporte para crer que mulheres negras são naturalmente mais criminosas que mulheres brancas. O cárcere funciona então como mais uma forma de opressão à população negra, que, sobre a mulher, é exercida de forma ainda mais cruel, pois o Sistema de Justiça Criminal não é desenhado para receber mulheres adequadamente.³¹

Quanto à saúde, a falta de coleta de dados relativos à cor nos atendimentos, como mencionado acima, dificulta o diagnóstico. Para tentar obter uma ideia da situação geral, pelo menos, é possível apanhar as taxas calculadas pelo Projeto Nacional de Saúde das Mulheres Negras, com dados colhidos nos Estados Unidos. Segundo essas informações, o número de mulheres negras que morrem em decorrência de complicações do alcoolismo é o dobro do de mulheres brancas. De acordo com a mesma pesquisa, o coeficiente de mortalidade materna nas mulheres negras era de 18,3%, ao passo que a taxa entre as brancas ficava em torno de 5,9%³². São dados colhidos em 1983, relativamente antigos, mas que se prestam a determinar como a situação de escravidão das mulheres negras lhes rende efeitos até períodos bem recentes na História.

Acredita-se estar bem demonstrado que, apesar de sofrerem discriminação em razão do sexo tanto quanto as outras mulheres, outras condições tornam a

³⁰ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Dar à luz na sombra:** condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Série 9.

³¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal:** o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Revista Seqüência, nº 50, p. 71-102, jul. 2005, p. 79.

³² GELEDÉS INSTITUTO DA MULHER NEGRA. **Mulher negra e saúde.** Caderno I. Edição comemorativa de 23 anos. São Paulo, 1993, p. 14.

opressão das mulheres negras bem diferente em relação às mulheres de outros grupos. Tais condições específicas se traduzem em violações de direitos diferenciadas, que podem ser levadas ao Poder Judiciário. Ser mulher e negra, portanto, pode ter repercussões relevantes no que se refere ao acesso à justiça. Fazemos então uma ligeira exposição acerca do Poder Judiciário e do acesso à justiça, especialmente no que tange às mulheres negras.

3 REPRESENTATIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E ACESSO À JUSTIÇA

É sabido que o Poder Judiciário deriva de uma divisão de funções de Estado para resguardo dos cidadãos, segundo a teoria clássica de tripartição dos Poderes, sistematizada por Montesquieu. Na verdade, a menção à ideia de tripartição do Poder remete a Aristóteles, que mencionou em sua obra as três partes em que se divide uma constituição: uma função deliberativa, um poder judiciário e uma parte que trata das funções públicas³³. Essas tarefas, todavia, podiam ser concentradas em um único indivíduo, ao passo que Montesquieu estruturou a concepção atual de poderes independentes e harmônicos entre si.

Ao Poder Judiciário cabe, em simplificação grosseira, a função de julgar, compondo interesses e resolvendo conflitos entre cidadãos e cidadãs. Pelas teorias contemporâneas no assunto, sabe-se que há o exercício de funções atípicas, semelhantes inclusive às dos outros poderes, mas esse aprofundamento não cabe no presente estudo.

É importante que se entenda que, numa ordem constitucional, o Poder Judiciário acaba se transformando, em tese, na instância em que se travam as lutas pelos direitos de minorias, o que é o caso das mulheres e, mais ainda, das mulheres negras. Segundo Ataliba³⁴:

Na democracia, governam as maiorias. Elas fazem as leis, elas escolhem os governantes. Estes são comprometidos com as maiorias que os elegeram e a elas devem agradar. As minorias não têm força. Não fazem leis, nem designam agentes públicos,

³³ ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 151.

³⁴ ATALIBA, Geraldo. **Judiciário e minorias**. Revista de informação legislativa, v. 24, nº96, p. 189-194, out/dez. 1987, p. 190.

políticos ou administrativos. Sua única proteção está no Judiciário. Este não tem compromisso com a maioria. Não precisa agradá-la, nem cortejá-la. Os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo. Não são transitórios, não são periódicos. Sua investidura é vitalícia. Os magistrados não representam a maioria. São a expressão da consciência jurídica nacional.

Essa forma de encarar as coisas, no entanto, envolve muita idealização e pouca prática. Segundo a hipótese desenvolvida nesse trabalho, o Poder Judiciário acaba funcionando, na realidade, como uma arena de extensão dos preconceitos e desigualdades de sexo e cor observados na sociedade, por concentrar em seus quadros indivíduos oriundos das camadas mais privilegiadas da comunidade. Não é à toa que este Poder tem experimentado algumas crises de legitimidade no meio da população. Segundo Oliveira³⁵, não é de hoje que essa crise é notada no Brasil. Pesquisa de 1990 revelou que, enquanto a Igreja Católica possuía 77% de confiabilidade junto à população brasileira, o Judiciário possuía cerca de 53%.

Apesar dessa circunstância, o Judiciário ainda é procurado, no final das contas, como a ferramenta universal de resolução dos mais diversos problemas sociais. Para Oliveira³⁶:

Mas, percebemos que, apesar das inúmeras críticas à forma de atuação e, sobretudo, à morosidade do Poder Judiciário, e que apesar da crise em que se encontra o sistema de Justiça no Brasil, é ainda muito forte a crença na ideia de que é nos tribunais que todos os problemas e as injustiças com as quais sofremos na atualidade serão solucionados, sejam eles sócio-econômicos, raciais, sexuais, geracionais, ambientais, entre outros.

Observa-se então uma situação paradoxal: embora grande parcela da população não se reconheça no Poder Judiciário, ele parece ser mais fácil de alcançar do que o Legislativo e o Executivo, o que leva a uma grande judicialização de conflitos. Na prática, observa-se que essa circunstância dificulta bastante o acesso à justiça de grupos vulneráveis, como é o caso das mulheres negras.

Essa hipótese pode ser constatada ao analisar depoimento de agentes do Programa Moradia Digna, do Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos. Uma

³⁵ OLIVEIRA, Ilzver de Matos. **O discurso do Judiciário sobre as ações afirmativas para a população negra da Bahia**. 130 fl. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, 2008, p.

³⁶ Idem, p. 21-22.

das advogadas do projeto acompanhou a ré de uma audiência de reintegração de posse, mulher negra, mão de santo, pobre. Ao se deparar com a parte em questão, o juiz indeferiu sua pretensão, contra entendimento jurisprudencial consolidado; repetia constantemente que estava cansado de “gente vagabunda que recorre ao Judiciário achando que pode morar de graça”.

Esse depoimento demonstra o abismo que existe entre o Judiciário e grande parte de seus usuários, comprometendo o acesso à justiça dessas pessoas. Como um juiz, homem e branco, poderá compreender as dificuldades de vida de uma mulher naquelas circunstâncias? É muito provável que a falta de empatia faça com que um juiz não compreenda inteiramente as repercussões de um assédio sexual sofrido, ou as lutas de uma mãe negra e pobre para alimentar e abrigar seus filhos.

Ocorre que as bases do Poder Judiciário estão fixadas e são refletoras da desigualdade racial e social estruturais no Brasil e, justamente por isso, é cotidiana a observação de atitudes semelhantes vindas de juízes. A condição social e racial da população que não tem acesso aos seus direitos, e nem à justiça para fazer valê-los, sofre de uma separação abismal da condição social e racial dos magistrados do Judiciário. Isso implica uma falta de identidade, de reconhecimento humano e de sensibilidade com as questões mais candentes que passam todos os dias pelos gabinetes e pelas salas de audiência. O juiz, ao chamá-la de “vagabunda”, não o faz porque tem uma elaboração jurídica contrária à sua permanência no imóvel; o faz, em realidade, porque tem consciência do seu poder como profissional e, mais do que isso, porque reconhece nela uma oposição de classe e de raça. Sente-se ameaçado pelo antagonismo que ela representa na sua frente, como se fosse ele o próprio proprietário do imóvel objeto da discussão.

Entendida a importância de um corpo democrático no Poder Judiciário e as dificuldades que podem advir de um quadro funcional homogêneo e opressor, resta averiguar em que medida o Poder Judiciário da América Latina e do Brasil, principalmente, reproduzem desigualdades sociais em seus quadros.

4 PRESENÇA DAS MULHERES NEGRAS NOS PODERES JUDICIÁRIOS DA AMÉRICA LATINA

Antes de iniciar a verificação da composição dos tribunais, urge fazer algumas considerações metodológicas. Esta pesquisa pretende avaliar a presença negra em tribunais brasileiros e latino-americanos. O primeiro grau de jurisdição foi excluído em razão do acréscimo excessivo de trabalho que acrescentaria à pesquisa, em razão do grande número de juízes e juízas.

Um problema metodológico relevante na realização da pesquisa foi a atribuição de determinada cor à pessoa avaliada. Como afirmar se a juíza em questão é negra, branca, parda; como determinar essa pertença?

De acordo com Munanga, é tarefa bastante difícil. Num país que desenvolveu socialmente um desejo de branqueamento, são muitos os negros que não se reconhecem como tais, pois absorveram esse ideal. Os conceitos de negro e branco carregam conteúdos fortemente etno-semânticos, políticos e ideológicos. De acordo com esse autor, os militantes dos movimentos negros organizados adotam uma classificação de natureza política, que qualifica como negro quem tenha essa aparência³⁷.

Para Osório³⁸, há três formas básicas de determinar a cor ou raça de alguém: identificação biológica, autoatribuição e heteroatribuição. A primeira é de difícil realização, exigindo avançados recursos tecnológicos; a autoatribuição seria a mais adequada para processos como o censo; a última se dá pelo estabelecimento de um fenótipo modelo que sirva de padrão para que o terceiro possa determinar a cor do indivíduo.

No meio de tanta nebulosidade, é necessário adotar um método para que a pesquisa se desenvolva. Aqui, adotamos uma metodologia mista, baseada na heteroatribuição referente aos membros de tribunais analisados e na

³⁷ MUNANGA, Kabengele. **A difícil tarefa de definir quem é negro no Brasil**. Entrevista concedida para a Revista Estudos Avançados, nº 18, 2004.

³⁸ OSÓRIO, Rafael Guerreiro. **O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE**. BRASÍLIA, 2003. Disponível em <http://saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/profissional-da-saude/grupo-tecnico-de-acoes-estrategicas-gtae/saude-da-populacao-negra/artigos-e-teses/sistema_classificatorio_racacor_ibge.pdf> Acesso em 13 abr. 2015.

autoatribuição de diagnósticos elaborados por outras entidades, como o censo populacional e o censo do Poder Judiciário brasileiro. O critério utilizado para a heteroatribuição será aquele de teor político mencionado acima, qualificando-se como negro quem tenha essa aparência.

4.1 Brasil

O Brasil se mostra um dos terrenos em que a pesquisa em questão funciona como um poderoso diagnóstico da situação social dos negros, uma vez que se trata do segundo maior país não africano em termos de presença de população negra³⁹. As mulheres negras brasileiras figuram como 51% entre as chefas de família; esse número pula para cerca de 70% se considerarmos a responsabilidade por famílias com rendimento de até um salário mínimo.⁴⁰

A análise da composição do Judiciário brasileiro foi feita por meio de três mecanismos: primeiro, a averiguação da composição dos Tribunais de estados-membros escolhidos por razões específicas. Foram eleitos os Tribunais do Ceará, do Rio Grande do Sul, da Bahia e do Espírito Santo. Do Ceará, por ser o locus de realização da pesquisa, tendo interesse direto para a pesquisadora avaliar a situação de seu Estado; o Rio Grande do Sul foi avaliado como membro da Região Sul do país, marcado pela presença de imigração branca europeia; a Bahia, por ser o estado com a maior população negra no Brasil; o Espírito Santo, por ser o estado com as maiores taxas de feminicídio do Brasil⁴¹, havendo necessidade de verificar o acesso à Justiça das mulheres negras no que toca às violências de gênero por elas sofridas. Em segundo lugar, serão avaliadas as taxas de dois Tribunais Superiores que detêm competência sobre todo o território nacional, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, de forma a

³⁹ Informação retirada de notícia do sítio eletrônico do PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=4023>>. Acesso em 16 abr. 2015.

⁴⁰ REDE GIFE. **Na década internacional de afrodescendentes, as empresas têm grande papel na promoção da igualdade racial no Brasil**. 15 mar. 2015. Disponível em: <http://www.gife.org.br/artigo-na-decada-internacional-de-afrodescendentes-as-empresas-tem-grande-papel-na-promocao-da-igualdade-racial-no-brasil-15895.asp>>. Acesso em 02 abr. 2015.

⁴¹ SENADO FEDERAL. **Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher**. Brasília, 2013, p. 20.

fazer uma avaliação da hipótese de rarefação progressiva das presenças simultaneamente femininas e negras conforme aumenta a hierarquia do órgão em questão. O terceiro mecanismo é a análise do Censo do Poder Judiciário, realizado em 2014 pelo Conselho Nacional de Justiça, que pode oferecer dados mais abrangentes, fornecendo um panorama geral sobre a presença do feminino e da negritude no Poder Judiciário Brasileiro.

4.1.1 Ceará

O Tribunal de Justiça do Ceará é composto atualmente de 44 membros. Desse total, observa-se a presença de 13 mulheres, o que corresponde a uma taxa de presença feminina de 29% na principal instância de apelação do Estado do Ceará. Observando-se o perfil dessas mulheres segundo o critério adotado, percebeu-se que nenhuma das mulheres presentes no Tribunal de Justiça do Ceará possa ser qualificada como uma mulher negra; todas elas são brancas. As mulheres negras do Ceará, portanto, estão totalmente ausentes de representação na Segunda Instância do Poder Judiciário do Estado.

Segundo o Censo demográfico realizado pelo IBGE em 2010⁴², a percentagem de população negra no estado gira em torno de 4,6%, enquanto a população que se identifica com a cor parda compõe 61,9% da população. Os que se identificaram como brancos representam 32% do total.

Em suma, o Tribunal de Justiça do Ceará possui uma sub-representação de mulheres; apesar de a proporção populacional ser praticamente igualitária, com uma tendência à predominância do sexo feminino⁴³, essa configuração demográfica não se reflete na composição do Tribunal cearense. A situação fica ainda mais grave quando trata-se de mulheres negras, que não têm nenhuma representante no órgão em questão.

⁴² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010, p. 67-68.

⁴³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2008, p 31 .

4.1.2 Bahia

O Tribunal de Justiça da Bahia possui hoje 48 membros. Há nessa composição 23 mulheres, o que significa uma presença feminina de 48%, taxa muito próxima da proporção por sexo observada na população. Dos tribunais avaliados, é o que mais segue a proporção populacional quanto ao número de desembargadoras. Trata-se de uma grata surpresa.

No quesito cor, a situação é diferente. A Bahia é o estado brasileiro com a maior população negra, apresentando uma taxa de 17,1%⁴⁴. Apenas uma desembargadora do Tribunal pode ser apontada como negra, o que representa 2% do total de desembargadores e 4,3%, se considerarmos apenas as desembargadoras do TJ da Bahia. Continua-se observando a perpetuação de efeitos da escravidão negra e do preconceito racial através da falta de acesso das mulheres negras ao Poder Judiciário, prejudicando o acesso à justiça do grupo de gênero e raça do qual elas fazem parte.⁴⁵⁴⁶

4.1.3 Rio Grande do Sul

O Tribunal do Rio Grande do Sul conta hoje com 134 membros. Destes, 40 são mulheres, o que nos dá uma porcentagem de cerca de 29% de mulheres presentes no 2º grau de jurisdição do estado; trata-se de representação feminina idêntica à observada no Ceará. Delas, nenhuma pode ser considerada negra.

⁴⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010, p. 67-68.

⁴⁵ Registre-se que o estado da Bahia foi o primeiro a empossar uma juíza negra no Brasil, Luislinda Dias de Valois Santos, que foi nomeada ao cargo em 1984. Luislinda se tornou a primeira desembargadora negra da Bahia, em 2011, quando foi promovida por antiguidade.

⁴⁶ A desembargadora em questão foi reconhecida como negra para os efeitos desta pesquisa e segundo os critérios aqui adotados, mas ressalte-se que notícia do site G1 sobre a promoção de Luislinda de Valois, destacando o fato de ser ela a primeira desembargadora negra do Estado, também listou aquela como promovida na mesma ocasião, o que pode levar à conclusão de ela não se reconhecer como mulher negra. A notícia está disponível em <<http://g1.globo.com/bahia/noticia/2011/12/apos-8-anos-de-espera-luislinda-valouis-e-nomeada-desembargadora.html>>. Acesso em 13 abr. 2015.

Entretanto, o Estado possui uma população negra autodeclarada de 5,9%⁴⁷, o que demonstra ausência de representação.

Pode-se concluir, portanto, que o Rio Grande do Sul está em situação bastante semelhante à do Ceará. Nenhuma mulher negra está nos Tribunais de ambos, apresentando ainda o mesmo índice de sub-representação feminina.

4.1.4 Espírito Santo

O Espírito Santo revela ou a situação mais grave entre os Estados analisados. Seu Tribunal de Justiça é composto de 30 membros, dos quais apenas 3 são mulheres, o que nos fornece uma taxa de participação feminina de apenas 10%. Das desembargadoras presentes no Pleno, nenhuma pode ser identificada como negra.

Para entender o absurdo desses números, é necessário saber que a taxa de pessoas que se identificam como negras no Estado é de 8,5%⁴⁸, maior que a percentagem nacional, que é de 7,4%; as mulheres, por sua vez, compõem maioria da população. Deve-se considerar ainda que trata-se do estado brasileiro com a maior taxa de feminicídio do país (11,24 a cada 100 mil), sensivelmente maior que a taxa nacional (5,8)⁴⁹. Observa-se, destarte, uma cultura de discriminação e de violência contra a mulher, que desembocam em processos judiciais a serem analisados por um Judiciário com características fortemente machistas, comprometendo o acesso à justiça dessas mulheres, pois as demandas simultaneamente negras e femininas correm grande risco de não encontrar eco ou empatia.

4.1.5 Superior Tribunal de Justiça

⁴⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010, p. 67-68.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Violência contra a mulher: feminicídio no Brasil**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_femicidio_lei_lagarcia.pdf> Acesso em 01 abr. 2015.

O STJ é o órgão do Judiciário brasileiro responsável pelo resguardo, em última instância, da legislação federal e de sua interpretação, além de outras competências de julgamento, como habeas corpus e conflitos de competência, segundo a norma extraída do artigo 105 da Constituição Federal. Foi criação da Constituição de 1988, com a responsabilidade de desafogar as demandas do Supremo Tribunal Federal, ficando um degrau abaixo deste na hierarquia. Segundo Sadek⁵⁰:

No que se refere à estrutura, houve ampla reorganização e redefinição de atribuições nos vários organismos que compõem o Poder Judiciário. Para começar, o STF, como órgão de cúpula, passou a ter atribuições predominantemente constitucionais. Logo abaixo na hierarquia foi criado o Superior Tribunal de Justiça que incorporou parte das atribuições antes concentradas no STF.

Seus membros são escolhidos por meio de nomeação do Presidente da República, “dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada”; a escolha do Chefe do Executivo deve ser corroborada pela maioria absoluta do Senado Federal, conforme previsões retiradas do artigo 104 da Constituição. Um terço desses membros deve vir dos Tribunais Regionais Federais; outro terço, dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça; o terço restante, dentre advogados e membros do Ministério Público.

Segundo o sítio virtual do STJ, há 29 membros em atividade e quatro magistrados convocados, totalizando os trinta e três ministros exigidos na Constituição. Desses 33 integrantes, 7 são mulheres, o que resulta numa percentagem de 21,21% de presença feminina. Com a exceção dos números alarmantes do Espírito Santo, trata-se de uma taxa menor que aquelas observadas nos Tribunais dos Estados. Nenhuma delas é negra; pode-se afirmar, na verdade, que não haja ao menos uma mulher identificada como parda. Fortalece-se aqui a hipótese de falta progressiva da presença de mulheres (e de mulheres negras) conforme avança-se na estrutura hierárquica do Poder Judiciário.

⁵⁰ SADEK, Maria Tereza. **A organização do Poder Judiciário no Brasil**. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). Uma introdução do estudo da justiça. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, p. 11.

4.1.6 Supremo Tribunal Federal

O STF é considerado a corte máxima do Estado brasileiro, cabendo-lhe, de acordo com o artigo 102 da Carta Maior, a guarda da Constituição, principalmente, através do julgamento de ações do controle concentrado de constitucionalidade e de recursos extraordinários.

Em conformidade com o artigo 101 da Constituição brasileira, este Tribunal é integrado por 11 Ministros, com idades entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. A nomeação é realizada pelo Presidente da República, depois que a escolha tenha sido aprovada pelo Senado Federal.

Hoje, a Corte Constitucional conta com 10 membros, uma vez que o substituto do Ministro Joaquim Barbosa ainda não foi nomeado. Destes dez ministros, há hoje duas mulheres: Ministra Carmem Lúcia e Ministra Rosa Weber. Levada em consideração a composição atual, revela-se um percentual de 20% de mulheres na Corte; entretanto, se levarmos em consideração que o Ministro recentemente aposentado é homem, e de que todos os nomes cotados para preencherem a sua vaga são de homens, a presença feminina no STF seria de cerca de 18%. Trata-se de uma presença ainda menor que a do STJ, dando mais força à tese de que a presença feminina vai diminuindo à medida que aumenta o grau de hierarquia. Nenhuma delas é negra ou parda.

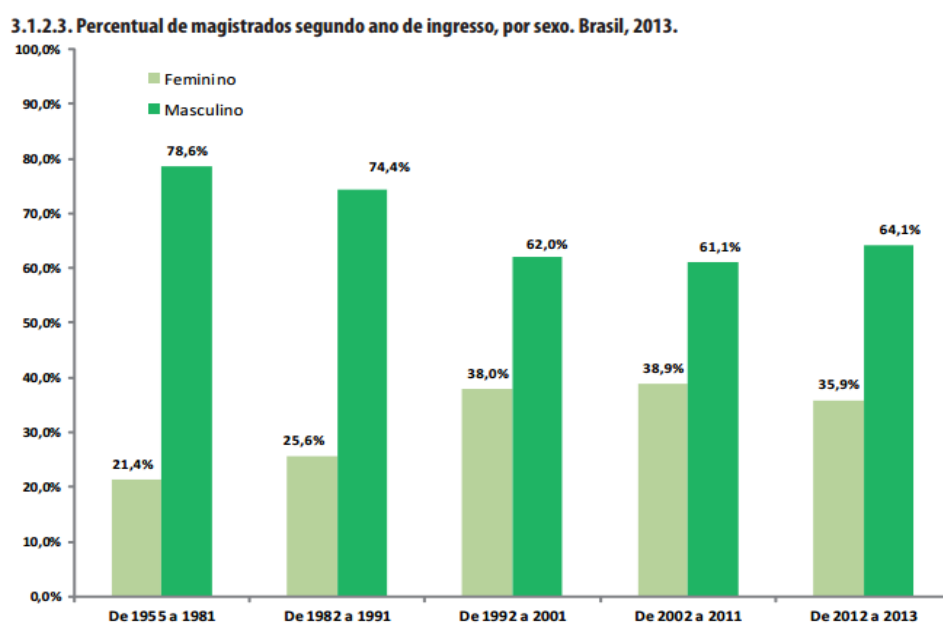
4.1.7 Dados nacionais coletados no Censo do Poder Judiciário

Em 2014, o Conselho Nacional de Justiça realizou um Censo para conhecer e tornar públicas as características do elemento humano presente nos órgãos do Poder Judiciário. Segundo esse documento, analisemos de início a presença feminina no Poder Judiciário.

Os dados referentes ao percentual de magistrados por sexo foram colhidos segundo a data de ingresso do magistrado ou magistrada nos quadros funcionais do Poder Judiciário. No período de ingresso de 1955 a 1981, o mais antigo, temos

uma taxa de 21,4% de participação feminina; já nos anos de 2002 a 2011, as mulheres juízas/desembargadoras compõem 38,9% dos que ingressaram naquele período. No biênio 2012/2013, a participação feminina decresceu ligeiramente: 35,9%⁵¹. Apesar de estar ainda longe de se igualar às proporções demográficas, pode-se dizer que a situação vem melhorando, ainda que lentamente. Abaixo, o quadro divulgado no documento que contém os resultados do censo:

Figura 1. Percentual de magistrados por sexo, segundo o ano de ingresso



Quanto à cor, o Censo revela que os juízes e juízas que se reconhecem como brancos somam, hoje, 82,8% do total de magistrados e magistradas. Esse dado ganha especial relevância quando contrastado com o Censo da população brasileira realizado pelo IBGE em 2010, que aponta que 47,7% dos brasileiros se reconhecem como brancos. A disparidade revela uma espécie de super-representação de brancos que só pode redundar em sub-representação da população negra e parda no Poder Judiciário.

De fato, embora a população brasileira negra tenha sido contabilizada no Censo do IBGE em 7,6%, os juízes e juízas que se reconhecem de cor negra

⁵¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Censo do Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2014, p. 37.

somam apenas 1,4%. Também em relação aos pardos a sub-representação é uma realidade. Embora 43,1% da população brasileira seja parda, conforme os dados do IBGE, o Censo realizado pelo CNJ revela que apenas 14,2% dos juízes e juízas se reconheceram como pardos.⁵²

Um dos elementos que podem elucidar melhor a gravidade da situação é a verificação da composição do Judiciário por cor segundo o ano de ingresso. Entre os magistrados e magistradas que ingressaram de 1955 a 1981, a percentagem de brancos é de 83,1%, o que, comparada à taxa atual de 82,8%, leva a concluir que não só há uma ausência de negros no Judiciário, como a situação vem mudando pouco ou quase nada ao longo de bastante tempo.

4.2 Outros países da América Latina

Em relação aos demais países da América Latina, é necessário ter em mente que a presença negra no continente não é uniforme. A Argentina, por exemplo, tem uma população negra próxima de zero, o que a torna irrelevante para esta pesquisa. Em vista disso, elencamos dois países, de forma a analisar seus tribunais mais importantes e averiguar a presença negra; os escolhidos foram Colômbia (3,9% de população negra) e Porto Rico (15%)⁵³.

4.2.1 Colômbia

A Colômbia possui uma composição populacional que inclui 3,9% de negros; se contabilizados os pardos, o número sobe para 24,9%. As Serão analisados aqui a Corte Suprema de Justiça e a Corte Constitucional.

A Corte Suprema de Justiça é o tribunal máxima da justiça ordinária na Colômbia. Possui vinte e três membros, dos quais cinco são mulheres. A percentagem fica então em torno de 21,7%; são quase 80% de membros

⁵² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Censo do Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2014, p. 39-41.

⁵³ Percentuais demográficos colhidos no artigo da Wikipedia sobre Demografia na América Latina. Para estas informações, o artigo cita como fonte o livro Iberoamérica. Um área cultural heterogênea, de Francisco Lizcano Fernández.

masculinos. Todas as mulheres pertencentes ao órgão em questão são brancas. Mais uma vez, verifica-se sub-representação feminina e negra.

A Corte Constitucional colombiana, tribunal máximo em toda a hierarquia do Judiciário do país, possui 9 membros, sendo 3 mulheres, o que nos dá um percentual de 33%. Curiosamente, verifica-se que o grau máximo tem representação maior ao que lhe é imediatamente inferior. Novamente, todas são brancas.

Conclui-se que a Colômbia, assim como o Brasil, também precisa evoluir tanto na questão de gênero como na questão de cor, sob pena de prejudicar o acesso à justiça de seus cidadãos, principalmente aqueles oriundos de certas minorias sociais.

3.2.2 Porto Rico

Porto Rico é considerada uma nação latina. É ligada aos Estados Unidos, sendo encarada como um território não incorporado dos Estados Unidos; equivale a dizer que Porto Rico ainda não é independente do Estado norte-americano.

Aqui, serão analisados o Tribunal de Apelaciones, que é algo equivalente ao STJ brasileiro, e o Tribunal Supremo, último na hierarquia do Judiciário de Porto Rico.

O Tribunal de Apelaciones é composto por 39 membros. Seus membros são nomeados pelo Chefe do Executivo, após aprovação do Senado; é um sistema idêntico ao brasileiro. Quando foi averiguado o sítio virtual do órgão, viu-se que o Tribunal contava com 36 membros. Desse total, 20 são mulheres, o que confere um percentual de presença feminina de 55%, muito próximo ao número de mulheres que os dados demográficos costumam demonstrar. No quesito de igualdade entre homens e mulheres, verifica-se que o Porto Rico tem se esforçado; percebe-se até a designação diferenciada de gênero no sítio virtual, sempre havendo a menção expressa a “juízes e juízas”, e não englobando todos e todas numa linguagem masculina. O quesito cor não pôde ser devidamente avaliado, pois estavam indisponíveis fotografias individuais dos Ministros e Ministras, mas algumas imagens do Pleno sugerem que talvez uma mulher possa ser identificada como negra, o que resulta numa percentagem de 5% de presença negra entre as mulheres, longe dos 15% de população negra.

O Tribunal Supremo possui um extenso poder de regulamentação e é o intérprete máximo da Constituição de Porto Rico. Seus membros são nomeados de maneira idêntica à do Tribunal de Apelaciones. No Tribunal Supremo, a boa surpresa da igualdade de gênero se repete. Dos 9 membros da Corte, 4 são mulheres, quase metade. Nenhuma delas, entretanto, é negra.

Sobre Porto Rico, pode-se concluir que parece ter alcançado excelentes resultados no que diz respeito à igualdade de gênero no Judiciário, mas a questão racial deixa a desejar, ou seja, a mulher negra continua em desvantagem. Com uma porcentagem de 15% de negros em sua população, a presença de mulheres negras nos Tribunais mais importantes do país é praticamente nula.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que foi exposto, compreende-se que a situação das mulheres negras no Brasil e no restante da América Latina tem sido bastante difícil. Os preconceitos de gênero, aliados aos de raça, põem a mulher negra numa situação de vulnerabilidade social que gera violação sistemática de direitos; a cidadania dessas representantes do sexo feminino é realizada em um nível extremamente deficiente, ou por outra, praticamente não tem sido realizada.

Essas violações não encontrarão no Poder Judiciário um ambiente muito propício ao resguardo da dignidade dessas mulheres. Não se diz aqui que toda demanda de mulheres negras será automaticamente rejeitada apesar de qualquer outra circunstância, mas os membros do Judiciário, em sua maioria, não possuem os elementos necessários para conhecer a realidade dos problemas enfrentados por essas mulheres. A grande ausência de representação no Judiciário tem potencial para transformar este Poder numa instância de reprodução dos preconceitos de sexo e cor.

Nesse ponto, entende-se necessário mencionar o poder transformador que as ações afirmativas, recentemente aplicadas nos concursos públicos brasileiros, podem exercer sobre essa geração, fomentando um Judiciário mais democrático. Essas questões relacionadas a políticas públicas para a população precisam ser

discutidas, e, para isso, a realidade precisa ser conhecida. Espera-se que esta pesquisa tenha conseguido lançar alguma luz sobre o tema.

REFERÊNCIAS

AMARAL, C. C. G. do. **Debates de gênero**: a transversalidade do conceito. Fortaleza: Editora UFC, 2005.

ANDRADE, V. R. P. de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Seqüência**, nº 50, p. 71-102, jul. 2005.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

ATALIBA, G. **Judiciário e minorias**. Revista de informação legislativa, v. 24, nº 96, p. 189-194, out/dez. 1987.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Censo do Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2014.

ESPINOZA, O. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FREYRE, G. **Sobrados e mucambos**: Decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano. 4ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1968.

GELEDÉS INSTITUTO DA MULHER NEGRA. **Mulher negra e saúde**. Caderno I. Edição comemorativa de 23 anos. São Paulo, 1993.

_____. **Mulher negra**. Caderno IV. Edição comemorativa de 23 anos. São Paulo, 1993.

GERHARD, U. Sobre a liberdade, igualdade e dignidade das mulheres: o direito “diferente” de Olympe de Gouges. In: BONACCHI, G.; GROPPPI, A. (Orgs). **O dilema da cidadania**: direitos e deveres das mulheres. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida de população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2008.

_____. **Censo Demográfico 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Dar à luz na sombra:** condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Série Pensando o Direito. Brasília, 2015.

_____. **Violência contra a mulher:** feminicídio no Brasil. Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf> Acesso em 01 abr. 2015.

MUNANGA, K. **A difícil tarefa de definir quem é negro no Brasil.** Entrevista concedida para a Revista Estudos Avançados, nº 18, 2004.

OLIVEIRA, I. de M. O discurso do Judiciário sobre as ações afirmativas para a população negra da Bahia. 130 fl. **Dissertação (Mestrado).** Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, 2008.

OSÓRIO, R. G. **O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE.** BRASÍLIA, 2003. ISSN: 1415-4765. Disponível em <http://saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/profissional-da-saude/grupo-tecnico-de-aco-es-estrategicas-gtae/saude-da-populacao-negra/artigos-e-teses/sistema_classificatorio_racacor_ibge.pdf> Acesso em 13 abr. 2015.

PACHECO, M. da G. C. O feminismo “bem comportado”: trajetória de conquista do voto feminino no Maranhão (1900-1934). **Revista História, Imagens e Narrativas.** No 5, ano 3, setembro/2007 – ISSN 1808-9895.

REDE GIFE. **Na década internacional de afrodescendentes, as empresas têm grande papel na promoção da igualdade racial no Brasil.** 15 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.gife.org.br/artigo-na-decada-internacional-de-afrodescendentes-as-empresas-tem-grande-papel-na-promocao-da-igualdade-racial-no-brasil-15895.asp>>. Acesso em 02 abr. 2015.

SADEK, M. T. A organização do Poder Judiciário no Brasil. In: SADEK, M. T. (Org.). **Uma introdução do estudo da justiça.** Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

SENADO FEDERAL. **Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher.** Brasília, 2013.

TRAVESTIS NOS TERREIROS ARACAJUANOS: DIVERSIFICANDO O FEMININO

Rosane Bezerra do Nascimento

RESUMO: O presente estudo busca investigar a liberdade de exercício da identidade de gênero feminina pelas travestis nos terreiros de candomblé de Aracaju-SE. Para tanto adotou-se como procedimento metodológico a pesquisa de campo e bibliográfica. Através da pesquisa realizada foi possível constatar: (i) a presença de homossexuais e travestis nos terreiros de candomblé de Aracaju; (ii) a possibilidade de livre exercício da orientação sexual pelos religiosos homossexuais; (iii) pouca liberdade de exercício da identidade de gênero feminina para as religiosas travestis. São perceptíveis os avanços quanto à diversidade sexual nos terreiros de candomblé de Aracaju, inclusive com a presença de pais de santo homossexuais. Porém, no campo da diversidade de gênero esse mesmo avanço não se faz presente, não há a aceitação do exercício da identidade feminina pelas travestis, sendo comumente tratadas como homens e havendo a exigência de um comportamento masculino nos rituais religiosos.

PALAVRAS-CHAVE: Identidade de gênero, travestis, candomblé, terreiros.

1 INTRODUÇÃO

Para as pessoas que não obedecem ao padrão cisnormativo⁵⁴, tais como travestis e transexuais, a possibilidade de exercer livremente sua identidade de gênero em espaços religiosos é praticamente nula.

O candomblé costuma interligar os espaços da vida social, cultural, política e religiosa. E, em virtude disso, há uma aceitação da diversidade por esta religião.

Nesta seara, que mescla liberdade de identidade de gênero às questões religiosas numa religião historicamente libertária, surge o desejo de analisar como

⁵⁴ O padrão cisnormativo diz respeito às normatividades de gênero hegemônicas nas quais há uma construção de ideia dos gêneros cis como naturais. Em decorrência disso, as pessoas cis possuem um status de privilégio em relação às pessoas trans porque aquelas possuem desde o nascimento o corpo alinhado ao gênero com o qual se identificam.

se dá o exercício da identidade feminina das travestis candomblecistas nos terreiros de Aracaju, capital de Sergipe.

O interesse em estudar a temática relacionada à liberdade do exercício da identidade de gênero nos terreiros de candomblé em Aracaju surgiu a partir da percepção da escassez de estudos acadêmicos acerca do assunto na área da sociologia jurídica.

Ao longo desse artigo pretende-se responder à seguinte pergunta: as travestis são respeitadas enquanto pessoas do gênero feminino dentro dos espaços do candomblé?

A pesquisa tem como objetivo geral analisar como se dá o exercício da identidade feminina pelas travestis nos terreiros de candomblé da cidade de Aracaju, Sergipe. Para tanto foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: (i) situar a transexualidade/travestilidade através de conceitos de gênero, sexo e orientação sexual abordados pelas ciências sociais, biológicas e jurídicas; (ii) analisar a liberdade de identidade de gênero das travestis nos terreiros de Aracaju, Sergipe.

Para alcançar os objetivos propostos, a metodologia proposta foi bibliográfica, exploratória e qualitativa. Também utilizou-se da pesquisa de campo. Os dados das informações foram analisados através do conteúdo pesquisado a fim de se obter um conhecimento objetivo acerca da liberdade de exercício da identidade de gênero das travestis nos terreiros de candomblé.

Como resultados da pesquisa tem-se que: existem homossexuais e travestis nos terreiros de candomblé de Aracaju; para os religiosos homossexuais há um certo grau de liberdade para o exercício da orientação sexual dentro das casas religiosas, porém, em relação às travestis candomblecistas, praticamente não há liberdade para exercer a identidade de gênero feminina dentro dos terreiros.

Por fim, em sede de conclusão, é apontado que são perceptíveis os avanços quanto à diversidade sexual nos terreiros de candomblé de Aracaju, inclusive com a presença lideranças religiosas homoafetivas nas casas candomblecistas. Porém, no campo da diversidade de gênero não há o mesmo avanço, as travestis não podem exercer sua identidade feminina, é comum serem

tratadas como homens e a exigência de um comportamento masculino nos rituais religiosos.

2 TRAVESTIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Para apontar uma definição acerca de gênero faz-se necessário levar em consideração aspectos culturais e a conceituação através das mais diversas ciências.

A biologia, por exemplo, compreende gênero como um conceito binário baseado na genitália. Em sentido diverso, Peres (2011) aponta que não se pode reduzir o corpo à sua composição biológica e ao seu funcionamento fisiológico, pois o corpo também tem perspectivas sociais, antropológicas e históricas.

Portanto, pode-se afirmar que o gênero é uma construção sociopolítica. Acerca do gênero feminino, Beauvoir (1967) aponta que ninguém nasce mulher, não é o aspecto biológico, psíquico ou econômico que por si só determinam ou ditam que alguém é do gênero feminino, o que torna alguém mulher é o conjunto da civilização, da cultura de um determinado grupo social, a mediação de outrem é que constitui o indivíduo como mulher.

A questão de gênero vai mais além de ser homem e mulher, nesse sentido, Butler (2003, p. 37), afirma que:

O gênero é uma complexidade cuja totalidade é permanentemente protelada, jamais plenamente exibida em qualquer conjuntura considerada. Uma coalizão aberta, portanto, afirmaria identidades alternativamente instituídas e abandonadas. Segundo as propostas em curso; tratar-se-á de uma assembleia que permita múltiplas convergências e divergências sem obediência a um telos normativo e defindor.

A autora aponta para a compreensão do gênero como algo que ultrapassa o binarismo.

Nenhuma identidade de gênero é espontânea, nem mesmo a cis⁵⁵. Tampouco existe orientações sexuais naturais. A própria heterossexualidade é

⁵⁵ Pessoas cis são aquelas que se identificam com o gênero determinado pela sociedade no momento de seu nascimento com base apenas em sua genitália: se nasce com um pênis é homem, se nasce com uma vagina é mulher. Já as pessoas trans possuem uma identidade de gênero diversa da determinada pela sociedade com base apenas em sua

resultado da reprodução de valores socioculturais, nesse sentido Bento (2006) afirma que ela não é espontânea, não é determinada no momento do nascimento, se inscreve de forma reiterada através de repetições e recitações de códigos que a sociedade aponta como naturais. A ideia de 'naturalidade' de determinada orientação sexual ou identidade de gênero, nada mais é que a materialização de possibilidades intencionalmente organizadas, condicionadas e circunscritas pelas convenções histórico-sociais.

A orientação sexual relaciona-se ao interesse sexual por outrem: quem se sente atraído por alguém do sexo oposto, é definida como pessoa heterossexual, quem se sente atraído por alguém do mesmo sexo, é definida como homossexual e quem se sente atraída por pessoas do mesmo sexo e do sexo oposto, é considerada bissexual.

Já o conceito de identidade de gênero relaciona-se com a maneira como a pessoa se percebe: uma pessoa pode ter nascido como alguém que a sociedade determina como do gênero masculino, levando em conta apenas a genitália, mas se identificar com o gênero feminino.

Corpo e gênero são mutáveis e passíveis de diversas formas de intervenção, são produzidos a partir da mediação com a sociedade, partindo dos valores e práticas da cultura na qual estão. Estão submetidos aos valores e intervenções da religião, da ciência, da política, dentre outros.

Há, portanto, como aponta Peres (2011), uma necessidade de se afastar da visão naturalista, na qual o corpo é observado, explicado, classificado e disciplinado a partir da fisiologia reprodutiva e filosofia moral, para aproximar-se da visão do corpo como uma produção sócio-histórica, cultural e política, em construção permanente e flexível que confere a ele marcas que variam de acordo com os tempos, espaços, conjunturas econômicas, grupos sociais, étnicos, sexuais e de expressão de gêneros.

Nesse sentido, as travestis denunciam que o gênero é performativo pelas suas experiências, através das quais provam que os mecanismos que servem

genitália, desse modo, uma pessoa com pênis não necessariamente é uma pessoa do gênero masculino, pode ser uma mulher.

para normalizar os corpos também podem ser utilizados para desconstruir binarismos e alargar o campo semântico do gênero (PELÚCIO, 2011).

Este trabalho compreende o travestismo e a transexualidade como sinônimos, pois o significado dissonante dessas palavras serve apenas para alimentar preconceitos médicos (que legitima apenas transexuais e com base apenas na realização de cirurgia de redesignação de gênero) e preconceitos políticos (que utiliza o termo 'travesti' para segregar pessoas trans que não se adequam ao padrão criado pelo 'transexualismo').

De acordo com Leite Junior (2008), o travestismo é uma criação da sociedade para estigmatizar e excluir os considerados anormais. Por outro lado, a pessoa transexual, caso possua uma performatividade de gênero considerada convincente, segundo o julgamento de uma equipe médica, está autorizada a realizar a cirurgia e ser legitimada de acordo com o gênero que se identifica.

Percebe-se a impregnação do biopoder presente no discurso médico, o qual qualifica e valida a performatividades de gênero dentro da sociedade disciplinar. Em consequência, tem-se a exclusão daquelas pessoas que não desejam realizar cirurgia de transgenitalização ou que não sofram tendência à automutilação da categoria de transexual (LEITE JUNIOR, 2008). Diante disso, observa-se que a sociedade busca de maneira constante ordenar e disciplinar corpos, de modo a tentar criar limites e padrões inclusive dentro da diversidade de gênero, ocorre que as identidades vão além das hegemonicamente legitimadas.

As travestis são exemplos de identidades de gênero contrahegemônicas, nesse sentido Peres (2011, p. 96) as define como:

peças que se identificam com a imagem e estilo do sexo/gênero oposto de viver, que desejam e se apropriam de indumentárias e adereços de sua estética, realizam com frequência a transformação de seus corpos através da ingestão de hormônios e/ou de silicone industrial, assim como, pelas cirurgias de correção e de próteses, o que lhes permitem se situar dentro de uma condição agradável de bem estar biopsicossocial e político.

Com este conceito fica a clara a necessidade de pensar a transexualidade para além do discurso biológico que toma como base apenas a genitália para impor coercitivamente determinado gênero para um ser humano. Pois, a identidade de gênero é uma construção cultural, política, psíquica e social.

No campo jurídico, as temáticas atreladas à identidade de gênero estão intimamente conectadas aos direitos da personalidade, os quais possuem o objetivo de proteger a dignidade de todos os seres humanos.

No ordenamento jurídico brasileiro há o que Elimar Szaniawski (2005) nomeou de doutrina do direito geral de personalidade, que consiste na positivação de princípios e normas com o intuito de tutelar de forma ampla a personalidade humana. Referida doutrina está presente ao longo do texto da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

A título de exemplificação, a partir da leitura do Título I da CRFB, pode-se perceber a existência de categorias jurídicas interligadas aos direitos de personalidade previstos em outros artigos, tais como: direito à igualdade, à intimidade, à honra, à imagem, à vida, ao direito de resposta, dentre outros, com o objetivo de proteger a dignidade humana e garantir direitos fundamentais.

Além da Constituição da República Federativa do Brasil, há a consagração expressa dos direitos da personalidade no artigo 11⁵⁶ do Código Civil Brasileiro⁵⁷ de 2002.

É importante ter em mente que não há um rol taxativo de direitos que tutelem a personalidade humana, pelo contrário, é um rol exemplificativo porque não se esgotam em si. Ademais, a não positivação, a não inserção de um direito em lei não significa atestar a inexistência dele.

Dentre os direitos não dispostos em lei há alguns já assegurados e debatidos pela doutrina, a exemplo do direito ao prazer sexual e à expressão sexual (SZANIAWSKI, 2005), bem como o direito à identidade sexual (BORGES, 2007). Referidos exemplos são caminhos para o reconhecimento da diversidade de gêneros pela esfera jurídica.

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente o código civil e a Constituição de 1988, não podem ser interpretados de modo a mitigar direitos da personalidade. Pelo contrário, referidos direitos devem ser utilizados para reiterar

⁵⁶ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

⁵⁷ O Código Civil Brasileiro vigente possui um capítulo no título das pessoas naturais apenas para tratar dos direitos da personalidade.

a diversidade de gênero, de modo a legitimar a identidade feminina das travestis, pois, conforme já debatido anteriormente, as questões de gênero vão muito além da genitália.

Nesse sentido, conclui-se que o ordenamento jurídico interno não deslegitima a identidade de gênero das travestis e, ainda que não haja uma previsão normativa expressa, tendo em vista a necessidade de assegurar a dignidade humana de todos, as travestis devem ser legitimadas enquanto pessoas do gênero feminino.

3. TRAVESTIS E TERREIROS

De acordo com Matory (1988), ampliou-se a categoria iorubá de papéis rituais para incluir a diversificação brasileira de papéis sociais. Esses papéis sociais incluem as orientações sexuais diversas da heterossexual e as identidades de gênero diversas da masculina e feminina cisgêneras.

Natividade e Oliveira (2007) apontam que na cosmologia das religiões afro-brasileiras existem categorias de gênero intermediárias entre masculino e feminino. Rios (2011) afirma que a existência dos *metá-metá*⁵⁸ na cosmovisão candomblecista oferece a possibilidade mitológica para a aceitação de pessoas trans e homossexuais nos terreiros:

Na lógica da metanidade, utilizada indistintamente por todos os deuses, e também a sua atualização concreta, quando uma *iabá* baixa num homem e/ou um deus incorpora numa mulher, mudando gestualidade e modo de ser, demonstram que os trânsitos de sexo-gênero são possíveis. Homossexuais e/ou transgêneros encontram, então, respaldo sagrado para suas experiências relacionadas ao sexo, gênero e erotismo, consideradas desviantes em outros contextos (RIOS, 2011, p. 288).

A ampliação das categorias existentes no candomblé, não elimina o preconceito contra travestis e transexuais, nesse sentido Moura (2004) afirma que se por um lado há a existência de uma política sexual própria dos terreiros, por outro lado, esses espaços religiosos ainda não conseguem escapar do machismo que geralmente orienta as relações entre os gêneros nos terreiros.

⁵⁸ Orixás cuja identidade abriga elementos performáticos do feminino e do masculino.

Apesar disso, alguns estudiosos já constataam uma liderança feminina nos terreiros de candomblé (MATORY, 2008; TORRES, 2012) e nas Casas de Santo em Salvador (SILVA, 2013). Em Aracaju, através da pesquisa de campo realizada pela autora, constatou-se que a liderança dos terreiros candomblecistas ainda é predominantemente masculina.

Na realidade candomblecista da cidade de Aracaju, foi observada a aceitação pela casa religiosa de homossexuais masculinos e das travestis, porém há a exigência que os primeiros se portem de acordo com os padrões sociais heteronormativos e exige-se das travestis que se portem como pessoas do gênero masculino para participarem de toques e outros ritos.

Essa maneira de lidar com a diversidade de gênero dentro dos terreiros, com limitada aceitação, pode ser justificada pela prevaência do poder masculino nesses espaços religiosos. Nesse sentido, Moura (2004) aponta que o mundo candomblecista é um território masculino, principalmente em termos de poder e Silva (2013) afirma que esta não é uma religião que aceita integralmente e de forma pacífica as pessoas trans, para ele:

A lógica de se pensar o corpo, gênero e sexualidade em uma correlação única: heterossexualidade compulsória, associada a uma visão do corpo nascido como corpo de destino final, tem contribuído para que pessoas que subvertem essas 'verdades biomédicas' sejam vetadas ou tenham comportamento esquadrihado por normas que não se aplicam a todos os iniciados, mas somente àqueles que fogem às normas binaristas. (SILVA, 2013, p. 19).

Vamos além do autor para afirmar que no caso das travestis e pessoas trans candomblecistas, não é exigida uma heterossexualidade compulsória, mas uma cissexualidade compulsória, tendo em vista que a heterossexualidade diz respeito apenas à orientação sexual enquanto que a cissexualidade e a transexualidade é que estão relacionadas à diversidade de identidades de gênero. Pode-se que concluir que na religião ora em debate, quando uma travesti é aceita na casa religiosa, no terreiro, há a exigência de comportamentos que buscam "adequá-las" ao padrão binário do sistema.

A partir da pesquisa de campo nos terreiros de candomblé de Aracaju constatou-se que a aceitação de travestis, pessoas transexuais e homoafetivos nestas casas não é algo universal. Em cada terreiro as situações de orientações

sexuais e identidades de gênero diversas às ditadas pelo padrão cultural hegemônico são negociadas buscando, em regra, que essas pessoas não atraiam para si atenção demasiada. É comum, por exemplo, que pais e mães-de-santo não permitam que o sujeito utilize adereços femininos mesmo que seu orixá seja uma yabá⁵⁹.

Milton Silva dos Santos realizou em 2008 pesquisa de teor semelhante. O pesquisador questionou lideranças candomblecistas sobre a limitação em relação à utilização de indumentárias femininas por homossexuais, travestis e transexuais. Um pai-de-santo por ele entrevistado afirmou em relação aos filhos-de-santo homoafetivos:

Aqui dentro existe um estatuto, uma determinação [...]. Em nenhum momento o homem ou a mulher de opção oposta pode extrapolar as suas vontades. Desde que ele mantenha a ética e a postura na casa, observe as regras da casa, tudo bem. Se não cumprir, não fica! E tem uma coisa: homem de divindade feminina não veste saia[...]Em nenhum momento eu o visto de baiana. Baiana é coisa de mulher mesmo. (SANTOS, 2008, p. 152).

A partir da pesquisa de Milton Silva dos Santos fica evidenciada a cobrança diferenciada em relação às pessoas que escapam das classificações de orientações sexuais e identidades de gênero hegemônicas em outra casa de candomblé visitada pelo autor uma mãe-de-santo afirmou que “homem não usa nem brinco! Nem homem, quem dirá viado. Nem brinco! Se os homens têm de dar exemplo, os adés⁶⁰ também. Senão começam com brinquinhos, depois vem a maquiagem, pulseiras, argolas, pendurichalhos. Fica feio dançar para o orixá” (SANTOS, 2008, p. 153).

Rios (2011); Sogbossi (2011); Mesquita (2004) afirmam em suas pesquisas que o candomblé é visto pelo imaginário popular e pelo senso comum como uma religião aberta à diversidade sexual e de gêneros. Porém, o que se percebeu na realidade candomblecista aracajuana é que as travestis afroreligiosas não podem exercer o gênero com o qual se identificam, o feminino, dentro das liturgias religiosas. No caso dos homossexuais, principalmente os masculinos, o cenário é

⁵⁹ As divindades femininas são denominadas de yabás.

⁶⁰ Homens homossexuais

mais parecido com o apontado pelos três autores, inclusive com a presença de pais-de-santo homoafetivos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A visibilidade das pessoas transexuais surge diante da realidade brasileira que começa a perceber as questões de gênero para além da cultura hegemônica hetero-cis-normativa, com a necessidade de rever diversos níveis de exclusão e discriminação que sofrem as pessoas trans, antes invisibilizadas.

Esse movimento de visibilidade das pessoas trans e travestis atrelado à igualdade de gênero alcança todos os campos da vida contemporânea, inclusive a esfera religiosa, na qual o candomblé está inserido. Esse tema conduz à reflexão acerca da liberdade do exercício da identidade feminina pelas travestis nos terreiros.

Inicialmente foram estudados conceitos e características relacionados a gênero, com ênfase na questão da transexualidade, depois foram apresentados alguns aspectos da religiosidade candomblecista no Brasil, seguida de análise acerca da liberdade de exercício da identidade feminina dos terreiros pelas travestis, comparando-a à liberdade de exercício da orientação sexual dos homoafetivos.

Todo este caminho percorrido pretendeu demonstrar o cenário do exercício de identidades de gênero não hegemônicas na esfera das afrorreligiões em Aracaju, Sergipe.

Verificou-se que, de forma geral, predomina na capital sergipana terreiros coordenados por homens cis, alguns heterossexuais e outros homossexuais. Também se pode constatar a presença de travestis na seara candomblecista aracajuana. Ocorre que, para as travestis é comumente vedado o exercício da identidade feminina.

O candomblé é visto como uma religião que acolhe sexualidades e gêneros dissidentes. Na realidade de Aracaju/SE constatou-se uma abertura razoável às pessoas homoafetivas, havendo inclusive pais-de-santo homossexuais à frente dos terreiros. Porém, no campo da diversidade de gênero

não se percebe esse mesmo acolhimento, as travestis não podem exercer sua identidade feminina, é comum serem tratadas como homens e a exigência de um comportamento masculino nos rituais religiosos, o que afrontam diretamente seus direitos da personalidade.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, S. de. **O segundo sexo**: a experiência vivida, vol. II. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BENTO, B. **A reinvenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BORGES, R. C. B. **Direito de personalidade e autonomia privada**. 2.ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2015.

_____. Código Civil (2002). **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**: Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2015.

BUTLER, J. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LEITE JUNIOR, J. **Nossos corpos também mudam**: sexo, gênero e a invenção das categorias “travesti” e “transexual” no discurso científico. São Paulo, 2008 (Tese de doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

MATORY, J.L. Homens montados. In: Reis, J.J. (org.) **Escravidão e invecção da liberdade**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. Feminismo, nacionalismo e a luta pelo significado do adé no Candomblé: ou, como Edson Carneiro e Ruth Landes inventaram o curso da história. **Revista de Antropologia**, São Paulo, USP, 2008, vol. 51 (1).

MESQUITA, R. R. Entre homens, mulheres e deuses: identidade, gênero e (homo) sexualidade no contexto religioso afro-brasileiro. **Revista Gênero**, Niterói, UFF, v.4, n.2, 2004.

MOURA, C.E.M. (org.) **Candomblé: religião do corpo e da alma**. Rio de Janeiro: Pallas, 2004.

NATIVIDADE, M.; OLIVEIRA, L. Religião e intolerância à homossexualidade: Tendências contemporâneas no Brasil. In: SILVA, V.G (organizador). **Intolerância religiosa: Impactos do neopentecostalismo no campo religioso Afro-brasileiro**. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2007.

PELÚCIO, L. Corpos indóceis: a gramática erótica do sexo transnacional e as travestis que desafiam fronteiras. In: SOUZA, L. A. F. de; SABATINE, T. T.; MAGALHÃES(organizadores). **Michel Foucault: sexualidade, corpo e direito**. Marília: Cultura Acadêmica, 2011.

PERES, W. S. Travestis: corpos nômades sexualidades múltiplas e direitos políticos. In: SOUZA, L. A. F. de; SABATINE, T. T.; MAGALHÃES(organizadores). **Michel Foucault: sexualidade, corpo e direito**. Marília: Cultura Acadêmica, 2011.

RIOS, L. F. “LOCE LOCE METÁ RÊ-LÊ!”: posições de gênero-erotismo entre homens com práticas homossexuais adeptos do candomblé do Recife. **Revista Pólis e Psique**, Porto Alegre, UFRGS, vol. 1, 2011.

SANTOS, A.S. O gênero na berlinda: reflexões sobre a presença de travestis e mulheres transexuais nos terreiros de candomblé. In: **III Seminário Internacional Enlaçando Sexualidades**, 2013, Salvador. Anais do III Seminário Internacional Enlaçando Sexualidades, 2013. v. 01. p. 01-19.

SOGBOSSI, H. B. Vida existencial e identidade no candomblé: uma aproximação. **Revista Pós Ciências Sociais**, São Luiz do Maranhão, UFMA, vol. 8, n.16, jul./dez. 2011.

SZANIAWSKI, E. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TORRES, D. A. **Mulher nagô: liderança feminina e as relações de gênero e parentesco no Terreiro de Santa Bárbara Virgem, em Laranjeiras**. Dissertação de mestrado (Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais) Universidade Federal de Sergipe, 2012.

LIBERDADE ÉTNICO RELIGIOSA X PROTEÇÃO DOS ANIMAIS NÃO-HUMANOS: A POLÊMICA EM TORNO DA PRÁTICA DE IMOLAÇÃO NAS RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA

Kellen Josephine Muniz de Lima

Ilzver de Matos Oliveira

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 protege o direito à liberdade religiosa de forma ampla, já o Estatuto da Igualdade Racial erigiu proteção específica a liberdade étnico-religiosa de matriz africana. De outra banda, a Carta Magna protege, também, a fauna e a flora vedando práticas que submetam os animais a crueldade. Neste sentido, um enfrentamento polêmico envolvendo a extensão da liberdade religiosa se dá em torno do sacrifício ritual de animais não-humanos, presente nas liturgias afroreligiosas, quando tal prática aparentemente colide com a proteção dos direitos dos animais. O presente trabalho buscou analisar em que medida a proteção aos animais pode impor-se como um limite a prática de cultos religiosos que utilizam a imolação. Constatou-se que o cerne da argumentação dos protetores dos animais repousa sobre o aspecto da crueldade, entretanto, as religiões de matriz africana não são as únicas que preparam e ofertam alimentos segundo preceitos religiosos. A análise dos discursos ideológicos forjados em defesa dos direitos dos animais demonstrou contornos de intolerância religiosa, pois as tentativas de proibição buscam atingir apenas o sacrifício ritual de animais nas liturgias afroreligiosas, mas não se opõe ao sacrifício ritual que alimenta a indústria de produtores da chamada carne branca, que serve ao mercado israelita e muçulmano. Concluímos que, à luz do sistema normativo-legal brasileiro, inexistente qualquer objeção ao sacrifício religioso de animais, cabendo ao Judiciário, quando do enfrentamento no caso concreto, definir os limites entre a proteção conferida aos animais e a liberdade religiosa.

PALAVRAS-CHAVE: liberdade étnico-religiosa; direitos dos animais; religiões de matriz africana; sacrifício de animais; intolerância religiosa.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil dispõe de um robusto arcabouço constitucional e infraconstitucional de proteção ao direito fundamental à liberdade religiosa. Especialmente no que se refere às religiões de matriz africana, o Estatuto da

Igualdade Racial, em seu Capítulo III do Título II (artigos 23º ao 26º), protege especificamente o direito à liberdade de consciência e de crença e o livre exercício dos seus cultos religiosos, compreendendo proteção às suas liturgias, a celebração de festividades e cerimônias de acordo com seus preceitos, o acesso aos órgãos e meios de comunicação para divulgação, o combate à práticas de intolerância religiosa, dentre outras garantias.

Neste sentido, o Estatuto da Igualdade Racial vai além do texto constitucional, e reconhece a importância em erigir proteção específica a esta liberdade religiosa que apresenta um caráter predominantemente étnico, e que por isso mesmo se apresenta como um desdobramento do direito à identidade étnica.

Inseridas no universo de manifestações religiosas étnico-raciais, as religiões de matriz africana possuem um elemento dogmático peculiar, trata-se da prática do sacrifício ritual de animais não-humanos, também denominada de imolação, que faz parte das suas liturgias fundamentais, sobre a qual, portanto, recai tanto a proteção constitucional quanto a insculpida no Estatuto da Igualdade Racial. Contudo, diversas tentativas de proibição desta prática litúrgica estão sendo engendradas através da atuação do Poder Legislativo, de modo que as religiões de matriz africana, historicamente perseguidas e demonizadas por discursos de ódio proferidos especialmente pelos segmentos evangélicos neopentecostais, protagonizam hoje um novo embate com grupos de defensores dos animais.

Em torno deste embate ideológico foram forjados os discursos jurídicos que sustentam de um lado, a defesa do direito fundamental à liberdade étnico-religiosa, do outro lado, a proteção aos direitos dos animais. Assim, o presente trabalho buscou analisar em que medida a proteção aos animais pode impor-se como um limite ao direito étnico-racial-religioso, ao ponto de impedir a prática de cultos afroreligiosos que fazem uso do sacrifício litúrgico de animais não-humanos, bem como os contornos intolerantes que permeiam essa discussão. Para tanto, partiu-se da análise ampla e global da liberdade religiosa para, a partir dela, elucubrar sobre os fundamentos legais que sustentam o discurso dos afroreligiosos e o discurso dos grupos que promovem a defesa dos direitos dos

animais. A técnica de pesquisa empregada foi basicamente a de revisão bibliográfica, por meio da consulta à literatura especializada, legislação e jurisprudência sobre o tema tratado.

2 LIBERDADE ÉTNICO-RELIGIOSA: UM DESDOBRAMENTO DO DIREITO À IDENTIDADE ÉTNICA

Na Constituição Federal Brasileira de 1988, a liberdade religiosa, enquanto direito fundamental, está presente em seu artigo 5º, VI, VII e VIII. O Art. 5º, VI estabelece e define o conteúdo constitucional da liberdade religiosa no direito brasileiro, delineando os elementos constituintes de tal direito: liberdade de consciência e de crença.

Silva Neto (2008) destaca que em razão do princípio da laicidade, o Estado tem a obrigação de garantir e proteger o exercício pleno dos seguintes direitos derivados da liberdade religiosa e de consciência: 1) a liberdade do indivíduo de ter crença religiosa ou não; 2) a liberdade do indivíduo de professar a sua fé religiosa, caso a tenha; 3) a liberdade do indivíduo de trocar de religião; 4) a liberdade do indivíduo de não ser perseguido nem ofendido em razão de suas escolhas religiosas; 5) a liberdade dos familiares de decidirem pela educação religiosa, ou não, de seus descendentes; 6) a garantia de que esta educação religiosa não se choque com suas convicções, mas que as respeite; 7) a garantia de não ser discriminado em função de sua(s) crença(s).

Merece destaque aqui, quanto ao conteúdo específico do art. 5º, VI, que a liberdade religiosa envolve também a crença em um determinado conjunto de valores. Portanto, a opção de um indivíduo por uma religião traz, invariavelmente, como contrapartida, o dever de observar e cumprir alguns dogmas ou formalidades religiosas em razão de um ato de crença: o indivíduo crê em um dogma ou rito específico e o segue.

O direito à liberdade religiosa, além de estar assegurado pela Constituição Federal de 1988, também encontra proteção na legislação infraconstitucional (Lei nº 9.394/96, Lei nº 4.898/65, Lei nº 7.716/89, etc.), bem como em Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, a exemplo da Convenção

Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos; Declaração sobre a Eliminação de todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções; Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas; a Declaração de Princípios sobre a Tolerância.

Do contexto apresentado, se faz importante a reflexão sobre um outro direito humano fundamental, que se comunica diretamente com o direito à liberdade religiosa: é o direito à identidade étnica.

O Direito à identidade étnica pode ser entendido como o direito que uma pessoa tem de preservar, vivenciar e reproduzir sua cultura sem sofrer qualquer represália por isso. Envolve aspectos como idioma, religião, modo de vida e organização social. Ele permite que o indivíduo pertencente a um determinado grupo possa se afirmar como tal. É com base em sua identidade que o indivíduo constrói sua personalidade, estruturas psíquicas e emocionais. É com base em sua identidade que o indivíduo estabelece seus conceitos de certo e errado, bem e mal, justo e injusto (LIMA, 2010).

Indo além de possíveis traços de caráter fenotípico, esses aspectos identitários inequívocos, tais como língua, rituais sagrados, organização social específica, permitem maior consistência antropológica da referência à etnia (SOUZA, 2011). Remetem a uma identidade coletiva que, segundo Munanga (2012), consiste em uma categoria de definição de um grupo que pode ser feita através de alguns atributos selecionados no seu complexo cultural (língua, religião, arte, sistemas político, economia, visão do mundo), de sua história, de seus traços psicológicos, etc., entendidos como mais significativos do que outros e que o diferenciam de demais grupos ou comunidades, religiões, nações, etnias, etc. É o que os antropólogos chamam de “sinais diacríticos”, pois se trata da identidade como categoria de auto definição ou auto atribuição.

Portanto, cada ser humano guarda uma relação muito forte com o grupo étnico a que pertence, com suas tradições, valores e cosmovisão. A essa relação de pertencimento dá-se o nome de “identidade étnica”, direito intimamente ligado à liberdade cultural, parte vital do desenvolvimento humano. (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2004).

Em decorrência do importante papel desempenhado na formação do indivíduo, a identidade étnica é objeto de proteção jurídica em diversos tratados internacionais, a exemplo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art.27); Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (art.1º e 2º, parágrafo único) bem como a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, que dispõe sobre tal direito em relação aos povos indígenas e tribais. No Brasil, é previsto de forma implícita, conforme se extrai da interpretação do art. 5º, §2º combinado com os artigos 215, 216 e 231 da Constituição Federal de 1988. (LIMA, 2010).

Assim, uma vez que idioma, costumes, cultura e também as crenças são desdobramentos de uma identidade étnica, temos que dela também nasce um direito étnico-religioso. E, visto que a nossa Constituição Federal garante de maneira ampla e irrestrita a liberdade religiosa a todos, evidente que este direito também alcança as manifestações religiosas étnico-raciais, a exemplo dos cultos de matriz africana, o que foi efetivamente reconhecido pelo Estatuto da Igualdade Racial, em seu artigo 24.

A Lei nº. 12.288/2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, possui uma representatividade jurídica, histórica, legal e moral e inaugura um novo estágio na formulação de políticas públicas do país, pois aponta caminhos, resguarda direitos e legitima ações afirmativas, ainda que grande parte das reivindicações dos defensores dos direitos humanos e do movimento negro não tenha sido aprovada em seu texto definitivo(PAIM, 2011).

Especialmente no que se refere à liberdade religiosa, o Estatuto da Igualdade Racial, em seu Capítulo III do Título II (artigos 23º ao 26º), garante a liberdade para a prática de religiões de matriz africana, assegurando, também, assistência religiosa aos adeptos internados em hospitais ou em outras instituições de internação coletiva, inclusive aos submetidos à pena de privação de liberdade(NAME, 2011).

É importante perceber que não se trata de mera repetição do texto constitucional, mas sim, de uma proteção específica ao direito à liberdade de consciência e de crença e ao livre exercício dos cultos religiosos de matriz africana, compreendendo à proteção aos seus locais de culto e as suas liturgias,

a celebração de festividades e cerimônias de acordo com seus preceitos, o acesso aos órgãos e meios de comunicação para divulgação, o combate à práticas de intolerância religiosa, dentre outras garantias que voltadas especificamente para a proteção das religiões afro-brasileiras.

O Estatuto, portanto, vai além do texto constitucional, e reconhece a importância em erigir proteção específica a esta liberdade religiosa que apresenta um caráter predominantemente étnico, e que por isso mesmo se apresenta como um desdobramento do direito à identidade étnica. O Estatuto, ao preservar a liberdade afro ou étnico-religiosa, sobretudo, preserva o direito à identidade étnica.

Inseridas nas manifestações religiosas étnico-raciais estão as religiões de matriz africana, cujo texto legal do Estatuto, como visto, protege suas liturgias e a celebração de cerimônias de acordo com seus preceitos, dentre outras garantias. Neste universo religioso, encontramos um elemento peculiar que costuma ser alvo de inúmeras polêmicas, trata-se da prática do sacrifício ritual de animais não-humanos, também denominada de imolação.

Para as religiões de matriz africana, a imolação de animais representa um símbolo milenar de suas crenças, ou seja, um dogma essencial à prática do culto das divindades, uma prática que faz parte das suas liturgias fundamentais (ROBERT, 2008), sobre a qual, portanto, recai tanto a proteção constitucional quanto a insculpida no artigo 24 do Estatuto da Igualdade Racial.

Antes de seguirmos adiante, entretanto, convém tecer alguns esclarecimentos acerca do que se define como “sacrifício” neste artigo.

3 O ESQUEMA SACRIFICIALNA TEORIA DE MARCEL MAUSS E HENRI HUBERT

Marcel Mauss e Henri Hubert, na obra “Sobre o Sacrifício”, fazem uma análise do sacrifício ritual a partir de duas religiões e seus textos sagrados: o ritual védico (politeísta) e o sacrifício bíblico presente no Antigo Testamento (monoteísta). Os autores partem do princípio de que todo “sacrifício” implica uma consagração, pois através dele um objeto passa do domínio comum ao domínio

religioso, ou seja, ele é consagrado. Contudo, o sacrifício consiste em um tipo muito particular de consagração: seu traço distintivo é que nele a consagração irradia-se para além da coisa consagrada, atingindo tanto a pessoa que se encarrega da cerimônia (o sacrificador) quanto o sacrificante (fiel que forneceu a vítima), que pode ser um indivíduo ou uma coletividade. Opera-se, portanto, uma transformação religiosa que consiste na elevação dos indivíduos a um estado de graça. A vítima do sacrifício funciona, assim, como intermediário entre o sacrificante e a divindade, e possibilita o contato entre estes dois mundos, o sagrado e o profano (MAUSS; HUBERT, 2005).

Os autores conceituam o sacrifício, portanto, como “um ato religioso que mediante a consagração de uma vítima modifica o estado da pessoa moral que o efetua ou de certos objetos pelos quais ela se interessa” (MAUSS; HUBERT, 2005, p. 19).

Uma série de purificações precisam ser observados a fim de preparar o sacrificante a executar seu papel. Quanto ao sacrificador não são muitos os rituais de purificação preparatórios, visto que geralmente se trata de um sacerdote, o que já lhe confere certa proximidade com o sagrado. Por ser o sacrifício um ato religioso, só pode se efetuar num meio religioso e por intermédio de agentes essencialmente religiosos. Portanto, o sacrifício deve ocorrer em um cenário sacralizado, pois “fora de um local santo a imolação não é mais que um assassinato” (MAUSS; HUBERT, 2005, p. 32). Ademais, o ato sacrificial deve ser preciso e rápido.

Os cuidados com a vítima são também anteriores ao rito propriamente dito, uma vez que ela também é um espaço sagrado. Para tanto, deve preencher certas condições a fim de receber as consagrações prévias necessárias: ser sadia, não possuir defeitos ou enfermidades, ter tal ou qual cor e possuir as características necessárias relativas ao fim que se deseja. Após as consagrações prévias, a vítima já se encontra em estado de sacralidade, mas o espírito divino que ela agora contém ainda está preso em seu corpo e, portanto, ligado ao mundo profano. A morte irá romper esse vínculo tornando a consagração definitiva, fazendo-a renascer sagrada. O sacrifício, portanto, muda a natureza da

vítima. Em diversas línguas chamavam de santificação o ato que a elevava a esse estado sagrado (MAUSS; HUBERT, 2005, p. 41).

Uma vez separada definitivamente do mundo profano, é comum que o destino da vítima seja o consumo, tanto divino quanto humano, seja inteira ou em partes. Caso não venha a ser inteiramente oferecida aos deuses, ela será ingerida pelos participantes, sendo este um momento de comunicação das virtudes religiosas suscitadas pela consagração ritual, visto que pela ingestão o sacrificante (indivíduo ou comunidade) reterá da vítima as "qualidades" sagradas que ela adquiriu através do sacrifício (MAUSS; HUBERT, 2005).

Esse valor especial da vítima também aparece no sacrifício do deus, que consiste no sacrifício de uma pessoa divina e é através dele que a noção do sacrifício chega à sua mais alta expressão. Foi com essa forma que o sacrifício penetrou entre as religiões mais recentes e deu origem a crenças e práticas que ainda vivem. Sobre o sacrifício redentor do deus na teologia cristã, os autores pontuam que:

Assim transformado e como que sublimado, o sacrifício se conservou na teologia cristã. Sua eficácia foi simplesmente transportada do mundo físico para o mundo moral. O sacrifício redentor do deus perpetua-se na missa diária. Não pretendemos investigar como se constituiu o ritual cristão do sacrifício, nem como ele se liga aos ritos anteriores. [...] Aqui nos será suficiente lembrar a espantosa similitude entre elas e indicar que o desenvolvimento de ritos tão semelhantes aos do sacrifício agrário pôde dar origem à concepção do sacrifício redentor e comunal do deus único e transcendente. Sob esse aspecto, o sacrifício cristão é um dos mais instrutivos que se pode encontrar na história. Nossos sacerdotes buscam, pelos mesmos procedimentos rituais, quase os mesmos efeitos buscados pelos nossos mais remotos antepassados. O mecanismo da consagração da missa católica é, em linhas gerais, o mesmo que o dos sacrifícios hindus. Ele nos apresenta, com uma clareza que nada deixa a desejar, o ritmo alternado da expiação e da comunhão. A imaginação cristã se erigiu sobre planos antigos. (MAUSS; HUBERT, 2005, p. 99-100).

Neste sentido, vê-se, no cristianismo, que “a figura do cordeiro pascal, vítima habitual de um sacrifício agrário ou pastoril, persistiu e serve ainda hoje para designar Cristo, isto é, Deus. O sacrifício forneceu os elementos da simbólica divina” (MAUSS; HUBERT, 2005, p. 87). E esse sacrifício é renovado a

cada missa pela comunhão, ato através do qual o fiel toma do corpo do cordeiro de Deus (hóstia consagrada) que retira os pecados do mundo.

De tudo aqui demonstrado, é possível chegar à conclusão de que o sacrifício ritual consiste em um ato religioso executado com um pensamento religioso, portanto, exige um credo. É um ato que implica em fé.

2.1 O sacrifício ritual de animais não-humanos nas religiões de matriz africana

Como demonstrado, o sacrifício ritual de animais não-humanos (imolação) não é uma prática exclusiva das religiões de matriz africana, ao contrário, está presente, histórica e atualmente, em variadas confissões religiosas. Neste sentido, para as religiões de matriz africana a imolação de animais representa um símbolo milenar de suas crenças, ou seja, um dogma essencial à prática do culto das divindades (ROBERT, 2008).

Roger Bastide (2001) apresenta uma sucinta descrição a respeito do ritual de imolação, no qual se pode notar certa preocupação das religiões de matriz africana quanto à incompreensão do significado deste ritual. A descrição feita pelo autor também sinaliza que o animal não é sacrificado por qualquer pessoa, mas apenas pelo *axogum* (o moador de faca), pessoa devidamente autorizada pelos Orixás para realizar as imolações:

Essa parte do ritual não é propriamente secreta; porém, não se realiza em geral senão diante de um número muito pequeno de pessoas, todas fazendo parte da religião. Teme-se sem dúvida que a vista do sangue revigore entre os não-iniciados os estereótipos correntes sobre a “barbárie” ou o caráter supersticioso da religião africana. Uma pessoa especializada no sacrifício, o *axogum*, que tem função na hierarquia sacerdotal, é quem realiza o sacrifício ou, na sua falta, o *babalorixá*, sacerdote supremo. O objeto do sacrifício, que é sempre um animal, muda conforme o deus ao qual é oferecido [...]. O sexo do animal sacrificado deve ser o mesmo da entidade que recebe o sangue derramado; e o modo de matar varia igualmente segundo os casos [...]. Varia também o instrumento a execução que muitas vezes deve ser uma “faca virgem”. Na realidade não se trata de um único sacrifício, mas de dois; pois qualquer que seja o deus adorado, Exu deve ser o primeiro servido [...]. Há, pois, o primeiro sacrifício para o “animal de duas patas” para Exu, e em segundo

lugar, quando o permitem as finanças da casa, de um “animal de quatro patas” para a divindade que está sendo celebrada. (BASTIDE, 2001, p. 31-32).

São imolados animais chamados de “dois pés”, a exemplo de pombos, galos e galinhas; e de “quatro pés”, tais como bodes, cabras, carneiros, porcos (BASTIDE, 2001). Existe um cuidado especial para com os animais que serão sacrificados, pois, na visão dos adeptos, a imolação deve ser realizada com o mínimo de sofrimento possível para o animal. Animais maltratados ou doentes não podem ser oferecidos aos Orixás, assim, enquanto o animal permanece vivo na casa de santo, deve estar saudável e bem cuidado, pois é considerado sagrado (TADVALD, 2007).

Ao serem preparados para o sacrifício são manuseados sem que haja qualquer forma de tortura. Ao ser imolado, o animal tem sua cabeça separada do corpo num só golpe de faca, rápido e preciso, possibilitando que seu cérebro, que recebe as informações sensoriais (a exemplo da dor), seja desativado de imediato (OMINIRÔ, 2014).

Das mãos do *axogum* para as mãos da cozinheira (*iabassê*), que vai preparar o alimento dos deuses, nem todas as partes do animal são oferecidas às divindades, mas somente moela, fígado, coração, pés, asas, cabeça e o sangue (BASTIDE, 2001). A maior parte da carne será consumida pelos fiéis e visitantes, pois, na visão do candomblé, tanto os deuses quanto os homens devem “comer” do sacrifício. Não há desperdício, muito menos uma matança sem sentido. A transformação do animal sacrificado em alimento representa uma dinâmica de solidariedade entre os atores envolvidos no ritual, pois todos podem usufruir o banquete. Na visão de diversos adeptos, este ato permite que se espalhe o axé (uma espécie de força ou energia vital) para muitos lugares e entre várias pessoas. Assim, o consumo da carne de um animal que foi oferecido é vista como uma forma de comunhão com os deuses (TADVALD, 2007).

Nessas breves linhas, em que foram apresentadas as características gerais do sacrifício ritual praticado pelas religiões de matriz africana, é possível identificar todos os elementos presentes no esquema sacrificial apresentado por Marcel Mauss e Henri Hubert, e que consiste, em suma, na ideia de consagração, de sacralização do animal oferecido em sacrifício. Isso demonstra que o sacrifício

ritual praticado nas religiões afro-brasileiras em nada difere do sacrifício milenar encontrado nos textos védicos e no Antigo Testamento da Bíblia.

3 AS TENTATIVAS DE PROIBIÇÃO DO SACRIFÍCIO DE ANIMAIS NÃO-HUMANOS NAS LITURGIAS DE MATRIZ AFRICANA

Uma das maiores polêmicas envolvendo as religiões afro-brasileiras repousa sobre a prática da imolação de animais não-humanos. Essa polêmica não é nova, ao contrário, sempre foi marcante nos discursos de ódio formulados pelas igrejas neopentecostais, especialmente pela Igreja Universal do Reino de Deus, como estratégia de demonização das religiões de matriz africana. Contudo, tem sido fortalecida nos últimos anos por uma nova vertente, representada pelos defensores dos direitos dos animais.

A primeira tentativa de proibição do sacrifício ritual de animais não-humanos a ganhar repercussão jurídica nacional veio do Rio Grande do Sul. O Código Estadual de Proteção aos Animais do Rio Grande do Sul, Lei nº 11.915 de 2003, cujo projeto inicial foi de autoria do Deputado Estadual Manoel Maria dos Santos, então pastor da Igreja do Evangelho Quadrangular, trazia em seu artigo 2º uma ampla vedação ao sacrifício de animais, a exemplo da proibição quanto ao sacrifício de animais com venenos ou outros métodos não preconizados pela Organização Mundial da Saúde, nos programas de profilaxia da raiva. (RIO GRANDE DO SUL, 2003).

Como reação contrária ao referido projeto de lei, os integrantes de movimentos em defesa das religiões de matriz africana promoveram, à época, manifestações de protesto, posto que a aprovação do Código configuraria uma ameaça às práticas ritualísticas dessas religiões. Em consequência dessa mobilização, o Deputado Estadual Edson Portilho do Partido dos Trabalhadores (PT) apresentou o projeto de lei nº 282/2003, com o escopo de estabelecer uma ressalva à redação do art. 2º do Código Estadual de Proteção aos Animais e garantir a prática do sacrifício nos rituais afroreligiosos (ROBERT, 2008).

Por maioria dos votos (32 a 2), o projeto de lei foi aprovado pela Assembleia Legislativa Gaúcha, sendo incluída no Código Estadual de Proteção

aos Animais, por meio da Lei nº 12.131, a exceção “não se enquadra nessa vedação o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões de matriz africana” (RIO GRANDE DO SUL, 2004). Na mesma data, regulamentando a alteração promovida pela Lei nº 12.131/04, foi publicado o Decreto nº 43.252, estabelecendo, em seu artigo 3º, que nas liturgias de matriz africana “somente poderão ser utilizados animais destinados à alimentação humana, sem a utilização de recursos de crueldade para a sua morte” (RIO GRANDE DO SUL, 2004).

Em virtude da alteração legislativa, o Procurador Geral de Justiça, Roberto Bandeira Pereira, propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADin. nº 70010129690) perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em desfavor da Assembleia Legislativa e do Governador do Estado. Em 18 de Abril de 2005, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou improcedente a ação. O Desembargador Relator, Araken de Assis, relator do processo, entendeu que o sacrifício de animais nas cerimônias religiosas de matriz africana não configura afronta direta aos dispositivos penais estatuídos nos art. 32 da Lei Federal nº 9.605/98 e no art. 64 da Lei de Contravenções Penais. Para ele, termos como maus-tratos e crueldade são carregados de subjetividade. Ao fazer um comparativo entre o sacrifício de animais nas liturgias e os matadouros de aves, afirmou ser impossível presumir que a morte de um animal em um culto religioso seja mais cruel do que a praticada em matadouros (RIO GRANDE DO SUL, 2005).

A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça foi objeto de Recurso Extraordinário (RE nº 494601) no Supremo Tribunal Federal, sendo distribuído em 29/09/2006 para o Ministro Marco Aurélio. Até o momento o recurso ainda não foi julgado.

Em 2013, a votação de um novo Projeto de Lei, oriundo da Câmara Municipal de Salvador, ganhou repercussão midiática. O vereador Marcell Moraes, autor do projeto nº 308/2013, propôs a proibição do sacrifício e/ou mutilação de animais na prática de qualquer atividade religiosa no município de Salvador (SALVADOR, 2013).

Após uma forte mobilização, que culminou na ocupação da Câmara por centenas de afrorreligiosos, o projeto foi rejeitado por unanimidade na sessão ordinária do dia 07 de maio de 2013. A Comissão de Constituição e Justiça, que deu parecer contrário à tramitação do projeto, destacou que o projeto de lei do vereador feria a Constituição Federal por afrontar o direito inviolável à prática de qualquer culto religioso, bem como atentou para a questão cultural e dos costumes ancestrais dos adeptos da religião de matriz africana, acrescentando a importância da cultura religiosa do povo de santo na Bahia (ESTEVES, 2013).

Em 2015, a votação de dois projetos de lei reacendeu a polêmica e os embates entre os afrorreligiosos e os defensores dos direitos dos animais. O primeiro deles, Projeto de Lei nº 992/2011, de autoria do Deputado Estadual Feliciano Filho, pretendia proibir o uso e o sacrifício de animais em práticas de rituais religiosos no Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 2011). Referido projeto foi arquivado em 19 de março de 2015 após intensa mobilização dos afrorreligiosos nas redes sociais, que contaram com o apoio da Deputada Leci Brandão na Assembleia Legislativa de São Paulo.

Já o Projeto de Lei nº 21/2015, de autoria da Deputada Estadual Regina Becker, do Rio Grande do Sul, retoma a polêmica iniciada em 2003 e tenta “ressuscitar” a redação original do projeto que instituiu o Código Estadual de Proteção aos Animais do Rio Grande do Sul. Em sua redação, o PL nº 21/2015 pede a revogação do parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 11.915/2003 e da Lei nº 12.131/2004, o que, em outras palavras, significa um pedido de exclusão da exceção inserida no Código Estadual de Proteção aos Animais, que permite a prática do sacrifício ritual de animais não-humanos como decorrência do direito ao livre exercício dos cultos e liturgias. Na justificativa do projeto, a Deputada Regina Becker afirma que “o sacrifício de animais em rituais religiosos em muito inquieta a sociedade e os preceitos de respeito e da boa convivência harmônica e pacífica precisam ser restabelecidos” (RIO GRANDE DO SUL, 2015). Trata-se, portanto, de uma justificativa que apela para o discurso da defesa pela moral e bons costumes.

Em reunião ordinária, no dia 10 de março de 2015, a Comissão de Constituição e Justiça aprovou a realização de uma audiência pública sobre o

projeto (PERUZZO, 2015). A audiência pública foi realizada no dia 25 de março de 2015, e contou com a presença de parlamentares, representantes do Judiciário, da OAB, grupos de religiões de matriz africana e de defesa dos animais, que se alternaram na apresentação das suas posições. Já a autora do projeto de lei não estava presente (BENDER, 2015).

Em sua fala, o deputado Jeferson Fernandes fez a leitura da decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferida em 2005, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70010129690, que, para ele, não deixa dúvidas sobre a matéria em análise ressaltando que o Tribunal se pronunciou pela preservação da cultura afro-brasileira e da liberdade religiosa. O juiz Roberto Lorea, citando as diferenças culturais, observou a dificuldade em entender e compreender as ações de outras pessoas, diferentes das nossas, e exemplificou: “Para algumas pessoas, causa espécie a morte de uma ovelha em um ritual; mas estas mesmas pessoas comem peixe na Páscoa” (BENDER, 2015). Já o juiz Roger Raupp Rios destacou a vedação constitucional às práticas cruéis e, citando a definição do dicionário para “prática cruel”, disse ser aquela que pretende intencionalmente fazer dor, derramar sangue, causar brutalidade. Neste sentido, aplicando este conceito, vê-se que ele não se aplica aos sacrifícios rituais, pois eles não têm o objetivo de infligir dor nem sadismo. Asseverou, ainda, que a proposição tinha por finalidade banir os rituais, independente do fator crueldade (BENDER, 2015).

Em reunião ordinária realizada no dia 07 de abril de 2015, o presidente da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), deputado Gabriel Souza, leu seu parecer favorável à constitucionalidade do PL 21/2015. Em seguida, os deputados titulares integrantes da CCJ se manifestaram contrários ao parecer do relator. Os deputados Altemir Tortelli e Nelsinho Metalúrgico (não integrantes da CCJ), também manifestaram-se pela inconstitucionalidade. O deputado Diógenes Basegio, por sua vez, solicitou vistas por julgar necessário uma análise mais detalhada para se pronunciar sobre o parecer, motivo pelo qual o projeto ainda não foi votado (OSELLAME, 2015).

Existe, ainda, um outro projeto com tramitação no Congresso Nacional, em regime de prioridade. Trata-se do Projeto de Lei nº 4331 de 2012, de autoria do

Deputado Federal Pastor Marco Feliciano, que acrescenta o inciso IV ao § 1º do Art. 29 da Lei nº 9.605/98. O referido inciso inclui no rol dos “Crimes contra a Fauna”, punível com detenção de seis meses a um ano (e multa), quem pratica o sacrifício de animais em rituais religiosos de qualquer espécie. Na justificativa do projeto, o Deputado Marco Feliciano, sustenta que entidades que promovem a proteção de animais ensejam esforços para coibir tais práticas, que “tipificam crueldade descabida e maus exemplos às crianças que assistem esses rituais e setornam insensíveis ao sofrimento, até mesmo de seres humanos” (BRASIL, 2012).

Convém ressaltar que a continuidade desta pauta legislativa no Rio Grande do Sul, bem como Brasil afora, tendo por objetivo proibir a prática litúrgica do sacrifício ritual de animais não-humanos que faz parte do universo dogmático das religiões de matriz africana, está sendo possível apenas porque o Supremo Tribunal Federal (STF) ainda não julgou o Recurso Extraordinário nº 494601, originado a partir da Ação Direta de Constitucionalidade nº 70010129690. Referido Recurso Extraordinário foi distribuído em 2006, sua última movimentação data de 14 de junho de 2012 e permanece até hoje sem julgamento. Evidente que uma definição do STF quanto ao objeto do recurso encerraria, ao menos do ponto de vista normativo-legal, a possibilidade de novas proposições legislativas idênticas.

4 DO LIVRE EXERCÍCIO DOS CULTOS RELIGIOSOS DE MATRIZ AFRICANA: A PROTEÇÃO ÀS LITURGIAS

Como visto, para as religiões de matriz africana, a imolação de animais configura um dogma essencial à prática do culto das suas divindades. Em sendo assim, constitui-se como uma de suas liturgias, sobre a qual recai a proteção constitucional e proteção a inculpada no artigo 24 do Estatuto da Igualdade Racial.

Neste sentido, as religiões de matriz africana protagonizam hoje um novo embate com grupos de defensores de animais. Em torno deste embate ideológico foram forjados os discursos jurídicos que sustentam cada um dos lados

envolvidos na celeuma: de um lado a defesa do direito fundamental à liberdade étnico-religiosa, do outro lado a proteção aos direitos dos animais.

A análise do discurso jurídico sustentado pelos grupos filiados à proteção dos direitos dos animais permite identificar diversos traços encontrados com frequência nos discursos intolerantes sustentados por segmentos evangélicosneopentecostais. É o que veremos.

4.1 Defesa dos direitos dos animais ou uma nova vertente da intolerância religiosa?

Consoante já delineado em linhas anteriores, como desdobramento do direito fundamental à liberdade religiosa, reconhece-se que o conteúdo da liberdade religiosa compreende contornos mais amplos que simplesmente o da liberdade de crença, ou seja, de poder possuir e exprimir uma determinada crença. Isso porque, evidentemente, a plena realização do direito à liberdade religiosa depende não apenas do direito de livre expressão da crença escolhida, mas também do direito a uma autodeterminação existencial a partir dela e de seus ditames.

Assim, a liberdade religiosa está diretamente relacionada também a autodeterminação a partir de um determinado conjunto de valores, o que envolve o dever do adepto em observar e cumprir alguns dogmas ou formalidades religiosas, ou seja: o indivíduo crê em um dogma ou rito específico e o segue.

De outra banda, é sabido que nenhum direito ou valor pode ser compreendido em seu sentido absoluto. Reconhecer que a liberdade religiosa protege o direito do adepto se autodeterminar em razão de uma crença religiosa não assegura, a priori, que todas as práticas religiosas necessárias à essa autodeterminação estarão protegidas pelo Direito. Dúvidas não restam, por exemplo, de que práticas religiosas que atentem contra a vida humana não serão toleradas pelo ordenamento jurídico pátrio.

A liberdade religiosa não assegura, portanto, que uma determinada conduta, pelo simples fato de ser religiosamente justificada, terá tratamento excepcional em relação às normas estatais com as quais eventualmente entra em

conflito. O certo é que, a solução da controvérsia dependerá da análise dos muitos fatores envolvidos no caso concreto apresentado.

Pois bem. A Constituição Federal de 1988, após declarar que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (Art. 225, caput), dispõe que:

Art. 225, §1º, VII) para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público [...] proteger a fauna e a flora, vedadas na forma da lei as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (BRASIL, 1988, n.p.).

Vê-se que o texto constitucional atribui aos animais um mínimo direito, qual seja, o de não serem submetidos à crueldade, sendo esta a principal lei de proteção aos animais existente em nosso ordenamento jurídico. Neste sentido, convém destacar, entretanto, que o sofrimento do animal objeto do sacrifício religioso em nada difere daquele suportado pelo animal abatido para consumo, não podendo, por óbvio, ser este um argumento válido para um questionamento jurídico da referida prática religiosa, salvo, contudo, se for demonstrado no caso concreto um tratamento cruel e de tortura maior no primeiro caso do que no segundo.

Fiorillo e Rodrigues (1999) argumentam acerca do conceito de crueldade, questionando qual seria a diferença entre a crueldade em se matar um animal em sacrifício e o abate de 200 mil frangos que ocorrem diariamente no Brasil, sem que ninguém tome providências a respeito. Já o Desembargador José Antônio HirtPreiss, ao se manifestar pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70010129690, professou em seu voto: “quando frequentador das ditas e chamadas casas de religião, das quais de uma eu fui dirigente, nunca vi alguém sacrificar um animal com crueldade. A morte é limpa e rápida” (ROBERT, 2008, p. 6).

Assim, nota-se que o cerne da argumentação construída por aqueles que condenam a prática religiosa de sacrifício de animais não-humanos (especificamente àquela inserida no universo das religiões de matriz africana) repousa sobre o aspecto controverso da crueldade.

Entretanto, como bem ressaltou o juiz Roger Raupp Rios, em sua fala na audiência pública que discutiu o Projeto de Lei nº 21/2015, a vedação

constitucional presente no artigo Art. 225, §1º, VII) faz referência às práticas cruéis e, citando a definição do dicionário para “prática cruel”, disse ser aquela que pretende intencionalmente fazer dor, derramar sangue, causar brutalidade. Neste sentido, como pontuou o referido magistrado, a aplicação deste conceito impõe que a terminologia não se aplica aos sacrifícios rituais afora religiosos, pois eles não têm o objetivo de infligir dor nem sadismo. Asseverou, ainda, que a proposição tinha por finalidade banir os rituais, independente do fator crueldade (BENDER, 2015).

De outra banda, já vimos que a história está repleta de exemplos de religiões que possuem métodos específicos de sacrifícios de animais segundo suas liturgias. A religião judaica, por exemplo, prescreve um método de sacrifício de animais sem a prévia insensibilização ou atordoamento, ao contrário do que ocorre no abate humanitário. A Torá exige que bovinos e frangos sejam abatidos de acordo com essas leis, num ritual chamado *Shechita*. Apenas uma pessoa treinada, denominada *Shochet*, é apta a realizar esse ritual. Antes do *Shechita* é realizada uma oração especial chamada *Beracha*. O abate se dá pela degola do animal ainda vivo, sem prévia insensibilização. A degola é feita pelo corte das artérias carótidas e veias jugulares, e a faca utilizada deve ser bem afiada, para permitir uma sangria única que minimize o sofrimento do animal. Um animal que tenha morrido por qualquer meio que não o sacrifício ritual é chamado de *neveila*, que significa literalmente "coisa suja", não servindo para alimentação de judeus. O termo hebraico *kosher* ou *kasher* significa “bom” e “próprio”, sendo utilizado para designar alimentos preparados de acordo com as leis judaicas de alimentação, denominadas *Kashrut* (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS EXPORTADORAS DE CARNE, 2013).

Também a religião muçulmana tem prescrições específicas sobre o método de sacrifício de animais, que não permitem insensibilização ou atordoamento prévio. O abate *Halal* (feito de acordo com os preceitos islâmicos) deve ser feito de forma rápida, para que o animal não sofra. Com a degola do sistema *Halal*, o sangue do animal não chega ao cérebro, causando a morte instantânea, eliminando dessa forma a liberação de toxinas que contaminem a carne. A retirada do sangue também faz parte do método e tem por objetivo diminuir as

chances do ser humano ser contaminado, caso o animal esteja com alguma moléstia. O ritual de sacrifício deve ser praticado com ética, seguindo as Leis do Alcorão, devendo ser evocado o nome de Deus no ato da degola, como uma maneira de agradecer pelo alimento recebido (CENTRAL ISLÂMICA BRASILEIRA DE ALIMENTOS HALAL, 2013).

O abate de animais segundo as regras *Kosher* e *Halal* ocorre em grande escala no Brasil. Seguindo normas religiosas estritas, exportamos para Israel, para os países árabes e para comunidades religiosas de todo o mundo muitas toneladas de carne anualmente. Com base em números do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, a Associação Brasileira das Indústrias Exportadoras de Carne (Abiec) relata que, em 2012, o Brasil exportou 348.973 toneladas de carne para o Oriente Médio e para o norte da África. Outro importante comprador é Israel, com a aquisição de 15.248 toneladas. Ao todo, estas transações movimentaram US\$ 1,624 bilhão, no ano passado (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS EXPORTADORAS DE CARNE, 2013).

A produção e exportação de carnes *Kosher* e *Halal*, cujos abates não utilizam métodos de insensibilização prévia, está prevista no regramento federal que permite expressamente esse abate de animais através da utilização de métodos religiosos. Trata-se da Instrução Normativa nº 3, de 17/01/2000, do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, que estabelece o Regulamento Técnico de Métodos de Insensibilização para o Abate Humanitário de Animais de Açougue e, em seu item 11.3, dispõe:

11.3. É facultado o sacrifício de animais de acordo com preceitos religiosos, desde que sejam destinados ao consumo por comunidade religiosa que os requeira ou ao comércio internacional com países que façam casa exigência, sempre atendidos os métodos de contenção dos animais. (BRASIL, 2000, n.p.).

Importante destacar que a normativa federal não utiliza a terminologia “abate de animais”, mas se refere expressamente à “sacrifício de animais”. Há, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, além da proteção constitucional à liberdade religiosa de maneira ampla (incluindo nela a proteção aos cultos e crenças), e além da proteção à liberdade étnico-religiosa inserida no Estatuto da

Igualdade Racial, que protege expressamente as liturgias de matriz africana, um permissivo normativo-técnico expresso ao sacrifício de animais realizado segundo preceitos religiosos, e sem a exigência de prévia insensibilização (o chamado abate humanitário), não sendo tal prática vista ou qualificada como um ato de crueldade. Em que ponto repousaria, portanto, a ilegalidade do sacrifício de animais perpetrado pelas religiões de matriz africana?

Neste contexto, impossível não concluir que se a lei não qualifica como ato de crueldade os abates *Kosher* e *Halal*, que se operam através da degola sem prévia insensibilização, também não pode tachar de cruel a mesma prática operada através da degola nos rituais afroreligiosos, sob pena de ferir o princípio da isonomia. Ao que parece, portanto, ou os defensores dos direitos dos animais desconhecem a normativa federal e, conseqüentemente, a indústria *Koshere Halal*, ou simplesmente fazem vista grossa quanto à existência desta lucrativa indústria de exportação. Neste caso, como bem asseverou o juiz Roger Raupp Rios, astentativas de proibição têm por finalidade tão somente banir os rituais de matriz africana, sendo o fator crueldade utilizado no discurso apenas como fachada.

Evidentemente que a intolerância religiosa, transmutada pela bandeira da proteção e defesa dos animais, insistirá em diferenciar o sacrifício de animais das religiões de matriz africana daquele praticado por judeus e muçulmanos. Irá argumentar, sem sombra de dúvidas, que no universo judaico-islâmico o animal sacrificado terá como destinação o consumo humano, e não a oferta a deuses “pagãos”. Ora, ainda que desconsiderássemos um dado relevantíssimo neste caso, qual seja, que o destino final de grande parte da carne do animal sacrificado nas práticas litúrgicas afro religiosas é ser destinado ao consumo dos religiosos participantes da cerimônia, e considerássemos apenas que o animal sacrificado (no todo) é destinado à oferenda das divindades (o que não é verdade), ainda assim, não se poderia perder de vista que o elemento central de uma possível vedação legal deverá estar atrelado à constatação da crueldade.

Sendo assim, se aos olhos da lei não existe crueldade no abate *Kosher* e *Halal*, do mesmo modo não existe crueldade na imolação praticada pelas religiões

de matriz africana, visto que ambas se valem do mesmo método mortífero, qual seja, a degola sem prévia insensibilização do animal.

É comum que, quando indagados sobre o porquê de não se mobilizarem contra os milhares de abates promovidos diariamente pela indústria, os defensores de animais se escudem sob o discurso de que ela (a indústria) observa as exigências impostas pelo Ministério da Agricultura quanto ao abate humanitário (precedido de insensibilização do animal). Contudo, já vimos que não é bem assim, já que a produção de carne *Kosher* e *Halal*, mesmo não se enquadrando no regramento do abate humanitário, é legal no Brasil. Ademais, não podemos perder de vista, também, os incontáveis animais que diariamente são abatidos de forma clandestina, ou em matadouros legais, e, inclusive, em diversos lares das famílias brasileiras (principalmente em se tratando do abate de galináceos). Todavia, não vemos os defensores de animais levantando bandeiras no poder legislativo contra esta prática cruel!

No setor do agronegócio milhares de animais são confinados, queimados, degolados, eletrocutados, escarpelados e retalhados para servir de alimento nas mesas das famílias brasileiras. Cortes de cauda nas ovelhas, extração dos dentes dos suínos, debicagens nas galinhas e castrações de bois e cavalos são práticas diárias, tudo sem insensibilização prévia. O sistema de confinamento, a dieta com hormônios para agilizar a engorda e o transporte aos matadouros ou abatedouros, feito com os animais amontoados nas carrocerias dos caminhões, expostos ao sol e chuva, sem água mesmo quando em temperaturas elevadas. Essas práticas cruéis que ocorrem em larga escala são toleradas e justificadas pela demanda alimentar carnívora (LEVAI, 2006).

Além da indústria da carne, no meio cultural também existem espetáculos públicos que se realizam mediante a imposição de dor aos animais, é o que se vê nos rodeios e nas vaquejadas. Outros exemplos de crueldade permitidas e toleradas pela lei são vistas em circos que transformam animais em escravos; zoológicos transformados em vitrines vivas, criadouros comerciais de peles e produtos de couro manufaturado, tráfico animal, biopirataria, matança generalizada de animais domésticos (cães e gatos) em Centros de Controle de

Zoonoses, sem que estejam infectados com moléstia incurável ou que haja comprovação técnica de sua periculosidade (LEVAI, 2006).

Citando a fala da representante do Movimento Gaúcho em Defesa dos Animais, Sandra Royo, na audiência pública que discutiu o projeto de lei n.º 21/2015, a mesma questionou as falas e posicionamentos apenas em defesa da liberdade religiosa, com fundamento na Constituição Federal, em detrimento do direito à vida, que também está garantido constitucionalmente (BENDER, 2015). Ora, mas se a pauta dos defensores dos direitos dos animais é pelo direito à vida, diante de tudo que foi exposto nas linhas acima parece claro que a escolha do alvo está equivocada.

É fato que a liberdade religiosa no Brasil foi sendo construída num cenário em que se distinguiram quais religiões teriam direito à proteção legal e quais eram práticas consideradas antissociais, marginalizadas. Neste contexto, as religiões de origem africana herdaram, mesmo após a abolição da escravatura, o estigma do preconceito e da segregação racial praticada contra os negros (GIUMBELLI, 2002). A inexistência de um princípio universalista e de tratamento isonômico que abrangesse todos os sistemas religiosos existentes no Brasil inviabilizou o pleno reconhecimento dos direitos de certas matrizes religiosas, promovendo o acesso e tratamento desigual de determinadas religiões ao espaço público, de modo a legitimar um determinado sistema religioso (cristão) em detrimento de outros, por esta razão seus símbolos (cristãos) poderiam ser apresentados e ostentados no mundo público (MIRANDA, 2010).

Trazidos pelos escravos durante o período colonial, esses cultos foram sempre percebidos pela sociedade “letrada” e formadora de opinião como primitivos, arcaicos, formas rasas de feitiçaria e até mesmo como doença (MAGGIE, 1992). Assim, como resultado da inexistência histórica de um tratamento igualitário e uniforme dispensado à todos os sistemas religiosos, percebe-se no Brasil, ainda nos tempos atuais, uma maior intolerância com relação às manifestações da religiosidade afro-brasileira.

Os argumentos utilizados nas justificativas dos projetos de lei de autoria da Deputada Estadual Regina Becker e do Deputado Federal Marco Feliciano, demonstram um forte apelo à questões de ordem moral, de civilidade e de bons

costumes, deixando nas entrelinhas a ideia de que as religiões de matriz africana fazem uso de práticas amorais ou pouco civilizadas, o que remete a uma estratégia de estigmatização e desqualificação dessas crenças, em razão das diferenças culturais, étnicas, raciais e econômicas historicamente existentes entre “brancos” e “negros”.

À luz do sistema jurídico brasileiro, portanto, somente nos resta concluir que inexistente qualquer objeção legal ao sacrifício religioso de animais não-humanos, cabendo ao Judiciário, quando do enfrentamento no caso concreto, em se tratando de colisão aparente de princípios, definir os limites entre a proteção conferida aos animais e a liberdade religiosa, por meio dos mecanismos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, como o uso da hermenêutica jurídica, resolvendo a referida colisão sem que se configure o abuso de direito. O operador do direito deve ser cauteloso, para evitar juízos precipitados, cabendo a ele, na análise do caso concreto, conhecer não apenas o ordenamento jurídico mas toda a realidade social pertinente à matéria em tela, daí a necessidade de se recorrer a outras áreas do conhecimento humano, como, a história, a antropologia, a filosofia e a teologia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 trouxe significativas contribuições para a proteção do livre exercício das crenças e cultos existentes no Brasil, país laico e democrático. Conjugado à garantia constitucional, o Estatuto da Igualdade Racial fortaleceu os contornos legais do que se pode chamar “liberdade étnico-religiosa”, desdobramento do direito à identidade étnica. O Estatuto, ao preservar a liberdade afro ou étnico-religiosa, sobretudo, preserva o direito à identidade étnica.

Neste universo de manifestações religiosas étnico-raciais encontramos as religiões de matriz africana, que apresentam um elemento dogmático peculiar, trata-se da prática do sacrifício ritual de animais não-humanos, também denominada de imolação. Para as religiões de matriz africana, a imolação de animais representa um símbolo milenar de suas crenças, uma prática que faz

parte das suas liturgias fundamentais, sobre a qual, portanto, recai tanto a proteção constitucional quanto a insculpida no artigo 24 do Estatuto da Igualdade Racial.

Entretanto, diversas tem sido as tentativas legislativas de proibição desta prática litúrgica, sob a égide do discurso da proteção aos direitos dos animais. Constatou-se que o cerne da argumentação dos defensores dos direitos dos animais repousa sobre o aspecto da crueldade, entretanto, as religiões de matriz africana não são as únicas que preparam e ofertam alimentos segundo preceitos religiosos. O judaísmo e o islamismo prescrevem métodos de abate de animais sem prévia insensibilização, praticados em grande escala no Brasil, existindo, regramento federal que permite esses abates segundo preceitos religiosos e sem a exigência de prévia insensibilização. Ademais, milhares de animais são abatidos diariamente para o consumo humano, em nada diferindo o sofrimento do animal objeto do sacrifício religioso daquele suportado pelo animal abatido para consumo.

Conclui-se, portanto, que à luz do sistema jurídico brasileiro inexistente qualquer objeção ao sacrifício religioso de animais, cabendo ao Judiciário, quando do enfrentamento no caso concreto, definir os limites entre a proteção conferida aos animais e a liberdade religiosa, por meio dos mecanismos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, como o uso da hermenêutica jurídica, resolvendo a referida colisão sem que se configure o abuso de direito.

A análise dos discursos ideológicos forjados em defesa dos direitos dos animais, neste embate específico, assume contornos de intolerância religiosa, posto que cuida de tentar proibir, através do Poder Legislativo, apenas o sacrifício ritual de animais não-humanos nas liturgias afroreligiosas, mas não se opõe ao sacrifício ritual que alimenta a lucrativa indústria de produtores da chamada carne branca, que serve ao mercado israelita e muçulmano. O que demonstra os contornos racistas, preconceituosos e intolerantes relativos aos religiosos de matriz africana, implícitos nas entrelinhas dos discursos ideológicos propagados em nome da defesa dos direitos dos animais.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS EXPORTADORAS DE CARNE – ABIEC. **A carne bovina Kosher**. São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.abiec.com.br/texto.asp?id=14>>. Acesso em: 09 jan. 2015.

_____. **Brasil de olho no mercado de carnes Halal e Kosher**. São Paulo, 10 jun. 2013. Disponível em: <http://www.abiec.com.br/noticia.asp?id=905#.VLXD_3tWXLU>. Acesso em: 09 jan. 2015.

BASTIDE, R. **O Candomblé da Bahia: rito nagô**. Tradução de Maria Isaura Pereira de Queiroz. Revisão técnica Reginaldo Prandi. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

BENDER, C. L. Audiência pública na Assembleia debate utilização de animais em cultos religiosos. **Agência de Notícias ALRS**, Porto Alegre, 26 mar. 2015. Disponível em: <<http://www2.al.rs.gov.br/noticias/ExibeNoticia/tabid/5374/IdMateria/297261/langu age/pt-BR/Default.aspx>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4331/2012**. Acrescenta o inciso IV ao § 1º do Art. 29 da Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553718>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 de jan. 2015.

_____. Ministério da Agricultura e do Abastecimento. Secretaria de Defesa Agropecuária. **Instrução Normativa nº 3, de 17 de janeiro de 2000**. Brasília, 2000. Publicado no **Diário Oficial da União** em 24 jan. 2000. Disponível em: <<http://www.cda.sp.gov.br/www/legislacoes/popup.php?action=view&idleg=661>>. Acesso em: 11 jan. 2015.

CENTRAL ISLÂMICA BRASILEIRA DE ALIMENTOS HALAL. **Abate Halal**. São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.cibalhalal.com.br/pt/Frigorificos/AbateHalal>>. Acesso em: 09 jan. 2015.

ESTEVEZ, L. Projeto que proíbe sacrifício de animais em cultos provoca onda de repúdio em Salvador. **Rede Brasil Atual**, Salvador, 14 mai. 2013. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2013/05/projeto-que-proibe->

sacrificio-de-animais-em-cultos-provoca-onda-de-repudio-em-salvador>. Acesso em: 11 abr. 2015.

FIORILLO, C. A. P.; RODRIGUES, M. A. **Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável**. 2 ed., São Paulo: Max Limonad, 1999.

GIUMBELLI, E. **O fim da religião**: dilemas da liberdade religiosa no Brasil e na França. São Paulo: Attar Editorial, 2002.

LEVAI, L. F. Crueldade consentida: crítica à razão antropocêntrica. **Revista Brasileira de Direito Animal**, ano 1, n. 1, p. 171-190, 2006.

LIMA, E. F. Refugiados ambientais, identidade étnica e o direito das mudanças climáticas. **Prisma Jurídico**: São Paulo, v. 9, n. 2, p. 373-397, jul./dez. 2010.

MAGGIE, Y. **Medo do feitiço**: relações entre magia e poder no Brasil. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1992.

MAUSS, M.; HUBERT, H. **Sobre o sacrifício**. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2005.

MIRANDA, A. P. M. de. Entre o privado e o público: considerações sobre a (in) criminação da intolerância religiosa no Rio de Janeiro. **Anuário antropológico 2009-2**, Brasília, p. 125-152, dez. 2010.

MUNANGA, K. Negritude e Identidade Negra ou Afrodescendente: um racismo ao avesso?. **Revista da Associação dos Pesquisadores(as) Negros(as) – ABPN**, v. 4, n. 8, p. 06-14, jul./out. 2012.

NAME, P. C. Capítulo III - Do direito à liberdade de consciência e de crença e ao livre exercício dos cultos religiosos (art. 23 ao art. 26). In: SIMÃO NETO, Calil (Coord.). **Estatuto da igualdade racial: comentários doutrinários**. Leme: J. H. Mizuno, 2011.

OMINIRÔ, G. S. **Rúbo – o sacrifício de animais no candomblé: o aspecto religioso**. Disponível em: <<http://www.candomblesemsegredos.com.br/url-1403033158.html>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

OSELLAME, L. Adiada votação do parecer sobre constitucionalidade de projeto sobre Código de Defesa dos Animais. **Agência de Notícias ALRS**, Porto Alegre, 07 abr. 2015. Disponível em: <<http://www2.al.rs.gov.br/noticias/ExibeNoticia/tabid/5374/IdMateria/297481/language/pt-BR/Default.aspx>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

PAIM, P. R. Exposição dos motivos que levaram à apresentação do Estatuto da Igualdade Racial. In: SIMÃO NETO, Calil (Coord.). **Estatuto da igualdade racial: comentários doutrinários**. Leme: J. H. Mizuno, 2011.

PERUZZO, M. Aprovada audiência pública sobre projeto que proíbe sacrifício de animais em rituais religiosos. **Agência de Notícias ALRS**, Porto Alegre, 10 mar. 2015. Disponível em: <<http://www2.al.rs.gov.br/noticias/ExibeNoticia/tabid/5374/Default.aspx?IdMateria=296814>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. Relatório do Desenvolvimento Humano, 2004. **Liberdade cultural num mundo diversificado**. Lisboa: Mensagem, 2004. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/HDR/arquivos/RDHglobais/hdr2004-portuguese.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2014.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). **Decreto n.º 43.252**, de 22 de julho de 2004. Regulamente o artigo 2º da Lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=47826&hTexto=&Hid_IDNorma=47826>. Acesso em: 10 jan. 2015.

_____. **Lei n.º 11.915**, de 21 de maio de 2003. Institui o Código Estadual de Proteção aos Animais. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?Rotulo=Lei%20n%BA%2011915&idNorma=32&tipo=pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

_____. **Lei n.º 12.131**, de 22 de julho de 2004. Acrescenta parágrafo único ao artigo 2º da Lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/12.131.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

_____. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei nº 21/2015**. Altera a Lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003, que institui o Código Estadual de Proteção aos Animais, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, e revoga a Lei nº 12.131, de 22 de julho de 2004. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/ExibeProposicao/tabid/325/SiglaTipo/PL/NroProposicao/21/AnoProposicao/2015/Origem/Px/Default.aspx>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70010129690**. Tribunal Pleno. Relator: Desembargador Araken de Assis. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 17 de ago. de 2005. Porto Alegre, RS. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

ROBERT, Y. Y. A.; PLASTINO, C. A.; LEITE, F. C. **Sacrifício de animais em rituais de religiões de matriz africanas**. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2008/relatorios/ccs/dir/yannick_yves_andrade_robert.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2015.

SALVADOR (Município). Câmara Municipal. **Projeto de Lei nº 308/2013**. Dispõe sobre a proibição do sacrifício e/ou mutilação na prática de qualquer atividade religiosa e dá outras providências. Disponível em:
<<http://www.camarasalvador.com.br/pub/DOL-4055/index.html#/15/zoomed>>.
Acesso em: 11 abr. 2015.

SÃO PAULO (Estado). Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei nº 992/2011**. Proíbe o uso e o sacrifício de animais em práticas de rituais religiosos no Estado de São Paulo e dá outras providências. Disponível em:
<<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1041384>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

SILVA NETO, M. J. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, D. M. Título I - Disposições preliminares (art. 1º ao art. 5º). In: SIMÃO NETO, C. (Coord.). **Estatuto da igualdade racial: comentários doutrinários**. Leme: J. H. Mizuno, 2011.

TADVALD, M. Direito litúrgico, direito legal: a polêmica em torno do sacrifício ritual de animais nas religiões afro-gaúchas. In: **Revista Caminhos**, Goiana, v. 5, n. 1, p. 129-147, jan./jun. 2007.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM
DIREITO E SOCIEDADE DO
UNILASALLE**

**GT – ESTUDO DO CONTROLE DO CRIME:
METODOLOGIAS E RESULTADOS**

CANOAS, 2015

A "TEORIZAÇÃO FUNDAMENTADA NOS DADOS": UMA FERRAMENTA PARA ANÁLISE DOS DISCURSOS SOBRE O CONTROLE DO CRIME

*Riccardo Cappi*¹

RESUMO: Este artigo pretende oferecer uma descrição e uma leitura teórica dos “modos de pensar” o controle social da criminalidade e a justiça penal. O ponto de partida é a análise tanto das Propostas de Emenda Constitucional para redução da maioria penal quanto dos debates parlamentares brasileiros sobre o tema, ocorridos na Câmara e no Senado entre 1993 e 2010. Ademais, busca ilustrar a possibilidade de utilização da “teoria fundamentada nos dados” (*Grounded Theory*, de Glaser e Strauss) no campo da Sociologia do Direito, através de uma pesquisa empírica voltada para o estudo da produção legislativa. Após apresentação do método sugerido, serão expostos os procedimentos e alguns resultados da pesquisa, tais como: a estruturação dos argumentos favoráveis à redução da maioria penal; a identificação dos pontos cruciais de oposição entre os discursos favoráveis e contrários à mudança constitucional; a elaboração de quatro discursos-tipo, delineando maneiras diferentes de pensar o controle social da delinquência juvenil. Enfim, a partir do conceito de “racionalidade penal moderna” (Pires), mostra-se como, para além das posições políticas sustentadas, um amplo espectro de discursos parlamentares permanece centrado na visão hostil do autor da infração e na idéia de sanção aflictiva, referenciais dominantes em matéria de resposta social às condutas criminalizadas.

PALAVRAS-CHAVE: teoria fundamentada nos dados; pesquisa empírica (no campo do Direito); maioria penal; controle social; racionalidade penal moderna.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo apresenta uma parte dos procedimentos e dos resultados de uma pesquisa mais ampla, dedicada ao estudo das “maneiras de pensar” o

¹ Doutor em Criminologia e Mestre em Ciências Econômicas pela Université Catholique de Louvain (Bélgica). Professor da UEFS e da UNEB, Professor colaborador do Mestrado Profissional em Segurança Pública da UFBA, Líder do Grupo de Pesquisa em Criminologia da UEFS e da UNEB. Este texto já apareceu com pequenas modificações com o título “PENSANDO AS RESPOSTAS ESTATAIS ÀS CONDUTAS CRIMINALIZADAS: UM ESTUDO EMPÍRICO DOS DEBATES PARLAMENTARES SOBRE A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL (1993 - 2010)” Cappi, 2014

controle social da criminalidade e a justiça penal². Tal pesquisa se inscreve num contexto internacional caracterizado pela multiplicação de estudos e de discussões sobre a evolução do controle penal que ilustram e analisam tanto o incremento das soluções punitivas voltadas para “imposição intencional de dor” (Christie, 2005, 7), como o aparecimento de propostas menos aflitivas. A realidade brasileira não escapa a essa tendência, nem aos intensos debates levantados por ela, haja vista as mudanças legislativas e o incremento das taxas de encarceramento ocorridos após a promulgação da Constituição de 1988, convivendo com a adoção de novas concepções, muito diversificadas, em matéria de controle social.

São essas concepções em matéria de controle social que constituem o objeto da análise, a partir de uma observação empírica. Neste sentido, será apresentado um estudo dos debates parlamentares brasileiros acerca da redução da maioria penal, ocorridos na Câmara e no Senado entre 1993 e 2010, na esteira das numerosas Propostas de Emenda Constitucional elaboradas durante o mesmo período. Dada a abundância e a riqueza desses discursos, este material mostrou-se adequado para uma análise que ajude a compreender as diversas “maneiras de pensar” a resposta social a ser produzida diante da delinquência juvenil, traduzindo concepções diferentes do controle social presentes no âmbito da produção legislativa.

Além de explorar um material inédito, a peculiaridade desta contribuição reside no fato dela proporcionar uma ilustração metodológica da “Teoria Fundamentada nos Dados” (*Grounded Theory*), entendida aqui como abordagem bastante profícua para a realização de uma pesquisa empírica no âmbito da Sociologia do Direito. Neste sentido, será acordada uma importante atenção às características deste método e aos procedimentos adotados, sem omitir a

² Trata-se da pesquisa de doutorado “Motivos do controle e figuras do perigo: a redução da maioria penal no debate parlamentar brasileiro” (tradução nossa), defendida em 2011 no programa da École de Criminologie de l’Université Catholique de Louvain e orientada pelos professores Françoise Digneffe e Dr. Dan Kaminski, a quem renovo meus agradecimentos.

apresentação de alguns resultados que, contudo, poderiam ser discutidos mais amplamente.

Propõe-se um desenvolvimento em quatro partes. Num primeiro momento serão expostos os fundamentos e as diretrizes da Teoria Fundamentada nos Dados (TFD), entendida como dispositivo de pesquisa voltado para geração de uma leitura teórica dos fenômenos sociais, enraizada na análise dos dados empíricos. Em seguida, serão apresentados os procedimentos decorrentes da adoção desta metodologia, no intuito de sustentar sua validade para pesquisa empírica, especialmente a que tem como objeto o campo e as práticas do Direito. Num terceiro momento, o método será exemplificado através da ilustração alguns procedimentos específicos, adotados para o estudo dos discursos parlamentares brasileiros sobre a redução da maioria penal; nesta etapa serão igualmente informados alguns resultados obtidos no decorrer da pesquisa. Enfim, a título sobretudo ilustrativo, será dedicada uma seção à rápida discussão desses resultados, mobilizando o referencial teórico da “Racionalidade Penal Moderna”(Pires, 2004).

2 A “TEORIZAÇÃO FUNDAMENTADA NOS DADOS” (TFD)

A “teorização fundamentada nos dados” (Glaser e Strauss, 1967; Strauss e Corbin, 2008; Guerra, 2006; Laperrière, 2008) foi apresentada por Glaser e Strauss, em 1967, como uma metodologia de pesquisa que permite elaborar conhecimentos teóricos, mesmo a título de hipóteses, a partir da observação dos dados. De certa forma, ela constitui tanto um modelo de construção da teoria sociológica quanto um procedimento de análise de materiais empíricos, rendendo conta da relação que pode – e deve – existir entre a teoria, o método e os dados empíricos. Segundo seus autores, a TFD surge como resposta a uma dupla carência no âmbito da produção sociológica da época. Por um lado, eles denunciavam o baixo nível de teorização alcançado pelas pesquisas sociológicas, quantitativas em sua maioria, mais interessadas na “neutralidade” das coletas e acúmulos de dados. Por outro, contestavam a maneira forçosa das teorias sociológicas “arredondar” os dados para que correspondam, *a posteriori*, aos

quadros conceituais previamente situados. Neste sentido, a TFD pode também ser apresentada e definida por sua diferença em relação aos métodos utilizados mais tradicionalmente na ciência – e nas ciências sociais – cujo objetivo é, em geral, a verificação ou a corroboração de hipótese elaboradas a partir de um marco teórico preestabelecido. Assim, a TFD constitui uma metodologia de cunho prevalentemente indutivo, uma vez que prevê uma inversão da lógica tradicional da pesquisa hipotético-dedutiva: nesta, o quadro teórico é previamente construído ou adotado, antes da aproximação aos dados empíricos, para que estes sejam observados a partir daquele, isto é, para que a hipótese inicial seja, ou não, confirmada. O resultado desta inversão proposta pela TFD é a possibilidade de produzir, no decorrer da própria pesquisa, uma formulação teórica a partir dos dados, isto é, emergindo da observação. Assim, o objetivo é a “*elaboração de uma teoria*, decerto enraizada na realidade empírica, porém não constituindo uma simples descrição; os casos empiricamente observados não são aí considerados em si mesmos, mas sim, como *instâncias* do fenômeno social observado” (Laperrière, 2008, 353, grifo da autora).

A TFD se inscreve na tradição sociológica americana³ e produz uma explicitação das regras metodológicas pelas quais se busca construir uma formulação teórica enraizada em dados empíricos, essencialmente qualitativos⁴. Tratando-se de articular a análise rigorosa e sistemática à possibilidade de dar conta da riqueza e da complexidade da realidade, a TFD propõe uma construção teórica que seja, por um lado, aderente à realidade e que, por outro lado, mantenha uma capacidade de compreensão da mesma. Trata-se de uma perspectiva exploratória, onde as hipóteses e as formulações teóricas vêm sendo geradas – mais do que verificadas –, sempre em busca de “casos negativos” (Pires, 2008, 90) que possam aprimorar essas elaborações.

³ Como assinala Laperrière (2008, 354), a TFD não é inteiramente original, na medida em que mantém um parentesco com a Escola de Chicago, conhecida por sua exigência de articulação entre as teorias e os dados empíricos, com a fenomenologia e sua tentativa de abstrair das “pré-noções”, e com interacionismo simbólico, que enfatiza a importância do ponto de vista dos atores na construção social da realidade.

⁴ Para citar alguns exemplos, os dados qualitativos podem ser constituídos por transcrições de entrevistas semi-estruturadas, de observações ou ainda, como no nosso caso, por discursos parlamentares.

Antes de prosseguirmos a apresentação do método proposto, cabe explicitar, ainda que rapidamente, alguns posicionamentos adotados aos quais será feita referência ao longo deste texto. Em primeiro lugar, cabe definir uma *teoria* como uma sistematização cognitiva da realidade, que se dá através da explicitação das relações que subsistem entre algumas das características (ou variáveis) dessa realidade. As *características* da realidade remetem tanto aos elementos “objetivos” da mesma quanto às maneiras dos atores sociais de interpretá-la. No nosso caso, será dada especial atenção às maneiras específicas dos atores produzirem representações da realidade, atribuindo-lhe sentido, num contexto específico. Em outras palavras, enfatizaremos a possibilidade de compreender – e formular teoricamente – o ponto de vista e as significações construídas pelos atores sociais num “campo” específico (Bourdieu, 2001). De forma mais precisa, interessam-nos as representações de senadores e deputados brasileiros (atores no campo político) no processo de elaboração legislativa acerca de uma determinada questão (a redução da maioria penal), num dado contexto histórico (o Brasil da “redemocratização”). Isto nos remete à possibilidade de percorrer uma modalidade de pesquisa dita *compreensiva* (Pires, 2008) que, diferentemente da pesquisa explicativa, não busca estabelecer relações causais (de caráter geral) para dar conta de um fenômeno, dedicando-se mais especificamente à compreensão das maneiras pelas quais raciocinam e interpretam os seres humanos envolvidos neste fenômeno. Neste sentido, entende-se que a “realidade” é uma *construção social* que se trata de compreender, cabendo inclusive explicitar e questionar reflexivamente – até onde for possível – a maneira específica através da qual o pesquisador “constrói” a realidade, ao observá-la. Embora não seja possível aprofundar aqui tais importantes questões epistemológicas, cabe mencioná-las, inclusive para afastar a possibilidade de uma leitura ingênua do caráter “indutivo” atribuído à TFD. Como se deixou entender pelo uso do advérbio “prevalentemente”⁵, não se trata aqui de sustentar que a TFD seja indutiva no sentido puro da palavra, o que seria de fato impossível, pois a observação sempre é guiada por uma pré-leitura

⁵ Na expressão: “a TFD constitui uma metodologia de cunho *prevalentemente* indutivo”

“teórica” da realidade por parte do observador-pesquisador. Mais precisamente, trata-se de afirmar que a TFD renuncia ao intento de trabalhar por *verificação de uma ou mais hipóteses* preestabelecidas, a partir de um marco teórico dado. Ela visa, ao contrário, a *geração de hipóteses*, constituindo a criação de uma proposta teórica que, por sua vez, pode se tornar objeto de verificação ou de discussão, à luz de outras formulações teóricas já existentes.

3 O MÉTODO DA TFD

A TFD é portanto um método qualitativo de análise que merece ser descrito aqui nas suas grandes linhas, antes que o ilustremos com o exemplo proposto. Cabe ressaltar a dificuldade de descrever o método da TFD, uma vez que ele se baseia num processo onde se faz necessário alternar, de maneira repetida e flexível, a *observação dos dados empíricos* e a *formulação dos enunciados teóricos*, tornando-se estes sempre mais gerais e abstratos, no decorrer deste processo de mão dupla. Isto implica que as etapas previstas, a depender da pesquisa, não sejam sempre realizadas na mesma ordem cronológica ou, ainda, que seja necessário repetir algumas sequências – até por várias vezes – para obter o resultado esperado. Em função de tal flexibilidade, a descrição que segue tem sobretudo um caráter pedagógico, pois a peculiaridade de cada pesquisa levará à adoção de procedimentos específicos. Isto pode ser ilustrado através de uma simples analogia: existe uma diferença entre explicar como se anda de bicicleta e andar de bicicleta. A supor que seja possível identificar formalmente as operações singulares que constituem o fato de dirigir uma bicicleta, é fácil pensar que cada ciclista possa adotá-las seguindo uma ordem e um número de repetições diferentes, ditados pelas circunstâncias e por sua sensibilidade específica.

Assim, as três etapas fundamentais da TFD são a codificação *aberta*, a codificação *axial* e codificação *seletiva*. De maneira geral, a codificação é uma operação de análise através da qual o pesquisador divide, conceitualiza e categoriza os dados empíricos, podendo estabelecer, por sua vez, novas relações entre os resultados dessas operações analíticas.

A codificação dita *aberta* (Strauss e Corbin, 2008, 103-122) é aquela que prevê a formulação de conceitos para os elementos que compõem a realidade observada: qualquer dado, neste estágio, é passível de codificação⁶. Assim, o conceito nada mais é do que uma entidade mais abstrata para designar uma unidade de sentido (ou incidente) na observação; trata-se, nesta fase, de encontrar conceitos que sejam o mais próximo possível dos dados empíricos. Em seguida, os diversos conceitos elaborados podem ser reunidos em categorias e subcategorias, quando remetem a um mesmo universo de sentido. As categorias elaboradas possuem, desta forma, uma dupla natureza: por um lado, elas são abstratas, traduzindo a operação analítica do pesquisador; por outro, elas são enraizadas, revelando uma relação estreita ao dado empírico. A codificação aberta prevê também a descoberta das propriedades (ou modalidades) das categorias, bem como as dimensões das mesmas – por exemplo, a frequência, a intensidade e a duração observadas.

A codificação *axial* (Strauss e Corbin, 2008, 123-142) consiste na comparação das categorias abstraídas dos dados empíricos, bem como de suas propriedades e dimensões, para começar a elaborar uma articulação teórica entre elas, devendo ser confirmada pelo retorno às observações iniciais. Durante esta fase, algumas categorias aparecem como centrais na análise, que começa com o estabelecimento de (cor)relações entre categorias, ou entre categorias e propriedades. Este procedimento deve levar à elaboração de hipóteses que se tornarão sempre mais consistentes, à medida que forem testadas novamente através dos dados empíricos, rumo à estabilização de uma proposta teórica, assim enraizada na observação.

Enfim, a *codificação seletiva* (Strauss e Corbin, 2008, 143-160) é aquela que permite a integração final da teoria, em torno de uma categoria ou de uma narrativa central, funcionando como pivô ao redor do qual todas as categorias

⁶ Vale ressaltar que, de um ponto de vista prático, é praticamente indispensável assumir um sistema rigoroso de anotação das operações de codificação – através de memorandos, anotações ao lado do texto ou programas informáticos que facilitam o trabalho – sem presumir por antecipação a relevância analítica de qualquer categoria, até que ela apareça como relevante ao longo deste minucioso processo de “ida e volta” entre a observação e a codificação (Strauss e Corbin, 2008, 65 e seguintes)

giram. Procede-se portanto por *redução*, sendo a teoria produzida com um número mais restrito de conceitos, porém de um nível teórico mais denso – e de maior abstração – aplicável a um maior número de situações. Em outras palavras, encontra-se, nesta fase uma linha narrativa que oferece uma nova conceitualização do objeto, identificando o “problema teórico central” da pesquisa que, obviamente, continua passível de complementações ulteriores. Dessa forma, trata-se de desvendar relações significativas e recorrentes entre categorias (e suas dimensões) válidas para o conjunto de dados empíricos observados.

Este conjunto de operações de codificação é realizado até atingir a *saturação*, isto é, até o momento em que novas observações oferecem apenas exemplos que se encaixam nas categorias e propriedades já existentes, pois não aparece nenhum dado novo relevante. Desta forma a teoria emergente encontra-se estabilizada: o pesquisador entende que as categorias construídas, bem como as relações que as interligam, têm plausivelmente um caráter de generalidade, pelo menos em relação aos dados observados. Além de não serem lineares, estes passos são intimamente ligados à *sensibilidade teórica do pesquisador* (Laperrière, 2008; Strauss e Corbin, 1998; Guillemette e Luckeroff, 2009), isto é, seus conhecimentos teóricos prévios, sua cultura e suas experiências prévias, que desempenham um papel crucial, para a observação da realidade e a elaboração de formulações progressivamente mais abstratas da mesma. Enfim, vale ressaltar que o próprio método da TFD pode ser combinado, em diversos momentos, com outras técnicas de análise, em função dos objetivos da pesquisa.

4 A ANÁLISE DOS DISCURSOS PARLAMENTARES SOBRE A MAIORIDADE PENAL

Quais as “maneiras de pensar” o controle social e a justiça penal, presentes nos discursos dos parlamentares brasileiros, quando estes assumem posições referentes à questão da redução ou da manutenção da maioria penal? Esta é a questão inicial, ainda muito ampla, da pesquisa que fundamenta esta contribuição e da qual serão apresentados aqui alguns aspectos

metodológicos, referentes à utilização da TFD⁷. A intenção é identificar as diversas maneiras de ver e (re)construir a realidade social, bem como os modos de conceber as respostas para a delinquência juvenil, a partir de diversas « visões de mundo » (Bourdieu, 2001), ou de diversos « referenciais cognitivos » (Muller, 2000), as categorias através das quais se produz uma leitura do mundo. Ademais, a título exploratório, pretende-se ilustrar uma possível articulação, nos discursos, entre essas “leituras e explicações de mundo”, por um lado, e as formas de “normativização do mundo” (Muller, 2000), por outro.

A análise foi conduzida a partir da observação dos textos das 37 Propostas de Emenda Constitucional (PEC) voltadas para redução da maioria penal e os discursos parlamentares que se referem às mesmas, entre 1993 e 2010⁸, mobilizando o referencial metodológico da TFD. A apresentação desta análise será realizada em três momentos. Num primeiro tempo, a atenção será dedicada aos argumentos favoráveis à redução da maioria penal, podendo estes ser comparados aos argumentos que embasam a posição contrária. Num segundo momento, para além dos argumentos específicos – favoráveis ou contrários à redução da maioria penal – os discursos parlamentares serão submetidos a uma leitura mais ampla de seus conteúdos. A partir desta leitura mais exaustiva será possível identificar, num terceiro momento, diversas tipologias referentes às “maneiras” de pensar as respostas às condutas delitivas.

4.1 Os argumentos favoráveis à redução da maioria penal e as oposições relevantes

⁷ No caso em tela, o estudo privilegia a observação das “maneiras de pensar” as respostas às condutas criminalizadas, através da análise dos discursos parlamentares, deixando em segundo plano o estudo das interações entre os atores específicos que, ao longo do período mencionado, deram vida a este processo na esfera legislativa

⁸ A análise foi conduzida utilizando as comunicações nos plenários do Senado (85 discursos) e da Câmara (479 discursos), durante o período 1993-2010, tais como notas taquigrafadas nos respectivos sites. Os discursos foram obtidos, utilizando o motor de pesquisa dos sites, com a introdução da palavra-chave “maioria penal”. Dados os limites do artigo, não se encontram apresentados os numerosos passos que esta metodologia comporta. Para maiores detalhes remetemos à leitura de Cappi (2011).

De início, foi possível identificar todos os argumentos apresentados pelos parlamentares que sustentam a posição favorável à redução da maioria penal. O corpo empírico, para esta primeira etapa, foi constituído pelas trinta e sete Propostas de Ementa Constitucional dedicadas a esta matéria. Cada uma delas foi considerada como um “evento discursivo” do qual se extraem diversas componentes, notadamente aquelas referentes à argumentação proposta sobre o tema aqui tratado. Assim, cada PEC foi recortada em sequências distintas, cada uma representando uma unidade de sentido que era codificada por meio de um conceito sintético. Seguindo o procedimento da *codificação aberta*, essas codificações foram agrupadas, em função da semelhança de sentido entre elas, até construir categorias conceituais. Essas categorias constituem entidades mais abstratas, elementos fundamentais para esboçar uma leitura teórica. Em outras palavras, para dar conta dos argumentos utilizados, passamos dos conceitos elaborados pelos parlamentares, encontrados nos textos, à construção de categorias teóricas, mais abstratas.

Vejamos um exemplo desse procedimento de análise. Várias sequências encontradas nos discursos favoráveis à redução da maioria penal apresentam um argumento conhecido: os jovens são dotados de discernimento suficiente para compreender a natureza de seus atos, o que justifica sua responsabilização penal. Aprofundando a categorização, essas sequências foram codificadas identificando a explicação dada para tal discernimento. Assim algumas sentenças foram codificadas pelo conceito “*discernimento do jovem em função da educação recebida*”, outras através do conceito “*discernimento do jovem em função do desenvolvimento socioeconômico do país*”⁹. Esses conceitos autorizaram a formulação de uma categoria mais abrangente, nomeada “*discernimento do jovem*”, entendida como condição de aplicabilidade ou de eficácia da aplicação da lei penal, segundo os parlamentares que sustentam essa posição. Temos assim um argumento da posição favorável à redução da maioria penal, formulado desta vez de maneira mais teórica e abstrata.

⁹ Aqui, os parlamentares sustentam que o maior discernimento dos jovens decorre do desenvolvimento socioeconômico da nação como um todo, para além de sua inserção nos percursos educativos formais propostos pela escola.

O mesmo procedimento foi aplicado ao conjunto das PEC que propõem a redução da maioria penal, obtendo assim uma lista de argumentos, expressos através de categorias enraizadas no material empírico observado. Este procedimento foi repetido até alcançar a saturação teórica dessas categorias. Note-se que não se realizou uma leitura de tipo quantitativo e sim qualitativa: cada categoria argumentativa construída representa um número muito variável de ocorrências reais. Em contrapartida, dos argumentos encontrados, nenhum foi descartado nesta construção teórica fundamentada nos próprios discursos dos parlamentares¹⁰.

A continuação da análise minuciosa dos materiais empíricos permitiu codificar e organizar, por abstrações sucessivas, o conjunto dos argumentos encontrados e estabelecer relações entre eles – conforme previsto pela *codificação axial* – rumo à elaboração de uma narrativa central – *codificação seletiva*. No nosso caso, tratando-se inicialmente de organizar os argumentos favoráveis à redução da maioria penal, optou-se por apresentá-los segundo uma estrutura de silogismos que, a nosso ver, facilitou a compreensão teórica do conjunto dos argumentos sustentando esta posição. Vale lembrar que o silogismo é um raciocínio no qual a *conclusão* é obtida a partir da articulação lógica de duas premissas, chamadas respectivamente de *maior* e *menor*¹¹.

Assim, após codificação, os argumentos encontrados foram apresentados numa lista de proposições iniciais que serviram à construção da estrutura silogística. Eis a lista dessas proposições, às quais foi atribuído, em seguida, uma posição específica na dita estrutura¹²:

¹⁰ Esta etapa foi facilitada pelo uso do programa WEFT-QDA de acesso livre na internet, no site <http://www.pressure.to/qda>, elaborado para permitir a análise de textos. O WEFT-QDA permite criar e modificar os conceitos e as categorias, sem perder a referência aos conteúdos originais, devida e previamente importados pelo programa. Além disso, a ferramenta informática permite operações de cruzamento com outras informações associadas aos textos (ex. nome do parlamentar, partido, estado, etc.).

¹¹ Para maiores detalhes sobre este assunto ver, por exemplo, Pelletier, 2005, 16.

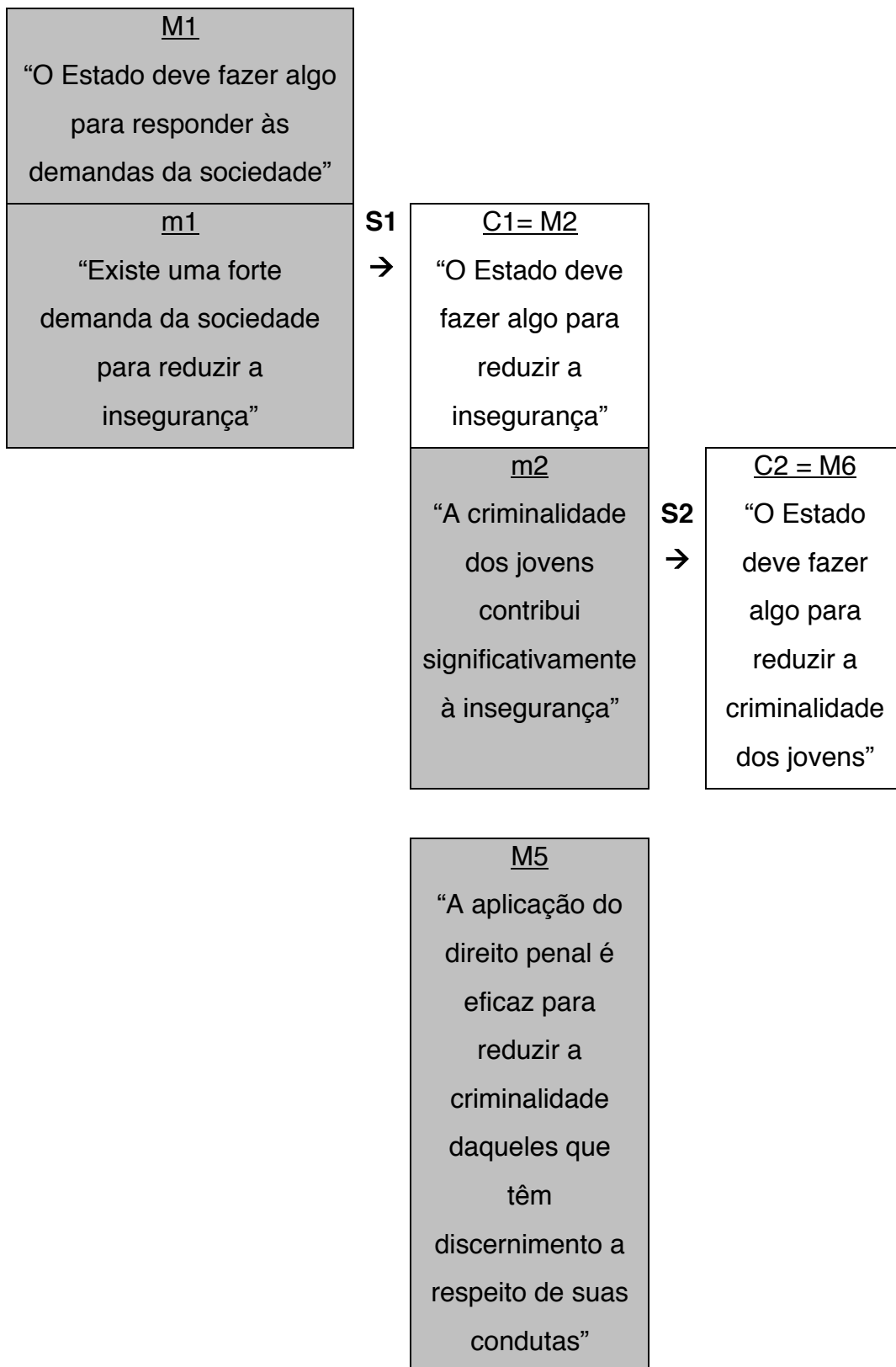
¹² Para facilitar a leitura da estrutura de silogismos, apresentada a seguir, note-se que cada proposição é acompanhada do símbolo que a situa na dita estrutura. Assim, *M1* indica que a proposição foi identificada como “maior” no primeiro silogismo, ao passo em que *m1* indica que a proposição foi identificada como “menor”, sempre no primeiro silogismo, e assim em diante. Não é de se estranhar que alguns códigos faltem nesta lista, pois algumas proposições são obtidas como conclusão de outro silogismo. Assim,

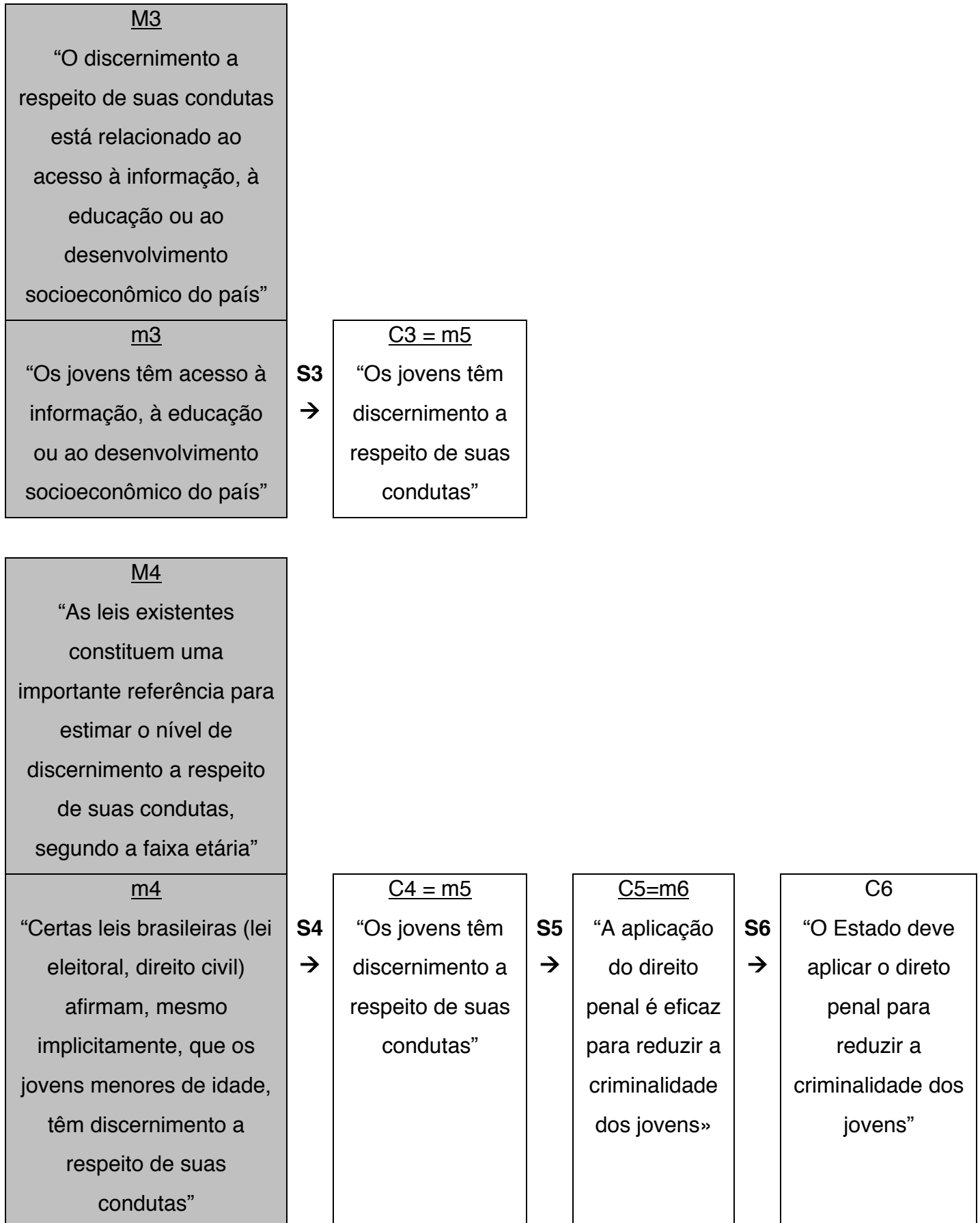
- 1) “O Estado deve fazer algo para responder às demandas da sociedade” (M1).
- 2) “Existe uma forte demanda da sociedade para reduzir a insegurança” (m1).
- 3) “A criminalidade dos jovens contribui significativamente à insegurança” (m2).
- 4) “A aplicação do direito penal é eficaz para reduzir a criminalidade daqueles que têm discernimento a respeito de suas condutas” (M5).
- 5) “O discernimento a respeito de suas condutas está relacionado ao acesso à informação, à educação ou ao desenvolvimento socioeconômico do país” (M3).
- 6) “Os jovens têm acesso à informação, à educação ou ao desenvolvimento socioeconômico do país” (m3).
- 7) “As leis existentes constituem uma importante referência para estimar o nível de discernimento a respeito de suas condutas, segundo a faixa etária” (M4)
- 8) “ Certas leis brasileiras (lei eleitoral, direito civil) afirmam, mesmo implicitamente, que os jovens de menoridade , têm discernimento a respeito de suas condutas” (m4).
- 9) “É preciso seguir o exemplo dos outros países” (M7).
- 10) “Numerosos países já reduziram a maioria penal” (m7).

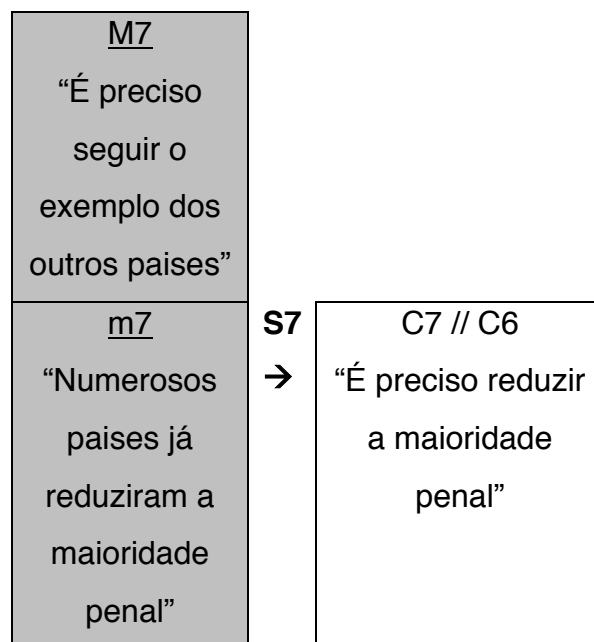
Partindo dessa lista, foi construída uma estrutura formada por sete silogismos, nos quais algumas conclusões são obtidas por efeito do próprio silogismo, não aparecendo na lista das proposições iniciais. Esta apresenta as articulações entre as diversas proposições que constituem, respectivamente, as maiores (M), as menores (m) e as conclusões (C) numeradas para cada um deles, levando à conclusão final “precisa reduzir a maioria penal”.

por exemplo, M2 é obtida como conclusão do primeiro silogismo (C1), logo $C1 = M2$, como se vê a seguir.

*Estrutura dos silogismos elaborada com base nos argumentos codificados das
PEC*







Esta estrutura constitui um primeiro resultado teórico da análise dos discursos parlamentares, enraizado nos dados empíricos observados, ilustrando os argumentos favoráveis à redução da maioria penal adotados pelos parlamentares favoráveis à medida. Um procedimento análogo foi realizado com os discursos que sustentam a manutenção da maioria penal¹³.

Este permitiu, entre outras análises, identificar os principais pontos de desacordo entre os dois grupos de discursos opostos. Resumindo, pode-se dizer que as diferenças importantes entre os discursos se situam em torno de três grandes questões, identificadas como segue:

- a maneira de definir e explicar o problema das transgressões dos jovens
- a maneira de perceber os jovens infratores
- a maneira de conceber a(s) resposta(s) diante da transgressão (dos jovens)

Este resultado é confirmado pelo segundo procedimento analítico que apresentamos a seguir.

¹³ Este procedimento não será apresentado aqui, para conter a extensão do texto. Para maiores aprofundamentos cabe a leitura de Cappi (2011, 167-182).

4.2 Análise ampliada dos discursos parlamentares

Foi adotado um segundo procedimento analítico, aplicado, desta vez, ao conjunto dos discursos proferidos oralmente no Senado e na Câmara, para apreender, de maneira mais ampla e aprofundada, as maneiras de pensar e as razões que animam a reflexão dos parlamentares, ao discursarem sobre a questão da maioria penal. A análise dos materiais mobiliza igualmente o referencial da TFD¹⁴, de uma maneira mais completa, como ilustra-se a seguir, dado que se pretende trabalhar com o “conjunto” dos conteúdos dos discursos, para além dos argumentos voltados à fundamentação da posição acerca da maioria penal.

Sempre através de um método indutivo, a partir do recorte dos discursos em sequências apresentando uma unidade de sentido, tratou-se de estabelecer uma relação entre as categorias “espontaneamente” enunciadas pelos parlamentares e aquelas elaboradas pelo pesquisador, as quais constituem a expressão condensada daquelas. Reencontramos aqui exemplificada a fase da *codificação aberta*, que “tem por objetivo fazer emergir dos dados o maior número possível de conceitos e categorias” (Laperrière, 2008, 361), sem limitar, a priori, a lista dessas categorias¹⁵. Nota-se que a “distância”, em termos de abstração, entre a sequência do texto e a categoria conceitual, não é sempre a mesma. Assim, algumas categorias aparecem como “já presentes” nos discursos parlamentares, emergindo de forma imediata, enquanto outras constituem o resultado de um maior trabalho de abstração. Isto não é de surpreender, pois as falas dos parlamentares constituem, bem antes da pesquisa em tela, um exercício de reflexão e abstração acerca da mesma temática.

Para facilitar a organização das categorias formuladas, criou-se um certo número de “categorias de categorias”, ou “macrocategorias”. Assim, por exemplo, criou-se a macrocategoria “percepção do jovem delinquente”, que permite

¹⁴ Aqui também foi de grande serventia a utilização do programa WEFT-QDA.

¹⁵ Vale ressaltar que o recorte em unidades de sentido não define uma relação biunívoca entre as unidades e os conceitos. Uma unidade de sentido pode ser referida a mais de um conceito e, obviamente, um mesmo conceito pode permitir a codificação de diversas unidades de sentido.

articular as diversas codificações referentes à maneira dos parlamentares perceberem os jovens transgressores – alvo potencial da redução da maioria penal –, tais como : “pessoa perigosa”, “pessoa em fase de desenvolvimento”, “vítima”, “futuro da nação”, etc.. A criação dessas macrocategorias materializa a etapa da *codificação axial*, pela qual se procura estabelecer relações entre as categorias inicialmente codificadas. Vale lembrar que o método exposto impõe a releitura constante dos materiais empíricos, em função da manifestação de novas categorias. À medida que o procedimento é repetido, a emergência de novas categorias torna-se sempre menos frequente, até parar. Quando isso acontece, pode-se plausivelmente entender que a saturação teórica foi alcançada¹⁶.

O resultado dessa análise “exaustiva” é a produção de um quadro no qual é possível tanto “ler” os discursos observados em função das categorias construídas indutivamente como ainda observar transversalmente a ocorrência de cada categoria nos diversos discursos. Apresenta-se a seguir uma tabela que mostra a série de categorias elaboradas e a maneira como os discursos podem ser codificados através dessas categorias, construídas pela análise dos mesmos. O quadro a seguir é meramente ilustrativo, não cabendo aqui a reprodução da tabela geral, elaborada para o conjunto dos discursos. Contudo, através dos exemplos de codificação – apresentados nas colunas – espera-se mostrar como este instrumento permite identificar, de maneira detalhada e sintética, as múltiplas nuances presentes nos discursos que foram detectadas por este procedimento analítico.

*Codificação dos discursos parlamentares referentes à redução da maioria
pena*

| CATEGORIA | DISCURSO | | | | |
|-----------|----------|---|---|---|-----|
| | 1 | 2 | 3 | 4 | Etc |
| | | | | | . |

¹⁶ No caso em tela, as categorias foram elaboradas a partir da análise dos discursos proferidos no Senado e, posteriormente, “testadas” nos discursos proferidos na Câmara, quando se constatou inexistirem dados significativos modificando a construção teórica elaborada.

| Posição em relação à redução da maioria penal | | | | | |
|--|---|---|---|---|--|
| Favorável | x | x | | | |
| Contrário | | | x | x | |
| Representação do problema | | | | | |
| Violência | x | x | x | x | |
| Violência institucional / estrutural | | | | x | |
| Segurança / insegurança | x | x | x | | |
| Criminalidade | x | x | x | | |
| Medo / perigo | x | x | | | |
| Evocação de uma demanda social por “punição” | x | x | x | | |
| Referência à mídia ou a fatos que chocaram a “opinião pública” | x | x | x | | |
| Contribuição significativa dos jovens à insegurança do país | x | x | | | |
| Consideração da complexidade do problema | | x | x | x | |
| Consideração da abordagem acadêmica do problema | | | x | x | |
| Degradação moral da sociedade | x | | | | |
| Consideração da desigualdade social | | x | x | x | |
| Crítica ao argumento da desigualdade | x | | | | |
| Percepção do jovem como: | | | | | |
| Perigoso | x | x | | | |
| Racional | | x | | | |
| Vítima | | x | x | x | |
| Pessoa em fase de desenvolvimento | | | x | x | |
| Semelhante | | | | x | |
| Futuro do país | | | | x | |
| Concepção da intervenção | | | | | |
| Crença na punição | x | x | x | | |
| Evocação da punição dos adultos | x | x | x | | |
| Evocação da ideia de retribuição | x | x | | | |
| Evocação da ideia de dissuasão | x | x | x | | |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|--|
| Evocação da ideia de reabilitação associada à ideia de punição | | x | x | | |
| Respeito aos direitos dos jovens | | x | x | x | |
| Crítica da privação de liberdade | | x | x | x | |
| Crítica da ideia de retribuição | | | | x | |
| Responsabilização inerente ao castigo | x | x | | | |
| Responsabilização por meio da intervenção sócio-educativa | | | x | x | |
| Responsabilização pelo respeito à legalidade na intervenção | | | | x | |
| Neutralização | x | x | | | |
| Questionamento das garantias jurídicas | x | | | | |
| Evocação condescendente de práticas punitivas de tipo extralegal | x | | | | |
| Educação no decorrer da medida, associada à privação de liberdade | | x | x | | |
| Educação como alternativa ao castigo | | | | x | |
| Impossibilidade de reabilitação para todos | x | | | | |
| Autonomia como objetivo do processo educativo | | | | x | |
| Justiça restaurativa como alternativa à punição | | | | x | |
| Outras políticas propostas | | | | | |
| Política de assistência | x | x | x | | |
| Política social de prevenção | | x | x | x | |
| Transformações estruturais da sociedade | | | | x | |
| Políticas de segurança de tipo repressivo | x | x | x | | |
| Política de segurança integrada | | x | x | x | |

Vale ressaltar que esta maneira de expor os resultados torna-se muito útil na análise de qualquer material qualitativo e facilita análises ulteriores, inclusive aquelas que pretendem “voltar” a uma discussão que pretenda observar o material empírico – e o esboço de teorização gerada a partir do mesmo –

relacionando-o com elaborações teóricas já mais amplamente divulgadas na literatura sobre o tema. Não cabe aqui proceder à discussão de todos os conteúdos gerados pela categorização dos discursos que, certamente, poderiam alimentar inúmeros debates. Prefere-se ilustrar um desdobramento desta categorização, apresentado a seguir.

4.3 Os “discursos-tipo”

Uma etapa posterior no procedimento da análise proposta consistiu em construir, a partir do conjunto dos discursos codificados, uma tipologia¹⁷ desses discursos que fosse facilmente associável, do ponto de vista metodológico, à etapa da *codificação seletiva*, já que se trata de descortinar uma linha narrativa a partir de um número inferior de categorias, contudo mais densas e significativas. Embora cada discurso pronunciado seja único e singular, foi possível elaborar quatro discursos-tipo¹⁸, entendidos como linhas narrativas que oferecem uma síntese, com maior densidade teórica, das posições expressadas no conjunto do material analisado. Trata-se, de fato, de estruturas sintéticas de discursos, purificadas de elementos contingentes. Elas oferecem uma resposta à pergunta inicial, dando acesso às racionalidades que perpassam os discursos sobre a maioria penal. Relatamos a seguir os quatro discursos-tipo que foram construídos a partir da análise dos dados¹⁹, os dois primeiros favoráveis e os dois últimos contrários à redução da maioria penal.

a) O discurso da “punição absoluta”

Este discurso oferece uma leitura que parte de uma percepção dramatizada da delinquência juvenil, entendida como contribuição expressiva para o panorama de insegurança generalizada e do medo que afetam a sociedade como um todo. Há uma referência recorrente à mídia e aos fatos que encontram ampla cobertura, com forte impacto na opinião pública. Esta é entendida como

¹⁷ Laperrière explica que na etapa da codificação seletiva “tais modelos (*patterns*) podem ser construídos de maneira bastante livre, ou então, pelo método clássico das tipologias” (2008, 365).

¹⁸ Para maiores detalhes sobre este método, ver, por exemplo, Hirshhorn, 1999.

¹⁹ A apresentação segue a exposição sustentada em Cappi, 2011 e 2013.

fonte de expressão da demanda "por uma solução", que assumiria a forma de medidas punitivas duras, incluindo a redução da maioria penal. Ao sentimento de insegurança amplamente relatado, faz eco a percepção de uma forte degradação moral. A leitura global do fenômeno desconsidera a complexidade do problema – a começar da sua inclusão num contexto sócio-histórico marcado por desigualdades de variada natureza – privilegiando uma análise simplificadora, emocional e contingente dos problemas sociais. Aqui, o discurso "acadêmico" é geralmente subestimado e pouco mobilizado. Os jovens – os “delinquentes” – são entendidos como elementos de uma classe perigosa, como “monstros” ou incuráveis, fortemente responsáveis pelo aumento da insegurança, do ponto de vista quantitativo e qualitativo, frente à qual é essencial reforçar a resposta punitiva, numa perspectiva explicitamente retributiva ou dissuasiva. Na mesma linha, aparecem argumentos que sugerem a necessidade de adotar medidas destinadas à neutralização, como as penas de longa duração ou mesmo a pena de morte. Aparece a noção de "responsabilidade" do menor, conceitualmente reduzida a uma simples consequência da dureza da sentença. Enfim, esse discurso parece afastar-se da perspectiva garantista que marcou a ascensão do direito penal moderno – incluindo a proteção dos direitos individuais – tanto no que diz respeito às modalidades processuais, quanto ao conteúdo da sanção proposta. A evocação condescendente de modalidades de punição extralegis sugere que elas existem em grande escala na sociedade brasileira e que, no limite, chegam a constituir formas aceitáveis de resposta às transgressões dos jovens.

b) O discurso da “punição garantista”

Este discurso apoia a redução da maioria penal, numa perspectiva de redução gradual, ou condicional, da utilização das “medidas sócio-educativas”²⁰ em proveito do direito penal. A partir da leitura de insegurança que atribui um papel significativo à delinquência juvenil, o foco é posto na necessidade de punir os jovens infratores como os adultos, dada a ineficácia das medidas previstas pela lei atual. A referência à imprensa e aos fatos sujeitos a extensa cobertura da

²⁰ Medidas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente como forma de intervenção estatal frente às condutas transgressivas dos jovens.

mídia é feita com tons menos dramáticos do que no discurso anterior. A leitura da realidade social leva em conta a complexidade dos problemas e propõe, além da redução da maioria penal, uma série de medidas complementares, como as de políticas de assistência aos jovens ou, ainda, políticas de prevenção. São mencionados os perigos associados aos jovens infratores, embora reconhecendo que existem mecanismos sociais que colaboram para vulnerabilidade desta categoria. Dada a contribuição significativa dos jovens – menores de idade – para a insegurança da população, torna-se importante estender a resposta punitiva a este grupo da população, a partir do momento que é possível considerá-los plenamente responsáveis por suas ações. A responsabilidade penal, com respectivo aumento das penas, deve ser estendida também aos adultos que desempenham um papel significativo na determinação das condutas delituosas dos menores de idade. As funções retributiva e dissuasiva da pena aparecem claramente neste tipo de discurso que, todavia, não desconsidera a busca de objetivos educacionais ou terapêuticos, reconhecendo inclusive o impacto negativo da privação de liberdade, tal como praticada atualmente. Enfim, este discurso se inscreve nitidamente na perspectiva garantista do direito penal, que aposta essencialmente no teor aflagante da resposta estatal, sem excluir outras formas de intervenção entendidas, contudo, a título complementar.

c) O discurso da “proteção”

Este terceiro discurso sustenta a manutenção da maioria penal numa perspectiva de conservação do sistema de justiça juvenil estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A leitura da delinquência atribui um papel importante aos mecanismos de exclusão social e à insuficiência das políticas públicas, como fatores significativos da vulnerabilidade juvenil. Sustenta-se uma abordagem baseada na “proteção integral” que prevê, para os jovens infratores, ações educativas e de tratamento, denunciando inclusive o impacto negativo da privação de liberdade. Aqui também é feita a referência aos meios de comunicação e à opinião pública, mas sem cair em visões sensacionalistas ou redutoras. A defesa da manutenção da maioria penal fundamenta-se também na adoção de políticas de prevenção ou de assistência frente aos problemas de insegurança. Os “jovens (criminosos)” são assim percebidos de forma menos

hostil e também considerados vítimas de diversos mecanismos sociais que determinam sua fragilidade. São enxergados como sujeitos de direitos – formalmente estabelecidos pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente –, que devem ser garantidos concretamente, inclusive pelo fato dos adolescentes serem “pessoas em fase de desenvolvimento”. A abordagem punitiva não está ausente deste discurso, especialmente no que diz respeito a sua função dissuasiva. Por um lado, encontra-se a valorização do aspecto aflagante das medidas socioeducativas, considerado semelhante ao das respostas da justiça criminal. Por outro lado, afirma-se a ideia de maior punição para os adultos que têm a custódia dos jovens infratores. Novamente, a ideia de responsabilização está presente: da sociedade, pela garantia de direitos aos jovens; do adolescente, em relação à sua conduta; da família, que é encarregada da educação do jovem. Enfim, podemos dizer que este discurso sustenta a visão de “proteção”, seguindo a tradição dos sistemas de justiça juvenil tal como se desenvolveram nos países ocidentais durante o século XX, o que não exclui a referência, a título complementar, a respostas punitivas de caráter aflagante legalmente regulamentadas.

d) O discurso do “protagonismo emancipador”

Este último discurso, além de apoiar a manutenção da maioria penal nos termos atuais, difere significativamente do anterior. Em primeiro lugar, quando descreve a violência e a insegurança, faz referência à dimensão estrutural do problema. A referência à mídia só aparece através de uma leitura crítica: esta oferece ao público ferramentas empobrecidas e redutoras para análise dos problemas, notadamente o da insegurança. Nesta perspectiva, afirma-se a necessidade de um exame aprofundado das diferentes manifestações da violência na sociedade com o intuito de engajar transformações radicais no plano político que possam reduzir as desigualdades e minimizar as dinâmicas de exclusão. Como no discurso anterior, os jovens são vistos como vítimas da dinâmica social, em sua condição de “pessoas em desenvolvimento” e de sujeitos de direitos – os quais não são garantidos a contento. Além disso, propõe-se aqui um olhar “não hostil” dos adolescentes (infratores): trata-se de apostar nas suas potencialidades – ele é o “futuro da nação” – e vê-lo como um ser semelhante.

Logo, há uma leitura abertamente crítica da perspectiva punitiva, não só em relação às condições concretas da implementação da privação de liberdade, mas também no que diz respeito a sua filosofia geral, reprovando enfaticamente seus aspectos aflitivo e retributivo. Assim, a ideia de educação é entendida como uma alternativa à punição, não apenas como abordagem complementar. Além disso, valorizam-se às propostas educativas que se afastam nitidamente de posturas autoritárias e paternalistas. Prioriza-se a construção da autonomia do jovem, a ser construída gradativamente pela intervenção socioeducativa e a ser conduzida em meio aberto. Enfim, ainda que de forma apenas esboçada, esta abordagem mostra-se aberta a métodos de intervenção pautados na ideia de “justiça restaurativa” como processo de resolução de conflitos.

Os quatro discursos-tipo assim construídos ilustram diferentes “maneiras de pensar” a resposta estatal frente às condutas delitivas dos jovens. Para além da discussão sobre a maioria penal, essas tipificações constituem percursos narrativos que expressam, no campo político explorado, visões mais específicas do controle social. As narrativas propostas complexificam a leitura dicotômica inicial, que só distinguia os discursos favoráveis à redução da maioria penal dos discursos contrários, para propor uma distinção a partir das diversas leituras do problema, das visões diferenciadas do jovem infrator e das maneiras peculiares de conceber a resposta estatal. Este constitui um resultado importante da análise, na medida em que torna visíveis e conceitua distinções significativas, não somente entre os discursos que adotam posições opostas, mas também no âmbito de discursos que manifestam a mesma opção frente a proposta de mudança constitucional.

5 UMA POSSÍVEL ARTICULAÇÃO TEÓRICA COM O REFERENCIAL DA “RACIONALIDADE PENAL MODERNA”

É possível propor agora uma releitura desses discursos à luz das discussões sobre o controle social, elaborados no âmbito da literatura sociológica e criminológica contemporânea, mostrando como os resultados obtidos pelo método da TFD podem ser relidos através de outros instrumentais teóricos e

analíticos. O exercício será conduzido aqui de forma rápida e sucinta, mobilizando o referencial teórico da racionalidade penal moderna (Pires, 1998, 1999, 2004, 2006).

Segundo Pires, a racionalidade penal moderna (RPM) é um conceito útil para designar um sistema de ideias que, desde o século XVIII, estabelece um suporte teórico e ideológico para o direito penal e suas formas de intervenção. Tal sistema de pensamento se afirmou como dominante no âmbito penal e é teorizado por Pires, apoiando-se em Bachelard (1938), como “obstáculo epistemológico” à transformação das respostas penais. Assim, a conjunto das ideias que caracterizam a RPM, sustenta a obrigação de respostas aflictivas para o crime, sendo a privação de liberdade sua expressão mais característica. Além disso, a valorização do castigo ampara, via de regra, respostas que se tornam *obrigatoriamente* aflictivas, excluindo medidas alternativas de resposta ao crime, ou mesmo o perdão, que acabam sendo “impensáveis” no âmbito da RPM. Da mesma forma, no âmbito da RPM, torna-se impossível afastar-se de uma concepção hostil do infrator. Ademais, esse sistema de ideias encontra-se sustentado e reproduzido pelas teorias da pena, que gozam de uma autoridade reconhecida no campo penal e, mais ainda, na cultura ocidental moderna²¹.

Diante desta rápida evocação da RPM, pode-se analisar a maneira como os discursos observados são atravessados por essa racionalidade. Não é surpreendente constatar que ela está presente, em larga medida, nos discursos favoráveis à redução da maioria penal: afirma-se portanto uma maneira de pensar que promove a proteção da sociedade através de respostas aflictivas, pautadas na obrigação de castigar e na valorização da privação da liberdade, em detrimento de formas de intervenção inovadoras, perante a delinquência dos jovens. Contudo, a análise mais surpreendente é outra: a RPM não está ausente dos discursos que defendem a manutenção da maioria penal. Três argumentos encontrados neste grupo de discursos fortalecem esta hipótese: (i) o Estatuto da Criança e do Adolescente já oferece uma resposta punitiva adequada,

²¹ Além das teorias da retribuição e da dissuasão, podem ser mobilizadas as teorias da denúncia e da ressocialização. Para maiores detalhes ver, entre outros, Pires, 1998 e 2004; Xavier, 2010; Cappi, 2011 e 2013.

fazendo prova de uma “justa severidade”; (ii) é preciso aumentar a duração legal da privação de liberdade; e, por fim, (iii) é necessária a adoção de medidas punitivas contras os adultos que, de alguma maneira, contribuem para a delinquência juvenil. Nesta perspectiva, a salvaguarda do limite jurídico – representado pela maioria penal – entre o direito penal e o ECA não corresponde à diferenciação das racionalidades prevalecendo nos dois espaços – a justiça dos adultos e a justiça juvenil (Pires, 2006; Volpi, 1997).

Este resultado encontra um eco interessante na análise das diferenças, significativas, entre os discursos que defendem a manutenção da maioria penal. Como indicado na construção tipológica anterior, foi possível identificar dois subgrupos de discursos: aqueles que permanecem na linha da racionalidade dominante e aqueles que se mostram favoráveis a formas “inovadoras” de atuação estatal frente à delinquência juvenil. Cabe, contudo, sinalizar que não há um investimento significativo nos argumentos que valorizam essas modalidades alternativas de intervenção junto aos adolescentes infratores. Se é verdade que boa parte desses discursos denuncia as ineficiências do sistema penal, sua seletividade sociorracial, alertando igualmente para a necessidade de políticas básicas de garantia de direitos à juventude ou mesmo para a urgência de reformas estruturais, esses mesmos discursos se mostram muito mais tímidos no que diz respeito à sustentação de formas alternativas da resposta estatal às transgressões juvenis, como é o caso, por exemplo, das medidas socioeducativas em meio aberto ou afiliadas à justiça restaurativa (Cappi, 2009).

O estudo dos discursos pode revelar um outro resultado importante²²: alguns discursos favoráveis à redução da maioria penal mostram-se claramente inscritos numa vertente que poderia ser qualificada de “regressiva”, em relação à própria RPM²³. Trata-se de discursos que se mostram favoráveis a castigos exemplares, de caráter autoritário (Pastana, 2009) e alheio às formas

²² Este resultado é simplesmente evocado aqui. Para maiores detalhes, ver Cappi 2001 e 2013; Cauchie 2005.

²³ Entre a “inovação” e a “regressão” existe, contudo, uma assimetria fundamental, tomando-se a RPM como referência. Se a inovação constitui uma mudança radical em relação à RPM, a regressão pode ser concebida como uma maneira de pensar que privilegia também respostas aflitivas, abandonando, contudo, qualquer princípio moderador.

processuais garantistas, mostrando inclusive um certo grau de tolerância às soluções punitivas extralegais, sejam elas praticadas pela polícia ou por outros cidadãos. Trata-se de posições que consagram a visão conhecida como “direito penal do inimigo” (Jakobs, 2005; Zaffaroni, 2007) ou, ainda, pautadas no “estado de exceção” (Agamben, 2004), com a única diferença que aqui caberia a ideia de “exceção estendida” aplicável aos jovens das camadas pobres da população, essencialmente negros, percebidos como “ontologicamente” perigosos e elimináveis (Bauman, 2007; Flauzina, 2008) A exclusão ou mesmo a morte tornam-se legítimas no discurso regressivo, que banaliza o uso sem moderação da resposta aflitiva ou eliminatória.

6 CONCLUSÃO

Esta contribuição visou ilustrar e aprofundar o debate referente às diferentes “maneiras de pensar” a reação estatal às condutas transgressivas, a partir do estudo empírico dos discursos parlamentares brasileiros referentes à redução da maioria penal. Mais do que um trabalho sobre a punição, tratou-se de investigar as racionalidades subjacentes à mesma, bem como as lógicas que a sustentam ou, ao contrário, indicam caminhos para afastar-se da resposta aflitiva diante do delito.

Para realização desta pesquisa, foi privilegiado o método da Teoria Fundamentada nos Dados, da qual foram expostos as características e os procedimentos. Foi possível ilustrar a adoção dessa metodologia com o estudo dos discursos parlamentares, que se revelaram idôneos para o propósito da pesquisa, propiciando uma análise de cunho indutivo. Assim, tais discursos parlamentares foram entendidos como sintoma dessa diversidade de pensamentos, que foi restituída sob forma de três resultados analíticos interessantes: a estruturação dos argumentos favoráveis à redução da maioria penal; a identificação dos pontos cruciais de oposição entre os discursos favoráveis e contrários à mudança constitucional; enfim, a elaboração de quatro discursos-tipo, que delineiam maneiras diferentes de pensar a resposta estatal à delinquência juvenil.

Numa etapa final, foi mobilizada uma ferramenta conceitual oriunda da recente literatura criminológica, a “racionalidade penal moderna”, para propor uma nova discussão teórica para o questionamento proposto. O exercício permitiu identificar os pontos de contato entre os discursos parlamentares observados e a RPM, bem como identificar as manifestações de racionalidades “inovadoras” ou, ao contrário, de visões “regressivas” do controle social.

Do ponto de vista do método, espera-se ter mostrado a possibilidade e a importância de mobilizar o recurso da Teoria Fundamentada nos Dados para a pesquisa empírica no campo do Direito. Quanto aos resultados, parece útil continuar a investigar – em outros âmbitos do Direito – a relação entre as “maneiras de ver” problema da delinquência juvenil e seus protagonistas, por um lado, e as “maneiras de pensar a intervenção” estatal frente às transgressões juvenis, por outro.

Enfim, no plano político, observaram-se duas realidades a nosso ver inquietantes. De um lado, preocupa o fato das propostas inovadoras aparecerem de maneira tímida e com densidade teórica reduzida. Embora não se espere dos parlamentares um esforço especial em matéria de concepção de alternativas ao castigo, os discursos parecem evidenciar um déficit mais geral na fundamentação teórica das inovações em matéria penal: a racionalidade penal moderna revela-se particularmente insistente quando pretendemos nos afastar dela. Por outro lado, e isto é ainda mais preocupante, a presença de discursos regressivos constitui certamente um sinal de alerta para quem deseja um Estado capaz de conceber e implementar limites, não só para as condutas do cidadão, mas também, e sobretudo, para o exercício do próprio poder punitivo estatal.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. (2004), *Homo sacer - Il potere Sovrano e la nuda vita*, Torino, Giulio Einaudi.

BACHELARD, G. (1983), *La formation de l'esprit scientifique*, Paris, Vrin.

BAUMAN, Z. (2007), *Le présent liquide. Peurs sociales et obsession sécuritaire*, Paris, Seuil.

BOURDIEU, P. (2001), **Langage et pouvoir symbolique**, Paris, Seuil.

CAPPI, R. (2009), “Mediação e prevenção da violência”, in M. LOMANTO, S. AMORIM, V. LEONELLI (org.), **Mediação popular: uma alternativa para a construção da justiça**, Salvador, Juspopuli, pp. 27-35.

CAPPI, R. (2011), “Motifs du controle et figures du danger: l’abaissement de l’âge de la majorité pénale dans le débat parlementaire brésilien”, **Tese de Doutorado**. Louvain: Universidade Católica de Louvain (Bélgica)

CAPPI, R.(2013), “Maneiras de pensar’ o controle social e a justiça penal: uma análise dos discursos parlamentares sobre a redução da maioria penal.” In: L.C. Lourenço, G.L. Rocha Gomes (org.), **Prisões e punições no Brasil contemporâneo**, Salvador, Edufba.

CAPPI, R. (2014), Social Control Thinking: an empirical study of parliamentary debates on lowering the age of criminal responsibility. **Brazilian Journal of Empirical Legal Studies**, 1(1).

CAUCHIE, J. Fr. (2005), “Un système pénal entre complexification et innovations. Le cas ambivalent des travaux communautaires belges”, **Déviance et Société**, v. 29, n. 4, p. 399-422.

CHRISTIE, N. (2005), **Au bout de nos peines**, Bruxelles, De Boeck.

FLAUZINA, A.L.P. (2008), **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**, Rio de Janeiro, Contraponto.

GLASER, B. G., STRAUSS, A. L. (1967), **The discovery of grounded theory: strategies for qualitative research**, New York, Aldine Pub. Co.

GUERRA, I. C. (2006), **Pesquisa Qualitativa e Análise de Conteúdo - Sentidos e Formas de Uso**. Estoril: Principia Editora.

HIRSHHORN, M. (1999), “Type ideal”, in A. Akoun e P. Ansart, **Dictionnaire de sociologie**, Paris, Seuil, pp. 550.

JAKOBS, G. (2005), **Direito penal do inimigo. Noções e Críticas**, Porto Alegre, Livraria do Advogado.

LAPERRIÈRE, A. (2008), “A Teorização enraizada (grounded theory): procedimento analítico e comparação com outras abordagens similares”. In: POUPART, J., et al. **A Pesquisa Qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis, RJ: Vozes, pp. 353-385

MULLER, P. (2000), « L'analyse cognitive des politiques publiques: vers une sociologie politique de l'action publique », **Revue française de science politique**, 50e année, n°2, pp. 189-208.

PASTANA, D.R. (2009), **Justiça penal no Brasil contemporâneo**: discurso democrático, prática autoritária, São Paulo, Editora UNESP.

PELLETIER, Y. (2005), Le syllogisme hypothétique (sa conception aristotélicienne), **Monographies Philosophia Perennis**. Disponível em: <http://docteurangelique.free.fr>

PIRES, A.P. (1998), "Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne", in Ch. Debuyst, F. Digneffe et A. P. Pires, **Histoire des savoirs sur le crime & la peine**, vol 2: La rationalité pénale et la naissance de la criminologie, Bruxelles, De Boeck Université, Presses de l'Université de Montréal et Presses de l'Université d'Ottawa, pp. 3-52.

PIRES, A.P. (1999), "Alguns obstáculos humanistas à mutação do direito penal", **Sociologias**, Porto Alegre, ano 1, n° 1, pp. 64-95.

PIRES, A.P. (2004), A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos, **Novos Estudos Cebrap**, vol. 68, n° 3, pp. 39-60.

PIRES, A.P. (2006) "Responsabilizar ou Punir? A justiça juvenil em perigo?", in C. SLAKMON; M.R.Machado; P.C.Bottini(org.), **Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança**. Brasília, DF: Ministério da Justiça,

PIRES, A.P. (2008), "Sobre algumas questões epistemológicas de uma metodologia geral para as ciências sociais". In: J.Poupart; J.P.Deslauriers; L.Groulx, (org.) **Pesquisa Qualitativa. Enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis, RJ: Vozes, pp. 43-94.

STRAUSS, A, CORBIN, J. (2008), **Pesquisa Qualitativa: Técnica e procedimentos para o desenvolvimento da teoria fundamentada**. 2ªed. Porto Alegre: Artmed.

VOLPI, M. (Org.) (1997), **O Adolescente e o Ato Infracional**, São Paulo, Cortez Editora.

XAVIER, J.R.F. (2010), "O sistema de direito criminal e a racionalidade penal moderna: ilustrações empíricas de dificuldades cognitivas em matérias de penas", **Revista Brasileira De Ciência Criminais**, Ano 18, no 84, p.271-311

ZAFFARONI, E.R. (2007), **O inimigo no direito penal**, Rio de Janeiro, Revan.

CONCEITOS E AÇÕES NA SEGURANÇA PÚBLICA: REFLEXÕES SOBRE O PACTO PELA VIDA NA BAHIA

Felipe da Silva Freitas

RESUMO: Neste artigo discutiremos as “maneiras de pensar” o controle de homicídios no âmbito do programa Pacto pela Vida do estado da Bahia analisando as abordagens do Programa e enfatizando os processos de investigação utilizados na pesquisa para análise das interações cognitivas construídas na formulação do Pacto pela Vida. Inicialmente apresentaremos um panorama geral com o contexto no qual o Pacto pela Vida foi criado, em seguida indicaremos a metodologia adotada e descreveremos os procedimentos realizados para coleta e análise das informações, e, por fim, destacaremos os principais resultados da análise e as principais tendências do Pacto pela Vida em termos de conceitos e estratégias referentes ao controle de homicídios.

PALAVRAS-CHAVE: segurança Pública; controle de homicídios; teoria fundamentada nos dados.

1 INTRODUÇÃO²⁴

O estado da Bahia apresentou índices de violência bastante significativos ao longo das décadas de 1990 e 2000. Segundo dados do Ministério da Saúde, os homicídios no estado variaram de uma taxa de 13 por 100 mil em 2000 para 41,9 por 100 mil em 2012, uma variação bastante superior à média nacional que no mesmo período oscilou de 28,5/100 mil para 29/100 mil homicídios por ano. Este cenário foi sendo amplamente questionado ao longo dos anos pelas organizações sociais e analisado pelas universidades e instituições de pesquisa obrigando governos e instituições públicas a adotarem – ainda que somente no plano meramente discursivo – iniciativas voltadas ao enfrentamento desta realidade.

²⁴ Na presente comunicação apresentamos alguns resultados da pesquisa realizada no curso de mestrado realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília, linha: Sociedade, Conflito e Movimento Sociais, sublinha: Criminologia e Estudos sobre Violência sobre orientação da professora Cristina Zackseski (FREITAS, 2015).

Em 2011, no segundo mandato do governador Jaques Wagner²⁵, o tema da segurança pública foi alçado a questão estrutural da agenda política eleitoral baiana. Já nos primeiros dias de gestão o governador propôs série de iniciativas que foram apontadas já no seu discurso de posse:

A segurança pública é um dos nossos maiores desafios nos próximos 4 anos. Vamos atuar em frentes distintas. De um lado, a mão amiga que cuida da nossa gente. Do outro, a ação firme do Governo do Estado, combinando repressão qualificada com a busca permanente da inclusão social. Estejam certos: não vamos dar trégua ao crime e ao tráfico de drogas. Continuaremos investindo, ampliando e fortalecendo as nossas polícias e levando o Programa Ronda no Bairros, que já está dando certo, para cidades acima de 100 mil habitantes. Vamos continuar trabalhando em parceria com o Governo Federal através do Pronasci, que cuida da segurança com cidadania. (WAGNER, 2011).

Neste sentido, foi constituído um grupo de trabalho liderado pelos Secretários de Comunicação e de Segurança Pública para formular, a exemplo do Plano homônimo lançado no estado de Pernambuco em 2008, o Pacto pela Vida iniciativa voltada a reduzir a ocorrência de crimes contra vida no estado da Bahia. Este grupo trabalhou com a assessoria de especialistas e consultores de outros estados e em junho de 2011, seis meses após o início do segundo mandato do governador Jaques Wagner, lançou o Plano.

Inicialmente a proposta do Pacto pela Vida foi apresentada aos policiais militares do estado, em maio de 2011, e em seguida à sociedade em 06 de junho de 2011. No dia 13 de junho foi instituído o Fórum Estadual de Segurança que reuniu representações da sociedade em oficinas sobre atividade policial; sistema de justiça; prevenção da violência; juventude; criança e adolescente; violência e grupos vulneráveis (idosos, pessoa com deficiência, LGBT); drogas e violência; sistema prisional; violência contra a mulher e violência racial.

²⁵ Jaques Wagner foi governador da Bahia entre 2007 e 2014. Filiado ao Partido dos Trabalhadores Wagner venceu o então governador do estado Paulo Souto (Partido da Frente Liberal) encerrando uma longa hegemonia política do "carlismo" - grupo formado na Bahia em torno da liderança de Antônio Carlos Magalhães (1927-2007), que durante quatro décadas exerceu vários cargos públicos de destaque nacional e fortes influências sobre um conjunto de partidos políticos do estado da Bahia (DANTAS NETO, 2006).

O processo de implantação do Pacto pela Vida foi marcado pela liderança do Secretário de Segurança Pública do estado. Formado em direito e com especialização na área de inteligência policial o Secretário Maurício Barbosa é delegado da polícia federal e durante o primeiro governo Wagner atuou como Superintendente Inteligência Policial. Quando da sua posse o secretário anunciou que a diminuição imediata do número de homicídios e o combate duro e efetivo ao tráfico de drogas eram as suas prioridades de gestão.

Barbosa foi o terceiro secretário de segurança pública do governo Jaques Wagner e confirmou a tendência na escolha dos secretários estaduais de segurança pública na década de 2000 com profissionais oriundos da polícia federal.²⁶ Assim, tendo em seu comando “um operacional” o governo da Bahia empreendeu grandes esforços para implementar o PPV que passou a ser o eixo estruturador da política de segurança do estado.

Com o Pacto pela Vida o governo da Bahia pretendeu uma resposta para uma premente realidade social cuja gravidade fora amplamente demonstrada no estado. Neste sentido, buscou a experiência do estado de Pernambuco que anos antes havia adotado medidas assemelhadas buscando, nos termos do próprio site do Governo do Estado, criar um programa que representasse:

Uma nova política pública de Segurança, construída de forma pactuada com a sociedade, articulada e integrada com o Poder Judiciário, a Assembleia Legislativa, o Ministério Público, a Defensoria Pública, os municípios e a União.” (Disponível em <http://www.pactopelavida.ba.gov.br/pacto-pela-vida/o-que-e/>).

De acordo com a própria formulação oficial o Pacto é dirigido pela liderança do governador que coordena os esforços e monitora os resultados de treze

²⁶ O modismo do momento é a presença de delegados federais, da ativa ou aposentados, como secretários de segurança pública. Até o final de 2010, em 18 estados brasileiros, eles estavam ocupando tais cargos, com a perspectiva de aumentar essa participação nos novos governos estaduais que estão assumindo em 2011. Em momentos anteriores, prevaleceram procuradores de justiça, desembargadores e oficiais de reserva do Exército. Subjaz em tais escolhas “técnicas” a suposição de que o secretário de segurança pública deve ser um “erudito do direito penal” ou “um operacional” ou mesmo um “mano de pedra”. Não há evidência de que tal supremacia dos delegados federais tenha implicado ganho de qualidade na gestão das políticas estaduais de controle da criminalidade, salvo algumas exceções. Eles têm feito “mais do mesmo”, reafirmando o gerenciamento de crises, infelizmente. (SAPORI, 2011, p. 12 – 13)

secretarias com vistas a diminuição dos Crimes Violentos Letais Intencionais – CVLIs e dos Crimes Violentos contra o Patrimônio – CVPs por meio de ações voltadas para a área policial (ações integradas das unidades da Secretaria de Segurança Pública, das Polícias Militar e Civil e do Departamento de Polícia Técnica visando à redução dos CVLIs e CVPs etc.) e para a área social (voltadas para a população vulnerável das áreas identificadas como críticas em termos de criminalidade etc.). Ou seja, o pacto articula-se em duas macro-dimensões estratégicas que do ponto de vista da gestão está delineado a partir dos comitês (de governança e o executivo); cinco câmaras setoriais e um núcleo de gestão. Tudo sob o discurso da territorialização, focalização e transversalidade.

Todos estes instrumentos de gestão do Pacto pela Vida estão formalizados por meio da Lei Estadual n. 12.357 de 26 de setembro de 2011 que institui o Sistema de Defesa Social, o Programa Pacto pela Vida, e dá outras providências. Esta normativa consolida o Pacto no âmbito estadual e cria uma Política Pública de Defesa Social criando as estruturas de governança do programa e inclusive criando cargos para as funções de articulação institucional e gerenciamento administrativos das atividades.

Esta legislação referenciou a construção do Plano Estadual de Segurança Pública lançado em dezembro de 2011, três meses depois da sanção da Lei Estadual n. 12.357/2011, com o objetivo de apresentar missão, valores, visão de futuro e a metodologia utilizada para construção do modelo proposto no Pacto pela Vida. Tal documento é composto por um elenco genérico de 107 ações/programas e refere-se ao período de 2012 – 2015 e orienta toda a agenda de segurança pública do Plano Plurianual da Bahia e nas demais peças do ciclo orçamentário neste período.

O documento que apresenta o PLANESP traz, além de descrição de metodologia e histórico de construção do Plano, um mapa estratégico com descrição da visão de futuro, diretrizes e mapa e indicadores estratégicos da questão da segurança pública no estado para construir um pacote de compromissos e um elenco de temas e objetivos estratégicos da segurança pública no Estado. O PLANESP constitui-se como o documento base do programa Pacto pela Vida.

Na presente investigação realizamos a análise do documento do PLANESP com vistas a identificar as “maneiras de pensar”²⁷ o controle de homicídios no âmbito do programa Pacto pela Vida e apontar as interações cognitivas produzidas na formulação do programa. Ao invés de desenvolver uma investigação sobre resultados quantitativos, índices estratégicos ou mesmo movimentação dos atores políticos na execução do programa optou-se por analisar as “maneiras de pensar” a questão do controle de homicídios no âmbito das políticas públicas de segurança na Bahia.

2 METODOLOGIA DA PESQUISA: UMA ANÁLISE FUNDAMENTADA NOS DADOS

Em termos metodológicos valemo-nos no presente estudo de um procedimento de coleta e análise de dados fundado nos pressupostos da pesquisa qualitativa (GUERRA, 2006) para analisar o material empírico estudado. Neste item descrevemos os procedimentos realizados na pesquisa, bem como apresentamos as etapas de seleção e categorização dos dados com vistas a enunciar quais os caminhos percorridos para obter as análises que serão apresentadas em seguida.

Como destaca Quivy e Campenhoudt (2008), o método de coleta, seleção e análise dos dados é ponto estruturante de uma pesquisa no campo das ciências sociais. É a definição clara do ponto de partida e a delimitação precisa daquilo que se pretende investigar que possibilitará ao pesquisador a escolha os métodos e técnicas adequados para consecução dos procedimentos investigativos que serão adotados. Neste sentido, nos apontam o desafio de proceder determinadas operações comuns a qualquer investigação científica, ainda que através de percursos e métodos diferentes reconhecendo que:

[...] Expor o procedimento científico consiste, portanto, em descrever os princípios fundamentais a pôr em prática em qualquer trabalho de investigação. Os métodos não são mais do que formalizações particulares do procedimento, percursos diferentes concebidos para estarem mais adaptados aos

²⁷ A expressão “maneiras de pensar” é extraída de PIRES, 2001 e CAPPI, 2013.

fenômenos ou domínios estudados. (QUIVY; CAMPENHOUDT, 2008, p. 25).

Segundo os mesmos autores estes princípios fundamentais do processo científico podem ser indicados em sete etapas a serem percorridas no processo de trabalho do pesquisador. Do mesmo modo destaca-se que estas etapas são evidentemente não lineares e não sucessivas posto que muitas vezes o pesquisador precisa refazer o percurso de investigação tendo em conta as inúmeras variantes que interferem no processo e que precisam ser reconhecidas na análise.

A primeira ênfase neste ponto foi buscar resgatar a discussão sobre a dimensão cognitiva das políticas públicas indagando quanto as ideias e os sentidos que emergem no discurso oficial sobre as políticas de controle de homicídios no estado. O objetivo neste tipo de investigação é discutir o papel das ideias e do conhecimento na análise da política pública (JOHN apud FARIAS, 2003, p. 22) enfatizando as relações cognitivas entre as representações produzidas por um ou vários atores e os contextos e cenários nos quais estas relações são produzidas e processadas politicamente.

Para realizar a observação dos dados adotou-se o aporte teórico metodológico da teoria fundamentada nos dados (GLASER e STRAUSS, 1967; LAPERRIÈRE, 2008). Esta opção pretendeu extrair da análise do documento uma formulação teórica que reflita as informações coletadas e contribua com a descrição das “maneiras de pensar” contidas no documento e que, ao mesmo tempo, colaborem para uma maior compreensão destas “maneiras de pensar” identificando as tendências em termos de conceitos e estratégias na abordagem do controle de homicídios nas políticas de segurança.

A teoria fundamentada nos dados neste sentido representa um potente instrumento para elucidar a maneira que os atores identificam, interpretam e valoram determinados fenômenos sociais. Fundada com o propósito de alcançar níveis superiores de teorização àqueles alcançados pelas investigações excessivamente interessadas na “neutralidade” do pesquisador a TFD (Teoria Fundamentada nos Dados) também busca evitar os “arredondamentos” de dados para que correspondam aos quadros conceituais pré-existentes:

Segundo seus autores, a TFD surge como resposta a uma dupla carência no âmbito da produção sociológica da época. Por um lado, eles denunciavam o baixo nível de teorização alcançado pelas pesquisas sociológicas, quantitativas em sua maioria, mais interessadas na “neutralidade” das coletas e acúmulos de dados. Por outro, contestavam a tendência de as teorias sociológicas “arredondarem” os dados para que correspondam, a posteriori, aos quadros conceituais previamente situados. (CAPPI, 2014, p. 12).

Em termos metodológicos o trabalho de análise dos documentos seguiu os processos de decodificação indicados pela TDF realizando procedimentos de codificação aberta, codificação axial e codificação seletiva.

Na primeira etapa de análise realizou-se a identificação das unidades de sentido do PLANESP. Como destaca Strauss e Corbin (2008) foi realizado um processo de identificação dos conceitos tal qual eles se encontram no documento analisado. Nesta fase a preocupação principal foi de assegurar o registro exaustivo de todas as unidades de sentido do texto indicando a página na qual a referida ideia estava apresentada.

Tal etapa foi fundamental para um melhor manejo do documento e para uma visualização planejada do documento. Neste processo produziu-se uma lista com 281 unidades de sentido que possibilitou a verificação: das unidades de sentido que se repetiam, das unidades de sentido que apareciam poucas vezes, e, por fim, a discussão sobre as ideias que não estavam contidas no documento.

No segundo procedimento – o de codificação axial – foram verificados, a partir dos dados levantados na primeira etapa, as primeiras articulações teóricas entre as unidades de sentido. Nesta fase foram identificadas 29 categorias que expressam o conjunto dos temas do PLANESP:

1. Importância do tema da segurança pública
2. Homicídios como problema
3. Reconstrução da sensação de segurança
4. Enfrentamento ao crack e outras drogas
5. Redução da Criminalidade
6. Polícia Comunitária
7. Polícia Investigativa e Inteligência Policial

8. Ampliação do efetivo policial
9. Melhoria das condições de trabalho dos policiais
10. Ênfase aos valores da corporação
11. Combate à corrupção e ações de correição
12. Desarticulação de quadrilhas
13. Sociedade contribuindo para execução das políticas
14. Sociedade atuando no controle social das políticas
15. Ações para grupos historicamente discriminados
16. Ações de direitos humanos e cidadania
17. Ações para redução da vulnerabilidade
18. Construção de uma nova estratégia de segurança
19. Metodologia de Planejamento
20. Necessidade de mais recursos
21. Importância da informação e da tecnologia
22. Ação territorializada na segurança pública
23. Constatação de que o modelo não vem dando certo
24. Instituição de um sistema de defesa social
25. Articulação entre proposta de prevenção e repressão
26. Ação Transversal
27. Modelo de Gestão Baseado no desempenho e nos resultados
28. Administração Prisional

QUADRO 1 – Categorias do PLANESP

Por fim, procedeu-se o trabalho de codificação seletiva. Nesta fase realizou-se o esforço de integração final das categorias em torno de uma síntese teórica dos resultados alcançados. A atividade de codificação nesta etapa pretendeu buscar uma narrativa central em torno da qual as categorias se organizam. Tratou-se do exercício de identificar, com fundamento nos dados, o percurso narrativo que sustenta as representações e os sentidos enunciados pelo texto (STRAUSS e CORBIN, 2008 apud CAPPI, 2014, p. 14)

Nesta fase, a partir das 29 categorias acima descritas, foram identificadas 08 macrocategorias em torno das quais apresentaremos os resultados obtidos na investigação:

| |
|---|
| <p>IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA E DAS PRIORIDADES</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Importância do tema da segurança pública 2. Homicídios como problema |
| <p>DOS OBJETIVOS DA POLÍTICA</p> <ol style="list-style-type: none"> 3. Reconstrução da sensação de segurança 4. Redução da Criminalidade 5. Homicídios como problema |
| <p>DOS EIXOS ESTRUTURADORES</p> <ol style="list-style-type: none"> 6. Instituição de um sistema de defesa social 7. Ação territorializada na segurança pública 8. Articulação entre proposta de prevenção e repressão 9. Ação Transversal |
| <p>GOVERNANÇA E GESTÃO DA SEGURANÇA</p> <ol style="list-style-type: none"> 10. Construção de uma nova estratégia de segurança 11. Metodologia de Planejamento 12. Necessidade de mais recursos 13. Importância da informação e da tecnologia 14. Constatação de que o modelo não vem dando certo 15. Modelo de Gestão Baseado no desempenho e nos resultados |
| <p>AÇÕES VOLTADAS AO CONTROLE DA CRIMINALIDADE</p> <ol style="list-style-type: none"> 16. Enfrentamento ao crack e outras drogas 17. Desarticulação de quadrilhas 18. Administração Prisional |
| <p>AÇÕES VOLTADAS AO FORTALECIMENTO DA AÇÃO POLICIAL</p> <ol style="list-style-type: none"> 19. Polícia Comunitária 20. Polícia Investigativa e Inteligência Policial 21. Ampliação do efetivo policial |

| | |
|--|---|
| 22. | Melhoria das condições de trabalho dos policiais |
| 23. | Ênfase aos valores da corporação |
| 24. | Combate a corrupção e ações de correição |
| AÇÕES VOLTADAS PARA PARTICIPAÇÃO SOCIAL | |
| 25. | Sociedade contribuindo para execução das políticas |
| 26. | Sociedade atuando no controle social das políticas |
| AÇÕES SOCIAIS E DE PROMOÇÃO DE DIREITOS | |
| 27. | Ações para grupos historicamente discriminados |
| 28. | Ações de direitos humanos e cidadania |
| 29. | Ações para redução da vulnerabilidade das comunidades |

QUADRO 2 – Macrocategorias do PLANESP

Diante destas macrocategorias não encontra-se propriamente uma teorização inédita, mas o ponto de partida para o levantamento de hipóteses sobre os sentidos atribuídos pelo discurso oficial às noções controle de homicídios, segurança pública e gestão da segurança pública no estado da Bahia. Tais processos permitiram um aprofundamento da discussão sobre os discursos e ações na área da segurança e uma série de articulações sobre o caso da Bahia e sobre a interpretação teórica das abordagens oficiais sobre o tema.

Neste estudo foi possível destacar não só os processos formais de articulação de políticas públicas - definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação (SOUZA, 2006, p. 29) – mas, sobretudo, as disputas relativas aos sentidos das “não-ações” e das omissões, como formas de manifestação de políticas, opções e orientações dos que ocupam cargos. Como destaca Elenaldo Teixeira (2002) foi possível pensar as políticas públicas na perspectiva da distribuição e redistribuição de poder, bem como pensar o papel do conflito social nos processos de decisão, a repartição de custos e benefícios sociais.

Considerou-se nesta investigação as ideias em jogo na construção das políticas públicas frisando as concepções de mundo, ideologias e posições

políticas dos atores constituem uma determinada “maneira de pensar”. Nos termos da literaturas sobre o tema a presente investigação situa-se na discussão sobre a dimensão cognitiva das políticas públicas (MULLER, 2004; COPPETTI e BEVILAQUA, 2013). Sem prejuízo das análises de caráter mais estrutural, atentas às movimentações dos atores ou aos resultados das ações, a análise de caráter cognitivo está interessada em investigar os sentidos e as narrativas – a dimensão cognitiva – de cada um e/ou do conjunto dos atores.

No campo das políticas públicas, levar em conta a dimensão cognitiva da ação pública permite construir novas hipóteses de pesquisa sobre “o Estado e a recomposição do espaço público”, integrando novos conceitos e métodos e dialogando com outras disciplinas (LUKIC e TOMAZINI, 2013, p. 8).

Trata-se de pensar sobre como determinada questão vai sendo tematizada a partir do discurso de um ou de alguns atores do jogo político. Neste tipo de análise considera-se o processo de construção de visões de mundo como variável explicativa na formulação das políticas públicas buscando abandonar a ideia de que a política seria um resultado racional de escolhas sequenciadas dos atores.

Na análise realizada foi possível verificar grandes tendências no controle de homicídios no estado da Bahia a partir das oito macrocategorias descritas. As tendências identificadas apontam para um forte reforço penal na análise do PLANESP, com ênfase nos modelos gerencialistas de governança das políticas de segurança e com a “importação” de metodologias empresariais para formulação do Pacto pela Vida.

O estudo das interações cognitivas do PLANESP permitiu um aprofundamento da reflexão do PPV como uma “ilustração” das experiências nacionais relativas ao controle de homicídios e uma aproximação entre os estudos sobre formulação de políticas públicas de segurança e as discussões sobre os sentidos das “não-ações” dos discursos oficiais. O uso da teoria fundamentada nos dados permitiu uma investigação acerca das racionalidades com as quais se formularam o programa de segurança pública no estado da Bahia e como a questão do controle de homicídios foi sendo tematizada nestas abordagens.

Sinteticamente podemos destacar três grandes tendências em termos de controle de homicídios no estado da Bahia:

- a) criminalidade como chave explicativa do fenômeno da violência;
- b) sistema de defesa social como base discursiva, e,
- c) gerencialismo como modelo de governança

3 CRIMINALIDADE COMO CHAVE EXPLICATIVA DO FENÔMENO DA VIOLÊNCIA

O PLANESP trabalha com a ideia de criminalidade como chave explicativa para o fenômeno da violência e destaca a necessidade de “prevenção social da criminalidade violenta, combinada com a qualificação da repressão, baseada no uso da inteligência, informação, tecnologia e gestão” (PLANESP/BA, 2011, p. 13). No PLANESP a questão da criminalidade é considerada como um indicador de resultado da política. No esquema lógico do Plano a medida dos eventuais resultados das ações de segurança seriam avaliados a partir da “redução da criminalidade” (PLANESP/BA, 2011, p. 13) que por sua vez é entendida como o rol das práticas delitivas mais executadas no estado.

Segundo a abordagem do Pacto pela Vida estaríamos diante de um esquema segundo o qual a criminalidade seria o conceito síntese da violência. Deste modo as ocorrências não criminalizadas, em especial as formas de violência institucional e estrutural, ficam totalmente alijadas da definição dos objetivos desta política de segurança.

4 SISTEMA DE DEFESA SOCIAL COMO BASE DISCURSIVA

O sistema de defesa social é referido quatro vezes no documento sempre de forma vaga e genérica (PLANESP/BA, 2011, p. 11, 14, 35 e 82). Na primeira referência destaca-se a aprovação da lei que institui um sistema de defesa social (p. 11), em seguida, frisa-se a ameaça representada pela “Maior atuação do crime organizado, promovendo insegurança e instabilidade no sistema de defesa social, inclusive com envolvimento de policiais na prática de crimes” (p. 14).

A terceira menção a este conceito ocorre na descrição dos objetivos da SSP BA destacando-se o dever de “Contribuir, decisivamente, para a aplicação da lei penal e para a defesa social” (p. 35) e, por fim, a afirmação de que o modelo de gestão do PPV buscará oferecer DEFESA SOCIAL destacando que, no entender da Secretaria:

A ideia de DEFESA SOCIAL transcende a noção de segurança pública, que, é tratada com prioridade, bem porque o tema ocupa uma das Câmaras Setoriais, todavia, não encerra a totalidade das ações de Estado em prol da diminuição das taxas de violência. (PLANESP/BA, 2011, p. 82).

No caso do Pacto pela Vida, onde instituiu-se um Sistema de Defesa Social (SDS) através da Lei 12.357/2011, esta ideologia é um substrato importante na argumentação oficial como destaca Jaques Wagner, governador do estado entre 2007 – 2014, ao tratar do tema em entrevista de avaliação do seu mandato:

JW:É preciso lembrar que a segurança tem que funcionar como uma linha de produção. Começa com o trabalho da Polícia Militar na rua, que passa para a Civil e a Polícia Técnica para fazer a investigação, oferece inquérito para o Ministério Público, que por sua vez oferece a denúncia para a Justiça, que vai julgar e condenar quem tiver culpa, e na ponta há o sistema prisional. Se essa linha não tiver funcionando de modo articulado, não se chega a lugar nenhum.

Entrevistador: E dá para dizer que essa articulação melhorou?

JW: Ela tem melhorado muito. [...] Hoje, em casos que envolvem líderes de grandes quadrilhas, o secretário da Segurança Pública tem liberdade para entrar em contato com um desembargador, não para interferir no curso de um processo, mas para dar seu depoimento sobre um determinado criminoso. Hoje, a polícia baiana é outra. O sistema de segurança é outro. Criamos o que chamo de fábrica de produção do bem. Contratamos mais gente, compramos mais armamento, substituímos o revólver 38 pela pistola .40, não existe mais o tíquete para comprar 10 litros de gasolina para uma viatura e só. Comprei três milhões de munição apenas para treinamento. Ninguém sai da academia de polícia hoje sem dar pelo menos 100, 150 tiros. (WAGNER, 2014).

A ideia de uma sociedade de bons em detrimento de uma minoria delinquente é a base do pensamento oficial que se revela nos discursos sobre segurança pública na Bahia. Trata-se de uma abordagem que privilegia as intervenções sobre os sujeitos e não sobre os fenômenos sociais nos quais estes sujeitos constroem suas condutas, que considera o crime como uma realidade ontológica, e não com uma construção social e que se lastreia numa definição moral de condutas aprovadas e reprovadas socialmente.

5. GERENCIALISMO COMO MODELO DE GOVERNANÇA

As estruturas de governança e gestão inauguradas pelo PPV assumem grande destaque no PLANESP. Desde o texto do governador (PLANESP/BA, 2011, p. 11) até o portfólio de ações (PLANESP/BA, 2011, p. 83 – 101) são inúmeras as referências às ideias de que há uma falência do modelo tradicional de repressão ao crime (PLANESP/BA, 2011, p. 11, 12, 13, 22) e de que, portanto, é necessário um novo modelo de governança com ênfase na gestão e integração entre os sistemas.

Esta ênfase pode ser sintetizada em quatro categorias que se apresentam ao longo do texto: a defesa da construção de uma nova estratégia de segurança, adoção de metodologias específicas de planejamento, com destaque para a necessidade de mais recursos para segurança pública, importância da informação e da tecnologia e a ênfase no desempenho e nos resultados.

A primeira ideia, de que é preciso construir uma nova estratégia em termos de segurança, é destacada logo nas primeiras palavras do PLANESP e reiterada em várias passagens do documento (PLANESP/BA, 2011, p. 33, 83, 86):

Estabelecemos uma nova estratégia na área de segurança pública, uma vez que o modelo tradicional repressivo/reactivo de combate à violência não vem dando conta de interferir positivamente no fenômeno da violência. Essa nova estratégia associa medidas de combate e repressão à criminalidade – ainda necessárias – com ações de cunho preventivo, com ênfase na gestão, na polícia de proximidade e na inteligência, integradas às iniciativas sociais e econômicas que objetivam a inclusão social e a ampliação de oportunidades voltadas para as populações mais vulneráveis. (PLANESP/BA, 2011, p. 11).

Trata-se de uma visão de gestão bastante articulada com o desafio de “modernização das estruturas de segurança pública” (PLANESP/BA, 2011, p. 13) anunciado pelo governo com o objetivo de alinhar a Bahia com casos de sucesso que vem acontecendo em outros estados. Como destaca o secretário de segurança pública em entrevista à imprensa baiana: “Uma das coisas mais emblemáticas do Pacto Pela Vida é o modelo de gestão. Antigamente não se tinha gestão de segurança. [...]. Não tinha planejamento, não tinha absolutamente nada.” (BARBOSA, 2014)

Esta modernização, nos termos das falas oficiais, se estabelece a partir de uma metodologia de planejamento que associa o gerenciamento por diretrizes (GPD), a matriz de SWOT e o método do balanced scorecard:

Sob a orientação técnica do Instituto de Desenvolvimento Gerencial (INDG) , deflagraram-se os trabalhos a partir da utilização da ferramenta denominada “Gerenciamento pelas Diretrizes” (GPD) a qual adota, como ponto de partida, as metas anuais da organização que são definidas com base no plano de longo prazo. O objetivo da ferramenta em destaque é o de direcionar a caminhada eficiente do controle da qualidade (rotina), para a sobrevivência da organização. [...]colocou-se em prática a utilização combinada de duas ferramentas de planejamento estratégico, quais sejam, o GPD, que já estava em uso, e o Balanced Scorecard (BSC), que passa a ser um experimento inovador nesta Secretaria. Para viabilizar o diagnóstico que precede os trabalhos de definição da estratégia, optou-se pelo emprego da Matriz SWOT, que é uma planilha que permite o cruzamento de cenários para definir quais são os objetivos considerados estratégicos para a organização. Em língua inglesa, SWOT é uma abreviação das palavras strengths, weaknesses, opportunities e threats que traduzidas, respectivamente, significam: forças, fraquezas, oportunidades e ameaças (PLANESP/BA, 2011, p. 22).

Tal combinação de métodos e técnicas bastante difundidos na área empresarial resulta numa matriz de planejamento especialmente vinculada com as ideias de “negócios”, “clientes”, “resultado”, como se pode verificar na própria redação do PLANESP. A ênfase desta abordagem situa-se nas lógicas de mercado e de prestação de serviços no ramo privado dentro das linhas conceituais propostas pelo gerencialismo.²⁸

No caso da Bahia esta ênfase é bastante evidente como ressalta o próprio Secretário de Segurança do estado da Bahia ao avaliar o PPV:

Para termos uma ideia, o “Pacto pela Vida” é uma adaptação que foi trazida de outras experiências como em Minas Gerais e Rio de Janeiro. Porque, na verdade, é uma metodologia de gestão em

²⁸ Introduzido na administração pública, a partir das experiências europeias e norte-americanas de liberalismo econômico e político, o gerencialismo foi apresentado como uma alternativa ao modelo burocrático weberiano que, desde a década de 1970, começou a mostrar-se insuficiente interesses do desenvolvimento capitalista mundial (ABRUCIO, 1997). Tratava-se de uma estratégia que pudesse substituir as desprestigiadas experiências burocráticas – avaliadas na década de 1970 como lentas e obsoletas – e incorporar na administração pública o modelo de gestão das empresas, tido como rápido, eficaz e produtivo, com altos índices de avaliação dos “consumidores/clientes/cidadãos”.

segurança pública. Ou seja, você reúne todas as instituições que fazem parte da **cadeia produtiva** como justiça, ministério público, sistema prisional e outras secretarias, e você faz reuniões periódicas e sistemáticas com essas áreas, estipula metas para que cada um consiga cumprir, fazendo com o que o todo ande. Então, na verdade, tudo que precede a essas reuniões são auditorias e diagnósticos que foram feitos, por exemplo, pelo instituto Brasil Competitivo, que tem, entre outras empresas, o grupo Gerdal. (BARBOSA, 2014) Grifo nosso.

A ideia de gestão eficiente vem acompanhada de uma abordagem muito peculiar do sistema de justiça criminal e segurança pública como uma “cadeia produtiva” (ou como uma “fábrica de produção do bem” como destacou o governador do estado). É uma visão que articula uma percepção do Estado como “gerente de políticas públicas” e uma leitura do sistema penal como “luta do bem contra o mal”.

Ademais, confirmando uma tendência das políticas públicas no Brasil, o tema dos grupos historicamente excluídos – especialmente o segmento negro principais vítimas de homicídios no país - segue invisibilizado na proposta do PPV. Mesmo tratando-se de um estado de maioria de população negra o tema da prevenção não incorporou iniciativas que fossem capazes de incidir sobre o fenômeno do racismo, suas causas ou mesmo seus efeitos na sociedade em termos de estigmatização e criminalização de determinados grupos. Neste sentido, o PPV contorna o problema da banalização da cultura de violência e segue incidindo nos efeitos e não nas causas dos delitos.

Na mesma perspectiva o PPV também abandona temáticas reconhecidamente importantes na agenda de controle de homicídios como o combate ao comércio ilegal de armas, o enfrentamento aos grupos de extermínio e o maior controle da letalidade policial. Inexiste no PLANESP uma abordagem para o problema na violência da intervenção policial e da construção de uma agenda de promoção e defesa dos direitos humanos. Órgãos como Ouvidoria e Corregedoria de polícia, apontados fundamentais para o enfrentamento a corrupção policial, seguem secundarizados na abordagem do PPV.

Em resumo, reitera-se “maneiras de pensar” o problema dos homicídios baseadas no enfoque jurídico-penal amparado nos debates sobre crime, criminalidade e criminoso e no enfoque sobre a gestão produtiva da máquina

pública, com destaque para as dimensões do resultado, do desempenho e da gratificação. Estas “maneiras de pensar” evidenciam uma problemática conjunção entre punitivismo, neoliberalismo na gestão do estado e persistência do racismo institucionalizado mediante a invisibilização das hierarquias raciais na produção das vítimas de violência letal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a presente pesquisa conseguimos compor uma análise que reforça a hipótese central que vem sendo formulada por parte dos estudos sobre controle de homicídios de que, assim como a maioria das respostas latino-americanas ao problema dos homicídios, o Pacto pela Vida segue padrões policiarescos e punitivistas e não articula medidas de curto, médio e longo prazo na produção da segurança objetiva das pessoas. Através de um forte discurso de propaganda o programa não incide sobre o problema que diz enfrentar e, pelo contrário, omite-se em aspectos centrais como: distribuição do efetivo policial e dos recursos orçamentários disponíveis com base em diagnóstico confiáveis, enfrentamento à violência policial e combate ao racismo institucional nas instituições de segurança pública.

O PPV importa modelos da esfera empresarial e incorpora leituras típicas da abordagem gerencialista com gratificações por resultado, ênfase no desempenho dos servidores, desconstituição da esfera pública da administração e com uma gramática completamente amoldada ao mundo dos negócios com amplo repertório de expressões como: cliente, colaborador, serviço, produto, satisfação e resultado.

O não reconhecimento da centralidade da agenda racial na pauta de controle de homicídios é outro aspecto a ser destacado. É bastante significativo que num estado de maioria negra em que o risco de morte violenta concentra-se no grupo dos jovens negros do sexo masculino inexista no PPV uma abordagem central e prioritária para o tema. Esta ausência compromete o discurso de integração prometido pelos agentes públicos por ocasião do lançamento da iniciativa e aponta a persistência do conceito de genocídio do povo negro como

traço estruturador do sistema penal e de segurança pública na Bahia. Mais do que um lapso ou uma omissão pontual este aspecto é um traço central do programa e importa no seu comprometimento político na abordagem do tema.

Neste sentido, a análise fundamentada nos dados e a discussão cognitiva das políticas públicas, utilizadas no presente trabalho, nos permitiram afirmar que tais lacunas são mais do que problemas pontuais do programa, mas constituem a própria narrativa subjacente aos textos oficiais.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, F. L. O impacto do modelo gerencial na administração pública: Um breve estudo sobre a experiência internacional recente. **Cadernos ENAP**, v. 10, Rio de Janeiro, 1997.

A TARDE. ONU na Bahia em defesa da vida. **Local**, p. 7, Salvador: 19 de setembro de 2003.

BAHIA. Secretaria de Segurança Pública. **Plano Estadual de Segurança Pública - PLANESP: 2012 – 2015**. Salvador: SSP/BA, 2011.

_____. Lei n. 12.357, 23 de setembro de 2011. Institui o Sistema de Defesa Social, o Programa Pacto pela Vida e dá outras providências. Bahia. **Diário do Executivo**. Salvador, 23 de setembro de 2011a.

_____. Lei n. 12.371, que Institui o Sistema de Definição e Acompanhamento de Metas para o Indicador Estratégico e outros Indicadores de Controle de Criminalidade no Estado da Bahia, estabelece regras para a concessão do Prêmio por Desempenho Policial, e dá outras providências. Bahia. **Diário do Executivo**. Salvador, 21 de dezembro de 2011b.

BARATTA, A. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. Tradução de: Criminologia critica e critica del diritto penale. 254p.

_____. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. **Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre, n. 2, abr./ maio/ jun., 1993.

BARBOSA, M. “O Pacto pela Vida é a uma medida de sucesso”. **Bahia Notícias**, Salvador, 29 de julho de 2014. Entrevista concedida a Evilásio Júnior, Marcos Russo e Lucas Cunha. Disponível em

<<http://www.bahianoticias.com.br/entrevista/368-mauricio-barbosa.html>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2015.

_____. “Secretário diz que o governo Wagner avançou em segurança da população”. **Tribuna da Bahia**, Salvador, 17 de fevereiro de 2014a. Entrevista concedida a Osvaldo Lyra. Disponível em <<http://www.tribunadabahia.com.br/2014/02/17/secretario-diz-que-governo-wagner-avancou-em-seguranca-da-populacao>>. Acesso em 21 de março de 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a ação criminosa das milícias privadas e dos grupos de extermínio em toda a região nordeste**. Novembro 2005.

Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/cpi/Rel_Fin_CPIEXTERMINIO_doc.doc>. Acesso em 15 de janeiro de 2015>.

CAMPENHOUDT, L. V.; QUIVY, R. **Manual de Investigação em Ciências Sociais**. Tradução: João Minhoto Marques, Maria Amália Mendes e Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 2008.

CAPPI, R. Pensando respostas às condutas criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre redução da maioria penal (1993 – 2010). **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. Vol. 1, n. 1, jan. 2014, p. 10 – 27.

CASSIANI, S. H. B; CALIRI, M. H. L.; PELÁ, N. T. R. A teoria fundamentada nos dados como abordagem da pesquisa interpretativa. **Revista Latino Americana de Enfermagem**, v. 4, n. 3, p. 75 – 88, dezembro 1996.

CIRINO DOS SANTOS, J. **Direito Penal**: parte geral. 3ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

COPPETTI, C. S. L; BEVILAQUA, V. F. Sentidos e políticas públicas: a construção social da imagem de beneficiários do Programa Bolsa Família. **Encontro Internacional Participação, Democracia e Políticas Públicas**: aproximando agendas e agentes. São Paulo: UNESP, 2013.

DANTAS NETO, P. F. **Tradição, autocracia e carisma: a política de Antonio Carlos Magalhães na modernização da Bahia (1954-1974)**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora da Universidade Federal de Minas Gerais, 2006.

DURANTE, M. O. **Limites e desafios da evolução da gestão em segurança pública**: a importância do uso de indicadores de avaliação em desempenho. São Paulo em Perspectiva, v. 21, n. 1, p. 76 – 91, jan./jun. 2007.

FRAZÃO, H. **Candidatos isolam Wagner e focam críticas no atual governo em debate na Bahia**. Disponível em <<http://eleicoes.uol.com.br/2010/bahia/ultimas-noticias/2010/08/13/candidatos->

isolam-wagner-e-focam-criticas-no-atual-governo-em-debate-na-bahia.jhtm>. Acesso em 15 de janeiro de 2015.

FREITAS, F. S. **Discursos e Práticas das políticas de controle de homicídios: uma análise do “Pacto pela Vida” do estado da Bahia (2011 – 2014)**. 156 f. Dissertação – Curso de Pós Graduação em Direito. Brasília: Universidade de Brasília (UnB), 2015.

GLASER, B. G., & STRAUSS, A. L. **The Discovery of grounded theory: strategies for qualitative research**. New York: Aldine, 1967.

GUERRA, I. C. **Pesquisa Qualitativa e Análise de Conteúdo - Sentidos e Formas de Uso**. Estoril: Principia, 2006.

JOSE, E. **Crônica de uma vitória não anunciada**. Outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.teoriaedebate.org.br/materias/politica/cronica-de-uma-vitoria-nao-anunciada?page=full#sthash.r2XQkPKD.dpuf>>. Acesso em 15 de janeiro de 2015.

KINGDON, J. **Agendas, alternatives and public policies**. 2ed, Boston: Little Brown, 1995.

LAPERRIÉRE, A. A teorização enraizada (grounded theory): procedimento analítico e comparação com outras abordagens similares. In: POUPART, J. et al. **A Pesquisa Qualitativa: Enfoques epistemológicos e metodológicos**. Coleção Sociologias. Petrópolis. Ed. Vozes. 2008.

LIMA, V. M. **Polícia à brasileira: representações dos policiais da BSC do George Américo acerca dos impasses causados pela subdivisão da atividade policial**. 2015. 136 f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado Profissional em Gestão de Políticas Públicas e Segurança Social, Centro de Ciências Agrárias, Ambientais e Biológicas, Universidade Federal do Recôncavo Baiano, Cruz das Almas, 2015.

LUKIC, M. R.; TOMAZINI, C. (org.). **As ideias também importam: a abordagem cognitiva das políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Juruá Editora, 2013.

MACEDO, A. O. **“Política, quando quer, faz!”: Análise da estrutura de governança do “Pacto pela Vida” de Pernambuco**. 141 f. Dissertação de Mestrado – Instituto de Ciências Sociais. Departamento de Sociologia. Brasília: Universidade de Brasília (UnB), 2012.

MULLER, P. **Les politiques publiques**. Paris: PUF, 2004.

NEWMAN, J.; CLARKE, J. **Gerencialismo**. Educação e Realidade, Porto Alegre, v. 37, n. 2, p. 353-381, mai./ago. 2012.

NUNES, C. “Sou secretário de política e não de segurança pública”. **Bahia Notícias**. Entrevista concedida a Rafael Rodrigues. Disponível em:

<<http://www.bahianoticias.com.br/entrevista/148-cesar-nunes.html>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2015.

OLIVEIRA, N.; RIBEIRO, L. M. S; ZANETTI, J. C. A Outra Face da Moeda: Violência na Bahia. Ribeiro e Zanneti (Orgs.). **(CJP) Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de Salvador**, Salvador, 2000.

OLIVEIRA, A. A. de. **A experiência da base comunitária de segurança do Calabar e seu impacto nos índices de criminalidade**. 124 f. Dissertação (mestrado) – Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania. Faculdade de Direito: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10)**. 8ª ed. São Paulo: EDUSP; 2000.

PIRES, Á. P. La ratiocité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique. **Sociologie et sociétés**, v. 33, n. 1, p. 179 – 204, 2001.

_____. Sobre algumas questões epistemológicas de uma metodologia geral para ciências sociais. In: POUPART, J. et alli. **A Pesquisa Qualitativa: Enfoques epistemológicos e metodológicos**. Tradução de Ana Cristina Nasser. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 43-94.

_____. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos**. CEBRAP. N. 68, março 2004, p. 39 – 60.

_____. **Os desafios do Direito no século XXI**. Entrevista concedida a IHU - Instituto Humanitas Unisinos, Porto Alegre: 2012. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/507993-os-desafios-do-direito-no-seculo-xxi>>

SANTOS, M. **Por uma outra globalização: do pensamento único a consciência universal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Record Editora, 2006.

SAPORI, L. F. A Segurança Pública no Brasil. **Em debate**, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 11 – 15, jan. 2011.

SÁ SILVA, F. “Nem isto, nem aquilo”: trajetória e características da política nacional de segurança pública (2000-2012). **Revista Brasileira de Segurança Pública**. v. 6, n. 2, p. 412-433, Ago/Set 2012.

SILVA, A. R. G. **Uma análise da portaria 106 – CG/12 e do policiamento comunitário desenvolvido nas bases comunitárias instaladas no nordeste de amaralina**. 109 f. Dissertação (mestrado) – Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania. Faculdade de Direito: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2014.

SOARES, L. E. Produção, disseminação e democratização das informações sobre a criminalidade. In: RAMOS, S. **Mídia & violência urbana**. Rio de Janeiro: FAPERJ, 1994.

_____. A política nacional de segurança pública: histórico, dilemas e perspectivas. **Estudos Avançados**, n. 21, vol. 61, pp. 77-97, 2007.

SOUZA, C. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, G.; ARRETCHE, M.; MARQUES, E. (Org.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

STRAUSS, A.; CORBIN, J. **Pesquisa Qualitativa: Técnica e procedimentos para o desenvolvimento da teoria fundamentada**. 2ª edição. Porto Alegre: Artmed, 2008.

TEIXEIRA, E. C. O papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na Transformação da Realidade. In: AATR. **Políticas Públicas – O papel das políticas públicas**, Salvador, 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf.

WAGNER, J. **Discurso de Posse do Governador do Estado da Bahia Jaques Wagner proferido na Assembleia Legislativa em 01 de janeiro de 2011**. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/confira-na-integra-discurso-de-posse-de-jaques-wagner-da-ba,836897730cbda310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. Acesso em 15 de janeiro de 2015>.

_____. “Prestes a virar ministro, Wagner faz balanço dos 8 anos de gestão: medalha de ouro em estradas e moradia”. **Correio**, Salvador, 20 dezembro de 2014. Entrevista concedida a Jairo Costa Junior. Disponível em: <<http://www.correio24horas.com.br/detalhe/noticia/prestes-a-virar-ministro-wagner-faz-balanco-dos-8-anos-de-gestao-medalha-de-ouro-em-estradas-e-moradia/?cHash=b0f42be5fecaf9276be6d13679861e03>. Acesso em 21 de março de 2015>.

O SUCESSO DA CRIMINALIZAÇÃO NO BRASIL

Bruno Marcell Collyer de Carvalho

Camile Araujo de Figueiredo

Gabriel Barroso Fortes

RESUMO: A partir das revoluções liberais da transição do século XVIII para o XIX, marcadas pela ascensão burguesa ao poder central das sociedades europeias, ter-se-ia percebido uma mudança no sentido da punição: esta teria deixado de ser aplicada em qualquer sentido “humanitário” ou proporcional ao delito que a antecedia, passando a ser progressivamente exercida como instrumento de controle social – isto que somente teria sido possível através do desenvolvimento de técnicas então sofisticadas de contenção de indivíduos. Considerado o cenário em questão e o modelo econômico que então se impunha, verificar-se-ia, assim, tanto uma expansão da população de miseráveis, quanto um aumento no número de indivíduos encarcerados. Diante de tal situação, constatou-se que, ao invés de ter caminhado para um modelo mais “equilibrado” de tratar a violência, as práticas repressivas de natureza penal – dentre as quais a criminalização poderia ser considerada o primeiro passo – teriam se difundido socialmente como um meio “garantidor de tranquilidade”. Em se considerando, porém, uma possível justificativa econômica da criminalidade, tal política de criminalização funcionaria antes como meio de exclusão de indivíduos marginalizados, indesejados pela “sociedade honesta”, e não como prática que objetivasse diminuir a delinquência. Isto, se trazido para os dias atuais, poderia ser observado inclusive no panorama social brasileiro. Ao se estabelecer uma relação entre o caso europeu de meados do século XVIII e o brasileiro atual, diante das circunstâncias indicadas, ao invés de se apontar, então, uma eventual “crise das práticas criminais” no Brasil – uma vez que é percebida a desigualdade do sistema punitivo –, com mais razão se poderia afirmar a eficácia de tais práticas. Ao serem, assim, demonstrados que aqueles reflexos do processo de controle e exclusão de marginalizados exercido na Europa subsistem em alguma medida no Brasil, ainda que considerados os fatores inteiramente novos do desenvolvimento histórico-cultural e econômico brasileiro, será possível indicar a real “intenção” da política criminal brasileira e as razões de seu sucesso.

PALAVRAS-CHAVE: punição; controle social; criminalização.

1 INTRODUÇÃO

Ao se demonstrar que as sociedades de alta criminalidade ocidentais do século XXI – dentre as quais figura o Brasil – estariam inseridas no contexto histórico que remonta às revoluções liberais europeias de meados do século XVIII, verificam-se os indícios do que será considerado como “sucesso da criminalização”.

No que concerne à sociedade brasileira, referido “sucesso” estaria refletido, desta forma, no aumento dos índices de criminalização a partir do clamor social. A sociedade brasileira, assim, ao incorrer em uma espécie de “sentimento de descrença” da opinião profissional de filósofos, sociólogos, juristas etc. que pensam o crime, constituiria então o que poderia ser considerado uma “reconsideração do senso comum”, ou seja, uma tentativa de atribuição de maior autoridade à opinião popular.

Isto significa dizer que, ao mesmo tempo em que os especialistas envolvidos com a prática e a pesquisa criminal deixariam de ser considerados os “mais capacitados” para compreender a criminalidade, em seu sentido amplo, a população, que, em tese, estaria “mais próxima do crime”, esta reivindicaria tal capacidade. Ver-se-ia surgir, então, num primeiro momento, uma espécie de “clamor social por punições exemplares”; e, num segundo momento, seria possível verificar a existência de uma espécie de “chancela democrática” favorável ao aumento da criminalização – que tem no encarceramento sua maior expressão.

O que parece querer sobrelevar-se na questão, no entanto, é que a exemplo do que teria ocorrido na Europa, no Brasil este endurecimento das políticas criminais parece beneficiar somente às elites e não às classes economicamente desfavorecidas, estas que, apesar de tudo, continuariam a validar, através do intermédio político, medidas repressivas cada vez mais rígidas.

Diante disso, se há algumas décadas a opinião pública existia em caráter subsidiário à opinião dos especialistas que estudam o crime – isto é, servindo mormente para fins de “dosagem” da atividade política e judiciária –, hoje ela figuraria como importante motivadora do aumento da repressão criminal das classes marginalizadas, isto que, considerado o sistema político de representação democrática pelas casas do Poder Legislativo, poderia significar uma

“retroalimentação da violência” na sociedade brasileira, uma vez que a maior repressão criminal exigida significaria, ao ser implementada, um reforço daquela exclusão anterior – isto é, estaria justificada nova violência.

Desta forma, se os grupos políticos que efetivam tais políticas públicas de combate à criminalidade obedecerem ao “toque de caixa” popular que reivindica medidas repressivas mais duras, que consequências poderiam então se assomar ao cenário de exclusão do Brasil? Que consequências uma eventual “tentativa de neutralização” daqueles considerados socialmente inúteis provocaria no já tão fragilizado quadro social brasileiro?

Para a possível solução destes questionamentos convém analisar a proveniência de das estratégias punitivas em questão, bem como informar as condições históricas de existência da segregação punitiva, primeiro na Europa, posteriormente no Brasil.

2 CONDIÇÕES HISTÓRICAS DE EXISTÊNCIA DA SEGREGAÇÃO PUNITIVA ATUAL

Entre o fim do século XVIII e o início do XIX tem início o período denominado por Foucault como “sociedade disciplinar” (2002, p. 79). Consequência de transformações ideológicas experimentadas inicialmente na Europa, sobretudo na Inglaterra e na França, tal “sociedade disciplinar” passaria a justificar mudanças na forma de compreender o delito e a punição.

As referidas transformações, todavia, não se restringiram ao sistema jurídico, podendo ser observadas ao longo de toda a estrutura social. Ainda segundo Foucault, “a formação da sociedade disciplinar está ligada a um certo número de amplos processos históricos no interior dos quais ela tem lugar: econômicos, jurídico-políticos, científicos, etc.” (2010, p. 206).

Conforme tal análise, como resultado direto dos processos históricos aludidos, no que concerne ao direito de punir será empreendida uma tentativa de reelaboração da lei penal, uma vez constatada a necessidade de sua adequação aos princípios sociais que teriam passado a sobrelevar-se no cenário europeu. Desta forma, a sociedade disciplinar seria marcada pela mudança no sentido de

“regulamentação” da sociedade: se esta antes existia em razão de um poder centralizado, no momento seguinte teria passado a se exercer de maneira difusa, atendendo às exigências da classe que ascendia progressivamente às camadas de poder.

Na sociedade disciplinar, então, poder-se-ia dizer que “o comando social é construído mediante uma rede difusa de *dispositivos* ou aparelhos que produzem e regulam os costumes, os hábitos e as práticas produtivas” (HARDT; NEGRI, 2001, p. 42) em atenção aos interesses de um grupo privilegiado – a burguesia.

O desenvolvimento ideológico da sociedade disciplinar, no que concerne às práticas penais, para muitos autores está intimamente relacionado com o movimento renascentista, e, nesse caso específico, à elaboração teórica de Cesare Beccaria. A partir do tratado *Dos delitos e das penas*, escrito na década de 1760, a punição, quanto às suas justificativas e maneiras de aplicação, passaria a ser vista de maneira diferente do que até então existia.

Na referida obra, o filósofo italiano faz uma análise do sistema penal da época, denunciando os longos e tormentosos ritos de execução da pena, desde os julgamentos secretos às torturas utilizadas com o fim de obter confissões, apontando, em linhas gerais, como os indivíduos estariam à mercê da arbitrariedade do Estado punitivo.

Para Beccaria (2002, p. 50), o direito de punir decorre da necessidade de manutenção do equilíbrio social e se justifica tão-somente na preservação desse equilíbrio, jamais devendo ultrapassar sua justeza através de ideais retributivos:

A fim de que o castigo surta o efeito que se deve esperar dele, basta que o mal causado vá além do bem que o culpado retirou do crime. Devem ser contados ainda como parte do castigo os terrores que antecedem a execução e a perda das vantagens que o delito devia produzir. Qualquer excesso de severidade torna-a [a pena] supérflua e, portanto, tirânica.

Desta forma, junto a um caráter de proporcionalidade, a fim de evitar excessos punitivos Beccaria prezarão igualmente pela literalidade da lei, defendendo que a pena “deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei” (2002, p. 107).

Dá-se, assim, o surgimento legalismo, este que, nas palavras de Luiz Régis Prado (2006, p. 130-131), não destoa em conteúdo e forma do que se entende por legalismo até os dias atuais, podendo ser igualmente resumido na observância inequívoca da lei prescrita, para fins de garantia individual.

No entanto, conforme a análise de Rusche e Kirchheimer, na obra *Pena y estructura social* (1984, p. 99), as intenções humanitárias de Beccaria coincidiriam com um momento histórico oportuno à efetivação daquele “ideal humanitário” – quando tanto a sociedade europeia, cansada dos ritos tormentosos da punição, passava a ver no aprisionamento uma forma mais branda de punir; quanto o liberalismo econômico, fomentando a pobreza de grande parte da população, passava a requisitar força de trabalho:

Hemos ya señalado que la reforma del sistema punitivo encontro un terreno fértil, solo a causa de que sus principios humanitarios coincidieron con las necesidades económicas de la época. Sin embargo, em el momento en que se realizan los intentos para otorgar una expresión práctica a las nuevas ideas, buena parte de sus fundamentos ya habían dejado de existir.

Conforme a análise de Foucault (2002, p. 84), a despeito do empenho de Beccaria em desenvolver uma maneira proporcional e equilibrada de punir, foi justamente o aprisionamento irrestrito – isto é, o que se estendeu à maior parte dos apenados – que passou a vigorar como forma de punição utilizada na transição do século XVIII para o XIX:

Não só a prisão – pena que vai efetivamente se generalizar no século XIX – não estava prevista no programa do século XVIII, como também a legislação penal vai sofrer uma inflexão formidável com relação ao que estava estabelecido na teoria. Com efeito, a legislação penal, desde o início do século XIX e de forma cada vez mais rápida e acelerada durante todo o século, vai se desviar do que podemos chamar a utilidade social; ela não procurará mais visar o que é socialmente útil, mas, pelo contrário, procurará ajustar-se ao indivíduo.

Esse “ajuste ao indivíduo”, ao qual Foucault se refere, teria sido possível a partir da elaboração de toda uma estrutura institucional de “qualificação de sujeitos”, através da qual seriam criadas definições precisas a respeito da situação de cada indivíduo a ela submetido. A fábrica criaria, assim, o chefe e o operário; a escola, o educador e o educando; o hospital psiquiátrico, o normal e o louco. Em suma, determinadas características seriam atribuídas aos indivíduos e

cada uma dessas características pressuporia uma relação de poder. O mesmo aconteceria com a prisão:

[...] todas essas instituições – fábrica, escola, hospital psiquiátrico, hospital, prisão – têm por finalidade não excluir, mas, ao contrário, fixar os indivíduos. A fábrica não exclui os indivíduos; liga-os a um aparelho de produção. A escola não exclui os indivíduos; mesmo fechando-os; ela os fixa a um aparelho de transmissão do saber. O hospital psiquiátrico não exclui os indivíduos; liga-os a um aparelho de correção, a um aparelho de normalização dos indivíduos. O mesmo acontece com a casa de correção ou com a prisão. Mesmo se os efeitos dessas instituições são a exclusão do indivíduo, elas têm como finalidade primeira fixar os indivíduos em um aparelho de normalização dos homens. A fábrica, a escola, a prisão ou os hospitais têm por objetivo ligar o indivíduo a um processo de produção, de formação ou de correção dos produtores. Trata-se de garantir a produção ou os produtores em função de uma determinada norma (FOUCAULT, 2002, p. 114).

Conforme a análise da obra de Foucault, o que de fato possibilitou o exercício de todo esse sistema de qualificação referido foi a criação do Panóptico, por Jeremy Bentham.

O Panóptico, idealizado por volta de 1787, apresenta-se como um conceito arquitetônico de economia de vigilância. Segundo Jeremy Bentham (2008, p. 19), através do Panóptico seria possível que um grupo maior de indivíduos fosse mantido sob a vigilância de um grupo de observadores menor, ou até mesmo um único observador. Cunha-se, a partir do substantivo “Panóptico”, o termo “panoptismo” para designar a atividade realizada pelo tal modelo de observação.

Diante disso, Foucault observará que o panoptismo “é um dos traços característicos da nossa sociedade”, que é “uma forma de poder que se exerce sobre os indivíduos em forma de punição e recompensa e em forma de correção, isto é, de formação e transformação dos indivíduos em função de certas normas” (2002, p. 103).

Dá-se, assim, através do panoptismo, o momento de “controle de virtualidades” que Foucault denomina em *A verdade e as formas jurídicas*, de 1973. Depreende-se do estudo da referida obra (2002, p. 88) que aquele controle resultaria inicialmente da vigilância ininterrupta de determinados indivíduos por alguém que sobre eles exercesse um poder (chefe de oficina, médico, psiquiatra, diretor de prisão etc.).

O resultado de tal “sentimento de vigilância” seria, assim, a introjeção – por parte dos cativos – dos critérios exteriores que seriam estipulados e exigidos por aqueles que exerciam a vigilância. Foucault, posteriormente, em *Vigiar e punir* (2010, p. 191), obra escrita em 1975, assim o expressará:

Daí o efeito mais importante do Panóptico: induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua em sua ação; que a perfeição do poder tenda a tornar inútil a atualidade de seu exercício; que esse aparelho arquitetural seja uma máquina de criar e sustentar uma relação de poder independente daquele que o exerce: enfim, que os detentos se encontrem presos numa situação de poder de que eles mesmos são os portadores.

Depreende-se, pois, da análise em conjunto das obras foucaultianas citadas, que através das relações de poder estabelecidas pelo modelo panóptico de vigilância, seria possível a obtenção do controle de um grupo maior de indivíduos por um grupo menor – isto que se adequaria plenamente aos ideais da burguesia europeia, interessada no domínio da crescente população de marginalizados da economia. O castigo parece encontrar aí sua justificativa: não como consequência direta de uma atitude socialmente reprovável, mas como um importante e eficaz instrumento de **controle social**.

Desta forma, percebe-se que a justificativa do direito penal não é aquela que se adequa à necessidade de um eventual “tratamento do delito”, mas a que está relacionada com a necessidade de disciplinar o delinquente. É como afirma Foucault (2010, p. 214):

O ponto extremo da justiça penal no Antigo Regime era o retalhamento infinito do corpo do regicida: manifestação do poder mais forte sobre o corpo do maior criminoso, cuja destruição total faz brilhar o crime em sua verdade. O ponto ideal da penalidade hoje seria a disciplina infinita: um interrogatório sem termo, um inquérito que se prolongasse sem limite numa observação minuciosa e cada vez mais analítica, um julgamento que seja ao mesmo tempo a constituição de um processo nunca encerrado, o amolecimento calculado de uma pena ligada à curiosidade implacável de um exame, um procedimento que seja ao mesmo tempo a medida permanente de um desvio em relação a uma norma inacessível [...]. Acaso devemos nos admirar que a prisão celular, com suas cronologias marcadas [...], suas instâncias de vigilância e de notação, com seus mestres de normalidade, que retomam e multiplicam as funções do juiz, se tenha tornado o

instrumento moderno da penalidade? Devemos ainda nos admirar que a prisão se pareça com as fábricas, com as escolas, com os quartéis, com os hospitais, e todos se pareçam com as prisões?

Disseminou-se, assim, no século XIX, a prática de dominação pelo aprisionamento. Se esta prisão nascia pela via sinuosa de uma pretensa “evolução” do direito de punir, isto se dava, porém, em um contexto social que teria possibilitado tanto *a)* o reconhecimento de um “direito-dever” de disciplinar condutas até então inédito; quanto *b)* permitido o surgimento de um tipo de específico de sujeito penal: o tipo “merecedor” da punição legal que lhe seria aplicada.

2.1 O Surgimento da Prisão

A prisão disciplinar, nestes termos compreendida, passaria então a significar – a partir do século XIX – uma relação de “superioridade social” determinada por indivíduos sobre outros indivíduos. Esta forma de prisão não será aquela “mais branda” que quis Beccaria; não se confundirá com outras formas de aprisionamento anteriormente existentes; tampouco sua utilização constituirá expediente excepcional no tratamento daquele tipo de delinquência que surge da marginalização social:

Mas devemos não esquecer que a prisão, figura concentrada e austera de todas as disciplinas, não é um elemento endógeno no sistema penal definido entre os séculos XVIII e XIX. O tema de uma sociedade punitiva e de uma semiotécnica geral da punição que sustentou os códigos ‘ideológicos’ – beccarianos ou benthamianos – não fazia apelo ao uso universal da prisão. Essa prisão vem de outro lugar – dos mecanismos próprios a um poder disciplinar. Ora, apesar dessa heterogeneidade, os mecanismos e os efeitos da prisão se difundiram ao longo de toda a justiça criminal moderna; a delinquência e os delinquentes a infestaram toda (FOUCAULT, 2010, p. 242).

Esta prisão, que se exprime na disciplina impingida através do cárcere, antes de significar uma resposta da “sociedade honesta” a uma minoria criminosa, funcionaria com mais razão para uma domesticação do homem, não para sua eventual melhora. O filósofo alemão Friedrich Nietzsche (2010, p. 75) assim o dirá, ao afigurar-se a última década do século XIX:

O que em suma se consegue através do castigo, no homem e no animal, é o acréscimo do medo, a intensificação da inteligência, o domínio dos desejos: com isso o castigo *doma* o homem, mas ele [o castigo] não o faz 'melhor' – com mais direito se poderia ainda afirmar o contrário.²⁹

No que tange ao procedimento de criminalização de condutas, então, este seria, conforme afirma Alessandro Baratta, “o instrumento essencial para a criação de uma população criminosa, recrutada quase exclusivamente nas fileiras do proletariado” (2002, p. 166).

No entanto, para que este tipo de procedimento repressivo – porque a criminalização, como tenha sido dito, deve ser entendida como o primeiro momento das políticas repressivas penais – obtenha o efeito que dele se espera, devem existir pressupostos econômicos. Conclui-se, assim, que o pertencimento de indivíduos a determinados níveis sociais seja indispensável.

Em outras palavras, significar dizer que um indivíduo poderia trazer consigo os elementos que no futuro o definirão como criminoso antes mesmo de uma eventual intervenção penal, e que estes elementos seriam precisamente as características impostas pela marginalidade social.

Isto considerado é possível afirmar que a estratificação social operaria, a partir de um eventual “sistema de filtros sucessivos”, a criação de uma marginalidade punível:

Os mecanismos seletivos que funcionam nesse sistema [de ‘filtros sucessivos’], da criação das normas à sua aplicação, cumprem processos de seleção que se desenvolvem na sociedade, e para os quais, como se verá [...], o pertencimento aos diversos estratos sociais é decisivo (BARATTA, 2002, p. 40).

Diante de tais afirmações, constata-se igualmente que os referidos “processos de seleção”, embora possam suscitar dúvidas, todavia, conservam uma estreita relação com o desenvolvimento dos meios de produção capitalistas.

Portanto, se os discursos que sustentam a criminalização dos grupos marginalizados estão em consonância com as práticas impostas por um modelo econômico, e, se esse modelo econômico, concentrador de renda, promove a

²⁹ Das, was durch die Strafe im Großen erreicht werden kann, bei Mensch und Tier, ist die Vermehrung der Furcht, die Verschärfung der Klugheit, die Bemeisterung der Begierden: damit *zähmt* die Strafe den Menschen, aber sie macht ihn nicht »besser« – man dürfte mit mehr Recht noch das Gegenteil behaupten.

exclusão de uma parcela considerável da população, seria lícito afirmar que tal modelo econômico tem participação direta na existência de uma “clientela criminal”.

2.1.1 Aprisionamento: Utilidade e Controle Social

Em síntese, pode-se dizer que a prisão é o instrumento legal da política de alocação do Estado para aqueles considerados “inúteis”. Diante desta afirmação, será feita a análise da classificação criminal de sujeitos operada a partir da utilidade social, durante a passagem do século XVIII para o XIX, na Europa – pelo que, de acordo com o que até o momento foi exposto, se depreende que tal critério de utilidade se dá em razão sobretudo do aspecto econômico.

Há autores que mencionam o surgimento do tipo referido de classificação ainda anteriormente – isto é, antes da passagem do século XVIII para o XIX –, como, por exemplo, sendo perceptível a partir do surgimento das casas de trabalho e correção da Inglaterra e da Holanda, ainda no século XVII. Nesse sentido, Bitencourt, em *Falência da pena de prisão* (2004, p. 21-22), ao mencionar o estudo de Melossi e Pavarini, afirmará:

É na Holanda, na primeira metade do século XVII, onde a nova instituição da casa de trabalho chega, no período das origens do capitalismo, à sua forma mais desenvolvida. É que a criação desta nova e original forma de segregação punitiva responde mais a uma exigência relacionada ao desenvolvimento geral da sociedade capitalista que à genialidade de algum reformador.

Segundo tal raciocínio, a referida classificação está relacionada ao modelo econômico (capitalismo, conforme o autor) que objetiva “aproveitar a pobreza”. Nesse sentido, conforme a análise, não há qualquer intenção “idealista-humanitária” na punição de larga escala, mas tão somente o fim “de evitar que se desperdice a mão-de-obra e ao mesmo tempo [...] poder controlá-la, regulando a sua utilização de acordo com as necessidades de valoração do capital” (BITENCOURT, 2004, p. 22).

Rusche e Kirchheimer, por sua vez, afirmam, na já mencionada obra *Pena y estrutura social*, que “a casa de correção surgiu em uma situação social em que as condições do mercado de trabalho eram favoráveis para as classes inferiores”,

mas “isto mudou quando a demanda de trabalhadores foi satisfeita, e inclusive começou a desenrolar-se um excedente”³⁰ (1984, p. 101).

Os mesmos autores completam, ainda, que “em forma crescente as massas empobrecidas [pelas natureza excludente do modelo econômico em questão] foram empurradas à criminalidade”, razão por que “os delitos contra a propriedade começaram a aumentar consideravelmente ao final do século XVIII e ainda pioraram durante as primeiras décadas do século XIX” (1984, p. 112)³¹.

Diante disso, percebe-se que, seja no século XVII ou no XIX, a razão do aumento da criminalização era basicamente a mesma: **possibilidade de controle do excedente de indivíduos marginalizados que não tinham utilidade social.**

Sendo assim, tanto a casa-de-trabalho do século XVII quanto a forma de prisão que se disseminaria no século XIX não poderiam ser resumidas a um único fim, quer fosse o de taxar o salário livre, quer fosse o de conter a criminalidade.

Resumiam-se, por outro lado, a um complexo que, em sua plenitude, significaria algo maior, precisamente o controle da força (de trabalho ou de resistência à desigualdade) através da disciplina, da domesticação dos indivíduos. Nesse sentido, Bitencourt (2004, p. 24):

Não só interessa que o recluso aprenda a disciplina de produção capitalista, que se submeta ao sistema, mas que faça uma introspecção da cosmovisão e da ideologia da classe dominante [...]. A eficácia, sob o ponto de vista da produtividade econômica, é um objetivo secundário, já que as condições de vida carcerária não o permitem; o objetivo prioritário é que o recluso aprenda a disciplina.

O que então se pode depreender, conforme a análise, é que para o sistema penal não importa se as taxas de criminalidade continuarão crescentes; o que importa é que aqueles grupos de indivíduos “inconvenientes” estarão submetidos, garantindo aos mecanismos sociais (econômico, político e jurídico) eficácia ilimitada.

³⁰ La casa de corrección surgió en una situación social en que las condiciones del mercado de trabajo eran favorables para las clases inferiores. Pero esto cambió cuando la demanda de trabajadores fue satisfecha, e inclusive comenzó a desarrollarse un excedente.

³¹ En forma creciente las masas empobrecidas fueron empujadas a la criminalidad. Los delitos contra la propiedad comenzaron a aumentar considerablemente hacia fines del siglo XVIII y empeoraron aún durante las primeras décadas del siglo XIX.

Desta forma, quanto ao método das referidas instituições de controle, poder-se-ia dizer que a disciplina por elas imposta serviria para a organização, para a “clientelização” de um setor da sociedade.

Sobre esta organização intrínseca do modelo econômico capitalista e sua possível repercussão no processo de “massificação” da segregação, afirma Weber (2004, p. 48):

O capitalismo hodierno, dominando de longa data a vida econômica, educa e cria para si mesmo, por via da seleção econômica, os sujeitos econômicos – empresários e operários – de que necessita. E entretanto é justamente esse fato que exhibe de forma palpável os limites do conceito de ‘seleção’ como meio de explicação de fenômenos históricos.

Em sendo possível afirmar, então, que o método de aprisionamento dos séculos XVII ao XIX esteve diretamente relacionado ao sistema econômico de produção de suas épocas, seria igualmente possível concluir que, pela forma como se apresentou, a criminalização em larga escala serviria com mais razão para validar a ideia de que “seria preciso conter a delinquência motivada por causas econômicas” do que propriamente para impedir resultados reais da atividade delitiva caracterizada pelo desequilíbrio patrimonial capitalista – isto que atenderia certamente aos interesses de uma classe dominante.

A respeito das condições de existência de um sistema ideológico-institucional desta natureza, neste caso caberia a reflexão de Marx e Engels: “o que demonstra a história das ideias senão que a produção intelectual se reconfigura com a produção material? As ideias dominantes em todas as épocas sempre foram aquelas da classe dominante” (2012, p. 66).

Diante do exposto conclui-se, assim, que a forma de obtenção de controle a partir de um critério de utilidade social, percebida amplamente nos períodos históricos aludidos, ainda se encontraria em algum nível presente na maneira através da qual o direito de punir estruturou seu campo de objetividade nos séculos seguintes – onde, por razão semelhante, tanto o castigo teria sido aplicado abertamente, quanto suas justificativas teriam sido consideradas “medida de justiça”.

3 SEGREGAÇÃO PUNITIVA NO BRASIL

Historicamente, a criminalização, como forma de política penal-repressiva, em tese pode ser percebida de maneira mais intensa em sociedades marcadas por grande diversidade econômico-cultural. Tal intensidade possibilitaria, em tese, uma percepção melhor de uma eventual “exclusão formal de minorias” dos espaços de convívio social.

Ao longo do desenvolvimento do Brasil – país inserido no panorama das nações que estiveram por muito tempo sujeitas ao colonialismo europeu – não é rara a observação desse fenômeno.³²

A nação brasileira não resultou de uma evolução social gradativa, que ocorre quando grupos humanos se assentam, através do tempo, “naturalmente” de maneira oposta. Ao invés disso, durante o desenvolvimento social e cultural do Brasil, os indivíduos se conjugaram atendendo a necessidades de sobrevivência e “progresso” que lhes foram impostas pela colonização:

Ao longo da história, culturas foram transformadas pelo colonialismo, além da imposição monocultural eurocêntrica e capitalista que desqualificou povos e culturas, alterando seus pensamentos e conhecimentos naturais em prol de um chamado ‘desenvolvimento’ (HAAS, 2012, p. 94).

O povo brasileiro surge, então, num panorama de exploração europeia e aliciamento de força de trabalho escrava – indígena e africana. Esse recrutamento de mão-de-obra escrava, que se deu para atender a propósitos mercantis somente compatíveis com o interesse do colonizador, foi possível senão através da “domesticação” dos escravos, nativos ou trazidos das colônias africanas. Tal “domesticação” justificaria, assim, toda uma estrutura social onde os colonizadores estariam no centro normativo, em oposição aos colonizados situados à margem.

Tomada em sua amplitude, a marginalização que daí surgiu, somada ao massacre étnico-social ocorrido durante a colonização, segundo Darcy Ribeiro (2006, p. 20), assim se reproduziria na cultura brasileira contemporânea:

³² Um exemplo disso pode ser visto na legislação brasileira, quando a prática da capoeira – ícone da cultura afrodescendente, isto é, da classe historicamente marginalizada – foi, por muito tempo, considerada infração penal (art. 402, Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890).

Subjacente à uniformidade cultural brasileira, esconde-se uma profunda distância social, gerada pelo tipo de estratificação que o próprio processo de formação nacional produziu. O antagonismo classista que corresponde a toda estratificação social aqui se exacerba, para opor uma estreitíssima camada privilegiada ao grosso da população, fazendo as distâncias sociais mais intransponíveis que as diferenças raciais.

Percebem-se, assim, as causas primeiras do distanciamento social entre as classes dominantes e dominadas no Brasil. Tal distanciamento seria ainda agravado por um possível “choque de identidade étnico-cultural” do povo que no Brasil se formou, uma vez que tal povo, reconhecendo-se a partir de um “sentimento de unidade nacional”, partilhando caracteres linguísticos, culturais etc., seria forçado a ver-se frequentemente em situação de franco antagonismo social. Nesse sentido, Darcy Ribeiro (2006, p. 21):

Nessas condições, exacerba-se o distanciamento social entre as classes dominantes e as subordinadas, e entre estas e as oprimidas, agravando as oposições para acumular, debaixo da uniformidade étnico-cultural e da unidade nacional, tensões dissociativas de caráter traumático.

Dadas tais condições, pode-se dizer que teria surgido no Brasil uma espécie de “rancor social”, este que, provocado pela exacerbação do preconceito de classe e pelos sinais da desigualdade entre os indivíduos, poderia justificar o receio de uma “crise de violência generalizada” – sobretudo por parte de uma elite dominante. Referido receio não seria, portanto, senão um sintoma de que tal classe dominante percebe que uma “crise” aconteceria caso abrisse as “válvulas de contenção” das classes dominadas.

Diante do exposto conclui-se, então, que essas “tensões dissociativas” entre os grupos sociais no Brasil seriam explicação razoável para uma eventual “maior sensibilidade” das classes dominantes diante de indícios de “desequilíbrio social”; poder-se-ia, igualmente, supor que tais tensões representassem causas do rigor normativo que, entre outras coisas, costumou ser mantido para a manutenção da “ordem” nos padrões dos dominantes:

As elites dirigentes, primeiro lusitanas, depois luso-brasileiras e, afinal, brasileiras, viveram sempre e vivem ainda sob o pavor pânico do alçamento das classes oprimidas. Boa expressão desse pavor pânico é a brutalidade repressiva contra qualquer insurgência e a predisposição autoritária do poder central, que não admite qualquer alteração da ordem vigente (RIBEIRO, 2006, p. 21).

Ao se considerar dessa maneira, então, a evolução da sociedade brasileira até sua situação atual – em que a estratificação social contrapõe indivíduos de classes diferentes –, poder-se-ia com maior razão afirmar que uma política criminal orientada neste contexto não representaria senão uma maneira eficiente de “seccionamento” do espaço social, onde de um lado estariam criminosos, de outro a sociedade honesta.

O que chama a atenção neste caso é a maneira como “seccionamento” ou segregação se impõe: através da criminalização sobretudo das populações marginalizadas.

3.1 O Sucesso da Criminalização

Considerados o processo histórico de segregação e criminalização no Brasil, passa-se, por conseguinte, à análise do desenvolvimento do aparelho jurídico-penal de controle brasileiro. Será avaliada a ampliação do referido aparelho jurídico-penal, bem como do corpo policial-repressor que estaria apto a por em prática, nesse contexto, a “ordem pública” definida em sede de política criminal.

David Garland, em *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea* (2014, p. 101), assim situará o tipo de controle do crime em questão:

Esta fórmula de controle do crime – a qual, como na maioria das instituições modernas, reduzia o papel da ação informal, por parte do público, e privilegiava o papel de profissionais e de funcionários do governo – ficou gradualmente entrincheirada no curso do século XX.

O mesmo autor (2014, p.131) mencionará o surgimento do aludido corpo policial-repressor, ao analisar as palavras Robert Reiner:

[...] o surgimento da polícia – uma organização especializada em executar as tarefas de regulação e de vigilância, com o monopólio estatal do uso legítimo da força como sua fonte última – era, por si só, um paradigma do moderno. Foi afirmado sobre o projeto de organizar a sociedade em torno de uma noção central, coesa, de ordem.

No caso do Brasil – onde aquela ideia de “coesão” seria desenvolvida em um contexto de profunda diferença social –, de acordo com tal entendimento

depreende-se que a política criminal que objetivasse consolidar qualquer sentido de ordem funcionaria, outrossim, como “amálgama concretizadora” da oposição social presente em todo o desenvolvimento da sociedade brasileira.

Diante de tal consideração, questiona-se: como tais práticas jurídico-penais e também políticas são possíveis no Brasil atual? Em uma sociedade contemporânea como a brasileira, que tipo de discurso seria capaz de gerir produção de verdade e relações de sujeição e mando tão eficazes?

3.1.1 A Importância do Discurso na Política Criminal

Conforme a análise de Foucault, em qualquer sociedade “existem relações de poder múltiplas que atravessam, caracterizam e constituem o corpo social” e estas ditas “relações de poder não podem se dissociar, se estabelecer nem funcionar sem uma produção, uma acumulação, uma circulação e um funcionamento do discurso” (2011, p. 179).

Analisando, assim, sob tal aspecto o Estado de direito brasileiro, pode-se perceber, por um lado, *a*) um direito público articulado em torno de princípios como soberania, cidadania, dignidade humana, pluralismo político etc.³³, e por outro, *b*) um sistema minucioso de coerções que garantem a efetividade desses objetivos através das práticas judiciais – estas que não seriam senão um “complemento necessário” à manutenção do poder. Nesse sentido, Foucault (2011, p. 189):

Um direito de soberania e um mecanismo de disciplina: é dentro destes limites que se dá o exercício do poder. Estes limites são, porém, tão heterogêneos quanto irreduzíveis. Nas sociedades modernas, os poderes se exercem através e a partir do próprio jogo da heterogeneidade entre um direito público da soberania e o mecanismo polimorfo das disciplinas.

No que diz respeito, assim, às disciplinas jurídicas legitimadas por um pretense direito soberano, vê-se que aquelas não são, portanto, mera

³³ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

“decorrência da atividade jurídica”, mas estão, em vez disso, para além do próprio direito; teriam sua origem, pois, a partir de uma estrutura de saberes múltiplos que perpassam a sociedade, através de discursos que não só baseiam a verdade real jurídica, mas qualquer verdade substancial.

Para Esther Díaz, com isso “Foucault tenta demonstrar que o discurso não é uma tênue superfície de contato ou de enfrentamento entre uma realidade e uma língua, mas um conjunto de regras adequadas a uma prática [...]” (2012, p. 86).

Por esta razão afirma-se que aquelas coerções (disciplinas) referidas não seriam simplesmente jurídicas, mas teriam sentido amplo, estando presentes nas práticas sociais de qualquer natureza. Assim prossegue a análise de Foucault (2011, p. 189):

As disciplinas são portadoras de um discurso que não pode ser o do direito; o discurso da disciplina é alheio ao da lei e da regra enquanto efeito da vontade soberana. As disciplinas veicularão um discurso que será o da regra, não da regra jurídica derivada da soberania, mas o da regra ‘natural’, quer dizer, da norma; definirão um código que não será o da lei mas o da normalização; referir-se-ão a um horizonte teórico que não pode ser de maneira alguma o edifício do direito mas o domínio das ciências humanas; a sua jurisprudência será a de um saber clínico.

A partir disso, supõe-se que tanto a produção quanto a circulação dos discursos legitimadores da repressão criminal seja selecionada pelos “procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade” (FOUCAULT, 1999, p. 8-9).

No que concerne então à legalidade da política repressivo-criminal brasileira, pode-se dizer que, em um primeiro momento, esta seria democraticamente legítima, uma vez que o próprio povo, através de representantes eleitos nas casas do Poder Legislativo, estipularia livremente os limites e objetivos da aplicação de penas.

David Garland, ao tratar de política e prática judiciária penal, afirmará:

[...] as autoridades governamentais – especialmente autoridades eleitas – são profundamente ambivalentes quanto a estas estratégias, frequentemente subtraindo-se às suas implicações. Sob certas circunstâncias ou em relação a certos tipos de crimes e criminosos, elas respondem ao dilema negando-o e reativando o

velho mito do Estado soberano. O resultado é a emergência de modelos expressivos e intensivos de policiamento e punição que objetivam canalizar o sentimento público e a força total da autoridade do Estado (2014, p. 313).

Diante disso, verificar-se-ia a existência de uma espécie de chancela democrática favorável ao discurso de intensificação da repressão, isto que, em outros termos, significaria o **apoio social e cultural à segregação punitiva**.

Em um segundo momento da análise acerca da legalidade dos mecanismos de repressão, porém, caberia perquirir se o povo, ao invés de escolher livremente aquilo que considerasse “mais conveniente”, em sede de política criminal, não estivesse fortificando um Estado-punitivo, isto é, endossando um discurso repressivo que em última instância poderia se voltar contra sua própria liberdade.

O raciocínio em questão, aplicado à repressão criminal, pode ser percebido nas palavras de Otto Kirchheimer, na obra *Political justice: the use of legal procedure for political ends* (1961, p. 121):

Legalidade de repressão não significa necessariamente a que é efetuada a mando de um governo que exerce o poder como o representante de uma maioria democrática. No longo período de transição do absolutismo para o regime democrático, muitos governos limitados por uma constituição e devotados aos princípios de supremacia da lei tentaram uma vez e outra evitar o progresso de democratização pela introdução de legislação repressiva, esta que refrearia a atividade dos movimentos democráticos, considerando-os subversão repreensível. Em essência, isso significava que a regra legal de uma minoria estava protegida pela [...] regra de uma da maioria.³⁴

Sendo assim, no Brasil a importância do discurso se daria – considerados os incidentes do desenvolvimento histórico-cultural da sociedade brasileira até a instauração da República – na constituição de um modelo jurídico-penal em tese igualitário, mas que na prática permitiria a opressão massiva de grupos minoritários.

³⁴ Legality of repression does not necessarily mean it is effected at the behest of a government that wields power as the representative of a democratic majority. In the long period of transition from absolutism to democratic rule, many a government bound by a constitution and devoted to the principles of supremacy of law tried time and again to prevent progress of democratization by introducing repressive legislation which would curb the activity of democratic movements as reprehensible subversion. In essence this meant that the legal rule of a minority was be protected by [...] the rule of a majority.

Quando indivíduos pertencentes a tais grupos são então “julgados, condenados, classificados, obrigados a desempenhar tarefas e destinados a [...] certo modo de viver ou morrer em função dos discursos verdadeiros que trazem consigo efeitos específicos de poder” (FOUCAULT, 2011, p. 180), não há aí qualquer “mal funcionamento” do direito, mas sua perfeita expressão.

3.1.2 Criminalização e Marginalidade Social

A partir da consideração de que a norma penal se aplique de maneira seletiva, isto é, que “escolha” aqueles que estarão mais propensos à sanção penal a partir da diferença, pode-se dizer que o processo de criminalização se dá em razão de um antagonismo entre indivíduos situados no mesmo espaço social.

Nesse sentido, conforme a análise de Alessandro Baratta, “não só as normas do direito penal se formam e se aplicam seletivamente, refletindo as relações de desigualdade existentes”, como “o direito penal exerce, também, uma função ativa, de reprodução e de produção, com respeito às relações de desigualdade” (2002, p. 166).

Diante de tais afirmações, o crime e a criminalidade deixariam, portanto, de ser considerados elementos absolutos (como se em si mesmos pudessem existir). Sob essa perspectiva, tanto o crime quanto a criminalidade passariam, então, a ser tratados como uma “consequência da condição social que não se adequa à lei penal”, ou melhor, aos interesses por ela tutelados:

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas (BARATTA, 2002, p. 161).

Na sociedade brasileira, o acesso aos bens definidos como fundamentais é restrito, ou seja, é oferecido em uma estrutura que não é aberta ao maior número de indivíduos possível, e aqueles indivíduos que não possuem meios de acesso –

ou a quem este acesso é sistematicamente negado –, ao buscarem meios de satisfação das necessidades criadas pela própria sociedade, veem-se “sugestionados a delinquir”:

O acesso aos canais legítimos para enriquecer-se tornou-se estreito por uma estrutura qualificada que não é inteiramente aberta, em todos os níveis, aos indivíduos [...]. A cultura coloca, pois, aos membros dos estratos inferiores, exigências inconciliáveis entre si. Por um lado, aqueles são solicitados a orientar sua conduta para a perspectiva de um alto bem-estar [...]; por outro, as possibilidades de fazê-lo, com meios institucionais legítimos, lhes são, em ampla medida, negadas (BARATTA, 2002, p. 69).

Embora, no entanto, não seja possível afirmar categoricamente que a pobreza gere a criminalidade, no Brasil uma realidade se afigura por demais óbvia: o sistema penal criminaliza a pobreza. E, como afirma André Nascimento, em prefácio à obra já mencionada de David Garland (2014, p. 20), se “o neoliberalismo multiplica a pobreza, o número de criminalizados cresce e crescerá na mesma proporção”.

Desta forma, a constituição de subculturas criminais representaria a reação de minorias desfavorecidas e sua conseqüente tentativa de orientar-se socialmente a partir de possibilidades de ação reduzidas.

Por esta razão, mais adequado seria considerar que não é a relação *pobreza/crime* a que então se afigura como a melhor para explicar a conexão entre fatores econômicos e criminalidade, mas a relação *sociedade de consumo/crime*. É o que informa David Garland (2014, p. 117):

As novas teorias atribuíram a conduta criminosa não ao empobrecimento, mas ao hiato que se abria entre as expectativas e o que se podia alcançar. Elas, então, implicavam uma crítica modesta do Estado de bem-estar e das suas conquistas, apontando para a lacuna entre as crescentes expectativas e as oportunidades reais, para as frustrações daquelas pessoas deixadas para trás pela economia próspera e para os excessos do egoísmo associado à nova sociedade de consumo.

O questionamento se dirige, portanto, à ideia de direito penal igualitário, buscando demonstrar que longe de ser isonômico o direito penal é essencialmente desigual.

Conforme o entendimento de Alessandro Baratta, “o direito penal [de um modo geral] não é menos desigual do que os outros ramos do direito burguês, e

que, contrariamente à toda aparência, é o direito desigual por excelência” (2002, p. 162).

No que diz repressiva do direito, a teoria se orienta no seguinte sentido: a posição ocupada na escala social, via de regra, condiz com o grau de afetação dos indivíduos pelo controle da norma: respeito, assim, à seleção dos indivíduos que estariam mais propensos à atividade

As maiores *chances* de ser selecionado para fazer parte da ‘população criminosa’ aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) [...], que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia *liberal* contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o *status* de criminoso é atribuído (BARATTA, 2002, p. 165).

Diante de tais constatações, são apontadas as causas do clamor social por aumento de rigor da repressão legal, que, em sua forma prática, encontra no cárcere sua maior expressão.

Em outras palavras, considerada a discrepância social no Brasil, a concentração de poder nas mãos de poucos e aquilo que poderia ser considerado como “a ilusão de proteção dos interesses de todos por parte do Estado”, o rigor normativo sobre as classes marginalizadas parece encontrar sua justificação: neutralização social.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerado o panorama de “evolução” da punição ao longo dos séculos recentes – sobretudo a partir da transição do século XVIII para o XIX –, ao invés de se concluir pela falência do sistema penal, conclui-se pelo seu sucesso, uma vez que tanto os programas disciplinares quanto os ideais punitivos ora verificados são aqueles que correspondem às exigências da cultura que lhes dá suporte.

A criminalização se apresenta, assim, em consonância com os programas estabelecidos pelas instituições que distribuem a ideia de “culpa” publicamente e

que perpetuam o poder dos grupos que, no momento histórico atual, detêm a autoridade e a capacidade de fazer cumprir as formas jurídicas.

Trazidas para as práticas judiciárias brasileiras, as estratégias de “controle do crime” e os novos ideais criminológicos não seriam, portanto, escolhidos a partir de uma eventual capacidade de diminuir a criminalidade. Por outro lado, seriam escolhidos por identificarem respostas condizentes com os interesses dos grupos dominantes, dentre os quais estariam o controle das populações marginadas através do encarceramento.

Conclui-se, portanto, que a prisão funciona. Não como mecanismo hábil a reabilitar ou reformar indivíduos ou diminuir os índices da criminalidade, mas como instrumento de neutralização que satisfaz tanto à nova exigência popular por punições mais longas e severas, quanto aos grupos privilegiados dos quais emanam os discursos que, como se demonstrou, objetivam a perpetuação da dominação.

Testemunha-se, então, uma “reinvenção” da prisão. Ao longo de poucas décadas, a prisão deixou progressivamente de ser uma instituição de caráter correccional para se tornar o aparelho indispensável da “ordem social brasileira”.

REFERÊNCIAS

BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BENHTAM, J. **O Panóptico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

BITENCOURT, C. R. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2004.

DÍAZ, E. **A filosofia de Michel Foucault**. São Paulo: Unesp, 2012.

FOUCAULT, M. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 1999.

FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2011.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2010.

GARLAN, D. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

HAAS, I. F. O fruto do impacto hegemônico e a parda identidade cultural. In: MAGALHÃES, J. L. Q. (coord.). **Direito à diversidade e o Estado plurinacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

HARDT, M; NEGRI, A. **Império**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

MARX, K. ENGELS, F. **Manifesto do partido comunista**. São Paulo: Penguin Classics/Companhia das Letras, 2012.

KIRCHHEIMER, O. **Political justice: the use of legal procedure for political ends**. New Jersey: Princeton University Press, 1961.

NIETZSCHE, F. **Zur Genealogia der moral**. Köln: Anaconda, 2010.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RIBEIRO, D. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. **Pena y estrutura social**. Bogotá: Temis, 1984.

WEBER, M. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. São Paulo: Companhia das letras, 2004.

METODOLOGIAS DA PESQUISA EMPÍRICA EM MÍDIA E SISTEMA PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Marília de Nardin Budó,

RESUMO: Desde o surgimento do paradigma da reação social no campo da criminologia, na década de 1960, numerosas aproximações metodológicas têm sido utilizadas para a pesquisa empírica tendo como objeto o controle social, formal e informal. Dentre eles, ocupa importante espaço o estudo sobre a construção social da criminalidade pelos meios de comunicação de massa e suas interações com as agências formais de controle. Este trabalho de revisão de literatura tem por objetivo analisar, com foco metodológico, alguns dos principais trabalhos empíricos realizados nesta área, sobretudo os clássicos, realizados na Europa e nos Estados Unidos dos anos sessenta e setenta.

PALAVRAS-CHAVE: mídia, crime; análise de conteúdo; observação participante; etnografia.

1 INTRODUÇÃO

Desde o surgimento do paradigma da reação social no campo da criminologia, na década de 1960, numerosas aproximações metodológicas têm sido utilizadas para a pesquisa empírica tendo como objeto o controle social, formal e informal. Dentre eles, ocupa importante espaço o estudo sobre a construção social da criminalidade pelos meios de comunicação de massa e suas interações com as agências formais de controle.

Este trabalho de revisão de literatura tem por objetivo analisar, com foco metodológico, alguns dos principais trabalhos empíricos realizados nesta área, desde aqueles clássicos, realizados na Europa e nos Estados Unidos dos anos sessenta e setenta. Apesar de outras metodologias já serem comuns na área, como a análise de discurso, por exemplo, além do surgimento da internet com novas ferramentas possíveis de pesquisa, trata-se de um estudo fundamental para compreender a base da compreensão sobre o tema.

O trabalho se divide em duas partes. Na primeira, estuda-se o aspecto da seleção das notícias e das fontes das notícias sobre crimes. Na segunda, apresenta-se a revisão sobre os métodos de pesquisa sobre as representações do crime, do criminoso e das vítimas nos jornais.

2 OBJETOS E METODOLOGIAS DE PESQUISA EM MÍDIA E SISTEMA PENAL NO ENFOQUE DA REAÇÃO SOCIAL: A SELEÇÃO DAS NOTÍCIAS

Apesar de inicialmente as pesquisas sobre mídia e sistema penal terem sido focadas no estudo da influência da mídia no comportamento criminoso, a partir da década de 1960 tal tendência se modificou para dar lugar a pesquisas mais complexas envolvendo a mídia como instrumento de mediação social na construção social da criminalidade. Inicialmente tais estudos tiveram uma aproximação quantitativa, para, nos últimos anos, darem lugar a análises de discurso mais profundas sobre o tema. Isso não implica em um desmerecimento das pesquisas quantitativas de conteúdo, que cumprem com o importante papel de mapear, de maneira mais genérica, as seleções operadas pelos veículos de comunicação na produção de notícias sobre o crime.

A partir daí, e percebendo-se seu importante papel como órgão de controle social informal, as pesquisas passaram a ter como foco as representações sociais do crime e do criminoso transmitidos através dos meios de comunicação de massa. Este tópico tem por objetivo traçar um panorama dessas pesquisas em diferentes veículos de comunicação, iniciando por uma introdução histórica para, em seguida expor resumidamente alguns dos estudos mais reconhecidos na área.

As metodologias de pesquisa necessariamente são escolhidas pelos pesquisadores a partir da pergunta posta para compreender o objeto. Inicialmente, as pesquisas em comunicação tendiam a trazer perguntas do tipo “como as mensagens transmitidas pelos meios de comunicação influenciam o comportamento agressivo ou criminoso das pessoas?”, dentro de um paradigma que não problematizava os conceitos de agressividade, crime, e influência (BUDÓ, 2011). Essas pesquisas, realizadas na primeira metade do século XX, mas reproduzidas até os dias atuais em algumas áreas da psicologia, entendiam

ser possível mensurar em laboratório a influenciabilidade, principalmente de crianças, a partir de exposição controlada a imagens violentas.

A partir da década de sessenta do século XX, as pesquisas em criminologia, assim como as pesquisas em comunicação social sofreram uma importante ruptura de paradigma: com a influência do interacionismo simbólico e da etnometodologia, já não seria mais possível em falar no crime e mesmo na agressividade sem levar em consideração os processos de construção social. Da mesma forma, no campo da comunicação, já não seria mais possível falar em influências de curto prazo no comportamento individual, mas sim em uma influência de médio e longo prazo dos veículos de comunicação na construção dos sentidos sobre o mundo.

Evidentemente, essas rupturas provocaram uma mudança também nas perguntas e, conseqüentemente, os métodos deixaram de ser experimentais de laboratório para darem lugar a métodos de análise de conteúdo, análises semiológicas ou de discurso das mensagens transmitidas para dar conta de responder: como os meios de comunicação auxiliam na construção social da realidade? As crenças existentes sobre o crime, sobre a criminalidade e mesmo sobre a punição são resultantes desses processos. Mudando-se as perguntas, modificam-se também os métodos.

Os mesmos autores que protagonizaram a ruptura de paradigma em criminologia estiveram bastante preocupados com a questão dos meios de comunicação. Isso pode ser visualizado na publicação de algumas obras, por autores especializados em criminologia que incursionaram em temáticas a respeito dos meios de comunicação social. Sobretudo na década de 1970, juntamente com o surgimento dos estudos da nova criminologia na Inglaterra, da Criminologia radical nos Estados Unidos, e da Criminologia crítica na Itália e outras partes da Europa, não foram poucas as publicações nesses temas.

Algumas das obras mais conhecidas dessa época a versarem sobre o assunto são de tradição inglesa, listados a seguir:

1) *"The manufacture of the News. Deviance, social problems & the mass media"*, de 1973 (2ª ed. 1980). Organizado por Stanley Cohen e Jock Young, o livro trouxe uma compilação de trinta artigos, em 506 páginas, redigidos por

autores de várias áreas, desde criminólogos, como os próprios organizadores, até outros autores do campo da sociologia da comunicação, como, por exemplo, Gaye Tuchman, Stuart Hall, Graham Murdock, Johan Galtung, Mari Ruge, Mark Fishman, Harvey Molotch, Marilyn Lester, entre outros.

2) *“Folk devils and moral panics: the creation of the mods and the rockers”*, de 1972. Escrita por Stanley Cohen, a obra é um clássico nos estudos sobre mídia e crime, sobretudo no campo dos efeitos das notícias na produção de ondas de criminalidade.

3) *“Law and order news”*, de 1977. Escrita por Steve Chibnall, a obra etnográfica traz um dos elementos clássicos nos estudos sobre a seleção das notícias: os valores-notícia, ou critérios de noticiabilidade especificamente aplicado ao caso das notícias criminais.

4) *“Policing the crisis: mugging, the state, and law and order”*, de 1978. Escrita por Stuart Hall, Chas Critcher, Tony Jefferson, John Clarke e Brian Roberts, a obra traz uma detalhada pesquisa a respeito da onda de crimes contra o patrimônio com violência à pessoa que passaram a ser o foco da polícia, da mídia e da Justiça em entre os anos de 1972 e 1973 na Inglaterra. A obra perpassa as relações entre agências de controle formal como fontes e os jornais e critérios de noticiabilidade envolvendo notícias sobre crimes.

5) *“Manufacturing the News”*, de 1980. Escrita por Mark Fishman, a obra descreve um trabalho etnográfico realizado pelo autor na redação de um jornal inglês, no qual ele pode presenciar a criação de uma onda de crimes contra idosos pela decisão editorial do jornal.

Além desses livros, há vários artigos, de numerosos autores que se ocuparam dessa temática. Neste trabalho alguns deles serão expostos, sobretudo no que tange ao aspecto metodológico.

Cabe, contudo, inicialmente realizar uma contextualização de tais estudos, a qual está bem exposta na introdução de *“The manufacture of the News”*. No debate sobre mídia, duas tradições principais devem ser consideradas: o modelo de manipulação das massas e o modelo comercial ou do mercado. No primeiro, o público é visto de modo atomizado, como receptáculos passivos das mensagens originadas de uma fonte monolítica e poderosa (COHEN; YOUNG, 1981, p. 13).

Na versão política de esquerda desse modelo, a fonte é controlada por representantes dos interesses da classe dominante, usando o poder de mistificação e manipulação da mídia sobre o público. Já nas versões de direita, a mídia também é vista como poderosa, mas as suas influências estão na direção de baixar os *standards* culturais e propagar valores de permissividade. Cada uma dessas versões carrega suas implicações lógicas para como a mídia seleciona e apresenta a informação, bem como quais são os efeitos produzidos no público (COHEN; YOUNG, 1981, p. 13).

Já o modelo comercial, surgido da crítica ao modelo manipulativo, possui uma perspectiva mais pluralista e otimista. Segundo essa perspectiva, a mídia é um mercado, e, como qualquer mercado, é movido pelo consumo. Daí que o público possuiria o poder de alterar os conteúdos das mensagens, tendo em vista que a seleção seria por ele determinada. Desse modo, ao contrário da aproximação manipulativa, em que a mídia teria o poder de modificar opiniões e comportamentos do público, no modelo mercadológico as preconcepções do público tendem a ser reforçadas (COHEN; YOUNG, 1981).

Cada um dos modelos possui suas próprias características a respeito da seleção dos fatos para se tornarem notícias; a respeito das representações sociais e também a respeito dos efeitos das mensagens no público. As perguntas que norteiam as pesquisas segundo uma e outra aproximação também levam a metodologias diversas. Contudo, nem um, nem outro modelo se esgotam em si mesmos, e nesta obra é possível encontrar-se diante de pesquisas que colocam ambas em xeque.

A primeira tipologia metodológica dos estudos sobre crime e mídia a ser apresentada aqui é aquela que tem por objetivo identificar quais são os critérios que determinam a noticiabilidade dos eventos. São vários os trabalhos que lidam com essa problemática, sobretudo datados das décadas de 1970 e 1980. Como nota Greer (2010), desde a publicação de *Law and order News*, poucos trabalhos foram feitos para desenhar as mudanças nos imperativos profissionais ou valores notícias que determinam a noticiabilidade do crime. Isso se deve em parte à própria atualidade dos estudos realizados há quarenta anos. Por outro lado, por

se tratarem de “valores”, os critérios de noticiabilidade também necessitam de uma apreciação contextualizada, em termos espaço-temporais.

Um dos resultados mais interessantes dessas pesquisas é aquele que sistematizou um conjunto de conhecimentos da prática jornalística, não escrito, mas empregado diariamente para definir quais acontecimentos são noticiáveis e quais não são. Galtung e Ruge (1981) foram pioneiros nesse tipo de estudo, apesar de não especificamente nas notícias sobre crimes. Os autores estudaram as notícias internacionais de quatro jornais noruegueses a respeito das crises ocorridas no Congo, em Cuba e no Chipre, em um texto publicado pela primeira vez em 1965. Os autores partiram do seguinte questionamento: “*como os acontecimentos se transformam em notícias?*”. No trabalho, buscaram determinar as tipificações, os hábitos que demonstram quais as condições os acontecimentos devem satisfazer para se tornarem notícias. A partir de várias hipóteses elaboradas para responder à pergunta, os autores analisaram quatro noticiários noruegueses a respeito das crises nos três países citados acima. O método utilizado foi a análise de conteúdo, de maneira que foram selecionados jornais de um período de tempo para em seguida identificar quais são as características que determinam a noticiabilidade dos acontecimentos escolhidos (crises estrangeiras).

O resultado foi uma lista de doze critérios de noticiabilidade, organizados em categorias. Quanto mais critérios de noticiabilidade um acontecimento satisfizer, maiores serão as chances de que venha a se tornar notícia. Os critérios sistematizados por esses autores se dividiram em: critérios substantivos, critérios relativos ao produto, critérios relativos ao meio, critérios relativos ao público e critérios relativos à concorrência. Nos critérios substantivos, foram relacionados o grau e o nível hierárquico dos indivíduos envolvidos, o impacto sobre o interesse nacional, a quantidade de pessoas envolvidas, a possibilidade de evolução futura do caso, o interesse do público. Nos critérios relativos ao meio, foram incluídos a boa imagem do material captado, o formato. Nos critérios relativos ao produto, encontram-se a brevidade, a atualidade, a qualidade e o equilíbrio. A capacidade de o fato interessar e entreter são critérios relativos ao público, assim como a estrutura narrativa e a importância do fato. A importância dada ao fato pela concorrência também é um critério de noticiabilidade: as expectativas recíprocas

e a possibilidade de um furo de reportagem são considerados na construção da notícia (GALTUNG; RUGE, 1981).

No que tange ao tema do crime, os autores tratam especificamente sobre a noticiabilidade dos fatos negativos, nos quais o crime está incluído. Para os autores, os motivos pelos quais as notícias negativas são facilmente noticiáveis são:

[...] as notícias negativas entram no canal noticioso mais facilmente porque satisfazem melhor o critério de frequência [...]; as notícias negativas serão mais facilmente consensuais e inequívocas no sentido de que haverá acordo acerca da interpretação do acontecimento como negativo; [...] as notícias negativas são mais consonantes com, pelo menos, algumas pré-imagens dominantes do nosso tempo; [...] as notícias negativas são mais inesperadas do que as positivas, tanto no sentido de que os acontecimentos referidos são mais raros, como no sentido de que são menos previsíveis (GALTUNG; RUGE, 1978, p. 58-59, tradução livre).

Partindo dessa primeira definição de valores-notícia, já clássica, mas obtida a partir da análise de conteúdo de jornais, Chibnall (2010) realizou outro estudo com o mesmo objetivo, porém mais específico quanto às notícias criminais, tendo ainda somado àquele método a pesquisa etnográfica nas redações. Para o autor, é possível identificar oito valores-notícia que guiam a seleção dos acontecimentos pelos jornalistas. Apesar de esses valores não serem escritos, ou seja, não estarem nos manuais, eles são compartilhados intuitivamente pelos jornalistas, e puderam ser sistematizados através de entrevistas e observação do pesquisador. Esses valores são: imediatividade, dramatização, personalização, simplificação, excitação, convencionalismo, acesso estruturado, novidade (CHIBNALL, 2010). Sua base teórica são os estudos culturais e críticos da mídia, bastante desenvolvidos na Inglaterra nessa época, sobretudo influenciado pelo pensamento marxista. Não por acaso, sua ênfase se dá no aspecto ideológico da seleção realizada pelos jornalistas, demonstrando que o profissionalismo, antes de ser meramente uma estratégia de mercado, auxilia na construção do consenso a respeito do que vem a ser o crime.

Para Hall et al. (1978), o primeiro e mais básico de todos os critérios seria a singularidade, o fora do comum, além de outros, como acontecimentos que envolvem pessoas ou países de elite, acontecimentos dramáticos, que podem ser

personalizados, demonstrando tristeza, sentimentalismo e tenham consequências negativas. “Desastres, dramas, a vida dos ricos e poderosos, todos eles encontram lugar nas páginas de um jornal” (HALL et al., 1981, p. 225, tradução livre). Quanto maior for a pontuação de determinado fato, mais noticiável ele será, ganhando capa no caso do jornal impresso e interrupções na programação normal de uma emissora de televisão. Na prática, “[...] quanto mais negativo, nas suas consequências é um acontecimento, mais probabilidades tem de se transformar em notícia” (WOLF, 2006, p. 183).

Apesar de grande parte desses critérios continuar válida para definir a noticiabilidade de um fato, Jewkes (2004) elaborou uma lista, buscando atualizá-los, a partir da análise de conteúdo de jornais britânicos. Para a autora, doze valores-notícia costumam ser utilizados como critérios de noticiabilidade atualmente. São eles: “entrada, previsibilidade, simplificação, individualismo, risco, sexo, celebridade ou pessoas de status elevado, proximidade, violência, imagem ou espetáculo gráfico, crianças, ideologia conservadora e diversão política” (JEWKES, 2004, p. 40). Além destes, outros três valores que estão sutilmente presentes sempre são, o crime, a negatividade e a novidade.

De qualquer maneira, o que esses critérios e características demonstram é que as notícias tais como são apresentadas, não são inevitáveis. São produtos de escolhas, as quais não podem ser compreendidas sem uma análise dos interesses políticos e econômicos vinculados aos anunciantes e mesmo ao perfil ideológico dos dirigentes das empresas jornalísticas.

Contudo, a partir da etnografia das redações também é possível observar que, ao contrário da ideia de que o jornalista é uma mera ferramenta nas mãos dos grupos poderosos, é possível afirmar que existe certa autonomia, e que, sobretudo, a manutenção do consenso e a utilização dos estereótipos, não são técnicas adotadas para deliberadamente manipular as consciências. As características organizacionais das redações levam a que a tendência à manutenção das chaves de pensamento tradicionais, segundo um olhar muito conservador, seja uma consequência dos processos de produção, e não um resultado deliberado.

Um dos estudos clássicos sobre o tema, Gaye Tuchman, através de

entrevistas e observação participante em um jornal diário de Nova Iorque, observa que a ideia de objetividade jornalística é utilizada como um ritual estratégico pelos jornalistas para conferir credibilidade aos seus relatos (TUCHMAN, 1972). Para Tuchman, as instituições que possuem o cargo de distribuir as notícias nada mais são do que fábricas ideológicas. Elas não espelham a realidade: “ajudam a construí-la como fenômeno social compartilhado, posto que no processo de descrever um acontecimento a notícia define e dá forma a esse acontecimento” (TUCHMAN, 1983, p. 197-198).

As fontes credíveis geralmente são fontes institucionais, ou seja, ligadas às instituições formais da sociedade, principalmente as ligadas ao poder político e econômico. As fontes institucionais normalmente gozam de uma credibilidade inerente à sua posição.

Em definitivo, o uso de fontes graduadas que possam ser citadas como pretensões de verdade passa a converter-se em um recurso técnico desenhado para distanciar o repórter dos fenômenos identificados como fatos. As citações de opiniões de outras pessoas são apresentadas para criar uma trama de fatos que mutuamente se validam a si mesmos (TUCHMAN, 1983, p. 108).

A utilização de aspas é uma forma de o jornalista se distanciar do texto, fazendo com que outros afirmem o que ele deseja, assegurando a separação entre fato e opinião. Na percepção de Tuchman (1983), o uso de aspas é um atributo formal do ritual estratégico utilizado pelos jornalistas, de forma a transmitir uma sensação de objetividade, defendendo-se dos ataques violentos da crítica.

Nesse processo de definição é escolhido o que será visto e o que permanecerá oculto. Como nota Fishman (1988), o poder da mídia está justamente nesse processo de definir para onde as atenções do público irão se voltar, afinal “[...] o que está ‘realmente acontecendo’ é idêntico ao que as pessoas prestam atenção”. Em seu estudo, também etnográfico, o autor chega à conclusão de que em determinado tempo e espaço é possível criar um acontecimento social de grande repercussão apenas através da ênfase conferida a fatos a ele relacionados, sem que haja tal relação ou que isso seja proporcionalmente justificável.

Um estudo mais complexo, que tem nas bases a questão da seleção, mas que acaba ingressando também na questão da representação e dos efeitos, é

aquele de Stuart Hall et al. Apesar de trabalharem apenas com a análise de conteúdo dos principais jornais ingleses de circulação nacional, em um período relativamente curto de tempo – agosto de 1972 a agosto de 1973 – deram origem a numerosos conceitos fundamentais para compreender as relações entre mídia e crime (HALL et al., 1980), a partir de um viés estruturalista (TRAQUINA, 2001). A questão central do trabalho versou sobre a relação entre os jornais e as agências de controle social em um tipo de crime que, na época, foi tratado como algo novo, o *mugging*. A partir da interação da polícia, do jornal e do judiciário, foi possível construir a ideia de que havia uma onda de crimes contra o patrimônio com violência à pessoa ocorrendo na Inglaterra.

O objetivo era analisar o surgimento e desenvolvimento de uma onda de crimes, construída e reproduzida a partir do controle formal, com a criação dos esquadrões anti-*mugging* pela polícia, até a chegada aos jornais, a adoção de tal definição primária e o desenvolvimento nas cortes. Então, no aspecto quantitativo é interessante visualizar os períodos nos quais o *mugging* foi mais e menos noticiado, de forma a buscar as variáveis que levaram a este resultado. Ou seja, que critérios de noticiabilidade foram utilizados para definir o *mugging* como mais ou menos noticiável.

Para identificar a questão do “quem influencia quem”, os autores analisam os dados das referências noticiosas à polícia e aos juízes, mostrando que em alguns períodos a atuação jornalística é completamente dependente das cortes, já que tem no centro os casos judiciais, e não os crimes em si. Boa parte das notícias em um dos casos mais emblemáticos analisados por eles se tratou da sentença a que foram condenados os jovens acusados de *mugging*. Além de analisarem as notícias e os editoriais, analisam as vozes das fontes como, por exemplo, dos próprios juízes, mostrando que, segundo o jornal, haveria um “consenso de juízes”, não havendo espaço para contradefinições, por exemplo, por parte dos acusados.

Em relação à polícia, estudam também como a perseguição aos *muggers* tem o potencial de se transformar em notícia, sobretudo tendo a polícia como amplificadora: ao se criar um esquadrão anti-*mugging*, obviamente isso cria mais situações de *mugging*; além disso, há a tradução da fantasia em realidade, a

partir do encaixe que o comportamento desviante vai progressivamente tendo no estereótipo das agências de controle.

Dois conceitos são fundamentais na análise dos autores: o de definidores primários, e o de ciclos de noticiabilidade. Para o autor, a busca incessante por fontes dignas de crédito acaba por se configurar um exagerado acesso por parte dos que detêm posições institucionalizadas privilegiadas, criando “a hierarquia da credibilidade”. Essa preferência da mídia os transforma em “definidores primários” de tópicos.

A definição primária *estabelece o limite* de todas as discussões subsequentes através do seu *enquadramento do problema*. Este enquadramento inicial fornece então critérios segundo os quais todas as contribuições subsequentes serão rotuladas de relevantes para o debate, ou irrelevantes (HALL et al., 1981, p. 342, tradução livre).

Por privilegiar o aparecimento das fontes oficiais na notícia, toda a definição da forma como deve ser abordado o fato será segundo a ordem dominante, sem a permissão de rupturas ou contradefinições. Nesse sentido, mostra-se o papel do jornalismo na manutenção do *status quo*. “Os filtros do poder nas notícias do delito penetram de forma direta através das fontes que facilitam as informações que depois serão transformadas em notícias” (BARATA, 1998, p. 66). Desse modo, quando se fala em processo de seleção, não se está somente tratando sobre a seleção dos acontecimentos, mas também das fontes, dos enquadramentos etc.

Quanto aos ciclos de noticiabilidade, percebe-se que, em razão da necessidade de os jornais filtrarem suas notícias por um valor inexorável, o da novidade, é natural que a partir do momento em que se noticiou muito um determinado assunto, ele logo perde esse caráter. Daí que o seu ciclo de noticiabilidade se encerre, até que algum outro elemento torne-o novamente novo, por exemplo, em casos bizarros envolvendo o mesmo tipo de crime.

A principal conclusão dos autores, em seu estudo sobre os processos de seleção e hierarquização dos tópicos, fontes e enquadramentos é em parte apresentada no trecho a seguir:

Se deixarmos de considerar por um momento as diferenças entre jornais individuais e tratarmos todos como contribuindo para uma seqüência na qual é realizado um trabalho de definição crítica

sobre a questão controversa do *mugging*, então podemos ver, de forma abreviada, como as relações entre definidores primários e os media servem para, simultaneamente definir *mugging* como questão pública, como um assunto de interesse público, e para efetuar um encerramento ideológico do tópico (HALL et al., 1981, p. 247).

Assim, tanto quando aparecem citações das palavras de juízes na imprensa, quanto quando os juízes citam a imprensa a articulação entre os dois órgãos fica evidente, a ponto de os autores afirmarem: "Nesta altura, os meios de comunicação - embora involuntariamente e através das suas próprias vias "autônomas" - tornaram-se efetivamente num aparelho do próprio processo de controle" (HALL et al., 1981, p. 248).

Da mesma forma, vários autores encontraram em seus estudos o reforço da mídia dos valores dominantes, ao imporem não apenas o que é o estilo de vida aceitável, mas principalmente traçando aspectos negativos do que deve ser excluído da sociedade. Como nota Young (1974), a cultura juvenil, identificada como *outsider*, é tratada de maneira negativa pelos meios de comunicação, de modo que uma onda de moralismo para a restauração dos valores se iniciou, a começar pela perseguição e controle dos jovens. Assim, os jornais apresentam ao público aquilo que o sensibiliza e confirma seus preconceitos. Nisso, reforçam também os conceitos negativos e a sensação de indignação contra situações desviantes do consenso. Essa constatação confirma uma das teses de Barak (1994), de que os *media* não refletem a diversidade cultural da realidade social, ao adotar apenas uma ordem de valores e crenças como a adequada e correta.

A relação entre mídia, crime e controle social também foi estudada de maneira bastante complexa por Ericson et al. (1991). A partir de uma combinação de métodos de pesquisa, partindo de análise de conteúdo quantitativa e qualitativa, os autores buscaram responder a variadas questões, todas derivadas do debate sobre se as organizações de notícias, operantes em diferentes mídias e mercados, variam no número de fontes que usam, nos tipos de fontes que usam e nos tipos de conhecimentos providos pelas suas fontes? Dentro das notícias sobre crimes, como isso se processa? Há uma variação em diferentes mídias e mercados na forma como o foco institucional é dado?

As pesquisas quantitativas em geral giram em torno da questão sobre em

que medida, e de que maneiras, as notícias espelham a realidade, ou seja, se os jornais refletem os tipos de criminosos, crimes etc. que figuram nas estatísticas de criminalização oficiais, ou o que o público pensa sobre? (Ericson et al., 1991). São limitadas pelas informações que podem ser quantificadas, além de pelas categorias escolhidas pelo pesquisador. Já a pesquisa qualitativa garante a possibilidade de se estudar os significados, contextos, intertextualidades do objeto analisado, de maneira a permitir uma maior profundidade na análise.

Para realizar seu estudo focado em como o conteúdo das notícias varia pelas mídias e mercados, foram selecionados um veículo de qualidade e um veículo popular para comparação, em jornais impressos, televisão e rádio, na região de Toronto. A amostra foi selecionada apenas em notícias que tratassem sobre crime, desvio, controle legal e justiça, coletados durante 33 dias, excluindo as notícias de finais de semana (ERICSON et al., 1991).

Nos resultados, um dos pontos fundamentais foi a consonância com os demais estudos sobre mídia e controle social: para Ericson *et al.* (1991, p. 286), “as notícias envolvem controle através dos processos rotineiros de seleção e classificação dos jornalistas e suas fontes, através da influência das notícias nas fontes, e através da maneira através da qual as notícias articulam e influenciam a opinião pública sobre as relações saber/poder na sociedade”.

A relação da mídia com o direito é fundamental ao se perceber que as notícias que tratam sobre a violação da lei tratam também de como se deve agir “corretamente”. As notícias sobre crimes que trazem as fontes oficiais e se centram no controle “são uma fonte de mitos contemporâneos – narrativas que de uma só vez descrevem e justificam – que nos auxiliam a compreender e expressar sensibilidades sobre a ordem social” (ERICSON et al, 1991, p. 342). Daí a eficácia das notícias como forma de controle.

Mesmo quando autoridades particulares são mostradas trabalhando arduamente – a polícia investigando, os juízes julgando, os legisladores legislando – é a *autoridade*, mais do que uma autoridade particular desses atores, que é reproduzida. A *autoridade* define como ver o mundo, incluindo o que é justo. *Autoridade* e justiça não mais incorporam relações sociais particulares, mas mitologias culturais sobre essas relações. Através dessas mitologias culturais o direito e a mídia representam a ordem (Ericson et al, 1991, p. 344).

Nas notícias sobre crimes, essa representação da ordem social permite uma determinada construção da realidade que legitima não apenas o sistema penal vigente como produz a necessidade de ainda mais controle. Normalmente mudanças nas políticas de controle do crime são propostas pelas fontes das notícias, que são também consultadas tanto para explicar o comportamento definido como desviante, normalmente através do argumento do cálculo racional ou do argumento biopatológico (Ericson et al., 1989).

Em outro estudo dos mesmos autores, Ericson et al. (1989) realizaram etnografia com as fontes das notícias e chegaram a desmistificar em parte a perspectiva estruturalista a respeito de seu poder. Ao contrário de Hall *et al.* (1978), que reduzem o papel dos jornalistas na produção das notícias, ao compreendê-los a partir de sua dependência dos definidores primários, Ericson et al. (1989) percebem uma relação mais complexa. Ao entrevistarem fontes e observarem suas relações com os jornalistas, perceberam que existe uma variação considerável de quem controla o processo, dependendo do contexto, do tipo de fonte, do tipo de organização jornalística envolvida, e de qual questão se está tratando. Por exemplo, eles referem a partir de seus entrevistados, institucionais ou não, que para eles a mídia é muito poderosa e não tão facilmente controlável (ERICSON et al., 1989). As fontes competem por acesso às notícias para fazer com que os seus valores sejam transmitidos. Através dos jornalistas, as fontes buscam construir uma ordem organizacional que é parcial, em defesa de seus próprios interesses.

Após este estudo sobre o processo de seleção, passa-se à análise das representações sociais de crimes e criminosos na mídia.

3 OS ESTEREÓTIPOS E AS REPRESENTAÇÕES SOCIAIS DO CRIME NO JORNAL

Na busca pelo “fato” contra o qual não haja argumentos, o uso de estatísticas é uma estratégia interessantíssima para o jornal obter um efeito de credibilidade, afinal, não há fato tão concreto quanto o número (HALL et al., 1978). No caso das estatísticas criminais, o efeito é duplo: além da “objetividade”

de que se revestem números a indicar o aumento dramático do número de homicídios na última década, por exemplo, tem-se um importante efeito sensacionalista, e motivo para numerosas entrevistas e reportagens subsequentes a explicar as causas do “fenômeno” bem como as melhores estratégias para enfrentá-lo.

De acordo com a teoria do etiquetamento, no entanto, não é possível falar em estatísticas criminais, dado que elas são, na verdade, dados provenientes dos processos de criminalização, e dependentes das contingências policiais³⁵. Sendo assim, é difícil falar sobre desproporcionalidade entre os crimes que são mais apresentados nos *media* em relação aos dados criminais da realidade. Mas é possível, sim, analisar a relação entre as estatísticas oficiais de criminalização e a representação do crime nos *media*, o que se justifica principalmente pelo fato de que as fontes das notícias sobre casos criminais são, sobretudo, atores do sistema penal (aqui compreendidos delegados de polícia, promotores de justiça, juízes etc.) (HALL e t. al., 1978).

Pelo lado quantitativo, numerosos estudos nos Estados Unidos comprovaram que o aumento do apelo sensacionalista aos casos criminais não condiz com os dados oficiais, os quais demonstram uma queda na criminalização a partir da década de 1990 (POTTER; CAPELLER, 2006). Trata-se de estudos que usam de metodologia quantitativa, e que comparam, portanto, uma amostra de vários jornais e veículos de televisão e a variação de sua cobertura sobre o crime para compará-lo às estatísticas oficiais. Em outros países, análises semelhantes foram realizadas, como é o caso de Portugal, chegando à conclusão de que há uma sobrerrepresentação do crime nos meios de comunicação em relação aos dados oficiais (PENEDO, 2003).

A principal crítica a essas pesquisas quantitativas é o fato de não problematizar as próprias estatísticas oficiais, desconsiderando, por exemplo, a

³⁵ Não há como se ter certeza sobre as estatísticas criminais, por vários motivos: 1) as estatísticas se referem apenas ao crime reportado à polícia; 2) diferentes áreas coletam as estatísticas de maneiras diferentes; 3) a sensibilização da polícia ou a mobilização para lidar com alguns crimes selecionados aumentam tanto o número de crimes que a polícia apresenta, quanto os crimes reportados; 4) a ansiedade pública sobre alguns tipos de crimes também levam a uma sobrerrepresentação; 5) as estatísticas são baseadas em categorias legais e não sociológicas; 6) mudanças na lei fazem com que comparações estritas ao longo do tempo sejam difíceis (HALL et al., 1978)

criminalidade de colarinho branco, tendo em vista que ela não aparece nas estatísticas de criminalização, e aparecem muito pouco também nos jornais e nas percepções do público sobre a criminalidade (JEWKES, 2004).

Quanto ao aspecto qualitativo, as pesquisas que buscaram identificar a relação entre as estatísticas oficiais e os crimes expostos pela mídia chegam à conclusão de que, apesar de os crimes contra o patrimônio e de tráfico de drogas, sem violência à pessoa, serem os mais penalizados pelo sistema de justiça criminal, nos jornais são os crimes violentos contra a pessoa os mais apresentados (ERICSON et al, 1987), muitas vezes também vinculados às drogas (ROSHIER, 1981). No estudo de Ericson et al., os autores utilizaram, para sua pesquisa, de análise de conteúdo quantitativa e qualitativa de exemplares de jornais. Mesmo em casos de violência à pessoa, são destacados casos criminais que representam verdadeiras exceções, como, por exemplo, assassinatos de crianças e mulheres de classe média e alta. Ainda, esses meios costumam apresentar de maneira diferente os crimes cometidos contra mulheres em relação aos crimes cometidos contra homens, principalmente se a vítima faz parte de minorias raciais, ou mesmo de classes baixas da população (SURETTE, 2007). Tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, as pessoas que mais morrem vítimas de assassinato são homens, jovens, pobres, e, de maneira sobrerrepresentada, negros (WAISELFISZ, 2012).

No estudo de Roshier, por outro lado, o autor chegou à conclusão de que não é possível falar em geral das notícias sobre crimes como se fossem uma categoria unitária, sendo necessário dividi-las em dois tipos de histórias: de um lado, aquelas sensacionais às quais é dado tratamento extensivo, frequentemente na primeira página e com a divulgação de imagens; de outro lado, há aqueles casos mundanos, apresentados isoladamente (ROSHIER, 1981). Nesse sentido, Schlesinger *et al.* (1995) observam que mesmo o tipo de veículo de mídia – por exemplo, periódicos mais qualificados em contraposição com tabloides populares – é um dado a ser considerado ao se analisar a representação do crime e as fontes utilizadas. Em relação à representação do crime, em seu estudo concluíram que quase a metade das notícias sobre crimes nos jornais populares mencionavam crimes violentos contra a pessoa, crimes sexuais e relacionados às

drogas, enquanto nos veículos de qualidade esses crimes representariam apenas 25% da cobertura (SCHLESINGER *et al.*, 1995).

Outro dado importante é o achado de vários autores de que a televisão e os jornais impressos muitas vezes representam o crime de maneiras diferentes. Mesmo a televisão traz diferentes percepções dependendo do canal, do caráter local, regional ou nacional, entre outras variáveis. No estudo de Schlesinger *et al.* (1995) os autores concluíram que os canais locais têm a tendência em produzir mais notícias sobre crimes violentos do que os canais nacionais, sendo, talvez, uma consequência do maior acesso às fontes oficiais em razão da proximidade. Os autores demonstram com esse dado que o enfoque midiocêntrico, ou seja, que se baseia na análise dos conteúdos da mídia para extrair uma análise sobre as relações de poder que determinam a produção da notícia costuma trabalhar com um conceito generalizante. Não existe “a” mídia, mas várias mídias.

Os estereótipos são um dos mecanismos mais fundamentais de que se utilizam os operadores do sistema penal para selecionarem, dentre todas as condutas criminosas praticadas diariamente, aquelas contra as quais ele efetivamente irá reagir (DIAS; ANDRADE, 1997). Por isso costuma-se dizer que os estereótipos servem como profecia que se autorrealiza: “a ‘verdadeira’ criminalidade é aquela que vem assumida como tal, é aquela que na visão dos indivíduos e dos grupos sociais se apresenta com uma constância e uma intensidade tal que marginaliza não apenas outras formas, mas também outras possibilidades de criminalidade” (BARONTI, 1978, p. 255).

Nos casos de violência extrema contra a pessoa, os criminosos são representados como verdadeiros animais, pessoas irracionais, anormais (CAVENDER; BOND-MAUPIN, 2006). Essa representação pode ser extraída também da análise de conteúdo dos jornais, como realizado pelos autores. Por outro lado, o estereótipo do psicopata, pessoa sem sentimentos, sem demonstração de remorso e calculista, vem sendo também cada vez mais difundido. Nos Estados Unidos é muito comum a divulgação excessiva de *serial killers*, apesar de serem casos raríssimos, o que provoca a sensação de que em cada esquina um deles estará à espreita (POTTER; KAPPELER, 2006). Outro resultado dessas pesquisas indica a sobrerrepresentação de adolescentes como

praticantes de crimes contra a pessoa e o patrimônio (BOULAHANIS; HELTSLEY, 2006).

Diante de todas essas questões, objetivos e metodologias, não são poucas as possibilidades. Este trabalho limitou-se ao estudo de apenas duas dimensões dos estudos – aqueles sobre a seleção e a representação -, e somente sobre as mídias tradicionais. Resta ainda toda a literatura sobre os efeitos das mensagens sobre crimes transmitidas pelos meios de comunicação, bem como toda a investigação sob a metodologia da análise de discurso, os estudos realizados em outras partes do mundo, e, ainda, a internet, que é outro mundo de possibilidades de pesquisas neste tema. Os limites deste trabalho não permitiram avançar nestes outros pontos, que ficam como possibilidades de investigações futuras.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos sobre mídia e crime segundo o enfoque da reação social tiveram sua origem no início da década de 1970, e é nesse período que se encontram alguns dos estudos clássicos sobre a temática. O objetivo deste trabalho foi o de elaborar uma revisão teórico-metodológica sobre alguns desses clássicos, de maneira a compreender como as metodologias se relacionam aos objetivos, ao problema de pesquisa e que resultados foram encontrados a partir de seu emprego.

Tanto nas pesquisas clássicas sobre a seleção das notícias, quanto sobre a representação social do crime, do criminoso e da vítima há o uso preponderante de duas metodologias: a análise de conteúdo dos jornais, notícias de TV e de rádio, e a etnografia das redações, sobretudo através de observação participante e entrevistas.

A etnografia das redações é preponderante no primeiro tipo de pesquisas, e é interessante porque a análise de conteúdo quantitativa ou qualitativa não teria condições de responder quais são efetivamente os processos pelos quais passam os acontecimentos até se tornarem notícia. A análise de conteúdo, complementarmente à pesquisa etnográfica, auxilia na exposição do resultado daquele processo o que auxilia a compreendê-lo.

Já na análise das representações sociais é possível afirmar que a análise de conteúdo qualitativa e a análise de discurso são as mais usadas e indicadas. Isso porque para identificar a maneira como determinado grupo social é exposto no jornal é necessário tanto identificar as conexões do texto com o contexto, quanto diferenciar em termos léxicos, e de estrutura narrativa as diferentes notícias estudadas.

REFERÊNCIAS

BARAK, G. Media, Society and Criminology. In: _____ (ed.). **Media, process and the social construction of crime**. New York: Garland, 1994.

BARATA VILLAR, F. El drama del delito en los mass media. **Delito y sociedad**, año 7, n. 11/12, Buenos Aires, 1998, pp. 59-68.

BARATA, F. El drama del delito en los mass media. **Delito y sociedad**: Revista de Ciencias Sociales, Buenos Aires, año 7, n. 11/12, p. 59-68, 1998.

BARONTI, G. La funzione dello stereotipo del criminale nell'ambito dei processi di controllo sociale. **La questione criminale**: Rivista di ricerca e dibattito su devianza e controllo sociale, Bologna, anno IV, n. 2, maggio-agosto, 1978, p. 253-294.

BOULAHANIS, J. G.; HELTSLEY, M. J. Perceived fears: the reporting patterns of juvenile homicide in Chicago newspapers. In: POTTER, G. W.; KAPPELER, V. E. (eds.). **Constructing crime**: Perspectives on Making News and Social Problems. Long Grove: Waveland, 2006. p. 288-312.

BUDÓ, M. de N. De fator criminógeno a fator simbólico na construção social da criminalidade: os estudos interdisciplinares sobre mídia, violência e crime. In: Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos. **Anais do II Congresso Internacional de Ciências Criminais**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2011. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascrimnais/edicao2/Marilia_Budo.pdf> Acesso em: 15 mai. 2013.

BUSTOS RAMÍREZ, J. Los medios de comunicación de masas. In: BERGALLI, R. *et al.* (orgs.). **El pensamiento criminológico II**: Estado y control. Bogotá: Temis, 1983. p. 50-62.

CAVENDER, G.; BOND-MAUPIN, L. Fear and loathing on reality television: an analysis of America's Most Wanted and Unsolved Mysteries. In: POTTER, G. W.; KAPPELER, V. E. (eds.). **Constructing crime**: Perspectives on Making News and Social Problems. Long Grove: Waveland, 2006. p. 59-69.

- CHIBNALL, S. Press ideology: the politics of professionalism. In: GREER, C. **Media and crime: a reader**. Abingdon: Routledge , 2010.
- COHEN, S.; YOUNG, J. **The manufacture of news: Deviance, social problems and the mass media**. London: Sage, 1981.
- DIAS, J. de F.; ANDRADE, M. da C. **Criminologia: O homem delinqüente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, 1997.
- ERICSON, R. V.; BARANEK, P.; CHAN, J. **Representing order: crime, law and justice in the news media**. Milton Keynes: Open University, 1991.
- ERICSON, R. V.; BARANEK, P M.; CHAN, J. B. L. **Negotiating control: a study of news sources**. Toronto: University of Toronto, 1989.
- ERICSON, R. V.; BARANEK, P M.; CHAN, J. B. L. **Visualizing Deviance**. Milton Keynes: Open University Press, 1987.
- FISHMAN, M. **Manufacturing the news**. AustIn: Paperback, 1988.
- GALTUNG, J.; RUGE, M. H. Structuring and selecting news. In: COHEN, S.; YOUNG, J. **The manufacture of news: Deviance, social problems and the mass media**. London: Sage, 1981. p. 52-63.
- GREER, C. **Media and crime: a reader**. Abingdon: Routledge , 2010.
- HALL, S.; CRITCHER, C.; JEFFERSON, T.; CLARKE; J.; ROBERTS, B. The social production of news: mugging in the media. In: COHEN, S.; YOUNG, J. **The manufacture or news: Deviance, social problems & mass media**. p. 335-367. London: SAGE, 1981.
- HALL, S.; CRITCHER, C.; JEFFERSON, T.; CLARKE; J.; ROBERTS, B. **Policing the crisis: mugging, the state, and law and order**. London: Macmillan, 1978.
- JEWKES, Y. **Media & Crime**. Los Angeles: Sage, 2004.
- PENEDO, C. **O crime nos media**. Lisboa: Livros Horizonte, 2003.
- POTTER, G. W.; KAPPELER, V. E. (eds.). **Constructing crime: Perspectives on Making News and Social Problems**. Long Grove: Waveland, 2006.
- ROSHIER, B. The selection of crime news by the press. In: COHEN, S.; YOUNG, J. (eds.). **The manufacture of news: deviance, social problems & the mass media**. London: Sage, 1981.

SCHLESINGER, P.; TUMBER, H.; MURDOCK, G. The media politics o crime and criminal justice. In: ERICSON, R. V. **Crime and the media**. Aldershot: Dartmouth, 1995.

SURETTE, R. **Media, crime, and criminal justice**. Belmont: Thomson, 2007.

TRAQUINA, N. **O estudo do jornalismo no século XX**. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

TUCHMAN, G. **La producción de la noticia**. Estudio sobre la construcción de la realidad. Barcelona: G. Gili., 1983.

TUCHMAN, G. Objectivity as strategic ritual: an examination of newsmen's notions of objectivity, **The American Journal of Sociology**, v. 77, n. 4, jan. 1972, p. 660-679.

TUCHMAN, G. The news' manufacture of sociological data. **American Sociological Review**, v. 41, n. 6, dec. 1976, p. 1065-1067.

WASELFISZ, J. J. **Mapa da violência 2012**: os novos padrões da violência homicida no Brasil. São Paulo: Sangari, 2011. Disponível em: <www.mapadaviolência.org.br> Acesso em: 26 jul.2012.

WELCH, M.; FENWICK, M.; ROBERTS, M. State managers, intellectuals, and the media: a content analysis of ideology in experts' quotes in feature newspaper articles on crime. In: POTTER, Gary W.; KAPPELER, V. E. (eds.). **Constructing crime**: Perspectives on Making News and Social Problems. Long Grove: Waveland, 2006.p. 70-92.

WOLF, M. **Teorie delle comunicazioni di massa**. 22 ed. Milano: Bompiani, 2006.

YOUNG, J. Mass media, drugs, and deviance. **Deviance and social control**, London, Tavistock Publications, 1974. pp. 229-259.

MÉTODOS EM CRIMINOLOGIA CULTURAL: CONTRIBUIÇÕES INOVADORAS PARA O ESTUDO DO CRIME

Maria Carolina Santini Pereira da Cunha,

RESUMO: Este ensaio busca uma nova interpretação e elaboração de novos conceitos e discussões de modo a oferecer uma compreensão intervencionista do crime, criminalidade e controle no cenário cultural, com o objetivo de realçar as metodologias da Criminologia Cultural e analisar possibilidade de inovação para a pesquisa brasileira. Por meio da etnografia, a metodologia analisa o primeiro plano do crime, o desenvolvimento de biografias, os conceitos da cultura popular e a imagem. A ilustração dessa nova metodologia visa entender sua diferença em relação aos métodos tradicionais, compreender as transformações da realidade e contribuições permanentes.

PALAVRAS-CHAVE: sociologia; criminologia cultural; método.

1 INTRODUÇÃO

Estudar o desvio é reconhecer a impossibilidade da análise objetiva sem paixão ou significado político, exigindo um envolvimento maior do pesquisador, distinto das demais práticas criminológicas, burocráticas, comercializáveis e negociáveis politicamente, úteis a agentes públicos da justiça criminal. Ao investigador é importante conhecer a dinâmica emocional experimentada, cujo significado é construído no momento da ação delituosa. Tal perspectiva oferece amostragem mais honesta com a política e o controle criminais, sobressaindo por dados densos. O presente artigo se divide em três seções: a primeira, apresenta a Criminologia Cultural, que poderia ser classificada como uma nova ramificação da Criminologia Crítica. A segunda, apresenta o método criminológicos anteriores. A terceira seção, trata da metodologia da Criminologia Cultural: o método etnográfico.

2 A CRIMINOLOGIA CULTURAL

Este movimento intelectual surge em 1970, nos Estados Unidos e Reino Unido, por intermédio de seus mentores, os renomados Jeff Ferrell, Keith Hayward, Clinton Sanders, e Jock Young. A criminologia cultural é uma nova proposta criminológica na tentativa de explicar o crime.

De acordo com Ferrell (2011, site) a Criminologia Cultural “explora as diversas formas em que a dinâmica cultural se entrelaça com as práticas do crime e controle da criminalidade na sociedade contemporânea”. Por isso, pode-se constatar que a Criminologia Cultural destaca a representação na construção do crime como “acontecimento momentâneo, esforço subcultural e questão social”.

Nessa significação, a Criminologia Cultural pretende romper os panoramas da Criminologia em relação ao crime e suas causas. Imagens de comportamento ilícito, e representação simbólica da aplicação da lei, são inseridas na construção da cultura popular do crime e da ação penal. As emoções compartilhadas animam acontecimentos criminais, cuja percepção de ameaça reúne esforços públicos no controle da criminalidade. Tal foco permite que “os criminólogos percebam o crime como uma ação humana significativa, permitindo também, que penetrem profundamente na política impugnada de controle da criminalidade.”

“Hayward (2011, site) define Criminologia Cultural como uma abordagem teórica, metodológica e intervencionista para o estudo do crime, que coloca a criminalidade e o seu controle no contexto da cultura.” O crime, as agências e instituições de controle da criminalidade são vistos como produtos culturais, construções criativas que devem ser entendidas pelos significados que carregam. O autor (2011, site) vai além, dizendo que a Criminologia Cultural destaca “a interação entre dois elementos-chave”: a relação entre construções ascendentes e descendentes. Seu foco “se assenta na geração contínua de significado em torno da interação, concretamente no concernente às regras criadas, as regras quebradas, da interação constante de empreendedorismo, inovação moral política e transgressão.”

Os autores Hayward e Ferrel (2012, p.208) explicam o significado da palavra cultura, que é entendida pelos criminologistas culturais como uma

conexão do significado e identidade coletivos; nela, o governo afirma autoridade, o consumidor escolhe marcas, e o “criminoso” se forma. O ambiente simbólico da cultura humana é “criado e ocupado por indivíduos e grupos”. Os tópicos do discurso simbólico são as forças culturais, e o significado coletivo em torno das classes sociais e desigualdades enraizadas, originando vicissitudes cotidianas “dos atores sociais e situações” nas quais seus reveses aparecem. Para os “papéis do crime e da justiça criminal – autores, policiais, vítimas, violadores da liberdade provisória, repórteres – a negociação do significado cultural se entrelaça com a rapidez da experiência criminal.” (HAYWARD; FERREL, 2012, p.208, grifo dos autores) A Criminologia cultural trata o crime em seu contexto cultural, tida como produto cultural, cuja ascensão e declínio, carregado de significados, são elementos-chave. (ROCHA, 2013, p.122) Como Jock Young (2010, P.347) afirma, “a Criminologia Cultural revela quase exatamente o oposto da vida do crime mundano, enfatizando a natureza sensual do crime, o ímpeto de adrenalina de se correr riscos – a voluntária assunção de risco ilícito e a dialética do medo e prazer”. A colocação das regras é um convite à transgressão, o risco é desafiador, e a criminalização da vida cotidiana provoca transgressão em vez de conformidade.

A Criminologia Cultural se desenvolve após séculos de mudanças sócio-históricas. Com o surgimento da globalização, intensifica-se o controle social, o avançar das tecnologias, o estilo de vida do *sonho americano* provocava as disparidades, visto que nem todos tinham acesso às facilidades do *american way*. Atualmente, convivemos com câmeras vigilantes, condomínios gradeados, cercados pelo controle dominante. Uma série de expectativas são colocadas aos indivíduos desde o seu nascimento, regras e metas preordenadas: datas para entrar e sair da escola, de aprendizado, faculdade, trabalho, compras, sonhos idênticos aos de todos: casa própria, carro do ano, *fast-foods*, carreira sólida. Tal indústria massificada, segundo Ferrel (2004, p.3), é a institucionalização do tédio no mundo moderno: a promessa de prazeres calculados e “entretenimento previsível e consumível” (STREHLAU, p.7)

Hayward (2010, p.13) diz que a Criminologia Cultural “tenta reorientar a criminologia para as mudanças sociais e culturais contemporâneas”, unindo

transgressões contemporâneas e análises sociológicas. A padronização não deixa margem para desviar, sem se desenquadrar, se marginalizar. Cobiça ser o outro, vestir as mesmas roupas, mas essa massificação individual não tem preocupações com sentimentos ou com o bem-estar da sociedade em geral. A criminologia faliu na racionalização positivista, ao entender a realidade do crime, que não pode ser compreendido sem seu contexto sócio-cultural.

Inicialmente, a Criminologia Cultural estava ligada a estudos de imagem, “significados e interações entre crime e controle, especialmente voltada para as estruturas sociais emuladas, e às dinâmicas de experiência relacionadas às subculturas ilícitas, à criminalização simbólica das formas culturais populares [...]” (ROCHA, 2013, p.123) Atos criminosos e dinâmica cultural está inserida na vida diária, e que muitas das formas do crime emergem de subculturas, moldadas por convenções sociais de significado, simbolismo e estilo. Deve-se destacar que muito dessas hostilidades e críticas sobre escolas e teorias conhecidas indica que a Criminologia Cultural parece se posicionar mais como uma abordagem política do que analítica ao entendimento do crime e do controle da criminalidade. (ROCHA, 2013, p.126)

A Criminologia Cultural é uma nova maneira de ver o crime e o criminoso no contexto em que está inserido. Para esta criminologia surgida nos EUA e desenvolvida na Inglaterra, a cultura é fundamental para entender o processo de desenvolvimento do complexo que envolve o crime e o controle da criminalidade. A seguir, será exposta as metodologias da sociologia clássica e tradicional. Não se pode esquecer que, antes de criminologia como ciência em si, ela se define pela sociologia como ciência multidisciplinar.

2 METODOLOGIA CRIMINOLÓGICOS ANTERIORES

O método difere-se dos objetivos da investigação, sendo uma concepção intelectual que coordena um conjunto de técnicas. Observar os fatos para entendê-los, na busca pela verdade, por uma ciência tida como metodológica, por meio da técnica se investiga a fim de descobrir o objeto a ser observado. Fazer análises quantitativas, minuciosas, revisar, interpretar, é um procedimento cheio

de regras. Relata Shecaira (2012, P.62) que “[...] a investigação criminológica não obedece a um único princípio nem se atém a métodos que possam ser enclausurados em uma única perspectiva”, pois padrões sistemáticos são “pouco objetiváveis na esfera das ciências humanas”. Na criminologia “tem o saber um valor intimamente ligado ao jogo do poder.”

A abordagem criminológica é empírica: seu objeto – delito, delinquente, vítima, controle social – “se insere no mundo do real, do verificável, do mensurável, e não no mundo axiológico (como o saber normativo).” (SHECAIRA, 2012, p.63) Pelo fato de basear-se mais em fatos e na observação do que em opiniões ou discursos e silogismos, pode-se contemplar por diversas perspectivas interpretativas. A investigação metodológica encontra uma série de dificuldades, tais como a estigmatização de presos, ocultação de dados por órgãos públicos, limitação por parte do governo, empecilhos à circulação de pesquisadores, entre outros, decorrente de diversos interesses envolvidos. Outra dificuldade, lembra o autor (2012, p.64), “resulta da existência de ideias preconcebidas na pessoa do investigador”, pessoa possuidora de determinados valores inclinada a tomar certo caminho que pode diferir/dissociar-se da realidade. Ainda há a necessidade de se obter resultados práticos rápidos, um trabalho apressado ou em razão da agência financiadora ou pelos prazos exigidos.

‘Muitas vezes, a sociologia, como investigação “pura”, cede espaço à criminologia, como investigação aplicada’. (SHECAIRA, 2012, p.65) O “trabalho organizado em torno de uma equipe” constitui mais uma grande dificuldade a ser enfrentada nas abordagens criminológicas. “Dentre os métodos empíricos consagrados [...] são as formas básicas: estudo diacrônico” (tende a investigar até que ponto tal pesquisa difere das precedentes, de pouco provável, de acordo com o autor, rompimento epistemológico significativo) e sincrônico (resultados comparados com estudos interculturais, de outros países ou outras regiões do país local).

Para a percepção da realidade, umas das muitas formas metodológicas existentes, destaca-se a utilização dos *inquéritos sociais* (*social surveys*) (SHECAIRA, 2012, p.66, grifo do autor). Inquéritos feitos a um número

considerável de pessoas sobre questões criminológicas relevantes, cujos resultados são apresentados em forma de diagrama.

Caso haja necessidade de um estudo descritivo e analítico, de delinquência ao longo do tempo, faz-se um Estudo Biográfico de Casos Individuais (*case studies*), traduzindo os motivos pessoais e sociais do cometimento do delito. A obtenção de dados confiáveis, uma das dificuldades do pesquisador, especialmente relativas ao encarceramento dos apenados, aos que não têm contato com a prisão. Por isso, o criminologista precisa “se integrar ao *locus* onde serão obtidos os dados a serem coletados.” Tal postura se chama *observação participante*. (SHECAIRA, 2012, p.67, grifo do autor)

A técnica de grupos de controle é outro mecanismo metodológico bastante empregado. Estabelece comparações estatísticas entre grupos opostos. Adota-se como exemplo, um grupo de delinquentes e de não delinquentes. O primeiro é o grupo experimental; o segundo, grupo de controle. O propósito é estabelecer relevância em variável comportamental do grupo delinquente. (SHECAIRA, 2012, p.68)

A fim de aquilatar a grandeza da delinquência oculta, a *cifra negra* da criminalidade, há ainda três métodos mais comuns: o da *autoconfissão*, “que consiste em fazer pesquisas anônimas para conhecer quantas pessoas cometeram certos fatos em determinado período de tempo”; o da *vitimização*, “realizadas pesquisas sobre uma mostra da representativa da população” para “determinar quantas pessoas foram vítimas de certo delito em certo período de tempo.” Por derradeiro, “há o método de *análise das maneiras de prosseguir ou abandonar que têm os tribunais e a polícia*” (SHECAIRA, 2012, p.69, grifo do autor). Todos os métodos investigatórios, alerta Shecaira, podem apresentar problemas – a combinação desses mecanismos obtém dados mais seguros, evitando falhas nos resultados das pesquisas.

Desse modo, esta seção conclui a metodologia criminológica tradicional. O Direito não é ciência autônoma, relacionando-se com a criminologia e a sociologia para uma melhor compreensão do crime é preciso saber seguir um método.

3 MÉTODOS EM CRIMINOLOGIA CULTURAL

Por meio da etnografia, a metodologia analisa o primeiro plano do crime, o desenvolvimento de biografias, os conceitos da cultura popular e a imagem. A ilustração dessa nova metodologia visa entender sua diferença em relação aos métodos tradicionais, compreender as transformações da realidade e contribuições permanentes. Nas técnicas de pesquisas criminológicas, costuma-se explorar conceitos político-criminais, um modelo ideológico demasiadamente teórico, descartando o empirismo. Crime e cultura se inter-relacionam no complexo social de modo bastante amplo que, conforme Hayward, é fonte de inspiração aos criminologistas. Nessa criminologia, o crime está atrelado a seu contexto cultural. Disso decorre o crime e as organizações de controle perceptíveis “como produtos culturais, os quais devem ser lidos a partir dos significados que carregam”. (ROCHA, 2015, site) De modo a compreender as causas e consequências do crime, faz-se necessário verificar o contexto no qual está inserido. A “Criminologia Cultural toma forma na busca de entendimento dos processos simbólicos que interagem no momento da experiência criminal.” (STREHLAU, 2012, p.2).

Na visão da criminologia cultural, explicam Hayward e Ferrel (HAYWARD; FERREL, 2012, p.207), “o objeto de qualquer criminologia útil e crítica deve, necessariamente, ir além das noções estreitas de crime e justiça criminal para incorporar demonstrações simbólicas de transgressão e controle,” sentimentos e emoções advindas “de eventos criminais, e bases ideológicas de campanhas públicas e políticas destinadas a definir (e delimitar) tanto o crime quanto suas consequências.” Tal criminologia busca entender o crime como atividade humana expressiva e “criticar a sabedoria percebida em torno das políticas contemporâneas de crime e justiça criminal.” A ação-limite, continua Rocha (2013, p.128) “está referida à experiência subjetiva que decorre da prática de atividades que contenham riscos pessoais inerentes [...]” Significa que o risco da atividade criminosa constitui em liberação emocional. O estudo dos criminologistas é “organizado e definido por subculturas criminosas, que fornecem um repositório de habilidades”, das quais seus membros aprendem “o que lhes permitirá ter

sucesso em ações criminosas, como por exemplo, o uso correto das ferramentas adequadas para furto de veículos ou de residências, ou o manejo de armas e técnicas para a violência efetiva.” (FERRELL, 2007, op. cit., p. 142 apud ROCHA, 2013, p.130) Os criminologistas culturais Hayward e Ferrel (2012, p.215) se defendem dos críticos: “delinquentes e condenados à morte, pequenos delitos e crimes graves, todos emergem de um processo tão cheio de injustiça que regularmente se confunde vida e morte, culpa e inocência”. Alegam que o foco da criminologia não deve ser fundamento *a priori* para ela, pois pequenos criminosos se tornam maiores, ao menos “aos olhos das autoridades”. A chave desse processo seria interrogar atos criminosos pelo o que os criminosos se tornaram, e não por aquilo que são. Os autores (2012, p.215) ponderam que “como estes e outros estudos em criminologia mostram, a política da criminologia cultural pode ser efetivamente destinada não apenas para os crimes de resistência ilícita, mas para crimes ‘sérios’ de dano político e predação”.

A obra “Crimes of Style”, de Jeff Ferrell, é precursora na Criminologia Cultural. O estudo revela sua vivência com gangues de grafiteiros na capital do Colorado, EUA. O criminologista aborda o contexto social, político e histórico do grafite, a poesia urbana cantada por rappers, a moradia a qual constitui espécie de comunidade – um armazém onde moram e expressam sua arte nas paredes internas. O cotidiano, empregos de meio-turno para sustentar os gastos com sprays. Não há importância no reconhecimento de seu trabalho, cujo verdadeiro sentido está na adrenalina do ato criativo e transgressor, da livre-expressão que viola a lei. A Criminologia Cultural, transcendente a analisar o crime, o criminoso ou organizações de controle do crime, opta por evidenciar a razão da atividade do crime no momento em que este é realizado. Interessa-se pelo primeiro plano da experiência criminal, aprendendo visual e sensorialmente os símbolos perceptivos na realização do crime, a qual se dá no ímpeto de aproximar-se da realidade. Isto não ocorre quando os mesmos crimes são apresentados em formas estatísticas unidas ao “método de racionalização objetivo e científico”. (STREHLAU, 24) A relação entre subcultura e estilo se origina das contraculturas criminosas em meio às relações sociais, choca-se o estilo de vida com conceitos convencionais de legalidade e moralidade (ROCHA, 2012, a). Junto com esses valores está

atrelada a identidade cultural do grupo, o qual se diferencia do restante da sociedade e de outros grupos, por meio de símbolos puramente culturais tais como o estilo de vestir, o comportamento e códigos linguísticos. Segundo Ferrel, percebe-se nessas subculturas a propagação de habilidades de seus membros repercutindo na forma adequada de determinada atividade criminosa, criada a ética coletiva descrita como conjunto de valores e orientações. Uma das mais importantes preocupações da Criminologia Cultural, destaca Rocha (2012, p.13 boletim ibc[...]), “é estabelecer em que medida o comportamento desviante ou criminoso desafia, subverte ou resiste aos valores, símbolos e códigos da cultura dominante.” Além disso, investigar as “subculturas desviantes, nos termos precisos de desafios e resistências que elas oferecem, é a principal linha divisória entre a Criminologia Cultural e aquelas criminologias que levam a cultura a sério,” ainda que não representem “o desvio como desafio e resistência.” Desafiar a cultura dominante não implica que estas subculturas o façam “de maneira consciente ou direta.” Do mesmo modo que o risco comportamental não assume explicação dos atos de determinadas culturas, a adrenalina do crime se torna viciante para outras. A proposta da Criminologia Cultural é uma “compreensão criminológica” do momento em que se pratica o crime, a fim de explicá-lo com profundidade. Algumas pesquisas feitas por criminólogos mostram que criminosos, com frequência, aceitam o perigo e os altos riscos que acompanham suas ações. (ROCHA, 2012, p.282) A criminologia cultural, evidencia que as mudanças na sensibilidade social, para serem compreendidas, necessitam de uma nova abordagem e forma de percepção. “As noções de cultura, subcultura, subversão, transgressão fornecem pontos de referência” nessa aproximação de estudo, no entanto não se pretende que sejam as únicas. Resta esclarecer que o estudo do crime e da criminalidade “por ser fruto de uma sociedade complexa e multicultural como a nossa, deve estar em constante processo de aprendizagem e entendimento, e não devemos ter a prepotência de acreditar que podemos explicá-la.” (ROCHA, 2012, p.164-165)

A etnografia é, segundo Spradley (1979), a descrição de uma cultura: seja um pequeno grupo tribal, numa terra exótica, seja “uma turma de uma escola dos subúrbios, sendo a tarefa do investigador etnográfico compreender a maneira de

viver do ponto de vista dos nativos da cultura em estudo.” Sua própria definição faz-se entender os motivos dos criminologistas culturais terem-na escolhido como método. Em relação a esse método, Rocha (2013, p.135) expõe que trata-se de um posicionamento “pouco convencional da tradição das ciências sociais, mas que entretanto, parece se justificar, hoje, pelo avanço lento de outras metodologias,” contrastantes com a demanda por respostas das ciências sociais, que sejam consistentes acerca dos problemas objetivos do crime e do controle da criminalidade.

O método explicado nesta seção, reflete um estudo de risco vivenciado junto com criminosos, a fim de melhor entendê-los. Método próprio da Criminologia Cultural, que não se contenta com leituras já existentes em sua área.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratou-se, no presente trabalho, da Criminologia Cultural sua metodologia. Na primeira seção, observa-se que a Criminologia Cultural surge, nos Estados Unidos, de uma tentativa de reorientar a criminologia, buscando inovações para a pesquisa. Critica o capitalismo, como acelerador do fenômeno criminal, produtor de desigualdades sociais. A pesquisa criminológica possui várias nuances. O método da Criminologia Cultural é o etnográfico, retratado no livro “Crimes of Style” por meio da experiência de Jeff Ferrel, criminologista que viveu com pixadores. O lema da etnografia poderia ser tido como andar com os criminosos, participar, sem necessariamente se tornar um deles. Entretanto, é cometer os mesmos atos, exemplificados pela pichação – crime considerado muito grave na Inglaterra, os ingleses não toleram grafiteiros. Diferentemente do Brasil, não há distinção terminológica da expressão “pichar” ou “grafitar”. Tal perspectiva oferece amostragem mais honesta com a política e o controle criminais, sobressaindo por dados densos. A intenção é um convite ao criminologista a vivenciar experiências confinantes e descobrir o cerne criminógeno, estudar o desvio, reconhecendo ser impossível a objetividade sem paixão analítica ou significado político, exige um envolvimento maior do pesquisador, distinto das demais práticas criminológicas, burocráticas, comercializáveis e negociáveis politicamente, úteis a agentes

públicos da justiça criminal. Ao investigador é importante conhecer a dinâmica emocional experimentada, cujo significado é construído no momento da ação delituosa.

REFERÊNCIAS

DURKHEIM, E. **As regras do método sociológico**; tradução Paulo Neves; revisão da tradução Eduardo Brandão. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FEYERABEND, P. **Contra o método**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

FERRELL, J.; HAYWARD, K.; YOUNG, J. **Cultural criminology**: an invitation. Londres: SAGE, 2008.

FERRELL, J.; HAYWARD, K. Possibilidades insurgentes: as políticas da criminologia cultural. **Sistema Penal e Violência**. Porto Alegre, vol.4, n.2, p.206-218, jul-dez. 2012.

FERRELL, J. 'Crime and Culture'. In: HALE, C. et all. **Criminology**. London / New York: Oxford University Press, 2007. p. 147.

_____. Morte ao método: uma provocação. Trad. Salo de Carvalho e Simone Hailliot. In: **Dilemas**: Revista de estudos de conflito e controle social, v.5, n°1, 2012 – pp.157-176.

HAYWARD, K.; YOUNG, J. Cultural criminology: some notes on the script. In: **Theoretical Criminology**. v.8(3), p. 259, 2004. Disponível em <<http://tcr.sagepub.com/content/8/3/259.refs>>. Acesso em: 11 jul. 2012.

HAYWARD, K. **Cultural Criminology**, disponível em: <<http://blogs.kent.ac.uk/culturalcriminology/files/2011/03/youth-justice-dictionary.pdf>>; acessado em: 04 de Novembro de 2012.

KUHN, T. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LONGHI, N. D.; ROCHA, A. F. O. da. **Criminologia Cultural**: uma nova abordagem a partir do método etnográfico. 2013. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/57.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

ROCHA, A. F. O. Crime e controle da criminalidade no Brasil: a criminologia cultural e suas contribuições para debate. In: **Confluências. Revista interdisciplinar de sociologia e direito**. Vol.15, n.2, 2013, pp.121-136.

_____. **Crime e Cultura: Novas perspectivas e abordagens em Criminologia e Controle da Criminalidade.** Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/crime-e-cultura-novas-perspectivas-e-abordagens-em-criminologia-e-controle-da-criminalidade-por-alvaro-filipe-oxley-da-rocha/>>. Acesso em: 28.mar.2015.

_____. Crime e cultura: novas perspectivas e abordagens em criminologia e controle da criminalidade. In: GAUER, R. M. C. (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012. p 163.

ROCHA, A. F. O. Crime e emoções na criminologia cultural. **Boletim IBCCRIM**. Porto Alegre, ano 20, n. 232, mar. 2012. P 13.

_____. Crime, Violência e segurança pública como produtos culturais: inovando o debate. In: **Revista dos Tribunais**, n.917, pp. 271-289, março de 2012. São Paulo: RT, 2012. p.282

SHECAIRA, S. S. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, J. M. A questão da técnica jornalística: cultura e imaginário. In: **Revista FAMECOS**. Porto Alegre, n.39, ago. 2009.

STREHLAU, J. C. **Criminologia Cultural**. 2012. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/juliana_strehlau.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2015.

YOUNG, J. Merton com energia, Katz com estrutura: a sociologia do revanchismo e a criminologia de transgressão. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano 18, no 87, Nov. – Dez./2010, p.347.

O ESTUDO DO DISCURSO MIDIÁTICO SOBRE SEGURANÇA PÚBLICA, CRIME E VIOLÊNCIA

Mariel Muraro

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo demonstrar como a criminologia crítica tem desenvolvido e aplicado técnicas metodológicas na produção e apresentação de trabalhos empíricos. Em especial, o presente trabalho se propõe a discutir as técnicas metodológicas para a análise dos discursos sobre segurança pública, violência e crime, reproduzidos pelos meios de comunicação de massa. Nesse sentido, a ilustração do tema se dá a partir da análise das reportagens da campanha *Paz sem voz é medo*, do Jornal escrito Gazeta do Povo, mídia que tem o maior público na cidade de Curitiba – PR. Com essa análise percebe-se que o assunto é tratado a partir do paradigma policialesco. Assim, apresenta-se uma crítica a respeito do tema, buscando refletir sobre situações apresentadas como sendo atreladas à questão da segurança pública. Por fim, será apresentada discussão quanto ao uso contra-hegemônico das mídias, o que pode auxiliar na superação do discurso midiático criminógeno, produzindo um contra discurso capaz de modificar a opinião pública, com um importante papel de mudança paradigmática das relações de hegemonia cultural.

PALAVRAS-CHAVE: mídia de Massa; metodologia; discurso crítico; hegemonia.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo é parte da dissertação apresentada junto ao programa de pós-graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná, a qual analisou diversos temas que foram rotulados como sendo de Segurança Pública, segundo a campanha do Jornal Gazeta do Povo, intitulada *Paz sem voz é medo*.

Realizou-se um recorte que busca analisar de forma breve, a atuação das mídias de massa, bem como as técnicas utilizadas para a formação da opinião pública e a fabricação de consensos, tomando como tema central o que o discurso midiático entende por segurança pública, podendo concluir que o mesmo se concentra na questão policial, pois, após a leitura de um ano de reportagens da referida campanha, a mensagem deixada é de que segurança pública significa mais polícia.

A partir desse paradigma policialesco da segurança pública e das reflexões da criminologia crítica, busca-se uma crítica sobre o que significa segurança pública e qual é o papel dos criminólogos críticos na desconstrução da hegemonia desse discurso policialesco criminógeno.

2 A CRIMINOLOGIA CRÍTICA

A partir do desenvolvimento das teorias sociológicas criminais, nas décadas de 1950 e 1960, a teoria do *labeling approach*, ou também chamada de teoria da reação social, transforma a visão sociológica a respeito do crime e do criminoso, passando a afirmar que o crime é uma construção social, tendo como fundamento dois conceitos:

1) “o crime não é uma qualidade do ato, mas um ato qualificado como criminoso por agências de controle social” (BECKER, 1963, p. 9) , ou seja, um ato é definido como crime de acordo com um interesse maior, que influencia as agências de controle social;

2) são as agências de controle social que produzem o crime, e não o crime que dá origem ao controle social. O homem é rotulado quando pratica um ato qualificado como desviante de forma que esse processo ocorre pela criminalização primária, ou seja, a criação da norma penal que qualifica o ato como criminoso, e pela criminalização secundária, que enquadra o ato praticado por um sujeito nas condições da criminalização primária (BECKER, 1963, p. 9).

Partindo dessa visão, a Criminologia Crítica procurou investigar quais seriam as razões para que tal rotulação ocorra, passando a explicar tais fenômenos a partir da análise econômica das sociedades, apontando a seletividade do sistema penal como uma variável estrutural do empreendimento capitalista. Ou seja, “A criminalidade é (...) um 'bem negativo', distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos.” (BARATTA, 2002, p. 161).

A seletividade atinge assim, pessoas vulneráveis e condutas mais frequentemente praticadas por elas. Nesse sentido, revela-se a necessidade de

desenvolver e aprofundar o tema, em especial investigando a forma de atuação das agências de controle social.

Ainda, a seletividade do sistema penal contribui para o aumento do encarceramento, bem como impõe padrões institucionais de atuação policial, a política de guerra às drogas e políticas de tolerância zero, alinhado com o afastamento da assistência social e uma mudança no tratamento dos setores mais vulneráveis da população, que hoje passam a ser clientes do sistema penal.

Nesse sentido, utiliza-se a pesquisa empírica qualitativa, a fim de analisar o fenômeno do discurso midiático, privilegiando a análise de diversos fatores inseridos em um contexto específico (MEZZAROBA. MONTEIRO., 2009, p. 110), possibilitando verificar as formas de incidência do mecanismo penal da seletividade, que está presente no discurso do senso comum, bem como no discurso midiático.

O presente trabalho iniciou-se com pesquisas bibliográficas sobre as mídias de massa, como formadoras de opinião a respeito do sistema penal. Em seguida, para aprofundar qualitativamente esse objeto, utilizou-se a metodologia do estudo de caso, na qual foram analisadas as notícias veiculadas na campanha *Paz sem Voz é Medo*, do Jornal Gazeta do Povo, durante o período de julho de 2011 a julho de 2012, utilizando-se também do método comparativo na análise dessas notícias.

O tema da segurança pública nasceu da constatação prática, na leitura diária, cujas notícias, reportagens e entrevistas mencionavam questões como sendo relacionadas à segurança pública tais como o medo da criminalidade, o sucateamento da polícia civil, militar e científica, o número de homicídios, tráfico de drogas, mas estes últimos sempre de forma genérica e acompanhados por estatística, entre uma infinidade de outros assuntos que se repetiam com certa frequência, quase diariamente.

3 MÍDIA, OPINIÃO PÚBLICA E FÁBRICA DE CONSENSO

Segundo Jaqueline de Paiva Silva (2007, p. 334 – 337), na década de 1990 o Brasil voltou a ser visitado pelo capital financeiro internacional e para

garantir a segurança de seus investimentos o capital necessitava de que as informações econômicas fossem constantemente atualizadas. Assim, a agência em tempo real Agência Estado, pertencente ao Grupo Estado, o mesmo grupo econômico de informação que publica o jornal O Estado de S. Paulo, comprou em 1991 a Broadcast, uma empresa de teleinformática, pois unificando essas tecnologias seria possível divulgar as informações do mercado financeiro de forma mais ágil. Antes dessa aquisição a Broadcast prestava informações sobre o mercado financeiro somente para poucas pessoas que tinham sua assinatura, agora, porém, tem diversos assinantes e diversificou os temas anunciados, ainda que cerca de 70% das informações sejam relativas ao mercado econômico e que outros fatos sejam noticiados somente quando podem influenciar política e economicamente o país, tornando-a um espaço público de discussão entre governo e o mercado financeiro (SILVA, 2007, p. 334 – 336).

Esse fato de as agências serem muito consultadas por redações de jornal e de televisão causa o efeito conhecido como agendamento, ou seja, a repetição de um mesmo assunto por vários meios de comunicação, facilitando assim o processo produtivo da notícia (SILVA, 2007, p. 340) e a emoldurar a opinião pública (CHOMSKY. HERMAN. 2003, p. 13).

Bourdieu (1997, p. 32) chama essa situação de circulação circular da informação por compreender que os jornalistas são os profissionais que mais leem jornal porque precisam saber o que já foi dito para saber o que dizer a respeito desse ou daquele fato, gerando assim uma homogeneidade no trabalho desses profissionais.

Muitos fatos são selecionados porque se enquadram no perfil do agendamento e outros são esquecidos, ou por razões políticas, ou por não se encaixarem no padrão do editorial. Pierre Bourdieu (1997, p. 23) chama a atenção para o que normalmente é selecionado, o que ele chama de fatos *omnibus*, que são acontecimentos que interessam a todos, que “não devem chocar ninguém, que não envolve disputa, que não dividem, que formam consenso, que interessam a todo mundo, mas de um modo tal que não tocam em nada de importante”. Ou seja, os fatos *omnibus* são utilizados para ocupar o tempo e certamente porque são consensos.

Max Frankel (*apud* CHOMSKY. HERMAN. 2003, p. 17), ex-editor do *The New York Times*, diz que:

quanto mais os jornais perseguirem o público na internet, mais o sexo, os esportes, a violência e a comédia aparecerão em seus menus, atribuindo pouca importância às notícias de guerras estrangeiras ou reforma da seguridade social, quando não as ignorando inteiramente.

Por isso, mesmo com a internet hoje, reconhecido com um veículo capaz de promover uma mudança democrática da opinião pública, ainda não vemos essa possibilidade ocorrer. Vemos sim as mídias de massa fabricando consensos sociais e agindo com um direcionamento sobre a opinião pública.

Outros recursos são utilizados pela mídia, juntamente com o agendamento, para produzir uma aparente realidade, tal como a velocidade da informação. O jornalista, por pressões concorrenciais, está sempre atrás do furo de reportagem, a transmissão ao vivo, o flagrante, os quais têm uma aparência de realidade, e essa velocidade da informação faz com que os receptores não pensem a respeito do que veem. Por que não prender uma pessoa que em flagrante pratica um crime? Existe a necessidade de um processo judicial? Certamente a audiência pensa que a resposta é prender sim, processo não.

Essa realidade em primeira mão, que por vezes é uma parcial verdade ou uma falsidade catastrófica, é o que alimenta o mito da imparcialidade, o qual garante à mídia seu papel de autoridade (MORETZSOHN, 1999, p. 261). Sylvia Moretzsohn (1999, p. 263 – 264) faz uma interessante comparação da velocidade dos noticiários com o sentido marxista de fetiche, pois tão logo o trabalho se torne uma mercadoria ele deixa de apresentar a relação social pelo qual foi formado: assim o jornal impresso, que poderia ser um espaço para maior reflexão, submete-se também à lógica da velocidade-fetiche e na tarde de sábado põe à venda nos semáforos o jornal de domingo “[...] o presente passa a ser também futuro. Hoje já é amanhã.” E não há reflexão sobre esse amanhã.

Bourdieu (1997, p. 40 – 41) fala que só é possível pensar com velocidade se for com ideias feitas, ideias prontas, o que ele chama de *fast-thinkers*, ou seja, são ideias banais, comuns, que já são facilmente aceitas pelo emissor.

Essa necessidade da velocidade, do jornalismo em tempo real, faz gerar um fluxo inconsumível de informação, são tantas notícias em tantos locais, jornais

escritos, televisivos, internet, livros, revistas, que é impossível manter-se a par de tudo o que a mídia diz que você deveria saber. Interessante como Ramonet (2010, p. 128) exemplifica essa questão, afirmando que um cidadão do século XVIII não poderia adquirir, durante toda a sua vida, a quantidade de informações contidas em uma edição dominical do *New York Times*, ou ainda se um mesmo leitor, que lesse “mil palavras por minuto, oito horas por dia, precisaria de um mês e meio para ler as informações publicadas num único dia”, além de acumular em cinco anos e meio a leitura. É de se questionar se o objetivo não seria deixar de informar, visto que é impossível ler toda a edição dominical de um jornal em um único dia.

Nesse compasso, ganham destaque na rede mundial de computadores os jornais mais famosos, pois é preciso selecionar qual fonte de informação se vai ler, e essa seleção acaba adotando este critério: o mais tradicional ou o mais famoso.

Ainda, o citado mito da objetividade e o do dever de informar o cidadão, resquício do Iluminismo, supostamente indicam que a mídia relata os fatos de forma objetiva, sem declarar constrangimentos organizacionais como os acima apresentados, quando o simples ato de escolha do que noticiar ou não já representa a quebra dessa objetividade (MORETZSOHN, 2002, p. 293), como se essa seleção já não fosse a apresentação de uma leitura recortada dos acontecimentos da vida em sociedade.

São, portanto, esses artifícios midiáticos como o agendamento, o mito da objetividade e o fetiche da velocidade que levam a crença de que a mídia é um espaço democrático de informação do cidadão e fonte da opinião pública.

A mídia normalmente se autodeclara opinião pública, se declara a voz do povo que não tem voz, ou seja, ela mesma se autoriza como se representasse uma maioria que comunga de uma mesma opinião sobre um fato. Assim, a opinião pública nada mais é do que uma convicção partilhada em face de uma mesma ideia, ou de uma mesma vontade, por um grande número de pessoas (ESTEVES, 2003, p. 187).

Porém, segundo Esteves (2003, p. 199 – 200), essa opinião pública teria funções éticas e morais, sendo a “dimensão ética [...] resultante do papel político

que o espaço público assumiu; e o caráter moral qualifica a forma como é desempenhado esse papel político.” Essa, porém, é uma concepção decorrente da crença na razão iluminista, pois esse papel político da opinião pública hoje tem sido o de alienar o cidadão.

Chomsky (2003, p. 14 – 30), comentando o texto de Walter Lippmann, afirma que a propaganda – leia-se a publicização – é uma forma de manutenção da apatia, obediência e a passividade dos cidadãos que devem responder apenas aos interesses de uma elite especializada de homens responsáveis e que a arte da democracia para controlar o “rebanho assustado” é “a fabricação de consenso” no qual as indústrias das relações públicas têm um importante papel.

Essa fabricação de consenso, que é representada pela opinião pública convergente, consiste em retirar a atenção do público para situações de grande relevância, mas que podem influir nessa mencionada passividade, bem como consiste também em dar uma conotação diversa da que o evento ou situação realmente tem, promovendo essa despolitização social. A despolitização pode se dar com a criminalização.

Muitas vezes, quando se tem um movimento revolucionário, reivindicador, politizante, esse movimento deve ser controlado e acabado. A forma de controlar esse tipo de movimento é mediante a criminalização dessas condutas, como se pode ver a forte tendência, no caso brasileiro, da crescente criminalização dos movimentos sociais³⁶.

Verifica-se, portanto, que as mídias de massa têm uma série de artifícios empregados para reproduzir, ou melhor, produzir o consenso e manipular (ou fabricar) a opinião pública, despolitizando a sociedade e criminalizando os dissidentes, podendo ser compreendida como um mecanismo de controle social (SANTOS, 2006, p. 112 – 113), cuja “[...] tecnologia massificadora parece representar o mais aterrorizante instrumento de controle e dominação[...].” (CASTRO, 2005, p. 201) por meio da criação de realidades e organização do consenso.

³⁶ Ler: BUDO, Marília de Nardin. **Mídia e Controle Social** - Da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

Os meios de comunicação de massas criam verdades e realidades, tal como explica o Teorema de Thomas, segundo o qual “se as pessoas definem certas situações como reais, elas são reais em suas consequências” (THOMAZ *apud* FELSON, 2006, p. 321), construindo, portanto, uma realidade social capaz de produzir a mobilização social em um ou em outro sentido, dependendo dos interesses ou constrangimentos daqueles que têm o poder de manipular o público, através do que Bourdieu (1997, p. 28) chama de efeito de real.

Nesse passo, a fim de contextualizar a atuação da mídia, em especial quanto aos temas crime, violência e segurança, analisa-se a campanha *Paz sem voz é medo*, do Jornal Gazeta do Povo.

4 A CAMPANHA PAZ SEM VOZ É MEDO

A campanha *Paz sem voz é medo* foi lançada pelo grupo GRPCOM³⁷ no dia 21 de julho de 2011 com o objetivo de discutir o tema segurança no Estado do Paraná. A campanha foi amplamente divulgada em todas as mídias do grupo pelo Jornal Gazeta do Povo, Jornal de Londrina, Gazeta Maringá, RPC TV, ÓTV, Rádios 98 FM e Mundo Livre FM e seus respectivos portais da internet.

O título da campanha vem da música da banda *O Rappa*, intitulada *Minha Alma*, ou também conhecida como *A paz que eu não quero*. A música é composição do ex-baterista da banda, Marcelo Yuka, vítima de arma de fogo numa tentativa de assalto em 09/08/2002 no Rio de Janeiro, deixando-o com seqüela permanente que exige o uso de uma cadeira de rodas³⁸.

O principal objetivo da campanha é mobilizar as pessoas para que elas denunciem as violências sofridas, ou seja, busca-se conscientizar as pessoas de que é importante registrar o Boletim de Ocorrência, tendo assim voz para lutar contra a violência.

³⁷O Grupo GRPCOM é ligado ao grupo de comunicação da Rede Globo e tem praticamente o monopólio da comunicação no estado do Paraná. Sobre o tema leia a reportagem: IREHETA, Diego. Risco de monopólio na mídia do Paraná. **Jornal Brasil 247**, 13 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.brasil247.com/pt/247/midiatech/29856/>. Acesso em 01/01/2013.

³⁸ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u56734.shtml>

No portal da internet da Gazeta do Povo a chamada de lançamento da campanha trouxe a seguinte mensagem:

Vivemos um momento delicado. As estatísticas mostram uma sociedade diferente daquela com que sonhamos.

Diariamente, somos impactados pela agressividade no trânsito, pelo avanço das drogas, homicídios e tantas outras formas de violência que passaram a fazer parte de uma rotina que não deveríamos aceitar.

Diante disso, o GRPCOM, por meio de seus veículos, Gazeta do Povo, Jornal de Londrina, Gazeta Maringá, RPC TV, ÓTV, Rádios 98FM e Mundo Livre FM, lança uma campanha e convida todos os paranaenses para uma reflexão sobre o tema.

Este é o momento de nos unirmos e nos organizarmos para entender nosso papel na mudança deste cenário e na construção de uma cultura de paz.

Não podemos mais continuar calados. Precisamos mostrar o nosso poder de transformação. Porque uma sociedade precisa lutar pelos seus direitos. E neste movimento pela paz, a sua voz vai poder fazer toda a diferença. Porque Paz Sem Voz é Medo.

Segundo McQuail (2003, p. 431), a “campanha” é um recurso midiático que procura utilizar diversas fontes da mídia de forma organizada para persuadir ou informar uma população específica. Além disso, a campanha também tem uma finalidade certa e anunciada, ela se dá por um tempo limitado e tem o apoio de autoridades, elegendo finalidades consensuais nessa população, que é vasta e dispersa. Esse é um recurso da mídia que se propõe a alcançar, normalmente a curto prazo, um objetivo conhecido, em que pese o tema segurança, objeto dessa análise, só possa ser pensado a longo prazo.

Lançada por um coletivo, que é o grupo de comunicação do Paraná GRPCOM, empresa que tem visibilidade no estado por ter várias fontes de informação, a campanha *Paz sem voz é medo* utilizou diversos canais de divulgação associados ao grupo GRPCOM, com um objetivo específico de conseguir uma reflexão da população sobre o tema segurança pública, bem como incentivar a população a denunciar situações de violência.

A campanha no jornal, em especial, Gazeta do Povo, objeto de análise neste artigo, consistiu na divulgação de mais de 200 (duzentas) reportagens que levavam o rótulo *Paz sem voz é medo*, encontrando entre essas reportagens notícias de crimes, especialmente homicídios e tráfico de drogas, pesquisas no Estado do Paraná e nacionais sobre o sentimento de insegurança, bem como sobre a vitimização das pessoas em face de furtos e roubos, entrevistas com especialistas da área, até fatos ocorridos em escolas, ou seja, uma série de

episódios que foram interligados e que supostamente tratavam do tema segurança.

Como bem salientam Dinaldo Almendra e Pedro Bodê (2012, p. 266 – 281), em artigo publicado na Revista Brasileira de Segurança Pública sobre essa campanha, há uma vinculação entre o termo segurança e o termo violência, “[...] *violência* entendida como o termo com o qual nomeamos o conjunto de nossos medos e a sensação de insegurança deles derivadas”, e a mensagem da campanha leva a crer que, denunciando a violência vista ou sofrida ao jornal e à polícia, será possível obter a tal segurança, mediante uma atitude coletiva da sociedade, dos meios de comunicação e do Estado.

Porém, as reportagens e notícias não questionam a presença da violência estrutural³⁹, ainda que seja essa forma de violência a que atinge a maioria da população e que é capaz de gerar o sentimento de medo e insegurança.

Em janeiro de 2012 a campanha alterou seu slogan para *Paz tem voz* inaugurando uma segunda fase, que se diz diversa da primeira, a qual já teria traçado um panorama sobre a questão da segurança no Paraná, enquanto esta segunda fase seria focada na discussão de uma cultura da paz:

A partir deste domingo, a campanha contra a violência do Grupo Paranaense de Comunicação (GRPCom) entra em outra fase e ganha um novo slogan: Paz Tem Voz. “A sociedade já correspondeu e mostrou que pode ter um papel mais ativo na campanha e é isso que queremos”, explica a diretora de marketing do GRPCom, Milena Seabra. Segundo ela, as ações agora terão uma proposta mais positiva, com foco na cultura da paz.

Dentro desse perfil, serão realizadas ações de mobilização e peças publicitárias, provocando ainda mais a população a

³⁹ Segundo Baratta, a violência estrutural seria a “repressão das necessidades reais e portanto dos direitos humanos, em seu conteúdo histórico-social.”, compreendendo-se essa violência como um fenômeno geral, a partir do qual se fundamentam e se apoiam as demais formas de violência, em especial a violência institucional, compreendida como a aquela que é exercida por um “agente do estado, um governo, o exército ou a polícia.” (BARATTA, Alessandro. Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. In: ELBERT, Carlos Alberto (Dir). BELLOQUI, Laura (Coord). **Alessandro Baratta: Criminología y sistema penal: compilación in memoriam**. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 338 – 339.) Ainda, Segundo Juarez Cirino dos Santos, “A violência estrutural compreende toda a violência ligada às relações de produção dominantes e, como essa violência atinge, em extensão e intensidades variáveis, o conjunto do bloco dominado [...]” (SANTOS, Juarez Cirino dos. **As raízes do crime**: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 86.)

interagir, como ocorreu no Fórum da Paz, em setembro – uma discussão ampla sobre segurança pública com vários setores da sociedade, que colocaram problemas e propostas. (RIBEIRO, 2012).

Em que pese a campanha propusesse uma mudança de perfil, alterando o seu slogan, os temas tratados nas reportagens continuaram a se repetir, ou seja, crime, violência, medo, tráfico, homicídios, polícia etc.

4.1 O Plano De Segurança Pública Do Paraná Segundo A Campanha *Paz Sem Voz É Medo*

Wacquant (2007, p. 10) afirma que o discurso sobre segurança é espetacular, ele se declara devoto das forças de ordem, denuncia a “complacência dos juízes”, se diz defensor das vítimas, promete baixar em índices percentuais de delinquência, além de prometer a implantação do direito nas “zonas do não-direito” e aumentar as vagas e(ou) construir mais prisões.

Analisando o programa de Segurança Pública do Paraná, retratado segundo a campanha *Paz sem voz é medo*, encontramos essa realidade, claro, com suas particularidades, mas a mentalidade dos encarregados da segurança pública ainda está calcada no senso comum, na ideologia da defesa social⁴⁰ e na seletividade penal. O programa de Segurança Pública do Paraná, intitulado Paraná Seguro, deixa explícita essa situação ao declarar que sua missão é “Entrar em bolsões de pobreza para prender criminosos e, em seguida, reurbanizar essas áreas para atender a população com ações sociais. Esta é a linha mestra do plano de segurança integrado de Curitiba [...]” (RIBEIRO, 2011).

⁴⁰ A da ideologia da defesa social, baseada em alguns princípios fundadores que com o tempo foram se tornando comuns à ideologia popular, também denominada *every day theories*⁴⁰. Baratta sintetiza esses princípios: a) Legitimidade: o Estado é visto como legítimo para reprimir a criminalidade por meio de seus órgãos de controle social. Reprova-se a ação individual do delinquente e reafirmam-se os valores e a moral social; b) Bem e Mal: o crime e o delinquente são o mal e a sociedade, o bem; c) Culpabilidade: o delito seria “expressão de uma atitude interior reprovável”, contrária aos valores e normas sociais; d) Finalidade ou Prevenção: além de retribuir a pena deve também buscar prevenir a ocorrência do crime, colocando uma “contramotivação” para o sujeito; e) Igualdade: a lei aplica-se de forma igualitária para todas as pessoas; f) Princípio do interesse social e do delito natural: “Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos.” Apenas uns poucos delitos decorrem de “arranjos político e econômicos”. (BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 42)

O governo do Paraná, cerca de três semanas após o lançamento da campanha *Paz sem voz é medo*, anuncia um novo programa de segurança pública, para o qual a campanha deu ampla cobertura. O jornal Gazeta do Povo, na primeira reportagem sobre o assunto, afirma que como uma tentativa de reforçar o programa de segurança pública no estado, serão aplicados 500 milhões de reais para a contratação de policiais, delegados, escrivães, compra de viaturas, construção de delegacias, implantação do B.O. eletrônico e de bases móveis da polícia, a contratação de 150 defensores públicos para rever os processos de presos condenados e provisórios em delegacias e presídios, a compra de um helicóptero para resgate, bem como será promovida a integração da polícia científica com a polícia civil e a transferência da gestão dos presos provisórios para a secretaria de justiça. No entanto, ressalta que esse valor não passa ainda de 1% do PIB do Paraná, mas que a promessa é de aumentar para 1,5% até 2014 (RIBEIRO. BOREKI., 2011).

Segundo o secretário de Segurança Pública, o Paraná Seguro terá três eixos: “renascimento das instituições policiais; mapeamento da criminalidade com cobrança de metas para diminuição da violência; e a integração entre as polícias, Judiciário, Ministério Público e população” junto com a criação dos Consegs – Conselhos Comunitários de Segurança (RIBEIRO, 2011).

No dia seguinte, nova reportagem sobre o tema afirma que o objetivo do programa Paraná Seguro será a contratação de 8 mil policiais militares até 2012, 2,2 mil policiais civis, aquisição de viaturas, módulos móveis e a construção de 95 delegacias (RIBEIRO, 2011).

Resta claro que o programa de segurança pública paranaense teve como foco o fortalecimento do aparato policial, sem pensar em outras medidas de promoção da segurança. Igualmente a campanha promoveu ampla cobertura quanto à implantação das unidades de polícia pacificadora, primeiramente no Rio de Janeiro, e posteriormente em Curitiba.

4.1.1 Policiamento Comunitário

A ideia do policiamento comunitário retornou ao discurso da segurança pública quando se viu no Rio de Janeiro a implantação das UPP – Unidades de Policia Pacificadora, supostamente inspiradas no modelo de policiamento praticado em Bogotá, na Colômbia. As UPPs buscam, após uma intervenção maciça da polícia especializada do BOPE, em conjunto com o Exército, espantar ou matar os “bandidos traficantes de drogas”, para estabelecer unidades de polícia nas favelas, implantando policiais com o objetivo de se aproximarem dos moradores, buscando uma relação de proximidade com a comunidade.

Uma reportagem veiculada na segunda semana da campanha *Paz sem voz é medo* fala sobre a implantação das UPPs. A notícia começa dizendo que a paz foi levada para o morro munida de fuzil – o que é um contrassenso – mas que agora policiais treinados para utilizar mais as palavras do que as armas vão trabalhar nas UPPs, propondo a adoção desse exemplo em outras cidades, mesmo que não tenham morros. Afirma a repórter, que foi pessoalmente para o Rio de Janeiro acompanhar essa realidade, que o modelo da UPP é baseado na experiência colombiana de combate à criminalidade que deu certo no início, mas que agora já está desgastada. Quanto aos lugares em que serão instaladas as UPPs, a reportagem menciona que os critérios para essa definição não são públicos, mas que pelo que se viu até o momento está sendo priorizado “o cinturão próximo aos principais pontos turísticos e aeroportos da cidade, com vistas a garantir segurança para a realização da Copa do Mundo em 2014 e das Olimpíadas em 2016.” (BREMBATTI, 2011a, p 4 – 5).

Ainda, segundo a reportagem, as UPPs têm as seguintes características:

- presença maciça de policiais
- base operacional na comunidade
- policiais novatos e comandantes jovens
- formação humanista
- prioridade para a mediação de conflitos
- integração com a comunidade
- tratamento cordial
- patrulhamento constante a pé (BREMBATTI, 2011a, p 4 – 5).

As críticas do jornal a esse modelo de policiamento são de que ele permite a fuga do criminoso, porém essa seria realmente a intenção do trabalho policial, pois se acredita que, desalojando-o do seu local original, seria uma forma de favorecer o combate policial, por deixar o grupo desestabilizado. Outra crítica é

que existem mais de 1000 comunidades em situação de violência, porém há a previsão de implantação de apenas 160 UPPs. Além de que a implantação da UPP deve vir acompanhada dos serviços estatais, tais como de água, luz e urbanização, pois a população tem medo que, superado esse momento, a realidade da comunidade volte a ser precária da atenção estatal (BREMBATTI, 2011a, p, 4 – 5).

Além desse deslocamento da criminalidade, o policiamento de proximidade não dá certo enquanto o policial acreditar que todo favelado é bandido e a população que todo policial é corrupto e truculento, segundo o comandante de uma das UPPs entrevistado pela reportagem. O cientista político André Rodrigues, também ouvido pela reportagem, diz que esse modelo de UPP não é policiamento comunitário porque não tem a participação da sociedade “[...] o modelo é imposto e não discutido”. Ele ressalta que não acredita na reprodução do modelo da UPP para outros estados. Outro especialista, João Trajano, pesquisador do Laboratório de Análise de Violência da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, diz que não se identificou o fator redutor da criminalidade e não se pode associá-lo às UPPs porque esse índice já estava em baixa antes delas (BREMBATTI, 2011a, p. 4 – 5).

A reportagem, como relatado acima, procura retratar os prós e contras na instalação das UPPs, trazendo a opinião de diversos especialistas, apresentando ainda algumas características desse modelo de polícia pacificadora. Zaccone e Aguiar Serra (2012, p. 41 – 42) listam quais seriam as características de uma polícia pacificadora:

1. Fonte de autoridade: além da lei e profissionalismo, acrescenta o aspecto político, particularmente referente ao apoio comunitário.
2. Função: prioriza a prevenção do crime através da metodologia da resolução de problemas; não abandona o controle do crime.
3. Planejamento organizacional: utiliza estratégias descentralizadas, forças-tarefa ou modelo matricial e outras técnicas advindas das concepções modernas de administração.
4. Relacionamento com o ambiente: consultas à população; atenção às preocupações da comunidade, sem desprezar os valores da lei e do profissionalismo.
5. Demandas: são oriundas das análises dos problemas que afetam as comunidades.

6. Táticas e tecnologia: policiamento ostensivo a pé, solução de problemas e outras que possam servir de solução para a prevenção do crime.

7. Resultados: qualidade de vida e satisfação dos cidadãos.

Ou seja, mais do que uma proposta eficaz, a UPP é uma grife (BREMBATTI, 2011a, p. 4 – 5), pois está relacionada à busca de uma imagem do bem-estar e da segurança cidadã, a qual foi comprada por vários estados brasileiros, ainda que tenham uma realidade bastante diversa e que esse modelo tenha falhado na Colômbia, como exposto na própria reportagem, bem como passa muito longe de atender às características acima listadas do que seria uma polícia comunitária.

O que se verifica é que essa grife tem como objetivo simplesmente atender às demandas de “segurança” para a realização dos eventos mundiais, tal como declarou o coronel da Polícia Militar que encabeçou o projeto das UPPs, em entrevista ao *Le monde diplomatique Brasil* (VIGNA, 2013):

O coronel Robson Rodrigues, da Polícia Militar do Rio, uma das cabeças pensantes do projeto de pacificação, reconhece de bom grado: “Realmente são as Olimpíadas que ditam nossa escolha. Eu diria até que, sem esse evento, a pacificação nunca teria acontecido”.

A localização dessa polícia de pacificação nas áreas estratégicas, que ajudou a formar um cinturão de proteção para o acontecimento dos Jogos Olímpicos e da Copa do Mundo, aprofunda as diferenças sociais e a segregação socioespacial (BATISTA, 2012, p. 58) na cidade, além de promover mais violência. Em outras palavras, um dos objetivos seria de retomar o território de forma violenta, e não pacificar.

Vera Malaguti Batista (2012, p. 97 – 98) argumenta que a cidade do Rio de Janeiro foi transformada em commodities que estão à venda, tal como uma “cidade-empresa” a ser comercializada na “bolsa de imagens urbanas”, tanto é assim que houve uma crescente valorização imobiliária na região, além de encarecimento dos serviços públicos, o que tem causado um processo de migração dos moradores da região para outras áreas com menor custo de vida.

O que se verifica é que, mesmo que a ideia de polícia comunitária seja de uma polícia desmilitarizada, as raízes históricas e a formação policial ainda não

estão ajustadas a esse padrão preventivo e sim, ao da guerra ao crime, praticando atrocidades em seu nome⁴¹.

4.1.2 UPS – Unidade Paraná Seguro

O Estado do Paraná foi um dos que comprou a marca da UPP, e apesar de, no início da campanha *Paz sem voz é medo*, o governador ter negado a implantação da UPP, talvez por isso as reportagens apresentassem alguma crítica a essa política, como colocado na reportagem acima mencionada, em março de 2012, com toda a repercussão midiática que se deu sobre o Rio de Janeiro, o governo do Paraná resolve adotar medidas similares e implanta a UPS – Unidade Paraná Seguro, uma vez que Curitiba também seria uma das cidades sede da Copa do Mundo de 2014.

Mesmo antes de o Governador anunciar a instalação das UPS, o Secretário de Segurança Pública do governo já se mostrava entusiasmado com a ideia, chegando a declarar em entrevista que o Paraná precisava de algo semelhante, que o Paraná podia ter a sua própria UPPar (BREMBATTI, 2011b, p. 6), ao passo que a campanha *Paz sem voz é medo* passou a reduzir as críticas às UPPs.

Na primeira reportagem sobre o tema, foi dito que o projeto colombiano estava desgastado, no entanto em setembro é realizada uma entrevista com o sociólogo e ex-secretário de segurança pública da cidade de Bogotá entre 1995 e 2003, Hugo Acero Velásquez, que relata a experiência estatística de redução das taxas de homicídios, a notícia, porém, não menciona qualquer desgaste nesta política. Segundo o entrevistado, a cidade de Bogotá tinha elevadas taxas de criminalidade e a segurança pública passou a ser vista não mais como uma

⁴¹ Conforme se verificou no Anuário de Segurança Pública publicado em 2014, apresentando dados de 2013, 81,8% das mortes no Brasil são praticadas por policiais em serviço. Em números absolutos, o anuário indica que a polícia brasileira matou mais do que a polícia norte-americana nos últimos 30 anos. Em 2013, 6 pessoas foram mortas por dia pela polícia. (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2014**. Ano 8, 2014. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//8anuariofbps.pdf>. Acesso em 15/11/2014).

questão policial, mas como uma questão de bem-estar, investindo na construção de escolas, postos de saúde, áreas de lazer, na coleta de lixo e na iluminação pública, restringiu o consumo de bebida alcoólica e o porte de armas, passou a atuar na resolução de conflitos familiares e a dar apoio a jovens envolvidos com drogas e gangues, bem como para indigentes e “desprezados” que vinham do interior. Em outra ponta foi investido no fortalecimento policial com novos equipamentos, treinamento e inteligência sem aumentar o efetivo (DEUS, 2011, p. 10).

Bogotá tinha 16 áreas violentas. Nelas foram feitos estudos preliminares para verificar quem era o líder e quais as necessidades daquela comunidade, traçando um diagnóstico do local e, a partir de tal diagnóstico, foi elaborado um plano de ação. Em meses a área tinha segurança e os serviços de que necessitava. Além disso, um módulo policial era colocado no local para atender rapidamente às demandas da comunidade como mediador de conflitos. A taxa de assassinatos baixou em 71%, de 80 mortes por 100 mil habitantes houve uma redução para 20 a 25 mortes por 100 mil habitantes desde 2003 (DEUS, 2011, p. 10).

É por esses números que o Estado, tanto do Rio de Janeiro como do Paraná, têm investido nesse modelo, com uma diferença, o Rio de Janeiro conseguiu a pacificação por meio do exército e das forças especiais do BOPE, retomando o território dos “chefes do morro” para depois implantar uma unidade permanente de “polícia comunitária”, prometendo um porvir com serviços básicos à população que até agora resulta apenas na construção de um elevador e um bondinho no morro do Cantagalo (NOBRE, 2012, p. 11-12), por exemplo.

No Paraná, o primeiro bairro a receber a UPPar foi o Uberaba, apesar de a campanha *Paz sem voz é medo* ter adotado o CIC – Cidade Industrial de Curitiba, o que dava aparência de que seria esse o primeiro bairro a receber o “policimento comunitário”. Segundo o secretário de Segurança Pública do Paraná as razões para decidir o local de implantação das Unidades são técnicas (LEITOLES. TAVARES., 2012), não sendo possível estabelecer uma relação com os índices de violência.

Na primeira reportagem sobre a UPS, no Uberaba, ressalta-se que ela é inspirada na UPP, do Rio de Janeiro, mas que em Curitiba a ocupação foi realizada sem o apoio do exército, somente atuaram na implantação as polícias militar e civil. Outras unidades serão implantadas nas áreas de risco que estão sendo mapeadas (LEITOLES. TAVARES., 2012), e como se a reportagem quisesse comprovar a eficiência da UPS noticia que:

Três pessoas foram presas e 34 mandados de busca e apreensão foram ser cumpridos na região do Uberaba. Os malotes com os itens apreendidos foram encaminhados para o 7º. Distrito Policial. Não foi divulgado o que foi apreendido e nem o motivo da[s] prisões. (LEITOLES. TAVARES., 2012).

Quanto aos serviços que serão ofertados à população local, o secretário municipal de Planejamento e Gestão, Carlos Homero Giacomini, destacou: “Temos 20 equipamentos públicos naquela área, entre escolas, faróis do saber, unidades de saúde e outros serviços. A prefeitura não está ausente” [...] “Podemos agora ampliar a atividade nesses locais.”, bem como o secretário acredita que após a pacificação o setor privado irá investir na região (TAVARES, 2012a).

Ou seja, fica claro que a intenção da implantação das UPSs é atender aos interesses do setor privado, que precisa se expandir, e recebe o apoio estatal para tanto. Além disso, nenhum serviço será fornecido à comunidade além daqueles que supostamente já são ofertados, porque a região tem tudo o que é necessário, segundo o secretário. Assim, é possível concluir que a UPS é apenas uma forma de intervenção policial, que tem como fim mapear os pontos de tráfico de drogas e colher informações para possibilitar futuras prisões, conforme trecho da reportagem: “Depois que os pontos de tráfico forem identificados, em um segundo momento, serão realizadas ações saneadoras, com a prisão dos envolvidos.” (LEITOLES. TAVARES., 2012).

Quanto à avaliação dos moradores, as notícias sobre as UPSs dizem que a maioria aprovou, que não se sentem constrangidos com a presença policial, apesar de estarem sendo revistados quando entram e saem do bairro. No entanto, no primeiro dia de UPS, no Uberaba, o pedreiro Ismael afirma ter sido agredido por policiais, conforme a reportagem exibida pela campanha em 06 de março de 2012, a qual relatou as torturas praticadas pela polícia, sofridas por um

jovem pobre e negro (TAVARES, 2012b). Para não desgastar a imagem da polícia envolvida na “pacificação”, a polícia e a reportagem afirmou que os policiais que estavam envolvidos não faziam parte da operação *Paraná mais seguro* e que foram punidos.

Assim, analisando os dois casos aqui comentados, da UPP no Rio de Janeiro, e da UPS no Paraná, é possível perceber que ambos têm um apelo para que o capital privado volte a investir nessas regiões. Nesse sentido, a observação de Garland nos auxilia na reflexão sobre esses acontecimentos: “O investimento na criminalidade e os dispositivos de segurança são, portanto, impostos cada vez mais por forças econômicas do que pela política pública” (GARLAND, 2002, p. 83), ou seja, a motivação dessa política de “pacificação” é o interesse econômico nos territórios escolhidos, os quais precisam inicialmente ser retomados pelo Estado.

5 A SUPERAÇÃO DA CULTURA PUNITIVA PELO USO HEGEMÔNICO-CRÍTICO DA MÍDIA

Carlos Nelson Coutinho (1999, p. 70), em seus estudos sobre Gramsci, trata da formação do conceito de hegemonia naquele autor e postula a necessidade de uma dominação hegemônica como precedente à conquista do poder, a qual se faria sob o domínio da direção político-cultural das forças sociais, juntamente com o controle das forças produtiva e econômica (COUTINHO, 1999, p. 64 – 65).

Nesse sentido, para que ocorra uma mudança na direção política da sociedade, é necessário buscar anteriormente a dominação cultural do proletariado e das classes subalternas, defendendo os interesses de todas as classes, formando assim, uma aliança contra o capitalismo (COUTINHO, 1999, p. 68) por meio de certas afinidades culturais (COUTINHO, 1999, p. 73).

Para Gramsci, o proletariado se tornaria a classe dirigente quando fosse capaz de “dar resposta às questões ideológicas vividas por seus aliados potenciais”, devendo se preocupar, portanto, com as origens dessas escolhas ideológico-culturais para orientá-las com o objetivo de “transformação social e

cultural”, segundo os interesses da “classe candidata à hegemonia” (COUTINHO, 1999, p. 74). Nessa “batalha das idéias – [n]o diálogo e [n]o confronto cultural”, os intelectuais teriam um importante papel de mudança e provocação da luta contra a hegemonia burguesa (COUTINHO, 1999, p. 74).

Os veículos midiáticos podem ser utilizados como um aparelho hegemônico do estado, ou seja, utilizados para produzir consensos culturais, especialmente, neste caso, o consenso sobre a utilização da violência institucional no controle do desvio.

O discurso do senso comum midiático aspira à hegemonia em face do discurso acadêmico-científico e autoriza o agir das agências executivas do sistema penal, no sentido de festejar o “dogma penal como instrumento básico de compreensão dos conflitos sociais.” (BATISTA, 2002, p. 286).

Assim, seria preciso, como já salientara Baratta (2002, p. 204 – 205), superar esse discurso hegemônico produzindo um contra discurso capaz de modificar a opinião pública, formada pelos *mass media*, e com um importante papel de mudança paradigmática das relações de hegemonia cultural, através do trabalho dos críticos capazes de construir uma nova ideologia.

Nesse mesmo sentido, os teóricos da *Newsmaking Criminology* pretendem incentivar os criminólogos e intelectuais a utilizar a mídia como veículo esclarecedor e provocador de reflexão contra a hegemonia do sistema penal, compreendido como única solução para os conflitos “penais”.

Barak (1994), expandindo o conceito de hegemonia em Gramsci para o contexto da mídia, dos intelectuais e do crime, afirma que prevalece uma ordem de caráter político-econômica dependente do consentimento dos governados e da vontade coletiva de diferentes grupos sociais, ou seja, a hegemonia inclui não só a visão de classe dominante, mas também, a visão de mundo das massas. Utilizando a mídia, os criminólogos poderiam incentivar a superação dessa visão dominante, causando até mesmo distúrbio e deslegitimando essa ordem social. Em outras palavras: “O papel da comunicação de massa é central para contradizer as relações de dominação hegemônica.” (BARAK, 1994, p. 239 – 240).

Os postulados dessa nova teoria criminológica procuram incentivar, portanto, os criminólogos a compartilhar o seu conhecimento com a população, intervindo na produção midiática sobre a questão criminal e mudando a imagem popular sobre o crime e o criminoso (BARAK, 1994, p. 237), por meio de uma infiltração estratégica dos intelectuais, capaz de influenciar a agenda e os processos produtivos da notícia (CARDOSO, 2011, p. 157). Promovendo essa reflexão, seria possível reconstruir uma imagem do criminoso e da punição pelo sistema penal. Assim, a mídia se coloca como um importante instrumento de luta contra a hegemonia do capitalismo e da repressão penal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mídias de massa são veículos de informação dirigidos à comunicação de uma vasta e diversificada audiência em curto espaço de tempo e em grande velocidade. A mídia de massa surgiu quando a informação passou a ser vista como um produto comercializável e rentável, sendo ela capaz de produzir e reproduzir formas simbólicas, por meio de um discurso hegemônico.

Tomando esse quadro apresentado, é possível compreender que a campanha *Paz sem voz é medo*, do Jornal Gazeta do Povo, no Paraná, reproduz o discurso seletivo do sistema penal como um discurso hegemônico, utilizando-se dos temas segurança pública, insegurança e polícia como mercadoria para envolver uma massa de leitores que supostamente estariam reunidos em prol de um ideal comum.

Como se pode perceber pelo relato de alguns tópicos abordados pela companhia, o tema da segurança pública acaba sendo retratado pela mídia como uma situação que somente pode ser resolvida pela polícia, pois quando se fala em segurança, relacionam-se reportagens sobre a criminalidade de rua e instiga-se a necessidade de aumento do efetivo policial e da sua repressividade para resolver a questão.

A campanha culminou, inclusive, com a implantação das unidades de polícia pacificadora no estado, tomando como modelo a UPP, instalada no Rio de

Janeiro, a qual teve ampla cobertura pela mídia e pela própria campanha analisada.

No entanto, o objetivo real da implantação desse modelo de policiamento chamado de comunitário seria o de formar um cinturão de contenção dos problemas sociais para a realização dos jogos mundiais, além de possibilitar uma retomada do território pelo Estado, aumentar o controle social sobre os marginalizados e possibilitar o retorno do investimento privado sobre essas áreas.

Conforme se verifica em algumas falas dos policiais entrevistados pela campanha, não houve uma mudança de mentalidade do que seria o trabalho policial, reproduz-se a guerra ao crime sob a bandeira da paz armada, como bem intitula Vera Malaguti Batista.

Ou seja, devemos discutir a questão da segurança pública a partir de outros paradigmas, ampliando o conceito de segurança para envolver a preservação dos direitos atribuídos a cada cidadão de forma igualitária, pois enquanto o objetivo do trabalho policial não mudar, assim como o próprio conceito de segurança pública, encaminhado sob o paradigma policialesco, e as mídias de massa não tiverem um olhar mais crítico sobre a barbárie praticada dentro desses espaços de exceção, não será possível uma mudança real nesse quadro pessimista que é a realidade brasileira.

REFERÊNCIAS

BARATTA, A. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____. Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. In: ELBERT, C. A. (Dir). BELLOQUI, L. (Coord). **Alessandro Baratta**: Criminología y sistema penal: compilación in memoriam. Buenos Aires: B de F, 2004.

BARAK, G. Newsmaking Criminology: reflections on the media, intellectuals, and crime. In: BARAK, G. (editor). **Media, process, and the social construction of crime**: studies in newsmaking criminology. New York, London: Garland Publishing, 1994.

BATISTA, V. M.. O Alemão é muito mais complexo. In: BATISTA, V. M. (Org). **Paz Armada**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012.

BATISTA, N. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. In: **Discursos Sediciosos** – crime, direito e sociedade, ano 7, nº 12, Rio de Janeiro, Revan/Instituto Carioca de Criminologia, p. 271 – 288, 2º semestre de 2002.

BECKER, H. S. **Outsiders: Studies in the sociology of deviance**. New York: Free Press, 1963.

BOURDIEU, P. **A televisão**. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BREMBATTI, K. Policia troca arma pela conversa. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 31 de Julho de 2011a. Caderno Vida e Cidadania, p. 4-5.

_____. Estado pode criar suas próprias “UPPar”. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 1º de agosto de 2011b. Caderno Vida e Cidadania, p. 6.

CARDOSO, H. S. **Discurso criminológico da mídia na sociedade capitalista - necessidade de desconstrução e reconstrução da imagem do criminoso e da criminalidade no espaço público**. 2011. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas, UFPR – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

CASTRO, L. A. de. **Criminologia da Libertação**. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CHOMSKY, N. HERMAN, E. S. **A manipulação do público: política e poder econômico no uso da mídia**. Trad. Bazán Tecnologia e Linguística. São Paulo: Futura, 2003.

CHOMSKY, N. **Controle da mídia: os espetaculares efeitos da propaganda**. Trad. Antônio Augusto Fontes. Rio de Janeiro: Graphia, 2003.

COUTINHO, C. N. **Gramsci: um estudo sobre seu pensamento político**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

DEUS, S. L. Justiça social contra o crime. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 18 de setembro de 2011. Caderno Vida e Cidadania, p. 10.

ESTEVES, J. P. **A ética da comunicação e os media modernos: Legitimidade e poder nas sociedades complexas**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2014**. Ano 8, 2014. Disponível em:

<<http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//8anuariofbbsp.pdf>>. Acesso em 15/11/2014.

GARLAND, D. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. BOURDIEU, P. (Org.) *De L’Etat social al Etat penal. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro. Revan, ano 7, nº 11, 2002.

Gazeta do Povo, Curitiba, 21 de Julho de 2011. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/pazsemvozemedo/campanha/conteudo.phtml?tl=1&id=1149583&tit=O-que-e-a-campanha>>. Acesso em: 30 de dezembro de 2012.

LEITÓLES, F.; TAVARES, O. Unidade Paraná Seguro é instalada na região do Uberaba. **Gazeta do Povo**, Curitiba 1º de março de 2012. Disponível em: <www.gazetadopovo.com.br/pazsemvozemedo/conteudo.phtml?tl=1&id=1229015&tit=Unidade-Para>... Acesso em: 17/12/2012.

McQUAIL, D. **Teoria da comunicação de massas**. Trad. Carlos de Jesus. Ver. Cristina Ponte. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

MEZZAROBA, O. MONTEIRO, C. S. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, P. R. B. ALMENDRA, D. O medo, a mídia e a violência urbana – A pedagogia política da segurança pública no Paraná. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, vol. 6, nº 2, p. 266 – 281, Ago/Set 2012.

MORETZSOHN, S. A lógica do jornalismo impresso na era do “tempo real”. **Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade**, ano 4, nº 7 – 8, p. 261 – 266, Rio de Janeiro, 1º e 2º semestres de 1999.

_____ O caso Tim Lopes: o mito da mídia cidadã. **Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade**, ano 7, nº 12, p. 291 – 316, Rio de Janeiro, 2º semestre de 2002.

NOBRE, A. L. Guerra e paz. In: BATISTA, V. M. (Org). **Paz Armada**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012.

RAMONET, I. **A tirania da comunicação**. 5ª ed. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2010.

RIBEIRO, D. BOREKI, V. Segurança no PR terá aporte de R\$ 500 mil reais. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 17 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/pazsemvozemedo/conteudo.phtml?id=1158857&tit=Seguranca-no-PR-tera-aporte-de-R-500-mi>>. Acesso em: 09/12/2012.

RIBEIRO, D. Capital elabora plano contra o crime unido à ação social. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 21 de setembro de 2011. Caderno Vida e Cidadania, p. 8.

RIBEIRO, D. O gatinho é puxado pelo tráfico. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 08 de janeiro de 2012. Disponível em:
<www.gazetadopovo.com.br/pazsemvozemedo/conteudo.phtml?tl=1&id=1210577&tit=O-gatilho-e-puxadopelotr%C3%A1fico>. Acesso em 17/12/2012.

SANTOS, J. C. dos. **As raízes do crime**: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **A Criminologia Radical**. 2ª ed. Curitiba: ICPC Lúmen Júris, 2006.

SILVA, J. de P. A Broadcast, o mercado financeiro e a cobertura de economia da grande imprensa. **Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade**, ano 11, nº 15/16, Rio de Janeiro, p. 333 – 344, 1º e 2º semestres de 2007.

TAVARES, O. Governo promete ações sociais no Uberaba a partir de 4ªfeira. **Gazeta do Povo**, Curitiba 03 de março de 2012a. Disponível em:
<www.gazetadopovo.com.br/pazsemvozemedo/conteudo.phtml?tl=1&id=1229570&tit=Governo-pro>... Acesso em: 17/12/2012.

_____. OAB denuncia PM por tortura. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 06 de março de 2012b. Disponível em:
<www.gazetadopovo.com.br/pazsemvozemedo/conteudo.phtml?tl=1&id=1230463&tit=OAB-denunci>... Acesso em: 17/12/2012.

VIGNA, A. UPP: o poder simplesmente mudou de mãos? **Le monde diplomatique Brasil**, 07 de janeiro de 2013. Disponível em:
<<http://diplomatie.org.br/artigo.php?id=1328>>. Acesso em: 11/01/2013.

W.I. Thomas and D.S. Thomas. The child in America: Behavior problems and programs. New York: Knopf, 1928: 571-572. *Apud* FELSON, M. **Crime and nature**. EUA: Sage Publications, 2006. p. 321. e-book. Disponível em:
<http://books.google.com.br/books?id=z2MuWAB3CSIC&pg=PT3&dq=The+child+in+America:+Behavior+problems+and+programs.+W.I.+Thomas+and+D.S.+Thomas.+New+York:+Knopf,+1928:+571-572&hl=pt-BR&source=gbs_selected_pages&cad=3>. Acesso em: 05/02/2013.

WACQUANT, L. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. 3ª ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZACCONE, O. SERRA, Carlos Henrique Aguiar. Guerra é paz: os paradoxos da política de segurança de confronto humanitário. In: BATISTA, V. M. (Org). **Paz Armada**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM
DIREITO E SOCIEDADE DO
UNILASALLE**

**GT - MODELOS DE DESENVOLVIMENTO
SUSTENTÁVEL, JUSTIÇA E CULTURA A
PARTIR DA AMÉRICA LATINA**

CANOAS, 2015

ECOFEMINISMO: BREVES ESCLARECIMENTOS ACERCA DAS CONEXÕES EXISTENTES ENTRE GÊNERO, MEIO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE.

Viviane Grassi

Felipe Boeck Fert

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar apreensão dos sentidos atribuídos à mulher, sinônimo de criação de vida, historicamente oprimida pelo poder patriarcal capitalista, e, à natureza no Ecofeminismo, movimento surgido na França na década de 70. Com a união entre os temas ecologia e feminismo, que busca explicar supostas ligações existentes entre a contínua destruição da natureza e a opressão das mulheres o qual se pretende modificar o paradigma produtivo, para um meio sustentável e equilibrado, a partir da possibilidade da admissão das mulheres na participação na luta ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: meio ambiente; gênero; ecofeminismo; desenvolvimento.

1 INTRODUÇÃO

A pretensão do ecofeminismo é o convívio sem dominante e dominado, onde há complemento e jamais exploração. Assim, no lugar de relações dominadoras, pela perspectiva do ecofeminismo, há relações de cooperação, transformando assim a noção de poder, já que a lógica modifica o pensamento da igualdade política econômica e social.

As mulheres, no transcorrer da história da humanidade, têm desenvolvido uma relação distinta com a natureza em relação aos homens. Existe uma adjacência entre aquilo que se avalia como feminino e o que se considera natural. Neste contexto, analisaremos participação das mulheres em proteger o meio ambiente e qual a relação existente entre a exploração e dominação da natureza e a dominação e subordinação das mulheres nas relações de gênero. Nesta apreciação, o movimento ecofeminista apresenta elementos importantes para a compreensão desta relação, contribuindo para a superação da visão estreita acerca do tema a fim de contribuir academicamente com o assunto.

Neste sentido, o trabalho tem como objetivo geral analisar os conceitos acerca do Ecofeminismo e qual seu aporte para o desenvolvimento sustentável. Para tanto, utilizou-se do método hipotético-dedutivo, com a análise de fontes bibliográficas.

2 TEORIA DE GÊNEROS

Inicialmente, antes de apresentar o tema propriamente dito, se faz necessária uma abordagem acerca da teoria feminista como forma de situar e conceituar o eixo principal do presente trabalho. O discurso feminista parte de pressupostos intelectuais, filosóficos e político como objetivo a luta pelos direitos de igualdade e a proteção legal das mulheres. Envolvem diversos movimentos preocupados com as questões relacionadas às diferenças entre os gêneros, onde advogam pela igualdade para homens e mulheres.

A partir do movimento sufragista do século XIX é que surgem as primeiras manifestações pelos direitos entre os gêneros, conforme o modelo de mundo idealizado por Locke e Rosseau – onde os homens deveriam ser livres e iguais, sendo que cada qual teria o poder de determinar seu próprio destino. Para a época dos gritos de liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade) da Revolução Francesa, aonde todos seriam portadores de direitos, não incluía a causa das mulheres.

A participação política, voto e atuação nas decisões da vida pública eram para homens. O lugar da mulher era no lar onde se subordinava ao melhor julgamento do homem. Próprio Rosseau, como democrata que era, agregava a natureza da mulher à sua sujeição à autoridade masculina, já que eram naturalmente fracas e, portanto, apropriadas para a reprodução, mas não para a vida pública. Da citação de Andrea Nye¹ de Rousseau extrai-se:

Em *Émile*, no qual Rousseau expunha a educação espontânea natural ideal para um homem distante das corrupções da sociedade, a educação de sua contrapartida feminina, a infeliz Sofia, é muito diferente. As mulheres devem ser

¹ NYE, Andrea. Teoria feminista e as filosofias do homem. Tradução de Nathanael C. Caixeiro - Rio de Janeiro : Record : Rosa dos Tempos, 1995.

educadas para agradar os homens e ser mães. Devem ser educadas na reclusão sexual e castidade que legitimam a paternidade. Devem aprender a estimular o desejo masculino e ao mesmo tempo impedir a lascívia dos homens. A sedução é própria de sua natureza; elas são desejosas de agradar, modestas, tolerantes da injustiça, ardilosas, vãs, e artísticas em grau menor. Na família, os homens devem governar essas frívolas criaturas. (ROUSSEAU, J.-J.. Emile, Dent, Londres, 1911).

O questionamento que reside sobre a temática é que será que ainda nos dias de hoje não ocorre isso? O livro de culinária “Dona Benta: comer bem”² teve 1 milhão de exemplares vendidos desde seu lançamento em 1940. A obra contém métodos de como a mulher deve servir o homem, como ela deve se comportar perante as visitas do marido.

As reformas democráticas da revolução francesa eram tidas como meio de beneficiar as mulheres mesmo que indiretamente. As mulheres eram naturalmente dependentes dos homens e se estes estivessem numa posição melhor, logo elas estariam também. Mulheres são tidas como inadequadas para a responsabilidade civil, logo não podem integrar o contrato social de Rousseau, que pregava a autoridade legítima. Portanto a principal questão que gera a primeira onda feminista no século XIX era do sufrágio.

Outras questões que começaram a se discutir na época eram em relação ao direito de propriedade, reforma do casamento e liberdade sexual, no entanto o voto era o meio pela qual se poderiam atingir essas outras questões. Portanto, voto era sinônimo de condição de corrigir injustiças contra mulheres.

No Brasil as mulheres tiveram garantidos seus direitos ao voto facultativo somente em 1932, somente em 1946 é que a obrigatoriedade do voto se estendeu às mulheres. Isso não faz parte, portanto, de uma realidade distante. O Brasil comemora apenas 81 anos da conquista do voto feminino. Assim, no século XIX, esses ideais jamais puderam ser utilizados à realidade das mulheres, que naquela época sequer eram conhecidas como ser humano.

Surgem Mary Wollstonecraft e Harriet Taylor³ que idealizam esse mundo para as mulheres. Nessa época, socialistas atacavam o capitalismo acusando que em nada se fez para que se mudasse a situação de degradação social das

² Dona Benta. Comer bem. 64^a ed. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1988.

³ NYE. Op. cit. p. 15.

mulheres, de forma também que as feministas da época acharam a teoria marxista inadequada, ao prometer mudanças vultosas a posição das mulheres.

Dentro dessa utopia marxista, surgem feministas como Simone de Beauvoir⁴ que estudam as relações existenciais entre o “eu” e o “outro”⁵, seguindo a linha de Hegel e Jean-Paul Sartre, com que teve um relacionamento aberto⁶.

Aparecem ainda psicanalistas que vão além das questões existenciais, como Lacan, que funda seu estudo da psique feminina gerada nas estruturas da família – complexo de Édipo. Antes de Lacan, Freud que determina que a mulher é inferior pela própria natureza. Já nasceu mutilada e por isso tem inveja do pênis⁷.

Entretanto, a teoria feminista se define por sua história, por suas lutas. Existem inúmeras correntes e seguimentos que tentam definir uma teoria feminista, no entanto adoto sua definição através da realidade vivida por cada mulher a sua época.

3 BREVE ABORDAGEM DO ECOFEMINISMO

Superada essa fase inicial, começo agora a tecer acerca do ecofeminismo ou ainda conhecido como feminismo da diferença. Ecofeminismo é um termo utilizado pela feminista francesa Françoise d’Eaubonne em 1974⁸, o que simboliza a síntese de ambientalismo (ecologia) e feminismo, o que foi aplicado mais tarde

⁴ SANTOS, Magda Guadalupe dos. Simone de Beauvoir. “Não se nasce mulher, torna-se mulher”. Sapere Aude - Convite ao Pensar. Belo Horizonte v.1 - n.2 2º sem. 2010 p. 108-122.

⁵ PEREIRA, Deise Quintiliano. Sartre fenomenólogo. Disponível em: <<http://www.revispsi.uerj.br/v8n2/artigos/html/v8n2a12.html>>. Acesso em: 03 de Fevereiro de 2014.

⁶ ANTUNES, Amanda Maciel. Sartre e Simone: Uma história de fidelidade sem compartilhar o banheiro. Disponível em: <<http://lounge.obviousmag.org/dossier/2012/06/sartre-e-simone-uma-historia-de-fidelidade-sem-compartilhar-o-banheiro.html>>. Acesso em 01 de Fevereiro de 2014.

⁷ *Ibid.*, p. 145.

⁸ Obra publicada em 1974, *Le féminisme ou la mort* - “O feminismo ou a morte”, Françoise d’Eaubonne deu a essa ideia o nome de “ecofeminismo”.

no movimento Chipko da Índia⁹. Dentro dos estudos de mulheres, o ecofeminismo faz relação entre a exploração da mulher e da natureza. As principais autoras do tema possuem a preocupação principal, qual seja em relação a sua apresentação e na explicação dos diferentes ângulos do ecofeminismo, qual seja em relação às inovadoras propostas de resolução dos principais problemas atuais, através das diversas tensões segundo os movimentos feministas que lhe dão embasamento.

Outra linha de pensamento do ecofeminismo é das causas sociais, enraizadas em correntes políticas liberais ou ainda, socialistas marxistas a exemplo de autoras como Maria Mies e Vandana Shiva. Na vertente política, o movimento ecofeminista envolve questões que objetivam resultados globais¹⁰. Para Mies e Shiva¹¹:

Uma perspectiva ecofeminista apresenta a necessidade de uma nova cosmologia que reconhece que a vida na natureza (incluindo os seres humanos) mantém-se por meio da cooperação, cuidado e amor mútuos. Somente deste modo estaremos habilitados a respeitar e a preservar a diversidade de todas as formas de vida, bem como das suas expressões culturais, como fontes verdadeiras do nosso bem estar e felicidade. Para alcançar este fim, as ecofeministas utilizam metáforas como “re-tecer o mundo”, “curar as feridas”, religar e interligar a “teia”.

O ecofeminismo desenvolve-se no cruzamento entre o pensamento feminista, o pensamento ambientalista e o ativismo feminista e ambientalista.

Resulta, assim, dos esforços de pensadoras feministas e ativistas, envolvidas na explicação das ligações existentes entre a mulher e natureza, claramente diferentes das ambientalistas feministas, mais preocupadas com a afirmação da mulher dentro dos movimentos ambientalistas, ou das feministas, mais preocupadas em denunciar a opressão exercida sobre as mulheres dentro de um quadro de opressão humana.

Tem como característica marcante um caráter multicultural e plural nas suas afirmações. É a teoria que busca o fim de todas as formas de opressão raça, gênero, classe social, dominação da natureza, do outro – a mulher, a criança, o idoso e o índio. Identificam-se vários ecofeminismos que acordam quanto fim dos

⁹ MIES, Maria e SHIVA, Vandana. Ecofeminismo. Trad. Fernando Dias Antunes. Lisboa, Instituto Piaget, 1993. p. 57.

¹⁰ STURGEON, Noël. Ecofeminist Natures: Race, Gender, Feminist Theory, and Political Action, New York: Routledge. 1997. p. 24.

¹¹ *Ibid.*, p. 15.

"ismos" de dominação, sejam eles históricos, simbólicos, casuais, literários, políticos, religiosos, étnicos e buscam igualmente o resgate do ser. Um convívio sem dominante e dominado, onde há complementação e nunca exploração. "*Utopia ecofeminista primitiva*" que se desenvolve através de ações específicas: Luta pela superação da dominação patriarcal nas relações entre os gêneros; busca por tecnologias que não agridam o meio ambiente; Ideais de democracia direta, descentralização e o fim das hierarquias; Apoio economias de subsistência rural como modelo de desenvolvimento¹².

É preciso deixar nítido, que a oposição da igualdade não é a diferença e sim a desigualdade. Não é porque as mulheres não podem ser iguais aos homens em todos os aspectos, que não podem ser iguais a eles. O ecofeminismo inicialmente situa-se dentro do chamado feminismo "da diferença"¹³, valorizando características consideradas femininas na luta política ao invés de disputar posições de poder. Tal discussão é retomada com força nos anos 70, com o movimento "pela diferença" divergindo do feminismo "igualitarista"¹⁴, que lutava pela entrada no mundo público, expansão dos direitos civis, a autonomia econômica, social e política das mulheres.

O ecofeminismo contando com distintas significações, compõe uma ideia fundamental, que é a existência de uma interconexão entre a dominação da natureza pelos seres humanos e a sujeição feminina aos homens, expressando a predominância de formas patriarcais na estruturação ocidental, que remete o papel da mulher apenas à reprodução social. Essa corrente analisa os impactos que a destruição ambiental pode provocar entre as mulheres, tidas como seres destituídos de meios materiais e simbólicos para interagir com a sociedade. As limitações às liberdades das mulheres, a quase exclusão do âmbito político, a interrelação entre a divisão sexual do trabalho, a desigual distribuição do poder, e meios de produção também são questões relevantes.

¹² SILIPRANDI, Emma. Ecofeminismo: contribuições e limites para a abordagem de políticas ambientais. *Agroecologia e desenvolvimento rural sustentável*. Porto Alegre, v. 1, n. 1, jan/mar 2000. p. 61-71, p.63.

¹³ *Ibid.*, p.64.

¹⁴ *Ibid.*, p.64.

Conforme Emma Siliprandi, o pensamento ecofeminista possui basicamente três pressupostos¹⁵: 1) sob um o ângulo econômico, no qual se percebe que a mulher e a natureza são tidas como recursos ilimitados que proporcionam a acumulação do capital; 2) sob o enfoque político, que identificaria a mulher com a natureza e o homem com a cultura, perpetuando a hierarquização dos segundos (homem e cultura) para legitimar a opressão da mulher e da natureza; 3) sob as políticas científicas e tecnológicas do desenvolvimento econômico moderno, não há neutralidade ao gênero, além de formarem uma visão que exclui o feminino do campo do conhecimento “científico”.

A questão mais problemática seria mesmo as mulheres como representantes de um “princípio feminino”¹⁶ devido a maternidade, que as identificaria com a natureza, fertilidade, criação e, portanto teriam um papel privilegiado na luta ecológica. A igualdade propalada pelos ventos liberais reforçou um Estado de exceção muito diferente do Estado de Direito que os governos ilustrados ofereciam ao povo. Pelos princípios do ecofeminismo, as mulheres sempre tiveram um interesse maior em cuidar da natureza, tentando prevenir o desflorestamento, a acumulação de lixo tóxico, a poluição da água, entre outros. Desse modo, o movimento feminista defende a ideia de que o ambiente é feminino e, assim sendo, o combate ecológico está ligado a libertação da mulher.

4 MOVIMENTOS FEMINISTAS

A relação dos movimentos de mulheres com as lutas ambientais é muito estreita, em vista da interligação existente entre a dominação feminina e do meio ambiente. O ecofeminismo pode ter como definição uma escola de pensamento com orientações em movimentos ambientais e feministas a partir da década de 70, em diversos locais, onde se pretende fazer um link com esses temas, ou seja, a relação da dominação das mulheres e da natureza¹⁷.

¹⁵ SILIPRANDI, Op. cit., p.63.

¹⁶ *Ibid.*, p.64.

¹⁷ SILIPRANDI, Op. cit., p. 61.

No Brasil são poucas as organizações que fazem essa relação, entretanto dentro as que fazem, geralmente, envolvem matérias da área de preservação ambiental e da agroecologia, que se volta ao “produtivo”, ou para a “natureza” com enfoque nas questões sociais. A maior preocupação das mulheres em relação aos sistemas produtivos no meio rural¹⁸.

No que tange a divisão de tarefas no meio rural, se observa através do texto que homens e mulheres possuem atribuições distintas, diante da ‘rígida hierarquia patriarcal’ e etc. Tais situações se encontram lançadas, deliberadamente, para o campo da “ética cultural”¹⁹.

Os movimentos de mulheres possuem dificuldade para articular tais questões, de modo a apresentar em fóruns e etc., plataformas de ação e posições que reflitam na perspectiva feminina de desenvolvimento para a humanidade, ou seja, não de forma localizada, isolada. Das que se destacam nessas organizações estão as que envolvem o ecofeminismo como principais referências teóricas para pôr em prática seu trabalho²⁰.

Siliprandi traz como auge da visibilidade social e política ocorrida nos anos 90 quando da realização da Conferência Meio Ambiente e Direitos Humanos no Rio de Janeiro (ECO 92), onde redes coordenaram o Planeta Fêmea, no Fórum Global, o qual defendia “um olhar feminino sobre o mundo”²¹, além de críticas ao consumismo do norte que conseqüentemente agravava a pobreza do sul, discutiam ainda acerca da importância de ações locais para a reparação do ambiente, a questão de saúde e ambiente, como por fim o problema das mulheres que sofriam com as conseqüência desses processos.

O surgimento do pensamento do ecofeminismo se deu a partir dos movimentos feministas de 70 – segunda onda do feminismo. A autora²² cita que Barbara Holland-Cunz identifica que a ‘utopia ecofeminista primitiva’ apresentava: Ideias de descentralização, não hierarquização, democracia direta; Apoio a uma economia de subsistência rural como forma de desenvolvimento; Insistência na

¹⁸ *Ibid.*, p.62.

¹⁹ *Ibid.*, p.62.

²⁰ *Ibid.*, p.62.

²¹ *Ibid.*, p.62.

²² *Ibid.*, p.63.

busca de tecnologias 'suaves', que não agressivas ao meio ambiente; Superação da dominação patriarcal nas relações entre gêneros.

Tais movimentos também questionavam o dualismo entre cidade e campo; trabalho intelectual e manual; público e o privado, espaços 'produtivos' e 'reprodutivos'. Ideia utópica de que a riqueza material estava ligada com a 'miséria moral e emocional', sendo que a vida simples, ou seja, a pobreza não era identificada com miséria ou privação²³. Origem desses movimentos elementos comuns entre uma 'utopia feminista' e uma 'sociedade ecológica', assim como entre esses movimentos e os 'ecologistas socialistas'²⁴.

Pelos movimentos feministas a cisão partiu da comemoração do Ano Internacional da Mulher, em 1975, inauguração da década da mulher pela ONU, quando pela primeira vez houve discussão pública entre movimento 'igualitarista' e o 'feminismo da diferença'.

O movimento 'igualitarista'²⁵ – a universalidade da dignidade humana contra as desigualdades de poder estruturadas ao redor das diferenças sexuais; luta da mulher no mundo público e a autonomia econômica, social e política.

Movimento 'a diferença'²⁶, – criticam essa visão de que o mundo público reflete uma visão masculina de ser e que por outro lado as mulheres possuíam contribuições para uma nova forma de sociedade que integralizasse a riqueza do mundo feminino ao invés de desvalorizá-lo.

Das diversas críticas que essa visão recebe, a principal seria em relação a ideia de que essa identificação viria do fato de que as mulheres encarnam um chamado 'princípio feminino', com origem em tradições hindus, 1988 com a publicação da obra de Vandana Shiva. Assim o princípio feminino seria uma forma 'essencialista' de ver tais relações, pois traz uma visão de 'essência humana imutável e irreduzível'²⁷.

²³ SILIPRANDI, Op. cit., p.63.

²⁴ *Ibid.*, p.64.

²⁵ SORJ, Bila. O Feminino como Metáfora da Natureza. Estudos Feministas. n. 0/92. p. 144.

²⁶ *Ibid.*, p.64.

²⁷ *Ibid.*, p.64.

Dentro do ecofeminismo existem inúmeras correntes, cujas vão das mais anarquistas e radicais, até as mais liberais que privilegiam as ações institucionais, no parlamento etc. Existem correntes espirituais ao ponto de reconstruir uma identidade feminina perdida ao longo do tempo.

Silipandri²⁸ cita exemplos de programas que vêm sendo desenvolvidos por organizações que seguem os princípios do ecofeminismo, quais são: Em nível internacional: WEDO – Women’s Environment em Development Organization; No Brasil: REDEH - A Rede de Defesa da Espécie Humana; e, RME – Rede Mulher de Educação.

Em 1991, a “*World’s Conference for a Healthy Planet*” em Miami, Florida, organizada pela WEDO – “*Women’s Environmental and Development Organization*”, juntou mulheres de todo o mundo com o objetivo de discutir a globalização do ambientalismo, no contexto “*of women’s knowledge, women’s needs, and women’s activism*”²⁹.

Portanto a partir dos princípios do ecofeminismo existem diversas correntes, desde as mais socialistas, até as mais liberais. Há também vertentes espiritualistas e esotéricas, e programas socioambientais que compartilham os princípios ecofeministas. Os debates entre o movimento das mulheres e o ambientalista destacaram tanto a importância do meio ambiente para a saúde física e mental dos seres, quanto a importância do acordar da cidadania feminina e a conscientização de seus direitos

5 ECOFEMINISMO E SUA RELAÇÃO COM A SUSTENTABILIDADE

Siliprandi³⁰ traz discussões à luz do pensamento de Vandana Shiva, ou seja, um olhar feminista, ecológico e terceiro-mundista, de como que a violência face as mulheres e a natureza, na Índia, possuem origem em bases materiais. Shiva demonstra as formas de dominação em povos desses países de terceiro mundo, que pregavam o desenvolvimento através da exploração da natureza, que

²⁸ SILIPRANDI, Op. cit., p.66.

²⁹ STURGEON, Op. cit., p. 27.

³⁰ *Ibid.*, p.64.

deu consequências a própria destruição das condições de sobrevivências das mulheres.

O problema está no paradigma desenvolvimentista que vê o ambiente como um 'recurso' a parte, que está à disposição da humanidade. Esse pensamento foi responsável pela exclusão da mulher como protagonista na agricultura.

As questões relacionadas ao Meio Ambiente, Desenvolvimento Sustentável e Gênero constituem alguns dos debates centrais da sociedade no contexto mundial, nacional e regional. Também estão incluídas nas decisões da agenda internacional e do desenho de políticas em torno da problemática ambiental. A relação do Gênero¹ com o Meio Ambiente parte de diversas correntes teóricas, as quais têm sido adotadas pelos movimentos feministas (ambientalistas e ecologistas), como uma resposta contestária, produto de um engajamento radical (Giddens, 1991 apud Tavolaro, 2001) aos problemas ambientais que têm efeito na sociedade moderna, sendo as mulheres em sua maioria afetadas pela relação (cultural e espiritual) com a natureza, segundo alguns argumentos teóricos.³¹

Para Shiva, o trabalho das mulheres estava pautado na sustentabilidade, sem a necessidade de utilizar dos recursos de forma exacerbada, eis que tais recursos não se faziam necessários.

Prakriti, ou princípio feminino, seria a fonte de toda a criação da natureza. Tal princípio estaria ligado com toda forma de vida, bem como pela continuidade entre a vida humana e natural. A ruptura dessa visão é que seria responsável por todo desequilíbrios ecológicos existentes, bem como a dominação das mulheres e dos povos de terceiro mundo.

Nessa linha de pensamento, somente com a recuperação do princípio feminino é que se poderá reverter esse quadro de violência e dominação, não só da mulher, como do meio ambiente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

³¹ HERNÁNDEZ, Carmen Osorio. **Gênero e Meio Ambiente: A construção do discurso para o Desenvolvimento Sustentável.** Ambiente e Desarrollo. Bogotá (Colombia), Volumen XIV No. 26, enero-junio de 2010. p. 16.

A partir das lentes teóricas apresentadas no presente texto, é possível afirmar que o Ecofeminismo busca fazer uma relação entre a visão das mulheres e a degradação ambiental. Diante de tais inquietações, acerca de que forma e como que essas contribuições em relação a mudança de paradigma produtivo, sustentável e mais equilibrado, nasce uma nova perspectiva através da possibilidade da inclusão das mulheres na participação de decisões importantes, tanto da sociedade como da família, para progredir na luta ambiental.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, A. M. **Sartre e Simone**: Uma história de fidelidade sem compartilhar o banheiro. Disponível em: <<http://lounge.obviousmag.org/dossier/2012/06/sartre-e-simone-uma-historia-de-fidelidade-sem-compartilhar-o-banheiro.html>>. Acesso em 01 de Fevereiro de 2014.

DONA BENTA. **Comer bem**. 64ª ed. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1988.

HERNÁNDEZ, C. O. Gênero e Meio Ambiente: A construção do discurso para o Desenvolvimento Sustentável. **Ambiente e Desarrollo**. Bogotá (Colombia), Volumen XIV No. 26, enero-junio de 2010. p. 13 – 33.

MIES, M. & SHIVA, V. **Ecofeminismo**. Trad. Fernando Dias Antunes. Lisboa, Instituto Piaget, 1993.

NYE, A. **Teoria feminista e as filosofias do homem**. Tradução de Nathanael C. Caixeiro - Rio de Janeiro : Record : Rosa dos Tempos, 1995.

PEREIRA, D. Q. **Sartre fenomenólogo**. Disponível em: <<http://www.revispsi.uerj.br/v8n2/artigos/html/v8n2a12.html>>. Acesso em: 03 de Fevereiro de 2014.

SANTOS, M. G. dos. **Simone de Beauvoir**. “**Não se nasce mulher, torna-se mulher**”. Sapere Aude - Convite ao Pensar. Belo Horizonte v.1 - n.2 2º sem. 2010 p.108-122.

SILIPRANDI, E. Ecofeminismo: contribuições e limites para a abordagem de políticas ambientais. **Agroecologia e desenvolvimento rural sustentável**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, jan/mar 2000. p. 61-71.

SORJ, B. **O Feminino como Metáfora da Natureza**. Estudos Feministas. n. 0/92. p. 143 – 150.

STURGEON, N. **Ecofeminist Natures**: Race, Gender, Feminist Theory, and Political Action. New York: Routledge. 1997.

DIREITOS FUNDAMENTAIS, EDUCAÇÃO SUPERIOR E INCLUSÃO: O INGRESSO DE HIPOSSUFICIENTES

WENCZENOVICZ. Thaís Janaina

GROFF, Paulo Vanderlei Vargas

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar algumas das ações afirmativas no decorrer da História do Brasil Contemporâneo no sistema de Ensino Superior como mecanismo de concretização do Direito Fundamental Social à Educação na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul. Aborda elementos da evolução histórica da Educação Superior no Brasil e a positivação deste direito nas diversas categorias sociais, conferindo caráter fundamental ao direito à Educação, explicitando, ao largo, a justificativa para a adoção da categoria direitos fundamentais para abrigar, no Brasil, o direito à educação. Assim, ao nomear o direito à Educação como Direito Fundamental, aponta-se o papel dos gestores públicos na necessária adoção de políticas claramente delineadas e eficazes para sua efetividade, bem como à inclusão.

PALAVRAS-CHAVE: educação; direitos fundamentais; ensino superior e hipossuficientes.

1 INTRODUÇÃO

Segundo os dados do Censo da Educação Superior divulgados pelo Ministério da Educação o total de alunos matriculados na educação superior brasileira ultrapassou a marca de 7 milhões em 2012. Esse número representa aumento de 4,4% no período 2011–2012. Enquanto o número de matrículas nas instituições públicas cresceu 7%, o aumento na rede particular, responsável por 73% do total, foi de 3,5%.

Por muitas décadas ingressar no Ensino Superior no Brasil estava relacionado a transpor inúmeras barreiras, como: o processo de ingresso (vestibular), número de vagas diminuídas, distância dos campus (geralmente nas cidades de grande e médio porte) e a manutenção no decorrer do curso(ausência de políticas publicas inclusivas).

Entretanto, nas duas últimas décadas foi visível o crescimento de vagas e o surgimento de novas universidades, tanto privadas como públicas e comunitárias. Na última década, o número de instituições de ensino superior cresceu 30% em todo o Brasil, mas, principalmente, na rede pública. Enquanto a quantidade de novas universidades, centros universitários ou faculdades particulares subiu 27,8% no período, a de instituições públicas de ensino superior cresceu 46,8%. Mas foi fora das capitais que o número de instituições cresceu mais: a expansão de instituições foi de 58,7% em dez anos. (INEP, 2014)

As ações do governo federal para expandir a oferta de vagas nas universidades federais começaram em 2003 e foram oficializadas em 2007, com a instituição do Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (Reuni). Desde então, o número de universidades federais subiu de 45 para 59, privilegiando as regiões interioranas dos estados.

Mesmo que tenha crescido em número de instituições, a quantidade de matrículas na rede pública do ensino superior ainda é minoria no Brasil, de acordo com as estatísticas do Ministério da Educação. Em 2014, oito em cada dez novos alunos se matricularam em instituições de ensino superior que cobram matrícula e mensalidade. Essas instituições também foram responsáveis por 77% dos diplomas emitidos a formandos de 2012. No total, 73% das matrículas estavam na rede particular, concentração que aumentou pouco na última década e, em 2003, as faculdades, centros universitários e universidades pagas tinham 71% das matrículas. (INEP, 2014)

Nessa conjuntura os Estados também foram chamados a colaborar com o oferecimento de vagas no Ensino Superior. Dentre os vários Estados, pode-se inserir o Rio Grande do Sul quando apresenta e aprova junto a sociedade civil seu projeto de Universidade. Essa passou a se denominar UERGS, sendo fundada no ano 2001, através do decreto n.º 11.646/01. A Universidade inicia tendo como objetivo, segundo o artigo 2.º do referido decreto, ministrar o ensino de graduação, de pós-graduação e de formação de tecnólogos; oferecer cursos presenciais e não presenciais; promover cursos de extensão universitária; fornecer assessoria científica e tecnológica e desenvolver a pesquisa, as ciências, as letras e as artes, enfatizando os aspectos ligados à formação humanística e à

inovação, à transferência e à oferta de tecnologia, visando ao desenvolvimento regional sustentável, o aproveitamento de vocações e de estruturas culturais e produtivas locais. Dentre as inovações pode-se apontar que a UERGS, além de atender uma demanda social iria reservar 50% do total de suas vagas para candidatos de baixa renda e 10% para pessoas com necessidades especiais.

Essa prerrogativa inclusiva irá nortear a Universidade desde sua fundação até os dias atuais e será o tema central de estudo desse artigo. O procedimento metodológico aqui utilizado é o analítico-interpretativo de investigação bibliográfica principal (Constituições e Legislação Educacional) e secundária (diversos autores) a fim de analisar algumas das ações afirmativas no decorrer da História do Brasil Contemporâneo no sistema de ensino como mecanismo de concretização do Direito Fundamental Social à Educação. O devido artigo divide-se em quatro partes. A primeira intitula-se Educação e Movimento Históricos. A segunda, ao fazer breves considerações sobre os direitos fundamentais, assinala sua distinção, enquanto categoria, bem como delinea sua historicidade. A terceira e última parte aborda um breve histórico da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul e apresenta o processo de inclusão dos discentes no contexto do Ensino Superior no Rio Grande do Sul - UERGS.

2 EDUCAÇÃO E MOVIMENTOS HISTÓRICOS

O Brasil na condição de colonizado foi por muitos anos inserido na cultura do colonizador. Com a chegada do europeu as instituições culturais e educacionais adentram no rol dos elementos ditos como indispensáveis para efetivação do ideário civilizacionista. Sabe-se que as representações da história mediam as relações sociais e os processos identitários, sendo instrumentos na criação e gestão identitária, ao determinar, de forma fundamental, que projetos e perspectivas são vistos como legítimos e validados através de atos de memória. As lutas pelas memórias no reconstituir de sentidos e de novos espaços geopolíticos continuam marcadas na memória nacional brasileira.

Falar em civilização é reportar-se a diversos estudos e análises. Civilizar tornou-se, a partir de meados do século XV, a peça central da doutrina colonial

européia em relação aos territórios ultramarinos. Na esteira de outros impérios, Portugal adotou, como parte integrante da sua estratégia governativa, a missão política de civilizar os povos nativos.

O conceito de 'civilização' combinava vários pressupostos que justificavam a superioridade da cultura portuguesa e a possibilidade de as culturas 'outras' poderem melhorar as suas qualidades fruto deste encontro; objetivamente diziam através de suas ações que os colonizados por Portugal eram inferiores, incapazes de se auto-governar. Assentava igualmente no pressuposto de que Portugal possuía uma predisposição especial, pela sua superioridade moral e material, derivada de sua trajetória histórica, localização geográfica e pela virtude dos encontros e experiências coloniais anteriores.

Nesta sequência, Portugal sustentava o direito histórico, a exemplo de outros países europeus, de fomentar o progresso das culturas primitivas' em função do estágio de desenvolvimento econômico, cultural e político de que ostentava. Estas convicções e preconceitos encontraram consagração numa série de quadros legais que, procurando justificar a política colonial de Portugal, criaram categorias legais subalternas, como foi o caso dos 'indígenas' tupis, guaranis e caingangues.

No campo dos estudos pós-coloniais, Boaventura de Sousa Santos refere como a obliteração física e/ou cognitiva de povos colonizados se constituiu como pedra angular da criação da modernidade ocidental e do desenvolver do pensamento abissal, onde as distinções são estabelecidas através da divisão do mundo em universos distintos: o espaço 'deste lado' e o espaço 'do outro lado' da linha. As realidades que ocorriam no mundo colonial não comportavam as normas, os conhecimentos e as técnicas que se usavam no 'velho mundo'. Criou-se assim um princípio 'universal' em relação às populações das colônias, vistas agora como sub-humanas, desprovidas da capacidade de pensar, desprovidas de saberes. Em termos políticos, esta ideologia traduziu-se, na transformação dos habitantes dos espaços coloniais em súbditos, administrados por sistemas legais desiguais, imobilizados em categorias legais rígidas e forçados a processos de assimilação, dada a impossibilidade de co-presença dos dois lados desta linha abissal (Santos, 2007: 4-5).

Para além do ideário económico e político, a colonização impôs à sua direção, hábitos culturais, linguísticos, religiosos e um formato de pertencimento civilizacionista e integrativo a nova sociedade dita como moderna.

Ao contrário das Américas Espanhola e Inglesa, que tiveram acesso ao ensino superior já no período colonial, o Brasil teve que esperar o final do século XIX para ver surgir as primeiras instituições culturais e científicas deste nível, quando da vinda da Família Imperial ao país. Anterior a esse período as ações estavam relegadas a grupos ligados ao poder imperial, como os jesuítas e demais grupos.

Segundo Trindade (2000), a história do Ensino Superior no Brasil pode ser identificado em quatro fases distintas

1. Do século XII até o Renascimento, caracterizado como “período da invenção da universidade em plena Idade Média em que se constituiu o modelo da universidade tradicional, a partir das experiências precursoras de Paris e Bolonha, da sua implantação em todo território europeu sob a proteção da Igreja.” (p. 122)
2. No século XV, época em que a universidade renascentista recebe o impacto das transformações comerciais do capitalismo e do humanismo literário e artístico, mas sofre também os efeitos da Reforma e da Contra-Reforma.
3. A partir do século XVII, período marcado por descobertas científicas em vários campos do saber, e do Iluminismo do XVIII, a universidade começou a institucionalizar a ciência.
4. No século XIX, implantou-se a universidade estatal moderna, e essa etapa, que se desdobra até os nossos dias, introduz uma nova relação entre Estado e universidade.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tem-se afirmado que a educação é um direito fundamental social e, em virtude disso, é preciso tecer-se algumas considerações que dizem respeito a direitos fundamentais e, também, a direitos fundamentais sociais, apenas para se fixar acordos semânticos a respeito das terminologias adotadas. Neste aspecto,

recorre-se à dicção de Sarlet, tomando como base classificação feita por Vieira de Andrade, para quem se configura possível três perspectivas de abordagem:

a) perspectiva filosófica (ou jusnaturalista), a qual cuida do estudo dos direitos fundamentais como direitos de todos os homens, em todos os tempos e lugares; b) perspectiva universalista (ou internacionalista), como direitos de todos os homens (ou categorias de homens) em todos os lugares, num certo tempo; c) perspectiva estatal (ou constitucional), pela qual os direitos fundamentais são analisados na qualidade de direitos dos homens, num determinado tempo e lugar. Cumpre lembrar, todavia, que a tríade referida [...] não esgota o elenco de perspectivas a partir das quais se pode enfrentar a temática dos direitos fundamentais, já que não se pode desconsiderar a importância das perspectivas [...] sociológica, histórica, filosófica [...], ética, política e econômica [...] (SARLET, 2007, p. 26).

É lógico que tais perspectivas relacionam-se de maneira interpenetrante, mas, para efeito do objeto deste estudo, opta-se por tratar do direito fundamental à educação com prevalência da perspectiva estatal, com limitação espacial conformada pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Portanto, o direito à educação será, aqui, abordado como direito de todos os brasileiros, sob a égide constitucional referida.

Também a utilização da expressão direito fundamental reflete uma escolha e, portanto, a necessidade de justificação para a formação de um pacto semântico: posicionamo-nos, aqui, em consonância com Sarlet e boa parte da doutrina, fazendo distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, entendendo por direitos humanos aqueles que possuem relação com o direito internacional, por fazerem referência àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com uma determinada ordem constitucional e, por isso mesmo, aspirando à validade universal, valendo para todos os povos e em todos os tempos, ou seja, revelando um caráter supranacional. No que se refere aos direitos fundamentais, também, de certa forma, direitos humanos, já que seu titular é sempre o ser humano, ainda que representado coletivamente, aplicam-se para aqueles direitos do ser humano que são reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. (SARLET, 2007, p. 35).

É neste sentido também o entendimento de Luño, para quem:

Los términos ‘derechos humanos’ y ‘derechos fundamentales’ son utilizados, muchas veces, como sinónimos. Sin embargo, no han faltado tentativas doctrinales encaminadas a explicar el respectivo alcance de ambas expresiones. Así, se ha hecho hincapié en la propesición doctrinal y normativa a reservar el término ‘derechos fundamentales’ para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula ‘derechos humanos’ sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que non han alcanzado un estatuto jurídico-positivo. (LUÑO, 2005a, p. 44).

Canotilho, da mesma forma, propõe uma distinção entre direitos humanos e fundamentais, baseada em sua origem e em seu significado. Dessa forma, direitos do homem seriam direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista) e direitos fundamentais, os direitos do homem, jurídico-institucionalmente, garantidos e limitados espaço-temporalmente. Portanto, enquanto os direitos do homem arrancam da própria natureza humana (sendo, desse modo, invioláveis, intemporais e universais), os direitos fundamentais são os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 200, p. 387).

O critério de distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos é, nesta ótica, o grau de concreção positiva entre eles, do que se pode inferir que os direitos humanos mostram-se, como conceito, mais amplo e impreciso do que o conceito de direitos fundamentais. Em virtude disto, é que frequentemente o termo “direitos humanos” é entendido, ainda de acordo com Luño, como

un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada. [destaques no original]. (LUÑO, 2005a, p. 46).

É sob tal perspectiva, que se quer apresentar o direito à educação: como direito fundamental e, portanto, positivado na ordem constitucional, gozando, assim, de uma tutela reforçada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Convém asseverar que a expressão “direitos fundamentais” surgiu, pela primeira vez, na França de 1770, no marco do movimento político e cultural que conduziu à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 e, logo, alcançou grande relevo na Alemanha, onde, sob a denominação de Grundrechte, articulou-se o sistema de relações entre Estado e indivíduo, como fundamento de toda a ordem jurídica e política. É este seu sentido na Grundgesetz de Bonn de 1949. (LUÑO, 2005b, p. 32).

Evidentemente, direitos fundamentais e direitos humanos guardam estreita relação, na medida em que os direitos fundamentais são, na verdade, os direitos humanos positivados, garantidos pela Constituição e, portanto, representam um elenco de direitos considerados fundamentais para determinada sociedade. Assim sendo, se configuram no tal conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências sociais, razão pelas quais, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.

Seguindo este mesmo raciocínio, Bonavides, ao tratar dos direitos fundamentais, reconhece a sua vinculação à liberdade e à dignidade humana, tidos como valores históricos e filosóficos, afirmando que tal fato conduz ao significado, sem qualquer óbice, da universalidade inerente a estes direitos, enquanto ideal da pessoa humana. Destaca, ademais, que esse sentido de universalidade foi alcançado, pela primeira vez, com a Declaração do Homem e do Cidadão, que ensejou a descoberta do racionalismo francês da Revolução de 1789. (BONAVIDES, 2010, p. 562).

Modernamente, refere Leal que autores, como Häberle e o próprio Luño, têm proposto um alargamento do conceito de direitos fundamentais, que significaria a síntese das garantias individuais contidas na tradição dos direitos políticos subjetivos e as exigências sociais derivadas da concepção institucional do direito (LEAL, 2009, p. 28). Nas palavras de Luño,

En el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de

los fines e valores constitucionalmente proclamados. (LUÑO, 2005a, p. 25).

As definições conceituais trazidas a lume objetivam clarificar o campo semântico, a fim de contribuir com o esclarecimento do equívoco resultante do entendimento de ambas as expressões como sinônimas, estabelecendo-se, com certo grau de precisão e rigor, as suas diferenças. Neste particular, mostra-se interessante colacionar o entendimento de Dallari sobre a correta compreensão de conceitos no Estado Democrático de Direito:

[...] ponto que merece esclarecimento, porque fundamental ao exame da legalidade exigida pelo Estado Democrático de Direito, é a compreensão dos conceitos jurídicos. Considerando que os conceitos correspondem a uma idéia universal, não se pode admitir a existência de conceitos indeterminados. Aceita-se, porém, com base na origem natural da linguagem jurídica, a indeterminação das palavras que expressam o conceito. Decorre daí a potencial ambigüidade ou imprecisão da linguagem jurídica. Entretanto, constatar que por se basear na linguagem natural os conceitos jurídicos podem ser formados por termos imprecisos não significa, em nenhuma hipótese, negar a possibilidade real de determinação do significado desses conceitos. (DALLARI, 1995, p. 27).

Voltando a abordar os direitos humanos, é preciso consignar que sua historicidade, como conceito, não é linear ou nem mesmo pacífico, não servindo de razão, justificativa ou critério à existência de tais direitos, mas, como indicador dos vários enfoques que devem ser levados em conta quando do seu debate, Por tal razão, destaca-se a dimensão moral e mesmo de fundamentação destes direitos, reforçada que foi pela tradição jusnaturalística, a qual não se mostrou suficiente. Entretanto, para garantir efetividade e implementação aos direitos humanos ao longo da história ocidental, notadamente na Idade Moderna, período em que os conflitos sociais e políticos mostram-se de elevada monta e significação. (LEAL, 2000, p. 50/51).

No Estado Liberal, ocorreu o processo de positivação dos direitos humanos, fruto da necessidade de incorporação ao ordenamento jurídico dos direitos tidos como inerentes ao homem, já que, considerando-se a lógica jurídica dominante à época, essa era a única forma de se garantir fossem tais direitos objeto de proteção parte do Estado. Por outro lado, evidencia-se uma lógica

perversa, na medida em que direitos não normatizados juridicamente não se tornam passíveis de proteção.

É preciso lembrar que a Lei, neste Estado, reveste-se de uma aparente neutralidade em relação aos conflitos (CLÈVE, 1995, p. 35), o que acaba por legitimar a dominação econômica exercida sobre as classes desfavorecidas, não espantando que tenha havido uma seleção visível em relação às liberdades que serão juridicamente garantidas. Serve como exemplo a situação do legislador que protege a liberdade de contratar e recusa-se a admitir a liberdade de associação dos trabalhadores. (SARMENTO, 2004, p. 23).

A positivação constitucional dos direitos humanos, naquele período, foi resultado da fórmula utilizada para a racionalização e a legitimação do poder pelo Iluminismo, já que a Constituição, sendo uma lei escrita superior às demais normas, competia-lhe o dever de garantir os direitos dos cidadãos, concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados.

De todo modo, conforme adverte Leal (2000, p. 52), é impossível aos novos padrões de conhecimentos científicos, na modernidade, negarem totalmente significação aos elementos não positivados na cultura passada, sobremaneira aos componentes axiológicos e éticos presentes no patrimônio moral até então constituído, porque este patrimônio é o direito que cada um tem de possuir direitos, o que fundamenta o próprio direito. Neste ponto, assevera Bobbio que “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais” (BOBBIO, 1992, p. 30).

Leal prossegue em suas ponderações e alude que, pela ótica vigente no Estado Liberal, os direitos que não se positivam, permanecem como reclamações válidas no plano moral, cumprindo tão-somente com uma função: certa legitimidade crítica do ordenamento jurídico positivo, razão pela qual se, para o jusnaturalismo tradicional, os direitos subjetivos são independentes do que dispõem as normas de direito objetivo, eis que são faculdades e poderes inatos ao homem pela sua própria condição. Dessa forma, para o positivismo, tornam-se tão-somente morais, na medida em que, embora até reconheça a sua existência,

rechaça proposições acerca de direitos subjetivos jurídicos que não sejam empiricamente verificáveis em normas jurídicas positivas (LEAL, 2000, p. 52).

É consignar, portanto, que se entendendo o direito subjetivo pela ótica positivista, ou seja, como interesses juridicamente protegidos, tais direitos são ora sinônimos de não proibição de conduta, ora de autorização de condutas, e ora são vistos como reflexo de um dever jurídico, do que resulta a tese de que, faltando a proteção jurídica, vai inexistir o próprio direito (LEAL, 2009, p. 31).

Entretanto, como demonstrado por Leal (2009, p. 31), tal tese não se sustenta, na medida em que não se pode afirmar que a previsão normativa (ou mesmo jurisdicional) seja elemento constitutivo dos direitos humanos e fundamentais, visto que é possível protegê-los sem que existam mecanismos de proteção jurisdicional, que sejam absolutamente precisos, já estabelecidos. Pode-se, neste caso, mencionar como exemplo os direitos e as garantias firmados em tratados internacionais de direitos humanos e os chamados novos direitos que, do mesmo modo, recebem proteção ainda que inexistam disposições normativas definitivas, afirmando Luño (2005a, p. 26) que os direitos fundamentais se apresentam como marco de proteção das situações jurídicas subjetivas.

Desse modo, se os direitos subjetivos corporificam a existência de normas de comportamentos e condutas sociais obrigatórias, proibidas, permitidas ou facultativas, também implicam normas que determinem quem, em quais condições e de que forma pode realizar atos que possuam efeitos sobre outras pessoas, seja em nível legislativo, executivo ou judiciário, reconhecendo-se como subjetivo, portanto, não só as normas de conduta, mas também as normas de organização política e institucional. Neste sentido, resta superada a identificação dos direitos subjetivos com os típicos direitos do Estado Liberal Clássico, reconhecendo-se, pois, que direitos humanos e fundamentais configuram-se como verdadeiro grupo de direitos subjetivos públicos, indisponíveis e vinculantes (LEAL, 2000, p. 56).

É possível afirmar, pois, que os direitos humanos e fundamentais são direitos subjetivos, cabendo ao Estado, como implementador de políticas públicas, providenciar e gerir tais ferramentas. Os direitos subjetivos são mais do que interesses juridicamente protegidos, porque não é a normatividade parte de seus

elementos constitutivos, porque como direitos humanos e fundamentais, eles são aspirações da Sociedade, vinculando-se a todos. Daí, poder-se afirmar, como antes, que o direito à educação, que é direito humano e fundamental, é subjetivo e, além de exigir proteção estatal, vincula Estado e Sociedade à sua implementação, valendo a dicção de Alexy (1999, pp. 63/63), para quem “os direitos fundamentais são direitos com hierarquia constitucional e com força de concretização suprema, ou seja, vinculam aos três poderes (executivo, legislativo e judiciário)”.

4 UERGS: CONSTITUIÇÃO E SEU CONTEXTO HISTÓRICO

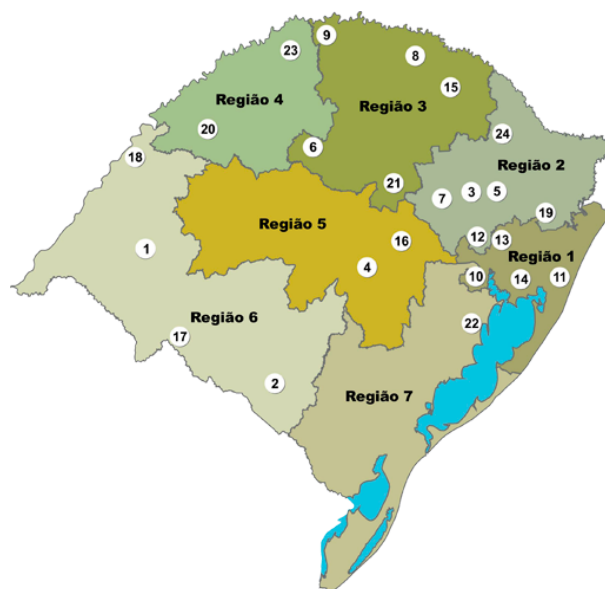
Se analisarmos a expansão do Ensino Superior no Brasil no decorrer do século XXI é possível encontrar estatísticas muito diferentes das observadas na segunda metade do século XX. Na década de 1991 a 2001, houve uma diminuição no número de instituições públicas: de 222 para 183, com uma queda da ordem de 17,6%. Já na década seguinte, entre 2001 e 2011, verifica-se um aumento de 183 para 284, o equivalente a expressivos 55,2% de crescimento. (RISTOFF, 2013, 7).

De 2003 a 2010, houve um salto de 45 para 59 universidades federais, o que representa uma ampliação de 31%; e de 148 campi para 274 campi/unidades, com um crescimento de 85%. A interiorização das universidades e dos campi também proporcionou uma elevação no número de municípios atendidos: de 114 para 272, com um crescimento de 138%.³² Nessa dinâmica também adentraram ao debate a ampliação e criação de Universidades Estaduais no intuito de ampliar o acesso ao nível superior de ensino. Nesse rol de novas Instituições de Ensino Superior é fundada em 2001 a Universidade Estadual do Rio Grande do Sul. O Estado era um dos poucos que não possuía nenhuma

³² Sobre análise de dados do Ensino Superior ver <http://reuni.mec.gov.br/> - A referida comissão e estudo contou com representantes da Secretaria de Educação Superior (Sesu)/MEC, da Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (Andifes), da Associação Nacional de Pós-graduandos (ANPG) e da União Nacional dos Estudantes (UNE). Disponível em <http://reuni.mec.gov.br/>

Universidade Estadual se compararmos a exemplo com o Estado do Paraná que possuía 6 IES a época.

A Universidade Estadual do Rio Grande do Sul, UERGS, é uma instituição de ensino superior pública e multicampi, com vinte e quatro unidades distribuídas pelo estado brasileiro do Rio Grande do Sul. Vinculada à Secretaria de Ciência, Inovação e Desenvolvimento Tecnológico a Universidade oferta vinte e dois cursos de graduação (em dados de 2014), tendo cerca de 3.259 alunos regularmente matriculados. Com sua reitoria sediada na cidade de Porto Alegre — a capital do Estado —, a UERGS mantém seus cursos nas cidades: Alegrete, Bagé, Bento Gonçalves, Cachoeira do Sul, Caxias do Sul, Cruz Alta, Encantado, Erechim, Frederico Westphalen, Guaíba, Litoral Norte - Osório, Montenegro, Novo Hamburgo, Porto Alegre, Sananduva, Santa Cruz do Sul, Santana do Livramento, São Borja, São Francisco de Paula, São Luiz Gonzaga, Soledade, Tapes, Três Passos, Vacaria. Para sua organização administrativa possui 7 regiões as quais servem para facilitar a gestão e comunicação entre os segmentos administrativos, conforme mapa abaixo.



Fonte: Acervo Superintendência e Planejamento. Porto Alegre, 2014.

Fundada no ano 2001, através do decreto n.º 11.646/01, a Universidade tem como objetivo, segundo o artigo 2.º do referido decreto, ministrar o ensino de graduação, de pós-graduação e de formação de tecnólogos; oferecer cursos

presenciais e não presenciais; promover cursos de extensão universitária; fornecer assessoria científica e tecnológica e desenvolver a pesquisa, as ciências, as letras e as artes, enfatizando os aspectos ligados à formação humanística e à inovação, à transferência e à oferta de tecnologia, visando ao desenvolvimento regional sustentável, o aproveitamento de vocações e de estruturas culturais e produtivas locais.³³

Aproveitando a conjuntura das políticas públicas e a sensibilidade governamental da época a população através de pressão social é contemplada com a Universidade que iria oferecer Cursos de Ensino Superior gratuitos e com qualidade para as mais distantes e longínquas regiões tendo como objetivo central o desenvolvimento regional. Acrescido ao mote do desenvolvimento foi significativo o debate sobre a inclusão e desde sua criação a temática foi destaque. A UERGS reserva 50% do total de suas vagas para candidatos de baixa renda e 10% para pessoas com necessidades especiais. Para o ano de 2016 haverá cotas para nativos e afro-descendentes, segundo informação da Pró-reitoria de Ensino (2015).

No quesito qualidade de Ensino a UERGS figura entre os dados do Índice Geral de Cursos (IGC) de 2011, elaborado pelo Ministério da Educação (MEC), como a sexta maior nota entre as universidades públicas do Estado. No mesmo ano, pelos resultados do Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (Enade), o Curso Superior de Tecnologia em Automação Industrial, oferecido na Unidade da Uergs em Novo Hamburgo, foi considerado como o melhor do Brasil, sendo o único no País com índice 5, a nota máxima no Código Preliminar de Cursos, justificando sua missão de desenvolver ensino de qualidade aos cidadãos. (PROENS, 2015).

³³ A partir de 2012 a UERGS também passou a oferecer o Programa Especial de Formação Pedagógica de Docentes – Curso em convênio com a Capes (Plataforma Freire): habilitação em docência no ensino técnico de nível médio (bacharéis).

4.1 INCLUSÃO NA UERGS: REFLEXÕES PONTUAIS

A educação inclusiva se destina aos alunos pertencentes a minorias sociais que, por diversos motivos, não estavam, anteriormente, presentes nas escolas e salas de aula regulares. (AINSCOW, 1997) A luta para sua implementação, fortalecida a partir do início da década de 1990, conseguiu, em muitos países, que seus objetivos fossem, ao menos em parte, cumpridos, ainda que haja muito a ser realizado. (MUÑOZ, 2007, 17).

No Brasil, o debate sobre o sistema de cotas para o acesso às universidades, teve início nos anos 90 e vem progressivamente sendo ampliado. O sistema de cotas é um mecanismo de ações afirmativas. Entretanto, além do sistema de cotas, há alternativas que podem ser consideradas ações afirmativas como a prática de “preferências” ou o “sistema de bolsas” Um exemplo disso, no Brasil, foi instituído através da Lei nº11.096/05, com o Programa Universidade para Todos, a partir do qual são distribuídas bolsas de estudos para estudantes que ingressaram em instituições privadas, com cotas para alunos com necessidades especiais.

Como já assinalado a UERGS reserva 50% de suas vagas para estudantes com baixa renda familiar e 10% para pessoas com deficiência. Atualmente alunos em cursos de bacharelado, licenciatura e tecnólogo, nas áreas das Ciências Humanas, da Vida e do Meio Ambiente, das Exatas e Engenharias. Além disso, oferece o Programa Especial de Formação Pedagógica de Docentes direcionado a tecnólogos (as) e bacharéis (las) que atuam em Escolas Técnicas e Institutos Federais de Educação Superior (IFES) e que buscam habilitação para a docência, o que ocorre atualmente, nos municípios de Porto Alegre, Novo Hamburgo e Cruz Alta. (PROENS, 2015).

Desde seu primeiro ano de fundação a UERGS recebeu em seus diversos cursos alunos que comprovam baixa renda e portadores de necessidades especiais. Em levantamento realizado junto ao Núcleo de apoio ao Discente (NAD, 2014), obteve-se a informação que 50% das vagas são reservadas para pessoas cuja renda per capita familiar seja inferior a R\$ 338 e 10%, para deficientes físicos. Não há cotas raciais.

O número de alunos que entraram pelas cotas, entre 2002 e 2005, foi de 61 alunos. Os alunos com deficiência, beneficiados com essa possibilidade, são na sua maioria, do sexo masculino - em torno de 65% -, enquanto que o sexo feminino representa 35% do total. No que se refere às deficiências, o maior percentual é de alunos com deficiência física, que representa 65%, enquanto os alunos com deficiência visual correspondem a 27%. Em relação à deficiência auditiva, observa-se o menor índice, com percentual em torno de 7%. Quanto à escolha do curso, a maior parte desses alunos optou pelo curso de Pedagogia, seguido pelo curso de Desenvolvimento Rural e Gestão Agroindustrial e, em terceiro lugar, pelo curso de Engenharia de Sistemas Digitais. As unidades envolvidas com esses alunos foram 22, sendo que as que tiveram maior número de alunos foram as unidades de Guaíba (10), Cruz Alta (8), Sananduva (6), Novo Hamburgo (6) e São Francisco (5). As demais unidades ficaram entre um a três alunos. (PEREIRA, 2007, 106).

Já o perfil dos alunos com deficiência que entraram pelas cotas (2002-2005), que, na sua maioria, são do sexo masculino, perfil de gênero que representa 64,8% do total desses alunos. Dentre os 71 alunos que ingressaram na UERGS, pelo sistema de cotas, desde sua criação, 17 apresentam necessidades especiais visuais; dois, deficiência múltipla (DV e DF); seis alunos têm deficiência auditiva; e 42, a deficiência física. Um dos alunos apresenta uma alteração digestiva, e em quatro alunos não aparece nenhuma deficiência definida. (PEREIRA, 2007, 160).

Do total de 3.598 alunos resultados preliminares de 2015, indicam que 1.040 são alunos de baixa renda no período de 2011 a 2013, sendo que 934 permanecem matriculados regularmente. Já os portadores de necessidades especiais totalizara o número de 46 ingressantes e permanecem frequentando as aulas apenas 36.³⁴

³⁴ A dificuldade no acesso do aluno com deficiência ao ensino superior tende a ser associada também à falta de condições de competir com outros estudantes, consideradas as dificuldades de sua história escolar. Além disso, aqueles que conseguem vencer as barreiras escolares, em geral, têm acesso aos cursos universitários considerados de menor status dentro das opções oferecidas pelo ensino superior.

O ingresso e permanência na Universidade dependem de outros elementos como: alimentação, acessibilidade, moradia e transporte. No aspecto acessibilidade a devida Instituição tem fragilidades, pois grande parte de suas sedes estão instaladas em antigos prédios públicos e ou escolas estaduais as quais não possuíam regras para a arquitetura inclusiva e, em muitos casos há imposições burocráticas e legais para efetuar a adaptação dos espaços acadêmicos.

Ultimamente muito se tem discutido sobre o cumprimento das cotas para portadores de necessidades especiais e nessa perspectiva, a universidade, como espaço de produção científica, é provocada constantemente a fazer esses debates. Gomes (2001, p. 21) define as ações afirmativas como:

Políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade.

Políticas públicas compensatórias e de emancipação são necessárias e indispensáveis em qualquer país, sobretudo naqueles, como o Brasil, que receberam uma herança significativa de problemas sociais resultantes da longuíssima duração de uma estrutura econômica baseada no trabalho escravo e de uma sociedade colonial. Políticas públicas de proteção social são cada vez mais imprescindíveis às ações dos governos, em seus diferentes níveis, para que o Estado não perca de vista a responsabilidade cívica e a obrigação ética de formar cidadãos capazes de produzir e reproduzir eles próprios, no domínio de suas relações individuais, pessoais e sociais, a presença e a força dessa responsabilidade (VOGT, 2002).

Enquanto categorização das necessidades especiais junto aos acadêmicos da UERGS foi possível elencar deficiências físicas, visuais, com seqüelas de paralisia cerebral, distrofia muscular de Duchene, diferença no comprimento dos membros inferiores, amputações, seqüelas de poliomielite, síndrome de Turner, nanismo, encurtamento de membros inferiores, fissura labial congênita, agenesia

de mão, hemiparesias e seqüelas de doenças e acidentes, que causam a limitação nos movimentos dos membros superiores, dentre outras.

Outra forma de inclusão é o Programa Bolsa Monitoria que foi regulamentado na UERGS por intermédio da Resolução do CONSUN nº 009/2012 com o objetivo de estimular os discentes à maior participação na vida acadêmica, na prestação de auxílio pedagógico aos colegas, visando ampliar o aproveitamento e desempenho dos discentes em componentes curriculares onde há incidência de reprovação ou evasão por dificuldades de aprendizagem.

De 2012 até 2014 foram contemplados 389 alunos. Os investimentos destinados ao programa Monitoria cresceram de forma exponencial (Tabela 2).

TABELA 2. DADOS DE IMPLEMENTAÇÃO DAS BOLSAS MONITORIA

| Ano | Contemplados | Valor | Total investido |
|------------|---------------------|--------------|------------------------|
| 2012 | 61 | R\$ 180,00 | R\$ 43.920,00 |
| 2013 | 128 | R\$ 200,00 | R\$ 102.400,00 |
| 2014 | 200* | R\$ 400,00 | R\$ 320.000,00 |

* Previsão considerando as cem bolsas ofertadas no primeiro semestre de 2014.

5 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, pode-se dizer que o ser humano, com a Carta de 1988, passou a ser o centro de todo o ordenamento constitucional, do sistema político, econômico e social. E assim, sendo, o Estado existe para proteger e tutelar o ser humano, assegurando condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja seus objetivos com a mais ampla proteção.

A democratização do acesso à educação superior deve-se essencialmente às precárias condições socioeconômicas de parcela majoritária dos jovens brasileiros. Em um país tão desigual como o Brasil, os jovens sofrem consequências particulares dessa desigualdade – como a baixa escolarização; a dificuldade para entrar e permanecer no ensino médio; e as enormes barreiras

para entrar e permanecer no ensino superior. Diante desse quadro, é impossível pensar em uma democratização do acesso para a imensa maioria dos jovens brasileiros sem a intervenção de políticas públicas específicas.

Dentre as diversas leis e decretos que preconizaram a inclusão, ressaltamos a Lei nº12.711/2012, em agosto de 2012, também conhecida como Lei de Cotas, que estabelece a reserva de pelo menos 50% das vagas das instituições federais de ensino superior para os jovens que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Além disso, a lei também determina que metade dessas vagas devem ser preenchidas por alunos cujas famílias possuem renda igual ou inferior a 1,5 salário mínimo. Mais uma vez essa reserva de vagas procura construir uma Universidade numa perspectiva inclusiva – que atenda adequadamente a estudantes com diferentes características, potencialidades e ritmos de aprendizagem, transformando-se em um dos grandes desafios dos sistemas educacionais.

As ações desenvolvidas pelas Universidades após 1990 no quesito inclusão deve-se essencialmente por ordem de lei. Dados estatísticos e a legislação concernente confirmam que o Brasil vive um período não só de expansão da educação superior, mas também de democratização, mostrando melhorias significativas na inclusão de jovens pretos, pardos, de baixa renda, de estudantes trabalhadores, filhos de pais com baixa escolaridade e oriundos da escola pública. Essa ampliação de oportunidades a grupos historicamente excluídos está ainda em fase incipiente e há um longo caminho a ser trilhado para que os percentuais representados por esses grupos no campus alcancem efetivamente os que têm na sociedade, em especial nos cursos de mais alta demanda.

Embora persista grande distorção de natureza socioeconômica no perfil dos ingressantes do Ensino Superior, as políticas públicas materializadas em programas, tais como Prouni e Reuni, com a criação de novas universidades públicas, a expansão da rede federal de educação tecnológica e estadual, com a criação da UAB, a ampliação do Fies, com as políticas de cotas adotadas pelas universidades públicas, a promulgação da Lei de Cotas (nº 12.711/2012), os programas de bolsas, o Pnaes e as recentes decisões do Supremo Tribunal

Federal sobre as cotas, o caminho para a democratização vem sendo construído e o país, a permanecer com a atual tendência, deverá, nas próximas décadas, ter um sistema de educação superior com mais justiça e equidade.

Nesse aspecto, assinala-se a singularidade da UERGS quando desde sua criação possibilitou acesso e permanência de alunos de baixa renda (50% das vagas) e portadores de necessidades especiais (10% das vagas) em suas 24 Unidades Universitárias. Na última década a UERGS contemplou as vagas ofertadas a alunos com baixa renda em sua totalidade, já as vagas aos portadores de necessidades especiais são ocupadas parcialmente.

Assinala-se também o programa denominado Bolsa Prodiscência que foi aprovado e instituído através da Resolução CONSUN N° 008/2012 pelo Conselho Superior da Universidade. O principal objetivo do Programa é promover o auxílio e a permanência para alunos hipossuficientes ou em situação de vulnerabilidade social.

De 2012 até 2014 a Uergs contemplou 1.345 estudantes com esse Programa. Os investimentos foram incrementados consideravelmente desde sua implantação. Ao final de cada edição os alunos são avaliados quanto à eficácia do Programa no sentido assistencial, de diminuição da situação de vulnerabilidade social e implicações da assistência estudantil no desempenho acadêmico.

REFERÊNCIAS

AINSCOW, M. Educação para todos: torná-la uma realidade In: AINSCOW, M.; PORTER, G.; WANG, M. **Caminhos para as escolas inclusivas**. Lisboa: Instituto de Inovação Educacional, 1997.

BUARQUE, C. **A Aventura da Universidade**. São Paulo/Rio de Janeiro: Unesp/Paz e Terra, 1994.

BRASIL. República Federativa do Brasil. **Decreto de 20 de outubro de 2003**. Brasília, 2003. In: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso 25/03/2015

_____. República Federativa do Brasil. **Anteprojeto de Lei da Educação Superior**. Brasília, 2005.

CUNHA, L. A. **O Ensino Superior no octênio FHC**. Campinas. Educação e Sociedade . v. 24, n. 82, abr, 2003.

_____. **A Universidade Temporã** - o ensino superior da Colônia à Era de Vargas. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1980.

DURHAM, E. Educação superior, pública e privada (1808 – 2000). In: SCHWARTMAN, S. & BROCK, C. **Os desafios da educação no Brasil**. Rio de Janeiro. Nova Fronteira. 2005. p.197-240.

LEAL, R. G. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais**: os desafios do poder judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LUÑO, A.-E. P. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid : Tecnos, 2005a.

_____. **Derechos humano, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid. Tecnos, 2005b.

MALISKA, M. A. **O direito à educação e a constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MUÑOZ, V. **El derecho a la educación de las personas con discapacidades**. [s.l.]: Consejo de Derechos Humanos, Organizações das Nações Unidas, 2007.

PEREIRA, M. M. **Inclusão e Universidade**: análise de trajetórias acadêmicas na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2007. Dissertação de Mestrado.

RISTOFF, D. (Org.). O papel da rede federal na expansão e na reestruturação da educação Superior Pública no Brasil. In: **Caderno do GEA** – n.3 (jan./jun. 2013). – Rio de Janeiro: FLACSO, GEA; UERJ, LPP, 2012.

ROMANELLI, O. O. **História da educação no Brasil (1930/1973)**. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

SANTOS, B. S.; MENESES, M. P. **Identidades, colonizadores e colonizados**: Portugal e Moçambique. Relatório final do Projecto POCTI/41280/SOC/2001. Coimbra: CES.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, D. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, D. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, F. S. N. **Análise crítica quanto efetivação do direito fundamental à educação no Brasil como instrumento de transformação social**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 24 de junho de 2012.

VOGT, C. O repto da proteção. **Com Ciência**: Revista Eletrônica de Jornalismo Científico, Campinas, 2002. Disponível em:<<http://www.comciencia.br/reportagens/ppublicas/pp01.htm>>. Acesso em: 15 set. 2014.

A PROPOSTA DO *BUEN VIVIR* COMO MODELO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: UMA ABORDAGEM POLÍTICA, JURÍDICA E ECONÔMICA

Neuro José Zambam³⁵

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino³⁶

RESUMO: Pensar em modelos de desenvolvimento sustentáveis para a América do Sul é um desafio que reivindica a busca por significados culturais e ambientais próprios desse continente. A adoção de outros modelos, especialmente europeus ou norte-americanos, denota outras preocupações que não expressam as dificuldades, as desigualdades, as virtudes e as possibilidades democráticas de uma identidade sul-americana. Por esse motivo, estuda-se os fundamentos da proposta do *Buen Vivir* como um modelo de desenvolvimento sustentável apropriado para os cenários político, jurídico e econômico da região mencionada. Todas essas categorias devem ser meditadas junto com o mundo natural que des-vela significados de integração - inclusive cultural - entre os povos do sul. O modelo de desenvolvimento sustentável proposto a partir do *Buen Vivir* demanda uma compreensão mais profunda entre o ser humano e o meio ambiente pela cosmovisão originária dos povos andinos. Privilegia-se essa cumplicidade com a Natureza, reconhecendo-a como Sujeito (inclusive de direitos) para instituir possibilidade de preservação das responsabilidades comunitárias e provocar o progresso que não seja constituído por um crescimento desmedido e infinito.

³⁵ Pós-Doutor em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutor em Filosofia pela PUCRS. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Meridional - IMED – Mestrado. Professor do Curso de Direito (graduação e especialização) da Faculdade Meridional – IMED de Passo Fundo. Membro do Grupo de Trabalho, Ética e cidadania da ANPOF (Associação Nacional dos Programas de Pós Graduação em Filosofia). Pesquisador da Faculdade Meridional. Coordenador do Grupo de Pesquisa: Multiculturalismo, minorias, espaço público e sustentabilidade. Líder do Grupo de Estudo, Multiculturalismo e pluralismo jurídico. E-mail: neurojose@hotmail.com; nzambam@imed.edu.br.

³⁶ Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado – em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional – IMED. Professor do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. Pesquisador da Faculdade Meridional. Coordenador do Grupo de Pesquisa: Ética, Cidadania e Sustentabilidade. Membro do Grupo de Pesquisa: “Modernidade, Pós-Modernidade e Pensamento Complexo”, “Multiculturalismo e Pluralismo Jurídico” e “Transnacionalismo e circulação de modelos jurídicos”. Membro associado do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira do Ensino de Direito - ABEDI. Passo Fundo. RS. Brasil. E-mail: sergiorfaquino@gmail.com ou sergio.aquino@imed.edu.br

PALAVRAS-CHAVE: *buen vivir*; desenvolvimento sustentável; américa do sul

1 INTRODUÇÃO

A ideia de Desenvolvimento Sustentável é a premissa de uma vida qualitativa para o século XXI. Os desafios propostos por essa expressão demandam dos seres humanos outras perspectivas de vida as quais têm sido dificultosa a sua compreensão e viabilização. Paradoxalmente, insiste-se na Sustentabilidade como critério de progresso e, ao mesmo tempo, observa-se as maiores crises históricas vivenciadas desde a época da Grande Depressão em Nova Iorque no ano de 1929.

Quando o mundo se torna cada vez mais global, eficiente, veloz e capitalizado, a América do Sul, a partir dos saberes ancestrais dos povos indígenas andinos (Bolívia e Equador), demonstra uma crítica sensata para os modelos de Desenvolvimento Sustentável, os quais desejam um progresso em todos os tempos sob os mesmos moldes das expressões citadas no início deste parágrafo. Essa imagem é, no mínimo, contraditória. Por esse motivo, busca-se identificar na proposição do *Buen Vivir* um outro caminho para que o Desenvolvimento Sustentável reconheça a necessidade da interação entre os seres humanos e o mundo natural, sem que haja qualquer forma de dominação ou exploração para atender aos interesses das pessoas. Esse é o momento de rever os conceitos para um mundo sustentável possível.

A partir desses argumentos, o critério metodológico utilizado para a investigação de abordagem e a base lógica do relato dos resultados apresentados reside no Método Indutivo³⁷, cuja premissa menor é proposição andina do *Buen Vivir* e a premissa maior se manifesta pela aplicação desse saber como modelo de Desenvolvimento Sustentável. As técnicas utilizadas nesse estudo serão a Pesquisa Bibliográfica³⁸, a Categoria³⁹ e o Conceito Operacional⁴⁰.

³⁷ Para Pasold, trata-se da “[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral”. (PASOLD, 2011, p. 205)

³⁸ Segundo o mencionado autor: “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. (PASOLD, 2011, p. 207).

O problema de pesquisa formulado para este estudo pode ser descrito pela seguinte indagação: A proposição andina do *Buen Vivir* pode ser caracterizada como modelo de Desenvolvimento Sustentável pela sua dimensão política, jurídica e econômica? A hipótese para essa pergunta surge, inicialmente, como positiva, na medida em que se comprova a insuficiência dos atuais modelos de Desenvolvimento Sustentável capazes de retratar outras condições de vida mais harmoniosa entre os seres humanos e não-humanos no continente sul-americano.

O Objetivo Geral deste estudo é investigar como o *Buen Vivir* pode trazer outras respostas às demandas por Desenvolvimento Sustentável na América do Sul não contempladas por teorias europeias ou norte-americanas.

Os Objetivos Específicos são: a) Esclarecer a importância histórica do *Buen Vivir*; b) Definir o que é o *Buen Vivir*; c) Avaliar a necessária integração – e cooperação – entre os seres humanos e a Terra que os acolhe; d) Identificar a integração sul-americana como estratégia geopolítica de reconhecimento da natureza como ser próprio; e); f) Reconhecer as insuficiências políticas, jurídicas e econômicas dos atuais modelos de Desenvolvimento Sustentável.

Os referenciais teóricos deste artigo são expressos pelo pensamento de autores como Gudynas, Acosta, Veiga, Zaffaroni, Huanacuni, entre outros. Buscam-se, ainda, leituras as quais apresentam diferentes percepções sobre o tema em estudo para elucidar o(s) significado(s) e contexto(s) de determinadas categorias apresentadas neste estudo.

2 A PROPOSTA DO *BUEN VIVIR* COMO MODELO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O principal desafio para um mundo sustentável no século XXI não se concentra, exclusivamente, na ideia de progresso, de crescimento econômico,

39 Nas palavras de Pasold: “[...] **palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia**”. (PASOLD, 2011, p. 25). Grifos originais da obra em estudo.

40 Reitera-se conforme Pasold: “[...] **uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]**”. (PASOLD, 2011, p. 37). Grifos originais da obra em estudo. Toda Categoria que aparece neste estudo será destacada com letra maiúscula.

mas de como é possível estimular um desenvolvimento qualitativo para todos os seres vivos. Observe-se que a tônica do argumento não está em promover tão somente bem-estar para as "gerações presentes e futuras", como descreve o conceito operacional da categoria "Desenvolvimento Sustentável"⁴¹. O debate que se inicia precisa, antes, distinguir essa expressão já mencionada e outra denominada Sustentabilidade.

A Terra, na medida em que tenta, de modo entrópico⁴², estabelecer condições apropriadas para que a vida, no sentido geral, se desenvolva e se mantenha, estabelece um critério de Sustentabilidade. Verifica-se que, antes do surgimento do ser humano no território terrestre, a expressão em estudo exerce influência para criar e estabilizar cenários adequados às diferentes manifestações vitais, sejam visíveis ou invisíveis, unicelulares ou pluricelulares. Sob ângulo similar, o Desenvolvimento Sustentável se refere às ações humanas empreendidas para promover vida qualitativa a *todos os seres humanos*, de modo intergeracional. Toda atitude descrita como "Desenvolvimento Sustentável" assemelhar-se-ia à virtude grega *sophrosyné*⁴³.

Entretanto, sob esse nome - e outros, como a indiferente expressão "salvar o planeta"⁴⁴ - tem-se promovido, bem como insistido, na postura do (desmedido)

⁴¹ "O desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades". (NOSSO FUTURO COMUM, 1991, p. 46).

⁴² Caracteriza-se como a lei da natureza que tende a reduzir as diferenças (pressão, temperatura, concentração química, movimento) entre os fluxos energéticos fazendo com que os resíduos produzidos por essas interações sejam eliminados espontaneamente. Alcança-se o equilíbrio termodinâmico. (CECHIN, 2010, p. 69)

⁴³ o caráter mediador da *sophrosyne* "[...] dá à *areté* grega um aspecto mais ou menos 'burguês': é a classe média que poderá desempenhar na cidade o papel moderador, estabelecendo um equilíbrio entre os extremos dos dois bordos: a minoria dos ricos que querem tudo conservar, a multidão das pessoas pobres que querem tudo obter". (VERNANT, 2008, p. 89/90).

⁴⁴ A expressão "salvar o planeta" é equivocada tanto no uso do substantivo "planeta" quanto do verbo "salvar". Na primeira hipótese, confunde-se a ideia de biosfera com planeta. O que se deseja proteger – permitir a continuidade dos diferentes ecossistemas no território terrestre – está num invólucro esférico abaixo da superfície: 160 quilômetros abaixo e outros 160 quilômetros para fora, na fronteira com o espaço, por meio dos oceanos e do ar (termosfera). Esse é o núcleo no qual permite a disseminação da vida em todo o globo. O verbo "salvar" também não pode ser traduzido como a condição de se eliminar a destruição desse lugar comum o qual todos os seres vivos habitam. O

crescimento. Nessa linha de pensamento, a Natureza ainda é considerada objeto para que se satisfaça todas as vontades humanas. Trata-se de um objeto no qual se explora indefinidamente. Qualquer modelo de Desenvolvimento Sustentável precisa encontrar medidas possíveis (políticas, culturais, jurídicas) para que haja progresso sem, contudo, se fixar na ideia (obsessiva) do crescimento, especialmente o econômico.

Percebe-se como a expressão "Desenvolvimento Sustentável" implica numa dupla tarefa: a) identificar aquilo que se torna indispensável para manter a vida à *todos os seres vivos*; b) reconhecer e respeitar os ciclos regenerativos do mundo natural, sem que haja uma interferência humana excessiva. Essa é a epifania que surge pela des-coberta da Sustentabilidade na ação dos homens e mulheres. As duas situações sinalizam como o avanço político, jurídico, econômico e ambiental na América do Sul se torna uma necessidade na constituição de uma identidade própria.

No entanto, os modelos de Desenvolvimento Sustentável não esboçam as características culturais, as dificuldades regionais, as peculiaridades ambientais deste continente. Trata-se, no pensamento de Acosta e Gudynas (2011, p. 72), de um mau desenvolvimento que enseja o mau viver pautado pela eficiência, pelo consumo, pela alta industrialização e a incapacidade humana de enxergar os limites do mundo natural para garantir a sua (indefinida) permanência na Terra. A crítica para esses modelos pouco sustentáveis e nada includentes está na proposta andina do *Buen Vivir*.

A Filosofia Andina representa essa cumplicidade entre seres humanos e a Natureza, o que afeta, de modo significativo, a elaboração de sua política, de suas ações econômicas e jurídicas. A postura antropocêntrica, centrada apenas no ego, esvazia o local daquilo que é comum a todos e forma a sua unidade (comunidade).

Construir um paradigma identitário a partir da comunidade e sua cosmovisão originário dos povos indígenas traz o estímulo às responsabilidades e resgata essa proposição de se *viver bem (Buen Vivir)* entre todos os seres vivos

mencionado verbo refere-se, conforme a leitura da obra de Veiga, no sentido de se evitar qualquer dano produzido pelas ações humanas". (VEIGA, 2010, p. 32/33).

que habitam este continente sul-americano. Na Bolívia, a expressão é *Suma Qamaña*⁴⁵ do povo indígena *Aymara*. No Equador, *Sumak Kawsay*, originário do povo indígena *Kichwa*⁴⁶. Veja-se as palavras de Huanacuni (2010, p. 6):

Los pueblos indígenas originarios están trayendo algo nuevo (para el mundo moderno) a las mesas de discusión, sobre cómo la humanidad debe vivir de ahora en adelante, ya que el mercado mundial, el crecimiento económico, el corporativismo, el capitalismo y el consumismo, que son producto de un paradigma occidental, son en diverso grado las causas profundas de la grave crisis social, económica y política. Ante estas condiciones, desde las diferentes comunidades de los pueblos originarios de Abya Yala, decimos que, en realidad, se trata de una crisis de vida. Bajo el influjo de este momento histórico, toda la sociedad está inmersa en tiempos de cambio y a la vez, todos y cada uno de los seres humanos somos corresponsables, como generación, de coadyuvar a estos cambios, sustentados en nuevos (aunque antiguos) paradigmas de vida, en lugar de aquellos individualistas y homogenizadores que están causando tanto daño en las relaciones interpersonales y sociales.

Essa cosmovisão proveniente da cultura indígena andina se revela pela expressão *Pacha*. Segundo Huanacuni, essa palavra se decompõem em “Pa” – a qual significa “dois” – e “Cha”, que significa “Força”. *Pacha*⁴⁷ pode ser descrita como a união de duas forças cósmico-telúrica⁴⁸, ou seja, a energia que flui por

⁴⁵ [...] Ahora bien, el término de “suma qamaña” se traduce como “vivir bien”, pero no explica la magnitud del concepto. Es mejor recurrir a la traducción de los términos originales en ambas lenguas. Desde la cosmovisión aymara, “del jaya mara aru1” o “jaqi aru2”, “suma qamaña” se traduce de la siguiente forma: • Suma: plenitud, sublime, excelente, magnífico, hermoso. • Qamaña: vivir, convivir, estar siendo, ser estando. Entonces, la traducción que más se aproxima de “suma qamaña” es “vida en plenitud”. Actualmente se traduce como “vivir bien”. (HUANACUNI, 2010, p. 7).

⁴⁶ [...] Por otro lado, la traducción del kichwa o quechua, (runa simi), es la siguiente: • Sumak: plenitud, sublime, excelente, magnífico, hermoso(a), superior. • Kawsay: vida, ser estando, estar siendo. Vemos que la traducción es la misma que en aymara: “vida en plenitud”. (HUANACUNI, 2010, p. 7).

⁴⁷ *Pacha* es una palabra muy importante en el ser Andino para entender el mundo, es un término con múltiples significados. Según la traducción de los lingüistas, hace referencia sólo a tiempo y espacio, pero para el ser Andino esta palabra va más allá del tiempo y del espacio, implica una forma de vida, una forma de entender el universo que supera el tiempo–espacio (el aquí y el ahora). *Pacha* no sólo es tiempo y espacio, es la capacidad de participar activamente en el multiverso, sumergirse y estar en él. (HUANACUNI, 2010, p. 71)

⁴⁸ Nuestros ancestros comprenden que existen dos fuerzas, la fuerza cósmica que viene del cielo; y la fuerza telúrica, de la tierra (la Pachamama). Estas dos fuerzas convergentes en el proceso de la vida, generan toda forma de existencia y las diferentes formas de existencia se relacionan a través del AYNI (la complementariedad). (HUANACUNI, 2010, p. 71)

toda a Terra – seja celeste ou terrestre - e a regenera. Trata-se de compreensão do mundo, cuja energia transborda no tempo e espaço.

O conceito dessa última palavra citada é diferente para o Ocidente e a cultura Andina. No primeiro, o tempo é linear, progressivo⁴⁹. Passado, Presente e Futuro são distintos. No segundo, o tempo é circular, ou seja, os referidos períodos temporais são contínuos e fundem-se ao final, como descreve Huanacuni (2010, p. 72). Nessa linha de pensamento, o modelo (parasitário) europeu ou norte-americano de consumo, de busca pelo capital, de eficiência a qualquer custo, mostram-se contrários a esse cenário de inclusão da Natureza e o respeito aos seus próprios ciclos de vida.

Pacha rememora a necessidade de se sentir o *buen vivir* (viver bem) em todos os momentos, de compreendê-lo e exercitá-lo e não simplesmente adiá-lo para o momento futuro. Na cosmovisão andina, tudo tem vida (HUANACUNI, 2010, p. 72). O tempo, portanto, precisa dialogar entre Passado, Presente e Futuro. Eis a epifania fundamental: a vida é onipresente em todos e tudo e se desdobra com múltiplos significados.

A proposta do *Buen Vivir* não pode ser pensado nos padrões clássicos de modelos, capazes de responder, atemporalmente, as nossas angústias. Os saberes tradicionais dos povos andinos indicam que a busca pelo "viver bem" é algo sempre em construção. Não se trata de um saber fechado, incapaz de se movimentar, de se modificar, de se autoavaliar nos diferentes locais e tempos.

É por esse motivo que Acosta e Gudynas (2011, p. 81) sinalizam: o *Buen Vivir* não é um Desenvolvimento Sustentável alternativo, mas uma alternativa ao Desenvolvimento Sustentável, o qual não conhece os limites de exploração da

⁴⁹ *Los conceptos del Buen Vivir ponen en jaque todas esas ideas. Se presentan desde un vínculo directo con los saberes tradicionales que estaban subordinados, cuestionan los transplantes culturales y se alejan de la idea del desarrollo como crecimiento económico. En muchas cosmovisiones indígenas no existe un concepto de desarrollo entendido como la concepción de un proceso lineal, como sucesión de estados anteriores y posteriores. No se defiende una visión de un estado de subdesarrollo a ser superado, y tampoco la de una meta de "desarrollo" a ser alcanzado, forzando la destrucción de las relaciones sociales y la armonía con la naturaleza. En varios casos no tiene lugar la dicotomía occidental que separa sociedad de naturaleza. Tampoco hay una concepción de la pobreza como carencia de bienes materiales o una de riqueza entendida como su abundancia. En otras palabras, el Buen Vivir cuestiona la validez de la idea misma de progreso. Desde la cosmovisión indígena, el mejoramiento social –¿su desarrollo?– es una categoría en permanente construcción y reproducción. En ella está en juego la vida misma. (GUDYNAS e ACOSTA, 2011, p. 104).*

Natureza ou do Ser humano. Essa é a crítica que a citada proposta realiza contra os tipos de desenvolvimento que desprezam as relações de complementaridade entre as pessoas e o mundo que as cercam. Ao não se reconhecer esses elos, é improvável que o adjetivo "sustentável" se torne um projeto de cumplicidade dialogal e histórica.

Percebe-se que a busca pelo "Viver Bem" denota um princípio hologramático o qual pode ser descrito na seguinte expressão: "somos um **em** todos e todos **em** um"⁵⁰. Vida em plenitude⁵¹: essa é a preocupação de uma proposta de Desenvolvimento Sustentável⁵², cujo tempo e o espaço oportunizam identificar nos diferentes diálogos entre os sujeitos humanos e não-humanos. Os esforços na busca deste objetivo comum são tranfronteiriços e unem dimensões locais, regionais nacionais, continentais e globais para resgatar o único local acolhe a vida no seu sentido mais amplo.

Por esse motivo, ressalta-se a síntese sobre o *Buen Vivir* no pensamento de Huanacuni (2010, p. 32): "*Vivir bien, es la vida en plenitud. Saber vivir en armonía y equilibrio; en armonía con los ciclos de la Madre Tierra, del cosmos, de la vida y de la historia, y en equilibrio con toda forma de existencia en permanente*

⁵⁰ "Quando a expressão "um em todos, todos em um" não é visualizada pelo seu potencial integrador, no qual todos carregam a totalidade desse legado antropológico e biológico sul-americano, é improvável que haja o cumprimento desse objetivo desejado". (AQUINO, 2014, p. 428)

⁵¹ Moraes e Freitas (2013, p. 17) destacam os principais pontos de compreensão sobre a vida plena enfatizada pela proposta do *Buen Vivir*: "[...] 1. Priorizar a vida; 2. Obter acordos consensuados; 3. Respeitar as diferenças; 4. Viver em complementaridade; 5. Equilíbrio com a natureza; 6. Defender a identidade; 7. Aceitar as diferenças; 8. Priorizar direitos cósmicos; 9. Saber comer; 10. Saber beber; 11. Saber dançar; 12. Saber trabalhar; 13. Retomar o *Abya Yala*; 14. Reincorporar a agricultura; 15. Saber se comunicar; 16. Controle social; 17. Trabalhar em reciprocidade; 18. Não roubar e não mentir; 19. Proteger as sementes; 20. Respeitar a mulher; 21. Viver bem e NÃO viver melhor. 22. Recuperar recursos; 23. Exercer a soberania; 24. Aproveitar a água; 25. Escutar os anciãos".

⁵² *La meta final de todo tipo de "desarrollo" es el Vivir Bien (allin o sumak kawsay; suma qamaña; ivi maräei; küme mogen). Este ideal incluye a los demás seres, animales, plantas, minerales, astros, espíritus y divinidades. El Vivir Bien es un modo de existencia que está en equilibrio con todos los demás elementos de la Pacha, de acuerdo a los principios básicos de la pachasofía andina, que son los principios de relacionalidad, complementariedad, correspondencia, reciprocidad y ciclicidad. El Vivir Bien ni es riqueza ni pobreza, ni despilfarro ni escasez, ni lujo ni carencia, sino una vida en armonía con todos los demás seres, una convivencia intercultural, interbiótica e intergeneracional.* (ESTERMANN, 2012, p. 7)

respeto". É a partir dessa concepção, dessa con-vivência que o Desenvolvimento Sustentável se afirma como identidade global do século XXI. Sob o tríplice significado proposto para este estudo, inicia-se a compreensão do "Viver Bem" pela sua dimensão política.

3 A PROPOSTA DO *BUEN VIVIR* E SEU SENTIDO POLÍTICO

Não basta reconhecer a importância deste saber andino como alternativa ao Desenvolvimento Sustentável, mas, também, instituir ações que estimulem o fomento e a educação à política do "Viver Bem", especialmente Políticas Públicas. Nessa linha de pensamento, o fundamento primeiro de uma dimensão política do Desenvolvimento Sustentável a partir do *Buen Vivir* é a vida comunitária.

A sabedoria de *Pacha* a qual conduz a viabilidade da citada proposta não se assemelha àqueles critérios de organização política e econômica europeia que se observa desde a queda do Muro de Berlim em 1989. A crise civilizatória⁵³ vivenciada desde a época mencionada demonstra como os projetos socialistas ou capitalistas não conseguiram (e não conseguem) manter condições de vida sustentável para todos, tampouco reconhecer a importância da Natureza como "sujeito próprio". Sob o nome de Desenvolvimento Sustentável, verifica-se ações políticas camaleônicas no sentido de não propugnar o interesse comum, mas interesses setoriais e eleitorais, principalmente nos ambientes nacionais.

A vida comunitária pouco se assemelha à proposição de uma convivência fundamentada pelas bases teóricas e políticas da Sociedade. Nesse último espaço mencionado, observa-se que os interesses são sintetizados pelo comando

⁵³ *Empezada la segunda década del siglo XXI, nos vemos envuelto en una serie de crisis que por primera vez en la historia de la humanidad se juntan de manera explosiva y catastrófica, y que, además, gracias a la globalización de los mercados, de los medios de comunicación y de la contaminación, se han mundializado: crisis financiera, crisis económica, crisis de deuda estatal, crisis ecológica, crisis alimentaria, crisis de valores, crisis energética, crisis militar y crisis espiritual. Todos indicios apuntan a que ya no se trate de una crisis entre otras, tal como era la Gran Depresión de los años 1920, sino de una crisis de un modelo civilizatorio que, después de más de cuatrocientos años de aparente superioridad, llega a su fin, en una decadencia que se convierte en descomposición vertiginosa ante la mirada incrédula de propios y ajenos. (ESTERMANN, 2012, p. 2).*

da voz estatal. A cumplicidade e proximidade entre as pessoas são diluídas pela autoridade, seja burocrática, legal ou intelectual. Não resta outro destino aos "cidadãos" senão cumprir, exaurir nos exatos limites semânticos as disposições enunciadas por um "contrato social"⁵⁴.

Sob ângulo diferente, a identificação daquilo que é comum para todos, fomenta a sua unidade vivencial, ou seja, sujeitos humanos e não-humanos constituem o seu *modus vivendi* ao compreenderem seus limites e possibilidades. Toda ação política, especialmente institucional, a partir da proposta do *Buen Vivir* amplia os espaços de decisão para uma convergência dialogal entre todos a fim de se encontrar aquilo se torna indispensável para a qualidade de vida humana e não-humana.

No espaço comunitário, estimulam-se as responsabilidades as quais não se esgotam pelas vias da autoridade, do contrato ou da lei. Ao contrário, a vivência, o com-partilhar algo junto com o Outro fomenta diferentes afetos, diferentes trabalhos, diferentes experiências as quais tornam o con-viver um ambiente próprio de resgate ao excluído, ao "esquecido", aos camponeses, ao estrangeiro, ou seja, todos que, antes, num projeto civilizatório europeu ou norte-americano, não eram visto, não eram lembrados e sequer convidados para formarem esse mosaico vital na América do Sul⁵⁵.

Percebe-se como as múltiplas cosmovisões, cada uma pelo seu sentido de complementaridade, torna o cotidiano como vetor de elaboração para uma Estética da Alteridade. Essa expressão designa, no domínio político, como o reconhecimento ao Outro, o convite ao desconhecido, sugere relações amistosas, harmoniosas. A vida se torna uma bela obra de arte constituída, diariamente, a cada som, palavra, gesto, cumplicidade de emoções⁵⁶. Esse cenário é (quase)

⁵⁴ "Quando outros sujeitos são reconhecidos como essenciais para a manutenção da vida, observa-se a insuficiência de um pacto cuja natureza é exclusivamente antropocêntrica. Nesse momento, surge a indagação: O Contrato Social é suficiente para preservar, também, o mundo natural caracterizado como 'ser próprio' junto aos seres humanos?" (AQUINO, 2014, p. 199)

⁵⁵ Nas palavras de Zambam (2012, p. 242): "[...] as múltiplas formas de participação [...] são decisivas para afirmar a importância da democracia na ação individual e coletiva das pessoas".

⁵⁶ "[...] o fato de experimentar em comum suscita valor, é vetor de criação. Que esta seja macroscópica ou minúscula, que ela se ligue aos modos de vida, a produção, o

inexistente dentro de uma Sociedade pautada pela eficiência, pelo consumo desmedido, pelas responsabilidades enunciadas pelas leis, pela exclusão de todos que não se adequam a esse cenário mencionada e descrito, para muitos, como qualitativo.

Sob igual critério, as políticas públicas originárias da proposta do *Buen Vivir* conduzem ao Desenvolvimento Sustentável na medida em que demanda dos diversos sujeitos, dos movimentos sociais, das associações e organizações, das instituições públicas, das empresas a sua participação para se conjugar esforços na distribuição das riquezas, dos trabalhos, da saúde, da educação, dos alimentos, dos territórios, da água, da energia, entre outros⁵⁷. É a partir desta concepção comunitária que não se sobrepõem interesses de uns pelos outros, mas se encontram respostas, se encontram ações para que não hajam excessos positivos ou negativos, seja para as pessoas ou para a Natureza. Por esse motivo, é necessário meditar as palavras de Huanacuni (2101, p. 56) sobre o que deve contemplar as políticas públicas a partir do "Viver Bem":

La generación de comunidades productivas: impulsar y promover la rearticulación comunitaria, tanto en el campo como en las ciudades. ! Comprar y generar semillas sanas, sin alteración genética: Bajo el principio del Qolqa44 se debe crear un centro o instituto de producción natural de semillas y recuperación de las diferentes variedades. ! Generar alianzas complementarias estratégicas entre comunidades, entre el Estado y la comunidad, entre empresas privadas, Estado y las comunidades. ! Los Estados deben garantizar primero la necesidad interna (mercado interno) y luego exportar, no en un sentido solo comercial sin buscando toda relación en función del principio del ayni, es decir complementarnos con otros países, siempre resolviendo primero las necesidades internas. ! Impulsar créditos a las comunidades. ! Producir alimento unido a la dimensión espiritual. ! Promover una

ambiente, à própria comunicação, não faz diferença. A potência coletiva cria uma obra de arte: a vida social em seu todo, e em suas diversas modalidades. É, portanto, a partir de uma arte generalizada que se pode compreender a estética como faculdade de sentir em comum". (MAFFESOLI, 2005, p. 28)

⁵⁷ Novamente, enfatiza Zambam (2014, p. 161): "Atualmente, a proposição de políticas de desenvolvimento responsáveis, contextualizada e integradoras das múltiplas áreas da existência humana e da sociedade precisa contemplar os valores, princípios e dinâmica da sustentabilidade empreendidos nos debates dos fóruns internacionais e na ampla rede de reflexão existente no mundo, assim como, na percepção e valorização das práticas que demonstram a possibilidade de efetivação de ideais que movem líderes, personalidades e grupos expressivos da sociedade e alternativos ao modelo existente".

alimentación sana, que no necesariamente significa “estómago lleno”.

A dimensão política do *Buen Vivir* inaugura uma outra percepção para se distribuir bens e serviços às pessoas, bem como a melhoria da sua qualidade de vida: a Natureza é, agora, uma parceira dialogal e não mais um objeto a ser explorado de modo indefinido para atender às demandas obsessivas do progresso e crescimento econômico. O respeito e reconhecimento aos seus ciclos de vida demanda outras ações, estruturas e planejamentos a fim de preservar os seus benefícios para todos os seres vivos que ali habitam e extraem as condições necessárias para a sua manutenção diária. Observa-se uma "virada ecocêntrica"⁵⁸ na qual se expressa, ainda, na dimensão jurídica.

4 A PROPOSTA DO *BUEN VIVIR* E SEU SENTIDO JURÍDICO

Toda expressão comunitária, a qual estimula novas responsabilidades, modifica a relação de dominação entre os seres humanos e a Natureza, descoloniza saberes e amplia variadas e diferentes cosmovisões a fim de tornar o Desenvolvimento Sustentável um projeto em permanente inquietação e metamorfose, deve ser assegurado por instrumentos os quais preservam condições de exercício e reivindicação desses cenários quando forem suprimidos da vida de todos os dias ou não oportunizados pelas ações cotidianas das pessoas com a Natureza e das ações governamentais entre os sujeitos que compõem uma organização social local ou global.

A proposta do *Buen Vivir* reivindica, segundo o pensamento de Huanacuni (2010, p. 46/47), um *Direito Natural Ancestral Comunitário*⁵⁹ o qual não se limita a

⁵⁸ Moraes e Freitas (2013, p. 17) destacam: "Cientistas e filósofos nórdicos há aproximadamente meio século vêm alertando sobre os perigos da continuidade do modelo parasitário predominante de relação entre os seres humanos e a natureza, com base na dominação, e, não na harmonia. Mas, é na América Latina, um continente em cambio, que desponta a coragem de fazer-se uma autentica revolução paradigmática, com o giro ecocêntrico".

⁵⁹ **Derecho** se entiende como la disciplina que se ocupa de las costumbres, prácticas y normas de conducta que la comunidad reconoce como vinculantes. La aplicación de este conjunto de normas corresponde a la autoridad dentro la comunidad. **Natural** significa que esta disciplina emerge no solo de las convenciones sociales o humanas, están sujetas íntimamente a las leyes naturales y por lo tanto lo social debe adecuarse

aplicar castigos, nem reconhece que o Direito se destina somente àqueles que detêm bens patrimoniais ou capital (ilimitado), tampouco se revela pela sua autoridade coercitiva a fim de garantir o mínimo de organização entre as pessoas para se ter uma convivência mais harmoniosa.

Ao contrário, a dimensão jurídica do *Buen Vivir* aposta na liberdade, responsabilidade, respeito, reciprocidade e solidariedade⁶⁰ na interação das pessoas e a Natureza. Essa proximidade desvela o cuidado e novas sensibilidades como critérios de integração. Na medida em que se oportuniza essa dimensão vivencial, apesar de todas as suas dificuldades práticas, verifica-se, nesses territórios, a demanda secundária pela preservação desses pressupostos ao "Viver Bem"⁶¹, pois, nas palavras do mencionado autor (2010, p. 47):

En cambio, el sistema jurídico comunitario antepone la vida y el respeto a la libertad. Frente a un desfase en la armonía de la comunidad, no recurre a prácticas punitivas sino que toda la comunidad coadyuva para que la forma de existencia o el ser humano que ha salido de este equilibrio y armonía vuelva a ellos, asignándole roles de trabajo para devolverle la sensibilidad y la comprensión de que la vida es conjunta y de la necesidad de complementación y cuidado entre todos. La premisa para los pueblos indígenas originarios es la comunidad, trascendiendo lo individual; la comunidad es el pilar esencial de toda la estructura y organización de vida, que no se refiere simplemente a la cohesión social sino a una estructura y percepción de vida que va más allá de los seres humanos y que se relaciona con toda forma de

*a lo natural. **Ancestral.** Nuestros ancestros vivieron en armonía y en equilibrio, basados en los principios y leyes naturales. Ante la modernidad que plantea una vida desligada de la naturaleza, los pueblos indígenas planteamos el retorno a la vivencia ancestral. **Comunitario.** Occidente entiende comunidad como la unidad y estructura social sólo humana; desde la cosmovisión indígena originaria entendemos comunidad como la unidad y estructura de vida, es decir, todo es parte de la comunidad, no sólo lo humano. (HUANACUNI, 2010, p. 46/47)*

⁶⁰ "À ética imperativa da solidariedade sincrônica sincrônica com a geração atual somou-se a solidariedade diacrônica com as gerações futuras e, para alguns, o postulado ético da responsabilidade para com o futuro de todas as espécies vivas na Terra". (SACHS, 2009, p. 49)

⁶¹ "A força, a autoridade e a superioridade moral do Viver Bem derivam, paradoxalmente, da tragédia dos povos originários da América Latina, os quais nada obstante a sucessão de etnocídios de grande parte deles, do saque cultural sofrido e de memoricídios perpetrados durante cinco séculos de colonização, sobrevivem e, com eles a cultura da vida, pelo menos, entre aquelas comunidades indígenas que resistiram, mantendo em suas territorialidades uma relação harmônica com a natureza". (MORAES E FREITAS, 2013, p. 16)

existencia en una común-unidad de interrelación e interdependencia recíproca.

A força da interdependência entre as várias comunidades (artificiais ou naturais) demonstra o seu caráter de indispensabilidade à manutenção da vida para todos os seres vivos. Por esse motivo, um outro modelo jurídico, caracterizado por essa perspectiva comunitária, precisa atender às (novas) expressões de convivência a fim de estimular um significado genuíno para a expressão Desenvolvimento Sustentável.

É nessa linha de pensamento que a proposta do *Buen Vivir* traz novas perspectivas na medida em que admite a Natureza como "ser próprio" ou, em outras palavras, como "sujeito de direitos" nas constituições da Bolívia e Equador. Não se trata tão somente de expressas, nesses ambientes jurídicas, a cultura e a ética das comunidades andinas, mas de reconhecer a importância jurídica do mundo natural como parceiro ao desenvolvimento e manutenção de todos os seres vivos. Não se admite mais aquela interpretação, como se observa na leitura do artigo 225 da Constituição Federal Brasileira, da Natureza como "patrimônio" ou "bem" destinado a manter (somente) a presença humana de modo indefinido na Terra.

A leitura não pode ser mais antropocêntrica, mas ecocêntrica, pois a aplicação de um *Direito Natural Ancestral Comunitário* reivindica a comunhão vital entre os seres vivos que habitam diferentes lugares no território terrestre. Essa aceção reforça como a biodiversidade deve ser compreendida pela suas próprias características, inclusive no planejamento da ocupação humana.

As consequências desse novo tratamento jurídico para a Natureza, descrita na sabedoria andina como *Pachamama*⁶², estimula novos mecanismos nas

⁶² *Es clarísimo que en ambas constituciones la Tierra asume la condition de persona, en forma expresa en la ecuatoriana y tacita en la boliviana, pero con iguales efectos: cualquiera puede reclamar sus derechos, sin que se requiera que sea afectado personalmente, supuesto que es primario si se la considerase un derecho exclusivo de los humanos. El *sumak kawsay* es una expresion quechua que significa buen vivir o pleno vivir, cuyo contenido no es otra cosa que la etica — no la moral individual — que debe regir la action del Estado y conforme a la que tambien deben relacionarse las personas entre si y en especial con la naturaleza. No se trata del tradicional bien comun reducido o limitado a los humanos, sino del bien de todo lo viviente (si se prefiere, hoy se diria respeto por la biodiversidad), incluyendo por supuesto a los*

constituições da Bolívia e Equador que garantam uma participação transfronteiriça de todos na sua preservação, manutenção e cuidado. A responsabilidade nacional se tornou líquida diante de algo que favorece à qualidade de vida para todos os seres vivos os quais dependem das benesses trazidas pela fauna e flora do continente sul-americano. Veja-se, por exemplo, o enunciado do artigo 71 da Constituição do Equador (2008):

[...] La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Sob idêntico argumento jurídico, os artigos 33⁶³ e 34⁶⁴ da Constituição da Bolívia asseguram a proteção da Natureza como indispensável à manutenção da vida no seu sentido mais amplo e demandam outras vias de compreensão comunitária sobre os cuidados e responsabilidades necessárias para se identificar o mundo natural não como objeto, mas "ser próprio", com "vida própria" que não se destina à instrumentalização dos (infinitos) desejos humanos. É a partir desse vínculo comunitário vital que o Direito se transforma para manter uma ordem social, cuja premissa não é a lei, mas a cumplicidade, a comunhão entre todas as vidas.

O Contrato Social, celebrado por Rousseau, não consegue demandar essa nova condição protetiva porque não incluiu a Natureza - ou *Pachamama* - como sujeito que participa junto aos seres humanos na manutenção desta nossa

humanos, entre los que exige complementariedad y equilibrio, no siendo alcanzable individualmente. (ZAFFARONI, 2010, p. 120/121)

⁶³ *Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.*

⁶⁴ *Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, esta facultada para ejercer las acciones legales en defensa del medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente.*

morada comum. Para que os efeitos desse pacto tragam significativas mudanças ao nosso momento presente, é necessário a sua complementação com o "Contrato Natural"⁶⁵. Trata-se "[...] de um contrato cujo fundamento é as relações amistosas que evitam o surgimento e a proliferação de parasitas. [...] O Contrato Natural é escrito sob a premissa do amor, em todas as partes do mundo" (AQUINO, 2014, p. 205).

A relação simbiótica entre todos os seres vivos denota um contrato cujo fundamento ocorre pelo seu caráter simbiótico. Se existe uma preocupação com as diferentes comunidades vivas, a Justiça a que se refere deve ser ecológica e não destinada tão somente a preservar as "presentes e futuras gerações". Não! Todas essas evidências jurídicas não apenas denotam uma mudança na ideia do Contrato que governa essa pluralidade de comunidades, como a Justiça precisa incluir a Natureza para mitigar os excessos que a deterioram.

O Contrato Natural e a Justiça Ecológica⁶⁶ esclarecem como os saberes andinos, aos poucos, inauguram uma alternativa sul-americana de Desenvolvimento Sustentável por meio dos Direitos da Natureza⁶⁷. A partir dessa linha de pensamento, junto às dimensões política e jurídica, a econômica, também, precisa sofrer as angústias de uma metamorfose para que haja vida em plenitude para todos nessa região continental.

5 A PROPOSTA DO *BUEN VIVIR* E SEU SENTIDO ECONÔMICO

⁶⁵ "[...] Em outras palavras, o contrato social no qual se baseia a governabilidade de nossa sociedade deve ser complementado por um contrato natural". (SACHS, 2009, p. 49).

⁶⁶ "A proximidade do econcentrismo com a sustentabilidade ecológica é o caminho mais promissor para uma teoria funcional da justiça ecológica. [...] Para se tornar um conceito verdadeiramente ecológico, a justiça precisa chegar ao mundo não humano. [...] Não é o suficiente cuidar dos seres humanos que vivem hoje e amanhã, quando os processos naturais que sustentam a vida estão em risco. Há uma necessidade de identificar e reconhecer a importância ética e jurídica da integridade ecológica". (BOSELNANN, 2015, p. 129)

⁶⁷ *El reconocimiento de los Derechos de la Naturaleza permite convertirla en sujeto de derechos, donde ésta vale por sí misma, independientemente de la posible utilidad o uso humano. Ésta es una postura biocéntrica, donde se debe asegurar la sobrevivencia de especies y ecosistemas. Por lo tanto, no implica una naturaleza intocada, sino que es posible seguir aprovechando los recursos naturales, pero mientras se mantengan los sistemas de vida.* (ACOSTA E GUDYNAS, 2011, p. 108)

"Viver Bem" não significa viver melhor. Essa distinção é necessária para se compreender como o saber andino visa tornar eficaz a ideia de Desenvolvimento Sustentável a partir do domínio econômico. A proposta da segunda expressão citada - "viver melhor" - reproduz as desigualdades promovidas pela alta atividade industrial, pelo trabalho excessivo (e, muitas vezes, análogo à condição escrava), pelo consumo desmedido de pessoas, animais e plantas, pela ganância difundida como critério de organização social. Esse é o cenário desejável pelo progresso caracterizado por um crescimento econômico ilimitado⁶⁸.

Os modelos de Desenvolvimento Sustentável partem da premissa do capital e suas vertentes para "preservar o meio ambiente" (como se observa pela Economia Verde). Na proposta do *Buen Vivir* a insistência no capital e sua aquisição criam cenários de exclusão e miséria quando não oportunizam condições para, de um lado, se distribuir entre as pessoas trabalho, saúde, educação, lazer, alimentação e, por outro, o reconhecimento dos limites de exploração da vida natural por meio de seus ciclos regenerativos, bem como da preservação das espécies que dependem da flora, dos rios, das montanhas para manter uma vida equilibrada, sem que haja interferência excessiva da ação humana⁶⁹.

A busca por uma vida comunitária equilibrada não é tarefa fácil. Exige-se que outras condições de fomento e melhoria à Economia possibilite a concretização dessa interdependência entre os sujeitos humanos e não-humanos. Por esse motivo, além de não se caracterizar com os cenários históricos e

⁶⁸ *La visión del vivir mejor ha generado una sociedad desigual, desequilibrada, depredadora, consumista, individualista, insensibilizada, antropocéntrica y antinatural. El vivir mejor supone el progreso ilimitado y nos lleva a una competición con los otros para crear más y más condiciones para vivir mejor. Sin embargo, para que algunos puedan vivir mejor millones y millones tienen y han tenido que vivir mal. Es la contradicción capitalista.* (HUANACUNI, 2010, p. 33)

⁶⁹ [...] *El plan parte de reconocer que el Buen Vivir es una reacción frente a los estilos de desarrollo neoliberales anteriores, y sostiene que se lo "construye continuamente desde reivindicaciones que buscan una visión que supere los estrechos márgenes cuantitativos del economicismo y permita la aplicación de un nuevo paradigma cuyo fin no sea los procesos de acumulación material, mecanicista e interminable de bienes, sino que promueva una estrategia económica incluyente, sostenible y democrática". Suma a esos pilares el propósito de salir del antropocentrismo occidental para generar otras relaciones con la naturaleza, y la búsqueda de igualdad, justicia social y valorización de otros saberes.* (ACOSTA E GUDYNAS, 2011, p. 108)

culturais da América do Sul, os atuais modelos (camaleônicos) de Desenvolvimento Sustentável, a partir da economia capitalista inviabilizam os objetivos para que haja a amplitude de solidariedade, respeito, reciprocidade e responsabilidade entre as diferentes comunidas sul-americanas. Verifica-se como as palavras de Huanacuni (2010, p. 33) precisam ser refletidas:

En la visión del vivir bien, la preocupación central no es acumular. El estar en permanente armonía con todo nos invita a no consumir más de lo que el ecosistema puede soportar, a evitar la producción de residuos que no podemos absorber con seguridad. Y nos incita a reutilizar y reciclar todo lo que hemos usado. En esta época de búsqueda de nuevos caminos para la humanidad, la idea del buen vivir tiene mucho que enseñarnos. El vivir bien no puede concebirse sin la comunidad. Irrumpe para contradecir la lógica capitalista, su individualismo inherente, la monetarización de la vida en todas sus esferas, la desnaturalización del ser humano y la visión de la naturaleza como “un recurso que puede ser explotado, una cosa sin vida, un objeto a ser utilizado.

Não se pretende abolir as ações econômicas, mas submetê-las a outros critérios que não privilegiem a acumulação desmedida de bens, porém amplie e fomenta condições de distribuição a fim de que todos tenham vida em plenitude. Transformar as relações humanas com o mundo natural em "mercados" ou exigir que o Estado resolva seus conflitos apenas por indicadores mercantis⁷⁰ ou econômicos é empobrecer, de modo demasiado, a pluralidade de cenários, pessoas, tempos e locais os quais trazem, também, outros horizontes para tornar essa cumplicidade mais viável e visível para todos.

O progresso ilimitado pelo crescimento econômico infinito evidencia, historicamente, as diferentes crises e catástrofes enunciada todos os dias pelos diferentes canais de mídia e comunicação. É preciso, a partir da proposta do *Buen Vivir*, ter coragem para se insistir no desejável progresso sem que haja tão somente crescimento, mas o seu oposto: decrescimento. Esse é o caminho

⁷⁰ *El mercado por sí solo no es la solución, tampoco lo es el Estado. El subordinar el Estado al mercado conduce a subordinar la sociedad a las relaciones mercantiles y a la egolatría individualista. Lejos de una economía sobredeterminada por las relaciones mercantiles, el buen vivir se orienta a vinculaciones dinámicas y constructivas entre el mercado, la sociedad y el Estado. Se busca construir una sociedad con diversidad de tipos de mercados, para no tener una “sociedad de mercado”, es decir, mercantilizada. No se quiere una economía controlada por monopolistas y especuladores. Pero tampoco se reduce todo al Estado ni se promueve una visión estatista a ultranza de la economía.* (ACOSTA E GUDYNAS, 2011, p. 77)

apropriado para um Desenvolvimento Sustentável econômico⁷¹ na América do Sul.

Toda ação econômica - nas duas diferentes atividades de produção, extração, comercialização, transformação - demanda energia. O Decrescimento⁷² ensina, pela Segunda Lei da Termodinâmica, que toda perda energética não se renova. Por esse motivo, evidencia-se a finitude do mundo natural e humano para constituir uma vida equilibrada. Não se pode admitir que o Desenvolvimento Sustentável tenha como único critério de melhoria o permanente crescimento⁷³. Outras oportunidades, outras respostas deverão vir das práticas econômicas locais a fim de viabilizar, cada vez mais, um "Viver Bem" e não uma demanda parasitária para se "viver melhor".

A ênfase numa Economia Comunitária⁷⁴ destaca a necessidade do decrescimento sem que haja o desaparecimento das relações econômicas.

⁷¹ *La economía, y, por tanto, el desarrollo económico, es para la pachasofía andina el manejo prudente y cuidadoso de la Casa Común (wasi; uta) que es el universo (Pacha). El desarrollo económico que en Occidente es sinónimo de crecimiento y desarrollo sin más, para el ser humano andino es parte íntegra de todo un proceso holístico de mejoramiento y maduración, al ritmo del desenvolvimiento orgánico ("des-arrollo") de la Pacha. Por tanto, el desarrollo económico siempre está sujeto a un proceso mayor que incluye aspectos espirituales, religiosos, culturales, civilizatorios, sociales y políticos. En lo práctico, esto significa que la economía tiene que someterse a la política y ética, y éstas a la cosmovisión o pachasofía.* (ESTERMANN, 2012, p. 8).

⁷² “[...] O homem é assim feito, interessa-se pelo que vai acontecer amanhã e não daqui a milhares de anos. E, no entanto, são as forças que atuam mais lentamente que são, em geral, as mais decisivas. A maior parte dos homens morre não de uma força que atua rapidamente – como uma pneumonia ou um acidente de viação – mas de ação lenta das forças que provocam o envelhecimento. Como fazia notar um filósofo jainista, é quando nasce que o homem começa a morrer.” (GEORGESCU-RÖEGEN, 2013, p. 63)

⁷³ “[...] Basta que se entenda que o desenvolvimento deverá um dia prescindir do crescimento econômico. Além disso, a principal implicação atual dessa tese é que será muito melhor que o produto mundial aumente a uma taxa média de 2% - dobrando em trinta e cinco anos – do que de 7%, quintuplicando em vinte e quatro. Mais: que essa média resulte de taxas das mais elevadas em uma centena de países periféricos e das mais baixas nas duas ou três dezenas de países centrais. Só isso poderá permitir que a qualidade do crescimento econômico seja compatível com a conservação ecossistêmica, gerando algo mais parecido com a tão almejada sustentabilidade”. (VEIGA, 2009, p. 49)

⁷⁴ *Economía desde la cosmovisión de los pueblos originarios, y en particular desde la visión aymara, es la forma en que seres humanos y comunidades deciden relacionarse con todas las formas de existencia: animales, insectos, plantas, montañas, ríos, selva, aire, etc., que de ninguna manera son “recursos” sino seres que viven y que se merecen todo respeto. Se relacionan de forma complementaria y recíproca. Por ejemplo, el árbol genera oxígeno y absorbe anhídrido carbónico, Los pueblos originarios parten de la*

Ninguém, nem os seres humanos, se classificam como superiores às outras formas de vida. É a partir dessa compreensão que a Natureza não se torna objeto⁷⁵ de livre exploração econômica. Planeja-se o uso adequado de todas as energias para se estimular e indagar os objetivos do Desenvolvimento Sustentável. Nessa linha de pensamento, as palavras de Cechin (2010, p. 180/181) são necessária para se compreender as diretrizes para uma Economia a partir da Ecologia e Decrescimento:

“[...] Desenvolvimento requer energia. E ela é que conecta os desafios da sustentabilidade ambiental com as dimensões social e econômica do desenvolvimento. [...] Não é possível, portanto, falar de desenvolvimento sustentável sem aludir à base energética na qual se baseou o desenvolvimento a partir da Revolução Industrial. Então, a questão fundamental é saber se os humanos podem coletivamente perceber a magnitude do problema atual e encaminhar as soluções necessárias”.

A proposição do *Buen Vivir* traz uma crítica necessária ao *modus vivendi* de um cenário sul-americano pautado pela economia capitalista. As acentuadas desigualdades, os serviços precários, a relação de dominação com o mundo natural, o desperdício energético das diferentes comunidades de seres vivos, a eliminação cultural da proximidade, respeito e solidariedade causam as múltiplas crises vivenciadas na dimensão local. Tratam-se de situações as quais não são resolvidas por respostas superficiais diante de sua complexidade. Sob idêntico argumento, é inviável pensar em Desenvolvimento Sustentável no domínio

conciencia de que todo está conectado y por sus naturalezas todas tienen un rol complementario; el ser humano es un criador y cultivador por naturaleza, por tanto cuida, cría, siembra y cosecha, cuidando el equilibrio de la vida. Qué bienes y servicios se producirán, cómo se producirán, cómo se distribuirán y redistribuirán entre los miembros de la comunidad social y de vida (con otras formas de existencia). (HUANCUNI, 2010, p. 36)

⁷⁵ *En el ayllu no hay lugar para el término “recurso”, ya que si todo vive, lo que existe son seres yno objetos, y el ser humano no es el único parámetro de vida ni es el rey de la creación. El principio de occidente busca dominar la naturaleza; desde el principio originario no se busca dominar nada, se busca relacionarnos bajo el principio y la conciencia del ayni. Tampoco cabe el concepto de explotación de nada ni de nadie, porque nada ni nadie es útil sólo para uno, ni el propósito de las demás formas de existencia es sólo el beneficio del ser humano; todo está en una relación complementaria, en un perfecto equilibrio (Ayni). En consecuencia, todo tiene su importancia; por ejemplo las plantas expelen oxígeno y otros elementos para todos los seres, los insectos se complementan con las semillas para el fruto, la lluvia renueva la vida de todos y el sol calienta para todos.(HUANCUNI, 2010, p. 35)*

econômico sem que haja uma profunda modificação na relação dos seres humanos com a Natureza.

Quando se percebe a importância do mundo natural como um parceiro para a melhoria de vida a todos os seres vivos, não se pode mais admitir as vias do progresso pelo crescimento desmedido e ilimitado para satisfazer apenas interesses setoriais. É necessário modificar o *modus operandi* dos procedimentos econômicos para outros mais viáveis, os quais se possa saber usar de modo adequado todas as energias envolvidas, sejam as naturais ou artificiais.

Na medida em que se criam mecanismos os quais favorecem o melhor uso energético dos seres vivos em diferentes atividades, observa-se os desafios próprios do *Buen Vivir* para superar a sua fragilidade histórica e iluminar novas perspectivas para a vida no globo⁷⁶. A tríplice caracterização do "Viver Bem" pela sua dimensão política, jurídica e econômica demonstra sua face utópica a qual não é abstrata, mas concreta⁷⁷ e que se renova a cada interação e compreensão entre os diferentes locais, culturas, seres e sensações provocadas por essa cumplicidade, inicialmente, continental. Esse é o Desenvolvimento Sustentável próprio da América do Sul.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida comunitária amplia nossa cumplicidade pelos diferentes seres que habitam o continente Sul-Americano. Nenhum dos sujeitos humanos deve se classificar como superior em detrimento da pluralidade vital a qual oportuniza a compreensão sobre a indispensabilidade de todos para a manutenção da Terra.

⁷⁶ *También es cierto que el buen vivir tiene su cuota de romanticismo, pero a la vez ofrece una vigorosa dosis de realismo. Recuérdese que los estilos de vida que propugnan la relación armónica entre los seres humanos y de estos con la naturaleza, con todas las limitaciones que se les pueda encontrar, fueron la base para que las culturas indígenas pudieran resistir más de quinientos años de colonización y explotación.*

⁷⁷ “[...] O ponto de contato entre sonho e vida, sem o qual o sonho produz apenas utopia abstrata e a vida, por seu turno, apenas trivialidade, apresenta-se na capacidade utópica colocada sobre os próprios pés, a qual está associada ao possível-real. [...] aqui teria lugar o conceito de *utópico-concreto*, apenas aparentemente paradoxal, ou seja, um antecipatório que não se confunde com o sonhar utópico abstrato, [...]”. (BLOCH, 2005, p. 145)

Essa clareza somente pode surgir em decorrência dos saberes ancestrais vivenciado pelos povos andinos na região da Bolívia e Equador. Verifica-se, a partir da proposição do *Buen Vivir* de que modo é possível buscar o progresso sem que haja uma dependência acentuada com a obsessiva busca pelo crescimento econômico.

Ao contrário, "Viver Bem" não significa "viver melhor". O resgate daquilo que é comum a todos e forma sua unidade de identificação (comunidade) propõe essa saída dos domínios do "Eu" para, junto ao "Tu", constituir o "Nós". As terras sul-americanas são generosas o suficiente para prover todas as nossas necessidades, sejam culturais, naturais ou espirituais. O reconhecimento da Natureza como "ser próprio", como parceira na busca dessa melhoria na qualidade de vida para todos consolida a metamorfose na qual as dimensões política, jurídica e econômica para convergirem esforços no sentido de elaborar um modelo de Desenvolvimento Sustentável para o continente já citado.

Sob esse nome - modelo - não é possível exaurir todas as potências criativas para tornar viável a *pachasofia* andina. Não se deseja constituir parâmetros delimitados para utilizar uma resposta universal a todas as dificuldades na América do Sul. Cada local tem suas características, as quais precisa ser compreendida de modo indutivo. É a partir dessa condição que a busca pela "Viver Bem" se torna diferente porque as múltiplas cosmovisões são capazes de, igualmente, apresentarem outras proposições de Desenvolvimento Sustentável que não sejam enunciadas exclusivamente por um desejo de progresso desmedido.

Consta-se novas utopias carregadas de esperanças sensatas que nos previnem de uma postura excessivamente cética em relação ao nosso futuro comum. As evidências de nosso momento presente demonstram posturas contrárias à ditadura do capital e eficiência. A busca por políticas públicas que distribuem necessidades elementares sem agredir a Natureza, a promoção de novos cuidados jurídicos e sensibilidades pelos ciclos de regeneração do mundo natural, a inclusão do estrangeiro, do campesino, do marginalizado pelas responsabilidades comunitária, o reconhecimento da finitude de todas as matrizes

energéticas evidenciam outro estágio de convivência, a qual necessita, ainda, de habitualidade para trazer outros momentos de proximidade e cumplicidade.

O Desenvolvimento Sustentável, a partir do *Buen Vivir*, não é um modelo, mas uma via compreensiva para de des-velar significados (inclusive os óbvios) para garantir que nossa interdependência promova, cada vez mais, vida em plenitude para todos os seres vivos, sejam humanos ou não-humanos. Por esse motivo, a hipótese que se descreveu no início deste estudo demonstrou ser positiva no sentido de se constatar a insuficiência dos modelos de Desenvolvimento Sustentável para a América do Sul. O "Viver Bem" é a alternativa desejável para se buscar um progresso inclusivo, menos veloz, menos capitalizado e mais sensível no trato com todos os seres vivos.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, A.; GUDYNAS, E.. El buen vivir o la disolución de la idea del progreso. In: ROJAS, Mariano (Coord.) **La medición del progreso y bienestar: propuestas desde América Latina**. México: Foro Consultivo Científico y Tecnológico, 2011.

ACOSTA, A.; GUDYNAS, E.. El buen vivir: más allá del desarrollo. **Revista Qué Hacer**, DESCO, n. 181, Lima, enero/marzo de 2011.

AQUINO, S. R. F. de. Do contrato social ao contrato natural: o tratado constitutivo da UNASUL como expressão de uma utopia concreta. In: TRINDADE, André Karam; ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira; BOFF, Salete Oro. **Direito, democracia e sustentabilidade**: anuário do programa de pós-graduação stricto sensu da Faculdade Meridional. Passo Fundo, (RS): IMED, 2014.

AQUINO, S. R. F. de. **Por uma cidadania sul-americana**: fundamentos para sua viabilidade na UNASUL por meio da ética, fraternidade, sustentabilidade e política jurídica. Saabrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2014.

BLOCH, E.. **O princípio esperança**. Tradução de Nélcio Schneider. Rio de Janeiro: EdUERJ/Contraponto, 2005, v.1.

BOSELDMANN, K.. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CECHIN, A.. **A natureza como limite da economia**: a contribuição de Nicholas Georgescu-Roegen. São Paulo: SENAC/EDUSP, 2010.

ESTERMANN, J.. Crisis civilizatoria y vivir bien: una crítica filosófica del modelo capitalista desde allin kawsay/suma qamaña andino. **Polis: Revista de la Universidad Bolivariana**. v. 11. n. 33. Santiago. 2012.

GEORGESCU-ROEGEN, N.. **O decrescimento**: entropia, ecologia e economia. Tradução de José Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2013.

HUANACUNI, F.. **Buen vivir/ Vivir bien**: Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. Peru: CAOI, 2010.

MORAES, G. de O.; FREITAS, R. C.. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico dos andes: dos direitos de Pachamama e o Bem-viver na Constituição do Equador (Sumak Kawsay) e Bolívia (Suma Qamaña). In: MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho (Orgs.). **UNASUL e o novo constitucionalismo latino-americano**. Curitiba: CRV, 2013.

NOSSO FUTURO COMUM (Relatório Brundtland). Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

PASOLD, C. L.. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SACHS, I.. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

VEIGA, J. E. da. **Desenvolvimento sustentável**: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

VEIGA, J. E. da. **Mundo em transe**: do aquecimento global ao ecodesenvolvimento. Campinas, (SP): Armazém do Ipê, 2009.

VERNANT, J. P.. **A origem do pensamento grego**. Tradução de Ísis Borges B. da Fonseca. 17. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2008.

ZAFFARONI, E. R.. La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia. **Revista Bolívia**. La Paz. Marzo, 2010.

ZAMBAM, N. J.. A democracia contemporânea: entre a cruz e a espada. In: TRINDADE, André Karam; ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira; BOFF, Salete Oro. **Direito, democracia e sustentabilidade**: anuário do programa de pós-graduação stricto sensu da Faculdade Meridional. Passo Fundo, (RS): IMED, 2014.

ZAMBAM, N. J.. **Amartya Sen**: liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável. Passo Fundo: IMED, 2012.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM
DIREITO E SOCIEDADE DO
UNILASALLE
GT - [1855] JUÍZES E CIDADES NA AMÉRICA
LATINA**

CANOAS, 2015

OS TRIBUNAIS E AS CIDADES: A DISPUTA PELA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PLANO DIRETOR

Aline Viotto

Bianca Tavorari

RESUMO: O artigo trata da disputa interpretativa em torno do sentido do plano diretor na argumentação dos ministros do Supremo Tribunal Federal e dos desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

PALAVRAS-CHAVE: plano diretor; política urbana; constitucionalidade; interpretação judicial.

1 INTRODUÇÃO

O recurso extraordinário n. 607940 está na pauta do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro desde agosto de 2014. A relação entre o plano diretor – instrumento da política de desenvolvimento e expansão urbana, obrigatório para os municípios com mais de 20.000 habitantes, conforme estabelecem a Constituição Federal e o Estatuto da Cidade – e outras leis que disciplinam o parcelamento, o uso e a ocupação do solo urbano é central nesse julgamento. Ao estabelecerem o vínculo entre esses dois tipos de normas jurídicas, os ministros do STF não tratam apenas de questões de competência legislativa e da hierarquia entre normas – são os próprios sentidos atribuídos ao papel do plano diretor que estão em disputa.

O objetivo deste artigo é reconstruir internamente os argumentos jurídicos mobilizados pelos juízes nas diferentes instâncias do judiciário em que esta questão foi tratada. Isso porque o recurso extraordinário n. 607940 teve origem no questionamento, por parte do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), da constitucionalidade de uma lei do Distrito Federal que regula a abertura de condomínios fechados. A principal finalidade do artigo é expor as disputas interpretativas em cada um dos âmbitos institucionais, indicando como a questão se transformou ao ser analisada por essas cortes, deixando de ser

apenas sobre a constitucionalidade de uma lei específica. Partimos da hipótese de que a discussão da relação entre plano diretor e outras leis coloca em jogo o próprio procedimento democrático para o planejamento urbano. Não se trata de questão meramente formal, mas de como se determina a política que orienta o desenvolvimento urbano das cidades brasileiras. Em outras palavras, é uma questão sobre quem pode fazer parte da tomada de decisão tanto no caso do plano diretor quanto nas leis urbanísticas em geral.

A reconstrução da estrutura argumentativa das decisões judiciais em diferentes instâncias busca contribuir para o debate sobre a relação entre direito e espaço urbano sob uma perspectiva pouco usual. Nos estudos sobre direito e urbanismo, o foco das investigações tem sido o legislativo, sendo marginais as análises das decisões do judiciário e de seus impactos.¹ Além disso, quando a pesquisa tem como objeto o judiciário, geralmente está centrada na análise quantitativa das decisões, sem adentrar na análise da qualidade da fundamentação das decisões. Por isso, este artigo também pretende contribuir para os estudos recentes² sobre como são formuladas as fundamentações das decisões jurisdicionais e como é construída a legitimidade do poder judiciário no Brasil. Partimos, portanto, do pressuposto de que os argumentos judiciais importam. Em primeiro lugar, porque em uma democracia a justificção de uma decisão, pelo Estado, tornou-se condição de legitimidade da sua atuação. Fornecer justificativas permite que a qualidade das decisões possa ser controlada pela sociedade: sem fundamentação não é possível nem concordar nem discordar de uma decisão. Além disso, o texto das normas jurídicas é indeterminado, ou seja, não encerra apenas um único sentido. Diante dessa abertura, os juízes necessariamente interpretam o texto da lei e escolhem entre mais de uma alternativa possível, ainda que todas possam ser admitidas pelo direito. Como se trata de uma escolha, a justificativa é novamente central.

¹ Para uma exceção, ver a pesquisa realizada pela PUC-SP no âmbito do projeto “Pensando o Direito” do Ministério da Justiça: SAULE Jr., Nelson, LIBÓRIO, Daniela, AURELLI, Arlete Inês (coords.). Conflitos coletivos sobre a posse e a propriedade de bens imóveis. *Projeto Pensando o Direito*, n.07/2009, Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça.

² Aqui referimo-nos aos estudos realizados por RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Rio de Janeiro: FGV, 2013.

Este artigo está estruturado em sete partes. Na primeira, será feita uma breve reconstrução histórica do debate e das disputas na Assembleia Nacional Constituinte de 1986-1988 a respeito da introdução do conceito de plano diretor no texto constitucional. O retorno ao debate do período da constituinte demonstra como a positivação do plano diretor na constituição foi marcada pelo conflitos entre diferentes grupos sociais que persistem até o presente. Entre a segunda e a sexta parte deste trabalho, será apresentado o estudo das controvérsias judiciais a respeito da constitucionalidade da lei n. 710/2005 do DF. O segundo e o terceiro pontos tratarão dos argumentos apresentados por cada uma das partes envolvidas na controvérsia judicial. Na segunda parte, serão apresentados os argumentos do MPDFT para questionar a constitucionalidade da referida lei, enquanto na terceira serão expostas as justificativas do Governador do Distrito Federal, do Presidente da Câmara Legislativa e do Procurador Geral do Distrito Federal para defender a constitucionalidade. Em seguida, será apresentada uma síntese dos argumentos das partes, acompanhada de uma discussão sobre como a questão da constitucionalidade da lei n. 710/2005 pode ser encarada sob diferentes perspectivas. No quinto ponto, serão reconstruídas as estruturas argumentativas dos votos dos desembargadores do TJDF no julgamento da constitucionalidade da lei n. 710/2005. A sexta parte reconstituirá os caminhos argumentativos feitos pelos ministros do STF na decisão sobre a repercussão geral do recurso extraordinário e no julgamento de mérito da questão constitucional. Por último, com base no caso apresentado, apresentamos algumas considerações finais.

2 O PLANO DIRETOR NO TEXTO CONSTITUCIONAL E NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE

A Constituição de 1988 é a primeira a dedicar um capítulo específico à questão urbana e dois parágrafos se referem expressamente ao plano diretor.³ No

³ “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

entanto, ainda que tenham recebido outros nomes na história, planos diretores foram formulados e implementados no Brasil muito antes da previsão constitucional atualmente vigente.⁴ Ainda que não formem a origem dos planos, porém, a Assembleia Nacional Constituinte e a Constituição são marcos decisivos da politização do plano diretor pelos movimentos sociais, se comparado com a primazia da técnica que estruturava as intervenções anteriores de maneira geral.⁵ Seria de se esperar, portanto, que a atual redação do artigo 182 tivesse sido fruto de uma iniciativa da sociedade civil. A emenda popular n. 63, articulada pelo Movimento Nacional pela Reforma Urbana (MNRU) com mais de 130 mil assinaturas, reivindicava a participação popular tanto na elaboração quanto na implementação dos chamados “planos de uso e ocupação do solo”. Ao longo do processo constituinte, vários termos foram utilizados para designar o instrumento de regulação do espaço urbano nas cidades – “planejamento do desenvolvimento municipal”, “ordenamento territorial”, “planos ordenadores do espaço urbano”, “planos urbanísticos”, entre outros.⁶ No entanto, uma das primeiras emendas que utiliza a expressão “plano diretor” é também a única a vinculá-lo à noção de

§ 1º – O *plano diretor*, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º – A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no *plano diretor*.”

⁴ Para uma análise das mudanças de concepção a respeito do plano diretor ao longo da história brasileira, com uma proposta de periodização, ver VILLAÇA, Flávio. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In: DEÁK, Csaba, SCHIFFER, Sueli Ramos (orgs.). *O processo de urbanização no Brasil*. 2ª edição. São Paulo: FUPAM/EDUSP, 2010.

⁵ Um exemplo concreto pode ser encontrado no balanço sobre o plano diretor de São Paulo feito na gestão de Luiza Erundina (PT-SP): “[...] muito da tecnocracia dos anos 60 ainda está presente no planejamento urbano brasileiro e paulista, e as causas de sua ineficácia não devem ser procuradas nos aspectos técnicos ou científicos dos planos, no seu conteúdo, ou objetivos. Não foi por falhas deste tipo que tantos planos fracassaram. [...] Vamos repetir quantas vezes for necessário: não são os planos, nem o planejamento, mas as organizações sociais e políticas que lutam pela conquista de seus interesses os responsáveis pelas mudanças na sociedade”, KOWARICK, Lucio, ROLNIK, Raquel, SOMEKH, Nadia (eds.). *São Paulo: crise e mudança*. São Paulo: Brasiliense/Prefeitura de São Paulo, 1990, p.214-215.

⁶ Ver BASSUL, José Roberto. A constitucionalização da questão urbana. In: *Volume IV – Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois. Estado e economia em vinte anos de mudanças*. Brasília: Senado Federal, 2008, p. 13. Esta é a reconstrução mais detalhada e completa sobre o capítulo da ordem urbana na Assembleia Nacional Constituinte e nos apoiamos nesta análise para além deste ponto específico.

função social da propriedade. Proposta pelo bloco conservador conhecido como “Centrão”, esta emenda elevou o “plano urbanístico à condição expressa de paradigma do cumprimento da função social da propriedade”⁷, com a finalidade de criar mais uma instância para impedir a auto-aplicação do princípio da função social.

Assim, a exigência de que os municípios formassem planos diretores teve o intuito original de bloquear, ainda que temporariamente, a aplicação da função social para as propriedades urbanas, o que limitou a proposta da emenda popular.⁸ Essa breve menção à origem do plano diretor na constituinte tem a finalidade de mostrar que tensões e embates entre forças sociais opostas perpassam o próprio texto constitucional. Além disso, o sentido de “plano diretor” já faz parte da disputa pela formulação do texto que é interpretado hoje pelo STF no recurso extraordinário analisado neste artigo: questões como a forma, a aplicabilidade, o conteúdo e os agentes envolvidos na elaboração do plano diretor já estavam em pauta ao menos desde 1987. Assim, os argumentos e as decisões analisadas aqui fazem parte de um contexto mais amplo de lutas sociais pelo direito no Brasil. No caso do plano diretor, essas lutas marcam a sua história desde a sua origem.

3 O QUESTIONAMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR N. 710/2005

Em junho de 2007, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) contra a Lei Complementar n.710/2005.⁹ Editada pela Câmara Legislativa do Distrito Federal por iniciativa do Governo do Estado, a lei regula os assim chamados “projetos urbanísticos com diretrizes especiais para unidades autônomas”. Como esses

⁷ Idem, p. 14.

⁸ Ver GRAZIA, Grazia de. Estatuto da Cidade: uma longa história com vitórias e derrotas. In: OSORIO, Leticia Marques (org.). *Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 16.

⁹ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2007.00.2.006486-7, ajuizada no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

projetos não são objeto de nenhuma outra norma urbanística brasileira, a própria lei complementar traz uma definição: “projeto devidamente aprovado pelo Governo do Distrito Federal, para determinado *lote*, regido pelas diretrizes especiais constantes desta Lei Complementar e *integrado por unidades autônomas e áreas comuns condominiais*, nos termos da Lei Federal n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964” (art. 1º, §1º, grifos nossos). A primeira definição é complementada pela explicação de alguns de seus elementos constitutivos: *lote* é “o terreno resultante de quaisquer das modalidades de parcelamento do solo” (art. 3º, IV) e *unidade autônoma* é definida como “a unidade privativa que compuser Projeto Urbanístico com Diretrizes Especiais para Unidades Autônomas” (art. 3º, VI).

Esse primeiro grupo de determinações indica que se trata de uma regulação específica (“projetos urbanísticos com diretrizes especiais”) para parcelas determinadas do solo compostas por unidades privativas organizadas em condomínio. O particular que tiver um projeto aprovado pelo poder público tem uma série de obrigações, tais como demarcar as unidades autônomas, implantar o sistema viário e a infraestrutura básica, composta por escoamento das águas pluviais, iluminação, rede de abastecimento de água potável, de energia e de esgoto (art. 4º, I e II). Em contrapartida, tem permissão para cercar os limites externos do empreendimento e colocar guaritas para controlar o acesso (art. 6º, I e II). Como veremos ao longo deste texto, todos os atores envolvidos nessa disputa entendem que a lei complementar regula os “condomínios fechados”.

O Ministério Público desenvolve dois tipos de argumento para defender a inconstitucionalidade da lei. O primeiro deles afirma que o conteúdo da lei complementar teria de ser regulado pelo plano diretor de ordenamento territorial (PDOT) ou pelos planos diretores locais (PDL) e não por lei. O segundo argumento trata de violações materiais da regulação dos condomínios fechados aos princípios da política urbana e à Lei Federal de Uso e Parcelamento do Solo (Lei n. 6.766/1979). Como se trata de apontar problemas de caráter constitucional, os argumentos do MPDFT têm de se basear na Lei Orgânica do

Distrito Federal, que tem *status* de constituição do estado.¹⁰ Passamos a examinar cada um dos tipos de argumento em mais detalhes.

O primeiro é de ordem procedimental. Afirmar que o instrumento utilizado para regular os condomínios fechados não foi o adequado, o MPDFT não questiona a legalidade ou a legitimidade desses condomínios, mas tampouco se restringe ao âmbito puramente formal. Isso porque traça uma diferença importante entre o plano diretor – que formalmente é uma lei – e leis ordinárias e complementares. O plano diretor seria o instrumento mais adequado para uma “abordagem global e contextualizada para mudanças em normas de caráter urbanístico” (p.13)¹¹ por exigir estudos urbanísticos prévios e “um *plus* (sic) a mais” (p.11), a participação popular por meio de audiências públicas. Haveria, portanto, uma contraposição entre o plano diretor – amparado por estudos técnicos sobre a cidade como um todo e formulado com participação social – e a lei – que trataria a questão dos condomínios fechados “de forma isolada e desvinculada de estudos urbanísticos globais” (p.11) e, nesse caso específico, de caráter casuístico por favorecer apenas particulares (p.18). Assim, a escolha do instrumento jurídico envolve tanto a medida em que os atores sociais podem participar da formulação da lei quanto o peso dado a estudos de ordem técnica.

Segundo o MPDFT, o fundamento legal para embasar este argumento está numa série de artigos da Lei Orgânica que trata da obrigatoriedade do plano diretor.¹² Como a ação do MPDFT não explora a relação entre os planos diretores

¹⁰ Lei Orgânica do Distrito Federal, promulgada em 8 de junho de 1993.

¹¹ A ADIN encaminhada ao TJDF, as manifestações e votos que dizem respeito a essa decisão são anexos do recurso extraordinário encaminhado ao STF. Assim, utilizamos os arquivos disponibilizados no sítio eletrônico do STF como base para nossa análise. O documento compilado pode ser encontrado em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=3823627>, acesso em 12.04.2015. Como faremos muitas referências textuais a esse documento compilado, de agora em diante, a citação será feita no corpo do texto, com indicação apenas da página.

¹² Arts. 316 a 319 e art. 321. Os artigos tratam, entre outros assuntos, da obrigatoriedade do PDOT e dos PDLs como “instrumentos básicos das políticas de ordenamento territorial e desenvolvimento urbano” (art. 316), da abrangência dos planos para todo o território e o objeto de sua regulação (“localização dos assentamentos humanos e das atividades econômicas e sociais da população”, art. 317), prazos de elaboração e revisão dos planos, a atribuição do Poder Executivo para conduzir “as bases de discussão e elaboração dos planos diretores” (art. 319).

e a lei, o argumento implícito é o de que a exigência de elaboração de planos diretores impede que qualquer questão urbanística seja tratada fora deles. Ou, em outras palavras, que a lei genérica não é um instrumento válido para tratar de temas urbanos. Os planos diretores seriam os únicos meios legais e legítimos para tanto – tanto tecnicamente quanto no que diz respeito à participação popular. Assim, por “instrumentos básicos das políticas de ordenamento territorial e desenvolvimento urbano”¹³, o MPDFT entende que, por suas características próprias, os planos diretores seriam os *únicos* instrumentos. Esse argumento serviria de base para qualquer lei que pretendesse regular temas urbanos – não se restringe, portanto, à Lei Complementar n. 710/2005. Como veremos, a interpretação do significado de “instrumento básico” é um dos pontos que organizam a disputa no judiciário.

O segundo tipo de argumento diz respeito ao conteúdo da lei complementar, ou seja, à regulação dos condomínios fechados propriamente dita. Ele tem peso menor na argumentação do MPDFT, provavelmente porque sua relação com a Lei Orgânica é menos direta. Se o primeiro tipo de argumento não fazia qualquer valoração a respeito dos condomínios fechados, o segundo identifica que eles são um problema em si. A consequência é negar qualquer tipo de regulação que reconheça sua existência legal. Os condomínios fechados seriam um “incentivo à segregação social” e impediriam “a criação de uma malha urbana consistente” (p.16). Assim, afrontariam os princípios da política urbana previstos na Lei Orgânica, tais como a “ocupação ordenada do território, uso de bens e distribuição adequada de serviços e equipamentos públicos”, o “uso socialmente justo e ecologicamente equilibrado” do território, a “distribuição espacial adequada” e a “prevalência do interesse coletivo sobre o individual e o interesse público sobre o privado”¹⁴. A permissão para o uso de guaritas é interpretada como uma violação à Lei de Uso e Ocupação do Solo, que

¹³ Essa formulação não está apenas na Lei Orgânica do Distrito Federal. O artigo 182, §1º da Constituição Federal estabelece que “O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o *instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana*”. O *caput* do artigo 40 do Estatuto da Cidade tem redação parecida: “O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o *instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana*”.

¹⁴ Arts. 314 e 326 da Lei Orgânica.

estabelece que as vias e praças dos loteamentos pertencem ao domínio do município.¹⁵ O cercamento e o controle de entrada seriam, portanto, uma privatização das vias dos condomínios fechados.

Na ADIN, o MPDFT traz uma série de decisões judiciais que declararam a inconstitucionalidade de leis que alteraram o plano diretor. Assim, apesar de não afirmar expressamente, o MPDFT equipara a Lei Complementar 710/2005 com normas jurídicas alteradoras do plano.

4 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À INCONSTITUCIONALIDADE

Após receber a ADIN, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) pediu a manifestação do então Governador do Distrito Federal, José Roberto Arruda (PFL-DF), do então Presidente da Câmara Legislativa, o deputado Alírio Neto (PEN-DF), e do Procurador Geral do Distrito Federal. Como todos se posicionam em favor da constitucionalidade da lei, a análise dos argumentos foi organizada por temas abordados pelo TJDFT em sua decisão.

4.1. Relação entre Plano Diretor e Lei

Um ponto que perpassa todas as argumentações é a análise da relação entre plano diretor e lei, tanto no caso específico da Lei Complementar n. 710/2005 como em geral. Para o Governador do Distrito Federal, o plano diretor é um instrumento de abstração e abrangência máximas (p.79). As leis urbanísticas serviriam tanto para dar maior concretude a planos mais abstratos quanto para regular situações não previstas no PDOT ou no PDL (p.78). Segundo o governador, “nenhum planejamento é absoluto” (p.78) e, portanto, todos os planos diretores podem e devem ser complementados por conteúdos regulados por lei. Quanto ao caso específico, não se trataria de lei alteradora do plano, uma vez que “o assunto não é abordado pelo plano diretor e necessita de regulamentação legal” (p.76). Não haveria como falar em afronta ao plano diretor ou mesmo à

¹⁵ Art. 22 da Lei n. 6.766/1979.

legislação existente, já que a matéria não teria sido tratada em nenhum outro diploma legal.

Já o presidente da Câmara Legislativa afirma que a lei complementar “supre uma lacuna” (p.85) e seria, portanto, uma “*suplementação* legislativa para dispor sobre os loteamentos fechados” (p.87, grifo nosso). O Procurador Geral do Distrito Federal, por sua vez, defende se tratar de “*detalhamento* do PDOT” (p.109). Há, portanto, o pressuposto de que tanto o plano diretor quanto a lei são instrumentos de regulação de questões urbanísticas. A relação entre plano diretor e lei posterior não poderia ser de contrariedade, apenas de concretização, detalhamento, aprofundamento. A lei posterior também seria admitida para suprir temas não tratados no plano.

4.2. Plano Diretor como Instrumento Básico da Política de Desenvolvimento e Expansão Urbana

Como estes três atores institucionais admitem a possibilidade de regulação de questões urbanísticas por lei e pelo plano diretor, sua interpretação é a de que a expressão “instrumento *básico*” não pode ser interpretada de tal forma que os planos sejam os únicos instrumentos da política de desenvolvimento e expansão urbana (p.77 e 105). O argumento está baseado na Lei Orgânica do Distrito Federal, que estabelece um rol de instrumentos legislativos válidos e, entre eles, inclui tanto o plano diretor quanto as leis urbanísticas.¹⁶

4.3. Competência para Legislar em Matéria Urbanística

A argumentação do presidente da Câmara Legislativa é a única a tratar da questão da competência legislativa dos municípios. Segundo essa perspectiva, como o art. 24, I da Constituição Federal estabelece a competência concorrente entre a União e o Distrito Federal para legislar sobre direito urbanístico e como o

¹⁶ Art. 325 da Lei Orgânica do Distrito Federal.

art. 30, I prevê a autonomia do município para legislar sobre assuntos de interesse local, nada impediria que questões urbanas fossem reguladas por lei.

4.4. Condomínios Fechados

O posicionamento da presidência da Câmara Legislativa também procura refutar a tese de que os condomínios fechados seriam ilícitos e indesejáveis em si. Segundo essa argumentação, a lei complementar não privilegiaria grupos privados (p.88), já que não incidiria nos parcelamentos já consolidados, mas apenas nos futuros ou nos que estavam em processo de regularização.

Como dito anteriormente, todos os atores envolvidos nessa disputa concordam que a lei complementar trata da figura do “condomínio fechado”, apesar de o termo não ser encontrado em nenhum texto legal vigente. Por mais que exista concordância quanto à figura, uma das discordâncias diz respeito a sua legalidade: para a Câmara Legislativa do Distrito Federal, os condomínios fechados equivaleriam ao instituto do “loteamento fechado”, previsto na Lei n. 4.591/1964.

5 INTERPRETAÇÕES DISTINTAS SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE

Esse primeiro grupo de argumentos não expressa apenas posicionamentos justificados em favor ou contra a constitucionalidade da lei complementar, mas também revela como os posicionamentos estão embasados em interpretações distintas sobre qual seria a questão em disputa.

Para poder declarar a lei inconstitucional, o MPDFT tem de necessariamente contrapor-la à Lei Orgânica do Distrito Federal. É a Lei Orgânica que estabelece o terreno em que a constitucionalidade pode ser discutida, é sua interpretação que forma o critério que determina se houve um desvio ou uma violação. Enquanto o MPDFT recorre à parte da lei que traz as normas para a promulgação dos planos diretores, o Governador e o Procurador Geral se voltam a um artigo específico que expressamente inclui a lei como instrumento da política urbana. Perante essa contraposição, o argumento do MPDFT se mostra frágil: a

previsão legal de obrigatoriedade do plano diretor teria de ser interpretada como *exclusividade*, o que impediria que o município editasse qualquer tipo de lei urbanística. Diante de um artigo da Lei Orgânica que prevê uma pluralidade de instrumentos urbanísticos, esse posicionamento parece insustentável. O argumento seria ainda corroborado pela competência legislativa em matéria de direito urbanístico prevista pela Constituição.

Os argumentos em favor da constitucionalidade da lei partem, portanto, de outro ponto de partida. Se a principal questão do MPDFT era mostrar a contrariedade entre a lei complementar e a Lei Orgânica, a posição oposta parte do pressuposto de que tanto o plano diretor quanto a lei são instrumentos válidos para editar normas urbanísticas e a questão passa a ser da *relação* ou da *hierarquia* entre elas. Para sustentar a constitucionalidade, afirmam que a lei complementar ou preenche uma lacuna do plano diretor, complementando-o, ou detalha artigos que já estariam no próprio plano. Há ao menos dois pressupostos aqui: por um lado, o plano diretor é a referência a partir da qual a lei complementar tem de ser avaliada, o que indica que o plano seria hierarquicamente superior; por outro, está implícito que uma lei que alterasse o conteúdo do plano seria considerada inconstitucional, o que mais uma vez mostra que lei e plano não estariam no mesmo patamar.

É importante notar que, neste ponto, a discussão se autonomiza da lei sobre loteamentos fechados e passa a abarcar a relação entre plano diretor e lei urbanística de *forma geral*. A discussão sobre a legalidade dos condomínios fechados passa a segundo plano, tanto porque o principal argumento do MPDFT está centrado no procedimento quanto porque esse caminho levaria a uma avaliação de leis infraconstitucionais – como a Lei n. 6.766/1979 e a Lei n. 4.591/1964 –, o que seria menos pertinente a uma ADIN. Com a mudança de ponto de partida, os argumentos em favor da constitucionalidade da lei não precisam mais explorar a diferença nos critérios de aprovação, participação e de qualidade técnica entre lei e plano diretor defendidos pelo MPDFT.

Essa contraposição de argumentos também é representativa da forma com que demandas são trazidas ao judiciário. O governador, a Câmara e a Procuradoria propuseram e formularam a lei – são portanto seus defensores. O

Ministério Público, por sua vez, defende a inconstitucionalidade da lei em todos os sentidos, sem contrapor sua tese com argumentos legais que poderiam fragilizá-la. Como é comum entre partes que litigam no judiciário, tanto um lado quanto o outro defendem posições absolutas: ou a lei é constitucional sob todos os aspectos ou é inconstitucional também sob todos os aspectos. Mas se a dimensão estratégica se sobressai e é constitutiva dos posicionamentos, “em um estado de direito, seus argumentos não podem ser *puramente* estratégicos, pois [...] precisam respeitar determinado padrão para serem considerados adequados; padrão este que se expressa em ônus argumentativos impostos a todos aqueles que pretendam argumentar juridicamente”¹⁷.

6 A DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A decisão colegiada do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios também se organiza em torno de duas posições que, em grande medida, espelham as interpretações divergentes apresentadas anteriormente. Apesar de todos os desembargadores poderem justificar suas posições individualmente, apenas dois deles manifestaram seus votos – Dácio Vieira, o relator, e Mário Machado, em voto de vista. Todos os demais expressaram seu posicionamento de concordância com um dos dois votos, geralmente por meio da fórmula “voto com o relator/com o voto divergente”.

Em seu voto, Dácio Vieira determina qual seria a questão a ser discutida pelo Tribunal de Justiça: seria necessário confrontar a lei complementar com a Lei Orgânica. Não seria pertinente avaliar “eventuais antinomias” entre a lei e o PDOT e os PDLs, uma vez que esse tipo de análise teria caráter ordinário e não constitucional (p.153). Assim, a constitucionalidade da lei complementar teria de ser analisada a partir do parâmetro da Lei Orgânica.

O ponto que estrutura a argumentação do relator é o artigo da Lei Orgânica que expressamente indica a lei como instrumento legislativo, inserida em um rol não exaustivo de possibilidades à disposição do município (art. 325). Assim como

¹⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Rio de Janeiro: FGV, 2013, p.73.

no posicionamento do Governador, da Câmara e da Procuradoria Geral, diante da admissão dos planos e da lei como instrumentos igualmente válidos, a questão da relação entre essas normas fica em aberto e passa a ser central. O relator enfrenta essa questão a partir da interpretação da expressão “instrumento básico”. Diferentemente dos argumentos que vimos até agora, o adjetivo “básico” é interpretado como “geral”: por seu caráter geral, o plano diretor “não poder ser tido por pleno, completo, carecendo, ao contrário, de especificação, de detalhamento, para alcançar sua completude” (p.159). Haveria um *vínculo interno* entre plano diretor e lei posterior: o plano trataria das questões urbanísticas de forma geral que dependeriam das leis municipais para implementação das próprias diretrizes do plano. Em outras palavras, o plano diretor não subsistiria por ele mesmo, mas *necessariamente* exigiria complementação por lei.

A partir deste argumento, o relator desenvolve as formas em que a relação entre plano diretor e lei pode se dar, segundo um exercício de “integração lógica” (PDF, p.159). Quando não houver regulação específica sobre o tema “na Lei Maior – como seja o PDL: Plano Diretor Local” (p.160), outro instrumento normativo pode ser utilizado “até que venha a norma própria, quando então caberá o exame de eventuais antinomias” (p.160). Quando o PDL já tiver sido regulado, os demais instrumentos legislativos não podem contrariar suas disposições básicas, entendidas como “disposições gerais”. Havendo ou não plano diretor, entendido como norma hierarquicamente superior e de caráter geral, o município pode legislar sobre matéria urbanística. O plano diretor é o critério para analisar a legalidade da lei, mesmo nos casos em que o plano é posterior à lei. A lei complementar é, assim, considerada constitucional em razão da previsão da coexistência entre tipos diferentes de normas na Lei Orgânica.

Para divergir do voto do relator, o desembargador Mario Machado afirma que sua “posição já [é] conhecida” (p.163) por ter sido relator de outra ADIN “que cuida exatamente do mesmo tema da presente” (p.164).¹⁸ Seu voto é estruturado a partir da fundamentação do outro caso, que é reproduzida por completo. A ADIN julgada anteriormente trata da constitucionalidade de uma lei que “fixa índices de

¹⁸ O desembargador se refere à ADIN n. 2006.00.2.002.994-6, julgada pelo TJDF.

ocupação do solo com a finalidade de regularizar o parcelamento dos condomínios” (p.166). Para o relator, ambos os casos seguiriam a mesma estrutura: as duas leis seriam inconstitucionais por tratarem de temas urbanísticos fora do plano diretor.

O plano diretor é entendido como “ pilar de toda a sustentação de toda a estrutura urbanística” (p.165). O desembargador faz referência a Hely Lopes Meirelles para mostrar que o plano diretor teria “supremacia” sobre todos os demais instrumentos (p.164). A “visão de todo” (p.172) do plano diretor teria de ser mantida e, portanto, não poderia haver qualquer papel para leis urbanísticas: eventuais modificações teriam de ser incorporadas seja na formulação do plano, seja em seu processo de revisão. Além da interpretação de “instrumento básico” como “superior” ou “supremo”, o uso de leis para tratar de temas urbanísticos também comprometeria a visão de todo trazida pelo plano, amparada por estudos técnicos contextualizados das regiões (p.170). Assim como na argumentação do MPDFT, o ministro traz julgados sobre a inconstitucionalidade de leis que alteram expressamente itens previstos no plano diretor do Distrito Federal. Não haveria, portanto, diferenciação entre leis que alteram, complementam, detalham, suprem lacunas ou confirmam o plano diretor. Não há relação possível entre lei urbanística e plano diretor que não seja de inconstitucionalidade. Essa posição é reforçada pela manifestação do ministro Sérgio Bittencourt em favor do voto de Mario Machado, para quem “*toda essa legislação feita à margem do PDOT é inconstitucional*” (p. 172, grifos nossos).

Quadro 1. Estrutura dos argumentos dos votos do TJDF

| | | | | | |
|------------------|---|---|-----------------------------------|--|--|
| Ministros | Qual o parâmetro da constitucional | Qual o sentido do adjetivo “básico”? | Qual a relação entre plano | As exigências de participação popular e estudos técnicos importam | A lei complementar é inconstitucional |
|------------------|---|---|-----------------------------------|--|--|

| | idade? | | diretor e lei? | para a relação entre as normas? | ional? |
|---------------|----------------------------------|---|---|--|--|
| Dácio Vieira | Lei Orgânica do Distrito Federal | “Instrumento básico” é “instrumento <i>geral</i> ” e, portanto, não completo. | Plano diretor e lei coexistem. O plano diretor é hierarquicamente superior, mas exige complementação por lei. | Não. | Não Está de acordo com a Lei Orgânica do Distrito Federal, que prevê a coexistência de instrumentos legislativos em matéria urbanística (art.325). |
| Mario Machado | Lei Orgânica do Distrito Federal | “Instrumento básico” é “instrumento <i>supremo</i> ”, o que indica a preponderância do plano sobre todos os | Questões urbanísticas só podem ser tratadas por meio do plano diretor. Não parece haver papel para | Parcialmente. Os estudos técnicos importam para mostrar a visão global e contextualizada do plano diretor. | Sim Está de desacordo com a Lei Orgânica do Distrito Federal, que estabelece o plano diretor como |

| | | | | | |
|--|--|-------------------------|--------------------------|--|--|
| | | demais instrumentos. | as leis urbanísticas. | | instrumento básico da política urbana (art.316). |
|--|--|-------------------------|--------------------------|--|--|

Quadro 2. Placar

| A Lei Complementar n. 710/2005 é inconstitucional? | Desembargadores | Placar |
|---|---|---------------|
| Sim | Mário Machado, Sérgio Bittencourt, Estavam Maia, Romão Oliveira | 4 |
| Não | Dácio Vieira, Edson Smaniotto, Lecir Manoel da Luz, Cruz Macedo, Romeu Gonzaga Neiva, Haydevalda Sampaio, Carmelita Brasil, Nívio Gonçalves | 8 |

O Regimento Interno do TJDFTE exige que as decisões sobre constitucionalidade sejam tomadas por maioria absoluta dos desembargadores que integram o Conselho Especial. Nesse caso, como o placar ficou em 8 a 4 e são 17 os integrantes do Conselho, a maioria absoluta não foi atingida.¹⁹ Por essa razão, o desembargador Natanael Caetano, ausente da primeira discussão, manifesta seu voto para que o quórum seja atingido. O voto é bastante curto e segue o do relator: como a Lei Orgânica não teria limitado os instrumentos legislativos e o plano diretor é apenas uma diretriz, a lei complementar seria constitucional (p.177).

¹⁹ Seriam necessários 9 votos para declarar a lei constitucional.

7 O JULGAMENTO DO STF

7.1 A Repercussão Geral

Desde 2004, a admissibilidade dos recursos extraordinários pelo STF passou a contar com um novo requisito: a repercussão geral. Introduzida ao ordenamento pela Emenda Constitucional nº 45, conhecida como Emenda de Reforma do Judiciário, a repercussão geral aplica-se ao debate constitucional de “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (art. 543-A do Código de Processo Civil). Assim, após a mudança promovida pela Emenda Constitucional nº 45, apenas os recursos extraordinários que tem a repercussão geral reconhecida são apreciados pelo STF.

A decisão sobre a existência, ou não, da repercussão geral cabe aos próprios ministros do STF antes da apreciação do mérito do recurso extraordinário. Caso a corte constitucional não reconheça a existência da repercussão geral, cabe à instância inferior do judiciário a decisão final sobre a questão constitucional. Como aponta pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) ²⁰, a criação desse instituto tinha dois objetivos principais. O primeiro é a diminuição do número de recursos analisados pelo STF, já que a repercussão geral funciona como uma espécie de “filtro” da corte constitucional. Outro argumento apresentado é que a repercussão geral contribui para a uniformização da jurisprudência de matéria constitucional, pois os tribunais inferiores são estimulados a seguir o entendimento consolidado pelo STF no julgamento de recursos extraordinários que tratem de questões jurídicas semelhantes.

Considera-se, então, que repercussão geral contribui para a “racionalização” dos julgamentos de controvérsias constitucionais pelos tribunais ao reduzir a quantidade de recursos apreciados pelo STF e ao promover a

²⁰ SUNDFELD, Carlos Ari, SOUZA, Rodrigo Pagani de (coords.). Repercussão geral e o sistema brasileiro de precedentes (relatório de pesquisa). Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, 2010.

uniformização de julgados referentes a controvérsias constitucionais de maior impacto e repercussão ²¹. A demonstração da existência da repercussão geral no recurso extraordinário compete à parte que recorre ao STF. No caso analisado neste artigo, coube, portanto, ao MPDFT apontar os motivos pelo qual o recurso extraordinário tratava de questão de grande impacto. Os principais argumentos apresentados pelo MPDFT para sustentar a repercussão geral do recurso extraordinário são que se trata de “tema afeto ao ordenamento territorial do Distrito Federal” e de um “processo objetivo, sem partes, ao qual não são integralmente aplicáveis normas processuais comuns”, ou seja, de controle abstrato de constitucionalidade. Dessa forma, para o MPDFT, configura-se a repercussão geral porque o tema do ordenamento territorial caracteriza-se como relevante e a decisão do STF sobre a controvérsia impactará outras decisões judiciais. É interessante notar que, nesta exposição do MPDFT, não fica claro o motivo pelo qual a decisão do STF traria impactos que não ficariam restritos ao caso. Repete-se apenas, numa argumentação circular, que o caso é importante e, por isso, a decisão teria “eficácia *erga omnes*” e que, como a decisão teria impacto que ultrapassa os interesses das partes, seria considerada relevante. Pela argumentação apresentada pelo MPDFT, seria possível concluir, por exemplo, que qualquer julgamento que trate do tema de ordenamento territorial necessariamente é de repercussão geral. Como veremos, uma argumentação que não conecta o caso concreto ao que dispõe a lei a respeito da repercussão geral também se repete nas justificativas apresentadas pelos ministros.

A repercussão geral do recurso extraordinário apresentado pelo MPDFT foi apreciada pelos ministros do STF no final de 2010. Segundo a ementa da decisão, a questão constitucional em debate era a “obrigatoriedade do plano diretor como instrumento da política de ordenamento urbano” (repercussão geral

²¹ A pesquisa realizada pela SBDP aponta que “as decisões proferidas pelo STF em recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida têm, de fato, sido acatadas pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário” (SUNDFELD, Carlos Ari, SOUZA, Rodrigo Pagani de (coords.). Repercussão geral e o sistema brasileiro de precedentes (relatório de pesquisa). Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, 2010, p. 7).

no recurso extraordinário n. 607940 ²²). A formulação da questão constitucional debatida pelo recurso extraordinário é fundamental porque é ela que guia a repercussão geral. Ou seja, todas as vezes que surgirem controvérsias nas instâncias inferiores que tratem de matéria idêntica (no caso “a obrigatoriedade do plano diretor como instrumento da política de ordenamento urbano”), os tribunais deveriam ter como norte a decisão do STF. Como aponta a pesquisa realizada pela SBDP, “ao descrever a questão constitucional, o STF facilita às partes e às instâncias do Judiciário uma aplicação uniforme do instituto da repercussão geral” ²³.

Assim, por orientar decisões posteriores e a própria decisão do STF, é importante que a questão constitucional discutida seja formulada de forma clara e precisa. Sem dúvida, a forma como foi elaborada a questão constitucional debatida na repercussão geral do recurso extraordinário n. 607940 não deixa clara qual a extensão da decisão sobre a “obrigatoriedade do plano diretor como instrumento da política de ordenamento urbano”. É possível que seja interpretado, por exemplo, que o questionamento refere-se à obrigatoriedade da elaboração do plano diretor para os municípios com mais de vinte mil habitantes, conforme disposto no próprio art. 182, §1º, CF. Em outras palavras, se o plano diretor é obrigatório ou não.

Como a maior parte dos casos ²⁴, o julgamento da repercussão geral foi feito em plenário virtual. Cinco ministros ²⁵ reconheceram a repercussão geral do recurso extraordinário e apenas um apresentou voto contrário, o ministro Gilmar Mendes. No caso, não houve manifestação dos ministros Cezar Peluso, Celso de

²² O relatório da repercussão geral está disponível no seguinte link: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623934>
Acesso em 13/04/2015.

²³ SUNDFELD, Carlos Ari, SOUZA, Rodrigo Pagani de (coords.). Repercussão geral e o sistema brasileiro de precedentes (relatório de pesquisa). Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, 2010, p. 21.

²⁴ Nos casos analisados pela pesquisa da SBDP, 90% foram decididos em plenário virtual e 10% em plenário presencial. Ver: SUNDFELD, Carlos Ari, SOUZA, Rodrigo Pagani de (coords.). Repercussão geral e o sistema brasileiro de precedentes (relatório de pesquisa). Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, 2010, p. 39-40.

²⁵ Os cinco ministros que votaram a favor da repercussão geral foram: Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Ayres Britto e Marco Aurélio.

Mello, Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Quando votam, no entanto, os ministros não precisam expor os argumentos da decisão, com exceção do relator da repercussão geral. Além do ministro Ayres Britto, relator, apenas o ministro Marco Aurélio publicou seu voto. Apesar de concordarem com a repercussão geral do recurso extraordinário, as justificativas apresentadas pelos ministros são diferentes.

O relator aponta que como a questão “ultrapassa os interesses das partes”, isto é, como a “tese que será fixada pelo STF orientará a política de desenvolvimento urbano dos municípios brasileiros”, trata-se de controvérsia relevante e que atende aos requisitos do art. 543-A do CPC. O impacto da decisão, portanto, justifica a existência da repercussão geral para o ministro Ayres Britto. Para o ministro Marco Aurélio, contudo, o questionamento da constitucionalidade de uma lei local já é suficiente para justificar a existência da repercussão geral. Por isso, a base legal para seu posicionamento, conforme exposto em seu voto, é a Constituição Federal, art. 102, III, c²⁶. Os votos de ambos os ministros apresentam uma estrutura semelhante à argumentação do MPDFT: não relacionam o caso concreto ao que prevê a legislação e, portanto, não explicam os motivos pelos quais a lei n. 710/2005 se encaixaria nos critérios legais. No fundo, as decisões dos ministros carecem de justificativa e acabam meramente refletindo a opinião de cada um sobre o caso. Este seria mais um caso que confirma um padrão decisório denominado por Rodriguez de “modelo de justiça opinativa”, em que há “padronização de decisões sem consideração alguma sobre seu fundamento”²⁷. Se, por um lado, definiu-se que o julgamento da constitucionalidade da lei n. 710/2005 irá orientar a decisão de outros casos, por outro, não se sabe quais são as justificativas razões que levaram os ministros a decidir que nesse caso existe a repercussão geral. Não é possível saber se foi o argumento do ministro Ayres Britto, do ministro Marco Aurélio, ou se foram ambos

²⁶Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: [...]

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

²⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 110.

que justificaram a existência da repercussão geral, como também não sabemos qual elemento do caso concreto foi analisado. O pressuposto é o de que qualquer caso sobre ordenamento territorial teria repercussão geral e que a controvérsia sobre qualquer lei local teria repercussão geral. A deficiência argumentativa da repercussão geral, como exposto no próximo ponto, fica evidente quando o mesmo debate voltará a ser feito na discussão do mérito da questão.

7.2. O Julgamento de Mérito

Como aponta Rodriguez ²⁸, os tribunais no Brasil não têm como objetivo produzir um texto com o término dos julgamentos que sistematize e organize a argumentação dogmática que justifique a decisão, o documento final acaba sendo composto pelas transcrições das falas dos ministros, da mesma forma e ordem que ocorreram. Nesse sentido, a manifestação pública dos juízes possui grande importância, pois “ é constitutiva da racionalidade de jurisdição nacional e precisa ser levada em conta por futuras análises de sua atuação” ²⁹. Este ponto analisa, portanto, as falas públicas dos ministros do STF no julgamento de mérito do recurso extraordinário 607.940, que teve início em agosto de 2014. Como a votação não foi concluída até o momento de elaboração deste trabalho, existem algumas dificuldades para analisar essas falas. A primeira, e mais evidente, é o fato de nem todos os ministros terem se posicionado a respeito da constitucionalidade da lei. Assim, há uma limitação da análise proposta neste ponto em razão da própria realidade. Outra dificuldade é a falta de um documento oficial do STF em que estejam registrados os argumentos que sustentam o voto dos ministros que já se pronunciaram. Na falta do relatório final da votação, a análise foi feita com base no vídeo da TV Justiça disponível na internet ³⁰.

Até o presente momento, o placar da votação é de dois votos pela negação de provimento do recurso extraordinário, ou seja, pela constitucionalidade da lei n. 710/2005, e de um voto pela inconstitucionalidade. De um lado, estão os ministros

²⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Rio de Janeiro: FGV, 2013.

²⁹ Idem, p. 79

³⁰ O vídeo está disponível no link: <https://www.youtube.com/watch?v=BfRFQEWICO8>. Acesso em 12/04/2015.

Teori Zavascki, relator, e Luís Roberto Barroso. Do outro, o ministro Marco Aurélio. Em seu voto, o relator argumenta que “não há delimitação estanque no texto constitucional” a respeito da matéria do plano diretor, a Constituição Federal apresenta uma “indeterminação conceitual” sobre o que deveria ser disciplinado por esse instrumento. Para Zavascki, por mais que plano diretor possua “um certo grau de universalidade na percepção do espaço da cidade”, isso “não quer dizer que todas as formas de parcelamento, uso e ocupação do solo devam estar inteiramente contidas no plano diretor”. É dessa forma que o relator compreende a lei n. 710/2005: como uma lei específica que disciplina uma matéria, no caso “o padrão normativo mínimo a ser aplicado em projetos de parcelamento fechado”, que não foi regulamentada pelo plano diretor. Além disso, seguindo a argumentação de Zavascki, o Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.257/2001) corroboraria seu posicionamento já que “não incluiu os modos de parcelamento, uso e ocupação do solo como conteúdos mínimos do plano diretor”. Pelo contrário, o art. 43 do Estatuto da Cidade “indica dispositivos separados para o plano diretor e a lei de parcelamento uso e ocupação do solo”. Conclui então o relator que “não há como afirmar que a matéria da lei distrital deveria ser tratada necessariamente no plano diretor” e, por isso, nega provimento ao recurso extraordinário e reconhece a lei n. 710/2005 como constitucional.

O ministro Luís Roberto Barroso segue o voto do relator por concordar com a justificativa de que “uma lei complementar pode tratar de uma questão específica que não tenha sido tratada no plano diretor”. Pelo raciocínio do ministro, se uma lei complementar pode alterar o conteúdo do plano diretor – que também tem *status* de lei complementar – por consequência, uma lei complementar pode dispor sobre matéria do plano diretor. Ou seja, não é exclusividade do plano diretor dispor sobre matéria urbanística. Por mais que os votos dos ministros Barroso e Zavascki sejam pela constitucionalidade da lei, há uma certa gradação nos argumentos apresentados nas falas. Enquanto o voto do relator se assemelha ao argumento do desembargador Dácio Vieira de que o plano diretor possui especificidade por seu caráter “universal” (ou “geral”), as justificativas apresentadas pelo ministro Barroso aproximam o plano diretor das demais leis complementares, colocando-os praticamente no mesmo patamar.

O mais interessante, contudo, é o debate suscitado entre os ministros sobre o que está sendo decidido pelo STF. O ministro Dias Toffoli argumenta que a decisão do STF vai fixar “diretrizes gerais sobre a questão relativa a loteamentos e parcelamento do solo urbano” para todos os municípios brasileiros em função da repercussão geral. O ministro Barroso, por sua vez, afirma que a tese fixada pelo seu voto e o do ministro Teori Zavascki não seria essa, mas outra “ainda menor”: a de que “é possível que uma lei complementar cuide de alguma coisa atinente a política urbanística que não tenha sido tratada pelo plano diretor”. Já Zavascki contesta a interpretação feita por Barroso ao dizer que a tese fixada em seu voto seria “ainda menor”: a de que “é legítima, sob o aspecto formal e material, a lei complementar n. 710/2005, que dispôs sobre uma forma diferenciada de ocupação do solo em loteamento fechados, tratando da disciplina interna desses espaços e dos requisitos urbanísticos neles observados”. Esse debate em torno da tese fixada pelo STF demonstra como não há consenso entre os ministros sobre o que exatamente está sendo decidido pela corte e quais os reais impactos dessa decisão. Enquanto para o ministro Dias Toffoli o conteúdo da lei servirá como parâmetro para as decisões futuras, para o ministro Barroso é a possibilidade de elaboração de lei complementar de matéria urbanística pelos municípios e sua relação com o plano diretor o centro da tese fixada pelo STF. Já o ministro Teori Zavascki não se pronuncia sobre quais poderiam ser as consequências para os outros municípios brasileiros se a lei n. 710/2005 for declarada constitucional pelo STF. Dessa forma, a divergência entre os ministros não é uma questão do tamanho da decisão (“decisão menor”), mas interpretações qualitativamente diferentes sobre a controvérsia.

Ao longo de debate entre os ministros sobre os efeitos da decisão, o ministro Marco Aurélio acaba mudando seu posicionamento sobre a constitucionalidade da lei. Todavia, como iremos expor mais adiante, a alteração do seu voto não tem uma relação direta com o debate sobre os impactos da decisão da corte. Inicialmente, o ministro Marco Aurélio, com base nas premissas do acórdão do TJDFT, concordou com o voto do relator de que a lei n. 710/2005 não teria transgredido a Constituição Federal e, por isso, não conheceu o recurso extraordinário do MPDFT. Para o ministro, pode ser que a lei tenha transgredido o

plano diretor, mas não caberia ao STF “adentrar a matéria de fundo e ser responsável por uma solução formalizada a partir da interpretação do ordenamento normativo local”. Esse questionamento deveria ser resolvido no âmbito da justiça local. No entanto, durante o debate, o ministro Marco Aurélio decide alterar seu voto e declarar a lei inconstitucional a partir do voto de Zavascki. Para o ministro, não caberia ao STF interpretar o que dispõe a legislação local do DF, mas já que a justificativa do voto do relator partiu dessa premissa, então todos poderiam proceder da mesma forma. Seguindo esse entendimento, o ministro Marco Aurélio passa a utilizar como fundamento do seu voto o relatório do TJDFT, o qual colocou o plano diretor em segundo plano e, assim, desrespeitou a Constituição Federal. Em suas próprias palavras: “vou reajustar o meu voto para admitir o recurso tendo em conta as premissas do voto condutor do julgamento (pelo TJDFT), premissas conducentes a concluir-se que realmente se colocou em segundo plano – como salientado pelo desembargador Mário Machado – o que é previsto no art. 182, §§ 1º e 2º da Constituição Federal”. Dessa forma, a alteração do voto do ministro Marco Aurélio se deu em razão do relatório apresentado pelo ministro Teori Zavascki e teve como fundamento o voto vencedor no TJDFT, do desembargador Dácio Vieira, que desconsidera a importância do plano diretor como instrumento básico da política urbana.

Os quadros abaixo sintetizam a estrutura dos argumentos dos votos dos ministros (Quadro 3) e o placar de votação (Quadro 4) até o momento.

Quadro 3. Estrutura dos argumentos dos votos do STF

| Ministros | Qual o parâmetro da constitucionalidade? | Qual o sentido do adjetivo “básico”? | Qual a relação entre plano diretor e | As exigências de participação popular e estudos técnicos | A lei complementar é inconstitucional? |
|------------------|---|---|---|---|---|
| | | | | | |

| | | | lei? | importam para a relação entre as normas? | |
|----------------------------------|----------------------|--|--|---|--|
| Teori Zavascki e Roberto Barroso | Constituição Federal | “Instrumento básico” é “instrumento que possui um certo grau de universalidade” e, portanto, não regula todas as formas de PUOS. | Plano diretor e lei coexistem. O plano diretor contém uma ideia de globalidade, e, mas pode ser suplementado por outra lei complementar. | Não. | Não Está de acordo com a CFB, art. 182, §§1º e 2º, que não define o que deve ser matéria do plano diretor. |
| Marco Aurélio | Constituição Federal | “Instrumento básico” é “instrumento colocado em primeiro plano”, o que indica a | O parcelamento é matéria do plano diretor. | Não. | Sim Está em desacordo com a CFB, art. 182, §§1º e 2º, que estabelece o plano |

| | | | | | |
|--|--|--|--|--|---|
| | | preponderância do plano sobre as demais leis complementares. | | | diretor como instrumento básico da política urbana. |
|--|--|--|--|--|---|

Quadro 4. Placar STF

| A Lei Complementar n. 710/2005 é inconstitucional? | Ministros | Placar |
|---|---------------------------------|---------------|
| Sim | Marco Aurélio | 1 |
| Não | Teori Zavascki, Roberto Barroso | 2 |

É interessante notar como a discussão no STF não corresponde exatamente ao que está descrito na ementa da decisão da repercussão geral, que identifica a questão constitucional como sendo a “obrigatoriedade do plano diretor como instrumento da política de ordenamento urbano”. Não há nenhuma discordância entre os ministros que se pronunciaram de que o plano diretor seja um instrumento de política urbana obrigatório. O centro do debate está no conteúdo do plano diretor e em sua relação com outras normas de matéria urbanística. Outra questão relevante é que, por mais que os ministros compreendam que o plano diretor possua características próprias, não há qualquer menção à participação popular e aos estudos técnicos como elementos que diferenciem o plano diretor das demais leis complementares.

8 CONCLUSÕES

As disputas em torno do conceito do plano diretor estão presentes desde o período da constituinte e se estendem até o presente no debate a respeito da constitucionalidade da lei n. 710/2005 do DF. Ao apresentar os argumentos jurídicos mobilizados pelos desembargadores do TJDF e pelos ministros do STF, este artigo pretendeu expor como a questão passou por transformações, saindo do debate a respeito da legalidade dos condomínios fechados para uma decisão com repercussão geral sobre a obrigatoriedade dos planos diretores. Em boa parte dos votos dos juízes, foi possível detectar problemas na construção argumentativa, o que acaba dificultando a compreensão dos motivos que levaram a determinada decisão. Dessa forma, a intervenção da sociedade no debate para disputar o sentido do plano diretor torna-se ainda mais difícil sem a exposição clara das justificativas das decisões tomadas. Apesar da questão ainda estar em aberto, por depender da manifestação de grande parte dos ministros do STF, vimos que a participação popular não tem sido um elemento considerado nas discussões dos tribunais, o que coloca em jogo a gestão democrática das cidades.

REFERÊNCIAS

BASSUL, J. R. A constitucionalização da questão urbana. In: **Volume IV – Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois.** Estado e economia em vinte anos de mudanças. Brasília: Senado Federal, 2008.

GRAZIA, G. Estatuto da Cidade: uma longa história com vitórias e derrotas. In: OSORIO, L. M. (org.). **Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

KOWARICK, L., ROLNIK, R., SOMEKH, N. (eds.). **São Paulo: crise e mudança.** São Paulo: Brasiliense/Prefeitura de São Paulo, 1990.

RODRIGUEZ, J. R. **Como decidem as cortes?** Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SAULE Jr., N., LIBÓRIO, D., AURELLI, A. I. (coords.). **Conflitos coletivos sobre a posse e a propriedade de bens imóveis (relatório de pesquisa).** Brasília:

Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, 2009.

SUNDFELD, C. A., SOUZA, R. P. de (coords.). **Repercussão geral e o sistema brasileiro de precedentes (relatório de pesquisa)**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, 2010.

VILLAÇA, F. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In: DEÁK, C.; SCHIFFER, S. R. (orgs.). **O processo de urbanização no Brasil**. 2ª edição. São Paulo: FUPAM/EDUSP, 2010.

GOVERNANÇA DA ÁGUA E JUSTIÇA SOCIAL EM SÃO PAULO, BRASIL**WATER GOVERNANCE AND SOCIAL JUSTICE IN SÃO PAULO, BRAZIL****CITATION: *WATER POLICY*. 16 (2014) 78–96**

LaDawn Haglund

RESUMO: Na região metropolitana de São Paulo, 20 milhões de pessoas compartilham recursos hídricos através de múltiplos usos. Esses recursos têm estado sob pressão crescente, devido à expansão urbana, o mau planejamento, e as alterações climáticas. Os conflitos entre usos e seus princípios subjacentes são cada vez mais julgadas nos tribunais. Como é que a gestão da água seja moldado por os princípios de justiça? E como são estes tipos de casos provocando uma reconsideração do papel da lei na administração pública? O método histórico-comparativa utiliza comparações contextualizadas sistemáticas para criar um diálogo entre teoria e dados, iluminando como efeitos causal variam de acordo com contexto. Processos judiciais foram recolhidos, codificados, categorizados e analisados. Foram recolhidos dados adicionais através de entrevistas semi-estruturadas de 45 min com advogados, litigantes e juízes. Este trabalho analisa as ramificações de uma crescente utilização de discursos e práticas judiciais para julgar conflitos relacionados com a água em São Paulo. É também, e, inversamente, mostra como as batalhas legais sobre água e saneamento força uma mudança no comportamento e perspectivas de juízes e advogados, e, posteriormente, ampliar o significado de 'justiça.'

PALAVRAS-CHAVE: justiça ambiental; direitos humanos; direito e sociedade; advocacia legal; justiça social; água.

ABSTRACT: In the greater metropolitan region of São Paulo, Brazil, close to 20 million people share water resources across multiple uses, from industry to recreation to basic household use. These resources have come under increasing strain due to urban expansion, poor planning, and, more recently, climate change. Conflicts among uses and their underlying principles are increasingly adjudicated in courts, with the Ministério Público (Public Prosecutor's Office) acting as a key advocate for both human rights and environmental protection. As legal interventions become more common in policy questions, how are justice principles shaping emerging approaches to water governance? And how are these types of cases provoking a reconsideration of the role of law in public administration? This paper analyzes the justice ramifications of an increasing use of legal discourses

and practices to adjudicate water-related conflicts in São Paulo. It also, and conversely, shows how legal battles over water and sanitation force a shift in the behavior and perspectives of legal actors, and subsequently broaden the meaning of “justice.”

KEYWORDS: environmental justice; human rights; law and society; legal advocacy; social justice; water.

1 INTRODUCTION

Achieving just, equitable, and sustainable water and sanitation provision can be challenging, despite the best intentions of water managers. Governance of such a complex sector—with its demanding technical and infrastructural requirements, environmental and economic constraints, and social importance—requires concerted efforts at coordination among agencies, consultation with stakeholders, and no small degree of wisdom and foresight. In cities in particular, structural inequality, rapid urbanization, and climate change pose formidable challenges and fuel conflicts among competing uses, some of which end up in court. In adjudicating these conflicts, judges and lawyers are becoming important agents in the construction of “water justice.” But as legal interventions become more common in what are, in effect, policy questions, how are legal principles shaping emerging approaches to water governance? Conversely, how are these types of cases provoking a reconsideration of the role of law in public administration?

This paper evaluates the justice principles underlying attempts to adjudicate water-related conflicts through courts. It provides evidence for how concepts of justice bring new “logics” to water governance, opening possibilities for new channels of accountability, subtle shifts in priorities, greater scrutiny of social inequality, and a more thoughtful reckoning with impediments to justice. At the same time, the paper shows how water and sanitation present unique challenges and introduce alternative principles to legal efforts at adjudicating public policy. The fields of law and legal studies—with their tendency to regard rights as “belonging” to individuals and to define disputes, problems, and solutions

accordingly—seem ill-equipped to address programmatic, value-laden public administration issues. Water governance challenges courts to consider collective rather than individualistic understandings of rights; systemic remedies, and the concomitant obligations these entail for non-judicial state entities; substantive rather than simply procedural justice; and the indivisibility of political, civil, economic, social, and cultural rights. I argue that processes of legal adjudication and water governance are mutually constitutive, producing effects with both theoretical and practical importance for the study and promotion of public goods.

The research process comprised the collection of historical and archival data on water and environmental management, water-related court cases, and key informant interviews in São Paulo, Brazil between 2009 and 2012. Court cases and policy documents were chosen based on explicit engagement with human rights (including housing, health, life, and environmental rights), and/or environmental sustainability as they manifest in the water and sanitation sectors. Documents and policies since Constitutional ratification in 1988—a key historical moment from the perspective of law—were collected electronically, through existing in-country archives, and through secondary sources, and were analyzed for principles of justice, human rights, and environmental sustainability. Semi-structured “key informant” interviews lasting approximately 45 minutes were conducted with 40 lawyers, litigants, judges, water and sanitation experts, public administrators, activists, and other knowledgeable people. Interviewees were chosen based on their relationship to and interest in water governance and litigation in the water sector. Purposive sampling was employed to select people with a range of perspectives on water policy and governance. The recruitment process involved contacting respondents directly and through already-established networks of collaborators and interlocutors, as well as using snowball techniques with current respondents to recruit new ones. These “key informant interviews” are valuable tools for understanding relations among institutions and agencies, between institutions and communities, and among individuals within a context, as well as perceptions of—and struggles over—policy (see Evans, 1995).

The analysis that follows highlights the sometimes contradictory policies required to address water sector challenges, and explores how legal actors have

attempted to resolve such conflicts—for example between the need for services in irregular communities on the periphery of São Paulo and the need to protect the watershed on which they have settled. It seeks to elucidate the legal and moral content of water policy adjudication and evaluate the ability of law and courts to promote multiple core principles, including social and ecological justice and human rights. It also explores the emergent character of the legal field in São Paulo from the perspective of legal actors immersed in applying shifting conceptions of justice to urban water and sanitation challenges. It also highlights the drawbacks of an overreliance on legal mechanisms for addressing shortcomings in water policy. This work forms part of a larger research program examining water, sanitation, human rights, and sustainability in rapidly growing urban areas.

2 JUSTICE THEORY AND THE FOUNDATIONS OF SOCIAL POLICY

Justice studies as a contemporary field of inquiry concerns itself not only with traditional concepts of criminal justice, but also with broader economic, political, environmental, and social inequities and harms that emerge from unequal power relations, entrenched privilege, discrimination, and marginalization. Applied to public policy, a justice analysis calls attention to moral questions by identifying winners and losers and clarifying the painful costs of exclusion suffered by actual people. Though many modern-day social sciences consider distribution and social welfare important goals for public policy, policy makers do not routinely analyze their decisions critically in terms of these moral ramifications. In public goods sectors, especially, this sort of reflection is important for understanding the nuanced political and social divisions that can undermine efforts to serve society's most vulnerable members (Haglund, 2010).

In the area of water governance, the focus too often has been on the technical dimensions of provision without due consideration of other values that permeate the sector. With the rise of neoliberal reform of public goods sectors in the 1980s and 1990s, in particular, a heavy emphasis on “market-based organizing principles” such as “correct” pricing, full-cost recovery, efficiency through competition, individualistic consumerism, and investor protections

predominated (Haglund, 2010). These principles crowded out other policy options that foregrounded social, environmental, or political principles. A justice analysis brings a different set of “logics” to water governance (Syme *et al.*, 1999; Syme *et al.*, 2006; Haglund 2010). For example, discourses framing water as a human right redefine marginalized groups as rights bearers rather than consumers or recipients of public largess, and emphasize state duties as a necessary corollary. This creates new channels for leveraging government action in the service of poor or otherwise marginalized groups (Nelson & Dorsey, 2003; Young, 2009; Khan, 2009), not simply for the purpose of resource distribution, but also to elevate human dignity as a legitimate legal and policy objective (Kratochvíl, 2007). Environmental rights and justice can also introduce new perspectives on the relationship between humans and the earth, strengthening environmental protection for the sake of human wellbeing. When codified into law, this perspective can raise the status of environmental protection in ways that challenge environmentally destructive forms of economic “development” endemic to capitalism (Hancock, 2003: 2).

Bringing justice questions into water governance also foregrounds new policy priorities, such as securing basic minimums, core competencies, sustainability, intergenerational justice, and fairness (Chapman, 2007; Nussbaum, 2003; Swyngedouw and Heynen, 2003; Syme *et al.*, 2008; Lukasiewicz *et al.*, 2013). It also makes explicit the *social relations* that constitute and reconstitute distributive outcomes. Justice is intimately connected to class, gender, ethnicity, and other social divisions, as policies affect groups differently depending on their position in the array of power relations (Agyeman, Bullard, & Evans, 2003; Swyngedouw & Heynen, 2003). Though there is sometimes incommensurability and incompatibility in policy goals, actual decisions with material consequences are still routinely made. Current material resources and power have a strong impact on *who* makes such decisions, and the final winners and losers are partly determined by *how* different principles are brought to the table and prioritized (or ignored) (Lukes, 2003). Technocratic approaches, for example, can obscure implicit value judgments that should be made explicit and debated: “Some assumptions that give the appearance of working very nicely and smoothly

operate through concealing the choice of values and weights in cultivated opaqueness” (Sen, 1999: 110). Justice and human rights allow impediments to justice in private law and market arrangements to be scrutinized, and bring the force of law to bear on violations (Haglund & Aggarwal, 2011).

While a justice framework adds depth and moral fiber to water governance, law and justice studies can also benefit from an examination of essential goods and services such as water and other “economic and social rights.” For one, the legal realm, and human rights in particular, have been criticized as individualistic to a fault (Rajagopal, 2003; Bakker, 2010). Water governance questions have the potential to move us beyond individualistic conceptions of rights to collective (or “diffuse”) rights, which, when adjudicated as such, have been shown to have a greater positive impact for marginalized populations (Gauri & Brinks, 2010; see also Bond, 2013 for a discussion of how individualized adjudication can *undermine* justice in water governance). Similarly, water governance compels us to consider solutions that are more programmatic and systemic than individual remedies (Grigg, 2008; Sofoulis & Williams, 2008; Ostrom, 2009; Pahl-Wostl *et al.*, 2010). The obligations invoked by public goods, in particular when framed as human rights, depend on a robust planning and policy apparatus, and may require institution- and capacity-building (Haglund, 2010). These, in turn, are more likely to bring justice to *groups* of marginalized people rather than simply to isolated claimants (Pedriana & Stryker, 2012). Planning does not automatically lead to more just outcomes, but it increases the likelihood that justice will be included in decision-making processes (Swyngedouw & Heynen, 2003).

Similarly, “justice through the lens of water” moves us beyond a consideration of mere procedure to ensure *substantive* realization. Whether courts can (or should) define the substantive core of social rights is a key area of debate for both legal scholars and actors (Klug, 2015). But for water managers, inadequate provision cannot be considered acceptable, no matter how “fair” the process. This substantive orientation also presents a direct challenge to one of the most intransigent outcomes associated with market societies: inequality (Stryker, 2007). Addressing ecological problems and promoting equity often mean state interventions in which some people must give up material benefits, in particular

where scarcity or environmental needs limit the availability of water for allocation (Syme *et al.*, 2006). Water justice thus forces us to confront, directly, the political problem of how to redistribute resources in a world of dramatic inequality and a deep reverence for markets as allocative mechanisms (Haglund, 2010). As one researcher put it, “water resources management is inherently political” (Mollinga, 2008).

Resolving such conflicts requires attention to political inclusion. Though technical approaches to water did historically acknowledge voices associated with property rights, consideration of *human* rights is a more recent development. Public discussion and democratic evaluation are key inputs for determining what is of value to a particular community and for weighing policy options (Sen, 1999; Castro, 2007). Water governance thus draws our attention to the critical links between economic, social, and cultural rights on one hand, and political and civil rights on the other, as well as to so-called “third generation” rights, which stress our shared concerns for peace, sustainability, and common goods (Salman & McInerney-Lankford, 2004). The tight interdependence of these issues is evidenced in efforts to promote “integrated water resources management” (Grigg, 2008), and is reflected in the language of international water declarations. The Hague Declaration (WWC, 2000), for example, explains that water governance should reflect “its economic, social, environmental and cultural values for all its uses,” and “ensure... that the involvement of the public and the interests of all stakeholders are included” (p. 1). In the language of human rights, these are factors are “indivisible” and must be considered together in order to achieve holistic, rights-responsive water governance (Syme *et al.*, 2008).

In sum, just as justice considerations have the potential to alter both the thinking and practice of water governance, so the challenges of and strategies required for effective water policy could potentially compel a reconsideration of traditional legal concepts and processes of law. In the sections that follow, I explore the mutual relationship between water governance and the legal sector in São Paulo, highlighting their emergent characteristics and tensions.

3 SOCIAL JUSTICE IN SÃO PAULO—THE ROLE OF LEGAL ADVOCACY

In the greater metropolitan region of São Paulo, Brazil, close to 20 million people share water resources across multiple uses, from industry to recreation to basic household use. Despite relatively high levels of annual rainfall (averaging 52 inches per year), municipal demands require nearly half of its water to be brought from distant watersheds, increasing tensions between São Paulo and its municipal neighbors. Meanwhile, resources within the city have come under increasing strain due to urban expansion, poor planning, and, more recently, climate change. Engineering such a system is, by itself, a challenge; the addition of new logics—social justice, environmental protection, and political inclusion—brought to water management by constitutional reforms in 1988 only added to the complexity (Campos & Fracalanza, 2010). Early in its history, the São Paulo state water company, SABESP, took on the mandate of constructing a network for water provision and sanitation integrally linking the metropolitan area. Yet democratization and decentralization policies did not explicitly address disjunctures between this integrated but centrally controlled system and the new structure of integrated water resources management. The new approach took the integrity of water basins, rather than previous jurisdictional boundaries, as its governing unit, entailing not only a reexamination of illegal settlements on watersheds and riversides, but also participation by a wider array of local stakeholders. Basin committees were created that crossed existing political and jurisdictional boundaries without clearly stipulating a division of labor or a means for overcoming institutional, geographic, and social fragmentation (Abers & Keck, 2006). The constitution also did not specify whether state or municipal entities were responsible for sanitation, making SABESP reluctant to invest in infrastructure for fear that municipalities might claim these systems once constructed.

Systematically incorporating new principles into larger, integrated, cross-institutional planning processes in the water and sanitation sector has thus been halting and difficult. Despite some advances (Moura & Gorsdorf, 2011), divisions persist today. Conflicts over values, uses, and institutional responsibilities are

increasingly adjudicated in courts, with São Paulo's Ministério Público (MP, akin to a state prosecutor's office) acting as a key advocate. From the perspective of social justice, legal adjudication presents both promises and potential pitfalls. On one hand, legal framing of issues introduces *new logics*—such as sustainability and human rights—into policy decisions, and legal interventions can provide *new forms of leverage* in struggles to promote equity and protect the environment. Court battles lay bare the interests of various parties in public policy, and thus have the potential to provide *greater transparency* regarding winners and losers and to *shift the balance of power* away from historically dominant groups and damaging practices. Finally, legal processes can *reorient priorities of state apparatuses* to respond to a wider range of demands, and provide a space in which, “the *feasibility* of specific social and economic claims can be investigated” (Gauri & Brinks, 2010, emphasis added). On the other, top-down legal processes can run the risk of disempowering communities and individualizing problems that are, at root, about social power. Further, specific legal interventions designed to solve one problem can create new problems and conflicts when they are not well articulated with other public policy goals. In the section that follows, I outline how, in São Paulo, courts and legal actors navigate this terrain.

4 BRINGING “JUSTICE” TO WATER GOVERNANCE IN SÃO PAULO

Conflicts affecting the water sector did not originate with constitutional reforms. In Brazil, as in many other parts of the world, three potentially contradictory values are in constant tension: property rights (individual, industrial, and agricultural properties), environmental protection, and human rights. In the pre-democracy period, and to some extent thereafter, developmental elites and property holders in São Paulo could expect their interests to be included in planning and policy processes (Hochstetler & Keck, 2007; McAllister, 2008), though the same could not be said for the environment and human rights. In the 1970s and 1980s, environmental and pro-democracy forces began to agitate for changes (Hochstetler & Keck, 2007). Coupled with high-profile cases such as industrial pollution in Cubatão and the creation of a large ecological corridor

(Parque Estadual da Serra do Mar), these struggles raised awareness, “provoking people to get involved and understand and take sides.”³¹ Pressures from social movements, state reformers, and the broader public in turn shaped constitutional reforms, which explicitly embodied environmental norms and social rights into law. Soon thereafter, the MP and courts grew in importance as arbiters in cases of explicit environmental and human rights violations (McAllister, 2008; Haglund, 2014). In contrast to traditional political negotiations, where “those who govern can be influenced by money and other things,” courts created what some saw as “a more balanced power dynamic.”³²

One entity, in particular, played an important (and in the global context, unique) role in arbitrating conflicts involving the environment: the Special Environmental Chamber (Câmara Especial do Meio Ambiente) of the São Paulo state appellate court (TJSP, 2005). The creation of this Chamber in 2005 (and subsequent creation of a second chamber in 2012) was an innovative approach to the rising number of environmental claims emerging from strong, new environmental laws. Prior to its creation, environmental cases were distributed among the large number of judges in different chambers of the appellate court, leading to a “multiplicity of opinions that could never guarantee jurisprudential consensus,” as well as to sometimes worrisome delays (Nalini, 2008). The hope was that creating a single chamber—where a core group of judges with shared institutional knowledge regarding environmental litigation—could alleviate uncertainty, promote consistency, and avoid contradictions in legal judgments. It was also a “signaling mechanism” for public administrators and citizens alike that environmental issues were going to be taken seriously by the courts.

There is no doubt that in São Paulo, principles of environmental protection and social rights have gained prominence in water governance as a result of these legal and institutional shifts. SABESP managers explicitly market the company as the champion of both sustainability and rights, and indeed, the state responds quickly when people lack access to water. Judges in the Special Environmental

³¹ Personal Interview with Ricardo Cintra Torres de Carvalho (Judge), Presidente, s/prejuízo, Câmara Especial do Meio Ambiente, 22 March 2012

³² Personal Interview with Claudia Maria Beré, Promotor de Direitos Humanos (formerly of Housing and Urban Development), MP, 2 April 2012

Chamber express a range of commitments to human rights in their rulings on water and sanitation. For Judge Antonio Celso Aguilar Cortez, individual property rights are rightly questioned when they violate other constitutionally protected rights: “Our job is to make sure that constitutional promises are not empty.” Judge Zelia Alves had a similarly expansive view: “I consider all aspects of protection [in my judgments about water]: rights, environment, etc.; I also consider future generations, and think about collective needs.” Yet tensions between property rights, environmental rights, and social rights are not always readily reconciled, and some analysts believe that stronger environmental laws have in some cases weakened human rights.³³ Judges may attempt to sidestep controversy by looking to the letter of the law for answers, but this can lead to conflicting impulses: “Human dignity trumps other considerations; but property rights are at the same level... they are a part of human dignity.”³⁴ There is little room in judicial processes for the community-based discussions and ongoing political engagement necessary to mediate particularistic interests and incommensurate values (Syme *et al.*, 1999; Power & McCarty, 2006). But despite the fact that law is not a panacea, one reality is inescapable for judges in the Special Environmental Chamber, “everything involves human rights... There’s nothing we hear that doesn’t.”³⁵

What that means for justice norms is that, though they have been “institutionalized” (embodied in the constitution, law, and courts), further instrumental, strategic, and discursive interventions are often necessary for them to become practices (Haglund & Aggarwal, 2011). In São Paulo, the range of instruments, both formal and informal, employed by rights-holders and advocates to hold duty-bearers to account has shifted in recent years (McAllister, 2008). Pre-litigation instruments of negotiation, pressure through publicity of violations, and emergent types of public-spirited lawsuits have enhanced the leverage and boosted the legitimacy of judges and lawyers to hold states or companies

³³ Personal Interview with Marussia Whately, Sociologist; Former coordinator “Programa Mananciais,” Instituto Socioambiental, 28 March 2012

³⁴ Personal Interview with João Negrini Filho (Judge), Câmara Especial do Meio Ambiente, 21 March 2012

³⁵ Personal Interview with Zélia Maria Antunes Alves (Judge), Câmara Especial do Meio Ambiente, 30 March 2012

accountable (Hochstetler & Keck, 2007; Haglund, 2014). The MP and courts use their positions to raise the awareness of public administrators about their obligations regarding human rights and environmental protection. As one prosecutor explained, “Article 6 [of the Constitution] talks of social rights. This is the law. The administration needs to know this is their responsibility.”³⁶ Legal actors also put public administrators on alert: “environmental secretaries are ...taking more care to do their jobs because they know they might have issues under their purview adjudicated.”³⁷ Lawsuits are a powerful last resort when public policies have failed. As one judge argued, “issues only come to court if they were not done properly by public administrators, so it’s logical that the court [and] the MP come at this point to fill the gap between the law and compliance [with human rights to water and sanitation].”³⁸ Government inaction is harder to justify when justice principles are backed by human rights and environmental law, and when prosecutors and judges have legitimacy to argue that state funds are being poorly administered (Haglund, 2014).³⁹

The introduction of justice principles to water governance has shifted state priorities in ways both expected and unexpected. Emerging logics of environmental protection and human rights, defended through new laws, legal pressure, and lawsuits, spurred a shift away from simply expansion of water provision (São Paulo has had relatively high rates of coverage since the 1990s) toward construction of a sanitation infrastructure. Local teams of prosecutors and magistrates worked closely with the main water company (SABESP’s) lawyers “to clarify technical and operational requirements” and design plans for compliance.⁴⁰ Legal interventions had a direct impact on SABESP’s internal operations, in

³⁶ Personal Interview with Jose Carlos de Freitas, Promotor de Habitação e Urbanismo, MP, 4 April 2012

³⁷ Personal Interview with Ruy Alberto Leme Cavalheiro (Judge), Câmara Especial do Meio Ambiente, 22 March 2012

³⁸ Personal Interview with Alves, supra n. 5

³⁹ Personal Interview with Freitas, supra n. 6

⁴⁰ Personal Interview with Adriano C. Stringhini, SABESP, Superintendente, Superintendência de Comunicação, email correspondence with the author, 12 December 2012

particular through the training of company lawyers in environmental and regulatory law and the creation of an environmental law department.

The effects of this legal intervention can also be seen in the “regularization” process in marginal communities. For many decades, sanitation was not a high priority for municipal governments (Whately & Diniz, 2009), in part because of the relatively fewer resources allocated to sanitation in comparison with water or other development projects.⁴¹ There were also greater incentives for state actors to respond quickly to water deficiencies (people are less likely to mobilize around dimly perceived sewage issues),⁴² and a hesitation to invest in projects with an uncertain property status (as mentioned above). But as the MP and courts began to put tremendous pressure on SABESP and municipalities to install sanitation infrastructure (Santoro, Ferrara, & Whately, 2009), it began “developing very rapidly.”⁴³ Investments for regularization of favelas in the Guarapiranga watershed, for example, increased by 600% between 2001 and 2007, benefitting a reported 9,659 families (SSE, 2009).

TABLE 1. Investments in sanitation infrastructure: Guarapiranga watershed

| Year | Total (Reais) |
|-------------|----------------------|
| 2001 | 13,746,000 |
| 2002 | 15,072,000 |
| 2003 | 15,719,000 |
| 2004 | 37,868,000 |
| 2005 | 52,916,000 |
| 2006 | 71,955,000 |

⁴¹ Personal Interview with SABESP managers and technicians: Wagner Luiz Bertoletto, Gerente de Departamento Comercial e Marketing Sul - MSM; Nercy Donini Bonato, Gerente de Departamento de Planejamento Integrado Sul - MSI; Sergio Vieira Silva, Setor Escritório Regional do Grajaú; Sidnei Ferreira Ramos, Geógrafo, Departamento de Planejamento Integrado Sul – MSI, 27 July 2009

⁴² Personal Interview with Pedro Jacobi, Professor Titular, Faculdade de Educação e Programa de Pós Graduação em Ciência Ambiental (PROCAM), University of São Paulo, 29 June 2009

⁴³ Personal Interview with Antonio Celso Aguilar Cortez (Judge), Câmara Especial do Meio Ambiente, 21 March 2012

| | |
|--------------|--------------------|
| 2007 | 84,065,000 |
| Total | 291,341,000 |

Source: Housing Secretary (Secretaria da Habitação), São Paulo Prefecture.

Though the regularization programs did not and could not solve the many intertwined problems facing urban slums in São Paulo, they indicated a marked departure from the status quo with regard to favelas in watershed areas. The legal cases, and the social justice principles upon which they were based, played a key role in the acknowledgement and attention to populations that had previously been repressed or willfully ignored by municipalities and public administrators. They provoked action where there had been decades of inaction, and created incentives for local governments and state entities to take responsibility for working together to solve water governance problems.

Justice considerations in water cases also highlight the differential effects of water policy on vulnerable versus elite populations. Rather than strictly following the letter of the law without weighing the justice implications of their rulings, judges are now being asked to consider these implications, and many of them are doing so:

there was a case in San Sebastian where a widow bought a piece of land next to the river with her insurance money. The MP asked that she be moved so the area could be restored. The ruling was that she HAD to move. But since the municipality had authorized her to build the house in the first place, they were held responsible for finding her a new place to live of comparable quality. This is a social concern. She was poor. On the other hand, I gave a ruling about 22 houses in a luxury area, also at the edge of river. Too bad for them. The municipality didn't have to pay but they had to move. It is appropriate to consider the situation of the residents.⁴⁴

The argument here is not that poor communities have an equal chance of receiving favorable legal rulings to remedy injustices. The case of Pinheirinho—where in 2012, following a court order, a community of approximately 1,600 families was violently displaced and their homes destroyed—belies such simplistic conclusions. The logic of the law is not to question underlying forms of capitalist development. But new norms, mechanisms, and points of intervention on behalf of

⁴⁴ Personal Interview with Cavalheiro, *supra* n. 7

vulnerable populations create the potential for shining light on previously shadowy arrangements, exposing winners and losers, and providing leverage for social movements to challenge the logic of public policy. Indeed, this is what many movements have done, including the União Dos Movimentos Da Moradia, which mounted large protests in front of the São Paulo justice tribunal in the weeks following the Pinheirinho incident and filed a formal legal complaint alleging human rights violations.⁴⁵ Another example is SOS Rios, which frequently mobilizes its constituents to engage with the MP to hold public administrators accountable for environmental pollution.⁴⁶ These cases provide avenues for resistance, and provide additional resources to evaluate and judge policies based on their adherence to justice principles.

5 IMPACT OF WATER GOVERNANCE DEMANDS ON THE LEGAL FIELD IN SÃO PAULO

Not only are legal struggles over resources shaping state orientations and behaviors in São Paulo, but also, and conversely, demands of water and sanitation governance are shaping the meaning of, and approaches to, constitutionally secured rights and protections. New legal norms and mechanisms used to promote visions of social justice confront a long-standing legal tradition that relies heavily on theoretical principles and doctrinaire reasoning. The civil law tradition as it is practiced in Brazil leads to an abstract, systematized way of thinking that “does not really teach students how to solve administrative problems.”⁴⁷ A review of completed theses from the University of São Paulo Faculty of Law (the oldest and most highly revered law school in the country) confirms this, revealing a formalized training that tends to eschew empirical issues. Each branch of law is considered a separate, autonomous science, so when there is overlap (for example, in complex water and sanitation cases

⁴⁵ Personal observation, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, March 2012.

⁴⁶ Accessed 24 October 2013: <http://sosriosdobrasil.blogspot.com/2013/08/acao-civil-publica-do-mp-de-sp-obriga.html>

⁴⁷ Personal Interview with Diogo Coutinho, Associate Professor, University of Sao Paulo Law Faculty, 9 March 2012

involving both environmental law and human rights), it may lead to disarticulation and disharmony among actors in practice. In the MP, it can be

difficult for lawyers to keep the whole picture in mind. Legal training does not teach problem solving through law. Law itself is the end. Students do not get training in looking at complex social problems or understanding problems empirically.⁴⁸

Judges are trained in broad categories of “public” or “private” law, but the idea of specialization in a substantive area such as water is only nascent.⁴⁹ Large municipalities might have judges who specialize in public law with an emphasis on the environment, but this is voluntary:

Generally it is judges who have an interest in the environment that move in this direction, but sometimes it is just if there is an opening on the bench, and then they learn as they go. There is no specialized training beyond law itself unless the judge seeks it.⁵⁰

Because of this training and the relatively conservative nature of the Brazilian courts vis-à-vis social rights claims (Gauri & Brinks, 2010), there is resistance to becoming involved in policy questions. Though much of the state went through a transformation toward a more liberal engagement with social justice with the rise to power of the Workers’ Party (PT), this shift has yet to permeate the judiciary. As one judge told me regarding illegal settlement on watersheds:

The problem of housing is not a problem of judges. It is a problem of public administration. I do my part as a judge, and administrators do their part. If settlers move to another protected area, we deal with that when it happens. Some judges try to fix a problem by saying “move, but only when [the people find housing].” This fixes and doesn't fix the problem. I **prefer to fix the problem I have control over, and let the administration deal with their problems.**⁵¹

This attitude contrasts with the more activist role courts have played in questions of water governance in places like South Africa and India. According to some environmental experts, attempts to find solutions to complex water and sanitation problems by turning to the law, rather than analyzing the empirical situation, is insufficient: “I am skeptical of the ability of courts to improve the

⁴⁸ Personal Interview with Luis Roberto Proença, Promotor de Justiça do Meio Ambiente, MP, 14 March 2012

⁴⁹ Personal Interview with Freitas, supra n. 6

⁵⁰ Personal Interview with Cortez, supra n. 13

⁵¹ Personal Interview with Carvalho, supra n. 1 (emphasis added)

situation because... their vision is not broad enough, and they are not thinking like environmental specialists.”⁵²

Interestingly, however, it is precisely problems of watershed protection and sanitation infrastructure in São Paulo that are forcing lawyers and judges to move beyond legal abstraction to more grounded decision-making. The uneasy truce between property rights, environmental protection, and social justice is not well mediated by abstract law, and judges and advocates are thus faced with re-evaluating the nature of law and their own role in ensuring justice and protecting resources. As the aforementioned judge who eschews administrative problems acknowledged, the law may dictate that people leave a watershed, but “there are definitely cases, for example when land use is consolidated and in some ways serves the public interest, where the law cannot be applied; I don’t rule to change that situation.”⁵³ There had been a historical tendency for higher courts to forbid judicial intervention in policy questions with budget implications, as most water and sanitation cases do.⁵⁴ But more recently, a regional appeals court ruled that municipalities can be prosecuted for failing to provide sanitation (TRF4, 2011).

Another area where legal tradition tends to clash with more recent social justice demands is in the individualized nature of much litigation. Individualized litigation in the water sector can lead to negative outcomes for communities (Bond, 2013; Bakker, 2010). Though Brazilian courts still retain a preference for individualized adjudication (Hoffman & Bentes, 2010), the Brazilian Constitution of 1988 (Article 129-III) explicitly gave the MP powers to “promote civil investigations and public civil actions for the protection of public and social patrimony, of the environment and of other diffuse and collective interests.” Water and sanitation provision are quintessentially “collective” in that identifiable groups of people (all) have an interest in having access, as well as “diffuse” in that good water governance affects society as a whole (see McAllister, 2008: 199). Collective cases have become more numerous in recent years, which has meant that judges

⁵² Personal Interview with Maria Luiza Granziera, Professor of Environmental Law, Universidade Católica de Santos (UNISANTOS), 27 March 2012

⁵³ Personal Interview with Carvalho, supra n. 1

⁵⁴ Personal Interview with Ronaldo Porto Macedo Júnior, Procurador de Justiça, MP, 13 March 2012

in São Paulo increasingly must confront potential contradictions between defending individual rights in the present and protecting collective or diffuse interests in the present and future:

Providing sanitation now is part of our legal obligations... Protecting the environment for future generations is also in the law, and is considered fundamental. Sometimes these broader, societal and future generation rights trump individual rights.⁵⁵

In fact, the newly created Special Environmental Chamber sees very few individual cases, and most of those concern individuals who are fighting penalties they have received for environmental violations. The chamber was created specifically to handle cases with wider societal impact, and it tends to attract judges who are open to collective cases,⁵⁶ creating an iteratively more receptive approach to systemic change.⁵⁷

Prosecutors, as well, have had to modify single-minded pursuit of individual remedies in water and sanitation cases in order to address multifaceted challenges:

Balance is hard to find because sometimes when you honor one right, you put another at risk. There is not always money in the public purse to move people to housing. Environmental problems are not always remedied... We seek to have a balance.⁵⁸

The complexity of these cases has provided opportunities for novel legal approaches to problem solving. In the case of Cocaia, a favela alongside Billings Reservoir that had no sanitation system, the residents purchased their land from someone who did not own it, and built their houses there. The real owner won a lawsuit establishing his property rights, and began a suit against the water company, SABESP, for installing sanitation on his land. SABESP and municipal lawyers met and agreed to tell the property owner that either he could let them build the infrastructure, or they would take him to court for environmental violations. The state actors prevailed. As one water expert close to the case

⁵⁵ Personal Interview with Negrini, supra n. 4

⁵⁶ Personal Interview with Cortez, supra n. 13

⁵⁷ Personal Interview with Carvalho, supra n. 1

⁵⁸ Personal Interview with Freitas, supra n. 6

recounted, “If it had only been about human rights, they wouldn't have had this leverage.”⁵⁹

Case-by-case litigation similarly can create obstacles to addressing complex challenges. Though at first glance, cases seem better tailored to empirical realities, they also tend to miss the big picture in thorny governance issues. Public prosecution in São Paulo tends to be individualistic, with no clear hierarchy and few mechanisms for coordination among prosecutors (Proença, 2006; Haglund, 2014). In this situation, individual cases potentially become disconnected from broader MP or societal goals. The way cases are admitted and processed can exacerbate this piecemeal approach:

Prosecutors wait for cases to come to their desk, and then handle them one by one. It's hard to have a broader strategy because they feel obliged to take on every case... It becomes very bureaucratic rather than programmatic... There are a few instances where the big picture comes in, like the MP enforcing the rule that the state has to have a planning document for the environment every year. But it is more common to have individual cases that are not really linked to the whole picture.⁶⁰

As cases move through appeals at the state or federal level, different prosecutors are brought in than the one who originally researched and defended it, creating fragmentation in the case narrative. These lawyers “might even take the opposite position from the original prosecutor,” and may “have no contact with the original prosecutor.”⁶¹ Appeals are thus fought by people who may have little knowledge of, and sometimes no interest in, the original case.

Fragmentation in the MP and in courts has left little room for coordination and dialogue between the judiciary and other branches of government, an important ingredient for improving public policy (Verissimo, 2006). But there are signs that the demands of the water sectors may be forcing a more programmatic approach. In some smaller municipalities, there are specialized prosecutors whose jurisdictions follow ecological rather than administrative boundaries, and who have

⁵⁹ Personal Interview with Ricardo Araújo, Former Coordinator, Programa Mananciais, Secretaria de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (SSE, now SSRH), 3 April 2012

⁶⁰ Personal Interview with Proença, supra n. 18

⁶¹ Personal Interview with Proença, supra n. 18

the authority to file legal suits across such boundaries.⁶² This model may encounter difficulties functioning in an area as large as São Paulo, but it offers a glimpse of some of the creative solutions being put forward to address the realities of water governance. As the number of “collective” cases and the resulting tension between legal and administrative interventions grow, so does the need for systematic, coordinated remedies that serve the collectivity. Despite the frustration or resignation that many judges expressed regarding administrative issues beyond their control, they nevertheless did not turn away from their legal duties: “We are trying to help improve the system as a whole... These issues need to be adjudicated.”⁶³ Most of the judges interviewed pointed to concrete changes that have resulted from the formidable demands of water governance, including increased specialization in environment and human rights as part of legal training, a growing literature regarding social rights, and faster judgments and quicker resolution of environmental problems due to the accumulation of precedent.

Though there was no real tradition of working together among legal and non-legal organs of the state until very recently, due to the urgent demands of watershed management, there have been improvements.⁶⁴ Programa Mananciais (SSE, 2009) (the Watershed Project), for example, evidenced an unusual degree of institutional articulation in “regularizing” favelas. The plan was complex— involving the municipality, the MP, the state, and the federal government—and its environmental component entailed moving settlers from certain preservation and risk areas, as well as building sanitation and other infrastructure to protect the remaining resources.⁶⁵ Though the case-based approach of the MP was criticized by some for requiring intervention only in select areas to the possible exclusion of others or the big picture,⁶⁶ in the context of the plan as a whole, the MP served an

⁶² Personal Interview with Macedo, *supra* n. 24

⁶³ Personal Interview with Cavalheiro, *supra* n. 7

⁶⁴ Personal Interview with Araújo, *supra* n. 29

⁶⁵ Personal Interview with José Eduardo Ismael Lutti, Promotor de Justiça do Meio Ambiente, MP, 14 March 2012

⁶⁶ Personal Interview with Paula Freire Santoro, architect; former researcher with Instituto Pólis, 5 April 2012

important accountability function. And importantly, as these projects are designed and implemented, “the tradition of success builds on itself, builds capacity.”⁶⁷

Capacity is a crucial point of necessity as policy is increasingly “legalized” (Gauri & Brinks, 2010). Whether judges are qualified to evaluate the needs of the water sector when their expertise is in law is a point of stringent debate. Judges in the Environmental Chamber are aware of the need to consult with experts to help them evaluate the substantive, technological dimensions of a case, and they often do so. “Peritos” or “specialists” (doctors, engineers, lawyers, etc.) who assist on cases are often public (e.g., university) employees, in which case they are obligated to make evaluations, often without payment.⁶⁸ They might also be private actors, in which case the judge or other person asking for support must provide compensation, either by asking the defendant or the MP to pay.⁶⁹ Some judges even take on investigative responsibilities themselves:

I had a case in the interior regarding water - a conflict between neighbors. They didn’t have an engineer to investigate, so it came to me. I went out there, saw the place, asked some friends about it, went to the library, and got to the bottom of it. Judges have this responsibility.⁷⁰

Though most judges interviewed believed they had sufficient technical support to make informed decisions, many respondents had mixed feelings about this system, in particular due to the fragmented, individualized approach it fosters, the uneven guidance it provides judges depending on their connections, and the burdens it potentially places on public professionals. There is an additional risk of biased assessments:

Sometimes the private specialists have their own interests, as they work for the businesses in the area or have connections with people who degrade the environment. The specialists might depend for their income on agriculturalists or business people. Judges and courts don’t have their own technical evaluation teams, and they should.⁷¹

⁶⁷ Personal Interview with Araújo, supra n. 29

⁶⁸ Personal Interview with Cristina Godoy, Promotora de Meio Ambiente, CAOs, MP. 4 April 2012

⁶⁹ Personal Interview with Alves, supra n. 5

⁷⁰ Personal Interview with Cavalheiro, supra n. 7

⁷¹ Personal Interview with Nelson Bugalho, Director Vice-President, CETESB; former Promotor de Justiça, MP, 10 April 2012

The reality of judges making difficult decisions about water and environmental governance under less than ideal circumstances has led to calls for a more formal system of coordinated, funded, and substantive evaluations and support.

The MP is somewhat better positioned in terms of technical support, in that they have internal investigation teams consisting of engineers, biologists, and others called CAEX (Technical and Enforcement Support Centers), as well as the similarly named CAOs (Operational Support Centers), which offer mainly legal and judicial support for prosecutors.⁷² Theoretically, CAOs could help with coordination *among* prosecutors and reduce conflict within the MP, but they have not performed this role, in part because “it has been difficult to convince prosecutors to work in concert.”⁷³ Some prosecutors have, however, taken it upon themselves “to translate complex [water and sanitation] cases for judges, who have the legal competence, but not necessarily the technical know-how.”⁷⁴ Again, according to some interviewees, water governance demands that these kinds of Operational Support Centers be developed across problem areas, and that they incorporate both legal and non-legal actors in information sharing, problem evaluation, and intervention.

Although there is widespread agreement that better mechanisms of coordination would be helpful, and in isolated instances they are being considered and developed, such mechanisms are still in short supply. One of the barriers to their creation, besides institutional fragmentation, is cost: “Sometimes there is a shortage of specialists to evaluate a complex case. There should be a fund to pay for this. Some judges ask the defendant to pay, but others don’t.”⁷⁵ The cost of *addressing* problems, as well, often is not part of legal discourse. As mentioned above, it was previously forbidden for judges to weigh in on budget allocation, and prosecutors steered clear as well:

⁷² Personal Interview with Lutti, *supra* n. 35

⁷³ Personal Interview with Macedo, *supra* n. 24

⁷⁴ Personal Interview with Carlos Salles, Procurador de Justiça, MP. Professor, USP Direito, 28 March 2012

⁷⁵ Personal Interview with Beré, *supra* n. 2

The role of prosecutors isn't to consider the costs of fixing a problem. That's not their job. They just make the arguments of what is wrong and how it is violating the law. Cost comes into the picture when they point out the cost to the government of sickness, or of having to retrieve water from further away, or whatever.⁷⁶

But ignoring costs considerations does not make them go away. As with capacity-building, complex water challenges highlight the need for methods of incorporating cost considerations into legal interventions. Recently, higher courts have recognized that even questions of budget allocation can be adjudicated (TRF4, 2011). Judges do at times allow the issues of cost to enter their judgments, if only because they prefer not to make a "doomed" ruling (Gauri & Brinks, 2010):

Judges do try to account for cases when the state cannot afford the steps required to remedy a problem (as in small municipalities). If there is a case where the problem has gone on for 20 years and nothing has been done to remedy [it], however, we start losing confidence in this argument... On the other hand, if something is simply impossible, the courts are not going to rule in favor of it.⁷⁷

One other way in which the challenges of water governance redirect the gaze of legal actors is with substantive effects. As mentioned above, Brazilian legal actors are trained to approach their work with a theoretical orientation, rather than focusing on empirical outcomes (intended or unintended).⁷⁸ But whether or not desired outcomes are achieved is an urgent question in the water sector because of the serious consequences of mismanagement for human wellbeing and the environment: "[Legal] delays are the real problem; sometimes the environment cannot wait."⁷⁹ In response to this reality, some prosecutors look for creative ways to avoid litigation, including working directly with administrative agencies, indirectly threatening litigation, or otherwise compelling pre-litigation legal compliance.⁸⁰

There is one area of water governance that was strongly emphasized with Brazilian constitutional reforms that has not been well incorporated into the legal field in São Paulo: the importance of democratic participation. Conceptions of

⁷⁶ Personal Interview with Lutti, supra n. 35

⁷⁷ Personal Interview with Negrini, supra n. 4

⁷⁸ Personal Interview with Marcos Verissimo, Assistant Professor, University of Sao Paulo Law Faculty, 9 March 2012

⁷⁹ Personal Interview with Cortez, supra n. 13

⁸⁰ Personal Interview with Macedo, supra n. 24

water governance that incorporate justice principles must interrogate *who* makes decisions based on *what criteria*, *by what means* and *to what ends*, as well as how “common citizens participate in the determination of those ends and values, and in the identification of the means for pursuing them” (Castro, 2007). In the legal cases discussed here, it is largely lawyers and courts that argue the value of different routes of action. This may be partly by choice (Haglund, 2014):

There has been very little NGO inclusion in MP cases. They ask the MP or other public defenders to do it instead. They would have to have money and hire a lawyer. These are poor peoples’ organizations, and thus are poor themselves. They also believe judges are more receptive to the MP or Public Defender, though I don’t necessarily believe this.⁸¹

Some aspects of justice are well served by the fact that the MP, with its greater resources, is required to investigate all cases brought to its attention. But other concerns such as “voice,” representation of all views and values, and sufficient and clear communication among all stakeholders are more elusive. Decision-making that gives priority to experts with little public consultation may result in policies that come across as a *fait accompli*, causing misunderstandings, resentments, and conflicts that last for years (Nancarrow & Syme, 2001).

There are other venues for citizen participation in water governance in São Paulo, such as water basin committees. But the key point here is that the full range of “human rights” that a justice approach to water governance would consider “indivisible” are *not* currently incorporated in a holistic fashion in judicial processes. This is a tension—at least for water governance—as demands for political, civil, economic, social, and cultural rights in their entirety are an integral part of holistic water management.

6 CONCLUSION: THE MUTUAL CONSTITUTION OF WATER GOVERNANCE AND JUSTICE

The analysis presented in this paper is preliminary, in that not all potentially relevant documents could be obtained and examined, nor every relevant actor interviewed. Some initial observations can be made, however, regarding the

⁸¹ Personal Interview with Beré, *supra* n. 2

mutually constitutive nature of water policy and the legal field in São Paulo. Democratization brought new legal mechanisms to protect and promote the rights and aspirations of Brazilians, and prioritized new logics for public administration—social justice, environmental protection, and political inclusion. Challenges and barriers to realizing these aspirations, including the complexity and the magnitude of the social problems themselves, facilitated a turn to courts to resolve discrepancies between norms and on-the-ground realities. Courts and law have provided new forms of leverage to promote transparency, to question historical domination and destructive development practices, and to force public administrators to justify their priorities. While law is not a panacea—it is not designed as a planning device, and legal empowerment of poor communities is limited—legal norms open up a range of strategies, both formal and informal, for promoting accountability, raising awareness, and fostering responsive government.

Water governance in São Paulo is unquestionably influenced by the multiple (and sometimes conflicting) norms of human rights and environmental protection embodied in law and the constitution. Legal interventions on behalf of these norms (or the threat thereof) have led to vigorous discussions among institutional actors in the water company, the regulatory agency, the MP, and the private sector about policy priorities and alternative strategies for complying with legal obligations. Court judgments have helped to clarify expectations, and set clear limits regarding when and how compliance must occur. The rapid development of sanitation infrastructure and “regularization” of marginal communities are two examples of policy arenas where law has played a key role. Court cases have also called attention to differential effects of water policy decisions on poor communities versus wealthy developers, thus providing new points of leverage for social movements seeking to challenge existing power relations and distribution of resources. The legal field thus has the *potential* to act as an “anti-systemic force... tasked with prioritizing social and environmental values over the interests of capital accumulation” (Hancock, 2003: 7). However, the results also indicate that despite these emerging dynamics, legal strategies do not *necessarily* address structural and political barriers to justice, or overcome

entrenched interests or contradictions among policy goals. A more systematic coordination among policy objectives and more vigorous inclusion of alternative voices would be needed to overcome barriers to a “just sustainability” (Agyeman, Bullard, & Evans, 2003). Future research on these dynamics would undoubtedly be beneficial for communities, human rights, and environmental advocacy.

Meanwhile, as water and sanitation issues are increasingly adjudicated in courts, legal actors are forced to reconsider historical conceptions, assumptions, and behaviors, opening the possibility for a more robust engagement with collective and diffuse rights, programmatic solutions, substantive outcomes, and the full range of human rights. The inherent “collective” and “diffuse” nature of water and sanitation rights has allowed lawyers to put forward novel arguments for preventing harm to broader constituencies (even those not yet born), and judges to consider these impacts. The systemic breakdown of certain aspects of water governance, in particular watershed protection and sanitation infrastructure, have led legal actors to pinpoint failings of specific public administrators and institutions, thus creating targeted pressure for concrete, programmatic shifts, as well as for institution- and capacity-building to remedy shortcomings. There is still room for improved coordination across cases and institutions, and within geographic contexts, as well as improved turnaround time and more effective participatory governance mechanisms. But emerging developments—in particular, the creation of two Special Environmental Chambers and calls for improved legal education and support in relation to complex environmental policy issues—are promising.

The use of law to adjudicate tricky social problems has also had the effect of broadening the vision of judges and lawyers beyond their formal training and expanding the meaning of “justice.” Though some judges contended that they were simply upholding the law, several others saw themselves as protecting the interests of society as a whole:

Interviewer: Do you see yourself as a protector of social rights?

Interviewee: Yes, as well as a protector of cities and the environment, and someone who protects the public against global warming and other environmental problems.⁸²

⁸² Personal Interview with Alves, *supra* n. 5

This statement is not mere hyperbole, in the sense that judges in the Special Environmental Chamber *are* being asked to lead the way into uncharted territory with few resources or legal precedent. The expectations are high: “It is historic; the judges are providing a great service to São Paulo and to the country.”⁸³ Of course, these shifts in the role, perception, and action of the judiciary are not guaranteed, but rather, are contingent, newly emerging resolutions of tensions between traditional justice principles and the demands of integrated, holistic, and responsive water governance. Formal institutional and legal mechanisms do not operate alone, but work iteratively with social struggle to influence the degree to which water governance is premised on ideas of social justice.

7 ACKNOWLEDGEMENTS

This research was made possible through an award granted by the J. William Fulbright Foreign Scholarship Board and the Brazilian Fulbright Commission. The author would like to thank Diogo Coutinho, Pedro Jacobi, Ronaldo Macedo, Luis Roberto Proença, and Marussia Whately, as well as all interviewees, for their generous and invaluable support in carrying out this research. All errors and omissions are solely the responsibility of the author.

REFERENCES

ABERS, R. & KECK, M.. (2006). Muddy waters: The political construction of deliberative water basin governance in Brazil. **International Journal of Urban and Regional Research**, 30(3), 601–622.

AGYEMAN, J.; BULLARD, R. D., & Evans, B. (2003). Intro – Joined-up thinking: Bringing together sustainability, environmental justice, and equity. In Agyeman, J., Bullard, R. D., & Evans, B., **Just Sustainabilities: Development in an Unequal World**. MIT Press, Cambridge, MA.

⁸³ Statements made by Daniel Fink, Prosecutor, MP, before the first Environmental Chamber, 29 March 2012

- BAKKER, K. J. (2010). **Privatizing Water**: Governance failure and the world's urban water crisis. Cornell University Press, Ithaca.
- BOND, P. (2013). Water rights, commons, and advocacy narratives. **South African Journal on Human Rights**, 29, 125–143.
- CAMPOS, V. N. O. & Fracalanza A. P. (2010). Governança das Águas no Brasil: Conflitos pela Apropriação da Água e a Busca da Integração como Consenso. **Ambiente e Sociedade**, 23(2 – Jul-Dec), 365–382.
- CASTRO, J. E. (2007). Water governance in the twentieth-first century. **Ambiente e Sociedade**, 10(2), 97–118.
- CHAPMAN, A. (2007). The status of efforts to monitor economic, social, and cultural rights. In S. Hertel & L. Minkler (eds). **Economic Rights**: Conceptual, measurement, and policy issues. Cambridge University Press, New York.
- EVANS, P. (1995). **Embedded Autonomy**: States and Industrial Transformation. Princeton University Press, Princeton, NJ.
- GAURI, V. & Brinks, D. M. (2010). **Courting Social Justice**: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World. Cambridge University Press, UK.
- GRIGG, N. S. (2008). Integrated water resources management: Balancing views and improving practice. **Water International**, 33(3), 1–20.
- HAGLUND, L. (Forthcoming 2014). New forms of environmental governance in São Paulo, Brazil: Implications for human rights. **Latin American Perspectives**.
- HAGLUND, L. (2010). **Limiting Resources**: Market-Led Reform and the Transformation of Public Goods. Pennsylvania State University Press, University Park, PA.
- HAGLUND, L. & AGGARWAL, R. (2011). Test of our progress: The translation of economic and social rights norms into practices. **Journal of Human Rights**, 10, 1–27.
- HANCOCK, J. (2003). **Environmental Human Rights**: Power, Ethics, and Law. Ashgate Publishing, Ltd., Aldershot, England.
- HOCHSTETLER, K. & KECK, M. E. (2007). **Greening Brazil**: Environmental Activism in State and Society. Duke University Press, Durham, NC.
- HOFFMANN, F. F. & BENTES, F. R. N. M. (2010). Accountability for social and economic rights in Brazil. In: Gauri, V. & BRINKS, D. M. (eds). **Courting Social**

Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World. Cambridge University Press, UK.

KHAN, I. (2009). **The Unheard Truth:** Poverty and Human Rights. Amnesty International, London.

KRATOCHVÍL, J. (2009). Realizing a promise: A case for ratification of the Optional Protocol to the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. **Human Rights Brief**, 16, 30–35.

KLUG, H. (Forthcoming 2015). Achieving rights to land, water and health in post-apartheid South Africa. In L. Haglund & R. Stryker (eds). **Economic, Social, and Cultural Rights:** Emerging Possibilities for Social Transformation. University of California Press, Berkeley.

LUKASIEWICZ, A., BOWMER, K., SYME, G. J., & DAVIDSON, P. (2013). Assessing government intentions for Australian water reform using a social justice framework. **Society & Natural Resources: An International Journal**, 26(11), 1314–1329.

Lukes, S. (2003). **Liberals and Cannibals:** The Implications of Diversity. Verso, London.

MCALLISTER, L. K. (2008). **Making Law Matter:** Environmental Protection and Legal Institutions in Brazil. Stanford University Press, CA.

MOLLINGA, P. P. (2008). Water, politics and development: Framing a political sociology of water resources management. **Water Alternatives**, 1(1), 7–23.

MOURA, R. & GORSODORF, L. F. (2011). Questão metropolitana. Caderno temático nº 4. **Panorama do Saneamento Básico no Brasil:** Cadernos temáticos para o panorama do saneamento básico no Brasil. Volume 7 (Versão Preliminar). Ministério das Cidades, Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, Brasília, Brasil.

NALINI, J. R. (2008). “Câmara ambiental em São Paulo agiliza e uniformiza julgamentos.” **Consultor Jurídico**. 26 December. Available at: <www.conjur.com.br/2008-dez-26/camara_ambiental_sp_agiliza_uniformiza_julgamentos>. Accessed 1 March 2014.

NANCARROW, B. E. & SYME, G. J. (2001). Challenges in implementing justice research in the allocation of natural resources. **Social Justice Research**, 14(4), 441–452.

NELSON, P. & DORSEY, E. (2003). At the nexus of human rights and development: New methods and strategies of global NGOs. **World Development**, 31(12), 2013–2026.

NUSSBAUM, M. C. (2003). Capabilities as fundamental entitlements: Sen and social justice. **Feminist Economics**, 9(2–3), 33–59.

OSTROM, E. (2009). A general framework for analyzing sustainability of social-ecological systems. **Science**, 325(5939), 419–422.

PAHL-WOSTL, C., HOLTZ, G., KASTENS, B., & KNIEPER, C. (2010). Analyzing complex water governance regimes: The Management and Transition Framework. **Environmental Science & Policy**, 13, 571–581.

PEDRIANA, N. & STRYKER, R. (2012). ‘Effects-based’ Civil Rights Law: Comparing U.S. Voting Rights, Equal Employment Opportunity and Fair Housing Legislation. Paper presented at the Conference “Rights and their Translation into Practice: Toward a Synthetic Framework.” Rogers College of Law, Tucson, AZ, Nov. 2-3, 2012. Available at: <http://sociology.arizona.edu/sites/sociology.arizona.edu/files/files-page/rights_paper_pedriana_stryker.pdf>. Accessed 12 March 2014.

POWER, M. & MCCARTY L. S. (2006). Environmental risk management decision-making in a societal context. **Human and Ecological Risk Assessment**, 12, 18–27.

PROENÇA, L. R. (2006). Propostas para o aprimoramento da atuação do Ministério Público na defesa de interesses e direitos de natureza coletiva. III Congresso do MP, **Atuação do Ministério Público em Segunda Instância – Sugestão de um novo perfil**. Ministério Público, São Paulo.

RAJAGOPAL, B. (2003). **International Law from Below: Development, Social Movements, and Third World Resistance**. Cambridge University Press, UK.

SALMAN, S. M. A. & MCINERNEY-LANKFORD, S. (2004). The Human Right to Water: Legal and Policy Dimensions. **Law, Justice, and Development Series**. World Bank, Washington DC.

SANTORO, P. F., FERRARA, L. N., & WHATELY, M. (2009). Mananciais: diagnóstico e políticas habitacionais. **Instituto Socioambiental**, São Paulo.

SEN, A. 1999. **Development as Freedom**. Anchor Books, New York.

SOFOULIS, Z. & WILLIAMS, C. (2008). From pushing atoms to growing networks: Cultural innovation and co-evolution in urban water conservation. **Social Alternatives**, 27(3), 50–57.

SSE: Secretaria de Saneamento e Energia. (2009). Programa Mananciais: relatório de planejamento estratégico. **SSE**, São Paulo.

STRYKER, R. (2007). Half empty, half full, or neither: Law, inequality, and social change in capitalist democracies. **Annual Review of Law and Social Science**, 3, 69–97.

SWYNGEDOUW, E. & HEYNEN, N. C. (2003). Urban political ecology, justice, and the politics of scale. **Antipode: Special Issue**, 35(5), 898–918.

SYME, G. J., KALS, E., NANCARROW, B. E., & MONTADA, L. (2006). Ecological risks and community perceptions of fairness and justice: A cross-cultural model. **Human and Ecological Risk Assessment**, 12, 102–119.

SYME, G. J., NANCARROW, B. E., & MCCREDDIN, J. A. (1999). Defining the components of fairness in the allocation of water to environmental and human uses. **Journal of Environmental Management**, 57, 51–70.

SYME, G. J., PORTER, N. B., GOEFT, U., & KINGTON, E. A. (2008). Integrating social wellbeing into assessments of water policy: Meeting the challenge for decision makers. **Water Policy**, 10, 323–343.

TJSP: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (2005). **Resolução Nº 240**. Criando a Câmara Especial do Meio Ambiente. DOE/PJ-SP de 06/10/2005 (nº 189, p. 6).

TRF4: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. (2011). Ação Civil Pública. Dano Ambiental. Estação De Tratamento De Água. **AC 0001201-38.2002.404.7201**, 11/03/2011.

VERISSIMO, M. P. (2006). A Judicialização dos Conflitos de Justiça Distributiva no Brasil: O Processo Judicial no Pós-1988. **Doctoral Thesis**. Faculdade de Direito, Departamento de Direito Processual, Universidade de São Paulo.

WHATELY, M. & DINIZ, L. H. (2009). **São Paulo Metropolitan Water and Sewage Situation**. Instituto Socioambiental, São Paulo.

WWC: World Water Council. (2000). **The Hague on Water Security in the 21st Century**. Available at:
<www.worldwatercouncil.org/fileadmin/world_water_council/documents/world_water_forum_2/The_Hague_Declaration.pdf>. Accessed 12 March 2014.

YOUNG, K. (2009). Freedom, want and economic and social rights: Frame and law. **Maryland Journal of International Law**, 24, 182–208.

O INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO E O DIREITO À MORADIA: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL⁸⁴

Danielle Zoega Rosim,
Luciano de Camargo Penteado,

RESUMO: A falta de planejamento para suportar o acelerado crescimento populacional ensejou o grave problema da falta de moradias nas cidades de diversas partes do mundo, inclusive brasileiras. A despeito de diversos diplomas legais internacionais e nacionais garantirem o direito à moradia, a questão do déficit habitacional no país é muito séria, especialmente no meio urbano, onde são evidentes a exclusão social e a segregação territorial. Diante deste cenário, a presente pesquisa tem por problema central a verificação dos contornos legais e teóricos do direito à moradia e do instituto da desapropriação, perquirindo a respeito da viabilidade deste último enquanto instrumento a serviço da implementação do direito à moradia. Nestes termos, busca-se constatar quais os limites e potencialidades do instituto, bem como a forma como ele vem sendo aplicado na prática. Para tanto, inicialmente, realizar-se-á uma revisão da literatura sobre o assunto e da legislação concernente, para posteriormente desenvolver uma pesquisa qualitativa, do tipo documental, consistente na análise de julgados, com a pretensão de apurar, na prática, como as modalidades de desapropriação do imóvel urbano vêm sendo relacionadas com a efetivação do direito à moradia pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Comarca de São Paulo, no período entre 2011 e 2015. Com tal metodologia espera-se lançar luz sobre os delineamentos atuais do direito de propriedade, da desapropriação e da efetivação do direito à moradia, um dos sustentáculos da dignidade da pessoa humana, e cuja implementação abrange inúmeros desafios a serem superados num esforço que perpassa pelo conhecimento e aplicação racional dos instrumentos fornecidos pelo ordenamento jurídico, entre eles, a desapropriação.

PALAVRAS-CHAVE: moradia urbana; direito de propriedade; desapropriação; análise jurisprudencial.

1 INTRODUÇÃO

⁸⁴ Artigo decorrente de pesquisa financiada pelo Convênio FAPESP/CAPES - processo nº 2014/21287-9, Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). As opiniões, hipóteses e conclusões ou recomendações expressas neste material são de responsabilidade dos autores e não necessariamente refletem a visão da FAPESP.

Conforme revela o relatório *World Urbanization Prospects: The 2014 Revision, Highlights* (ONU, 2014), elaborado pelo Departamento de assuntos econômicos e sociais, divisão de população da ONU, no século XXI o equilíbrio entre a população rural e a urbana mudou irreversivelmente: o ano de 2008 marcou o início de um mundo predominantemente urbano e as projeções apontam que em 2050 o total da população urbana no planeta atingirá a marca de 66% (UNITED NATIONS, 2014).

Neste cenário majoritariamente urbano, é frequente a associação da vida nas cidades a maiores níveis de alfabetização, melhor saúde, acesso a serviços sociais, ampliação de experiências culturais, participação política, entre outras facilidades, não obstante, a observação atenta da realidade em inúmeros países, principalmente os considerados “em desenvolvimento”, revela que o rápido crescimento urbano não planejado coloca por terra a garantia de que os benefícios da vida urbana serão equitativamente partilhados por toda a população (UNITED NATIONS, 2014).

Especificamente em relação ao cenário brasileiro, dados do Censo demográfico de 2010 indicam que desde 1970 a população urbana supera a rural, atingindo o número de 160.925.729 habitantes em 2010 (IBGE, 2010). Desta feita, ao menos a partir da década de 70, a questão urbana integra, ou pelo menos deveria integrar, as preocupações da sociedade brasileira e dos poderes públicos (BARBOSA; LEITE; MACHADO, 2011).

Ocorre que, em virtude do padrão e da dinâmica do processo de urbanização no Brasil, o crescimento urbano, ao mesmo tempo em que promove o desenvolvimento econômico, também tem gerado um processo ascendente de exclusão social e segregação territorial. Mais e mais indivíduos e grupos excluídos da economia urbana formal são impelidos a viver em regiões indevidamente urbanizadas, contribuindo para a baixa qualidade de vida nas cidades, para a degradação ambiental e para o aumento da pobreza (FERNANDES, 2001).

É neste contexto que a efetivação do direito à moradia se insere como questão fundamental na dinâmica da vida urbana, ligando-se estreitamente aos

esforços para a atenuação das situações de desigualdade social e territorial nas cidades, em especial as brasileiras.

Em suma, Elisabete Maníglia expõe de forma clara o contexto por trás desta pesquisa:

A notícia de que o mundo terá, a partir de então, segundo as previsões demográficas, 7 bilhões de pessoas como população, é em parte assustadora numa perspectiva jurídico social. A preocupação com o nível de vida destes povos, do que eles se alimentarão e como será a história de cada nação para manter a dignidade de cada cidadão é algo para se pensar coletivamente. Neste sentido, nada mais apropriado que a Universidade, em particular as ciências sociais aplicadas para propor uma discussão que reflita sobre direito, políticas públicas e sustentabilidade. Independentemente de ideologias, é necessário prover a discussão de caminhos que indique diretrizes de melhoria para o mundo, que neste instante, de forma assustadora discute a crise econômica, deixando a mercê a reflexão sobre a desigualdade, a miséria e a injustiça (MANÍGLIA, 2011, p. 5).

Assim, não se olvidando a interdisciplinariedade e complexidade do tema, o estudo, que ainda está em andamento, tem por objetivo geral discutir, de uma perspectiva jurídica, um dos caminhos pensados pelo legislador para fazer valer nas cidades brasileiras o aclamado interesse social: busca-se analisar o instituto da desapropriação enquanto instrumento de efetivação do direito à moradia. Esta análise perpassa, portanto, pela verificação dos contornos gerais da proteção do direito à moradia no âmbito nacional e internacional, pela análise da evolução histórica do direito de propriedade e a exigência do cumprimento de sua função social, bem como pelo estudo das espécies expropriatórias relacionadas com a implementação do direito à moradia urbana, quais sejam, a desapropriação urbana por necessidade, utilidade pública ou interesse social e a “desapropriação-penalidade”. Tudo isso com o objetivo de recolher subsídios à compreensão da aplicação prática do instituto da desapropriação como instrumento de efetivação do direito à moradia na atuação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Comarca de São Paulo, pelo período entre 2011 e 2015.

2 DESENVOLVIMENTO DO ARTIGO

Independentemente do momento histórico considerado, a questão habitacional é um problema do indivíduo e da sociedade. Ao perceber as vantagens do alojamento em um local fixo, o ser humano deixou de ser nômade e viver cada dia em um lugar diferente, optando pela moradia duradoura (BENEVOLO, 2011). De lá para cá, muitas foram as transformações sofridas pelo direito à moradia, o qual se vincula a anseios do ser humano tão essenciais como a vida, o que torna essa temática objeto de análise de diversos ramos da ciência, gerando questionamentos tanto no campo jurídico-econômico, como no sociopolítico (SOUZA, 2008).

Não obstante, embora a necessidade de um local para ter como abrigo e referência persiga o homem desde os primórdios das civilizações, podendo-se inclusive falar na antecedência da moradia em relação à propriedade – posto que, autonomamente à condição de proprietário, o ser humano sempre procurou construir abrigo para habitar, em busca de proteção contra intempéries e predadores –, a previsão e o tratamento jurídico-legal do direito de propriedade antecede o direito à moradia tanto no âmbito internacional como interno (PAGANI, 2009).

Entretanto, ainda que a passos menos velozes, a proteção jurídica do direito à moradia ganhou espaço no palco internacional, passando a constar do rol dos direitos humanos (PAGANI, 2009). Sob este aspecto, verifica-se nas últimas décadas um processo de globalização de importantes componentes da vida da pessoa humana, processo não raramente marcado pela violência, marginalidade urbana, conflitos étnicos, raciais, religiosos, entre outros, mas também pautado pela emergência de iniciativas que buscam alternativas para um mundo melhor, para uma vida mais digna e saudável em nosso planeta e que trazem o respeito e a proteção aos direitos humanos como componentes essenciais, considerados importantes e estratégicos no processo de globalização. Neste contexto insere-se o direito à moradia, enfoque desta pesquisa, que goza de proteção legal não somente no ordenamento jurídico interno brasileiro, mas também no âmbito internacional, estando previsto, dentre outros, nos seguintes

instrumentos internacionais: na Declaração Universal, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (1966), no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), na Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), na Convenção Internacional de Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Sua Família (1977) e na Convenção Internacional Sobre o Estatuto dos Refugiados (1951) (SAULE JUNIOR, 2004).

Viver com segurança, viver com paz e viver com dignidade, esses seriam os integrantes do núcleo básico do direito à moradia, extraídos das normas internacionais de proteção dos direitos humanos segundo Nelson Saule Junior (2004), para quem o direito à moradia somente pode ser considerado plenamente satisfeito quando existirem os três elementos: segurança, paz e dignidade. Disto se depreende que a moradia, enquanto direito humano, deve ser compreendida como um componente fundamental da vida, peça chave para que as pessoas vivam dignamente.

No que tange ao Brasil, em virtude da adesão do Estado brasileiro às normas de tratados internacionais como os acima explicitados, verifica-se que a obrigação de garantia do direito à moradia e as responsabilidades assumidas nesses acordos internacionais passam a ter não mero caráter moral e político, mas, especialmente, o caráter jurídico (SAULE JUNIOR, 2004). Isso porque o texto constitucional de 1988 trouxe grandes avanços em relação ao tratamento conferido aos direitos humanos ao inserir a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II) como princípio fundamental a reger o Estado em suas relações internacionais (BRASIL, 1988). Conforme expões Flávia Piovesan:

Até então, as Constituições anteriores à de 1988, ao estabelecer tratamento jurídico às relações internacionais, limitavam-se a assegurar os valores da independência e soberania do País – tema básico da Constituição imperial de 1824 – ou se restringiam a proibir a guerra de conquista e a estimular a arbitragem internacional – constituições republicanas de 1891 e de 1934 –, ou se atinham a prever a possibilidade de aquisição de território, de acordo com o Direito Internacional Público – Constituição de 1937 –, ou, por fim, reduziam-se a propor a adoção de meios pacíficos para a solução de conflitos – Constituição de 1946 e de 1967 (PIOVESAN, 2010, p. 38).

Assim, a Constituição de 1988 inova ao consagrar o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma da ordem internacional, abrindo a ordem interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Nestes termos, o princípio da prevalência dos direitos humanos implica o engajamento do país na elaboração de normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas também enseja a procura pela integração plena dessas regras na ordem jurídica interna brasileira (PIOVESAN, 2010, p. 40).

Destaca-se, ainda, que o estudo da relação entre a Constituição de 1988 e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, dentre eles a moradia, também perpassa, necessariamente, pela análise da redação do artigo 5º, §2º do texto constitucional, o qual estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (BRASIL, 1988), juntamente com o §3º do mesmo artigo, que equipara às emendas constitucionais os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos e por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Esses dois dispositivos fomentam a discussão a respeito da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico interno brasileiro. Como explana Flávia Piovesan (2010, p. 71), existem quatro correntes sobre a hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos no Brasil: a primeira corrente sustenta a hierarquia supraconstitucional desses tratados, a segunda consagra sua hierarquia constitucional, a terceira afirma a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, e, por fim, a quarta corrente defende a paridade hierárquica entre tratado e lei federal. Embora os detalhes dessa discussão tenham grande importância, tendo em vista que a posição adotada influencia na força e aplicabilidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil, para as finalidades dessa pesquisa não é preciso entrar em suas minúcias, bastando compreender que, independentemente da hierarquia atribuída a esses tratados, o certo é que, de uma forma ou de outra, eles têm impacto jurídico no Direito interno brasileiro, noutros termos, o direito internacional e o direito interno interagem e se auxiliam mutuamente (PIOVESAN, 2010).

Por conseguinte, para além do tratamento conferido pelo ordenamento interno brasileiro aos tratados de direitos humanos relativos ao direito à moradia, em complementação e reforço a eles, o texto da própria Constituição Federal de 1988 também pode ser considerado uma referência no tratamento deste direito. Assim, também no ordenamento jurídico brasileiro o direito à moradia foi paulatinamente angariando espaço dentre os direitos juridicamente tutelados, atingindo seu ápice com a Constituição Federal de 1988.

De forma a dar uma sequência cronológica à análise, deve-se atentar que mesmo anteriormente ao reconhecimento do direito à moradia pela Constituição de 1988, a Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (que veio a ser modificada pela Lei nº 9.785, de 29 de janeiro de 1999), bem como a Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991, já dispunham sobre o direito à moradia, posto que contemplavam, respectivamente, a segurança jurídica da posse ao possuidor adquirente de imóvel em loteamento clandestino e ao possuidor locatário. Não obstante estes precedentes, entretanto, concebida como o marco jurídico da transição ao regime democrático, o advento da Constituição de 1988, em 05 de janeiro de 1988, inovou a ordem interna que já vinha se estruturando com a democratização do país a partir da década de 80 (PAGANI, 2009).

Neste contexto, o Texto Constitucional inaugural de 1988, em seu artigo 7º, inciso IV, ao tratar dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais e referir-se ao salário mínimo, já expressava a preocupação com a moradia:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família **com moradia**, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (BRASIL, 1988) (grifo nosso).

Deste modo, no próprio texto constitucional original de 1988 pode-se visualizar o reconhecimento do direito à moradia. Aliás, consoante aponta Sergio Iglesias Nunes de Souza (2008, p. 121), embora aparentemente pareça que o constituinte de 1988 apenas preocupou-se com a moradia do trabalhador ao redigir o aludido dispositivo, deve-se observar que a norma está firmada no capítulo dos direitos sociais e estes não pertencem a uma determinada classe social, não são destinados tão-somente à classe dos trabalhadores, mas a toda a

coletividade. Portanto, desde a redação original da Constituição Federal de 1988, “A moradia, embora não constituída expressamente até então como direito social genérico, já era tratada como preocupação e considerada com *status* constitucional” (SOUZA, 2008, p. 120).

Ocorre que, surgiram novas alterações no texto constitucional com o passar do tempo. Destarte, com vistas a fortalecer o *status* constitucional do direito à moradia, sua previsão expressa no artigo 6º, por meio da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, extirpou qualquer dúvida quanto ao reconhecimento deste direito como um direito social pelo ordenamento jurídico brasileiro, determinando sua observância no mesmo patamar dos demais direitos fundamentais previstos no texto constitucional (SAULE JUNIOR, 2004).

Observa-se, no entanto, que a despeito da importância das previsões constitucionais que reconhecem o direito à moradia, a Constituição não detalha como será assegurado e efetivado esse direito, o que suscitou a necessidade de outras leis infraconstitucionais para melhor discipliná-lo (PAGANI, 2009), ou seja, a partir da Constituição de 1988 viu-se formar uma nova ordem legal urbana, porém faltava uma base-mestra para as normas de direito urbanístico (SAULE JUNIOR, 2004). Assim, treze anos após a Constituição de 1988, a União exerceu sua competência legislativa e editou o Estatuto da Cidade, lei federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 que, dentre outros temas, abarcou o direito à moradia. Segundo preleciona Nelson Saule Junior:

Como toda lei, o Estatuto da Cidade é uma ferramenta que pode ser usada diariamente para melhorar as condições de vida em nossas cidades, o que implica ser usada para melhorar as condições de moradia das pessoas que as habitam. A grande concentração de pessoas pobres e a escassez de oferta de terra e moradia em nossas metrópoles são indicadores do grande desafio que temos para encontrar soluções jurídicas que combinem os interesses econômicos e as necessidades sociais a serem atendidas para minimizar as desigualdades sociais (SAULE JUNIOR, 2004, p. 211).

Logo, a Lei nº 10.257/2001 e sua concepção de política urbana devem guiar os entes federativos na implementação da política habitacional e, conforme se extrai logo do artigo 1º, parágrafo único da lei, nela estão previstas “normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em

prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (BRASIL, 2001). Nota-se, portanto, que o Estatuto da Cidade, como reflexo do texto constitucional de 1988, principia um verdadeiro marco histórico responsável por cindir com os modelos tradicionais acerca do direito de propriedade (PAGANI, 2009, p. 159).

Aponta-se, ainda, que à Constituição de 1988 e à Lei 10.257/2001 somam-se diversos outros instrumentos legais que se dedicam ao tema moradia no ordenamento jurídico interno brasileiro, não sendo pretensão desta pesquisa descrevê-los todos. Importa mais aqui perceber que, muito embora haja diversos documentos internacionais e também nacionais reconhecendo o direito à moradia, e a despeito de existirem estudos da ONU HABITAT revelando que o progresso econômico e social é imenso quando se garante a segurança da posse, problemas na concretização dessas ideias estão presentes em todo o mundo, podendo-se, inclusive, falar em uma crise mundial de segurança na posse (NACIONES UNIDAS, 2012):

La economía política de la tierra tiene una gran influencia em los procesos de desarrollo, urbanización y vivienda. La especulación com tierras y las adquisiciones de terrenos a gran escala em zonas rurales – que muchas veces no son transparentes y están mal gestionadas – socavan los derechos de tenência y los médios locales de subsistência. Essas actividdes, combinadas com las sequias y otros câmbios relacionados com el clima, son algunas de las principales causas de emigración a la cidade, donde los recién llegados, especialmente los pobres, no disponen de tierras ni de uma vivienda decuada. Por ello, las personas se instalan em viviendas y asentamientos com regímenes de tenência que no ofrecen seguridad. La urbanización excludente y no planificada repercute de forma evidente em la seguridad de la tenência. Ademais, debido a su creciente mercantilización, las tierras rurales y urbanas se han convertido em activos muy disputados, lo cual acarrea consecuencias dramáticas, sobre todo, aunque no exclusivamente, em las economias emergentes. (NACIONES UNIDAS, 2012, p. 3-4).

Neste contexto, a realidade denuncia que o processo de urbanização no Brasil tem se caracterizado pela proliferação de processos informais de desenvolvimento urbano, com implicações socioeconômicas, urbanísticas e ambientais graves, pois, além da irregularidade afetar diretamente os moradores dos assentamentos informais, ela também produz um grande impacto negativo sobre as cidades e sobre a população como um todo (FERNANDES, 2002).

Estimativas realizadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), com base nos dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), revelam que, embora tenha reduzido no período entre 2007 e 2011, os valores do déficit habitacional no Brasil ainda são alarmantes, atingindo a casa dos milhões de domicílios (aproximadamente 4,5 milhões em 2011), consistentes em habitações precárias, coabitação familiar, ônus excessivo com aluguel e adensamento excessivo em domicílios locados. Os dados também revelam que o déficit habitacional brasileiro é predominantemente urbano (81%) (FURTADO; NETO; KRAUSE, 2010).

Os dados também revelam que o déficit habitacional brasileiro é predominantemente urbano (81%), figurando o Estado de São Paulo, sobretudo a capital, como a unidade da Federação que mais se sobressai em todas as componentes explicitadas acima, com a exceção dos domicílios precários, quesito em que é superado apenas pelo Estado do Maranhão (FURTADO; NETO; KRAUSE, 2010).

Paradoxalmente, no ano de 2005, estudos do Ministério das Cidades, pela Secretaria Nacional de Habitação, apontaram que, em números absolutos, os “domicílios vagos”, nesses considerados os domicílios “em condições de serem habitados”, os de “uso ocasional”, os em “construção ou reforma” e os “em ruína”, somavam 6.736.44 unidades em todo o país, sendo 5.084.284 nas áreas urbanas. Desses, 87,9% (a maioria), foram classificados como domicílios em condições de serem habitados, 10,7% como domicílios em construção e apenas 1,4% como domicílios em ruínas (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2006).

Aqui, novamente, o Estado de São Paulo caracterizou-se por ter as piores estatísticas, eis que apresentou a maior concentração de “domicílios vagos” em números absolutos (somando-se imóveis urbanos e rurais), acentuando-se o meio urbano, onde foram computados 1.249.985 domicílios nessa condição em 2005, sendo que, desses, 85,6% estariam, à época da pesquisa, em condições de serem ocupados, 13,7% em construção e 0,7% em ruína.

Destarte, em todo o país, mormente no Estado de São Paulo, grande parcela desses imóveis urbanos vagos poderia ser utilizada para fins de moradia, de modo a contribuir com a queda do déficit habitacional.

Neste cenário, insta salientar que hodiernamente há um grande leque de instrumentos jurídicos a serviço do Poder Público para o enfrentamento dessas graves questões urbanas, sendo destaque desta pesquisa a desapropriação de imóveis urbanos.

Sobre este assunto, nota-se que as limitações ao direito de propriedade em virtude do interesse público são uma constante no ordenamento brasileiro, posto que desde o período imperial o instituto da desapropriação já era previsto. Não obstante, é atribuído à Constituição brasileira de 1988 o mérito de ter elevado a função social da propriedade à categoria de regra fundamental, cláusula pétrea, insuscetível de alteração ou mesmo supressão. Condicionou-se, deste modo, a proteção da propriedade ao cumprimento de sua função social (SALLES, 2009).

Por este prisma, evidencia-se que o uso e o gozo dos bens e riquezas particulares são condicionados à observância de normas e limites impostos pelo Poder Público com vistas ao bem-estar social. Assim, quando o interesse público exige, o Estado intervém na propriedade privada, por meio de atos de império predispostos a satisfazer as exigências coletivas e a reprimir as condutas antissociais da iniciativa privada (MEIRELLES, 2008). Conforme expõe Edilson Pereira Nobre Júnior (2002, p. 88):

A propriedade deixou de ser concebida como um instituto ilimitado, representando, inversamente, um direito jungido ao cumprimento de uma função social pelo seu titular, o que se impõe, em nossa sociedade, assinalada pela explosão demográfica nas cidades, não apenas no setor campestre, mas, com maior razão, na província urbana, a fim de satisfazer frente à aguda crise de moradia, cujo desrespeito poderá ensejar o manejo, pelo Poder Público, da desapropriação-sanção.

Deste modo, dentre os diversos meios de intervenção do Estado na propriedade, a desapropriação é o meio pelo qual o Estado atinge o caráter perpétuo deste direito (DI PIETRO, 2010), implicando a legítima perda da titulação dominial e a imputação do bem no patrimônio do Estado (PENTEADO, 2014).

Com isso, dada a relevância desse instrumento e não obstante a variedade de formas de desapropriação presentes no ordenamento jurídico

nacional, a pesquisa propõe-se a analisar o instituto da desapropriação enquanto instrumento de efetivação do direito à moradia urbana. Essa escolha fundamenta-se no fato de que o instituto adquire grande importância ao permitir a perda da propriedade do particular e seu emprego a serviço do interesse social, onde se insere o direito constitucional à moradia, angariando inúmeros benefícios à coletividade, desde que devidamente empregada, ao permitir a redução das ocupações irregulares de áreas de risco, bem como ao garantir o acesso da população mais carente a terra já urbanizada. Portanto, a possibilidade de utilização desse instrumento também vai de encontro à preocupação com a questão locacional da moradia (localização dos assentamentos em relação ao conjunto de relações de emprego e demais teias de relações urbanas estabelecidas pelos moradores), dimensão essencial do problema, mas que raramente é inserida na discussão conceitual sobre assentamentos precários, déficit e necessidades habitacionais (ROYER, 2013).

É diante de todo o exposto que se revela a importância da proposta aqui apresentada, justificada pela sua atualidade e por sua pretensão em contribuir para a discussão sobre o instituto da desapropriação do imóvel urbano como instrumento a serviço de políticas públicas de acesso à moradia, considerando que a eficácia dos direitos fundamentais deve ser objeto de permanente e responsável otimização pelo Estado e pela sociedade (SARLET, 2009/2010), onde se inclui a atuação do Poder Judiciário, a ser analisada na parte empírica da pesquisa, porque, conforme adverte Edésio Fernandes (2001), a discussão sobre o planejamento urbano não pode se desagregar da discussão sobre as condições político-institucionais-legais de gestão das cidades.

Isso porque, frente à relevância do direito à moradia como condição *sine qua non* para uma vida digna, a falta de fiscalização do Poder Público sobre o uso e ocupação da terra urbana e a não aplicação de instrumentos legais voltados a combater o descumprimento da função social e a especulação imobiliária nas cidades são uma violência contra parcela da população que vive sem dignidade (POSSAS; MANIGLIA, 2011):

A violência perpetrada pelo Estado brasileiro se manifesta, destarte, de duas formas: a ação deliberada (repressão dos

movimentos sociais, por exemplo) e a omissão no cumprimento de suas funções (como a persistência da miséria sem uma firme plataforma política para a sua superação) (POSSAS; MANIGLIA, 2011).

Por conseguinte, a atuação positiva do Estado por meio da efetivação do direito à moradia revela-se como uma forma de reação à indiferença para com aqueles que apresentam as carências mais básicas e que não podem ser considerados apenas “números de um gráfico” (POSSAS; MANIGLIA, 2011). Daí a necessidade de fazer valer o disposto no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, que insere como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

De tal sorte, seguindo os dizeres de Pedro Abramo e Martim Smolka (2002), a pesquisa fundamenta-se em sua pretensão em contribuir para a superação de obstáculos e desafios, transformando-os em oportunidades para avançar, no sentido do respeito ao direito à segurança da posse, à moradia para todos, bem como ao direito a cidades mais justas, democráticas e sustentáveis.

Deste modo, pretende-se ir além da mera exposição enaltecida da ideia do direito à moradia como um dos direitos fundamentais, enumerando suas conquistas e as normas nacionais e internacionais que as positivaram. Com isso busca-se fugir de um discurso que Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2012) classificam como repetitivo e estéril:

Tal tipo de abordagem só produz discursos políticos repetitivos e, afinal de contas, estéreis, sem indicar, de forma juridicamente fundamentada, quais direitos e por que prevalecem em cada caso concreto e quais as formas de sua implementação. Teoricamente, nada impede que um direito fundamental seja proclamado absoluto e superior a todos os demais. Não obstante, o constituinte brasileiro, seguindo uma prática geral, não desejou criar direitos “superiores” ou “absolutos”. Todos são proclamados no mesmo texto, havendo equivalência normativa. Nesse contexto, a tarefa da doutrina jurídica consiste em indicar o que exatamente, como e até onde deve ser juridicamente tutelado, partindo da tese da relatividade dos direitos fundamentais que foi

oportunamente denominada “máxima da cedência recíproca” (DIMOULIS, MARTINS, 2012, p. 5).

Por consequência, após a análise das normas nacionais e internacionais que positivam o direito à moradia, bem como depois de apresentado o instituto da desapropriação como um dos instrumentos voltados à sua efetivação, a pesquisa em andamento parte para mais um objetivo, consistente na análise juridicamente fundamentada das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Comarca de São Paulo, no período de 2011 a 2015 e relacionadas ao tema estudado.

Sobre a parte empírica da pesquisa, tendo em vista o problema e os objetivos apresentados, optou-se por utilizar a metodologia qualitativa, do tipo documental, frente ao cunho exploratório do trabalho a ser empreendido, de forma a buscar uma compreensão mais aprofundada dos fenômenos envolvidos, apoiado no pressuposto da maior relevância dada ao aspecto subjetivo da ação social (HAGUETTE, 1997). Dessa forma, buscar-se-á enxergar o fenômeno de seu interior (FLICK, 2009), a partir da visão revelada pelos desembargadores do tribunal analisado.

Portanto, a pesquisa a ser empreendida pode ser classificada como qualitativa, do tipo documental, pois da análise de ementas e acórdãos buscar-se-á compreender como o instituto da desapropriação vem sendo relacionado com a efetivação do direito à moradia no Estado de São Paulo, mais precisamente, na Comarca de São Paulo (capital do Estado).

Resta esclarecer que a opção pela análise dos julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo partiu da compreensão de que o legislador conferiu ênfase à competência expropriatória dos municípios e Distrito Federal para o planejamento do uso e ocupação do solo urbano (art. 30, VIII, CRFB), outorgando ao Poder Público Municipal a execução da política de desenvolvimento urbano (art. 182, CRFB), e atribuindo competência exclusiva ao ente municipal para a realização da desapropriação para fins de reforma urbana (art. 182, §4º, CRFB), motivo pelo qual a desapropriação do imóvel urbano revela-se instrumento imprescindível do administrador municipal e, conseqüentemente, é de competência da Justiça Estadual.

Além disso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi escolhido por abranger a região em que são flagrados os maiores déficits habitacionais do país por um lado, e a maior presença de imóveis vagos por outro, revelando a enorme contradição que marca o cenário urbano nacional. Ademais, optou-se por restringir a pesquisa à comarca de São Paulo devido à necessidade de delimitação do espaço amostral para viabilizar uma análise apurada. Não obstante, tal escolha embasou-se no fato do Município de São Paulo ser o maior responsável pelo alto nível de déficit habitacional do Estado, além de serem constantes os conflitos entre proprietários e ocupantes de imóveis subtilizados/abandonados na capital do Estado de São Paulo.

Por sua vez, a expressão utilizada para a busca dos acórdãos por meio do *website* da Justiça Estadual, comarca de São Paulo, na seção intitulada “consulta de jurisprudência – consulta completa – pesquisa livre” foi (SÃO PAULO, [2014]): “desapropriação e moradia não usucapião”. Com estas palavras-chave buscou-se abranger os julgados que tratam do instituto da desapropriação em sua intersecção com o direito à moradia, ademais, optou-se por depurar ainda mais os julgados, excluindo aqueles que tratavam da usucapião, porque muitos dos acórdãos selecionados com o uso das palavras-chave “desapropriação e moradia” tratavam dessa outra forma de aquisição da propriedade.

Quanto ao período a ser analisado, ele abrangerá o intervalo entre os anos de 2011 e 2015. A escolha desse período de análise deu-se igualmente em virtude da necessidade de delimitação do espaço amostral para viabilizar uma análise mais aprofundada dos julgados selecionados pelo método de busca. Ao utilizar as palavras-chave “desapropriação e moradia não usucapião”, mesmo limitando à comarca de São Paulo, foram selecionados 160 julgados no período de 2007 (ano de julgamento do último acórdão colacionado no site de buscas) até a segunda metade do corrente ano (2014), número que certamente aumentará quando forem incluídos os julgados até o último dia de 2015, data projetada para o final da análise. Assim, houve a necessidade de delimitação, estabelecendo-se o ano de 2011 como início, por ser esse o ano em que houve a apresentação do projeto urbanístico específico da “Nova Luz”, na cidade de São Paulo que, entre outros objetivos, previa a consolidação de um novo núcleo habitacional de

interesse social na área central da cidade e, para tanto, estabelecia a desapropriação de vários imóveis (SÃO PAULO, 2011).

Este é, em poucas palavras, o desenho da pesquisa a ser realizada, elaborado a partir do problema a ser respondido e da metodologia escolhida para respondê-lo. Conforme preleciona Gabriel Ignacio Anitua (2006, p. 302):

Investigar empíricamente es una forma de integrar y de apropiarse de la realidad. El “diseño” de la investigación es el plan que se traza el investigador y sobre cuya base queda prefigurado el aspecto de la realidad en que va a actuar y la forma en que va a hacerlo (la perspectiva que se adopta, el tiempo que dura el trabajo, los mecanismos de control, etc.). Si no se hace esto, se trabajará con datos secundários o elaborados – y creados – por otros investigadores; pero también entonces debe indicarse la forma y los instrumentos con que se recogerán los datos.

Esos datos serán diferentes, como se há dicho, de acuerdo al mencionado diseño de investigación y de acuerdo a las diferentes disciplinas que se acerquen desde la transdisciplinariedade al común objeto de atención de tipo jurídico (ANITUA, 2006, p. 302).

Portanto, é com essa metodologia que se busca caminhar da teoria para a aplicação prática do instituto estudado, analisando-se as diversas maneiras em que as modalidades de desapropriação aparecem relacionadas com o direito à moradia.

Por fim, ressalta-se, mais uma vez, que a pesquisa ainda está em andamento, podendo-se, no momento, apresentar suas hipóteses, que nortearão o estudo: espera-se que o instituto expropriatório desponte como um instrumento importante a serviço da função social das cidades, em busca da implementação do interesse público presente na concretização do direito à moradia; acredita-se, ainda, que a expropriação urbana seja um instrumento diferenciado por possibilitar a revitalização dos centros urbanos a partir da utilização de imóveis melhor localizados e dotados de infraestrutura urbana, mas que descumpriam sua função social, permitindo, assim, uma maior integração do assentamento urbano ao conjunto da cidade, à mobilidade, aos serviços públicos, à acessibilidade, etc., e não apenas o reconhecimento da segurança individual da posse para os ocupantes, buscando reduzir a pressão da expansão horizontal na direção de áreas sem infraestrutura ou ambientalmente frágeis (ROLNIK, 2002); não obstante, como resultado da pesquisa empírica, cogita-se que esse instrumento

não vem sendo usado em toda sua potencialidade, enfrentando diversos desafios na prática, tais como a defesa de um direito de propriedade absoluto e os altos custos da utilização da desapropriação.

Assim pretende-se caminhar no estudo, de forma a construir o quadro teórico aos poucos, à medida que os dados forem colhidos e examinados, sempre tendo como embasamento o estudo teórico realizado.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A falta de planejamento para suportar o crescimento populacional ensejou o problema da falta de moradias em diversas cidades do mundo, sendo também essa a realidade a ser enfrentada pelo Poder Judiciário brasileiro. Destarte, a pesquisa discute o instituto da desapropriação como instrumento a serviço da implementação do direito à moradia urbana.

Nestes termos, muito embora fórmulas exclusivamente jurídicas não forneçam o instrumental suficiente para a concretização do direito à moradia (SARLET 2009/2010) diante dos diversos obstáculos jurídicos, políticos e institucionais existentes (FERNANDES, 2001), a discussão e o estudo acerca dos instrumentos disponibilizados pelo ordenamento jurídico para a resolução de problemas sociais é indispensável, para que se possa exigir do Estado a eficiência na gestão de suas políticas, cenário em que se destaca como objeto desta pesquisa o instituto da desapropriação.

Assim, sem desatentar para o fato de que a ordem jurídica muitas vezes contribui para a reprodução da informalidade urbana, o trabalho objetiva colaborar para que a desapropriação da propriedade urbana assuma um papel transformador dessa realidade, por meio de seu uso consciente e direcionado ao interesse público, presente na efetivação do direito à moradia.

Portanto, todo esforço faz-se necessário tendo em vista que a moradia, enquanto componente fundamental da vida urbana, é um tema que precisa ser enfrentado por todos que busquem modificar a situação de desigualdade social e territorial existente nas cidades (SAULE JÚNIOR, 2004).

REFERÊNCIAS

ABRAMO, P.; SMOLKA, M. O. Que componentes devem ser incorporados a uma estratégia de acompanhamento pós-intervenção de regularização fundiária? In: ALFONSIN, B. M. (coord.). **Regularização da Terra e Moradia: o que é e como implementar?** São Paulo: Instituto Polis, 2002. p. 144-149.

ANITUA, G. I. Notas sobre la metodología de investigaciones empíricas en derecho. In: COURTIS, C. (coord.). **Observar la ley**. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica. Madrid: Trotta, 2006. P. 299/319.

BARBOSA, V. R.; LEITE, T. S. C.; MACHADO, A. A. O dever de reconstrução das políticas públicas de habitação ou em busca da dignidade perdida: Um estudo a partir do Parque Vicente Leparace, em Franca/SP. In: **Direito, políticas públicas e sustentabilidade: temas atuais**. Elisabete Maníglia (org.). São Paulo: Cultura Acadêmica – Editora UNESP, 2011. p. 139-151.

BENEVOLO, L. **História da cidade**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de janeiro de 2014.

BRASIL. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 10 abr. 2015.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERNANDES, E. A produção socioeconômica, política e jurídica da informalidade urbana. In: **Regularização da Terra e Moradia: o que é e como implementar?** São Paulo: Instituto Polis, 2002. p. 11-26.

_____. **Direito urbanístico e política urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FLICK, U. **Introdução à pesquisa qualitativa**. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2009.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatística e Informações. **Déficit habitacional no Brasil 2005**. Belo Horizonte, 2006. Disponível em: <<http://www.capacidades.gov.br/media/doc/acervo/9f8f78c358c97cc6637fe85b2fac3c8b.pdf>>. Acesso em: 22 de junho de 2014.

FURTADO, B. A.; NETO, V. C.; KRAUSE, C. **Nota técnica**: Estimativas do déficit habitacional brasileiro (2007-2011) por municípios (2010). Brasília, 2010.

Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/130517_notatecnicadirur01.pdf>. Acesso em: 22 de junho de 2014.

HAGUETTE, T. M. F. **Metodologias qualitativas na sociologia**. Petrópolis: Vozes, 1997.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Sinopse do Censo Demográfico 2010 Brasil**. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em:

<<http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=8>>. Acesso em: 09 de setembro de 2014.

MANÍGLIA, E. (org). **Direito, políticas públicas e sustentabilidade**: temas atuais. São Paulo: Cultura Acadêmica – Editora UNESP, 2011.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

NACIONES UNIDAS. **Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto**, Raquel Rolnik, 2012. Disponível em: <http://direitoamoradia.org/wp-content/uploads/2013/02/A.HRC_.22.46_sp.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2014.

NOBRE JÚNIOR, E. P. Desapropriação para fins de reforma urbana. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 39, n. 156, p. 81-91, out./dez. 2002.

Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/819/R156-09.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 15 set. 2014.

PAGANI, E. A. **O direito de propriedade e o direito à moradia**: um diálogo comparativo entre direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

PENTEADO, L. C. **Direito das Coisas**, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

POSSAS, T. L.; MANIGLIA, E. Estado e violência: sobre a ausência de políticas públicas. In: **Direito, políticas públicas e sustentabilidade**: temas atuais. MANÍGLIA, E. (org.). São Paulo: Cultura Acadêmica – Editora UNESP, 2011. p. 11-18.

ROYER, L. O. Municípios “autárquicos” e região metropolitana: a questão habitacional e os limites administrativos. In: FURTADO, A. B.; KRAUSE, C.; FRANÇA, K. C. B. **Território metropolitano, políticas municipais: por soluções conjuntas de problemas urbanos no âmbito metropolitano**. Brasília: Ipea, 2013. p.157 – 193.

SALLES, J. C. M. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SÃO PAULO. **Projeto nova luz**: projeto urbanístico específico (PUE) Subproduto 5.1: PUE Consolidado. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/desenvolvimento_urbano/arquivos/nova_luz/201108_PUE.pdf>. Acesso em 10 de setembro de 2014.

PORTAL DE SERVIÇOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Consultas de jurisprudências. São Paulo, [2014]. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 10 de setembro de 2014.

SARLET, I. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 20, dez. 2009/ jan./fev. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DESEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

SAULE JUNIOR, N. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

SOUZA, S. I. N. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2014). **World Urbanization Prospects: The 2014 Revision, Highlights (ST/ESA/SER.A/352)**. Disponível em: <<http://esa.un.org/unpd/wup/Highlights/WUP2014-Highlights.pdf>>. Acesso em: 10 de set. 2014.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM
DIREITO E SOCIEDADE DO
UNILASALLE**

GT - HUMAN RIGHTS

CANOAS, 2015

“HUMAN DUTIES”: FOR AN APPLIED ETHICS TO HUMAN RIGHTS

Bruno Calife dos Santos

Rayssa Félix de Souza

ABSTRACT: The multifaceted category of Human Rights presupposes, from the common sense to a classic theoretical view, that this institute is turned to ensure individual privileges, in most cases, allocated in constitutional rules which transforms them in fundamental rights, normally, in a vertical perspective, meaning, against and by the State that guarantees them in full form. However, this understanding built around a classic way, overshadows its claimed role present in its cultural and critical conceptions about Human Rights, as well as to binary notion standing in Normative Theory that established besides the right also the duty that ends to weaken an eventual ethics attitude for the owner of those guarantees inserted in a particular social context, that deserves a critical analysis

KEYWORDS: human rights; ethics; legal duties.

1 INTRODUCTION

The conformation of the currently we may categorize as "Human Rights" is based on at least two hundred years of legal construction which in turn owes its origin to the liberal uprisings in progress in the eighteenth century which ended up promoting an ideology which advocates a pre-existence of essential attributes to the individual and the recognition of which needed - and end up producing - overcoming a model of State.

Even if we can not ignore the revolutionary character of that thought and therefore its revendicating origin in contrast to the *status quo* based on then current authoritarian regime, the legal legacy seems to have almost immediately overwhelmed the political one.

This situation has come to be ratified by consequent growing of rights represented by several categories which receive the same nickname from those initially thought as fundamental and "discovered" by the growing need for societies

themselves increasingly complex and each other increasingly interconnected after all these years since the outbreak of those movements.

From Public freedoms, social rights, to the trans prerogatives, citizens and, in consequence, the state, have spent to a legal set that never seems to be fully completed delighted.

Observe, externally, in international relations, the wide range of treaties and conventions on Human Rights, the development of supranational organizations and the struggle of the United Nations to ensure the effectiveness of these principles on a global scale of peace and democratizing tone, despite the apparent contradiction generated by the justification of a possible and necessary *jus ad bellum*. At an internally context, we should be noted, the bulking lawsuits for protection kinds of rights that reached this dignity, in Brazil, in particular, demonstrated, exemplary, even for the virtual increase of constitutional block represented by the possibility of incorporation of treaties that deal with human rights like *status* of amendment of the Basic Text.

It is precisely this aspect that concerns the questioning of this essay.

Taking advantage of common sense, It is also possible to reach an understanding of Human Rights as well. For a great portion of the population that category would consist only in the existence of large protective scope of powers assigned to individuals who are subject to a constraint on the state action by the police power or submitted a criminal procedure, naturally called in these circles as "bandit defense" (BATISTA, 2010, p. 185) that shows a kind of revulsion of those who call themselves "good citizens".

This leads us to the impression that beyond these "rights" do not exist equivalent "duties", breaking the leaked inherent duality in a principle formulated by the normative theory which says that for each attribute must match an obligation related to it.

This scenario leads to a paradox suffered in Human Rights and ending with pass in its own scope, whereas might think about the weakening of the category in challenged by their own beneficiaries, a fact that requires an analysis in order to provide if not a justification, at least one critical reflection, given the importance of those legal attributes achieves in Western politics societies.

Therefore, this paper is structured in three sections that seek to establish: a conceptual vision of human rights beyond its classical approach; one repercussion provoked by normatization earned from legislating process; and regarded decoupling Ethics and Human Rights in this particular context.

2 BETWEEN THE CLASSIC AND CRITICAL VIEWS WHEN THINKING ABOUT HUMAN RIGHTS

Although objectively and by way of introduction, a prejudiced concept of the institute was mentioned above. Understanding Human Rights as the hallmark of criminals it is, in fact, an impression that normally stands in poverty societies where violence lies trivialized and the role of law and formal institutions facing its applicability decreased, causing on the population a feeling of rebelling against the group of rights which serves them, created to defend any individual subject to the exercise of arbitrary authority.

Clearly, this scenario is not the most dogmatic notion about Human Rights, harvested classically from the lessons that shaped the modern view backed established in the Enlightenment promise of a rationalism whose origin can be found, for example, in revolutionary France, like outlined by a contemporary individual of this political movement, "[...] in the instance of France, we see the revolution generated in the rational contemplation of the rights of man, and distinguishing between persons from the beginning and principles" (PAINE, 1969, p. 71) .

The reference in question has a suggestive and exclusive title for its time when it was written - "Rights of Man" - and served above all as pamphleteer element in defense of these defended ideals and what turned out to root as a conception of Human Rights and which is initially the result of the struggle for citizenship, closely linked to that content (SANTOS, 2013, p. 51), because it was from its connotation, built alongside denied privileges and invoked by politically marginalized sectors of a specific time (HOBBSAWM, 1996, p. 55), that these attributes come to compose the *status* of something inseparable to the essence of

the individual as a member of a political community, giving it a legitimacy foundation (Villey, 2007, pp. 02/03) .

Exceeded the the revolutionary vigor and reaches the establishment of a truth put in light of by its success, a more dogmatic perception on Human Rights could be structured in a fundamentally natural law perspective, first because it was the common philosophical vision for time, second because it is a chain whose characteristic feature is precisely to establish in law for two standards spaces (TROPPEL, 2008, pp 21/24.): ideal metaphysical one or other real or concrete, inserting the first just by the individual immanence and therefore its ontological dignity although also tautological (RAMOS, 2012, pp. 29-30).

It has been following by the fundamental characteristic about Human Rights for this line: universality, which overflows into the socio-cultural aspect to the extent that Human Rights would cover all individuals present on the globe, because they share the same genetic load that conforms the species as well as the same ideal which are linked to them, especially those values based on freedom and equality (COMPARATO, 2010, p. 75).

Despite the kickoff has been given, as characterized above, in a well definable historical moment and, by contrast, do not allow to view the existence of a set of universal prerogatives extended to all citizens of the world, the legal thinkers, classified as dogmatic, lend the evolutionary analysis of Human Rights of great importance, including as a way to endorse the idea of universalism, to making the point that these prerogatives there have always been latent waiting for their discovery (CARVALHO, 2011, p. 11).

An example of this is the commonly studied theory under constitutionalism about the dimension of fundamental rights, which differ in almost nothing of Human Rights unless the topography normativasendo latter usually prerogatives assignable to "supranational" (DIMOULIS and MARTINS, 2009, p. 46).

Thus, there would be first dimension of rights ("civil liberties"), a second one (social, cultural and economic) and a third one (transgenerations), now contemplated in the great pantheon that form what we may calle the legal core of citizenship - inserted in the socio-political environment and sustained by the State for the full protection of the individual - with whom Human Rights dialogue from the

germ of what might be called the constitution, since the text of the Declaration of Human Rights and Citizen from 1789.

Despite the defended historical nature, a historical fact also seems clearly be able to refute the notion of the existence of an essence, nature or immanence attributable to these powers, in this case is sufficient to quote, in contemporary times and therefore not so far from those revolutionary ideals which "revealed" this conception: the exploitation of slave labor in the same countries it was defending the notion of equality and freedom. In France, the colonies held in Africa and Central America - the case of the struggle for Haitian independence (FLORES, 2009, p. 55) is, in this respect, illuminating. In the United States of America, even after independence in their southern states institutionalized racial segregation that lasted until the twenty-first century, how strange that the human rights that may seem. This criticism, moreover, is reinforced by the complaint made by Domenico Losurdo (2013, p. 30) in "The original sin of the twentieth century" that dealing with a exclusive democracy of lords extending parallel to slavery relations and extinction of native americans.

The paradox noted above is a fertile ground that opened the "Human Rights" to a questioning view about the validity of assumptions that totalizing their profile and set out from a dogmatic aspect that can therefore be considered as classic, which shows for some thinkers the total lack or simply the need for its disposal (DOUZINAS, 2009, pp 383/384.); for others, the indispensability of working out, alternatively, a theoretical vision that takes some other grounds, maintaining the validity of the institution as a category to which they allow some legitimate purpose as envisioned by Ernst Bloch (2011, pp. 353/360) to whom the jusnaturalism that persists in ideas, though not as an immutable truth but as an element associated with the social utopia and critical to the injustices of a normative Human Rights condensed order.

In this latter group lies beyond the exponents mentioned above, Joaquin Herrera Flores (2009, p. 191) for whom human rights must be understood as the struggle for individual emancipation.

This stroke contrast, quite objectively in this test, ends by demonstrating that the opposite of common sense, clouded by a partial insight into the nature of

Human Rights and their contents, there are alternative ways of thinking that category, not reducing to their legalistic apparatus, reborn for today transdisciplinary characterization that must be dialectically reflect in the epistemology of the institute, including the role of ethics that might be associated to them.

3 LEGALIZATION OF RIGHTS AND A REBOUND IN THE FIELD OF HUMAN RIGHTS

The counterpoint argued in the previous section did not let so clear, but indicated the path taken in the field of Human Rights post-revolutionary movements. The dogmatic approach was followed, as seen, by the conformation of the legitimacy of the born legal category, parallel to that scholars would come to call constitutionalism and therefore Constitutional Law Doctrine.

But the question is a little further. The privileges denied before and then claimed were "transubstantiated" in legal standards, due to the consequent emergence of the new state profile (BOBBIO, 2006, p. 26): the rule of law state.

In civil law countries, that regulation meant the conformation of the content of those values in "laws in the strict sense" - that is the result of the legislative process (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 199), captained by the prominence given to Parliament who would fit the production of this primary source of law on the basis of the legitimacy conferred by the representative character and which in turn was modeled on an also foundational value: popular sovereignty.

It is worth noting that this stance is not only settled in an idealized view, as well as one in which sustains the classical conception of Human Rights. It may be thought like a requirement of social class that ascended by the revolutionary process to political power. For the bourgeoisie and its necessary negotiating freedom, security relations also was indispensable, since the idea of a regulatory framework "single, unified" (BOBBIO, 2006, p. 65) not only to facilitate trade, but mainly to ensure stability in the social relationships from the perspective that rights and obligations were previously recognizable by all.

In this context, legal security appears as a fundamental element of the legal system and thus also the modern concept of the state.

Curiously, that statement lies precisely in the role played by normatization, elected as a foundation value. Those indelible attributes and even before their own unveiling, how explained in the previous section, would thus be more assured since recognized in legal texts, it has been and lawful to imagine that the critical character of Human Rights may just consist of the struggle for his "positiveness".

Perhaps this notion also serves as a background to support the constitutional theory of the fundamental rights dimensions already mentioned in this text, because every social achievement due to new population demands and needs, a set of privileges will be recognized and composed the already long list of attributes so considered taking a seat in the Constitutions, that in postmodern societies, takes relevant legal basis and not just politic ones as originally considered.

The exploitation of a side not previously explored by the individual in its magnitude or power, consists in the judicial apparatus and the procedural elements accessed by lawsuits, that is responsible for removing the state from its inertia in supporting the implementation of the most varied demands individual and collective considered, fundamental rights, as we have seen, which allows the realization of these constitutional promises and shows that normatization ends up factually as a benefit to their recipients.

4 NORMATIVE THEORY AND THE VACUUM ON HUMAN RIGHTS

The latest comments made in the previous section give the keynote about the current context when we talking about "regulated Human Rights" inextricably linked to dogmatic constitutional law.

The constitution – learned from Konrad Hesse (1991, p. 15) when he speaks about their normative force or, in the institutional field, since the inauguration of the judicial review (inaugurated by the US Supreme Court in *Marbury vs. Madison*) - has occupied a central role in the legal system beyond the

pyramidal configuration proposed by Hans Kelsen and already conventionally called "constitutionalization of law" (BARROSO, 2011, pp. 58/60).

This fact is attested, for example, on the creation of a sort of "modern theory of interpretation" (RAMOS, 2013, pp. 84/88) which has supplanted the old criteria one, or through increasingly growing of constitutional courts participation in socio-political life through the concrete definition of the scope of principles and values and the implementation of safeguards, even despite the absence of any regulations and whose assignment has always been under the legislative role as happens for writs of injunction on the new perspective about its effects in the Supreme Court, substituting the regulatory action of the Legislative (FERNANDES, 2011, p. 16).

It is not the purpose of this study digress on these aspects, what matters here is that this picture shows that the Constitutional Law absorbed a paper before relegated to the law itself signed by the General Theory and whose impact is felt also on Human Rights .

This is because the analysis of the category, as a result, also came to be dominated by scholars of this theoretical field whose references are even shyly mentioned in the first section.

If that situation can be assessed as good or bad is not an integral concern of this essay, but it is clear that the consequences also reach the pragmatic field, for the vision on Human Rights, in way of fundamental attributes - warranted against e by the State, depending on its negative or prestacional nature - implies as their recipient understand their existence, especially in a context such as Brazil, in which democracy has been implemented in a reasonably lasting way after years of a dictatorial regime where these secular achievements had been denied.

As mentioned by José Murilo de Carvalho (2011, p. 221) to built the term "state citizenship" these rights are seen not as indicative guidelines of values embedded in the community, but as demands for public services, as exemplarily occurs for the right to health, extremely required trough lawsuits in court.

If It is true that when it comes to fundamental rights and on the same way – by the ontological approach on Human Rights, as mentioned above - the duty,

since this creation, has always thought as a burden for the state - either respecting to their negative character, so regarding for the freedom guaranteed to individuals, either as to the its positive nature, associated with the implementation of public policies and services – It is not less correct, an alternative design already outlined about this institute, which It is not always the State the responsible to his amplitude.

Treating them on an ethical perspective, therefore normativist, a little bit is said about the exercise of these attributes in a non-institutional level. This explains why the notion of horizontality of fundamental rights - that consists about the need to respect fundamental rights between individuals (DIMOULIS and MARTINS, 2009, pp 97/100) in Brazil is still little manifested and, in turn, demonstrates the vacuum about an experience in Human Rights in own social environment advocated by this mismatch that each right corresponds to a duty that is also correlate among the citizens.

5 FINAL CONSIDERATIONS

The study on Human Rights is a subject of interest in several branches of the Humanities, but in a special contact with the Constitutional Law Doctrine on the basis of proximity between them and the fundamental guarantees.

This association is also felt by the degree of political nature that are part of both discussion guidelines about the matter and that has been mainly expanded through the critical nature where they have developed some ideas on Human Rights which comprehend far beyond the legal statutes, as a cultural object capable even of emancipating the individual still rooted to various forms of domination.

This entrapment still occurs due to the ignorance of certain social sectors, unable to realize that those mundane attributes before were desire for revolutionary movements.

Despite any criticism have arisen about the ideological character of this reasoning, the fact is that regulation these precepts of public policy at least put Human Rights in power.

On the other hand, its mere existence also invalidate the set of values that may represent the same community, seeming paradoxical that the discourse on Human Rights might be associated with the argument of "bandit defense".

It turns out that this contradiction can be understood by the gap between dogmatic and cultural dimensions on the subject and, in the particular case of Brazil, by the view that the state still owes much to brazilian citizenship, regarding the provision of services and the implementation of these guarantees.

In addition, the immaturity of Brazilian democracy after years of authoritarian regime also indicates the absence of dealing with guarantees that demand not only information about its existence, but mainly the assumption of a liability as to its practice, a circumstance that attaches to criticism views of Human Rights that can not do without the practice of a claiming citizenship.

But It is not only.

The claim are simply based on the requirement for addition of powers or increase rights, by itself, does not answer the question as it contemplates a view that is limited to a kind of democratic way of gain.

A search for "human rights" was legitimized at those contradictions by necessary correlation with their "human duties", consisting above all, an ethical position of individuals by themselves.

REFERENCES

BLOCH, E. **Derecho y Dignidad humana**. Madri: Dykinson, 2011.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

CARVALHO, J. M. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2010.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOMENICO, L. **O pecado original no século XX**. São Paulo: Anita Garibaldi, 2013.

DIMOULIS, D. e MARTINS, L. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DOUZINAS, C. **O fim dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Unisinos, 2009.

FERNANDES, B. G. Mandado de Injunção: do formalismo ao axiologismo? O que mudou? Uma análise crítica e reflexiva da jurisprudência do STF In: MACHADO, F. e CATTONI, M. **Constituição e Processo: entre direito e política**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FERRAZ JR., T. S. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FLORES, J. H. **Teoria crítica dos Direitos Humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HOBSBAWN, E. **The age of revolution**. New York: Vintage Books, 1996.

PAINE, T. **Rights of man**. Grã Betanha: Pelican Books, 1969.

SANTOS, B. S. **Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento**. São Paulo: Cortes, 2013.

RAMOS, A. de C. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAMOS, E. da S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TROPPER, M. **A filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VILLEY, M. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

**DNA DATABASES FOR CRIMINAL PROSECUTION PURPOSES: AN
ANALYSIS OF THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION FROM
JURISPRUDENCE OF THE BRAZILIAN HIGHER COURTS**

Taysa Schiocchet,¹
Bianca Kaini Lazzaretti²

ABSTRACT: Despite the regulation of the use of DNA databases for criminal prosecution purposes in Brazil, there are several aspects unexplored on its use – specially the fact that many fundamental rights are involved when it comes to criminal prosecution and new technologies. Among these rights, the privilege against self-incrimination is particularly in risk. In this context, the objective of this work is to examine the juridical impacts over rights and fundamental guarantees, caused by the creation of a genetic profiles bank for criminal prosecution purposes. We analyzed, specifically, the question of the privilege against self-incrimination using jurisprudential research in the STF and STJ to check the usage given to this right in the Brazilian higher courts. With this search, we found 271 cases, since the enactment of the Federal Constitution of 1988, until 2014. Using exclusion criteria, we were led to a final number of 168 cases for qualitative analysis. Fifteen of these have been analyzed – all of them judged by STF, between 1988 and 2001. We can conclude, preliminarily, basing on the reading that we have done, that cases brought to the superior courts of Brazil mainly involve the oral aspect of the *nemo tenetur se detegere* principle and that the position of the courts about this right reveals itself more standardized than the literature view, opting for a more open understanding of the privilege.

KEYWORD: DNA databases; privilege against self-incrimination; cases studies.

¹ PhD (2010) from Universidade Federal do Paraná (UFPR), with doctoral studies in Université Paris I - Panthéon Sorbonne and in Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO, Buenos Aires). Post-doctor from Universidad Autónoma de Madrid (UAM), in Spain. Professor at the Law Graduate Program (PPGD/Unisinos) and Visiting Professor at Université Paris X. Lawyer. Director of IBioTecJus | Advanced Studies in Law, Technoscience and Bioethics. Has experience in Law and Bioethics, emphasis in Theory and Philosophy of Law and Civil-Constitutional Law, acting on the following subjects: human rights, bioethics, anthropology, gender studies, secularism, children and teenager and indigenous people.

² Undergraduate Law student from Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Member of the Research Group IBioTecJusI - Advanced Studies in Law, Technoscience and Bioethics, where is Undergraduate Research Fellow with aid of CNPq since august 2013, supervised by Professor Taysa Schiocchet. Participant in the project “Legal implications of the regulation of the use of genetic profiles banks for criminal prosecution purposes in Brazil”.

1. INTRODUCTION

The Brazilian Federal Constitution of 1988 assured a wide range of individual rights that must be observed when law is applied case by case. These rights, however, need more attention when, because of the rising of new technologies, there is the possibility of conflict of interests safeguarded by fundamental rights. This is the case of the genetic profiles database, implemented in Brazil through the law nº 12.654/12 and the presidential decree nº 7.950/13. This is a recent technology in Brazil and, by promising to fulfill the right of public safety, may generate conflicts between rights, and risk some individual rights.

The law above, by modifying (in its 3º Article) the art. 9º-A of the Penal Execution Law, allows the collection of genetic material from people who have been sentenced for crimes classified as “hideous”³ or for intentional crimes “with violence of serious nature against persons”⁴ to the elucidation of crimes. It also allows, in its first Article (that adds the single paragraph to the 5º Article of the law nº 12.037, about civil identification) that the genetic material be collected to criminal identification when it is considered essential to investigations, by judicial authorization. Here, the law opens a big range of possibilities not expressly referred in Brazilian legislation.

The law determinates that the genetic material should be collected through an adequate and painless technique, that the stored profile cannot “reveal people’s somatic or behavior traces, except the genetic determination of gender”⁵ and that this profile should be classified confidential. The presidential decree, on the other side, states that the Managing Board of the Integrated Network of

³ “Hideous crimes” are those listed in the Brazilian law nº 8.072.

⁴ Free translated from: “com violência de natureza grave contra pessoa”. This concept, exactly as seen in the law nº 12.654/12, is clearly an attempt of appropriation, from Brazil, of foreign legislation – without the needed adjustments. In the Justice for All Act H. R. 5107, 2004, from the United States, there is the use of literally the same expression, while in the Brazilian criminal legislation there is no mention to this type of crime.

⁵ Free translated from: “revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero” (law 12.654/12, art. 2).

Genetic Profile Databases will define and standardize the analysis and storage procedures of genetic profiles.

Even after the creation of this Law about Genetic Databases, there still are many questions to be done. What will happen the suspect refuses to give the genetic sample necessary to process the profile? Should he consent or assent to the collection? What about the somatic and behavior traces of a person: is it really possible that a piece of DNA, capable of identifying someone, cannot give any information about this person's appearance or health? And about the confidentiality, how to secure that it is respected, considering that there may be people with bad intentions dealing with these profiles?

There are innumerable questions. The object that this work analyses is the (im)possibility and the conditions that a subject can refuse to give the genetic material to criminal investigations. One of the hypothesis is that there would be a conflict of rights: the rights of a person not to be forced to produce proofs against him/herself (*nemo tenetur se detegere*) and the community's right to public safety and, most of all, the right to effective judicial protection— provided in Article 144 of the Brazilian Federal Constitution.

Given this scenario, and considering the role the Brazilian Judiciary has been having in the recognition and denial of rights, we try to verify which meaning and extension the Brazilian Superior Courts (STF and STJ) have been giving to the right of not self-incrimination. With this, we intend to comprehend what may happen to the cases involving not only the collection, but also the refusal of donation of genetic material to criminal prosecution. For that, we used documental research, collecting cases from the Supreme Federal Court (STF) and Superior Justice Court (STJ), since the Constitution of 1988 until the end of 2014.

2 THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION AND THE DNA DATABASES FOR CRIMINAL PROSECUTION PURPOSES

The high rates of criminality and the overcrowding of prisons⁶ are factors that lead to a sense of social insecurity and the search for new means of combating this problem. The so called “expansion of the Criminal Law” (freely translated from “expansão do Direito Penal”) is an opening, meaning that it is possible to identify the increasing establishment of various criminal types, with the easing in the delict theory’s categories, providing to the State a chance to enlarge its punitive limits (SILVA SÁNCHEZ, 2002). Cancio Meliá understands the same (MELIÁ, 2008, p. 216):

The main characteristics of the criminal policy practiced in the last years can be summarized to the lowest common denominator of the notion of “expansion” of the criminal law. In fact, now you can agree that the most prominent and visible phenomenon in the current evolution of the criminal laws of the "Western world" is the appearance of several new figures, sometimes even whole new regulatory sectors, accompanied by a reform in the criminal types already existing performed under a much higher rate than in previous seasons. [Freely translated]

Besides the creation of new law instruments, new technological mechanisms are created, in order to allow discover and punishment of the guilty ones. Between these mechanisms are the new technologies used for the control of people and the life itself, especially represented by the use of DNA for criminal prosecution purposes.

Occurs, however, that the use of these new technologies is not as simple and does not come unaccompanied by ethical questions. As written by Schiocchet, our country assimilates new technologies very quickly, though without checking the consequences they produce. Are sought, then solutions at

⁶ The Ministry of Justice (free translation of “Ministério da Justiça” - MJ), specially through the National Penitentiary Department (free translation of “Departamento Penitenciário Nacional” - DEPEN), publishes periodic studies on the public security situation in Brazil. The “Consolidated data of the Penitentiary System in Brazil” (last edited in 2008), provides an overview to the capacity and the reality in the prisons of Brazil – as well as specifications of its populations. Moreover, in 2012, the Ministry of Justice published the last version of the “Yearbook of the Brazilian Forum on Public Safety”, that contains data concerning the crimes committed in the country between 2010 and 2011. The data show growth of the criminality index in most Brazilian States.

international level to the dilemmas that of them emanate, without considering that international references may not fit the reality and the Brazilian difficulties (SCHIOCCHET, 2011, p. 288).

With the promulgation of the Law nº. 12.654/12, the genetic material collection becomes compulsory, in the following terms:

3º Article. The Law nº 7.210, of July the 11th, 1984 – Prison Law, goes into effect plus the following Article:

“9º-A Article. Those sentenced for intentional crimes with violence of serious nature against persons or any of the crimes provided by 1º Article of the Law nº 8.072, of July 25th, 1990, will be submitted obligatorily to identify the genetic profile by DNA extraction - deoxyribonucleic acid, through proper and painless technique. [...] [highlighted by us]⁷.

Brazil created, this way, a genetic bank in order to store the genetic profiles collected by people convicted in those crimes. The material collected from a crime scene may be compared to the profiles in the bank, in order to solve the crime – either to incriminate or to acquit.

The principle *nemo tenetur se detegere*, in its broad conception, states that a person cannot be required to produce evidence against himself. The most frequent manifestation of this guarantee occur under the form of the right remain silent, according to which a person may, without damage, refuse to answer questions that have the ability to incriminate him. However, more than that, *nemo tenetur se detegere* considered as a fundamental aims, in the words of Queijo (QUEIJO, 2012, p. 77), to

protect the individual against excesses committed by the State in the criminal prosecution, including in it the fender against physical and moral violence, employed to compel the individual to cooperate in research and investigation of crimes and against banned interrogation methods, suggestions and dissimulation⁸.

⁷ Free translation from: “Art. 3º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 9º-A:

“Art. 9º-A. **Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. [...] [grifamos]”.**

⁸ Free translation from: “proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais,

While the law allows the compulsory collection of DNA and prescribes that no one can be obliged to produce evidence against himself, we can identify a conflict: between the public interest and the individual interest. According to Queijo (QUEIJO, 2012, p. 27), in this conflict

prevailing individual interest, absolutely, the criminal prosecution would be unfeasible. Yet prevailing public interest, exclusively, there would be no deterrent to criminal prosecution, opening up space for arbitrariness and rights violations⁹.

Under this scenario, the judiciary, particularly through its superior courts, has a primary role. He will face the practical issues concerning this conflict and should provide a satisfactory solution for both interests.

2.1 A positivação do direito de não autoincriminação

The main manifestation of *nemo tenetur se detegere* occurs in the form of the right to remain silent, that "is the right not to respond to inquiries made by the authority" (QUEIJO, 2012, p. 233) and assists one who can be self-incriminated by statements before authorities, including the suspects, not just those indicted or accused (QUEIJO, 2012, p. 239).

The right to remain silent is prescribed in Brazilian law, through the Federal Constitution, international treaties and ordinary legislation. The 1988 Constitution establishes the right to remain silent in 5^o Article, LXIII¹⁰. The Criminal Procedure Code also establishes the right to remain silent, in its Article 186, saying that the judge has to inform the accused "about his right to remain silent and not answer questions that might be asked"¹¹.

empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações."

⁹ Free translation from: "prevalecendo o interesse individual, de forma absoluta, a persecução penal seria inviabilizada. Mas prevalecendo o interesse público, de modo exclusivo, não haveria qualquer freio para a persecução penal, abrindo-se espaço para arbitrariedades e violações de direitos."

¹⁰ In free translation, the Law says this: "the prisoner will be informed of his rights, among them **the right to remain silent** being assured family assistance and of a lawyer", highlighted by us.

¹¹ Free translation of the highlighted part: "Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu **direito de permanecer calado e de não responder**

As for international instruments, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the American Convention on Human Rights (ACHR) address the right to not self-incrimination in the form of the right to remain silent. ICCPR says that any person in charge of a crime can “not to be compelled to testify against himself or to confess guilt”. ACHR, for its turn, says that “the right not to be compelled to be a witness against himself or to plead guilty” assists every person accused of a criminal offense, during the proceedings.

In all the standards related to the *nemo tenetur se detegere* applied in Brazil, you can identify the character of orality given to the principle. All regulations use texts such as “testifying”, “confess”, “answer questions”, “plead guilty”, for example. Therefore, the law is unclear as to the extent given to the principle.

Despite the importance given to the aspect of orality, the principle - which has other derivations, not only for oral self-incrimination - it is understood completely sheltered by national legislation. This happens mainly because it is linked to the preservation of human dignity and results from other constitutional guarantees - such as due process, the full defense and the presumption of innocence (QUEIJO, 2012, p. 104).

2.2 Sentido doutrinário do direito de não autoincriminação

The literature diverges as to the extent of the right to not self-incrimination. We studied several authors (MUCCIO, 2000; CAPEZ, 2001; MIRABETE, 2000; MARQUES, 2000; LOPES JÚNIOR, 2014) - literature expressed in manuals of Criminal Procedural Law - among the most read in the country, especially by undergraduate law students. The intention, therefore, was to understand what *nemo tenetur se detegere* means to the authors, considering the potential as replicator that the knowledge produced in these works have in the training of law professionals. In this case, we have privileged the quantitative impact that the

perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. [grifamos]”

works have in society, without going into the merits of further qualitative discussion.

In general, we can say that the authors have an open view of the principle. However, as in legislation, the literature is also not a peaceful position on the extension of this right - whereas many authors write only about the **right to remain silent**. Furthermore, the guarantee is not exhaustively studied by the authors, which sometimes limit its texts to explaining the Law content, in a merely informative manner.

3 EXTENSÃO DO DIREITO DE NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES NO BRASIL

Considering the lack of definition as to the meaning of the privilege against self-incrimination in Brazil, both in literature and in law, it is very important to seek the identification of the position of the country's higher courts on the issue. This considering that the role of the courts, especially the Supremo Tribunal Federal and the Superior Tribunal de Justiça, in interpreting the rules is the very application of the law.

Thus, based on the idea that there are no also cases directly linked to the collection of DNA for criminal prosecution purposes and the right not to self-incrimination, we searched cases on the *nemo tenetur se detegere* - in all the ways you can manifest. Thus, we seek to identify a possible definition of what is meant by privilege against self-incrimination in Brazil – specifically in the higher courts.

3.1 Percurso metodológico da Pesquisa jurisprudencial

We conducted a search in the STF¹² and STJ¹³ files through their respective official websites for search jurisprudence. We limited the search from

¹² The search portal per case law of the Supremo Tribunal Federal is available at: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Access: July 16, 2014.

¹³ The search portal per case law of the Superior Tribunal de Justiça is available at: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Access: May 24, 2014.

1988 (the time of enactment of the current Constitution) until the end of 2014, when we firstly conducted the study.

We divided this research into three phases. In the first phase, of data collection, we searched for cases in the courts and saved them for later reading. In the second phase, of quantitative evaluation of the cases, we carried out a survey of how many cases we would have for the next phase. The third phase, in turn, involved the qualitative analysis.

We used the following terms of search in STF (below, the original terms we used, in Portuguese):

| Termo buscado | Resultados |
|---|-------------------|
| "nemo tenetur se detegere" | 19 |
| "direito de não produzir prova contra si mesmo" | 1 |
| Direito de não produzir prova contra si mesmo | - |
| direito de permanecer em silêncio | 15 |
| “direito de permanecer em silêncio” | 5 |
| “fazer prova contra si mesmo” | - |
| Fazer prova contra si mesmo | - |
| Autoincriminação | 5 |
| Auto-incriminação | 27 |
| Autoacusação | - |
| Auto-acusação | 2 |
| constrangimento ilegal DNA | 1 |
| intimidade genética | - |
| “ intimidade genética ” | - |
| privacidade genética | - |
| “ privacidade genética ” | - |
| “exame de DNA”, penal | 5 |
| TOTAL | 82 |

For the search in STJ, we used the following terms:

| Termo buscado | Resultados |
|---|-------------------|
| "nemo tenetur se detegere" | 28 |
| "direito de não produzir prova contra si mesmo" | 2 |
| “direito de permanecer em silêncio” | 16 |
| “fazer prova contra si mesmo” | 2 |
| Autoincriminação | 9 |
| Auto-incriminação | 39 |
| Autoacusação | 3 |
| Auto-acusação | 39 |
| constrangimento ilegal DNA | 15 |
| intimidade genética | 2 |
| “intimidade genética” | - |
| privacidade genética | 1 |
| “privacidade genética” | - |
| DNA e exame e penal | 33 |
| TOTAL | 189 |

The terms were searched with signals (such as quotes, for example) or without them, considering that search engines respond differently in each case. In addition, we used terms a little different in the two courts, considering that the system is different. The DNA-related terms served to prove that, in fact, to date, has not yet cases about DNA collection related to criminal prosecution and *nemo tenetur if detegere*.

We found, initially, 271 cases. Upon completion of the search, we found that many of these cases were repeated, or two or more search terms lead to the same trial (the same process, the same parts). By eliminating repetitions, we remained with 168 cases for analysis. Of these, 58 of the 110 STF and the STJ.

We summarized the cases found in a table. We organized the table to contain important information about each trial, as its menu (“Ementa”), its

reference (“Referências”) and where to find it (“Identificação”, with link and an identification of the case). Here is a small sample of this table:

| Julgamento | Termos | Identificação | Ementa | Relator | Referência | Nº de páginas | Destques |
|------------|-------------------|----------------------------------|---|------------------------|--|---------------|--|
| 08/08/2001 | auto-incriminação | CR 9191 AgR Link | CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CARTA ROGATÓRIA. [...] | Ministro Marco Aurélio | BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental [...] | 47 | Crime praticado no exterior por brasileiro residente no Brasil [...] |
| 14/06/2010 | autoincriminação | HC 103236 Link | Habeas Corpus. 2. Interceptação telefônica. Ofensa ao direito ao silêncio [...] | Ministro Gilmar Mendes | BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº [...] | 10 | Caso de interceptação telefônica em que é alegado o direito a não autoincriminação [...] |

We could not transcribe the table here, because of its size. This considering that, unlike the sample above, the table contains the full menu of cases. Note that we made some highlights already at the time of systematization of results, anticipating the qualitative analysis in order to identify whether any trial did not conform to the survey.

When starting the content analysis, we noticed that we could establish some exclusion criteria for the cases - especially due to the large amount of material for analysis and to the quantity of pages. Thus, we noticed that the cases related to the parliamentary inquiries (the Comissões Parlamentares de Inquérito, CPI) analyze the right to remain silent, but always in very similar situation and very similar speeches. In Therefore, we excluded all of them from analysis. We also excluded the cases that discuss the power of the Ministério Público (the prosecution) in the investigations, since they do not have detailed information about the right not to self-incrimination.

In addition, the term “intimidade genética” (genetic intimacy) that we used in the search in STF returned only two results: one of them also met another term and the ADI 3510¹⁴. This ADI is about the biosecurity law and clearly not related to the topic. Thus, we removed the term from the study, resulting in the exclusion of ADI.

¹⁴ ADI is a sort of process that seeks the declaration, by the Court (STF), of unconstitutionality of a Law.

Using these exclusion criteria, we had 148 cases remaining for analysis - a number still quite high. The process of analysis of the collected material content is to highlight, through transcription, the passages that mention the principle, doing a detailed reading. Started by the STF Court, of the oldest cases for the youngest. To date, we studied 15 of these.

3.2 Análise dos resultados encontrados

Although so far we analyzed only 15 cases, we can already draw some conclusions related to the positioning of the courts as to the *nemo tenetur se detegere*. Only one of these cases, so far, did not mention the privilege against self-incrimination (in which discussed only the right of the party to have a lawyer to accompany you from start to finish of the process, without the nomination of new defender against their will), which denotes the density of relevant research material.

The privilege against self-incrimination appears in various forms in the cases: when it comes to providing DNA for paternity proof in cases of pregnancy resulting from rape, of testimony given against itself, that one should not take advantage in the confession of third parties, participation in reconstruction of the crime, informal recording of conversation between police and defendant, among others.

Most of the results we found are Habeas Corpus, in which the petitioner seeks freedom, stating that it was obliged to give evidence or self-incriminate – and half these were rejected (7 of 14). The statement of reasons is in the sense that, in case there was no violation of law.

The Ministério Público (prosecution) tends to have grounds to deny the privilege against self-incrimination. One of them, present in the HC 68742, 1991, is the article 59 of the Criminal Code - affirming that the defendant's conduct, that is, their silence, would serve as unfavorable circumstances in the application of his penalty. The Ministers do not welcome this position.

The Ministers of STF, in turn, base their decisions on the most diverse sources. Cite national literature, the North-American Bill of Rights, cases of the

Supreme Court of the United States, other cases judged by the court etc. Give an open interpretation to the concept of the privilege, as many law scholars do not get to do.

4 FINAL CONSIDERATIONS

The genetic profiles databases for criminal prosecution purposes are already a reality in Brazil. However, we must observe many aspects related to the compatibility of this technology to our country, the ethical implications, the loopholes in our legislation, the biotechnologies market and the involved actors.

The debate about the possibility of refusing to give genetic material to criminal prosecution is fundamentally important, as the legislation and the literature – in other words, who studies and works daily with law – are reluctant about what really constitutes the right of not self-incrimination. In this context, the Judiciary Power must give the base lines, at least seeking justice case by case, with the better solutions to everyone involved in this conflict of interests.

Through this study, we could notice, until this moment, two main points: 1) even when acknowledging the application of law to production of evidences diverse to the testimony, the oral aspect of *nemo tenetur se detegere* is the most addressed and elaborated; 2) the Courts' vision about the privilege is wide - even more than part of the literature – allowing the individual to enjoy better his/her fundamental rights, over the State's interests.

REFERENCES

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 6, 2012. Disponível em: <[BRASIL. Constituição \(1988\). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:](http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={CF2BAE97-81BC-4482-95B9-983F1CC404DA}&Team=¶ms=itemID={C2081310-B0FD-4053-A9FE-642E1612ACA8};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>. Acesso em: 14 abr. 2015.</p></div><div data-bbox=)

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 ago. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 8 ago. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013.** Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm>. Acesso em: 16 jul. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 7 ago. 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012.** Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 16 jul. 2014.

CAPEZ, F. **Curso de processo penal.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 269.

LOPES JÚNIOR, A. **Direito Processual Penal.** 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 231-233.

MARQUES, J. F. **Elementos de direito processual penal.** 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. p. 389-391.

MELIÁ, M. C. De novo: "Direito penal" do inimigo?. **PANÓPTICA-Direito, Sociedade e Cultura**, v. 2, n. 7, p. 214-240, 2008. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/viewFile/259/281>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

MIRABETE, J. F. **Processo penal.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 277.

MUCCIO, H. **Curso de processo penal.** Bauru: EDIPRO, 2000. p. 271.

QUEIJO, M. E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHIOCCHET, T. O humano entre o direito e a genética: pressupostos para o debate legislativo acerca das implicações jurídicas concernentes à criação de bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, L. L.; ROCHA, L. S. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado, nº 8. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2011.

SISTEMA PENITENCIÁRIO NO BRASIL: DADOS CONSOLIDADOS. Brasília: Ministério da Justiça, 2008. Disponível em:
<Acesso em: 14 abr. 2015.

HUMAN RIGHTS, REPRESSIVE FORCES AND SOCIAL CONTROL STRATEGIES

Gisálio Cerqueira Filho¹⁵

Gizlene Neder¹⁶

RESUMO: Neste artigo trabalhamos o processo de institucionalização das forças repressivas na passagem à modernidade, enfocando as opções ideológicas e os sentimentos políticos referidos aos direitos humanos. Tomamos a singularidade das escolhas políticas repressivas que clama por “ordem pública”, *vis-à-vis* as apropriações referidas à ideia de “segurança pública”. A recepção da ideia de segurança pública esteve implicada nas modernizações exigidas pela ordem disciplinar que acompanhou o processo de afirmação e expansão do capitalismo em termos globais desde a virada para o XX. Entretanto, os sentimentos políticos que orientam as práticas das instituições de controle social policiais garantem a permanência de longa duração da ideia de manutenção da “ordem pública”, desdizendo a modernização e revivificando práticas autoritárias presentes em formações históricas neocoloniais, onde a memória e a vivência do escravismo fazem-se presentes.

PALAVRAS CHAVE: direitos humanos; estratégias de controle social; permanências culturais de longa duração

ABSTRACT: This paper analyzes the process by which repressive forces (police and justice) have been institutionalized in Brazil’s transition to modernity, focusing on ideological decisions and political sentiments related to human rights. We examine the singularity of decisions made regarding repressive policies (calling for “public order”) *vis-à-vis* the idea of “public security”. The reception of the idea of public security was involved in the modernization required by the disciplinary order that accompanied the process by which capitalism has been consolidated and expanded upon since the turn of the twentieth century. However, the political sentiments guiding the practices of social control institutions guarantee the long-

¹⁵ Gisálio Cerqueira Filho, Doctor of Political Science from the University of São Paulo (USP), is a sociologist and Full Professor of Political Theory at Fluminense Federal University (UFF). Senior researcher at the “Laboratório Cidade e Poder” [City and Power Laboratory] (LCP-UFF).

¹⁶ Gizlene Neder, Doctor of History from the University of São Paulo (USP), is a Professor at Fluminense Federal University (UFF) Department of History and coordinator of the “Laboratório Cidade e Poder” [City and Power Laboratory] (LCP-UFF).

term cultural perpetuation of the idea of “public order”, opposing modernization and reviving authoritarian practices present in neocolonial historical formations, where the memory and the experience of slavery are ever present.

KEYWORDS: human rights; social control strategies; long-term cultural permanence.

1 FROM PUBLIC ORDER TO PUBLIC SECURITY

The debate on public security policies, urban violence and the issue of crime has come to occupy center stage of political debate surrounding Brazilian elections, as well that of other social formations. The emphasis on the subject and the social construction of fear and a feeling of insecurity require an analysis that takes into account the historical and cultural dimensions of the issue.

The process of modernizing police and judicial institutions instigated at the beginning of the twentieth century has led to shifts in institutional organization, arms and activities. The ideology and political sentiments that have permeated police and judicial institutions since the early years of the Republic may however be characterized by the call to maintain “order”. Arguments emphasizing the need to reformulate the police have been built and developed during various political junctures since the founding of the Brazilian Republic over a century ago. We do, however, identify a long-term cultural permanence anchored an absolutist fantasy and the political sentiments of absolute social control¹⁷ over the working classes.

In this article we study images published in the mass media (press and television), in light of the production of a certain esthesia that historically updates the fantasies for absolute control practiced – both past and present – in societies to have lived through slavery and its effects on postcolonial or neocolonial junctures. We have selected three images to have been published in mass media outlets over the last three decades (one in 1995, another in 2001 and the final one in 2010). Our hypothesis is that the content of the discourse used in these outlets,

¹⁷ Neder, Gizlene. “Absolutismo e Punição”, In *Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade*, v.1, p.191 - 206, 1996.

propagating the idea of a modern and science-based police force, is contradicted by the expressionist form of the images accompanying the reports.

Among the main arguments defending modernization are recurrent demands for professional and technical training. At the beginning of the twentieth century, technical and professional training for police institutions was demanded by means of the main media outlets in Brazil's largest cities, which called for a "good police force" in order to maintain "order". The reformulation of police institutions, however, came up against various difficulties, publically debated in the press and highlighted in official documents (reports by justice ministers and police heads).

The modernization and sophistication of police investigation methods and techniques, as well as street surveillance, were discussed with two particular emphases that brought oppositions between liberals and conservatives back to the forefront of political-ideological debate. There was no awareness of the subtle complementarity between such oppositions, however. Shifts to police institutions thus came to be configured during the first decade of the twentieth century, by means of the Institute of Forensic Medicine and the Civil Identification and Statistics Department, as well as the creation of Brazil's first Police Academy founded in 1912. Although the academy was short-lived and faced many institutional difficulties, its teaching program was broad and up-to-date; aiming to reinforce the idea of constructing a "science-based police" as opposed to the term "empirical police", given by social and police control ideologists to police practices outside the framework of modern professionalization.

With the abolition of slavery (in 1888), the locus of social control shifted, as it was no longer practiced inside the production unit (farms with their foremen, the "*capitães do mato*" [bush captains, that means slaves' hunters, who hunted fugitive slaves with henchmen). Along with the process of restructuring Brazilian society under the Republican form, came the orienting of social control and discipline toward a "neutral" government space. The pleas and demands for the reform of police institutions increased in this context (especially in Rio de Janeiro, the federal capital at the time), while speculation grew on the forms of guaranteeing order and discipline in a country of former slaves. The Republican

order also clearly defined itself by means of the decision to maintain social exclusion, and clearly outlined its preferences for authoritarian and repressive social control strategies, with scant emphasis on education or on other social inclusion policies for former slaves.

The debate on the reorganization of police institutions captured the public's attention through the press. It was explicitly discussed in the intellectual output of social control and discipline ideologists, whether in reports by police heads or justice ministers or in technical and scientific articles written by intellectuals who contributed to the formation of the Police Academy. The "*Boletim Policial*" [Police Bulletin] was a periodical which ran from 1907 to 1918 and served as a promotion and sociability channel for these intellectuals. Its aim was to communicate on and inform the police; bringing together excerpts of reports by police heads in the Federal District (Rio de Janeiro), publishing essays on criminality, including translations of articles written by foreign criminologists, as well as case records from various police stations across Rio de Janeiro.

It must be highlighted that the circulation of ideas and the appropriation of police and judicial culture at the turn of the twentieth century implied the reception of Criminology and Sociology on both sides of the Atlantic, due to an extensive process of exchanges between Brazil and Europe. This means that the scientific ideology present in the transition to modernity in Brazil did not take place during a distinctive historical period in terms of other centers of intellectual production, so the police thought formulated by Republican ideologists contained all the ingredients for a substitution of the idea of the police based on the upholding of public order and its repressive aspects. The emphasis shifted toward the idea of public security, implying the need to construct a disciplinary society to substitute the current slaveholding society, linked to political forces which were still colonial in nature, despite Brazil's independence in 1822. The growth in crime in the city of Rio de Janeiro was a recurring subject in the federal capital's main media outlets at the beginning of the twentieth century; just as it is nowadays. At the juncture of the implantation of the Republic, we see that the assertion of the increase in criminality was inscribed in a framework of clear subjective implications related to the fear of losing control of the "dangerous classes", and went unquestioned, both

by liberals and conservatives. The calls for the reorganization and re-equipping of the police institution – as well as an increase in repression – were appeals which reinforced the idea of “public order”. However, if the diagnosis of the problem (an increase in criminality) is typical of both liberal and conservative ideological positions, the channeling of solutions was different and, in our opinion, instead reflected the demands of the process of constituting the labor market and its consequent disciplining. There is thus a distinction in the justifications developed by the two competing ideologies. The emphasis on the precariousness of police institutions was a tonic to the conservative discourse which appealed for law and order policies (with the increase in police numbers and the re-equipping and re-arming of the institutions). The liberal discourse, in turn, focused on the arbitrary nature and lack of training characterizing the police institutions and defended respect for the law and rights. Little has changed. *“No civilized country would tolerate twenty-four hours under what we refer to as “the police”*¹⁸.

The actions of the police in the early days of the Republic (and beyond, as we will attempt to demonstrate in this article) therefore came to theoretically adopt the modern, science-based idea of public security. It did however house repressive practices sustained by the conservative and authoritarian political camp, but effectively ensured the longevity of the idea of “public order”, as it appeared in the conceptions present at the time of Brazil’s political institutionalization back in the Imperial period in the nineteenth century.

2 MODERN “CAPITÃES DO MATO” [BUSH CAPTAINS – SLAVES’ HUNTERS]: NEW EQUIPMENT, SAME PROBLEMS

We should really politicize the debate by referring to the episodes related to criminality, urban violence and the crisis of the criminal justice system as social and political movements. They are particularly frequent nowadays (prisoner rebellions and flights occur on an almost daily basis when considering Brazil as a whole); however they serve as signs of a long-term historical-cultural permanence.

¹⁸ *Correio da Manhã* newspaper, June 21 1901, page 1.

Such movements reveal the manifestation of wider social and political conflict in Brazilian society, and thus embody the symptom of this conflict both in form and content.

The degree or the complexity of organization characterizing these movements, the existence or absence of a list of claims or even political projects should not constitute an epistemological obstacle that justifies the disqualification of the political dimension of the facts. Any such academic posture would legitimize and reinforce the attitudes of the public authorities inherent in the sense of ignoring (denying) the explosive potential for protest and social conflict that the issue entails as the São Paulo state authorities did in the wake of the events of the rebellion orchestrated across a number of the its prisons in February 2001, for example. To write off the political dimension, alleging a lack of organization, agenda, political program etc., would therefore be mistaken. The rebellions orchestrated across São Paulo's prisons should be analyzed according to their relationship with a generalized framework of violence present in Brazil since the final quarter of the twentieth century, when Brazil underwent the (conservative) process of political transition from a military dictatorship to a constitutional state. At the same time, the current Hobbesian redrawing of globalized capitalism and the culture of late capitalism has provided a lifeline for the idea of "law and order".

Brazil underwent a historical experience of formulating and institutionalizing a "*Constituição-Cidadã*" (1988) [Citizens' Constitution] without substantially altering the authoritarian and excluding profile of the institutions related to criminal justice, with consequences for the subsequent democratization process that has exerted effects on compliance with human rights.

The relationships between the prisoner rebellions and escapes and armed robberies on street corners and at ATMs are multiple, and should not be dealt with separately, as though representing everyday flashes of a dog-eat-dog world in which fate forces us into living with them, thus naturalizing social conflict. There are therefore political and ideological decisions and possibilities inscribed in the Brazilian Republican project which have been taken and explored since the implantation of the Republic and the abolition of slavery at the end of the

nineteenth century, which involve and compromise the entire recent political framework.

Images shown on Brazilian television and photographs reproduced in newspapers around the world of prisoners from the Carandiru Complex naked in the yard of the *Cadeião de São Paulo*¹⁹ lying down to be searched in the early days of the twenty-first century are closely linked to another photograph of a boy being individually searched taken by police in Rio de Janeiro and published in color in *O Globo* newspaper on May 26, 1995. The boy is of African descent and has found himself looking down the barrel of a “ninja” policeman’s machine gun (with the officer wearing a black cowl that only shows his eyes and mouth). The boy is naked and squatting with his pants around his ankles and his head covered by a cap in an alleyway in Mangureira favela²⁰. In both images – of the Carandiru prisoners and the young boy from Mangureira – we see naked bodies and a subdued posture. There are also many similarities to images produced recently during the military operation which seized Morro do Alemão favela in Rio de Janeiro’s North Zone in order to install the first “*Unidade de Polícia Pacificadora*” (UPP) [Police Pacification Unit].

The impact of the images (both of hundreds of bodies of prisoners in Carandiru (a collective) and the boy (an individual) or the scenes of the military operation produce the same inhibitor-repressive²¹ ideological effect as well as diffuse and generalized intimidation.

The impact of similar images may be observed in 2010, when police forces occupied the community of Vila Cruzeiro in the favela complex of Morro do Alemão in order to install a “*Unidade de Polícia Pacificadora*” (UPP) [Police Pacification Unit] in a joint operation with the Brazilian army and navy. On this occasion, the police quite literally “hunted down” the drug traffickers in the forest surrounding the Vila Cruzeiro neighborhood. These images were reproduced ad infinitum by the press and television and on YouTube: <<https://www.youtube.com/watch?v=PDPMPesOaQg>>

¹⁹ *Isto É* magazine, February, 28 2001, no. 1639, pp. 32-39.

²⁰ *O Globo* newspaper, 05/26/1995, Photo by Jorge Peter, p. 1.

²¹ Michel Foucault. *Vigiar e Punir*, Petrópolis: Editora Vozes, 1979.

A videogame entitled “*Fuga da Vila Cruzeiro*” [Escape from Vila Cruzeiro] was produced and sold online: (<http://www.papajogos.com.br/jogos-de-tiro/fuga-da-vila-cruzeiro.html>)

Apart from a deep and prolonged economic crisis, Brazil’s emergence from the dictatorship (1984-1994) was also accompanied by the significant erosion and delegitimization of the structures of power and the corresponding institutions, as well as an increase in organized crime, particularly because the crisis was of an international scale (energy crisis, ethno-national identity crisis, end of the Cold War, real socialism crisis, culminating in the fall of the Berlin Wall). The axis of North American military strategies for combating international drug trafficking was also displaced. On the edges of the traditional trafficking routes, Brazil became an alternative route. We might also speculate on the fate of the production of the arms industry⁶. With the end of the Cold War, Latin America was invaded by an influx of sophisticated military arms, due to the drug traffic’s potential as a consumer²².

In the transition to modernity at the onset of the Republican regime, modernization was defined as the creation of a penitentiary system (including agricultural colonies) and a school for young offenders (separating them from adult prisoners). Prisoners were later separated according to sex (and all of this in the context of a Draconian law which expelled unwanted foreigners); and the adoption of the Philadelphia penal system combined with that of Auburn (USA), and modified by the Irish method, using cells²³. The decision reflected a move toward the North American Protestant Puritan punitive model (the idea was that the individual should be isolated and remain that way so as to reflect on his errors, etc.). We cannot, however, evaluate whether the Brazilian operators in the judicial field who enacted the first Republican Penal Code in 1890 were clear on the religious-political implications of such punishment; because the affirmation, by

²² Rosa Del Olmo. “*A Economia da Coca*” in *Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade*, Year 1, no. 2, Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia [Carioca Criminology Institute], 1996, pp. 67-77; Jock Young. *A Sociedade Excludente. Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade Recente*, Rio de Janeiro: ICC/REVAN, 2002.

²³ *Relatório do Ministro da Justiça e dos Negócios Interiores* [Ministry of Justice and Internal Affairs Report], 1891.

means of the interpretation, of the ultimate intentionality of the political and ideological subjectivity of the historical agents implied in the social process, is very difficult to express in definitive terms. Signs suggest that the Brazilian jurists involved in the governmental re-structuring under the Republican form were not entirely aware of the implications of the religious culture (as the idea of the individual had not been fully constructed in the Brazilian historical-ideological formation of the time). Nor can we claim that the distinctive religious culture (between Catholic and Protestant Puritanism) fell outside the political debates in the Brazilian intellectual field, as the so-called “Religious Issue” in which the Imperial government became involved in 1873 (by imprisoning bishops from Olinda and Pará for not accepting the royal blessing of the Emperor and persecuting religious Freemasons)²⁴ thrived in the early days of the Republic. From 1850 to 1890, Brazil’s intellectuals were heavily involved in the political debate on enlightened Catholicism (modern-conservative in character, generally linked to Freemasonry, fraught with Pombaline and anti-Jesuit pragmatism; inspired by readings of Jeremy Bentham and Voltaire); not to mention the Ultramontane strand (which was regressive, Romanist, anti-modernist and conservative-clerical in character). Arguments comparing societies in Northern and Southern Europe were introduced, as were possibilities in terms of (Protestant or Catholic) religious reform. The advantages and disadvantages of an immigration policy for Catholic or Protestant laborers were pondered, to give one example. This points to a possible interpretation of the ineffectiveness of the Republican penal system: a punitive strategy that presumed the idea of the individual (present in societies to have experienced Protestant – predominantly Calvinist – religious reform) was adopted in another society, that was post-Abolitionist and predominantly holistic, with a strong presence of Thomism (culturally appropriated by Jansenist and supposedly anti-Thomist positions) in which a slaveholding vision of the world and its disdain for labor and laborers was still very strong.

²⁴ David Gueiros Vieira. *O Protestantismo, a Maçonaria e a Questão Religiosa no Brasil*, Brasília: EdUNB, 1980.

3 FINAL THOUGHTS

Debate on reforms to police and prison institutions has been punctuated by considerations and criticisms that accentuate both the precariousness and the arbitrariness characterizing these institutions, with the former highlighted by predominantly conservative and repressive standpoints and the latter by more liberal political and ideological standpoints. They do however serve as two faces of the same coin, as they imply appropriations of modern bourgeois thought calling for the modernization and reorganization of political and criminal justice institutions. Criticizing the arbitrariness of the policies to repress and punish or highlighting their precariousness (whether by liberals or conservatives) therefore point to a single solution: the police and prison institutions must be modernized, reformed and equipped with more social control resources and technologies.

The proposals for the modernization and re-equipping of the criminal justice system have therefore been accompanied by a shifting indecision swinging through the entire history of the Brazilian Republic. Its implications, however, must be sought in a much earlier historical era, when technical and procedural modernizations to punishment were already in demand, in the wake of innovations applied by liberalizing policies on (citizens' and human) rights in the historical formations on both sides of the Atlantic, at the end of the eighteenth century. Calls were also made for a control and disciplinary policy for the subordinate classes which would be rigid, authoritarian and highly repressive.

We would like to finish by recalling several observations made by Natalie Zemon Davis in an article entitled "*Ritos da Violência*"²⁵ [Rituals of Violence] discussing the cultural force of a particular religious sermon (which was both fundamentalist and inflexible) dating back to the French religious wars in the sixteenth century. Basing her argument on Bible texts used in both Catholic and Protestant sermons, Davis outlines two significant processes for the circulation of ideas that culminated in a ritual of violence: one of them is the process of dehumanization and the other is of purification. In all of the cases considered for

²⁵ Natalie Zemon Davis. "Ritos da Violência", in *Culturas do Povo. Sociedade e Cultura no Início da França Moderna*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, pp. 129-156.

analysis, the author highlights the process of legitimizing religious violence anchored, both in form and place, by the life of the cult, with the violent acts themselves derived from a bank of punishment or purification traditions current in sixteenth-century France. The violence and the cruelty of acts by crowds in the 1572 (Saint Bartholomew's Day) massacres were thus no exception, and instead represented a greater event linked to political authorities and sophisticated communication networks by throughout France. She concludes:

[...] However the rituals of violence are not, in any absolute sense, a right to violence. They merely remind us that, if attempting to strengthen the security and trust inside a community and to guarantee that any violence generated in it will take less destructive and cruel forms, we should therefore think less about how to pacify the “deviants” and more about how to change the central values²⁶.

Sharing several of Davis' concerns in terms of cultural history, Carlo Ginzburg focused on long-term cultural permanence based on an analysis of Thomas Hobbes' novel *Leviathan* in a conference held in 2006 by the UFF Post-Graduate History Program on the invitation of the *Laboratório Cidade e Poder* [City and Power Laboratory]. Ginzburg ran through Hobbes' work, identifying his reading practices and the metaphors and expressions he uses, interpreted as signs that the phenomenon of secularization was far from being fulfilled in Hobbes' reflections, particularly in the use of the name (Leviathan) that is given in the Book of Job to a whale – an animal both monstrous and feared; and the citing of the Latin translation of Saint Jerome (“there is no power on Earth like yours”) contained in the frontispiece of the first English edition of Hobbes' work. In developing ideas of subjection, reverence and fear, Hobbes was inspired by biblical passages and religious books circulated in England (and in Europe) in the seventeenth century. For Ginzburg, Hobbes' conclusion is that secularization is not in opposition to religion; it rather invades its territory. In capturing the term “awe” (fear, related both to reverence and to subjection), as it appears in the texts (both religious and by Hobbes himself, who, for most of the Enlightenment's

²⁶ Ibidem, p. 156.

readers, inaugurated a secularized conception of the state), Ginzburg²⁷ alludes to the (neoliberal) fundamentalism present in modern times in the form of a long-term cultural permanence: “Shock and Awe”, the name for the military invasion of Iraq in the wake of the September 11 attacks, contains multiple references to the relations between religion and political culture, which may well be sought in the Hobbesian formulation to have undergone a process of historical updating and cultural appropriation.

The effect of continuity and cultural permanence on a long-term historical process was previously examined by the historian in another work analyzing the presence of inquisitoriality in a recent legal case. In the annotations in the margin on the *Sofri* case, Ginzburg analyzes a case involving an old friend, imprisoned for over 20 years in Italy, accused of participating in attacks in Milan by the *Lotta Continua* group in the 1970s. The handling of the case, which dismissed evidence substantiated in the records of the lawsuit in Milan and the investigation that preceded it – and all this at the end of the twentieth century – led Ginzburg to reflect on the intricate and ambiguous relations between the judge and the historian. In particular, it allowed Ginzburg – a specialist researcher into sixteenth-century inquisitorial proceedings – to study these long-term permanence characterizing the inquisitoriality in present-day legal cases.

Upon delineating these two positions, we maintain our argument that long-term historical permanence of an older judicial and police culture that dates back to slavery in Brazil’s post-colonial society affect the political sentiments present in the public security policies practiced in present-day Brazil. Based on the many efforts in the democratic camp concerning the struggle for human rights, in the context of the debate on and approval of the 1988 Constitution, we have been unable to change a single feature of the thought and actions of public security forces in Brazil. We believe that in the cases considered for analysis, the process of legitimizing political violence is anchored, both in form and place, in judicial and religious culture and that the violent acts are themselves derived from a bank of

A. ²⁷ Carlo Ginzburg. “Medo, Reverência e Terror: Reler Hobbes Hoje” [Fear, Reverence and Terror: Re-reading Hobbes Today], Conference held on 09/18/2006, by the Department of History and the Post-Graduate History Program at Fluminense Federal University (UFF), Niterói, Brazil.

punishment traditions anchored in excluding and authoritarian political sentiments. The violence and cruelty present in the system are therefore no exception, but instead representative of a larger phenomenon linked to judicial culture and religious culture on punishment and social control.

A shift in judicial, political and religious culture should be able to influence police and judicial practices that take human rights into account. The focus of the public security policy should entail massive investments in the fields of education and culture. Emphasis should be placed on reforming military academies (across all levels: federal, state and municipal), with special emphasis placed on programmatic contents able to promote the identification of the historical process of slavery and the resultant process of dehumanizing a large part of the population forming neocolonial societies, such as the case in Brazil.

Lowering the age of criminal responsibility, as current legislators have called for in Brazil's Congress, is no less than an insult to intelligence.

3

**O DIREITO AO TRABALHO DECENTE ENQUANTO GARANTIA DA
DIGNIDADE HUMANA, O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO E O
TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: ELEMENTOS PARA UMA
DISCUSSÃO**

Daniel Pires Christofoli²⁸

Gustavo Coelho Farias²⁹

RESUMO: A presente pesquisa versa sobre o direito ao trabalho decente enquanto garantia da dignidade humana e o combate ao trabalho escravo contemporâneo. Para tanto, terá por partida o conceito de trabalho decente e sua distinção do conceito de trabalho digno. Posteriormente, este artigo pretende a verificação do princípio da não discriminação, dentro do tema proposto. Por fim, sua implicação relacionada ao combate ao trabalho escravo, no que diz respeito à necessidade de uma política pública de garantia universal ao trabalho decente.

PALAVRAS-CHAVE: dignidade humana; trabalho escravo; políticas públicas.

ABSTRACT: This research deals with the right to decent work as a guarantee of human dignity and the fight against modern-day slavery. This will require either by starting the concept of decent work and his concept of the distinction of decent work. Later, this article aims to verify the principle of non-discrimination, within the proposed theme. Finally, its implication related to the fight against forced labor, with regard to the need for a public policy of universal guarantee decent work.

KEYWORDS: human dignity; forced labor; public policy.

1 INTRODUÇÃO:

²⁸ Advogado. Bacharel em direito pela PUC. Especialista em direito público pelo IDC e pela ESMAFE. Mestre em direito pela UniRitter. Consultor jurídico no Instituto Gamma de Assessoria a Órgãos Públicos - IGAM.

²⁹ Historiador licenciado pela UFRGS. Mestre em História Política pela UFRGS. Doutorando em Sociologia pela UFRGS. Professor da Rede Pública de Ensino do Município de Porto Alegre e da Rede Pública de Ensino do Estado do Rio Grande do Sul. Cursa Especialização em Direitos Humanos pela FURG.

Para fim de desenvolver a presente pesquisa, tem-se por base uma estrutura de hipóteses, a seguir descritas, que serão abordadas em duas seções básicas.

Primeiramente, será necessário compreender um conceito de trabalho decente. Para tanto, este artigo adotará aquele empregado por PAULI e ROSENFELD (2012). Ademais, será observado o teor das instruções encontradas nas normativas da Organização Internacional do Trabalho – OIT e, no Brasil, no Plano Nacional de Trabalho Decente, lançado pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Por segundo, se fará a relação do conceito enquanto garantia da dignidade humana, a partir da doutrina existente acerca da conceituação dos direitos humanos.

Por terceiro, tomar-se-á um estudo do princípio da não discriminação, a fim de propor uma integração do conceito com um sistema de garantia universal, inclusiva e proteção do trabalho decente.

Adiante, seguem as considerações acerca do tema do combate ao trabalho escravo contemporâneo.

Por fim, a tentativa de empreender a busca de considerações finais que permitam indicar a necessidade de uma política pública eficaz que contenha o direito ao trabalho decente enquanto garantia da dignidade humana, observado o princípio da não-discriminação e o combate ao trabalho escravo.

2 O DIREITO AO TRABALHO DECENTE ENQUANTO GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA E O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto a análise do trabalho decente enquanto instrumento de garantia da dignidade humana. Uma breve contextualização do tema, leva a necessidade da adoção de um conceito de trabalho decente.

Para tanto, reconhecendo a centralidade do trabalho e sua qualificação como espaço de interação do ser humano, seja em termos naturais ou sociais, tem-se como trabalho decente, nas palavras de PAULI e ROSENFELD (2012, p. 323):

O trabalho decente estaria para a cidadania, assim como o trabalho digno estaria para os direitos humanos. Se, conceitualmente, a cidadania é um direito atrelado a uma determinada ordem jurídico-política (de um país, um Estado, no qual se define quem é cidadão e quais são os seus direitos e deveres), os direitos humanos são universais e naturais, pois dizem respeito à dignidade da natureza humana.

Os autores, assim, adotam uma concepção de dignidade como um conceito “historicamente elaborado e culturalmente diferenciado” (PAULI e ROSENFELD 2012, p. 323). Trata-se da dignidade enquanto princípio, ou valor, não necessariamente intrínseca à natureza humana, mas que ultrapassa o direito, a política, a sociedade, e se contrapõe abstratamente ao tratamento degradante e desumano.

Admitida a dignidade na perspectiva aventada, tem-se a aplicação desta noção às relações de trabalho. Neste aspecto, a noção de trabalho decente encontra-se presente na agenda da Organização Internacional do Trabalho – OIT, e, no Brasil, no Plano Nacional de Trabalho Decente, preconizado pelo Ministério do Trabalho e Emprego- MTE, que aduz (BRASIL, 2010, p. 11):

Trabalho decente é uma condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável. Em inúmeras publicações, o Trabalho Decente é definido como o trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir, uma vida digna. Para a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a noção de trabalho decente se apoia em quatro pilares estratégicos: a) respeito às normas internacionais do trabalho, em especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalho (liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado; abolição efetiva do trabalho infantil; eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação); b) promoção do emprego de qualidade; c) extensão da proteção social; d) diálogo social.

A partir das diretrizes empregadas pelo MTE, é possível definir que o trabalho decente é aquele trabalho capaz de garantir uma vida digna. No que diz respeito à agenda brasileira de proteção aos direitos humanos, a partir dos tratados internacionais de defesa, afirma PIOVESAN (2012, p. 368-369):

Além das inovações constitucionais, como importante fator para a ratificação desses tratados internacionais, acrescenta-se a necessidade do Estado brasileiro de reorganizar sua agenda

internacional de modo mais condizente com as transformações internas decorrentes do processo de democratização.

Dito isto, enquanto paradigma de garantia, é importante refletir acerca da forma como o trabalho poderá ser digno, no que diz respeito ao seu sentido moral de promover reconhecimento e inserção. Para PAULI e ROSENFELD (2012, p. 324):

[...] a dignidade no trabalho é uma categoria axiológica aberta, que não pode ser fixada de modo definitivo, porque precisa ser permanentemente definida pelas situações concretas. Seu caráter histórico e dinâmico exige sua atualização constante.

Assim, tendo o conceito de trabalho decente, e a sua relação com a dignidade humana, bem como o contraponto do que é um trabalho decente, como sendo aquele trabalho precário, que provoca insegurança e desproteção aos trabalhadores, é necessário averiguar e integrar seus requisitos às necessidades do trabalhador excluído.

Veja-se que, admitida a necessidade de um trabalho decente em caráter universal, pois instrumento de dignidade humana, é necessária, da mesma forma, uma política pública que antevêja a inclusão de todos os trabalhadores.

Tem-se, então, uma leitura do trabalho decente em consonância ao princípio da não-discriminação, no que afirma BRAGATO (2013, p. 78):

Com a afirmação do direito internacional dos direitos humanos na segunda metade do século XX, baseado no princípio da mesma dignidade dos seres humanos, que reconhece e celebra a diversidade de cada ser humano, a igualdade e a não discriminação tornaram-se seus elementos fundamentais.

Conforme a autora, o princípio da dignidade humana não implica afirmar um grupo de seres humanos homogêneos e idetênticos entre si, mas, sim, admitir a existência de diferenças, valorizá-las, e protegê-las (BRAGATO, 2013, p. 78):

Por essa razão, o respeito aos direitos humanos implica, como corolário do igual tratamento das leis, a proibição da discriminação como uma ação ou omissão que decorre justamente da existência destas diferenças.

Desta forma, uma política pública de proteção ao trabalho decente deverá albergar o princípio da não-discriminação. Por discriminação, tem-se o parâmetro destacado por BRAGATO (2013, p. 78-79), presente nos tratados de direito

internacional de direitos humanos³⁰. Assim, por discriminação indica-se qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em critérios de cor, raça, descendência, ou mesmo opção sexual, que tem por objetivo obstar o reconhecimento, gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais.

Sobre o tema, em inteligente crítica à sociedade latino-americana, GALEANO (1999, p. 41-42) ironiza o uso da linguagem empregada, por vezes, que desconsidera a discriminação da situação, e legitima a violação à dignidade humana:

[...]

os pobres se chamam carentes, ou carenciados, ou pessoas de escassos recursos;

a expulsão dos meninos pobres do sistema educativo é conhecida como deserção escolar;

o direito do patrão de despedir o trabalhador sem indenização nem explicação se chama flexibilização do mercado de trabalho;

a linguagem oficial reconhece os direitos das mulheres entre os direitos das minorias, como se a metade masculina da humanidade fosse a maioria;

[...]

Dignidade era o nome de um dos campos de concentração da ditadura chilena e Liberdade o maior presídio da ditadura uruguaia.

Sendo assim, a pesquisa ora intentada se faz importante, na medida em que é a ação de base e local que permite aprimorar os direitos humanos, bem como o seu aparato protetivo. Neste aspecto, nas palavras de DOUZINAS (2009, p. 156):

Os direitos humanos são violados dentro do Estado, da nação, da comunidade, do grupo. Do mesmo modo, a luta para mantê-los pertencente aos dissidentes, às vítimas, àquelas pessoas cuja identidade é negada ou denegrida, aos grupos de oposição, a todos aqueles que são alvos de repressão e dominação.

Não se desconsidera que as convenções internacionais são úteis aos cidadãos locais para oferecer uma crítica aos seus Estados, diante de um ato

³⁰ Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; Convenção nº 111 da OIT, de 1958, relativo à Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação; Convenção da UNESCO relativa à luta contra as Discriminações no campo do Ensino, de 1960.

violador, conforme DOUZINAS (2009, p.156). Porém, o que se intenta, ao conceituar e reconhecer um direito ao trabalho decente enquanto ínsito ao indivíduo, pois vetor moral para a sua dignidade humana, é indicar a necessidade de sua proteção, bem como a inserção dos grupos excluídos.

Se o trabalho possui valor imanente enquanto as formas de reconhecimento social (HONNETH, 2008), então o trabalho decente deve ser destinado a todos, sem exclusão. BRAGATO (2013, p. 85), por sua vez, acerca da vulnerabilidade de determinados grupos sociais excluídos, destaca:

A realidade dos grupos vulneráveis no Brasil reforça a noção de que determinadas categorias de pessoas encontram-se em situação de maior vulnerabilidade a justificar tratamentos diferenciados no sentido de potencializar o seu acesso aos direitos humanos.

Assim, para além do emprego do trabalho decente enquanto instrumento de inclusão e dignidade humana, é necessária a vontade política enquanto condição de eficácia para a sua proteção. Neste aspecto, as palavras de CULLETON, BRAGATO e FAJARDO (2009, p. 184):

Entretanto, falta entre as garantias constitucionais e a realidade concreta de vida dos brasileiros, entre outros fatores, a determinação política para a sua realização, o que significa principalmente financiamento. Falta, antes, vontade política para que a principal causa de violência e violação de direitos seja enfrentada, que é a imensa desigualdade social.

Dito isto, é necessário posicionar o tema do trabalho decente, através desta pesquisa e investigação, e inserí-lo diante do trabalho escravo contemporâneo, violador da dignidade humana.

Finda a breve apresentação deste referencial inicial, sem pretender esgotá-lo, seguem as relações acima indicadas.

3 O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

O trabalho, enquanto fundamento da dignidade humana, é garantido como direito social fundamental nos arts. 1º, 6º e 7º da Constituição Brasileira³¹. No art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, consta que

Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. Toda pessoa que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para a proteção de seus interesses.

Nos quadros do sistema capitalista, o trabalho é responsável pela sobrevivência dos indivíduos, garantindo sua existência objetiva. Entretanto, o trabalho envolve também elementos de subjetividade. O raciocínio e o planejamento, características tipicamente humanas, estão presentes nas atividades laborais. E, ainda subjetivamente, por envolver uma dimensão tão significativa de nossas vidas, o trabalho carrega um forte sentido de realização e de distinção. O trabalho marca um “lugar nosso” no mundo, e pode-se dizer que é parte fundamental de nossa identidade. Entretanto, na contemporaneidade, a prática do trabalho escravo tem se mostrado como uma ameaça à efetivação do trabalho como um garantidor da dignidade humana.

Como afirma SCHWARZ (2008), a escravidão contemporânea está ligada às relações assimétricas de poder enclavadas no sistema capitalista. Nesse sentido, embora não seja exclusividade de países periféricos, o escravismo atual mostra-se mais visível nas periferias do sistema mundial, onde persistentes problemas socioeconômicos alimentam as referidas assimetrias de poder, expressas em

³¹ A Constituição de 1988 coloca-se como um duplo marco jurídico na história nacional: por um lado, ela é um marco da transição democrática do país; por outro, um marco da institucionalização dos Direitos Humanos no Brasil, na medida em que afirma a primazia da dignidade humana como um dos fundamentos da República Brasileira. No que diz respeito ao trabalho, sua presença na Constituição é ampla, configurando-se em um direito social privilegiado em nossa Carta Magna. Sobre isso, ver SCHWARZ, 2008, p. 74.

altas taxas de concentração de renda, de desemprego e de pobreza extrema e baixos índices de desenvolvimento humano, com suas próprias variações regionais dentro de cada realidade nacional.

Empurrados pela necessidade de sobrevivência em meio à privação de direitos básicos, muitos trabalhadores acabam vítimas de aliciadores, os conhecidos “gatos”, que atuam através de dispersas redes de arregimentação de mão-de-obra, sobretudo em estados com baixos índices de desenvolvimento humano e elevadas taxas de extrema pobreza. Em trabalho desenvolvido no Departamento de Comunicação Social na Universidade Federal do Maranhão (UFMA), a socióloga Flavia de Almeida Moura demonstra da dispersão e a flexibilidade da atuação de aliciadores em comunidade pauperizadas no norte do país (MOURA, 2013)³², que utilizam-se de sistemas populares de comunicação como canais de acesso a trabalhadores desempregados. Conhecidos como “vozes”, tais canais consistem em sistemas de alto-falantes – muitas vezes informalizados – que prestam serviços de divulgação diversos, incluindo “oportunidades” de emprego para a população da região em questão³³. A maior vulnerabilidade de trabalhadores em regiões de baixos índices de desenvolvimento humano e elevadas taxas de desemprego afirmada por SCHWARZ (2008) é, portanto, confirmada e detalhadamente exposta por MOURA (2013).

A definição e a especificidade do que nos dias de hoje se considera trabalho escravo trazem novos elementos que diferem a prática atual da pretérita, tais

³² Embora a autora pesquise regiões notadamente rurais, cabe lembrar que o perfil do trabalhador submetido à escravidão contemporânea nas áreas urbanas também é marcado pelo elemento da pobreza extrema, como indica a crescente cobertura midiática sobre o tema. Na região sudeste, com destaque para o estado de São Paulo, imigrantes bolivianos escravizados são constantemente descobertos e libertos por ações de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego. Tais imigrantes, via de regra, partiram de sua terra natal em busca de melhores condições de subsistência.

³³ Como mostra Moura, não há necessariamente uma relação duradoura entre os proprietários dos sistemas de auto-falantes e os aliciadores, sendo o serviço de comunicação prestado encomendado com pagamento por anúncio. Tal relação pode se estender no tempo entre o comunicador e o aliciador, mas pode, também, ocorrer por breves períodos, não vindo a se repetir. Esta característica, aliás, garante a flexibilidade da atuação dos “gatos”, uma vez que não há contrato formalizado que permita mais facilmente o rastreamento do aliciador que encomendou o serviço de anúncio.

como o menor custo de “aquisição” de mão-de-obra escrava na atualidade – e, conseqüentemente, a maior lucratividade para aquele que se utiliza deste tipo de trabalho – e o curto prazo do relacionamento entre as partes envolvidas nos dias de hoje³⁴. Mas é sobretudo a análise dos fundamentos jurídicos do trabalho escravo contemporâneo que se presta à discussão de elementos históricos e políticos mais amplos, bem como nos permite ver a lei como uma clara arena de lutas, onde sentidos e definições são disputados com vistas à influência sobre o mundo social.

A definição legal do que é a escravidão contemporânea está detalhada no art. 149 do Código Penal Brasileiro, que foi atualizado em 2003. O processo que envolveu esta mudança contou com a articulação de setores governamentais, como membros do Ministério Público do Trabalho, e da sociedade civil, como a Pastoral da Terra, além de ativistas em direitos humanos que se relacionam à temática do trabalho (SANTINI, 2012)³⁵. Com sua redação atual, o art. 149 garante uma ampliação dos casos que podem ser enquadrados como trabalho escravo, além de facilitar este enquadramento (BRITO FILHO, 2013, p. 39). Mas, como chama atenção o jurista José Cláudio Monteiro de Brito Filho, os casos concretos de trabalho escravo apresentam uma peculiaridade que impõe certa complexidade às leis: eles demandam, simultaneamente, ações penais de responsabilização dos infratores e ações trabalhistas de reparo às vítimas (BRITO FILHO, 2013, p. 34). É precisamente neste ponto, que SCHWARZ (2008) situa a maior carga de impunidade que envolve o fenômeno da escravidão contemporânea. Segundo ele, a sanção penal no combate ao trabalho escravo

³⁴ SCHWARZ (2008, p. 122 e seguintes) atribui tais características do fenômeno da escravidão contemporânea, entre outros elementos, ao fato de o trabalhador feito escravo na atualidade não ser considerado juridicamente uma propriedade, não tendo, portanto, um preço. Paradoxalmente, a ilegalidade da relação escravista atual, embora proteja juridicamente o trabalhador, proporciona um baixo custo para o utilizador da mão-de-obra, uma vez que ela não está sujeita a leis de mercado propriamente ditas.

³⁵ Cabe notar que tal processo insere-se no Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, lançado pelo Governo Federal no mesmo ano de 2003. A tal Plano, entretanto, recai a crítica de SCHWARZ (2008) quanto a uma baixa participação democrática em sua elaboração. Segundo a crítica, a formulação e implementação do Plano teria deixado de fora inúmeros movimentos sociais de base que poderiam, inclusive, representar efetivamente os mais diretamente afetados pelo fenômeno, os trabalhadores.

tem se mostrado praticamente nula: embora o Código Penal preveja penas de restrição da liberdade a quem é flagrado utilizando mão-de-obra escrava, não há um único caso que tenha apresentado tal desfecho em nossa história recente, sendo as condenações pecuniárias mais eficientes, na medida em que ajudam a garantir algum ressarcimento, na área trabalhista, às vítimas resgatadas (SCHWARZ, 2008, p. 150).

Nesse sentido, em maio de 2012, após mais de uma década em tramitação, foi aprovada, na Câmara dos Deputados, a PEC nº 57, também chamada *PEC do Trabalho Escravo*. O projeto define que propriedades onde for detectado trabalho em condições análogas à escravidão deverão ser desapropriadas para fins de reforma agrária ou urbana sem o pagamento de indenização. Porém, o passo seguinte, a submissão do texto à votação no Senado, mostrou-se mais complicado. Procurando fugir do prejuízo político que uma postura abertamente contrária à PEC teria, as forças políticas ligadas à defesa do agronegócio, pejorativamente conhecidas como “bancada ruralista”, apostaram em duas táticas: o esvaziamento do quorum e a busca pela descaracterização do projeto (SAKAMOTO, 2014). Nestas disputas políticas, tentava-se atacar definições como “jornada extenuante” e “condições degradantes” de trabalho, fundamentais para a caracterização legal da prática da escravidão, conforme o já citado art. 149 do Código Penal³⁶. Convém, portanto, analisar brevemente os principais elementos que caracterizam a tipificação de trabalho análogo à escravidão presente no Código Penal³⁷ – a saber, “trabalho forçado”, “jornada exaustiva”, “condições degradantes de trabalho” e “restrição de locomoção por dívida contraída”.

Assim, por *trabalho forçado*, diz-se do trabalho prestado de forma compulsória, independentemente da vontade do trabalhador. Convém observar que, no plano concreto, a adesão do trabalhador à relação de trabalho, se

³⁶ Aqui, cabe ressaltar mais uma vez a posição de SCHWARZ (2008, p. 156 e seguintes) quanto à ausência de uma real e expressiva participação popular na elaboração e implementação do Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo. Para SCHWARZ, tal ausência aumenta a dependência por parte de ações dos poderes institucionalizados – como o Poder Legislativo – que, em suas dinâmicas próprias, acabam por não dar a prioridade nem o encaminhamento necessários à questão do trabalho escravo contemporâneo.

³⁷ A análise que se segue baseia-se em BRITO FILHO (2013).

motivada por miséria ou necessidade extrema, pode ser considerada “anulação da vontade”. O art. 149, assim entendido, teria o mérito de colocar o Código Penal em consonância com o disposto na Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho.

Por sua vez, tem-se como *jornada exaustiva* aquela imposta à revelia da legislação trabalhista, mina a saúde física e mental do trabalhador, esgota-o além do aceitável e o expõe a acidentes decorrentes da exaustão. Ademais, as *condições degradantes de trabalho* são caracterizadas pela falta de garantias mínimas de saúde e segurança, pela falta de condições de trabalho, de moradia, de higiene, de alimentação e de respeito (estando inclusos os casos de assédio moral e sexual), sendo que “a falta de um destes elementos [já] impõe o reconhecimento do trabalho em condições degradantes” (BRITO FILHO, 2013, p. 45)³⁸.

Por fim, entende-se por *restrição de locomoção por dívida contraída* o impedimento ao trabalhador de gozar o seu direito de se desligar voluntariamente do trabalho, com o agravante de que, geralmente, o endividamento utilizado como justificativa para a restrição da locomoção é artificialmente criado. Além disso, no plano concreto, é comum este elemento aparecer vinculado a práticas como a vigilância ostensiva, a intimidação e o espancamento e, até, o homicídio.

Apesar dos reconhecidos avanços legais e institucionais, fora das esferas legais e governamentais, o trabalho escravo mostra-se como uma prática historicamente resistente. No Brasil, o atual discurso da flexibilização das relações trabalhistas tem dialogado com uma histórica cultura de superexploração do trabalho alheio (SCHWARZ, p. 114). E é possível dizer que tal cultura, por sua vez, serve ao resgate de uma nova versão de uma das relações de dominação e opressão mais antigas da história da civilização humana. Afinal, embora tenha

³⁸ Convém lembrar que, após a democratização das décadas de 1980-1990, o Brasil passou a ratificar relevantes tratados internacionais de Direitos Humanos, a começar pela assinatura, em 1989, da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Dentro da tese defendida por Flávia Piovesan, segundo a qual tratados internacionais de proteção aos direitos humanos assumem força de norma constitucional (por força do art. 5º da Constituição), este é um argumento a mais a fortalecer o combate ao trabalho escravo nos moldes definidos pelo Código Penal.

sido criada a expressão *trabalho em condições de escravidão* para diferenciar o fenômeno atual do antigo, estamos falando, em ambos os casos, de relações de dominação e opressão, que atacam a liberdade humana e, conseqüentemente, a dignidade humana.

E o desafio, como já se indicou anteriormente, vai além da repressão penal da empresa criminosa. É preciso, sob uma perspectiva trabalhista, reinserir a vítima da situação de escravidão na sociedade: reatar vínculos sociais e familiares rompidos, garantir – se for o caso – o retorno ao lar e capacitar para a reinserção digna no mundo trabalho. As punições obviamente devem ser realizadas. E de maneira exemplar. Mas é esta parte de cunho social que carrega a possibilidade de erradicação do trabalho escravo contemporâneo, pois ele se alimenta exatamente da exclusão gerada pelo sistema capitalista em que vivemos. Se a condição de extrema-pobreza da vítima do trabalho escravo não for combatida, as chances de que o indivíduo venha novamente a ser escravizado são consideráveis.

Outro meio alternativo para a busca pela erradicação do trabalho escravo contemporâneo é a aposta em uma educação que trabalhe na informação e na construção de valores democráticos e emancipatórios. Nesse sentido, o Brasil dos últimos anos tem vivido a emergência de iniciativas baseadas na Educação em Direitos Humanos (EDH). Tais ações buscam a criação de uma educação mais inclusiva e em consonância com a sociedade da informação na qual vivemos neste início de século XXI (MARINHO, 2012). Em meio aos múltiplos canais informativos que se abriram com o desenvolvimento tecnológico das últimas décadas, uma educação baseada na simples transmissão de dados e informações perdeu o sentido.

Torna-se necessária a existência de novas propostas que, junto ao uso de novas técnicas e linguagens, abordem, de maneira reflexiva, temas e questões urgentes à nossa época, tarefa que tem sido enfrentada através da Educação em Direitos Humanos. Uma maneira concreta para o alcance desta “educação para a democracia” (TEIXEIRA, 2011, p. 151) é a abordagem marcada pela transversalidade que, condizente com o Parâmetros Curriculares Nacionais (PCNs) e o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), mescla

temáticas relevantes à cidadania ao conteúdo tradicional das diferentes disciplinas escolares. A transversalidade carrega, portanto, o potencial de transição de uma abordagem tradicional do ensino para uma abordagem renovada, que adéqüe o currículo formal às necessidades do contexto sociocultural das escolas (MORENO, 1998, p. 46 e seguintes).

Dentro do amplo leque de temas da Educação em Direitos Humanos, a construção da noção do trabalho digno e de trabalho decente como um *direito humano* é uma rica possibilidade. Nesta direção, há cerca de três anos, viemos abordando o trabalho escravo contemporâneo no Brasil e no Mundo como um parêntesis de tempo nas aulas de história da rede pública. Mapas, imagens, textos e até vídeos podem contribuir para a discussão sobre o Mundo do Trabalho, a exclusão social e os projetos de vida que cada um de indivíduo autônomo deve ter. Como estratégia didática de abordagem do tema, começamos com a simples pergunta: “o que você quer ser quando crescer?”.

A partir das respostas, é possível mostrar aos alunos que o trabalho não é “apenas” um instrumento de sobrevivência, mas é também um instrumento de possível realização pessoal e de empoderamento humano. Além de criar algo exterior, o trabalho deve criar e reforçar algo interior: nosso senso de dignidade humana. E a discussão não pára por aí: movimentos dos trabalhadores ao longo da história, organizações políticas, estratégias de luta coletiva, as diferenças entre subemprego e trabalho escravo, a importância da capacitação profissional, a aposta no sonho da realização humana. Enfim, o tema promete não ter fim. Materiais para isso são cada vez mais comuns. E destaque deve ser dado ao Projeto “Escravo, nem pensar!” (2012). Coordenado pela ONG Repórter Brasil, a iniciativa vem, desde 2004, produzindo materiais e realizando capacitações docentes de qualidade cada vez maior. O estudo da escravidão contemporânea na escola básica adéqua-se, portanto, à construção de um currículo escolar condizente ao fortalecimento da vida democrática.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa objetivou trazer elementos acadêmicos para a discussão acerca do tema direito ao trabalho decente, a partir de elementos de proteção como garantia da dignidade humana, o princípio da não discriminação e o combate ao trabalho escravo contemporâneo.

Partimos, então, da definição de um conceito de trabalho decente, encontrado em PAULI e ROSENFELD (2012), devidamente amparado no Plano Nacional de Trabalho Decente, preconizado pelo Ministério do Trabalho e Emprego- MTE.

Desta forma, tendo o trabalho decente como o trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir, uma vida digna, tem-se que este conceito não poderá ser excludente, sob pena de violar o princípio da não-discriminação (BRAGATO, 2013).

O primado, por sua vez, restou visto como elemento inclusivo, afirmando um grupo de seres humanos heterogêneos e diferentes entre si, admitindo que todos possuem o direito a um trabalho decente.

Ademais, em termos de fundamentação jurídica, os bens que a lei busca proteger são a liberdade individual e, sobretudo, a dignidade humana – princípio que fundamenta nossa República, conforme o art. 1º da Constituição. Ao analisarmos de forma mais detalhada a lei, percebemos que a defesa da liberdade é um elemento mais específico dentro da proteção à dignidade humana, quando percebemos que o combate ao trabalho escravo defende a vida, a saúde, e a segurança física e psíquica do trabalhador. O que não poderia ser diferente, sendo que o trabalho, como vimos, envolve complexas dimensões do ser humano.

Sendo, assim, no que concerne ao combate ao trabalho escravo contemporâneo, que se arrasta há décadas no Brasil, esta pesquisa posicionou o tema como um ponto central dentro da questão dos direitos humanos. Os esforços, tanto em nível de classe política quanto de sociedade civil, para combate ao trabalho escravo têm trazido o tema à tona, e medidas práticas, no âmbito da atuação institucional, têm melhorado a situação de trabalhadores em

todas as regiões do Brasil³⁹, embora a escravidão esteja longe de ser erradicada no país.

No panorama nacional, a preocupação também se vincula à questão da utilização de mão-de-obra indígena e estrangeira. A vulnerabilidade que essas duas categorias sociais experimentam na sociedade brasileira lhes confere o *status* de “vítimas em potencial” da prática. Embora vinculemos a situação de trabalho escravo ao meio rural e ao agronegócio, cada vez mais notícias divulgam a existência dessa prática no meio urbano, onde o setor da construção civil e da indústria têxtil são os carros-chefes. A prática, portanto está mais próxima de nosso dia-a-dia do que imaginamos.

No que diz respeito às ações no âmbito da sociedade civil, a discussão e conscientização sobre o assunto seguem sendo caminhos importantes. A construção de uma sociedade que respeite a dignidade humana é uma tarefa cotidiana e, mesmo que o foco se coloque sobre questões ligadas ao Mundo do Trabalho, elementos da política e da cultura estão presentes. Nos últimos anos, a Educação em Direitos Humanos tem conquistado espaço nas salas de aula brasileiras, o que se torna visível nos projetos divulgados e no surgimento de cursos de formação e especialização voltados a professores em vários estados.

Porém, a atuação em instituições escolares é apenas mais uma frente na luta pela erradicação do trabalho escravo contemporâneo. Esta pesquisa entende, então, que a discussão em sala de aula, de forma inclusiva (como requer o princípio da não discriminação) pode ter um efeito multiplicador, mas a denúncia e, sobretudo, a busca por ampla participação popular devem seguir como nortes. Se, como nos afirma SCHWARZ (2008), a escravidão contemporânea é fruto das relações assimétricas de poder dentro das sociedades, o combate ao trabalho escravo deve passar pelo empoderamento das vítimas efetivas ou em potencial –

³⁹ Dois avanços institucionais a serem considerados são: 1) a atuação do Grupo de Fiscalização Móvel que, vinculado ao Ministério do Trabalho e do Emprego, tem realizado várias ações de libertação em todo o território nacional, com maior incidência na Região amazônica; 2) a criação, via Portaria nº 540/04, da chamada “Lista Suja”, cadastro público de empresas flagradas utilizando-se de mão-de-obra escrava, que serve como limitador à tomada de financiamento público de como fonte de informação para fiscalização popular. Sobre estas e outras medidas de combate à escravidão, recomendamos SCHWARZ (2008) e CERQUEIRA *et al.* (2008).

e o empoderamento não é fruto apenas do atendimento das necessidades sociais básicas, mas também do aprendizado da participação política (PINI e MORAES, 2011), bem como da conscientização de que a todos é garantido o direito ao trabalho decente.

Resta-nos, assim, o alerta de Lelio Bentes Corrêa na apresentação do livro *Privação da liberdade ou atentado à dignidade: escravidão contemporânea*. Diz ele: “A escravidão tem lugar quando se perde de vista a condição humana que nos é comum a todos.” Se há quem esteja disposto a esquecer isso, cabe a todos nós lembrá-lo.

REFERÊNCIAS

BRAGATO, F. F. Direitos humanos além da lógica formal do princípio da igualdade: uma leitura a partir do princípio da não discriminação. In. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. STRECK, L. L.; ROCHA, L. S.; ENGELMANN, W. (orgs). Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, p. 77-92, 2013.

BRITO FILHO, J. C. M. de. “Trabalho Escravo: Caracterização Jurídica dos Modos Típicos de Execução”. IN.: FIGUEIRA, R.; PRADO, A. e GALVÃO, E. **Privação de Liberdade ou Atentado à Dignidade: Escravidão Contemporânea**. Rio de Janeiro; Mauad X, 2013, p. 33-52.

CERQUEIRA, G. C. *et. all.* (org) **Trabalho Escravo Contemporâneo no Brasil: contribuições críticas para sua análise e denúncia**. Rio de Janeiro, Ed. UFRJ, 2008.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Brasília; Senado Federal, 1988.

CULLETON, A., BRAGATO, F., FAJARDO, S. P. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Piracicaba; Editora UNIMEP, 2001.

DOUZINAS, C. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

Escravo, Nem Pensar!: uma abordagem sobre o trabalho escravo contemporâneo na sala de aula e na comunidade. São Paulo: Repórter Brasil, 2012, 2ª edição atualizada.

GALEANO, E. **De pernas pro ar: A escola do mundo ao avesso.** Porto Alegre, Editora LPM, 8ª, Ed., 1999.

HONNETH, A. Trabalho e reconhecimento: Tentativa de uma redefinição. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre: PUCRS, v. 8, n.1, jan./abr, 2008.

MARINHO, G. **Educar em direitos humanos e Formar para a democracia no ensino fundamental.** São Paulo: Cortez, 2012.

MARTINS FILHO, I. G. da S. “Os Direitos Fundamentais e os Direitos Sociais na Constituição de 1988 e sua defesa”. In: **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, vol. 1, nº 4, agosto 1999.

MORENO, M. “Temas transversais: Um ensino voltado para o futuro”. In: BUSQUETS, M. D. *et. all.* (Org.). **Temas transversais em educação: Bases para uma formação integral.** São Paulo: Ática, 1998, PP. 19-60.

MOURA, F. de A. “Vozes da Esperança”: Estratégias de comunicação em redes de aliciamento no contexto da escravidão contemporânea no Maranhão. IN.: FIGUEIRA, R.; PRADO, A. e GALVÃO, E. **Privação de Liberdade ou Atentado à Dignidade: Escravidão Contemporânea.** Rio de Janeiro; Mauad X, 2013, p. 199-218.

Organização Internacional do Trabalho. **Convenção 29 – Sobre o trabalho Forçado ou Obrigatório.** Disponível em http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_29.pdf. Acesso em 23/10/2014.

PINI, F.R.O. e MORAES, C.V. **Educação, Participação Política e Direitos Humanos.** São Paulo; Ed. Instituto Paulo Freire, 2011.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Editora Saraiva, 13ª Ed., 2012.

PIOVESAN, F. **Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF.** Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>. Acesso em 09/01/2015.

Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007.

ROSENFELD, C.; PAULI, J. **Para além da dicotomia entre trabalho decente e trabalho digno: reconhecimento e direitos humanos**. Caderno CRH. Salvador, v. 25, n. 65, p. 319-329, maio/agosto, 2012.

SAKAMOTO, L. PEC do Trabalho Escravo é aprovada no Congresso (28/05/2014). Disponível em <http://www.trabalhoescravo.org.br/noticia/80>. Acesso em 23/10/2014.

SANTINI, D. **Acadêmicos defendem PEC 438 e manutenção do artigo 149 (11/05/2012)**. Disponível em <http://www.trabalhoescravo.org.br/noticia/60>. Acesso em 23/10/2014.

SXHWARZ, R. G. **Trabalho Escravo: A Abolição Necessária**. São Paulo, Ed. LTR, 2008.

TEIXEIRA, B. de B. Escola para os Direitos Humanos e a Democracia. In: SCHILLING, F. (Org). **Direitos Humanos e Educação: Outras palavras, outras práticas**. São Paulo: Cortez, 2011, pp. 150-170.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM
DIREITO E SOCIEDADE DO
UNILASALLE
GT - PLURALISMO RELIGIOSO,
INTERCULTURALISDADE E LAICIDADE**

CANOAS, 2015

OS VALORES COMO EXPRESSÃO DA INTERCULTURALIDADE

André Luís Vieira Elói

RESUMO: O trabalho objetiva demonstrar como os valores de uma comunidade não necessariamente estão vinculados à religião predominante no meio, pois mesmo aqueles que não compartilham da fé compartilham de muitos valores em comum com a coletividade onde se insere. Os valores compartilhados por uma comunidade, ou pelo menos sua grande maioria, independem da aderência de seus membros a uma determinada crença religiosa. Em função da intersubjetividade da linguagem, tanto aqueles que compartilham de crenças religiosas quanto os ateístas que são parte de uma mesma comunidade terão valores em comum, evidenciando que estes são resultado da historicidade de um grupo e não de sua religião dominante.

PALAVRAS-CHAVE: valores, religião, linguagem, intersubjetividade.

1 INTRODUÇÃO

Através de análise de obras de Gadamer e Foucault, pretende-se compreender como os valores e crenças, sua formação, tradição e relação com a cultura, buscando relacioná-lo com a intersubjetividade

Em um primeiro momento o trabalho analisa a hermenêutica filosófica para demonstrar a indissociabilidade entre homens, Estado e Religião da historicidade que se encontram e de como a tradição e intersubjetividade inerente à linguagem constituem os sujeitos de uma comunidade.

Em um segundo momento são analisados alguns ensinamentos de Foucault para demonstrar que nesta imersão na linguagem lecionada por Gadamer há, também, uma influência inevitável das relações de poder constituídas na sociedade.

Concluindo que a linguagem, como meio de possibilidade de compreensão do mundo, nos traz preconceitos que modulam nossa compreensão. Nossos valores são parte, e ao mesmo tempo resultado, dos preconceitos, de nossa tradição e das relações de poder vigentes. Portanto, os valores são resultados de

uma intersubjetividade que deve ser problematizada publicamente para construí-se democracia.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As questões acerca da relação entre Estado, Cidadão, valores e crença religiosa, ao longo dos séculos sempre permeiam as discussões jurídicas, filosóficas e políticas. Ao longo da história teve contornos e enfoques diferentes, mas nunca deixaram de ser discutidos, por serem institutos que inevitavelmente envolvam todos, pois se tratam de questões relativas aos indivíduos e sua relação com a comunidade da qual fazem parte.

Na atual conjuntura política brasileira, a relação entre Estado e religião tem tomado grandes proporções e espaços de discussão em função do crescente número de mandatários políticos que representam grupos religiosos.

Se há representantes de grupos religiosos atuando dentro dos centros de produção normativa (legislativo) e nos centros de aplicação de normas (judiciário), podemos ter valores ligados, ou supostamente vinculados, a crenças religiosas.

Para compreender os riscos e as possibilidades de inclusão que as crenças religiosas, ou valores religiosos, podem trazer à vida em comunidade, se faz necessária a análise do papel dos valores no Direito, sua relação com dogmas ou crenças religiosas e, ainda, como os discursos (religiosos ou jurídicos), podem tanto libertar quanto oprimir.

Para tanto, se faz necessária a compreensão de como funcionam as narrativas e como a intersubjetividade atua sobre cada indivíduo (o que acontece de maneira muito semelhante, no direito e na religião).

3 CONTRIBUIÇÕES DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

A hermenêutica filosófica de Gadamer nos traz conceitos que se mostram de grande importância na formulação de resposta aos problemas de relações entre o Direito, as crenças religiosas e os valores.

Gadamer parte de conceitos formulados por Heidegger para construir sua hermenêutica. Ele parte do abandono do conceito moderno de objetividade da ciência buscando uma compreensão inserida em uma historicidade.

Segundo Gadamer, Heidegger demonstra que a compreensão se desenvolve dentro de uma estrutura circular a partir da temporalidade da presença, o círculo hermenêutico. Mas o que isso quer dizer? Para Heidegger a interpretação se inicia com conceitos prévios que, posteriormente, podem ser substituídos por outros que se mostrem mais adequados. O intérprete está sempre sujeito a opiniões prévias que podem ser, ou não confirmadas diante de um caso concreto ou de novos problemas.

Quem busca compreender deve se manter aberto à possibilidade de sua opiniões prévias não serem adequadas. Nas palavras de Gadamer: A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija ao textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade. (Gadamer, 1997, p. 403)

Para Heidegger uma consciência hermenêutica se mostra receptiva, mas não se anula, não ignora suas opiniões prévias e preconceitos. Novamente nas palavras de Gadamer (1997, p. 406) “uma compreensão guiada por uma consciência metódica procurará não simplesmente realizar suas antecipações, mas, antes, torná-las conscientes para poder controlá-las e ganhar assim uma compreensão correta a partir das próprias coisas.” Para Gadamer, o que leva o problema hermenêutico à sua verdadeira realidade é o reconhecimento destas antecipações, de seus preconceitos.

O risco que nos traz uma tentativa de compreensão objetivista é justamente este, não se preocupar com os preconceitos, não os trazendo à tona para que possam ser colocados à prova. Somente com a colocação dos preconceitos à prova, é possível saber se estes são legítimos ou não.

Na hermenêutica filosófica deve-se compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo, não existindo uma interpretação subjetiva, mas sempre intersubjetiva. Quando buscamos compreender algum enunciado,

não é necessário compreender a constituição psíquica de seu autor, mas sob qual perspectiva ele a formulou. Ou seja, não se deve buscar estabelecer uma práxis de interpretação opaca como princípio, mas inserir a interpretação num contexto. Daí se mostra a importância de compreender alguns conceitos de Gadamer para possibilitar uma melhor relação entre questões públicas de uma comunidade (Direito), religião e valores.

Para Gadamer, o círculo hermenêutico é o espaço onde o corre dialogicamente a relação entre o intérprete e a tradição. A interpretação não é e nem pode ser subjetiva, pois é determinada pelo que une o sujeito à tradição. Portanto, nossa compreensão de mundo está diretamente ligada aos nossos valores e crenças, mesmo que não estejamos conscientes desta ligação.

A hermenêutica, a compreensão do mundo, se dá na relação entre a faticidade e a historicidade do intérprete. Com isso, Gadamer que dizer que o sentido de um texto é determinado pelo tempo e contexto histórico nos quais o leitor está inserido. Ele não se esgota no momento em que o autor o escreveu, é um processo infinito. Há de se ressaltar que o sentido de texto, em Gadamer, não se dá de maneira literal, deve-se aplicar o termo texto a qualquer coisa a ser compreendida.

O papel da hermenêutica, então, deixa de ser a criação de um procedimento de compreensão, mas a demonstração, o desvelamento, das condições em que surge. A possibilidade de conhecimento está na pergunta que é feita diante de um fato apresentado, cabendo ao hermeneuta encontrá-la.

O processo de compreensão acontece na mediação do universo de linguagem prévio, onde o hermeneuta se espelha (historicidade), e o evento ou fato que se apresenta diante dele (faticidade), provocando um estranhamento que “gira” o círculo hermenêutico, eclodindo em um novo horizonte de compreensão.

Segundo Streck “Essa faticidade e historicidade é o lócus da pré-compreensão, condição de possibilidade para qualquer interpretação” (Streck, 2011, p. 271). O que determinará o sentido de um texto para seu intérprete é a sua condição no mundo. só interpreto se compreendo; só compreendo se tenho a pré-compreensão, que é constituída de uma estrutura prévia (Vorhabe), visão

prévia (Vorsicht) e concepção prévia (Vorgriff), que já une todas as partes (textos) do sistema. (Streck, 2011, p. 271)

Portanto, a interpretação deixa, a partir de Gadamer, de ser uma manifestação de vontade, uma escolha, do intérprete, sendo resultado de condições pré-estabelecidas social e historicamente, e a este transmitido pela linguagem (possibilidade de manifestação de sentido).

A interpretação jurídica é uma tarefa criativa, não reprodutiva, pois depende diretamente do caso concreto, que em momentos históricos diferentes pode encontrar necessidades e soluções diferentes. Interpretar a lei é atribuir sentido ao dispositivo diante de um caso concreto.

Tal criatividade pode, aparentemente, gerar conflitos com os discursos religiosos, que se baseiam nas palavras de um Deus, que seria algo inatingível e eterno, imutável. É o que muitos religiosos defensores de padrões morais baseados em dogmas religiosos pensam. Entretanto, conforme Gadamer deixa claro, a leitura da palavra deste Deus também é influenciada pela historicidade em que o intérprete se encontra.

Outro conceito relevante para a compreensão de como o intérprete está conectado com sua historicidade é o conceito de tradição. Gadamer, em sua crítica ao Aufklärung, defende com uma atenção especial um tipo de autoridade, que é de fundamental importância para a compreensão do papel da jurisprudência, a tradição. Para Gadamer, as autoridades somente são reconhecidas como tal por atos de constantes reconhecimentos, por estarem constantemente colocadas à prova. A tradição é um tipo de autoridade que influencia de forma bastante ampla o comportamento humano, muitas vezes de maneira alheia à razão.

Segundo o filósofo alemão, os costumes podem ser adotados de maneira livre, contudo, sua legitimação e criação não são baseados em pura inspiração, mas na razão. Não é possível compreender a tradição de forma isenta de preconceito, através da razão pura, pois o homem é um ser inserido em determinado contexto e momento históricos, dos quais a própria tradição é parte fundamental, pois à margem dos fundamentos da razão, a tradição conserva as nossas instituições e comportamentos.

Há de se ressaltar que Gadamer, ao defender a importância da tradição, jamais objetivou passar a idéia de que as tradições são inquestionáveis e imutáveis. Pelo contrario, a possibilidade da conservação desta depende de constante colocação à prova. Segundo ele, “a conservação é um ato da razão, ainda que caracterizado pelo fato de não atrair atenção sobre si [...] A conservação representa uma conduta tão livre quanto a destruição e a inovação.” (Gadamer, 1997, p. 422, 423)

O reconhecimento do valor da tradição está diretamente relacionado com os efeitos que a historia opera em toda compreensão, esteja o intérprete ciente ou não. Ser consciente do efeitos da história é conhecer o horizonte hermenêutico no qual se está inserido, que é onde nos encontramos face à tradição que tentamos compreender.

Novos horizontes são adquiridos quando se tenta ver além do que está próximo. Nesta tentativa, entretanto, não se deixa de lado os conceitos que já possui, mas os integra em um novo todo de uma forma mais adequada diante de novos problemas. Não há de se dizer que a hermenêutica favorece um conservadorismo, já que a fusão de horizonte dará passagem a algo sempre imprevisível e novo.

Para Gadamer, por mais que interprete se prenda à letra do texto, não há garantia de reprodução do sentido original. Por isso a interpretação é sempre criativa. Mesmo que religiosos pensem o contrário.

Em linha similar Ost nos ensina que a leitura que fazemos do passado constitui nossa forma de compreensão do presente e demonstra as expectativas que temos para com o futuro. Uma leitura equivocada e inverídica desse passado pode nos levar a construir um presente frágil, que será o alicerce fadado à ruína do futuro. Ele diz que “uma sociedade amputada de suas raízes, órfã de sua história, encontra barrado seu acesso ao futuro” (OST, 2005, p. 29).

A memória que lembra existir o dado e o instituído. Acontecimentos que importam e ainda importam e são suscetíveis de conferir um sentido (uma direção e uma significação) à existência coletiva e aos destinos individuais. Instituir o passado, certificar os fatos acontecidos, garantir a origem dos títulos, das regras, das pessoas e das coisas: eis a mais antiga a mais permanente das funções do jurídico. Na falta de tais funções,

surgiria o risco da anomia, como se a sociedade construísse sobre areia. (OST, 2005, p. 49)

Mesmo as lembranças íntimas de uma pessoa são, por esta, compreendidas se baseando em signos, referências, conceitos trazidos pela tradição através da linguagem. Nas palavras de Ost:

Acontece que nossas lembranças, até as pessoais e mais íntimas, só conseguem se exprimir em termos tomados de empréstimo à tradição; eles só fazem sentido, por outro lado, sendo tomados por uma comunidade afetiva e social que não demora em retrabalhá-los. Só nos lembramos, então, sob a condição de nos colocarmos no meio desta ou daquela corrente de pensamento coletivo e adotar seu ponto de vista. (OST, 2005, p. 57)

Ele define memória coletiva como a memória “viva”, aquela que está próxima dos acontecimentos, que ainda é influenciada pela experiência daqueles que nela estão inseridos.

Já a memória histórica é aquela que engendra um saber histórico, é a narrativa dos fatos “com uma certa distância”, a partir de dados do presente, que já nos trouxe interpretações intermediárias e sucessivas na construção narrativa (tradição).

Voltando a Gadamer, a interpretação depende diretamente do caso concreto, que em momentos históricos diferentes pode encontrar necessidades e soluções diferentes. Interpretar é atribuir sentido a um preconceito diante de um caso concreto.

Daí a importância de se compreender o papel e o significado da tradição. O homem é um ser inserido em determinado contexto e momento históricos, dos quais a própria tradição é parte fundamental, pois conserva as nossas instituições e comportamentos.

Gadamer, através de sua hermenêutica, acaba com a concepção de afastamento entre Estado, Religião e intérprete, entre homem e história e demonstra que toda e qualquer discussão sobre é paradigmática, por estar inserida em um contexto histórico que exerce influência sobre seus sujeitos.

Os efeitos da história operam em toda compreensão, esteja o leitor consciente disso ou não. A reflexão da história nunca é esgotada, pois se encontra na essência do ser histórico que somos (que nunca se esgota no saber-se).

A consciência da história efetual é a consciência da situação hermenêutica, da situação (âmbito de visão que abarca tudo que é possível de se enxergar a partir de determinado ponto) em que um intérprete se encontra face à tradição que deseja compreender, de seu paradigma.

Ou seja, para Gadamer, por mais que o intérprete se prenda à letra do texto, não há garantia de reprodução do sentido original. Daí a importância de saber o paradigma onde está inserido, pois o que se deve saber ou compreender de um paradigma anterior já foi levado ao intérprete pela linguagem e pela tradição. O que não foi levado a ele, não o foi por não mais ter se mostrado útil diante da realidade que se põe diante dele.

4 CONTRIBUIÇÕES FOUCAULTIANAS

Assim como Gadamer, Foucault percebeu que o homem está inserido em um mundo da linguagem e que dele se constitui, não havendo como dissociar valores e crenças de suas práticas e relação com a coletividade. Entretanto, o francês toca em um ponto que torna sua obra um pouco mais aguda: o poder e seu funcionamento em rede.

Foucault não cria teorias para explicar o poder, mas pretende escarnar seu funcionamento, para demonstrar os efeitos que este “poder que funciona” gera sobre a sociedade e as relações entre homem e Estado. Para ele o poder é uma rede relacionamentos, formado por tudo que acontece na sociedade.

Nesta percepção tanto o Estado, através do Direito, quanto a religião, através de igrejas e organizações religiosas de todo o tipo, (re)produzem relações de poder através de seus discursos que se pretendem universais.

Ambos funcionam como meios de estabilização e reprodução das relações de poder que permeiam as vidas dos seres humanos ao pretenderem produzir os discursos de verdade.

Entretanto, há de se atentar para o risco que existe nisso. Pois o discurso de verdade que se pretende universal ou único legítimo, acaba criando padrões, que muitas vezes cruéis e opressores com aqueles que não se encaixam nele.

Através da reprodução do discurso, cria-se ilusões de ordem, certo errado, que, em função do funcionamento do poder, são aceitos e replicados mesmo por aqueles que são excluídos por esse próprio discurso.

A partir de Foucault, utilizando um termo de Gadamer, o poder passa a ser entendido como algo que caminha junto à tradição, atrelado à linguagem. Se o ser humano está imerso na linguagem, como leciona Gadamer, também está imerso em relações de poder, que são transmitidas através desta, na agudez de Foucault.

As relações de poder são passadas, mesmo que involuntariamente, e passam a fazer parte dos preconceitos de qualquer sujeito, que se não conseguir problematiza-las, as reproduzirá.

As sociedades modernas utilizam de instrumentos de disciplina e normalização, em uma tentativa de unificar discursos de verdade. E o Direito e a Religião talvez sejam os principais instrumentos nessa missão.

O discurso de que é preciso que há algo superior que nos traz as verdade muitas vezes pode parecer cômodo, pois tira do sujeito a reponsabilidade sobre sua própria vida. E isso é também resultado do poder funcionando.

Através de Foucault se torna possível perceber que outras formas de diálogo são necessárias para a construção de um mundo que não exclua quem não é padrão.

O discurso religioso e do direito visam a manutenção das estruturas de poder e suas relações. Como produtores de narrativas e discursos que se pretendem como verdade o direito e a religião funcionam como o meios de viabilizar a manutenção das relações de poder já vigentes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das concepções estudadas fica claro que o discurso de verdade está atrelado tanto à historicidade, quanto às relações de poder vigentes em uma comunidade.

A laicidade não significa que o Estado ou seus sujeitos devam pretender uma neutralidade em relação à valores, crenças religiosas ou práticas

tradicionais. Como Gadamer deixa claro, nossa compreensão de mundo é guiada e formada pelos nossos preconceitos, que são diretamente formados por estes institutos.

Se o Estado se pretender neutro a questões éticas e religiosas, na verdade vai gerar um grau cada vez maior de exclusão, pois se dizer neutro é, na verdade, tentar ignorar o que constitui a própria comunidade e as relações de poder vigentes.

Assumir os valores e discutir abertamente junto com as crenças religiosas é que vai permitir que uma comunidade perceba o que realmente seus membros compartilham, e o que não compartilham. Inclusive, é nesse momento que os religiosos perceberão que muitos dos valores que eles atribuem à sua crença, na verdade, são compartilhados por muitos de sua comunidade, que nem compartilham da sua crença religiosa.

Isto acontece em função da intersubjetividade que, como leciona Gadamer, está diretamente ligada à condição da linguagem como *locus* universal. É a linguagem a condição essencial de todo ser humano na compreensão de mundo. É o aspecto universal da linguagem que torna possível que tenhamos compreensão sobre qualquer coisa, compreensão esta também já guiada pelas relações de poder (como leciona Foucault)

Portanto, não há problemas na inserção de temas religiosos ou valores no mundo jurídico ou nas questões públicas, desde que sejam discutidos para verificar se fazem parte da intersubjetividade de uma comunidade, se fazem parte dos valores culturais compartilhados por todos e que não exclua ninguém.

Ao contrário do que possa parecer, democracia não é a regra da maioria, nem a imposição de padrões. Democracia significa que as pessoas se vêem como parceiras de um empreendimento político comum, compartilham de valores e princípios e se respeitam em suas diferenças.

A pretensão à neutralidade, que ignora a relação da historicidade com o presente e a pertença do intérprete a uma tradição e uma linguagem, apenas limita o intérprete e, conseqüentemente, a aplicação produtiva e a renovação da sociedade como um todo.

Alguém que se sabe pertencente a algo anterior a ele próprio, enxerga o mundo não mais como um conjunto de padrões, mas como uma construção histórica infinita de sua comunidade, como tradição e linguagem. Faz-se necessário compreender que o intérprete faz parte da coletividade, sendo constituído também por ela, mas também fazendo parte de sua construção, inclusive na religião.

A tradição histórica e sua relação inevitável com a linguagem são a condição de possibilidade compreensão, e não um caminho a seguir colocado diante do intérprete.

O Estado não pode e nem tem a função de impor aos seus sujeitos uma tradição autoritativa. Este deve ser pensado como tradição, ligada à ideia de transmissão, por estar diretamente relacionado com os efeitos que a história opera em toda compreensão e nas relações de poder vigentes. Transmissão que se dá por meio da linguagem.

A compreensão da tradição, nos termos da hermenêutica filosófica e de Foucault, contribui para o fim da rotulação autoritativa, de imposição e de falta racionalidade atribuída pelo pensamento moderno, resgatando o sentido de transmissão e explicitando a relação indissociável com a linguagem.

Quando um discurso é proferido, está sendo aplicada uma tradição, mas não de forma reprodutiva do passado, mas no sentido de trazer respostas a perguntas novas, a partir de referenciais e pontos de partida transmitidos pela linguagem. Referenciais estes que já são compreendidos através de uma mediação com o próprio presente.

A consciência do intérprete de que é parte da história (estando inserido em uma linguagem e em uma tradição), sendo constituído por ela e dela participando da construção (se tem consciência das relações de poder), o leva a uma agudez hermenêutica, a uma aproximação de ser um espírito livre.

A construção de sentidos não se dá de maneira isolada por um método e separada da história, só sendo possível a partir da pertença a uma tradição, estando o intérprete ciente ou não. O Dasein não pode desvincular-se do contexto, dos costumes e tradições que formam seu horizonte hermenêutico, que

é o espaço onde o corre dialogicamente a relação entre o intérprete e a tradição em que se encontra.

Compreender é sempre aplicar algo geral a uma situação particular, mesmo na religião. Não há como separar o intérprete do texto, do objeto de estudo e, por isso, o sentido de um texto se dá na fusão de seu horizonte com o do leitor, não é algo que será determinado pela pura racionalidade ou por um método a priori que é utilizado pelo intérprete, mas pela fusão de um horizonte repleto de pré-compreensões, preconceitos e expectativas de sentido de alguém que é parte de uma tradição que, diante do novo, passará por uma reflexão, que consiste na reconstrução de seu próprio ser e de seu mundo, a partir do próprio texto.

A democracia não nos exige padrões, pois padrões não são absolutos e, nem sempre, conduzem à verdade (que também não é absoluta). Aquele que se sabe como parte de algo trará respostas muito mais coerentes às perguntas apresentadas pela realidade e mais consistentes se colocadas à prova. Além disso, estará contribuindo de forma incisiva para a construção da democracia.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, A. M.. **Michel Foucault e a questão do poder**: o Judiciário como um produtor do discurso da verdade. In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI, 2012, Uberlândia. XXI Encontro Nacional do CONPEDI, 2012.

DA SILVA, F. P.. Articulações entre poder e discurso em Michel Foucault. In: **SARGENTINI, Vanice**; NAVARRO-BARBOSA, Pedro (org.). Foucault e os domínios da linguagem: discurso, poder, subjetividade. São Carlos: Claraluz, 2004.

FOUCAULT, M.. **As palavras e as coisas**. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002

_____. **Microfísica do Poder**. São Paulo: Graal, 2009.

GADAMER, H. G.. **Verdade e Método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, Ed. Vozes, 2011.

GRONDIN, J.. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo:UNISINOS, 1999.

HART, H. L. A.. **O conceito de Direito**. 5 ed. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2012.

KELSEN, H.. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2006.

RABINOW, P.; DREYFUS. **Hubert. Michel Foucault: Uma trajetória filosófica**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RIBEIRO, F. J. A.; BRAGA, B. G. A.. **A Teoria das Fontes do Direito revisitada: uma reflexão a partir do paradigma do estado democrático de direito**. Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/fernando_jose_armando_ribeiro-1.pdf>Acesso em: 30 de março de 2012.

**TOLERÂNCIA RELIGIOSA:
UMA ANÁLISE DO PROBLEMA SEMÂNTICO DA “TOLERÂNCIA” E DE SUAS
IMPLICAÇÕES POLÍTICO-JURÍDICAS**

Anaisa Almeida Naves Sorna,
Rodrigo Vitorino Souza Alves,

RESUMO: Em contextos nos quais a convivência é marcada pela existência de diferenças culturais, religiosas e ideológicas, a tolerância torna-se um imperativo para a manutenção da paz social. Todavia, o termo “tolerância”, tanto no discurso científico quanto na linguagem cotidiana, tem sido utilizado de variadas formas, o que não contribui para a redução das tensões e conflitos sociais, políticos ou culturais, sobretudo em situações envolvendo a religião. Com isso em vista, o trabalho tem como objetivo identificar, descrever e avaliar criticamente os diferentes usos do termo, no contexto da diversidade religiosa, tendo em consideração as relações intersubjetivas assim como as relações entre o Estado e os indivíduos, para ao final apresentar uma proposta de elementos para uma definição. Realizada a pesquisa bibliográfica, identificou-se como principais formas de utilização aquelas que associam o termo a atitudes ou comportamentos caracterizados pela permissão, concordância, indiferença, neutralidade, estima, e respeito. Ao final, concluiu-se que o primeiro uso é adequado para descrever situações em que o Estado, mesmo adotando oficialmente uma determinada ideologia ou religião, permite que indivíduos e grupos professem e pratiquem uma ideologia ou religião diferente (relação vertical). O último uso é adequado para descrever as relações intersubjetivas, nas quais, tendo consciência das discordâncias, os indivíduos assumem uma postura de respeito aos direitos e liberdades assegurados aos demais (relação horizontal). As demais atitudes não descrevem adequadamente o sentido de tolerância. Caso legalmente exigidas, sobretudo no campo das relações intersubjetivas, poderiam acarretar em violação de liberdades fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: tolerância; diversidade; ceticismo; relativismo; respeito.

1 INTRODUÇÃO

O sentido dado ao termo tolerância nem sempre foi o mesmo, alterando de tempos em tempos e, muitas vezes, inclinando-se conforme os interesses dos

governantes ou do interesse predominante na sociedade. No contexto atual, compreender o que é tolerar se mostra imprescindível para a proteção da autonomia individual, assim promovendo as liberdades de consciência, crença e expressão.

Com isso em vista, o trabalho tem como objetivo identificar, descrever e avaliar criticamente os diferentes usos do termo “tolerância”, com ênfase na questão religiosa, tendo em consideração as relações intersubjetivas assim como as relações entre o Estado e os indivíduos, para então apresentar uma proposta de elementos para uma definição.

Na primeira parte, é feita uma análise do termo e são apresentadas algumas implicações decorrentes da adoção de uma ou outra concepção. Na parte dois, discute-se o problema do relativismo e do ceticismo como ideologias para fundamentação da tolerância. Na sequência, são propostos alguns elementos compreendidos como necessários para designar uma atitude como tolerante. Ao final, identifica-se a concepção de tolerância mais adequada para caracterizar as relações intersubjetivas e questiona-se o uso da tolerância para caracterizar um Estado secular, nas relações que estabelece com os indivíduos e grupos.

2 ANÁLISE SEMÂNTICA DO TERMO “TOLERÂNCIA” E SUAS IMPLICAÇÕES

O termo “tolerância” não é recente, sendo que o uso remonta ao latim, e até mesmo, ao grego antigo. Nehushtan (2007) comenta que seu uso no latim se dava pela palavra *tolerabis* que significa segurar ou levantar certo objeto, de modo a pressupor a existência de um fardo. Na Grécia Antiga, o termo também era empregado com esse sentido, porém, ampliavam-no, para incluir o ato de suportar o sofrimento. Ao longo da história, a tolerância assumiu outros diferentes significados e nuances, os quais foram descritos por Forst (2012) e Fiala (2004), cujos trabalhos serão utilizados como principal referencial nessa etapa do artigo.

Na história antiga, os filósofos da corrente estoica entendiam a tolerância como virtude. Nos escritos estoicos, especialmente nos de Cícero, *tolerantia* é

usada para falar da virtude de resistir, de sofrer má sorte, dor e injustiça de vários tipos, permanecendo firme.

No Cristianismo primitivo empregava-se a tolerância no contexto da diversidade religiosa, afirmando-se que era necessário amar os inimigos, perdoar e não julgar os outros, de modo a associar o termo à caridade e ao sacrifício. Fundamentados no princípio do *credere non potest nisi violens*, os cristãos primitivos entendiam que de nada valia uma crença forçada, pois a fé que agradava a Deus era a genuína, baseada numa convicção íntima e livre. Entretanto, o filósofo e teólogo Agostinho de Hipona entendia que, se fosse necessário a utilização de formas violentas para salvar as almas, então tais atos seriam legítimos. Para Agostinho, o uso da força aliado ao ensino bíblico poderia fazer com que o homem perdido se convertesse.

Além do Cristianismo, budistas e muçulmanos utilizaram a tolerância como um dos fundamentos do seu credo. Os primeiros, por exemplo, entendiam que a compaixão estava intimamente ligada ao ato de tolerar. Em se tratando do Islamismo, destaca-se esforço do imperador Akhbar em implantar a tolerância religiosa em seu regime de governo na Índia subcontinental.

No contexto da Reforma Protestante e do Renascimento, filósofos como Erasmo, De Las Casas e Montaigne, influenciados pela mudança de paradigma trazida pelo humanismo, defenderam a autonomia humana frente à Igreja, trazendo novamente à tona a discussão a respeito da tolerância. Lutero, por exemplo, argumentava a favor da liberdade de consciência e o fim da autoridade da Igreja e do Estado nos assuntos privados.

Spinoza, tratando da relação entre religião e Estado compreendia que o último, em nome da paz e da justiça social, deveria regular o exercício externo da religião, não podendo, entretanto, interferir nas convicções internas dos indivíduos, respeitando a liberdade de pensamento, direito este inerente aos seres humanos.

A partir do século XVIII, o termo passou a ter significado diferente daquele dado, por exemplo, pelos gregos e pelos cristãos. A tolerância não pressupunha objeção a certo pensamento, tendo seu sentido ligado a algum tipo de relativismo ou ceticismo, a exemplo daquele propugnado por Voltaire. Para este,

a tolerância decorre da fragilidade e do erro humano. Desde que nenhum de nós possui perfeito discernimento, e já que somos todos fracos, inconsistentes, voltados ao erro e à inconstância, nós devemos perdoar uns aos outros pelos nossos erros (FIALA, 2004, tradução nossa).

Em resposta ao ceticismo como fundamento para a tolerância, Immanuel Kant sustentava que embora todos estejamos certos de nossos deveres morais, os seres humanos não têm uma certeza apodídica ou demonstrada dos comandos de Deus. Desse modo, uma crença religiosa que demanda alguma conduta que viole a moralidade não poderia ser justificada.

Já no século XIX, o sentido dado a tolerância desenvolveu-se em meio ao Liberalismo, em que se buscava maior autonomia individual frente ao poder estatal e o aumento da liberdade de expressão. Esta procura por menos interferência do Estado na vida privada das pessoas alcançou também o âmbito religioso. John Stuart Mill, argumentava que o poder político não devia ter autoridade para regular atividades e interesses dos indivíduos que dissessem respeito a coisas estritamente privadas e que não tivessem efeito secundário na vida de outras pessoas. Defensores da liberdade religiosa afirmavam que se entendêssemos propriamente a natureza da crença religiosa, então respeitáramos a liberdade religiosa dos outros e aprenderíamos a tolerar nossas diferenças.

Desde o século XX, diversos intelectuais trataram do tema, entretanto, uma grande parte da discussão atual está focada em responder John Rawls que, em sua obra *Liberalismo Político*, argumenta que um Estado tolerante deve ser neutro diante de diferentes concepções de bem. Joseph Raz, entretanto, contra-argumenta, afirmando que uma sociedade neutra contrariaria o ideal de autonomia, uma vez que os indivíduos não seriam capazes de viver conforme suas convicções.

A partir desse breve apanhado histórico e adotando a proposta de Forst (2012), pode-se identificar a existência de, ao menos, quatro concepções sobre o termo tolerância. As concepções que a seguir serão apresentadas não seguem, necessariamente, o desenvolvimento histórico exposto acima, podendo coexistir em determinado período numa dada sociedade.

A primeira concepção, chamada de concepção da **permissão** (“*permission conception*”), considera que tolerar é uma relação entre uma autoridade e os governados ou súditos, ou ainda, entre a maioria e as minorias. Nessa relação, aquele que detém o poder de interferir se abstém de fazê-lo, permitindo que a minoria ou que os governados tenham convicções diferentes e pratiquem suas particulares crenças. Essa dinâmica de tolerância pode ser vista no Edito de Nantes (1598), em que o rei Henrique IV conferiu direitos civis, políticos e religiosos à minoria protestante na França. O propósito da permissão para a prática de uma religião diferente da oficial é evitar conflitos e garantir a paz social.

Na segunda concepção, designada como **coexistência** (“*coexistence conception*”), também visa por fim a conflitos que geram desordem na sociedade, porém difere-se da primeira porque não há mais uma relação de hierarquia entre as religiões, não há um grupo religioso que detém mais poder do que o outro. Dessa forma, um acordo é feito, decidindo-se pela coexistência pacífica.

A concepção do **respeito** (“*respect conception*”) propõe que os indivíduos devem reconhecer a necessidade do respeito mútuo, uma vez que todos possuem direitos e que a sociedade necessita ser guiada por normas que todas as partes podem, igualmente, aceitar e que não favorecem uma comunidade específica.

A quarta concepção difere-se da terceira por apresentar um elemento que ultrapassa o dever de respeito recíproco, ao propor que os indivíduos devem não apenas respeitar, mas ter elevada estima pelas diferenças existentes na sociedade, e de modo especial, devem valorizar a diversidade religiosa. Aqui, reconhece Forst (2012), promove-se aceitação e admiração por parte de cada indivíduo em relação à religião diferente, alheia. E por essa razão, essa concepção pode ser designada como **estima** (“*esteem conception*”).

3 O PROBLEMA DO RELATIVISMO E DO CETICISMO

Há diferentes propostas de caracterização da tolerância. Contudo, não seria logicamente possível afirmar que todas elas são corretas, porquanto mutuamente excludentes. Na esteira de Cohen (2004) e Fiala (2004), entende-se

que tolerância não pode se identificar com indiferença ou neutralidade, e não deve ser reduzida a uma visão de mundo ceticista ou relativista, como se verá.

Segundo uma perspectiva cética, devido à sua fraqueza e imperfeição, os seres humanos são incapazes de chegar ao conhecimento da verdade. Trata-se de uma atitude que questiona a afirmação ou a certeza sobre conhecimento, fatos, ideias ou crenças. No relativismo, defende-se que não há verdades universais porque o conhecimento seria um produto social e histórico, condicionado à visão de mundo do agente, que interpreta a realidade. Neste sentido,

Julgamentos morais são verdadeiros ou falsos apenas relativamente a determinado ponto de vista (por exemplo, determinada cultura ou período histórico) e nenhum ponto de vista tem privilégio frente aos demais (WESTACOTT, 2012).

Nessas duas correntes, a tolerância é compreendida como uma postura de concordância (no sentido de aceitação), de neutralidade ou, até mesmo, de intencional ignorância, de modo a levar o agente a não interferir e a não buscar qualquer modificação no comportamento alheio, ainda que pela via da persuasão. Haveria, portanto, uma supervalorização da autonomia individual, sobre a qual comenta Fiala (2004, tradução nossa):

Como John Stuart Mill e outros argumentaram, os indivíduos devem ser deixados livres para buscar seus ideais, uma vez que eles são os que mais sabem quais são suas necessidades e interesses. Essa visão, entretanto, deixa-nos com um problema, já que a tolerância pode facilmente tender ao ceticismo e ao relativismo. É importante ressaltar que a tolerância é um valor positivo e que não está fundamentada no ceticismo moral.

Acrescenta-se que não é possível falar em tolerância quando há indiferença. A indiferença pressupõe que o agente seja apático e desinteressado em relação a determinado assunto. Todavia, uma pessoa tolerante não é aquela desinteressada, mas sim aquela que, mesmo possuindo uma objeção e tendo o poder de interferir em uma atitude que considera contrária, não o faz. É necessário, portanto, que exista objeção, a qual integra o próprio sentido de “tolerância”. Neste sentido, Fiala (2004, tradução nossa) entende que uma das condições da tolerância é a existência de um juízo negativo:

A primeira condição requer um julgamento negativo, que pode ser qualquer coisa entre reprovação e desgosto. O julgamento aqui significa um amplo conceito que inclui emoções, disposições,

gostos e avaliações fundamentadas. Esse julgamento negativo inclina o agente para uma ação negativa em direção aquilo que tem-se como contrário.

É fundamental, portanto, dissociar a tolerância do ceticismo e do relativismo. Uma vez que, nestas abordagens, não seria possível alcançar a verdade ou que esta seria relativa, não há que se falar em objeção, reprovação ou desgosto, afinal, todas as ideias e crenças deveriam ser consideradas, por todos, igualmente verdadeiras e válidas. Portanto, não se pode falar no ceticismo e no relativismo como ideologias que fundamentam adequadamente a tolerância, porquanto tais perspectivas tendem à negação da própria tolerância, de modo que uma postura tolerante não se identifica (ao menos necessariamente) com uma postura cética ou relativista.

Tolerância também não pode ser identificada com a indiferença ou neutralidade. Uma postura absolutamente neutra seria incoerente com o ideal de tolerância, uma vez que, para a coexistência pacífica e harmônica em sociedade, ou ainda, para que uma sociedade seja considerada “tolerante”, é necessária a imposição de limites ao comportamento de indivíduos e grupos. Haverá condutas consideradas “intoleráveis”, e a definição de quais são essas condutas não é neutra, mas sim orientada por valores. Permitir, por exemplo, religiões fundamentalistas que matam aqueles que não confessam seu credo seria militar contra os ideais liberais e democráticos, contra as bases que possibilitam a existência da própria sociedade tolerante.

Nesse sentido, dizer que tolerância refere-se à exigência de aceitação, concordância, aprovação, admiração ou indiferença em relação a comportamentos, ideias ou crenças alheias contradiz o próprio sentido de “tolerar”, que exige algum tipo de oposição decorrente da autonomia individual. Tolerar não é eliminar a diferença, mas sim conviver respeitosamente em meio à diversidade.

Assim, entende-se que a verdadeira tolerância é aquela que, admitindo a existência de diferenças culturais, religiosas ou ideológicas, baseia-se em princípios e valores para que cada pessoa seja respeitada em seus direitos e liberdades. Respeita-se o comportamento do outro, por exemplo, porque acredita-se que uma sociedade saudável é aquela em que há liberdade de expressão, por

mais que, em diálogos, haja forte confronto. Seguindo essa mesma linha argumentativa,

Defensores da tolerância afirmam que a tolerância é positiva não porque estão incertos de seus valores morais, mas sim porque a tolerância se encaixa dentro de um sistema moral que inclui valores como autonomia, paz, cooperação e outros valores que contribuem para o desenvolvimento humano (FIALA, 2004, p. 1, tradução nossa).

Há, em outras palavras, real e genuína tolerância apenas quando a pessoa está convencida de uma verdade e, mesmo assim, respeita os direitos e liberdades daqueles que pensam de forma diferente. De acordo com Maritain (1996, tradução nossa),

Somente existirá tolerância verdadeira e genuína quando uma pessoa estiver firme e absolutamente convencida de uma verdade, ou do que ela considera ser a verdade, e quando, ao mesmo tempo, ela reconhece o direito daqueles que negam a existência dessa verdade, para contradizê-la e para falar o que pensam, não porque eles estão livres da verdade, mas porque eles buscam a verdade ao seu modo, e porque ela os respeita por serem dotados de natureza e dignidade humanas, e de capacidades e intelecto e consciência que os tornam potencialmente capazes de alcançarem a verdade que ela ama, se algum dia eles chegarem a compreendê-la.

4 EM BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO

Como afirmado anteriormente, o ato de tolerar pressupõe a existência de alguma objeção por parte de quem tolera em relação à ideia ou crença religiosa tolerada. A objeção, todavia, não é suficiente para caracterizar a tolerância, de forma que são necessários elementos para definí-la adequadamente.

Segundo Cohen (2004), há oito condições exigidas para se designar uma atitude como tolerante, as quais poderiam ser expostas da seguinte maneira: (1) um agente, (2) intencionalmente (3) e orientado por princípios (4), abstém-se de interferir, (5) com uma oposição, (6) em determinado objeto, (7) no contexto da diversidade, (8) acreditando o agente ter o poder para exercer a interferência de que se absteve.

A primeira condição apresenta a noção de que a tolerância é praticada por um agente. Na segunda, que este agente será tolerante não por acaso ou por

acidente, mas sim de forma intencional, de modo que o ato de tolerar deve ser proposital, deve advir da escolha do agente em não interferir; é necessário, portanto, que seja um ato de vontade. Os princípios e a necessidade de que eles fundamentem a tolerância, constituem a terceira condição, que pode ser assim exemplificada:

Se alguém descobre que uma criança está fumando, deve decidir entre interferir ou não. Eu presumo que a maioria dos pais, pelo menos, tentariam persuadir racionalmente a criança para que ela deixasse esse hábito nocivo. Alguns podem ir mais longe, outros não. Por que não? Eu imagino que para permitir que a criança desenvolva a autonomia particular da vida adulta. Eu penso que isto indicaria que os pais estavam tolerando tal comportamento. Se o pai decidisse não interferir porque ele pensa que nada poderia ser feito (ou porque não valeria o esforço, ou porque simplesmente ele não se importa), não seria correto ele dizer que tolerava o fumo – ele estaria resignado a suportar ou simplesmente sendo permissivo [...]. A diferença é que, no primeiro caso, a não interferência é fundamentada – com isso quero dizer, baseada em certo valor – quando no segundo caso, não é (COHEN, 2004, p. 80, tradução nossa).

Assim, tolerar é um ato que deve ter como base o respeito à liberdade de expressão do outro, ou estar fundamentado na ideia de que a tolerância é, em si, um valor. Em ambos os casos, o ato de não interferir está fundamentado em um princípio, seja o respeito ao outro, seja a crença de que a tolerância (ou seus componentes) é um valor que deve ser seguido.

A quarta condição, que é deixar de interferir no comportamento alheio, é um ponto central na análise da tolerância, uma vez que, quando há interferência, não é possível falar que o agente tolerou. Entretanto, é preciso compreender o que entende-se por interferência.

Muitos acreditam que expor opiniões contrárias em relação ao comportamento de determinada pessoa é o mesmo que interferir e, sendo assim, é ser intolerante. Porém, discutir e manifestar objeções é uma questão de diálogo em que as partes buscam defender seus pontos de vista e persuadir, racionalmente, o outro. Nesse ponto, não há que se falar em interferência, uma vez que o embate acontece no campo das ideias. Entretanto, se essas objeções forem apresentadas de modo coercitivo ou violento, haverá interferência e essa conduta poderá ser considerada intolerante. Desse modo, não se pode incorrer no

erro de rotular como intolerante aquele que contraria, por meio do diálogo, determinados comportamentos. Isso mostrar-se-ia incoerente em uma sociedade em que as liberdades de consciência, crença e expressão são reconhecidas como direitos de elevada importância e com tutela reforçada.

Reafirma-se ainda que, não é possível dizer que certa pessoa é tolerante quando, para ela, determinados comportamentos ou ideologias são irrelevantes. Tolerar pressupõe que o agente não concorde, que se posicionamente contrariamente em relação ao objeto da tolerância. E essa é a quinta condição.

Pensamos que somos tolerantes apenas quando nós reconhecemos e não aprovamos alguma coisa, ou pelo menos quando não gostamos de alguma coisa. Se alguém joga uma bola contra minha parede, eu posso tolerar essa conduta (ou não) – em parte porque o comportamento me perturba. Alguma reação negativa é necessária para que nossa abstenção de interferência seja considerada como tolerância. Dito de outra maneira, é preciso que o comportamento tenha para mim alguma relevância (COHEN, 2004, p. 71, tradução nossa).

A sexta condição proposta por Cohen destaca a importância de se definir o objeto a que se destina a tolerância. O que se tolera não são as pessoas *per se*, mas as crenças, as atitudes, os comportamentos (incluindo os atos verbais) e as práticas das pessoas.

O ato de tolerar pressupõe ainda a existência da diversidade, afinal, não é possível se opor àquilo que é conforme o seu ponto de vista. Dessa forma, só é possível ser tolerante em contextos de diversidade, nos quais o agente está ciente de que a outra pessoa possui uma crença diferente, e tem consciência de que é preciso respeitá-la.

Por último, tolerar implica que o agente tenha o poder de interferir, sendo essa a oitava condição. Cohen (2004, tradução nossa) afirma que

Para que um ato de não interferência seja tido como um ato de tolerância, o agente que se abstém de interferir deve acreditar que tem o poder para tanto [...] Tem se afirmado que a pessoa que tolera “deve estar em uma posição em que é capaz de interferir na conduta do tolerado; que ela é capaz de suprimir, perturbar ou censurar o discurso ou comportamento que considera ofensivo, mas não o faz”.

Tais condições possibilitam que o termo “tolerância” seja melhor compreendido e utilizado, e afasta entendimentos que podem, sob o pretexto da promoção de uma “tolerância”, mitigar a possibilidade do dissenso, reduzir o

espaço para o debate e a divergência, de forma ferir a liberdade consciência, pensamento, expressão e religião.

5 TOLERÂNCIA RELIGIOSA, LIBERDADE RELIGIOSA E O ESTADO

É preciso que se tenha em mente que a concepção de tolerância utilizada para as relações intersubjetivas e para as relações dos indivíduos com o Estado não deve ser a mesma. Na primeira, utiliza-se a concepção de respeito, na segunda, a de permissão, pelas seguintes razões.

Conforme dito anteriormente, a concepção do **respeito** apresenta como necessária, em uma sociedade plural, a existência do respeito mútuo e a consideração pelas liberdades de todos, independentemente de concordarmos ou não com o modo de exercício da autonomia da vontade, nos limites da lei. Tal entendimento evita conflitos e permite que todos tenham suas liberdades asseguradas.

Parte dos discursos sobre tolerância enfatizam a situação do tolerado, de que esse, sendo diferente, deve ter suas liberdades de consciência e expressão asseguradas. O que se esquece, entretanto, é que ao se entender a tolerância como concordância e aceitação, viola-se a liberdade de consciência e expressão do que tolera, colocando-o numa posição em que se torna necessário abandonar seus princípios e valores para, assim, “tolerar” o outro. E é nesse ponto que a concepção do **respeito**, em conjunto com a abordagem das condições da tolerância de Cohen, revelam-se mais adequadas.

Porém, não é possível utilizar essa mesma concepção quando analisada a relação entre Estado e indivíduos (relação vertical). Somente poderá ser dito que um Estado é tolerante, no contexto religioso, quando esse mesmo Estado se identifica com uma religião ou assume uma religião como oficial. Caso não exista esse reconhecimento, não compete ao Estado (secular) tolerar as religiões (pois se o Estado não tem uma religião, não haveria o elemento da “objeção” em relação às demais religiões), mas sim assegurar a liberdade religiosa de todos.

Estados teocráticos ou Estados com uma religião oficial poderiam ser considerados tolerantes na medida que **permitem** o exercício de religiões

diferentes da sua. Todavia, os Estados seculares, embora possam ou devam encorajar a tolerância (o respeito) entre os indivíduos e grupos sociais (relação horizontal), não se colocam na posição de tolerar alguma crença religiosa, pois não são juízes da veracidade ou validade de uma crença. Antes, têm apenas o dever de garantir que todas as religiões possam ser praticadas, buscando promover as liberdades de todos na máxima medida possível.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da diversidade política, cultural e religiosa, a tolerância deve dirigir as relações sociais. Agir de forma tolerante é imprescindível para a redução de conflitos e para fomentar a paz social. Porém, ser tolerante não significa concordar com todo e qualquer comportamento, posição ideológica ou visão de mundo. Princípios e valores exigem o respeito às liberdades alheias, ao mesmo tempo que promovem as liberdades de quem tolera, inclusive a liberdade para discordar.

Uma abordagem relativista e cética é nociva no contexto de uma sociedade plural, sobretudo quando assumida pelo Estado como norteadora de suas políticas públicas. A exigência, pelo Estado, de concordância, aceitação ou admiração por parte dos indivíduos em relação a condutas, ideias, crenças ou cosmovisões alheias diferentes, não fomentaria o debate e o diálogo saudável entre os indivíduos, sendo demasiadamente restritiva das liberdades.

Assim, apreende-se com o presente trabalho que a melhor concepção de tolerância para as relações intersubjetivas é aquela que está fundamentada na exigência de respeito mútuo. Tratando-se das relações entre Estado e indivíduos, a concepção da permissão é adequada para caracterizar os Estados com religião oficial ou que se identificam com uma religião, sendo que, no Estado secular, não se fala de um Estado tolerante, mas sim de um Estado garantidor das liberdades.

REFERÊNCIAS

COHEN, A. J. (2004). What toleration is. **Ethics** 115 (1):68-95.

FIALA, A.; Toleration. In: **Internet Encyclopedia of Philosophy**: A peer reviewed academic resource, 2004. Disponível em: <http://www.iep.utm.edu/tolerati/>. Acesso em: dez. de 2014.

FORST, R. Toleration. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2012, Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2012/entries/toleration/>>. Acesso em: dez. de 2014.

MARITAIN, J. **Reflections on America I**, Cap. VIII. Disponível em: <http://www2.nd.edu/Departments/Maritain/etext/reflect1.html#VIII>. Acesso em: dez. de 2014.

NEHUSTHAN, Y. The limits of Tolerance: A Substantive-Liberal Perspective. **Ratio Juris**, Vol. 20. No. 2, p. 230-257, Junho de 2007

WESTACOTT, E. Moral Relativism. In: **Internet Encyclopedia of Philosophy**: A peer reviewed academic resource, 2012, J. Feiser & B. Dowden (eds.). Disponível em: <http://www.iep.utm.edu/moral-re/>. Acesso em: jan. de 2015.

**COMUNIDADES DO POVO DE TERREIRO DE MATRIZ AFRICANA COMO
COMUNIDADES TRADICIONAIS PROTEGIDAS PELA CONVENÇÃO Nº 169
DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO**

Cláudio Kieffer Veiga,
Paulo Gilberto Cogo Leivas,

RESUMO: O presente artigo propõe-se a realizar um estudo sobre a Convenção nº 169 da OIT, de 1989, no contexto brasileiro, questionando se as comunidades de terreiros de matriz africana estão amparadas sob sua tutela. Em decorrência disso, foi necessário perquirir se o termo “povos tribais”, lá contido, encontra-se atualizado perante as legislações subseqüentes que defendem a diversidade cultural e a proteção das minorias de agrupamentos sociais inseridos em determinada sociedade. Assim, o artigo perpassa o debate sobre o mecanismo da autoidentificação carregado naquela convenção e o histórico da legislação após ela, sob o enfoque da necessária proteção à identidade individual e grupal. Ao cabo da presente pesquisa, conclui-se que é plenamente justificável o enquadramento das comunidades dos terreiros de matriz africana sob o manto de proteção da Convenção nº 169 da OIT, reforçado por dispositivos constitucionais e infraconstitucionais brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Humanos. Convenção nº 169 da OIT. Comunidades tradicionais. Comunidades de Terreiro. Matriz africana.

1 INTRODUÇÃO

A diáspora africana envolvendo o Brasil, perdurada entre 1525 e 1850, representou oficialmente mais de cinco milhões de africanos¹ prisioneiros e

¹ Optou-se em utilizar-se a locução “africanos escravizados” em vez de simplesmente “escravos africanos” ou puramente “escravos”, exatamente para afastar uma ideia simplista de que a condição desses homens e mulheres sempre fora essa, isto é, nasceram e viveram como escravos apenas para serem objetos de propriedade de outros. Já está na hora de descortinar o discurso da cultura dominante e do senso comum, não, os africanos trazidos para o Brasil não eram simplesmente “escravos”, eram pessoas que estavam inseridas em sua sociedade e cultura estruturada, independente do grau de sua evolução na história humana, eles eram pais, mães, filhos, artesões, comerciantes, médicos, etc. Nesse sentido, já escreveu Roger Rios (2004, 468): “Seja por que motivo for (ingenuidade, cinismo, hipocrisia, ignorância ou má-fé) é difícil à generalidade das pessoas perceber por detrás de condutas e falas tidas por ‘normais, corriqueiras e inocentes’ práticas e concepções discriminatórias e

escravizados trazidos para o nosso país (PRANDI, 2000, p. 52-65). Esse tráfico de escravos serviu para fins de suprir a necessidade de mão de obra no Brasil Colônia. Junto a esse povo, vieram inseridos em sua cultura o seu dialeto, costume, arte, moral e, sobretudo, sua religiosidade.

Internacionalmente, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), através de sua Convenção nº 169 de 1989, preocupou-se em proteger os direitos dos povos indígenas e tribais, seguindo o ambiente de proliferação, no cenário mundial na época, de tratados com conteúdos sociais, econômicos, culturais, e coletivos em especial, sendo que a referida convenção foi ratificada pelo Brasil em 2002, com seus efeitos irradiantes a partir de 2003.

No âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) possui em vários artigos o imperativo da proteção ao pleno exercício dos direitos culturais e sua diversidade étnica. No plano infraconstitucional, pode-se citar o Decreto nº 6.040/2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT).

Assim, urge a necessidade de saber se os antigos e denominados terreiros de religião de matriz africana podem ser conceituados como “povos tribais”, termo contido na Convenção nº 169 da OIT, e, inclusive, se o próprio Decreto nº 6.040/2007 realiza a subsunção daquela convenção para, ao final, asseverar se essa legislação infraconstitucional brasileira é o suficiente para que o Brasil esteja adequado às obrigações assumidas perante a comunidade internacional.

Percebe-se que há um deserto de produção literária na ciência do Direito na seara dos direitos coletivos dos terreiros de matriz africana, pois objeto de estudo normalmente afeito a questões de debates religiosos, antropológicos e sociais. Contudo, o presente artigo não tem o enfoque religioso como perspectiva

racistas.” O próprio resgate da consciência política e dignidade humana do afro-americano passa pela libertação da marca duradoura da escravidão, a qual transmite a dúvida, a ele, em pertencer, ou não, a uma classe de ser inferior, afetando sua própria autoestima (NASCIMENTO, E.; NASCIMENTO, G., 2008, p. 138). Assim, “[...] nenhum povo consegue se livrar dos grilhões do preconceito e da discriminação racista sem antes se livrar da auto-imagem, de si e de sua comunidade, estampada com a marca indelével da escravidão. Para levantar a cabeça, exigir seus direitos e protagonizar uma luta coletiva, esse povo precisa primeiro sentir-se gente, soberano de sua própria vida”. (NASCIMENTO, E.; NASCIMENTO, G., 2008, p. 138).

principal de estudo, apesar de sua relevância para a preservação de uma cultura milenar, sendo o diferencial importante em sua execução.

Diante dessas primeiras considerações, o presente artigo divide-se em duas partes, a primeira com um breve resgate histórico, social e antropológico, apresentando a chegada do africano ao Brasil, sua interação e agruras com a sociedade que aqui se formava. A segunda parte discutirá as questões dogmáticas, pontuando qual o grau de eficácia e/ou aplicabilidade da Convenção nº 169 da OIT no Brasil. Percorrerá, através de outros instrumentos jurídicos, inclusive de mesmo grau daquela convenção, se o termo “povos tribais” contido nela não se encontra defasado e, se não é o caso de uma interpretação *lato sensu*, principalmente na questão brasileira. Por derradeiro, será apresentado o Decreto nº 6.040/2007, e seus povos e comunidades tradicionais, propondo uma interpretação desse dispositivo para ver se ele serve como um argumento complementar à Convenção nº 169 da OIT, tudo para trazer à reflexão se os atuais terreiros de matriz africana estão abarcados pelo termo “povos tribais”, contido neste instrumento.

2 DA TRAJETÓRIA NEGRA NO BRASIL E SUA RESISTÊNCIA

Com o aumento da demanda por “trabalhadores” em minas e engenhos de cana-de-açúcar, e com a escassez de cativos indígenas para esses postos, inclusive pelas próprias restrições a sua escravidão², abre-se a necessidade de importar africanos para o Novo Mundo. Compreende-se que por volta de 1525 iniciou-se a chegada dos primeiros escravizados (PRANDI, 2000, p. 52).

Os africanos que chegavam vivos, após a travessia do Atlântico, seguiam para seu destino final nas devidas fazendas, sendo que alguns cuidados eram primordiais para evitar futuras rebeliões. Dentre as prevenções estava a de separar cuidadosamente, ou evitar a concentração, de escravos oriundos de uma mesma etnia nas mesmas propriedades, afastando “[...] núcleos solidários que retivessem o patrimônio cultural africano”. (RIBEIRO, 1995, p. 113-120). Essa mesma política de “dividir para reinar”, foi criada pelo branco em relação à certa

2 Em regra geral, a escravidão de indígenas era tolerada pela legislação rude na época apenas àqueles considerados inimigos, isto é, os que viviam no sertão brasileiro, pois demonstravam uma resistência extremada aos conquistadores ibéricos (MARCOCCI, 2011, p. 62).

oposição racial entre negros e índios, tudo para evitar uma possível aliança entre raças³ exploradas contra a raça ascendente (BASTIDE, 1974, p. 69).

Importante que se tenha em mente que os navios que carregavam esses africanos não somente traziam essas pessoas de carne e osso, mas também sua cultura, seus deuses, suas crenças, seus folclores (BASTIDE, 1974, p. 26), “[...] não se tratava de um povo, mas de uma multiplicidade de etnias, nações, línguas, culturas”. (PRANDI, 2000, p. 52). Compreende Bastide (1974, p. 15) que podemos falar, na questão africana, em uma dupla diáspora, uma carregando os traços culturais africanos e a outra dos homens de cor.

Diversos mecanismos de controle social fizeram com que os negros crioulos⁴ não perdessem grande parte da cultura africana no que envolvia algumas formas sociais, como sua religião, sua magia, seu folclore, sua linguagem, sua arte e até sua música, sobrevivendo à vida servil lhe imposta (BASTIDE, 1974, 84-98). Dentro desses mecanismos, podemos pontuar quando os proprietários de africanos escravizados passaram a deixar que nos domingos e dias santificados católicos aquela massa exercesse sua institucionalidade em certas manifestações artísticas, como danças e musicalidades africanas, o que reforçou a manutenção de seu folclore (BASTIDE, 1974, p. 83). Esse expediente fazia com que os africanos e seus descendentes se encontravam, normalmente procurando suas etnias em comum⁵, revivendo as diferenças com outras etnias que vieram embarcadas nos navios negreiros oriundos da África. Era importante para a cultura dominante essa revisitação da aversão natural entre as etnias desde o seu nascimento, isso impedia que a infelicidade do cativo viesse a unir essas diferentes etnias, o que poderia ser perigoso para o controle por parte dos escravocratas e mesmo do Governo (BASTIDE, 1974, p. 86).

Como já dito, esses encontros entre os negros nas Domingueiras era uma válvula de escape e, ao mesmo tempo, acabavam formando “[...] ‘Nações’, em corpos constituídos, para manter as rivalidades tribais ou étnicas.” (BASTIDE, 1974, p. 86). Esse conceito da separação dos negros em “nações” foi utilizado inclusive no exército, em que “[...] os soldados negros formavam quatro batalhões: minas, ardras, angolas e crioulos”. (PRANDI, 2000, p. 57).

3 Importante pontuar que sempre que o presente artigo utilizar o termo “raça”, é na compreensão de construção histórico-cultural, pois sob as perspectivas do enfoque biológico, antropológico, sociológico e demais ciências, está consolidada a inexistência de diferenças raciais humanas, sendo que a falácia do conceito de raça serviu apenas para manipulação ideológica e de dominação (QUIJANO, 2005).

4 Compreendem-se como negros marrãos aqueles escravos que fugiam e constituíam os conhecidos quilombos no Brasil, já os negros crioulos são os descendentes de africanos escravizados (BASTIDE, 1974, p. 46-48).

5 Importante salientar que o próprio continente africano era/é pluriétnico e multicultural (PRANDI, 2000, p. 65).

E assim, diversas outras sistematizações criadas para a dominação dos escravizados, que corroborou para a manutenção de grande parte da cultura africana, se seguiu no quadro social do Brasil Colônia, podendo citar ainda: as confrarias religiosas⁶ (BASTIDE, 1974, p. 88); ou quando a senhora branca fazia dentre as escravizadas as suas cozinheiras, as quais acabaram introduzindo seus preparos e condimentos para dentro da família da cultura dominante (BASTIDE, 1974, p. 85); a entrega de hortas, pelos senhorios, aos escravos para que estes melhorassem a sua própria alimentação, preservando algumas técnicas agrícolas (BASTIDE, 1974, p. 85-86) etc.

Mas, o que mais chama a atenção é a sobrevivência da religião negra, que abarcando a proteção da cultura africana, guardada alguma adaptação natural, remanesce há quase quinhentos anos. Como se vê, a raça negra soube trilhar seu caminho de resistência cultural, (BASTIDE, 1971, p. 85).

Imperioso afirmar que atualmente no Brasil o culto africano⁷ mais conservado aos moldes originais é a religião Iorubá (também grafada como Yôrubá ou Yorubá), conhecida como “Candomblé Nagô” na Bahia, “Xangô” nos Estados de Pernambuco e Alagoas, e “Batuque” no Estado do Rio Grande do Sul (RS) (BASTIDE, 1974, p. 110)⁸. Sendo que nos Estados de Maranhão e do Pará houve uma maior influência da religião jeje, onde há o culto específico denominado de “tambor-de-mina”, no entanto, aqui há uma maior sinergia, pois agregou aos seus orixás divindades não africanas, como caboclos indígenas e outros (SILVA, 1994, p. 83-84).

6 No entanto, o instituto da “nação” criada pela afinidade de etnia foi o fio condutor para a existência atual das religiões de matriz africana. Sinala-se isso, pois as organizações iniciais de nação tinham “[...] um caráter mais religioso e de ajuda mútua, sobretudo tratando-se do negro livre, abandonado à própria sorte, não contando, em caso de doença e morte, nem mesmo com o amparo do senhor”. (PRANDI, 2000, p. 58).

7 Frise-se que Umbanda não é religião de matriz africana, apesar de ter se apropriado de nomenclaturas de algumas divindades Iorubás, ela nasce no Brasil através de praticantes do kardecismo trazido da França, e mescla com divindades indígenas e outras, dando origem a uma nova religião por volta dos anos de 1920 e 1930. Por fim, enquanto nas religiões de matriz africana os cânticos são todos realizados na língua predominante Iorubá, na Umbanda são entoados cantos, chamados de “pontos”, na língua portuguesa, ou mesmo rezas católicas no início de seus ritos (SILVA, 1994, p. 106-125).

8 Importante pontuar de que não se desconhece que há vestígios das religiões das nações jejes e banto, também oriundas do continente africano, mas os estudos apontam que as mesmas acabaram incorporando os deuses da religião Iorubá, sendo essa a cultura religiosa africana dominante no Brasil, em especial na Bahia e Rio Grande do Sul (BASTIDE, 1974, p. 124-125). Mais analiticamente e profundamente sobre esse assunto ver em Bastide (1974), Prandi (2000) e Silva (1994). No entanto, não se pode deixar de advertir que há divergências entre estudiosos do assunto, como Carneiro (1977, p. 52), que pregava que os termos nagô ou Iorubá eram designações vazias de sentido.

Importante pontuar a diferença entre os quilombos e as antigas casas de religião de matriz africana. Os primeiros eram uma evidente forma contínua de resistência social, além de uma luta entre classes, dos escravizados e seus descendentes para “[...] protestarem contra o escravismo”. (MOURA, 1993, p.10).

Os quilombos eram formados pelos cativos que conseguiam fugir de seus senhorios. Mas, não somente por aqueles, pois sendo esses redutos de uma resposta hostil contra a violência repressora do aparelho do Estado escravista, aparelho esse de dominação militar, ideológico e político que os desumanizava, acabavam realizando alianças com outros grupos sociais⁹ para conseguir montar um sistema de proteção permanente em suas instalações (MOURA, 1993, p. 24-25).

Por volta de 1850, por pressões diplomáticas internacionais, em especial pela Inglaterra¹⁰, termina o ciclo do tráfico africano (MOURA, 1989, p. 54; PRANDI, 2000, p. 57), mesmo que somente em 1888 tenha ocorrido legalmente a abolição da escravidão. Esses novos homens livres rumam, em sua maioria, para as cidades do Rio de Janeiro e da Bahia, reunindo-se em bairros conhecidos

9 Além dessas alianças, pela resistência ao sistema social da época que representavam, “[...] o quilombo era refúgio de muitos elementos marginalizados pela sociedade escravista, independentemente de sua cor. Era o exemplo da democracia racial de que tanto se fala, mas nunca existiu no Brasil, fora das unidades quilombolas”. (MOURA, 1993, p. 37). Moura ainda especifica que nos quilombos “[...] nele se incluem não apenas negros fugitivos, mas também índios perseguidos, mulatos, curibocas, pessoas perseguidas pela polícia em geral, bandoleiros, devedores do fisco, fugitivos do serviço militar, mulheres sem profissão, brancos pobres e prostitutas”. (MOURA, 1989, p. 24-25). Nina Rodrigues (2010, p. 84), em seus estudos, também cita que a constituição dos quilombos, em especial o de Palmares, não se consistia somente em africanos, crioulos ou seus descendentes. No mesmo sentido Péret: “[...] não eram povoados apenas de negros e mulatos. Índios haviam-se reunido a eles, e mesmo alguns brancos”. (apud FIABANI, 2005, p. 83).

10 Importante que se traga a lume a posição da atual literatura pós-colonial sobre a abolição do comércio escravista, tento em vista que ela não teria nada a ver com a “[...] grandeza do coração da Europa cristã, que justificava seus empreendimentos até pelos textos bíblicos. O fator mais importante para o fim do tráfico escravista foi a Revolução Industrial. O progresso técnico que a acompanhou não apenas pôs fim ao trabalho infantil nas fábricas degradantes da Inglaterra e da Europa, como também tornou o trabalho escravo pouco lucrativo, irrelevante e dispensável. [...] Sua imagem tornou-se negativa por causa das baixas produtividade e recuperação de custos quando comparadas aos novos métodos”. (HAMENOO, 2008, p. 120). Aliás, para a África, pouco mudou, pois “[...] cessou o comércio escravo porque se tornaram disponíveis mecanismos para uma exploração mais lucrativa: a colonização do continente”. (HAMENOO, 2008, p. 131). No mesmo sentido: “[...] conhecedores das potencialidades econômicas do continente, as potências colonizadoras iniciaram um verdadeiro processo de espoliação dos recursos naturais e de outras matérias-primas, em prol do desenvolvimento da Europa”. (OLIVEIRA, F., 2008, p. 185).

como africanos, atualmente desdobrados nas atuais favelas (RIBEIRO, 1995, p. 194 e 222). Nesse quadro, eles passaram a residir em moradias coletivas, normalmente cortiços.

Por derradeiro, após a oficialização da abolição da escravidão no ano 1888, encerrou-se o evento quilombo, passando a existir as comunidades negras (FIABANI, 2005, p. 263).

Ante a tradição oral arraigada dos povos da África, acredita-se que os primeiros terreiros de religiões de candomblé foram fundados por africanos de uma mesma etnia, onde iniciaram outros africanos, depois crioulos, mulatos e finalmente os brancos.

Aqui no Brasil, em decorrência da separação das linhagens familiares e clãs das etnias, bem como da perseguição à religião de origem africana, acarretou que os terreiros agrupassem o seu culto a várias entidades, mesmo de etnias diferentes. Igualmente, muitas acomodações familiares foram realizadas, adaptando-se a cultura original. Nesse sentido, em nosso país a mutação cultural foi no sentido de que o culto de religião, antes sobretudo familiar, virasse uma família religiosa¹¹ por afinidade entre os próprios praticantes que acabam sendo inicializados na religião. Assim, o chefe do terreiro, também denominado de pai de santo, babalô ou babalorixá (yalorixá na forma feminina) passa a ser o pai espiritual do inicializado, e esse acaba sendo “irmão de santo” do outro inicializado e assim por diante, repercutindo que quando esses fundam seus próprios terreiros mantêm “[...] ligações de parentesco entre terreiros ‘parentes’ de uma mesma família fundadora”. (SILVA, 1994, 59).

Com efeito, cabe observar que uma comunidade de terreiro e sua constituição histórica contempla muito mais do que sua religião, assim plasmada essa afirmação:

E como se tratava de uma cultura desterritorializada, constituíam-se [sic] associações (ebé) que, com o *pretexto religioso* (ora visto com maus olhos, ora reprimido, ora ridicularizado, mas sempre *entendido* como prática de natureza religiosa pela ideologia dominante) se instalaram em espaços territoriais urbanos, conhecidos como *roças* ou *terreiros*. O terreiro implica, ao mesmo tempo (a) num *continuum* cultural, isto é, na persistência de uma forma de relacionamento com o real, mas *reposta* na História e, portanto, com elementos reformulados e transformados com relação ao *ser posto* pela ordem mítica original, e (b) num impulso de *resistência* à ideologia dominante, na medida em que a ordem originária aqui reposta comporta um projeto de ordem humana, alternativo à lógica vigente de poder.
[...]

11 Essa família religiosa, desde o Brasil Colônia até hoje, acaba desarrumando a lógica do parentesco biológico predominante no costume ocidental, o que causa mais uma estranheza e estigma para não frequentadores desses centros de cultura e religião.

As práticas do terreiro rompem limites espaciais, para ocupar lugares imprevistos na trama das relações sociais da vida brasileira. (SODRÉ, 1983, p. 121-122).

Diferente dos quilombos, os quais não tinham as mesmas condições e preocupações do que os terreiros, pois lá a sobrevivência, a liberdade e a rebeldia contra a escravidão eram suas preocupações maiores, esses últimos procuraram restabelecer o resgate e manter a cultura embarcada nos navios negreiros. “A heterogeneidade do quilombo é prova contra a proposta de sua existência como mera restauração de tradições africanas.” (FIABANI, 2005, p. 419).

Da mesma forma que os índios (BONILLA MALDONADO, 2011, p. 570-571), os africanos sempre possuíram uma visão de que tudo pertence a uma única massa de origem, não encarando a terra como algo a ser explorado, e sim, mais um elemento de um todo. Por consequência, o território onde se encontra o terreiro de religião é algo ligado diretamente à identidade cultural desse povo de descendentes da África. Assim, a iniciação de um devoto, o axé e os princípios simbólicos do ritual implicam em uma soma de procedimentos (verbais e não verbais), “[...] destinados a fazer aparecerem os princípios simbólicos do grupo, aquilo que os gregos acabaram chamando de *verdade (alétheia)*”. (SODRÉ, 1983, p. 130).

3 DO SISTEMA JURÍDICO-NORMATIVO DE PROTEÇÃO AO POVO DE TERREIRO DE MATRIZ AFRICANA COMO POVOS TRIBAIS E COMUNIDADES TRADICIONAIS

O terreiro de matriz africana é imbricado ao povo negro, assim transformado todos os diversos povos oriundos da África em decorrência da matriz do colonialismo europeu desenvolvido nas Américas, conforme a lição de Quijano (2005, p. 127). Mesmo após o fim da escravidão, e o Brasil não sendo mais uma colônia, toda a construção e matriz de poder daquele sistema se manteve/mantém impregnado na sociedade, fenômeno contínuo nos demais países da América Latina. Logo, o negro, que inicialmente teve os seus antepassados na condição de escravos, em decorrência da “raça” inferior, viu sacramentar-se essa violência nas estruturas institucionais da sociedade, tanto no espaço público como no privado, representada por suas práticas e atitudes

raciais, as quais valorizam o branco e invisibilizam o negro e tudo o que o vincula (WALSH; GARCÍA, 2002, p. 317-318).

Além dos terreiros possuírem identidades próprias, os seus próprios frequentadores se identificam como inseridos em uma cultura diversa da dominante em nosso país.

3.1 A eficácia e a aplicabilidade da Convenção nº 169 da OIT

Nos termos do art. 20 dos atos constitutivos da OIT, uma vez ratificada uma convenção, que é espécie de tratado internacional multilateral, passa a ser obrigatória ao país que assim se sujeitou (OIT, 1944). Já a internalização dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro é um ato complexo disposto no art. 84, inc. VIII e art. 49, inc. I da CF/88.

Sobre a hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento brasileiro, após a EC 45/2004, Piovesan (2012, p. 129) posiciona-se que todos que possuem a matéria de direitos humanos “[...] têm hierarquia constitucional, situando-se como normas materialmente e formalmente constitucionais”.

No entanto, não é essa interpretação que atualmente guarda o STF. Em 03/12/2008, com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, assentou-se que os tratados de direitos humanos aprovados antes da EC 45/2004, isto é, sem as formalidades do §3º do art. 5º, possuem um caráter de supralegalidade, ou seja, irradiam um efeito paralisante a todo o ordenamento infraconstitucional que com eles conflitam. Diga-se que essa tese não foi unânime, vencidos os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que conferiam àqueles tratados de direitos humanos um *status* constitucional¹² (PIOVENSAN, 2012, p. 131-134).

O Brasil depositou junto ao Diretor executivo da OIT, o respectivo instrumento de ratificação da Convenção nº 169 em 25/07/2002, depois da autorização do Decreto Legislativo nº 143 de 20/06/2002, passando a irradiar

12 Sobre demais discussões sobre o assunto, tais como diferenças entre tratados de direitos humanos materialmente e formalmente constitucionais e tratados apenas materialmente constitucionais, os reflexos da possibilidade, ou não, da denúncia de tais tratados apenas pelo Poder Executivo, etc., ver Piovesan (2012) páginas 138-145.

seus efeitos em 25/07/2003, uma vez que a promulgou através do Decreto nº 5.051 em 19/04/2004 (BRASIL, 2004a).

Logo, realizado o ato complexo disposto entre o art. 84, inc. VIII e art. 49, inc. I ambos da CF/88, o Brasil encontra-se no cenário internacional comprometido e obrigado com a aplicação da Convenção nº 169 em seu território nacional¹³.

3.2 Da aceção do termo “povos tribais” contido na Convenção nº 169 da OIT, e uma nova leitura sobre tal designação

A OIT expediu em 1957 a Convenção nº 107, inicialmente voltada para a proteção das populações indígenas e tribais (OIT, 2011, p. 5-6), no entanto, após um tempo, ela passou a ser contestada, ante suas tendências paternalistas e integracionistas, visto que pressupunha a irreversibilidade do processo de integração ou assimilação dos povos indígenas (SHIRAIISHI NETO, 2007, p. 38), fato reconhecido pela Comissão de Peritos que, em 1986, considerou-a obsoleta e inconveniente para sua aplicação no mundo, nascendo em 1989 a Convenção nº 169 (OIT, 2011, p. 6-7).

A referida convenção favorece dois grupos definidos: o primeiro são os povos tribais, e seus desdobramentos a seguir comentados; e o segundo os povos indígenas. Assim constando no art. 1º, item “1”, da Convenção nº 169:

- a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;
- b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas

¹³ Deixa-se de analisar o status da hierarquia constitucional desse tratado, ante não ser objeto do presente artigo, no entanto, possuindo seu evidente conteúdo de direitos humanos e tendo sido aprovado antes da EC 45/2004 pelo Congresso Nacional, o mesmo carrega ao menos a carga de supralegalidade, conforme posição atual majoritária do STF, ressaltando a existência de posição minoritária do próprio Tribunal e parte da doutrina que entende pela hierarquia constitucional desse tratado (PIOVESAN, 2012, p. 131-139).

próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas. (BRASIL, 2004a).

A alínea “b” aplica-se evidentemente aos povos indígenas, sendo descartada automaticamente da presente a sua discussão, já a alínea “a” merece um melhor estudo a partir de agora.

A Convenção nº 169 é de 1989, assim, necessário investigar se o vocábulo “povos tribais”, contido na alínea “b” já referida, não foi atualizado, mesmo que implicitamente, pelos demais documentos internacionais, e dispositivos infraconstitucionais brasileiros que possam ter “abrandado esse termo”, sempre que utilizarem para designar grupos sociais portadores de identidade étnica e/ou coletiva (SHIRAIISHI NETO, 2007, p. 42).

Após a Convenção nº 169, em 1994 surge a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), oriunda da famosa ECO-92¹⁴, devidamente reconhecida pelo Decreto nº 2.519/1998. Na CDB não consta o termo “povos tribais”, surgindo o termo populações indígenas e comunidades locais (BRASIL, 1998).

Em 2002 a UNESCO, inaugurando sua nova política para trazer respostas à diversidade cultural e a necessidade de um diálogo intercultural, apresentou a Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural (SHIRAIISHI NETO, 2007, p. 124). Nela não há o termo “povos tribais”, e sim minorias e povos autóctones.

Ainda, em decorrência da CDB de 1994, em janeiro de 2010 surge o primeiro acordo suplementar conhecido como Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança. Igualmente, nesse protocolo, não se utiliza a locução “povos tribais”, surgindo os termos comunidades indígenas e comunidades locais em seu art. 26 (BRASIL, 2006a). No ano de 2006 o Brasil ratificou a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, com entrada em vigor de seus efeitos em 01/06/2006 e promulgada através do Decreto nº 5.753/2006 (BRASIL, 2006b). Nessa convenção desaparece o termo “povos tribais e indígenas”, surgindo a dicção comunidades indígenas.

14 Eco-92 foi a denominação para a II Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro no ano de 1992, importante à época para consolidar a preocupação com um desenvolvimento sustentável e a conscientização às agressões ao meio ambiente. Tendo desdobramentos consideráveis, igualmente, nas áreas científicas, diplomáticas, políticas, sociais e da comunicação (NOVAES, 1992).

Já a Convenção Sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, a qual o Brasil aderiu em 2007, promulgada através do Decreto nº 6.177/2007 (BRASIL, 2007b), também não carrega o termo “povos tribais”, e sim populações indígenas, povos indígenas e minorias.

A própria Declaração nas Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas não contém em seu âmbito expressões relacionadas ao termo “tribais”, e sim comunidades e povos sempre que se refere aos indígenas (ONU, 2007).

Essas declarações e convenções internacionais, em decorrência do Brasil ratificá-las, acaba inspirando a legislação infraconstitucional afeita à matéria, assim, no ano de 2000, quando nasce a Lei 9.985, que regula o art. 225, § 1º, incs. I, II, III e VII da CF/88, no que tange ao Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), não utiliza o termo “povos tribais”, e sim populações locais e tradicionais para designar grupos sociais portadores de identidade étnica e coletiva (BRASIL, 2000).

Em 2004 é criada a Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável das Comunidades Tradicionais, Decreto presidencial de 27/12/2004, a qual tinha como objetivo estabelecer uma política pública para acompanhar políticas nacionais de monitoramento e auxílio para essas comunidades, em especial nas atividades de agroextrativismo (BRASIL, 2004b). Decreto esse que fora substituído por novo regulamento presidencial em 13/07/2006, dando nova denominação àquela Comissão, passando a se conformar como Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos povos e Comunidades Tradicionais (BRASIL, 2006c). Em ambos os decretos presidenciais, as expressões designadas para tratar de agrupamentos sociais é “comunidade” (tradicionais), “povo” (tradicionais e indígenas) e organizações indígenas (BRASIL, 2004b; BRASIL, 2006c). Temos o Decreto nº 6.040/2007, que veio exatamente para adequar esses decretos presidenciais e instituir definitivamente a PNPCT, o qual em nenhum momento utiliza a marca depreciativa “povos tribais”.

Diante do levantamento da produção legislativa internacional e brasileira, após a Convenção nº 169, denota que a expressão “povos tribais” deve ser encarada em uma leitura, como a doutrina classifica, *lato sensu*, até porque no Brasil não existiria povos tribais no sentido estrito (SHIRAIISHI NETO, 2007, p.

45). Exatamente por isso, utilizando uma concepção *lato*, que se sustenta que a Convenção nº 169, no contexto nacional, serve de asilo a todos os grupos sociais que demandem proteção e que reúnam os requisitos lá inseridos, tais como: seringueiros, castanheiros, quebradeiras de coco, ribeirinhos, comunidades de fundos de pasto dentre outros agrupamentos (SHIRAISHI NETO, 2007, p. 45-46).

Reforça-se que a dinâmica do que se entende por povos tribais vai além desse termo, é o que se segue no próprio dispositivo (letra “a”, item “1”, art. 1º, BRASIL, 2004a), quando identifica que esses são aqueles agrupamentos cujas condições sociais, culturais e econômicas os distinguem de outros setores da coletividade nacional.

Ante a esse fio condutor, e ao apresentado até o momento, visualiza-se que um terreiro de matriz africana apresenta, em tese, todas as características para seu enquadramento ao art. 1º, item “1”, letra “a” da Convenção nº 169, por mais que o termo lá inserido seja depreciativo, pois ligado a questões civilizatórias eurocêntricas, no entanto, encontra-se atualizado pelas legislações que lhe sucederam.

Por derradeiro, o povo de terreiro não pretende nenhum tipo de independência ou sua emancipação do Estado brasileiro, mas sim o respeito a sua identidade cultural, seu respeito mínimo no que tange aos direitos humanos e, ainda, o próprio resgate histórico e a diminuição dos efeitos estigmatizantes que sempre com ele se plasmaram, não infringindo, logo, o item “3” do art. 1º da Convenção nº 169 (BRASIL, 2004a), o qual proíbe qualquer interpretação do termo “povo” no sentido de que atribua direitos a essas comunidades no âmbito do Direito internacional.

Esse caráter da inexistência de alguma intenção emancipatória, no sentido de que pudesse causar algum tipo de ataque ou instabilidade a uma possível soberania nacional (KYMLICKA, 1996, p. 239), está calcado no próprio Decreto do Estado do RS de nº 51.587 de 18/06/2014 (RIO GRANDE DO SUL, 2014), instrumento jurídico construído em parceria com os representantes dos terreiros

de matriz africana e aquele Estado¹⁵, quando em seu primeiro artigo assim direciona:

Art. 1º Fica criado o Conselho do Povo de Terreiro do Estado do Rio Grande do Sul, com a finalidade de desenvolver ações, estudos, propor medidas e políticas públicas voltadas para o conjunto das comunidades do povo de terreiro do Estado, **caracterizando-se como um instrumento de reparação civilizatória, na busca da equidade econômica, política e cultural e da eliminação das discriminações.** (RIO GRANDE DO SUL, 2014). Sem grifo no original.

Como grifado, não há o mínimo interesse em constituir um novo Estado, ou mesmo de requerer direitos de autodeterminação e autorregulação, e sim de resolver as injustiças econômicas, políticas e culturais exatamente sob os enfoques de um pensar redistributivo e de reconhecimento¹⁶ (FRASER, 2006, p. 232).

Esse Decreto pode ser o marco, além de um verdadeiro início de exemplo de um diálogo intercultural, da resposta aos que realizam uma crítica da revisão para se alcançar uma paridade na participação em uma política democrática representativa, pois somente dando voz aos excluídos, em vez de simplesmente interpretar seus interesses, é que se poderá chegar perto de mudanças para transformar padrões de dominação que imperam em nossa sociedade, as quais confundem universalidade com supremacia de uma única cultura e discurso (CLÉRICO; ALDÃO, 2011, p. 178-179).

Conclui-se que as comunidades dos terreiros de matriz africana, as quais se distinguem dos demais segmentos da comunidade nacional, estão dentro da concepção de povos tribais da Convenção nº 169 da OIT.

3.3 Da autoidentidade contida na Convenção nº 169 da OIT

15 Sobre o histórico social da construção desse instrumento jurídico recomenda-se a leitura dos Boletins informativos do Povo de Terreiro RS. Disponível em: <http://www.rs.gov.br/download/20141223143644boletim_versao_final_ok.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2015.

16 Não se desconhece que todos os anseios contidos no pano de fundo no Decreto só poderão com o tempo saber sobre sua realização e, mesmo, qual a dose dos remédios afirmativos ou transformadores que serão utilizados para eliminar essas injustiças culturais e econômicas identificadas (FRASER, 2006, p. 239).

A Convenção nº 169 orienta a realização dessa materialização identitária, quando no item “2” do art. 1º guia que a autoidentificação é o critério fundamental para a definição desses grupos coletivos.

Para Taylor (1994, p. 45), a identidade é a maneira como a pessoa se define em suas características fundamentais como um ser humano. Logo, é através do autorreconhecimento que se inicia o reconhecimento pelos outros de uma identidade própria (OLIVEIRA, R., 2005, p. 24). Ao contrário, com a deficiência desse reconhecimento ou ocorrendo isso de forma incorreta, acarreta um prejuízo para uma pessoa ou grupo de pessoas, levando a uma verdadeira distorção negativa daqueles, com limitações em sua imagem, desprezos e sentimentos de inferioridades (TAYLOR, 1994, p. 45 e 85).

No momento em que o item “2”, do art. 1º da Convenção 169 infere ao próprio indivíduo a capacidade de se autoenquadrar juridicamente, ocorre o fortalecimento do signo de pertencimento daquele, no entanto, inverte o padrão até hoje encontrado no seio jurídico, isto é, no sentido de que o monopólio da interpretação da norma jurídica é do jurista¹⁷ (DUPRAT, 2007b, p. 22). Isso com certeza causa certo mal-estar para o profissional que sempre se acostumou a subsumir a regra posta em lei através de seu método tecnicista.

Por essa razão lógica, a identificação das comunidades de terreiro possui na autoidentificação e no autorreconhecimento de seus indivíduos o fator inicial preponderante para isso.

3.4 Do direito e proteção à diferença cultural e étnica na Constituição brasileira

17 De certa forma, esse remanejamento onde o objeto de estudo passa a ser o próprio sujeito de conhecimento (no caso do Direito, e especificamente no que contido na Convenção 169 da OIT, os seus objetivos de organizar a sociedade e regular o convívio humano passa a ser o seu próprio intérprete), já ocorreu na ciência social, quando as demandas dos movimentos sociais invadiram e fizeram eco na esfera acadêmica na década de 1960. Era uma “onda” identitária de conhecimento sendo produzido pelo seu antigo objeto de estudo, assim, as feministas pesquisavam em nome de mulheres; os gays e lésbicas pesquisavam as experiências homossexuais, os negros as concepções de grupos racializados, etc. (MISKOLCI, 2014).

Reconhecido o Brasil como uma sociedade pluralista e fundada em uma harmonia social, preâmbulo da CF/88, somente se conseguirá esse intuito com respeito à prática dos diferentes grupos sociais existentes em seu seio, motivo que o inc. II do art. 216 da CF/88, inclui a proteção dos modos de criar, fazer e viver dos diferentes grupos formadores de sua sociedade, constituindo essa defesa tanto dos bens material e imaterial igualmente. Denomina-se isso de prática social.

Aliás, a falta da proteção dessa prática social poderá ocasionar a perda da identidade cultural de determinado grupo e, conseqüentemente, na própria extinção de uma cultura. Isso importa em um acinte contra o art. 4º da Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural da UNESCO (SHIRAIACHI NETO, 2007, p. 122), onde consta a orientação de que a diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana, motivo que autores defendem que direitos culturais e étnicos encontrados na CF/88 possuem evidente *status* de direito fundamental (DUPRAT, 2007a, p. 16).

Para as comunidades tradicionais, nas quais há uma homogeneidade cultural e orgânica interna mais caracterizada, os aspectos comunitários de uma identidade pessoal assumem maior importância, por isso que

[...] a perda da identidade coletiva para os integrantes destes grupos costuma gerar crises profundas, intenso sofrimento e uma sensação de desamparo e de desorientação, que dificilmente encontram paralelo entre os integrantes da cultura capitalista de massas. (DUPRAT, 2007c, p. 84).

Diante disso, não é somente o direito dessas comunidades que se perde com a falta de proteção de uma prática social e o desaparecimento de um grupo étnico ou cultural diferenciado, mas sim todos brasileiros das presentes e futuras gerações, que ficam “[...] privados do acesso a um ‘modo de criar, fazer e viver’”. (DUPRAT, 2007c, p. 85). Logo, não fica afetada somente a defesa de uma diversidade cultural com a perda de uma comunidade tradicional, mas, igualmente, a defesa da cultura ao próprio desenvolvimento humano (SHIRAIACHI NETO, 2007, p. 40).

Pontuada até agora a proteção cultural. Já na questão étnica, a CF/88 igualmente demarca a proteção aos povos indígenas através do § 2º do art. 210,

quando autoriza o ensino da língua e práticas desses povos para a aprendizagem no ensino fundamental (BRASIL, 1988).

Na sequência de tutela aos povos indígenas, há os comandos constitucionais dos arts. 231 e 232, que reconhecem os índios como uma coletividade. E, exatamente, para evitar maiores interferências no modo de vida e desenvolvimento de sua cultura que há a necessidade, conforme os arts. 176 e 231 ambos da CF/88, de uma regulamentação especial quando implicar em exploração ou aproveitamento de jazidas, recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica sempre que ocorrer em terras indígenas (BRASIL, 1988). Nesse mesmo art. 231 da CF/88, há a proibição da retirada dos grupos indígenas de suas terras, salvo excepcionalidades, no mesmo sentido que o art. 16 da Convenção nº 169 da OIT (BRASIL, 2004a).

Por fim, no que tange à defesa de grupos étnicos, reforçando a importância da diversidade cultural, temos o § 1º do art. 215 da CF/88, que comanda ao Estado proteger as culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, isto é, reconhecendo a existência de um projeto de pluralismo cultural.

3.5 Do Decreto nº 6.040 de 07 de fevereiro de 2007

O Decreto nº 6.040/2007 veio para instituir definitivamente a PNPCT, assim conceituando em seu terceiro artigo:

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

II – [...] (BRASIL, 2007a).

Analisando o item “I” acima posto, nota-se que o decreto pontua duas formas de denominar os grupos protegidos pela PNPCT: povos tradicionais e comunidades tradicionais. Apesar de não ser o intento do presente trabalho, tentar-se-á pontuar o que vem a ser a semântica dos termos iniciais de cada locução para compreender a correlação com o problema apresentado na introdução dessa pesquisa.

O conceito de povo pode ser visto sob o prisma político, sociológico e jurídico. Na visão política, povo é aquela parcela da sociedade com capacidade eleitoral (BONAVIDES, 2012, p. 79-81), retira-se isso do próprio §único do art. 1º da CF/88 (BRASIL, 1988). Sob o prisma sociológico, a conceituação de povo tem uma interligação direta com o conceito de nação, pois aqui se tem a ideia de “[...] agrupamentos humanos dotados de muitas afinidades – linguísticas, culturais, religiosas, étnicas, etc.” (BASTOS, 1994, p. 153).

No que se refere ao conceito de nação, o autor português Jorge Miranda segue a linha de que a fundação de uma nação se dá “[...] numa história comum, em atitudes e estilos de vida, em maneiras de estar na natureza e no mundo, em instituições comuns, numa ideia de futuro (ou desígnio) a cumprir”. (MIRANDA, 2002, p. 190-191). Nesse conceito, compreende a doutrina que nação é anterior ao Estado, podendo várias nações reunir-se em um só Estado, bem como uma só nação derramar-se sobre vários Estados (MALUF, 2009, p. 16).

Após essa noção do que podemos entender por “povo”, resta caracterizar o que se entende por comunidade, pois nem todo agrupamento pode ser entendido como uma efetiva comunidade constituída.

Convém pontuar que sociedade não pode ser alçada ao mesmo patamar de comunidade, pois uma inclui e a outra pode muito bem excluir o indivíduo, sendo que elas acabam sendo conceitos-tipo complementares e contraditórios para que as Ciências Sociais possam analisar as diferentes maneiras das organizações sociais (RAMIRO, 2006, p. 23). No sentido contraditório daqueles termos:

Em teoria, a sociedade consiste em um grupo humano que vive e habita lado a lado de modo pacífico, como na comunidade, mas, ao contrário desta, seus componentes não estão ligados organicamente, mas organicamente separados. Enquanto na comunidade os grupos permanecem essencialmente unidos, a despeito de tudo que os separa, na sociedade eles estão essencialmente separados, apesar de tudo o que os une¹⁸. (FERDINAND TÖNNIES apud RAMIRO, 2006, p. 23).

18 Imperioso colher a observação de que não se trata de uma visão maniqueísta, no sentido de que tudo que se relaciona à comunidade é bom e à sociedade é ruim. Nesse sentido, não é porque a pobreza em si condiciona que pessoas que acabem residindo em espaços comuns criem vínculos efetivamente comunitários em busca de sua

Com isso, a comunidade evoca uma sensação de solidariedade (PERUZZO; VOLPATO, 2009, p. 67), tonificando uma dinâmica de fortalecimento de identidades, pois “[...] o fortalecimento de identidades locais pode ser visto na forte reação defensiva daqueles membros dos grupos étnicos dominantes que se sentem ameaçados pela presença de outras culturas”. (HALL, 2006, p. 85).

Em um exercício de revisitação ao escrito até o momento, podemos afirmar que tanto em um agrupamento humano como um antigo quilombo, como na organização litúrgica de um terreiro de matriz africana contemporâneo, percebe-se essa figura de uma comunidade constituída, pois há uma hierarquia concreta de indivíduos entrelaçados pela solidariedade em sentirem-se protegidos do mundo exterior (SILVA, 1994, p. 56), unidos por algum traço de sangue, etnia, território, religião ou com um projeto consensual (SODRÉ, 1999; RAMIRO, 2006, p. 24).

Em decorrência disso, na mesma linha de Taylor (1994, p. 54) e Stavenhagen (2010, p. 79), Sodré conclui que

Nenhum indivíduo dá conta de todas as circunstâncias de sua individuação. Isto é, não instrumentaliza racionalmente nem responde, no nível da plena consciência, por todo o conjunto de fatos reais que o constitui (o conceito freudiano de inconsciente é uma ferida na pretensão de visibilidade ou transparência absoluta do sujeito). Mas pode *sentir* essas circunstâncias.

A ideia de grupo impõe-se como a de um outro “lugar”, onde o indivíduo sente pluralmente. No grupo ou em sua cultura, pode ter-se a percepção de estruturas globais, experimentar sensações na totalidade, pois, sendo ele a forma que dá substrato à tensão luz/trevas, é uma fonte permanente de excitações. Polimorfa, a organização grupal contém os mais diversos modos de funcionamento psíquico e o horizonte das modulações existenciais dos indivíduos. Por isso, pode alguém dizer, como Jacques Lacan, que é o “coletivo” (leia-se também: o grupo) é o “sujeito do individual.” (SODRÉ, 1999, p. 141).

E, portanto,

Importante é ter em mente que a parte, o individual, a espécie, o singular não se separam, enquanto diferenças, do todo, do grupo, do gênero, da natureza comum ou universal. Singular e comum são duas faces de uma mesma moeda ou de um movimento, que se encontram no instante de geração de um ser qualquer. (SODRÉ, 1999, p. 141).

Com essas elucidações postas, impera entender em qual conceito de povo e/ou comunidade que o Decreto nº 6.040/2007 se baseou. Isto é, quando o Decreto fala em povos e comunidades tradicionais, ele deseja a utilização do termo “povo” no sentido jurídico, sociológico, político?

Sob o conceito jurídico de povo, como elemento indispensável para a constituição de um Estado soberano e independente, sendo integrado por um aspecto subjetivo e outro objetivo (DALLARI, 2011, p. 101-104), não parece ser a melhor interpretação dada ao contido no Decreto nº 6.040/2007. Chega-se a essa conclusão, pois mesmo tendo nos princípios fundamentais o reconhecimento da existência de um pluralismo político (inc. V, art. 1º da CF/88), em seu *caput* afirma que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos seus Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 1º, CF/88). Logo, s.m.j., se o conceito jurídico de povo fosse o aplicável no Decreto nº 6.040/2007, haveria a tendência à possibilidade de criação de Estados independentes internamente no Brasil, o que implicaria em inconstitucionalidade e, mesmo, instabilidade nacional interna.

Além disso, a própria Convenção nº 169 da OIT em seu item “3” do art. 1º, já adverte que o termo “povo(s)” contido naquele documento não poderia acarretar interpretação que desse qualquer tipo de direitos em âmbito internacional aos grupos tutelados por ela.

Descartado o conceito jurídico de povo para fins de perquirir o sentido dessa palavra no Decreto nº 6.040/2007, vislumbra-se que o sentido que deve ser encarado esse vocábulo é próximo ao conceito de nação, o qual imbrica com o próprio termo comunidade lá associado, e já discutido em linhas anteriores.

Logo, o Decreto nº 6.040/2007 definiu como povos e comunidades tradicionais os

[...] grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição. (BRASIL, 2007a).

Nesse sentido, a comunidade do terreiro de matriz africana encontra-se pontuado por todos esses elementos, é verdade que alguns em maior ou menor intensidade. Contudo, um grau de intensidade diverso em um desses elementos

não poderá servir como fato que obstaculize o enquadramento no Decreto, e respectivas benesses, até porque o mesmo foi inspirado em grande parte pelos “ares” da Convenção nº 169 da OIT.

Da mesma forma que a Convenção nº 169 da OIT, o Decreto nº 6.040/2007 confere igual peso às comunidades e povos tradicionais abrangidos por aquele instrumento jurídico, pois não faz nenhuma distinção de tratamento entre os grupos sociais lá abarcados, todavia, alarga mais claramente as possibilidades de uma maior abrangência e inclusão de outros grupos sociais, além de “povos indígenas e tribais” contidos na convenção da OIT (SHIRAIISHI NETO, 2007, p. 45-46).

Com essa, se assim podemos chamar, releitura interpretativa da Convenção nº 169 da OIT, pelo Decreto nº 6.040/2007, concretiza-se parte do espírito de reequilíbrio social, cultural e econômico pretendido lá em 1989

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo que a base do povo brasileiro tenha sido construída quase ao mesmo tempo, na interação entre as etnias índia, europeia e africana, a partir do século XVI, a cada uma dessas, por séculos, foram atribuídos papéis diferenciados na conjuntura nacional. Incumbiu a etnia representante do Velho Mundo, que aqui lançava os alicerces do colonialismo, o papel de dominadora e subjugadora inicialmente dos índios e, não sendo esses suficientes para tracionar as engrenagens do capitalismo moderno que aqui se arvorava, acabou importando coercitivamente seres humanos oriundos do continente africano para transformarem-se em escravos.

Contudo, o terreiro se constitui em um espaço que recria o mundo africano no solo brasileiro, espaço esse que preserva os princípios civilizatórios da matriz africana, constituindo o que na língua iorubá denomina-se um *egbé*, isto é, uma comunidade de pessoas com o mesmo propósito.

Com a preocupação de proteger exatamente esse tipo de agrupamento social, que a OIT agregou na sua Convenção nº 169, além da proteção aos povos

indígenas, o paládio de outras comunidades denominadas naquele instrumento de povos tribais.

Após a Convenção nº 169 da OIT, surgiram diversos outros instrumentos jurídicos no plano internacional, e na esfera infraconstitucional brasileira, que não mais identificaram qualquer agrupamento social como “povos tribais”, demonstrando que o termo lá posto encontra-se, na atualidade, equivocado em seu emprego, pois denota uma construção com resquícios eurocêntricos, isto é, da mesma forma que o conceito de raça foi criado para subjugar demais povos, o termo “povos tribais” é uma possibilidade criada pelo Ocidente para afastar a probabilidade da existência de outras formas de Estado e de economia política das que baseadas em seus conceitos.

Neste diapasão, os terreiros de matriz africana reivindicam, como firmado no Decreto do Estado do RS de nº 51.587/2014, políticas de reparação civilizatória, equidade econômica, política, cultural e a eliminação das discriminações, na melhor forma dos remédios afirmativos e transformadores sugeridos por Fraser, isto é, para eliminar a injustiça cultural e a econômica.

Levando-se em conta o que foi apresentado, conclui-se que o termo “povos tribais” contido na Convenção nº 169 da OIT abarca as atuais comunidades de terreiro de matriz africana. Retira-se isso, pelos próprios pressupostos lá inseridos, isto é: a) há nessas comunidades signos sociais, culturais e econômicos que as distingam de outros segmentos da comunidade nacional; b) elas possuem em seu seio de solidariedade uma identidade coletiva que repercute em uma regência, mesmo que parcial, pelos seus próprios costumes ou tradições, e, ainda, há uma legislação infraconstitucional, no caso o Decreto nº 6.040/2007, que prevê algumas regulações especiais a ser aplicadas nessa coletividade; c) tendo uma identidade coletiva que identifica os indivíduos componentes das comunidades de terreiro de matriz africana, e se preenche o critério fundamental da autoidentificação como definidor desse grupo social.

REFERÊNCIAS

BASTIDE, R. **As religiões africanas no Brasil**: contribuição a uma sociologia das interpenetrações de civilizações. São Paulo: Livraria Pioneira, 1971.

_____. **As Américas negras**: as civilizações africanas no Novo Mundo. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1974.

BASTOS, C. R. **Dicionário de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BONAVIDES, P. **Ciência política**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BONILLA MALDONADO, D. Indígenas urbanos y derechos culturales: los límites del multiculturalismo liberal. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.7, n.2, p. 569-604, jul.-dez. 2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 5 nov. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm>. Acesso em: 8 fev. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 8 fev. 2015.

BRASIL. **Decreto presidencial de 27 de dezembro 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Dnn/Dnn10408.htm>. Acesso em: 8 fev. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 5.705, de 16 de fevereiro de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5705.htm>. Acesso em: 8 fev. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 5.753, de 12 de abril de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5753.htm>. Acesso em: 8 fev. 2015.

BRASIL. **Decreto presidencial de 13 de julho 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Dnn/Dnn10884.htm#art11>. Acesso em: 8 fev. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 6.040, de 07 de fevereiro de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acesso em: 5 out. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 6.177, de 1º de agosto de 2007**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm>.
Acesso em: 8 fev. 2015.

BRASIL. **Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm>. Acesso em: 8 fev. 2015.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2015. Disponível em: <
<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/convencao-da-diversidade-biologica/protocolo-de-cartagena-sobre-biosseguranca>>. Acesso em: 8 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Relator Ministro Cezar Peluso, Brasília, 03 de dezembro de 2008. **Acompanhamento processual**. Brasília, 2008. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2343529>>. Acesso em: 08 mar. 2015.

CARNEIRO, E. **Candomblés da Bahia**. 5.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1977.

CLÉRICO, L.; ALDÃO, M. Nuevas miradas de la igualdad en la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento. **Lecciones y Ensayos**, Buenos Aires, n.89, 2011, p. 141-179.

CONVENÇÃO n. 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT. Brasília: OIT, 2011.

DALLARI, D. de A. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUPRAT, D. O Direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade. In: _____ (org.). **Pareceres Jurídicos - Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais**. Manaus: UEA, 2007, p. 9-19.

_____, D. Prefácio. In: SHIRAISHI NETO, J. (org.). **Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional**. Manaus: UEA, 2007, p. 19-24.

_____, D. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. In: _____ (org.). **Pareceres Jurídicos - Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais**. Manaus: UEA, 2007, p. 77-104.

FIABANI, A. **Mato, palhoça e pilão: o quilombo, da escravidão às comunidades remanescentes**. São Paulo: Expressão popular, 2005.

FRASER, N. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. **Cadernos de Campo**, São Paulo, v.15, n.14/15, mar. 2006, p. 231-239. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/50109>>. Acesso em: 25 set. 2013.

HALL, S. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HAMENOO, M. A África na ordem mundial. In: NASCIMENTO, E. L. (org.). **A matriz africana no mundo**. São Paulo: Selo Negro, 2008, p. 109-131.

KYMLICKA, W. **Ciudadanía multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías**. Barcelona: Paidós, 1996.

MALUF, S. **Teoria geral do estado**. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARCOCCI, G. Escravos ameríndios e negros africanos: uma história conectada. Teorias e modelos de discriminação no império português (Ca. 1450-1650). **Tempo [online]**, vol.16, n.30, p. 41-70, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/tem/v16n30/a03v16n30.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2014.

MIRANDA, J. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MISKOLCI, R. Um saber insurgente ao sul do Equador. **Revista Periódicus [online]**, v. 1, n.1, mai.-out. 2014. Disponível em: <<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/revistaperiodicus/article/viewArticle/10148>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

MOURA, C. **História do negro brasileiro**. São Paulo: Ática, 1989.

_____, C. **Quilombos: resistência ao escravismo**. 3.ed. São Paulo: Ática, 1993.

NASCIMENTO, E. L.; NASCIMENTO, G. M. do. Reflexões sobre o “descobrimento” das Américas. In: NASCIMENTO, E. L. (org.). **A matriz africana no mundo**. São Paulo: Selo Negro, 2008, p. 133-139.

NOVAES, W. Eco-92: avanços e interrogações. **Estudos Avançados [online]**, vol.6, n.15, p. 79-93, 1992. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v6n15/v6n15a05.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2015.

OLIVEIRA, F. R. de. África ontem e hoje: uma perspectiva angolana. In: NASCIMENTO, E. L. (org.). **A matriz africana no mundo**. São Paulo: Selo Negro, 2008, p. 183-189.

OLIVEIRA, R. C. de. Identidade étnica, reconhecimento e o mundo moral. **Revista Antropológicas**, ano 9, v.16, n.2, p. 9-40, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, 13 setembro 2007. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição e seu anexo (Declaração de Filadélfia)**, 1944. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 7 dez. 2014.

PERUZZO, C. M. K.; VOLPATO, M. de O. Conceitos de comunidade, local e região: inter-relações e diferenças. In: CASTRO, G. G. da S.; BACCEGA, M. A. (orgs.). **Comunicação e consumo nas culturas locais e global**. São Paulo: ESPM, 2009, p. 64-92.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRANDI, R. De africano a afro-brasileiro: etnia, identidade, religião. **USP**, São Paulo, n.46, jun./jul.ago./2000, p. 52-65.

QUIJANO, A. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: EDGARDO, L. (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: Clacso, 2005, p. 117-142. Disponível em: <<http://www.afyl.org/txt/LibrosNovedades/Colonialidade-saber.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

RAMIRO, P. A. Identidade e pobreza: buscando caminhos para interpretação da vida na cidade. In: LUCENA, C. T.; GUSMÃO, N. M. M. de (orgs.). **Discutindo identidades**. São Paulo: Humanitas/CERU, 2006, p. 17-28.

RIBEIRO, D. **O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil**. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

RIO GRANDE DO SUL. Decreto 51.587, de 18 de junho de 2014. Disponível em <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=61034&hTexto=&Hid_IDNorma=61034>. Acesso em: 30 nov. 2014.

RIOS, R. R. Relações raciais no Brasil: desafios ideológicos à efetividade do princípio jurídico da igualdade e ao reconhecimento da realidade social

discriminatória entre negros e brancos. In: BALDI, C. A. (org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 465-489.

RODRIGUES, R. N. **Os africanos no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein, 2010.

SHIRAIISHI NETO, J. A particularização do universal: povos e comunidades tradicionais em face das Declarações e Convenções Internacionais. In: _____ (org.). **Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional**. Manaus: UEA, 2007, p. 25-52.

SILVA, V. G. da. **Candomblé e Umbanda: Caminhos da devoção brasileira**. São Paulo: Ática, 1994.

SODRÉ, M. **A Verdade seduzida: por um conceito de cultura no Brasil**. Rio de Janeiro: Codecri, 1983.

_____. **Claros e escuros: identidade, povo e mídia no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1999.

STAVENHAGEN, R. **Los pueblos originarios: el debate necesario**. Buenos Aires: CTA Ediciones, 2010.

TAYLOR, C. A política de reconhecimento. In: _____ (org.). **Multiculturalismo: examinando a política do reconhecimento**. Lisboa: Piaget, 1994, p. 45-94.

WALSH, C.; GARCÍA, J. El pensar del emergente movimiento afroecuatoriano: Reflexiones (des) de un proceso. In: MATO, D. (org.). **Estudios y Otras Prácticas Intelectuales Latinoamericanas en Cultura y Poder**. Caracas: CLACSO, 2002, p. 317-326.

O FRACASSO LAICIZANTE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Daniel Nunes Pereira

RESUMO: O presente trabalho traz a colação evidências do fracasso da Constituição de 1988 na construção de um Estado Laico. Pretende, portanto, mostrar como e por que o arcabouço constitucional brasileiro não conseguiu apaziguar os ânimos religiosos em nossa sociedade e, outrossim, o que se pode mobilizar das Teorias Política e do Direito com o fito de efetivar a inspiração laicista da referida Carta Magna. Para tanto, primeiramente, delimita-se o período histórico, qual seja, a Quinta República, iniciada em 1988. Em seguida, este artigo explica, no que concerne à tensão entre ser e dever-ser, a peculiar estranheza do Direito ao fenômeno religioso. Por fim são feitos apontamentos aos fundamentos constitucionais oponíveis à lógica religiosa ora conflitante com o Direito

PALAVRAS-CHAVE: teoria política; laicismo; secularismo; constitucionalismo.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos tem-se verificado o aumento e a intensificação de conflitos de natureza religiosa no ambiente jurídico-político brasileiro. Tem sido comum a ocorrência de discussões parlamentares ou lides no judiciário com o tema da religiosidade face às aspirações laicistas da Carta Magna da Quinta República. A título de exemplificação, e para os fins explicativos do presente estudo, é trazida a colação a recente celeuma acerca da frase “Deus seja louvado” impressa em papel-moeda corrente pátrio, bem como a lide acerca de crucifixos em tribunais e demais repartições pública e, no ambiente político, a atividade da denominada “Bancada Evangélica” no Congresso Nacional.

O legislador originário tentou evitar conflitos da natureza ora mencionada ao positivizar normas constitucionais que teriam o condão de dirimir entreveros de cunho religioso, e o fez ao garantir o livre exercício dos cultos religiosos (artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal) bem como ao vedar a privação de direitos por motivo de crença religiosa (artigo 5º, inciso, VIII, do mesmo diploma legal).

O presente trabalho pretende, portanto, ditas estas prolegomena, mostrar como e por que o arcabouço constitucional brasileiro fracassou em apaziguar os ânimos religiosos em nossa sociedade e, outrossim, o que se pode mobilizar da Teoria do Direito com o fito de efetivar a inspiração laicista da Carta Magna. Para tanto, efetuar-se-á o seguinte expediente: a) delimitação histórico-temporal; b) explicação, no que concerne à tensão entre ser e dever-ser, de por que há peculiar estranheza do Direito ao fenômeno religioso; c) apontamentos aos fundamentos constitucionais oponíveis à lógica religiosa ora conflitante com o Direito. Ao fim hão de ser feitas considerações finais e algumas proposições resolutivas.

2 RECORTE HISTÓRICO

O presente estudo se debruça especificamente sobre o arcabouço político-jurídico da Quinta República, inaugurada ao ocaso do Regime Militar instaurado em 1964. Neste recorte histórico mostrar-se-á como o tema da religião e do laicismo foi tratado na formação do novo momento político, bem como ele se desenvolveu faticamente durante os governos erigidos sob a Carta de 1988, intencionando esta seção do estudo demonstrar que os problemas concernentes à esfera religiosa se adensaram e atualmente mostram-se aparentemente incontornáveis.

Aponta-se, primeiramente, os evangélicos pentecostais e neopentecostais como *fiel da balança*, visto que, enquanto coletividade religiosa, agiram de maneira mais delimitada, organizada no que concerne às tangências entre suas convicções religiosas e político-sociais desde a constituinte. Inclusive sua atuação sendo a ignição para a atuação mais confessional de grupos ligados ao Catolicismo Romano, mais tradicional na política brasileira. Nesta busca pelo fiel-eleitor acirraram-se as disputas entre os conservadores, trazendo um moralismo religioso retrógrado a política brasileira já na constituinte (Pierucci, 2001, p. 5), inclusive com candidaturas sistematicamente atreladas às religiosidades mais demograficamente representativas e moralmente estridentes (Pierucci, 1989, p.104-132) .

Durante os trabalhos iniciais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, já era clara a influência da Religião nas novas fundações político-jurídicas. Por exemplo, a Emenda nº 681 à resolução Nº 2, que deu origem ao art. 46 do Regimento Interno da Assembleia Nacional, *Ipsis Literis*: “A Bíblia Sagrada deverá ficar, sobre a mesa da Assembléia Nacional Constituinte, à disposição de quem dela quiser fazer uso” A referida emenda foi proposta não por acaso por um pastor da Assembleia de Deus e deputado constituinte, a saber, Antônio de Jesus (PMDB/GO). O Relator do Regimento e futuro Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, antes havia vetado a possibilidade de se demonstrar uma Bíblia na mesa de oficial trabalho da Assembleia, mas dias depois afirmou ter sido convencido da pertinência de tal proposição religiosa uma vez que o referido pastor asseverou a presença de um crucifixo no mesmo ambiente.

Tal acontecimento aparentemente singelo demonstrou qual seria o *animus* religioso da Nova República - o relator reafirma a laicidade do Estado, rejeita a exibição bíblica, mas em seguida verifica-se o precedente do crucifixo, de tal sorte que se opera uma mudança de foco institucional – se reafirma *pro forma* a laicidade estatal, mas, por já existir um símbolo religioso publicamente exibido, ao invés de reconstruir o espaço público como neutro de religiões (nem ateu, nem teísta) resolve-se abarcar toda e qualquer manifestação místico-religiosa (figurando, é claro, apenas as que possuem efetivo poder político e social). Aprovada e promulgada a Constituição Cidadã, a religião ganhou espaço nos governos eleitos que se seguiram.

Segundo Pierucci (1992, p.92), “ao contrário das massivas manifestações de rua pelas "diretas-já" em 1984, movimento amplo e suprapartidário do qual estiveram ausentes, como ausentes estiveram da longa luta das forças democráticas do povo brasileiro contra o regime autoritário”, na eleição presidencial de 1989 os evangélicos (especialmente os pentecostais) se envolveram diretamente em movimentos políticos de massa, a saber, do lado de Fernando Collor de Mello. Tal envolvimento se justificava pois os líderes evangélicos identificavam Lula e o Partido dos Trabalhadores ou com a) comunismo e seu conseqüente ateísmo; ou b) catolicismo representado pela Teologia da Libertação (Pierucci 1992, p.92-106). Ironicamente, reportagens

recentes evidenciaram o envolvimento de Collor com rituais religiosos de matriz africana, talvez mais hostilizada pelos pentecostais do que o próprio comunismo ou catolicismo.

Nas campanhas e governos que se seguiram pelas décadas de noventa e dois mil, candidatos precisaram de alguma forma lidar com a força religiosa, constantemente precisando mostrar deferência – foi o caso de Fernando Henrique e Dilma Rousseff, nas eleições de 1994 e 2007 respectivamente, escondendo com alguma vergonha suas convicções ateístas. A mesma deferência se mostrou nas concordatas oficiais firmadas entre Vaticano e Governo Lula, e os armistícios não-oficiais entre o mesmo governo e algumas denominações evangélicas, especialmente Igreja Universal - aparentemente uma tentativa de Lula enfrentar as sempre críticas Assembléias de Deus e minar o poder midiático da Rede Globo com o crescimento da Record (Machado, 2012, p.29-56)

Estas acomodações políticas, especialmente a silenciosa submissão de personagens que poderiam ter sido potencialmente críticos e belicosos ao conservadorismo religioso como Rouseff e o próprio Fernando Henrique Cardoso, parecem ter inadvertidamente gerado um ambiente mais complicado do que o havido quando da promulgação da Carta Magna da Quinta República. Observa-se a eclosão e intensificação de problemas não previstos: exteriorização passiva-agressiva da crença (salmo nas notas e crucifixos) e politização da esfera privada em detrimento de despolitização da esfera pública (notada na atividade antirrepublicana da chamada bancada evangélica¹⁹).

¹⁹ De acordo com os dados do sítio eletrônico “Transparência Brasil” (<http://www.transparencia.org.br/> e <http://www.excelencias.org.br/>) é possível perceber que: 1) todos os deputados que compõem a Bancada Evangélica respondem processos judiciais; 2) 95% da referida bancada tem alta taxa de ausência em sessões parlamentares; 3) 87% da referida bancada estão entre os mais inexpressivos do DIAP; 4) nenhum dos parlamentares da referida bancada legislou ou apresentou proposta com vistas às necessidades prementes do Estado (saúde, educação, moradia, etc), agindo enquanto parlamentares apenas para defender os interesses de grupos religiosos em agenda metódica contra minorias vulneráveis entendidas como contrárias aos seus *ethes*, v.g., homossexuais e representantes de culturas de matrizes africanas.

3 POR QUÊ O DIREITO PARECE NÃO DAR CONTA DA RELIGIÃO?

Sempre que se trata de algum problema do mundo da experiência, isto é, um fato social²⁰ a ser contemplado pelo Direito, presume-se uma relação sujeito/objeto, na qual este emerge da empiria, enquanto aquele é tanto o operador quanto o telos do ordenamento jurídico²¹. No que concerne a esta relação, o que se propõe neste recorte paradigmático é, em poucas palavras, uma perspectiva “ptolomaica”, metodologicamente contrária ao método kantiano oriundo de uma “revolução copernicana” na filosofia. Para tal, a religião é encarada tanto como fato social quanto transcendente ao sujeito, id est, uraniana, apartada dos afazeres ordinários e profanos. Assim, neste entendimento epistêmico que se identifica com uma realidade²² opaca (Žižek, 2001, p.82-83), jaz uma específica teleologia que mira o Homem, para além do hedonismo, a colocar o gênero humano (e não apenas o indivíduo) como centro de reflexão, inclusive (e este é o caso), no Direito. Nesse esquema de teorização ptolomaica, geocêntrico, ou, de maneira mais rígida, antropocêntrico, propõe-se o estudo das doutrinas e disciplinas mais uranianas até as mais imanentemente humanas. Em

²⁰ Do original “*Fait Social*” - “*Sozialer Tatbestand*” na tradução ora utilizada (Durkheim, 1980, p.114). Ainda que a nomenclatura durkheimiana tenha sido utilizada, o presente estudo não se resume de maneira alguma a uma única escola de Teoria Social, porquanto, advoga-se um entendimento holístico inter e transdisciplinar.

²¹ No caso de Direitos Humanos é clara a teleologia da norma, a saber, a pessoa humana e sua dignidade. Em outros ramos do Direito Público, v.g., Direito Administrativo ou Constitucional, ainda que se proceda à defesa e manutenção de instituições, estas são mediatas a sujeitos individuais ou coletivos.

²² Neste entendimento ontológico específico, de fundamento último em Lacan, trabalhamos sobre o chamado “Real Simbólico”, qual jazem tanto religião enquanto prática e o Direito enquanto techné, havendo ainda o “Real Imaginário” que, detém a transcendência religiosa e sua completa alteridade bem como as bases kantianas do Direito hodierno. O “Real real” se apresenta como um monólito epistêmico, sendo aterrorizante e inefável, enquanto a Realidade se exprime apenas em fatos e atos absolutos, como morte, vida, sexo, etc, os quais são digeridos e tornados cognoscíveis na duas primeiras instâncias do “Real” (Žižek, 2001, 10).

resumo, buscamos nesta seção delimitar um ponto de partida no Princípio Antrópico²³ na construção da problematização jurídica anteriormente apresentada.

O estudo mira no sujeito, pois parte da compreensão que o homem religioso não se define unicamente através dos objetos sociais nos quais se manifesta de modo compacto e concentrado. Existe, portanto, uma dimensão transversal do fenômeno humano, que trabalha de modo ativo ou latente, explícito ou implícito, em toda a espessura da realidade social, cultural e psicológica, segundo modalidades próprias a cada uma das sociedades (Simmel, 1997, p.13).

Tendo em vista essa transversalidade da religião e as reverberações nas outras esferas da vida humana, é preciso rever a problemática da deontologia do Direito a partir de entendimento holístico da problemática advinda da relação entre a religião e o Direito no Brasil. Assim, o problema da lacuna entre ser e dever-ser no Direito, para o tema ora trabalhado, pode ser primeiramente localizado no binômio Religião-prática/Direito-Técnica, sendo, entretanto, desenvolvido a partir de uma perspectiva do Real imaginário. Isto significa que são criticados o conflito e a quimera resultantes do antagonismo entre o arcabouço jurídico-político pátrio (bem como suas potencialidades progressistas) e as diversas práticas religiosas, sendo o núcleo da crítica uma deontologia jurídica antrópica confrontada a algumas fontes da transcendência religiosa.

Tanto Direito como Religião possuem, implicitamente, sentidos últimos formadores de suas práticas. Importa, por conseguinte, com o fito de entender a dificuldade especial havida na lacuna entre ideal/real, buscar significado profundo do fato religioso supõe a existência do sentido e significados expressos destas experiências. O método fenomenológico, aplicado à análise do fato religioso, visa, para alcançar seu intento, promover a redução fenomenológica, pois a partir deste procedimento é possível captar as estruturas simbólicas universais do fenômeno

23 Princípio Antrópico de maneira geral refere-se a cosmologia e física, e estabelece que qualquer teoria válida sobre o universo deve ser consistente com a existência do ser humano, para o qual o único universo que pode ver é o que possui seres humanos. Por hora ignoremos o fato de que tal teoria, em sua forma mais vulgar e pseudo-científica, se presta às parvoíces de grupos fundamentalistas cristãos, cujos membros sandeus refutam a evolução das espécies e teorias correlatas. Assim a adoção do conceito do Princípio Antrópico neste artigo visa efeito diverso daquele intentado pelo proselitismo religioso.

religioso, ou seja, voltar às coisas mesmas havidas na fenomenologia de Husserl (1976, passim). O pensamento religioso é fruto de uma noção e uma potência de transcendência que há no ser humano. Então, questiona-se a priori, como nasce a transcendência? Na gênese da noção de transcendência jaz o desconhecimento do de acontecimentos lentos e transgeracionais (Sloterdijk, 2009, p. 20-24), assim como incognoscibilidade de fatos tidos como violentos e brutais a existência (assim como no “Real real” de Žižek), a impossibilidade de alcançar o outro, e, talvez o mais importante, o fato da consciência humana comportar a faculdade de apresentar uma inteligência que a ultrapasse. Por outro lado, ainda nesta questão, há também profundidade do ser humano, a qual alegadamente resta em sua dimensão religiosa, sintonizada quando algo toca incondicionalmente o indivíduo. Essa profundidade do ser humano na verdade jaz no absurdo de sua existência, e sua incapacidade de lidar com isso dá vazão à pretensas manifestações do sagrado, a exercícios de imaginação e a conseqüente criação dos chamados mitos. O “sagrado”, portanto, é um meio de suportaçã e resignaçã face a uma existência que tem o condã de nos aniquilar, e manifesta-se não apenas nas coisas cotidianas, mas através das coisas cotidianas, segundo Eliade (2010, p.17). Na hierofania (irrupçã do sagrado), na experimentaçã do alegado sopro religioso, toda a natureza pode manifestar-se como sacralidade cósmica.

O Direito tenta racionalizar fatos e o encadeamento lógico destes, inclusive emanações fenomênicas do porte da religiã. Mas, entretanto, o sistema jurídico não comunga de uma lógica generalizada, imanente, funcional através de premissas e conclusões (Perelman, 2004, p.45-50) de sorte que seja aplicável diretamente em fatos do mundo da empiria. Não comunga, portanto, de uma lógica pura, ligada às razões primeiras da Filosofia, mas trata de pensamento organizado como manifestaçã de conhecimento, o qual busca “A verdade”, semelhantemente à Metafísica e à Ontologia. Diferentemente destas últimas, a lógica e a metodologia jurídica tratam dos critérios para que determinada meta possa ser atingida, é meio, portanto, e não fim. Em uma primeira conclusã da estranheza do Direito ao fenômeno religioso, há a vicissitude ontológico-

transcendental deste que não se mostra coadunável a mera racionalização dos fatos, a qual deriva de raciocínio imanentista.

À comentada estranheza do Direito à Religião são sobrepostas as teleologias funcionalistas de ambos os fenômenos, antiteticamente opostas entre si. A saber, a religião funciona como Solvente e o Direito como dinamogênico Social.

O Direito visa, em um primeiro momento, permitir a realização de fins sociais que não podem ser atingidos senão através dessa mesma forma de controle social. Assim é que fomenta determinado fim por promoção de ideias abstratas, através de atitudes de seus partícipes, id est, programa constitucionalmente meios que objetivam a Democracia e o Estado de Direito (como no caso brasileiro, ora em comento), os quais se dão em uma sociedade juridicamente coesa, ou seja, unida dinamogenicamente. Tal função promocional de dinamogenia social se faz através de mecanismos encorajamento e desencorajamento, sob uma perspectiva funcional (Bobbio, 2007, p.19), as primeiras são utilizadas com o objetivo de unir os díspares, enquanto que as medidas de desencorajamento são usadas com o objetivo de conservar a coesão social, ou seja, alguma manutenção do status quo da sociedade.

A Religião em sua funcionalidade social, novamente enquanto Ser, colide com o Direito, enquanto dever-ser, em sua funcionalidade de dinamogenia, de tal sorte que aquela funciona como solvente social. Tal interpretação se direciona como crítica weberiana a tradição sociológica de Durkheim, no sentido de se posicionar a paralaxe entre culturas tradicionais à civilização judaico-cristã. Se o sociólogo francês via que culturas aborígenes tinham seus indivíduos unidos pela religião (Durkheim, 2009, p.457), na cultura monoteísta medievo-moderna a religião monoteísta tem a capacidade de dissolver antigas pertenças e linhagens estabelecidas (Pierucci, 2006, p.111-127), inclusive pelo Direito, como a própria noção de Democracia, Laicismo e Direitos Humanos, em tese. A religião proseliticamente universalista, ou seja, com proposta de salvação individual, tende a predominar sobre os demais fenômenos sócio-culturais (inclusive o Estado Democrático de Direito) e funciona como um dispositivo que desliga as

pessoas do contexto cultural de origem, a saber, embebido nas garantias fundamentais da Carta de 1988.

Apesar dos entreveros da Constituinte, e do destino da atuação político-jurídica, da Quinta República, conforme asseveramos na primeira parte do Estudo, o legislador originário põe óbices a um eventual Império do Obscurantismo Religioso, a saber, o Princípio Democrático e a Laicidade. Explanar-se-á agora tais institutos, evidenciando em seguida suas abstrações e fetichizações, contribuindo para sua não efetivação no telos original – proteger as Garantias Fundamentais de ataques motivados por religião.

4 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS Oponíveis aos excessos Religiosos: Democracia e Laicismo

A Constituição de 1988 expressa a adoção do Estado Democrático de Direito, no sentido deste ser tanto material quanto formal, isto é inclui processos e procedimentos democráticos, respeito a Regra da Maioria sem que esta se opere em detrimento de qualquer minoria. Tal assertiva, consubstanciada no chamado Princípio Democrático, possui base empírico-legal tanto no Preâmbulo Constitucional como nos artigos relativos aos objetivos-fins do Estado Brasileiro, a saber artigos 1º e 3º da Constituição Federal de 1988. Dado como certo o princípio democrático, surge a questão da polissemia e indeterminação empírica do termo Democracia.

O primeiro problema a ser enfrentado é a noção fugidia de “Democracia”, bem como a lacuna constante entre teoria e prática de tal experiência política. Para fugir de determinações estanques, bem como evitar solipsismo acadêmico preso ao “sollen” democrático, outrossim, negar o cinismo de conceituações empiricistas e funcionalistas, há de se recorrer a teorizações holísticas, quasi temerárias a heterodoxias filosóficas. Assim, para uma melhor delimitação, a própria ideia de Estado democrático será lapidada em suas diversas acepções a fim de encontrar o mínimo consensual no qual a teoria proposta funcione. Com o fito de blindar intelectualmente o presente estudo, dada a vulnerabilidade

conceitual da ideia de democracia, usar-se-á um feixe de ideias que se complementam.

A partir do disposto por Bobbio (1998, pp. 319, 326, 327) é possível traçar um panorama, no qual ressaltam alguns autores que tiveram trabalhos seminais acerca do tema, a saber: Schumpeter, Mises, Popper, Hayek, Aristóteles, Tocqueville e Kelsen. Dividem-se tais autores, para o presente estudo, entre aqueles com uma teoria de democracia formal e de democracia material, sendo esta mais útil ao presente esforço intelectual do que aquela. Assim, pelo paradigma ora apresentado são mais profícuas ao estudo as teorias de Kelsen, Tocqueville e Aristóteles, enquanto se mostram mais frágeis na construção do constructo teórico as teses de Schumpeter, Mises, Popper e Hayek, visto que, no que têm em comum, tratam apenas de democracia formal e não material, que é o cerne do presente estudo.

Diferentemente dos autores supramencionados, a democracia deliberativa idealizada por Aristóteles, pelo que se depreende de “A Política” e de “Ética a Nicômaco”, nasce da exposição de opiniões coletivas, opiniões que divergem e convergem, tendendo a formar um intenso diálogo, que almeja o alcance da verdade prática, a qual orienta toda ação política – o que, sob determinado ângulo, é o havido na Corte Constitucional. Assim, em Aristóteles, o fundamento da democracia é a razão prática, entendida como prudência, que, por sua vez, busca uma verdade prática. A concepção teleológica de mundo de Aristóteles deve ser observada para que se possa entender a democracia deliberativa como uma forma de governo capaz de aproximar o homem da realização do seu telos (finalidade). Assim, com vistas a tratar de uma teoria mais imanente, é preciso contrabalançar a transcendência aristotélica. O caráter altamente idealizado do conceito em Aristóteles complementa-se com a democracia procedimental de Kelsen, entendida como um método capaz de criar a ordem social coletiva (Kelsen, 2000, pp. 102-104). Pelo disposto por Kelsen, a única justificação da democracia que se pode permitir uma filosofia relativista (conforme explicado nos fundamentos epistemológicos de ambos os autores), baseada na ciência, com algumas ressalvas fenomenológicas (Husserl, 1976, pp. 302, 331, 371), é uma justificação funcional. Tal justificação deixa a decisão sobre o valor social a ser

posto em prática a cargo dos indivíduos atuantes na realidade política – o que se torna um problema face ao papel contra-majoritário da Jurisdição Constitucional

Nesse passo, a democracia encontra seu fundamento, funcional, apenas na hipótese de os indivíduos atuantes na realidade política entenderem serem a liberdade e a igualdade os valores que devem ser postos em prática, e neste ponto jaz a principal diferença entre Kelsen e Schumpeter, Mises e Hayek. A democracia justifica-se, portanto, por ser, a forma de governo mais funcionalmente ajustada a realizar os valores liberdade e igualdade.

Visto que Kelsen, com esteio em Aristóteles e negação a Schumpeter e demais liberais, ainda que defenda a Democracia como forma, se preocupa com a materialidade desta. Portanto, para tal, problematiza a legitimidade e a possibilidade de uma ditadura da maioria (Kelsen, 2000, pp.178, 179), o que nos permite inferir que o austríaco compartilha da exposição de Tocqueville.

Tocqueville assevera que a total e incondicional prática da vontade da maioria, sem observação os limites superiores à legislação, tende a erodir a igual liberdade exigida pelo regime de governo democrático (Tocqueville, 2005, p.294). Essa possibilidade é identificada por Tocqueville como uma tirania da maioria, identificada quando os elementos da democracia não são alcançáveis ou garantidos para todos (Aron,1985, p. 205). Será, portanto, nesse horizonte normativo de Kelsen-Aristóteles-Tocqueville que o presente estudo há de ser desenvolvido.

Assim é que, no referido horizonte normativo, o Princípio Democrático se opõe aos excessos religiosos ao i)garantir a Regra da Maioria sem ameaçar minoria vulnerável; ii) garantir direitos às minorias sem obstar-se à maioria; iii) evitar absolutizações de qualquer espécie, porquanto, negando Standards morais absolutos eminentemente oriundos de weltanschauungen religiosas; iv) permitir formas e procedimentos de accountability acessíveis aos cidadãos. Pelo exposto, nesse entendimento de Princípio Democrático, por exemplo, questões como os Direitos Civis de cidadãos homoafetivos são necessariamente defensáveis. Outrossim, pelo mesmo princípio, o respeito às manifestações culturais de matrizes africanas não de ser defendidas. Na mesma linha de raciocínio são

solucionáveis as querelas concernentes aos crucifixos em repartições públicas e salmos impressos em papel moeda.

Exposta a questão do Princípio Democrático, põe-se a possibilidade de um entendimento religioso de Democracia - é necessária a dependência ontológico-moral do Estado a determinados ethoi religiosos? O Estado, e a sociedade que o compõe, ditam seus próprios Standards morais, e destes podem vir a derivar padrões normativos legais, a despeito de compromissos religiosos primeiros. Isto não significa que ab origine não haja influência de, por exemplo, concepções cristãs na formação no ordenamento jurídico – apenas significa que a ação volitiva Estatal não é aprioristicamente movida por determinada visão religiosa.

Sobre a impossibilidade de se fundar uma Democracia sob parâmetros religiosos tratou Kelsen. Segundo o jusfilósofo austríaco, eventualmente, devido à incapacidade ou falta disposição dos indivíduos para tomarem decisões relativas aos valores a serem implementados, o que seria uma aceitação corajosa das conseqüências dessas escolhas livres²⁴, surgem teorias nas quais o peso de tais decisões é transferido para os ombros de uma autoridade religiosa. Para Kelsen, a teologia cristã, ao oferecer uma justificação da democracia em termos não-relativistas, responde à pusilanimidade do homem moderno, dando-lhe o conforto de um fundamento aparentemente absoluto (Kelsen, 1993, p.206). Kelsen, a partir de uma análise crítica do pensamento teológico-democrático de Emil Brunner, Reinhold Niebuhr e Jacques Maritain (Kelsen, 1993, p.205), entende serem equivocados esses exercícios de fundamentação teológica absoluta da democracia no cristianismo, visto que, por um lado, a teologia cristã só é capaz de justificar a democracia como valor relativo e, por outro, inexistente uma relação essencial entre democracia e religião cristã. O homem moderno, para Kelsen, em referência aos pensadores supracitados, ao abrigar-se sob o pátio de valores absolutos, apenas recusa-se a perceber o poder de sua própria escolha livre

²⁴ A ênfase que Hans Kelsen dá às escolhas e ações do homem como independentes de ordens cosmológico-metafísicas dadas *a priori*, portanto, de inteira responsabilidade humana, permite inferir, segundo Cossio (1954), haver forte influência do Existencialismo de Kierkegaard (posteriormente Camus e Sartre, não contemporâneos à obra em comento) e Fenomenologia de Husserl, na obra do jusfilósofo.

como constitutiva dos valores sob os quais realmente se abriga. O esforço crítico kelseniano se orienta para a demonstração do caráter essencialmente relativista da justificação, erroneamente pensada como absoluta, do valor da democracia pela teologia cristã. Retoma-se, portanto, a oposição entre epistemologias absolutista e relativista (Kelsen, 1993, p.345) na construção de um ideal democrático.

Kelsen, em sua argumentação acerca da democracia, propõe uma analogia entre teoria política e disciplinas da filosofia, quais sejam, a epistemologia e a teoria dos valores. Na teoria de Kelsen, em última análise, com fito meramente argumentativo e didático, há duas formas de Estado antagônicas: a democracia e a autocracia. E na filosofia, tanto na epistemologia como na teoria dos valores, existe o antagonismo entre absolutismo filosófico e relativismo filosófico (Kelsen, 1993, p.161).

O exame da base filosófica da democracia, segundo Kelsen, não deve objetivar nem constituir-se em uma justificação absoluta da democracia, o que incidiria no paradoxo do ceticismo do pensamento de Sexto Empírico (Kolakowski, 2009, p.88). A forma institucionalizada de não permitir absolutizações ao Estado, em matéria religiosa ao menos, é o Laicismo – portanto, o Estado e seu arcabouço jurídico-normativo não são confessionais, no sentido de que não assumem peremptoriamente a validade de determinada noção metafísico-cosmológica, id est, não se apresenta nem como teísta nem como ateu.

A laicidade deriva do Estado e não da religião, no sentido de que aquele se afirma e, em alguns casos, impõe a laicidade (Bracho, 2005). É a laicidade uma noção que possui caráter negativo, restritivo, compreende-se, sucintamente, como a exclusão ou ausência da religião da esfera pública. Assim, a laicidade implica a neutralidade do Estado em matéria religiosa em dois sentidos diferentes, sendo o primeiro acima comentado (exclusão da religião do Estado e da esfera pública), e o segundo referente à imparcialidade do Estado às religiões, i.e., todas tratadas com igualdade, resumidamente pelo binômio neutralidade-imparcialidade (Barbier, 2005). Há laicidade quando o poder político não é mais legitimado pelo sacro e quando não há a dominação da religião sobre o Estado e a sociedade, implicando a autonomia do Estado, dos poderes e das instituições públicas em

relação às autoridades religiosas e a dissociação da lei civil das normas religiosas (Baubérot, 2005).

Outrossim, laicidade não se confunde com a liberdade religiosa, o pluralismo e a tolerância, havendo estas sem que haja laicidade, como é o caso da Grã-Bretanha e dos países escandinavos, nos quais há Igrejas do Estado (Barbier, 2005). De maneira semelhante, no Brasil a constituição Imperial de 1824 já garantia o direito à liberdade religiosa a outras religiões além do catolicismo, ainda que houvesse união entre Estado e Igreja Católica, sendo esta a religião oficial do império, já existia neste período um determinado grau de liberdade religiosa (Mariano, 2006). Pluralismo, tolerância, enfim, liberdade religiosa são a consequência lógica da secularização e não da laicidade, visto que esta se refere a um animus político-jurídico do Estado e/ou sociedade, enquanto aquela é um fato ou processo havido em determinado agrupamento social. Laicidade e secularização são termos que não se referem a idênticos processos históricos e sociais. Em diversos países europeus há sociedades altamente secularizadas, como, por exemplo, a Inglaterra e as monarquias escandinavas, onde as práticas e os comportamentos religiosos declinam²⁵, mas que, entretanto não são Estados laicos.

Observa-se, pelo argumentado, que o caso brasileiro é distinto dos países não laicos, mas secularizados, todavia semelhante ao ocorrido no na Europa austral, no que tange às relações entre Estado e Igreja Católica (os Estados são laicos juridicamente, mas celebraram diversos tratados concordatários que acabaram por privilegiar o grupo religioso majoritário), e, atualmente, grupos evangélicos, configurando-se uma “quase laicidade” (Catroga, 2006), visto que no decorrer da história brasileira, mesmo com a separação jurídica entre o poder político e a organização religiosa majoritária, são palpáveis os “vínculos, compromissos, contatos, cumplicidades entre autoridades e aparatos estatais e representantes e instituições católicas” (Giumbelli, 2000, p.155).

²⁵ Dados empíricos completos exarados em estudo requisitado pela Comissão Europeia e Diretoria Geral de Pesquisas da União Europeia disponível em:
http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_225_report_en.pdf

Assim é quem o presente estudo justifica o Fracasso Laicista da Carta de 1988 – não seria um fracasso, mas um processo incompleto, pois não vinculou-se a secularização, *conditio sine qua non* da efetivação das normas laicistas. O perigo neste suposto fracasso, ou incompletude do processo constituinte, é que a não efetivação da Laicidade põe em risco os próprios Direitos Fundamentais e o Estado Democrático de Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao tratarmos de temas como ‘democracia’, ‘religião’, ‘laicismo’, etc., haverá, inexoravelmente, alguma lacuna entre o que emerge da empiria e os constructos metafísico-lógicos de proveniência psíquico-reflexiva (Sartre, 2011, p.136). Assim, as estruturas engendradas pela consciência transcendental, ao serem transpostas para o mundo da experiência, não desaparecem, embora pareçam aprisionadas às contingências mundanas, meramente se distanciam, em maior ou menos medida, do que foi inicialmente elaborado pela mente humana (Sartre, 2011, p.119). Outrossim, em temas como os presentemente tratados, a realidade sensível ao ser cotejada às suas respectivas ideias primevas, depende em sua própria consistência de um certo desconhecimento dos participantes/concernidos. (Žižek, 1999, p.21). Prescinde, assim, a agenda Laicista brasileira de uma congruente agenda secularizante implementada pelo direito em sua função de promoção de valores morais (ou eticidade, em termos kantianos).

O expediente para implementação fática de uma norma Laicizadora através de um ethos secularizador deve, aprioristicamente, ter a noção da lacuna existente entre Ser e Dever ser. Assim, entende-se que Secularização jaz no Ser, enquanto Laicização resta no Dever-ser. A tal lacuna entre os fenômenos, grava-se sua determinante historicidade. Ficam claros os problemas do projeto de Secularização e a ideia de Laicismo - são frutos de uma Modernidade ora débil, tanto pela crise de seus referenciais quanto pela radicalização de suas vicissitudes. O desencantamento das metanarrativas da ciência e Razão, faz urgir a necessidade de algo que outorgue sentido a vida dos indivíduos. Tal fato, por si só, já desautoriza o discurso secularista. Agrava o fato de que a religiosidade que

emerge dessa modernidade (ou hiper/pós-modernidade) compartilha com o espírito atual – fragmentação social, desconfiança ante ao racional, intensidade emocional, e, o mais grave, tudo em escala industrial. O tipo ideal de pensamento religioso antes trabalhado quase não muda, mas é exacerbado exponencialmente. Por todo exposto, importa trabalhar no presente estudo esta hipótese de esgotamento da ideia de Secularização da Política, sendo necessária a utilização do Direito como promotor do ideal Laicista por meio da secularização das relações jurídicas, havendo, em grande medida, resgate de alguma crença em meta-narrativas humanistas.

Conforme foi visto, são princípios constitucionais a Laicidade e a Democracia. É possível, a partir destes dois ditames fundamentais da Carta Magna, obstar qualquer atividade normativa com vistas religiosas. E isto deve ser feito tendo em vista a consequência finalística da norma e sua observância às normas superiores a ela das quais retira validade (Kelsen, 2003, pp.4-18).

A bilateralidade da relação entre direito objetivo/subjetivo e sujeito/objeto de direito, é a nota distintiva fundamental entre a norma moral e a jurídica (Kelsen, 2000, pp.107-119). Àquela dirigem-se quaisquer agrupamentos envolvidos em determinados ethea, à esta dirige-se o Estado e a Sociedade nele abarcada, a qual jaz ontologicamente sob algum sistema de Direito. Normas e os atos normativos do Estado ao ferirem finalisticamente (por um facere ou um non facere) as bases fundamentais da Constituição em detrimento de determinada visão religiosa, colocam em risco todo o edifício normativo.

O respeito a cada norma, a legalidade, é o respeito ao Sistema que sustenta o Estado de Direito. Da legalidade depreende-se a noção de sistema Jurídico, conceito polissêmico e de noção fugidia. Tal sistema é conceituado, em diversas noções, sob o signo de dois elementos, quais sejam, ordem e unidade (Canaris, 2002, p.20). Da ordem depreende-se a ordenação a qual compreenderá uma racionalidade apreensível de determinado estado de dadas coisas. Por outro lado a unidade serve como impeditiva de dispersão. Ao se identificar a noção de Sistema aos signos de ordem e unidade, depreende-se a própria ideia de Direito. A ordem referenciada ao sistema consubstancia-se pelo escalonamento de normas, o qual tem seu ápice empírico na Constituição cujas justificações

subjacentes jazem em seus princípios. Por conseguinte, o respeito aos princípios Constitucionais a despeito de Weltanschauungen religiosas mira por fim a manutenção do próprio Estado de Direito. Cada jurista, na defesa dos princípios constitucionais, ao se por contra ditames religiosos é um Prometeu, um libertador do gênero humano.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Politics**. London: William Heinemann. 1959.

ARON, R. **Estudos Políticos**. Brasília: Editora UNB, 1985.

BARBIER, M. Por una definición de la laicidad francesa. In: “**Revue Le Debat**”, nº 134, mars-avril 2005. Disponível em: <www.libertadeslaicas.org.mx>. Acesso em julho de 2013.

BAUBÉROT, J. Laïcité et construction européenne. In: BAUBÉROT, J. “**L’enseignement du fait religieux**”. França. 2005. Disponível em: <<http://jeanbauberotlaicite.blogspot>>. Acesso em julho de 2013.

BOBBIO, N. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Editora Manole, 2007.

BRACHO, C. V.: Laicidad y estado moderno. In: “**Definiciones y procesos. Questiones Políticas**”, nº 34, enero-junio de 2005, 157-153, Venezuela. 2006. Disponível em: <www.libertadeslaicas.org.mx>. Acesso em julho de 2013.

BRASIL, Assembléia Nacional Constituinte. **Diário da Assembléia Nacional Constituinte**. Várias edições.

BRASIL, Assembléia Nacional Constituinte. **Regimento interno da Assembléia Nacional Constituinte**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987.

CATROGA, F. **Entre deuses e césares**: secularização, laicidade e religião civil. Coimbra: Almedina. 2006.

CANARIS, C. W. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

DURKHEIM, E. **As Formas Elementares da Vida Religiosa**. São Paulo: Martins Fontes. 2009.

DURKHEIM, E. **Die Regeln der soziologischen Methode**. Berlin: Neuwid, 1980.

GIUMBELLI, E. O fim da religião: controvérsias acerca das 'seitas' e da 'liberdade religiosa' no Brasil e na França. **Mimeo**: Tese de Doutorado em Antropologia Social, Museu Nacional, UFRJ. 2000.

HUSSERL, E. **La Crise des Science Européenes et La Phénoménologie Transcendantale**. Paris: Éditions Gallimard. 1976.

KELSEN, H. **A Democracia**. 1ª ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 1993.

KELSEN, H. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2003

KOLAKOWSKI, L. **Sobre o Que nos Perguntam os Grandes Filósofos – Vol. 1**°. Editora Civilização Brasileira: Rio de Janeiro. 2009.

MACHADO, M. das D. C. Religião. Cultura e Política. In. “**Religião e Sociedade**”, Rio de Janeiro, 32(2): 29-56. 2012

MARIANO, R. **Secularização na Argentina, no Brasil e no Uruguai**. Trabalho apresentado na Reunião Brasileira de Antropologia, 25, 2006, Goiânia.

PERELMAN, C. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes. 2004.

PIERUCCI, A. F. **Religião como Solvente**. In. “Novos Estudos CEBRAP 75”, julho 2006 pp. 111-127.

PIERUCCI, A. F. Representantes de Deus em Brasília: a bancada evangélica na Constituinte. In: **Anpocs, Ciências Sociais Hoje**, 1989. São Paulo: ANPOCS/Vértice, 1989, pp. 104-132.

PIERUCCI, A. F. O Envolvimento Dos Pentecostais Na Eleição De Collor. In: “**Novos Estudos CEBRAP 34**”, novembro 1992 pp. 92-106

PIERUCCI, A. F. Eleição 2010: Desmoralização Eleitoral Do Moralismo Religioso. In. “**Novos Estudos CEBRAP 89**”, março 2011 pp. 5-15.

SARTRE, J. P. **A Imaginação**. Porto Alegre: L&PM. 2011.

SIMMEL, G. **Essays on Religion**. Yale: Yale University Press - Durham, 1997.

SLOTERDIJK, P. **A Loucura de Deus – do combate dos três monoteísmos**. Lisboa: Relógio D'Água Editores. 2009.

TOCQUEVILLE, A. **A democracia na América**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ŽIŽEK, S. **On Belief**. London: Roudlege. 2001.

ŽIŽEK, S. The Sublime Object of Ideology.

PEC/99: DEVEM AS ASSOCIAÇÕES RELIGIOSAS PROPOR AÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NUM ESTADO LAICO DE POLÍTICA JUDICIALIZADA?

Igor Suzano Machado

Ana Paula Costa

Bruno Monteiro Duarte

RESUMO: O presente artigo almeja analisar a pertinência da PEC 99/11, que garantiria às associações religiosas maior poder político num cenário de judicialização da política, ao permitir que essas associações proponham ações de controle de constitucionalidade. Diante de tal contexto, a presente pesquisa analisa a questão por quatro linhas de questionamento. 1. as justificativas teóricas do controle de constitucionalidade das leis admitiriam a presença da religião em seu fomento? 2. a ideia de laicidade no espaço público admitiria a presença da religião no controle de constitucionalidade das leis? 3. as diferentes concepções de justiça aceitam que se misture religião e direito? E 4. os argumentos e interesses religiosos têm se feito presentes no judiciário brasileiro, independentemente da institucionalização da PEC/99? O que se pode observar das investigações acima é que a teoria política se mostra potencialmente divergente a respeito do tema. Em termos fáticos, as demandas religiosas têm chegado ao STF, mas encontrado pouco sucesso nas decisões dos tribunais. Ou seja, aceitar a modificação proposta pela PEC/99 tem relação direta com a forma como se compreende a justiça e a democracia. Contudo, independentemente do texto constitucional, é importante como os próprios ministros compreendem a questão, o que tem consequência direta sobre o resultado de seus julgamentos.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade, Associações religiosas, PEC/99

1 INTRODUÇÃO

A problemática na qual se fundamenta esta pesquisa provém de um tema clássico da filosofia política: a relação tendencialmente conflituosa entre a política e a religião. Tal tema ganha relevância e novos contornos no Brasil contemporâneo. Relevância devido a uma série de questões políticas importantes que atualmente desafiam dogmas das religiões majoritárias do país, como o

reconhecimento de relações homoafetivas, avanços científicos que atuam diretamente sobre a constituição humana e possibilidades de reconhecimento do direito feminino ao aborto. E novos contornos devido ao atual contexto de judicialização da política, em que tais questões políticas importantes são decididas não apenas na arena legislativa, mas também na arena judiciária, em que não impera, necessariamente, a lógica majoritária. Em meio a esse contexto, emerge a PEC 99/11, que garantiria às associações religiosas maior poder político nesse cenário judicializado, ao poderem propor ações de controle de constitucionalidade. Essa conjuntura exige atenção das ciências sociais, que não devem se furtar a examiná-la. Com isso, a presente pesquisa busca contribuir nesse sentido, oferecendo àqueles envolvidos no debate um ponto de vista diferenciado, que não se vincula diretamente às ordens religiosas ou partidárias envolvidas no embate, mas pode auxiliá-las na organização de seus argumentos e pautas de luta, assim como informar ao público em geral como tal embate pode ser situado nos termos consolidados pela teoria política ao longo da história.

Atualmente, pode-se dizer que a política brasileira vivência um contexto de judicialização, isto é, pode-se dizer que parte importante de seus embates e suas decisões não se passa exclusivamente nos poderes Executivo e Legislativo, mas também no poder Judiciário. Existe um debate teórico acerca do tema e, ainda que alguns autores questionem esse enquadramento, é difícil negar o protagonismo que o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), tem assumido em questões políticas controversas, com seus personagens ocupando lugar de destaque na mídia e suas discussões, que antes eram restritas ao âmbito jurídico, sendo tema do debate público mais amplo.

Diante desse cenário, o processo de produção legislativa típica não necessariamente está confinado aos poderes Executivo e Legislativo, pois, após a aprovação das leis em tais instâncias, existe a possibilidade de anulação da lei pelo Judiciário que, assim, torna-se um importante ator de veto na efetivação da vontade política. A presença na arena judiciária, desse modo, passa a ser estrategicamente relevante para atores políticos que pretendem tornar efetivas suas vontades, tendo em vista que tal efetividade não é mais garantida pela simples vitória majoritária nas instâncias legislativas tradicionais.

Aliado a isto, temos a difícil delimitação de até onde a religião pode definir os rumos da política, tema que faz parte da reflexão sobre a política, desde autores clássicos da teoria política como Hobbes, tendo continuidade no embate contemporâneo com autores liberais como John Rawls e comunitaristas como Michael Sandel. O encontro desses dois pontos, isto é, até onde a religião pode definir os rumos da política judicializada, desemboca no objeto de estudos da presente pesquisa, que tem como fato catalisador deste debate a emergência da Proposta de Emenda Constitucional número 99 (PEC 99/2011), que visa justamente inserir as associações religiosas no âmbito do controle de constitucionalidade das leis. Proposta pelo deputado João Campos de Araújo (PSDB-GO) a PEC 99/2011 tem como objetivo permitir que as associações religiosas de âmbito nacional possam propor Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIN) e Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADECON) junto ao Supremo Tribunal Federal (STF). Esses mecanismos permitiriam às entidades religiosas se manifestarem sobre a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de leis e atos do executivo perante o Judiciário.

A PEC 99/11 causou divergências, não só entre parlamentares, mas entre a sociedade civil. Existe um abaixo-assinado virtual no endereço eletrônico do Avaaz contra a PEC 99/11 que já conta com mais de 65 mil assinaturas. Há quem veja a proposta como um atentado à laicidade do Estado e à própria democracia. Alguns críticos desta PEC argumentam que as entidades religiosas usariam as ADINs e ADECONs a favor da defesa de uma moral religiosa que poderia ser prejudicial ao progresso igualitário e democrático. Segundo o argumento de alguns críticos da proposta, a introdução de argumentos religiosos significaria um retrocesso na política. Em março de 2013, a referida proposta de emenda foi aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Congresso e atualmente está aguardando a criação de uma comissão temporária especial para votar sua aprovação. Caso seja aprovada pela comissão especial, a proposta ainda terá que ser votada pelo plenário para poder entrar em vigor.

Tendo em vista a polêmica causada pela PEC 99/11, acreditamos ser relevante nos debruçarmos sobre o debate teórico sobre a judicialização da política e a presença da religião no espaço público, de forma a melhor situar o

surgimento da PEC no contexto brasileiro e as possíveis consequências de sua aprovação. Como forma de abordar tal tema, iremos nos deter primeiramente no debate sobre a judicialização da política pelo controle de constitucionalidade das leis e suas possíveis justificativas (tópico 1), passando posteriormente ao debate acerca do processo de secularização da sociedade moderna (tópico 2) e, por fim, adentrando no embate entre liberais e comunitaristas no que tange ao lugar que devem ocupar os argumentos religiosos no espaço público (tópico 3).

2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Segundo Leonardo Avritzer (2013), os processos de judicialização têm como origem comum a tradição do governo misto e o debate entre federalistas e antifederalistas, tendo como componentes principais a expansão do poder dos juízes e a expansão dos métodos jurídicos para além do Poder Judiciário. Para Luiz Werneck Vianna (2013), “têm-se chamado de judicialização da política o exercício por parte de tribunais ou de cortes de justiça, [...] do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Executivo” (VIANNA, 2013, p. 207).

Os mecanismos de judicialização têm origem nos Estados Unidos da América com o *judicial review* em 1803, mas é a partir da segunda metade do século XX que se intensifica e expande a judicialização. Hirschl (2004 *apud* ARANTES, 2013) aponta seis grandes fases do processo de expansão da judicialização por meio da constitucionalização. A primeira fase está ligada à onda de reconstrução dos países derrotados da Segunda Guerra Mundial; a segunda remete ao processo de descolonização e independência de países como Índia, Ghana, Nigéria e Kenya; a terceira fase inicia-se nos anos 1970 e é conceituada pelo autor como transição singular, remetendo à transição de países autoritários ou quase democráticos para a democracia, como Portugal, Grécia, Espanha, Colômbia, Bolívia e Brasil; a quarta fase refere-se à transição dos países pós-comunistas como Polônia, Hungria e Rússia; a quinta fase remete à incorporação de padrões internacionais e transnacionais de direitos humanos; e, por último,

Hirschl aponta a existência de países que incorporaram elementos da judicialização sem terem sofrido mudanças fundamentais em seus regimes político ou econômico, tais como no México, Canadá, Nova Zelândia e Israel.

Segundo a análise exposta anteriormente, o Brasil faz parte da terceira etapa da judicialização, a transição singular. A Constituição de 1988 foi elaborada em um contexto de reabertura política, em que o Brasil saía de um regime autoritário de duas décadas. A necessidade de firmar um Estado democrático frente a um histórico de autoritarismos fez com que se ampliasse o poder do Judiciário, dando-se maior importância ao mecanismo de controle de constitucionalidade das leis ao aumentar o número de setores do governo e da sociedade civil com acesso a estes recursos. O Brasil se enquadra, portanto, na análise de Rogério Bastos Arantes (2013) de que países em estado de fragilidade política adotam mecanismos de fortalecimento do Judiciário como defesa contra o autoritarismo.

Na prática, entre 1988 e 2013 foram ajuizadas mais de quatro mil ADINs, o que resulta em uma média de uma a cada dois dias (ARANTES, 2013). Segundo Arantes, as ADINs são promovidas atendendo a interesses específicos e particularismos. Os partidos políticos utilizam do mecanismo para embaraçar a implementação de leis que não estão de acordo com seus interesses. A maioria das ADINs são julgadas pelo STF como infundadas. No entanto, apesar disso, elas tem efeito midiático de atraso e descrédito, servindo como estratégia política. Em certos casos, discussões cotidianas e típicas do Congresso são levadas para o âmbito do Poder Judiciário, caracterizando uma judicialização dos conflitos políticos. Esse processo pode gerar um desequilíbrio entre os três poderes, que é intensificado pelo descrédito do Poder Legislativo e do Poder Executivo, constantemente acusados de corrupção e de não atenderem ao interesse geral.

Luiz Werneck Vianna (1999) pontua a existência de duas correntes interpretativas do processo de judicialização da política: o que ele chama de eixo analítico procedimentalista e o que ele chama de eixo analítico substancialista. No eixo substancialista, estão incluídos autores como Cappelletti e Dworkin, sendo este um de seus principais representantes. Para essa corrente, a judicialização é um processo arriscado e aventureiro, mas que é favorável ao desenvolvimento da

igualdade. Para os procedimentalistas, eixo que tem como nomes de referência Garapon, Habermas e John Hart Ely, a ampliação dos direitos e dos mecanismos do Judiciário levaria a um desestímulo da face libertária e reivindicatória da cidadania social, gerando uma cidadania passiva de “cidadãos clientes”. Para os procedimentalistas, de forma geral, dever-se-ia privilegiar a formação de uma cidadania ativa em oposição à privatização da cidadania e à estatização dos movimentos sociais que ocorre com o processo de judicialização. Como forma de melhor compreender as justificativas substancialistas e procedimentalista do controle de constitucionalidade das leis, serão analisadas em maior detalhe as perspectivas teóricas de Ronald Dworkin, do lado substancialista, e John Hart Ely, do lado procedimentalista.

Ao analisar a Constituição dos Estados Unidos, Ronald Dworkin advoga que o arcabouço jurídico de uma sociedade não é composto apenas por regras, mas por princípios. Contrariamente ao positivismo jurídico, que explica o fenômeno jurídico através de concepções de direito positivo, uma comunidade política partiria de concepções morais para a formulação de regras que serão legitimadas pela Constituição e estas gerarão direitos e deveres comuns aos membros desta comunidade, fazendo com que moralidade e direito interajam de uma forma que não permite que sejam compreendidos separadamente. Mesmo assim, ele completa, existe uma distinção entre princípios e política, pois os princípios correspondem à busca por direitos individuais e apresentam uma dimensão de peso ou importância, enquanto a política corresponde a objetivos coletivos e são pautados por um conjunto de regras. Nas palavras de Dworkin:

Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...] Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN, 2002, p. 36).

É nesse cenário que surge a discussão acerca das formas de interpretação utilizadas na revisão judicial. Ao considerar que a moralidade de uma comunidade política é pautada por princípios que ela considera importantes e, ainda, que a Constituição não é um modelo estático, de modo que estabelece valores que são

construídos e podem se alterar em decorrência das mudanças sociais e de época, Dworkin advoga que estes princípios precisam ser interpretados. Diante deste cenário, cabe a indagação acerca de a quem convém interpretar a Constituição. De acordo com Dworkin, cabe ao Judiciário a decisão de declarar uma lei inconstitucional ou não. Isso porque o papel do Poder Judiciário, na leitura de Dworkin, é proteger a democracia e os direitos das pessoas, possibilitando meios para seu funcionamento e impedindo que o Poder Legislativo anule direitos individuais. A Corte Constitucional numa sociedade democrática representa um fórum de proteção e desenvolvimento da democracia, uma vez que não deixa a decisão acerca dos direitos sob a responsabilidade e arbítrio do legislador. Este pode ser o principal fórum de deliberação acerca de políticas, mas não o principal fórum de deliberação acerca de princípios.

Outro ponto importante acerca do papel do Judiciário estaria na proteção das minorias: estas devem ter seus direitos defendidos contra o excesso de poder da maioria. Considerando que as decisões políticas são norteadas pelos interesses da maioria que compõe uma comunidade política democrática, de modo que eles já são representados e protegidos pelos poderes Legislativo e Executivo, as minorias precisam ter seus direitos protegidos. Desse modo, a revisão judicial, segundo o pensamento de Dworkin, deve atentar para o processo de decisões políticas substantivas, tornando mais equitativo o poder político através de suas decisões. Cabe ao Judiciário aplicar o direito utilizando o princípio adequado com a finalidade de uma decisão justa em sua substância.

Partindo para uma outra perspectiva teórica, John H. Ely, em sua obra *Democracia e Desconfiança*, contrapõe-se à teoria substantivista de Dworkin, baseada em valores substantivos, tais como igualdade e liberdade. Segundo seu argumento, a Constituição Americana original tratava principalmente de questões procedimentais e estruturais, e não de identificar e preservar os valores substantivos específicos. A ideia de uma Declaração de Direitos só surgiu no final da Convenção Constitucional, e foi então rejeitada. No mesmo sentido, tem-se que, por um lado, a extensão do direito de voto a grupos anteriormente excluídos, tem sido o tema dominante das emendas à Constituição norte-americana, e assim se manifestam dois amplos temas constitucionais: a garantia de um processo

político aberto a todos e a consequente imposição aos representantes do dever de dedicar tanto à maioria, quanto às minorias, a mesma consideração e respeito. A título de exemplo, o autor utiliza a Décima Oitava Emenda, que defendia o valor da abstinência de álcool, que foi revogada quatorze anos depois, exatamente porque foi uma tentativa de fixar um valor substantivo, que não cabe à Constituição. Segundo Ely:

As outras disposições constitucionais que sacramentam valores tiveram história semelhante e igualmente instrutiva. Algumas sobreviveram, mas em geral porque são tão obscuras que nunca dão problema, ou porque estão a tal ponto entrelaçadas com questões procedimentais que parecem ser apropriadas à Constituição. As que mais se destacavam, ou que eram suficientemente minuciosas para serem contestáveis, não sobreviveram. (ELY, 2010, p.132)

Na democracia representativa, segundo o autor, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos e, se a maioria realmente desaprová-los, poderá destituí-los através do voto. Ely nos expõe que o mau funcionamento ocorre quando o processo não merece nossa confiança, quando os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou quando, embora a ninguém se negue explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva põem em desvantagem alguma minoria, devido à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses. Portanto, negam às minorias a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos. Logo, enquanto um procedimentalista, Ely entende que incube ao Poder Judiciário apenas a função de guardar o funcionamento do processo democrático e a preocupação da sobreposição de interesses de grupos majoritários, em função dos minoritários, defendendo uma abordagem do controle judicial de constitucionalidade que seja orientada pela noção de participação e favoreça a representatividade, mas sem interferir na decisão acerca de valores substantivos, que deve ser reservado ao Poder Legislativo.

Voltando à PEC 99/11, temos que na exposição histórica apresentada em sua justificativa encontra-se como argumento a superioridade da Constituição brasileira como delimitadora dos poderes do Estado e o mérito dos Evangélicos como coadjuvantes na consolidação de princípios presentes na Constituição e na

garantia de liberdade de culto e religião. O texto também aponta o caráter diferenciado com que são tratadas as entidades religiosas, as quais, a partir da Constituição de 1988, passaram a gozar de uma autonomia privada com intervenção mínima do Poder Público, diferenciando as associações religiosas das associações e organizações de classes e de fundações e associações sem fins lucrativos. Segundo a justificativa,

O movimento evangélico cresce no Brasil, portanto, associado ao sentimento de liberdade cívica que vem à luz com a República, onde a Constituição como norma fundamental assume grande significado político, tornando-se, sobretudo, instrumento de garantia individual e de limitação do poder do Estado, e como tal, passa a iluminar o sistema jurídico nacional. Neste contexto, não há como não se reconhecer o mérito dos Evangélicos brasileiros em coadjuvar na consolidação de princípios no cerne da Constituição (grifo nosso), como garantidores da liberdade de culto e de religião. [...] Com este paradigma, considerando que os agentes estatais no exercício de suas funções públicas, muitas vezes se arvoram em legislar ou expedir normas sobre assuntos que interferem direta ou indiretamente no sistema de liberdade religiosa ou de culto nucleado na Constituição, faz-se necessário garantir a todas as Associações Religiosas de caráter nacional o direito subjetivo de promoverem ações para o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos, na defesa racional e tolerante dos direitos primordiais conferidos a todos os cidadãos indistintamente e coletivamente aos membros de um determinado segmento religioso, observados o caráter nacional de sua estrutura. (PEC 99/2011 - Câmara dos Deputados)

Percebe-se nos trechos expostos da justificativa que os argumentos dos proponentes da emenda se aproximam da visão de Dworkin acerca do direito e do controle de constitucionalidade. Tanto no trecho citado, quanto para Dworkin, a Constituição é norma fundamental, escritura base do Estado e que delimita seus poderes. O texto do deputado João Campos também faz menção ao “mérito dos Evangélicos brasileiros em coadjuvar na consolidação de princípios no cerne da Constituição”. Para Dworkin, a Constituição é construída tendo como pano de fundo princípios norteadores que devem ser a base do processo interpretativo da revisão constitucional. Os princípios são de suma importância na interpretação e percepção do que seria o justo e o injusto, o correto e o errado, nas decisões do judiciário. As constituições brasileiras tiveram a constante presença de valores religiosos, que foram pouco a pouco sendo abandonados através de um processo de secularização do Estado. A introdução de agentes representantes dos valores

religiosos garantiria a defesa de princípios presentes na Constituição. Dessa forma, pode-se dizer, até certo ponto, que a exposição teórica de Dworkin pode servir de fundamento para a introdução da PEC.

Por outro lado, pode-se buscar um olhar mais realista, que procure compreender os agentes envolvidos no processo vendo-os como grupos que se articulam em busca de interesses específicos. O autor da PEC 99/11 (deputado João Campos) faz parte da Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional, e foi também fundador de outros projetos que ficaram conhecidos como a “cura gay” e a “PEC da impunidade”. A bancada evangélica se consolidou como um grupo de grande força política, que por mais que não seja maioria no Congresso, também não é minoria. Portanto, cabe compreender o que a PEC 99/11 representa dentro da estratégia política desse grupo, como quais as formas que as ADIN e ADECON seriam utilizadas. Nesse caso, se seguirmos os ensinamentos de Ely, as únicas associações religiosas que poderiam se beneficiar de um mecanismo de controle de constitucionalidade seriam aquelas vinculadas a religiões minoritárias, excluídas do processo legislativo ordinário, o que não seria o caso dos evangélicos que, de forma diametralmente oposta à visão de Ely sobre o controle de constitucionalidade, utilizariam tal controle para a defesa de valores substantivos.

Ou seja, para Dworkin, o controle de constitucionalidade é circunscrito pelos princípios. Dessa forma, seria aceitável inserir as associações religiosas no Art. 103 da Constituição Federal, possibilitando-as criticarem a constitucionalidade de leis com base em princípios morais. No entanto, para John Hart Ely, os mecanismos de controle de constitucionalidade devem ser utilizados em defesa dos procedimentos de manifestação democrática da opinião, por exemplo, protegendo minorias que não possuem representatividade política. Nesse caso, não faria sentido aceitar que um mecanismo de controle de constitucionalidade se tornasse instrumento de defesa de valores substantivos, caros a um grupo que sequer encontra problemas em manifestar seus interesses na esfera legislativa tradicional.

3 SECULARIZAÇÃO E LAICIDADE DO ESTADO

Em uma das obras mais densas da teoria política contemporânea sobre o tema da secularização, Charles Taylor (2010) analisa a relação entre religião e espaço público nos termos da perda da centralidade da religião na sociedade moderna. A proposta do referido autor é, então, analisar o significado de viver numa era secular, associando a temática da secularização a um espaço de estudo delimitado: o ocidente, ou mais especificamente, o norte do ocidente – o mundo do Atlântico Norte. Ao fazer um contraste de caráter político histórico, Taylor nos convida a voltarmos o olhar para o passado e recuarmos alguns séculos em nossa civilização fazendo uma análise das sociedades arcaicas, de modo que constataremos que a religião estava presente em todos os espaços, tantos os de âmbito privado quanto os referentes à vida pública, como a política e a economia. Era impensável qualquer tipo de atividade pública sem a presença da religião, ou, mais especificamente, sem se “encontrar com Deus” – o Deus cristão. Desse modo, segundo o argumento de Charles Taylor,

Se recuarmos alguns séculos em nossa civilização, veremos que Deus estava presente no sentido acima numa grande quantidade de práticas sociais – não apenas nas políticas – e em todos os níveis da sociedade. Por exemplo, quando o modo de funcionamento do governo local era a paróquia, e a paróquia era ainda essencialmente uma comunidade de oração; ou quando as associações mantinham uma vida de rituais que não era apenas pro forma; ou quando os únicos modos pelos quais as sociedades em todos os seus componentes podia mostrar-se para si mesma eram as festividades religiosas, como por exemplo, a procissão de Corpus Christi. Naquelas sociedades, as pessoas não podiam engajar-se em nenhum tipo de atividade pública sem “encontrar Deus” no sentido acima mencionado (TAYLOR, 2010, p. 14).

A configuração social das sociedades arcaicas era caracterizada por uma lógica de vida pública condicionada à vida religiosa, de modo que grande parte das práticas sociais, não só relacionadas à política, eram pautadas pela religião. No entanto, este cenário se modifica ao longo do tempo. Os espaços públicos, paulatinamente, foram esvaziados da presença de Deus – ou qualquer outro ser sobrenatural – e de referências a crenças religiosas e as dimensões da vida social foram se racionalizando cada vez mais, de modo que o Estado foi se tornando desprendido de conexões dogmáticas. Passamos, então, de uma realidade

devota, de caráter cristã ou pagã, à uma realidade ocidental que valoriza interpretações descrentes.

A narrativa proposta pelo autor constitui-se em pensar no que consiste a secularização considerando três dimensões: secularização no sentido de autonomia das instituições, prática comuns e Estado; Abandono das convicções e práticas religiosas; e secularidade em termos de condições de fé. Em termos das instituições, práticas comuns e o Estado, na atualidade as Igrejas encontram-se separadas das estruturas políticas – com algumas exceções, como países britânicos e escandinavos – e as pessoas podem atuar nas instituições sem se deparar de modo forçoso com a religião. Portanto, na era secular, a religião tem caráter privado e a sociedade política é vista como uma comunidade de crentes e descrentes igualmente. Isto quer dizer que tanto o argumento de indivíduos que adotaram uma fé quanto daqueles que não adotaram devem ser considerados no Estado Moderno. O esvaziamento do espaço público também se dá em práticas de rituais religiosos, os quais foram abandonados, como orações ou o uso de símbolos religiosos.

Na segunda dimensão, o sentido da secularização se dá no abandono das convicções e práticas religiosas, referindo-se ao afastamento das pessoas de seus deuses, que não mais frequentam a Igreja - ou ambientes de culto religiosos - ou participam de cerimônias religiosas. Os países da Europa, de acordo com Taylor, são os que se tornaram majoritariamente seculares nesse sentido. O termo secularização não se refere apenas ao fato de a política ter-se tornado secular, ou a fato dos indivíduos não frequentarem Igrejas e se engajarem na religião, mas refere-se também ao fato de que a crença no que é transcendente ocorre agora em condições diferenciadas. Existe na modernidade uma pluralidade de crenças e uma série de alternativas relacionadas à questão de fé.

As condições de fé dizem respeito à terceira dimensão descrita pelo autor, que está vinculada ao primeiro e ao segundo sentidos. A fé cristã vigente não é mais inquestionável e axiomática. Agora existem opções de questionamentos e crenças que podem ser escolhidas pelos indivíduos de acordo com suas concepções pessoais. A mudança de fé pode ser justificada pela dificuldade de se conservar a própria fé ou apenas pela possibilidade de mudar diante da opção de

escolha. Esta abrangência permite que as pessoas vejam a fé como parte intrínseca às suas vidas, encontrando sentido nela ou, ainda, permite que as pessoas vejam a fé como uma probabilidade inaceitável. Portanto, o autor advoga que,

A secularidade nesse sentido é uma questão atinente a todo o contexto de compreensão no qual nossas experiências e nossas buscas morais, espirituais ou religiosas têm lugar. Por “contexto de compreensão” aqui me refiro não apenas a questões provavelmente formuladas de modo explícito por quase todo o mundo, como pluralidade de opções, mas também a outras que compõem o pano de fundo implícito e amplamente desfocado dessas experiências e buscas, a sua “pré-ontologia”, para usar um termo heideggeriano. Desse modo, uma era ou sociedade seria secular ou não em virtude das condições da experiência do espiritual e da sua busca. Evidentemente, sua posição nessa dimensão teria muito a ver com o quão secular ela era nesse segundo sentido, que desperta graus de fé e prática, mas não há uma correlação simples entre ambos, como sugere o caso dos EUA. Quanto ao primeiro sentido, que se refere ao espaço público, isso pode estar desconectado dos dois (como se pode argumentar para o caso da Índia). Mas sustentarei que, de fato, no caso Ocidental, a mudança para a secularidade pública contribuiu em parte para promover uma Era Secular em meu terceiro sentido. (TAYLOR, 2010, p. 16).

A chegada do humanismo na modernidade trouxe uma nova compreensão a respeito do humano, cuja valorização, autonomização e florescimento dos indivíduos é a questão principal. Esta teoria desencadeou numa série de questionamentos acerca da posição da religião e de sua necessidade na vida dos homens. Nesse sentido, entramos no debate da crença e da descrença, não como teorias rivais, mas como formas diferentes que os indivíduos vivem. Na era secular, crentes e descrentes ocupam o mesmo espaço e ambos buscam encontrar a plenitude. No entanto, a via acionada para encontrá-la é diferente. Geralmente, os crentes acionam ao transcendental e atribuem a plenitude à Deus, como algo a ser recebido e isto infere num relacionamento pessoal com este ser, marcado por uma vida de renúncia, amor, caridade e uma série de comportamentos marcados por abnegação e altruísmo. Já a plenitude buscada pelos descrentes nos centraliza como seres racionais e mobiliza concepção kantiana de pessoa, a qual é dita em termos da realização moral, resultado do esforço humano e considera as pessoas como “eus” livres e independentes

capazes de eleger os fins por si próprios. A vida é plenamente satisfatória para o descrente que busca nela a sua plenitude, de forma concreta. Por conseguinte, a análise da secularização feita por Charles Taylor conclui que,

A partir dessa perspectiva, é possível oferecer essa descrição de uma linha da diferença entre tempos mais antigos e a Era Secular: uma Era Secular é aquela na qual o eclipse de todas as metas que vão além do florescimento humano se torna concebível, ou melhor, enquadra-se na variedade de uma vida imaginável para multidões de pessoas (TAYLOR, 2010, p. 34).

O autor italiano Paolo Prodi (2005) reconstrói a trajetória da secularização do ocidente de forma diferente da feita por Taylor e mais diretamente relacionada ao tema do direito. Para tanto, o autor faz um paralelo entre consciência e direito, de modo que o debate proposto se dá em termos de normas morais e normas jurídicas, fazendo uma diferenciação entre a moral e o direito. A moral, destarte, se difere do direito pois não tem caráter coercitivo, isto é, a moral rege o comportamento dos indivíduos atuando em outra dimensão: a consciência, como juízo. Qualquer comportamento que estiver em desacordo com a moral de uma comunidade política é desaprovada por ela entre os seus membros, não legalmente. Isso pode trazer consequências como o isolamento do indivíduo em desacordo, a destituição de um papel social ou a deslegitimação deste perante o restante do grupo. O direito, em contrapartida, é de caráter coercitivo e atua por meio de sanções prescritas por ele. Assim, os indivíduos quando ferem uma lei serão punidos pelas consequências previstas nela. Desse modo, Prodi alega que,

mesmo a moral é um ordenamento normativo que prescreve sanções; com efeito, quando prescreve um certo comportamento, prescreve que se deve reagir de determinado modo ao comportamento oposto, contrário a moral. O comportamento contrário à moral deve ser desaprovado pelos membros de uma sociedade. A tal comportamento, esses membros devem reagir com atos de desaprovação, como a censura, as manifestações de desprezo e similares. A moral se diferencia do direito pelo fato de que a reação prescrita por ela, ou seja suas sanções, não tem o caráter de atos coercitivos como as sanções prescritas pelo direito. Em outras palavras, não podem ser aplicadas, como as sanções do direito, servindo-se de uma coerção física caso encontrem resistência (PRODI, 2005, p. 506).

Prodi faz uma interpretação do percurso histórico da cultura ocidental sobre o ângulo do problema relacionado a questão da justiça, a qual pode ser percebida como um conjunto de leis e regras positivas que pautam o convívio social e como

um ethos, ou seja, norma não escrita pautada por um princípio de moralidade que atua na consciência dos indivíduos. A lógica da moralidade cristã se baseia, então, no pecado como desobediência à lei moral, a qual atua no âmbito da consciência do indivíduo, de modo que não possui voz coletiva, mas pode inferir em consequências percebidas no coletivo, despertando uma culpa moral. Já o nascimento do Estado de direito e do ideal liberal é pautado pelo conceito de infração como desobediência a lei positiva que corresponde a um conjunto de regras, cuja desobediência desperta uma culpa política.

Percebe-se, dessa forma, a existência de uma dialética entre direito canônico de um lado, marcado pelas doutrinas da Igreja e direito secular do outro, marcado pelo Estado, em concorrência para normatizar a vida dos indivíduos. Desse modo,

No plano dos ordenamentos, o ideal ocidental da justiça, que hoje está desaparecendo, foi o fruto de um percurso muito mais longo do que aquele realizado a partir do iluminismo e das codificações, e baseia-se na presença simultânea de um duplo plano de normas: o plano do direito positivo, da norma escrita e aquele das normas que dividiram e que regularam a vida cotidiana da nossa sociedade no seu respiro mais interno, *éthos, mos*, costume, ética, moral ou como se quiser chamá-los. A relação entre esse duplo plano de normas constitui o respiro - do interior da vida à objetivação necessária das instituições - de toda a civilização jurídica ocidental, respiro esse que falta quando a sociedade é reduzida a uma norma de dimensão única. (PRODI, 2005, p. 5).

Ainda que as análises feitas por Taylor (2010) e Prodi (2005) sejam delimitadas geograficamente ao Norte do Ocidente, é possível pensarmos os pontos destacados pelos autores fazendo um paralelo com o cenário brasileiro. O Brasil que já foi um Estado confessionário, também influenciado pelo cristianismo de matriz católica, aos poucos foi esvaziando o mundo público da influência da religião e hoje passou a ser um Estado laico. No entanto, a forte influência da religião deixou resquícios e, mesmo que indiretamente e não oficialmente, está presente nos argumentos mobilizados na esfera pública.

Os valores religiosos marcaram as constituições brasileiras, mas, através do processo de secularização do Estado, foram gradativamente abandonados. No entanto, a PEC 99/11 faz ressurgir o debate acerca da participação da religião na política, agora no contexto de um Estado Laico, o qual não é mais pautado por

argumentos dogmáticos e encontra-se desprendido de concepções religiosas normativas. Considerando que na era secular, argumentos crentes e descrentes ocupam igualmente o espaço público, até que ponto a aprovação da PEC 99/11 privilegiaria aqueles que possuem algum tipo de fé e desconsideraria os que não adotaram a fé como uma opção, afetando a seu modo de vida? Por outro lado, contudo, é também possível questionar: por que razão as identidades políticas não devem exprimir as convicções morais e religiosas que são afirmadas na vida privada?

A Igreja, que antes fora a guardiã da moral da sociedade não pode mais sê-la. Isso porque o pluralismo e complexidade moderna nos obriga a assumir outros compromissos, outros valores, outras moralidades e estes cada vez mais diversos. Uma via alternativa é estabelecer diálogo entre instituições portadoras de normas morais e instituições que garantem o direito como poder de coerção e este diálogo pode ser estabelecido por meio das representações no governo democrático. Hoje no Brasil existe no Congresso Nacional a Frente Parlamentar Evangélica, que defende os interesses, valores e moral cristã protestante, atuando como força política e se posicionando para a preservação de seus princípios e representação de seus membros. A PEC 99/11, nesse sentido, poderia ser uma estratégia dentro do jogo político para que este grupo conseguisse barrar leis e atos do executivo e legislativo que não estivessem de acordo com sua moral. Dessa forma, o direito poderia vir a ser entendido não como uma forma de estabelecer justiça, mas de afirmar vitória sobre o outro. Mas também poderia oferecer mecanismos para a defesa de valores presentes na constituição - dos quais muitos são valores de origem cristã - que são compartilhados pela comunidade política.

Contra a primeira opção, Paolo Prodi põe em destaque a necessidade de mantermos separadas, de um lado, a normatividade religiosa e a noção de pecado e, de outro, a normatividade jurídica e a noção de pena ou de ilícito. Para este autor, inclusive, esta é uma característica chave da modernidade e permite que não estejamos entregues a uma moralidade única, sujeitando a moral à crítica pelo direito e a o direito à crítica pela moral. Contudo, a favor da segunda opção, Charles Taylor nos lembra o quanto a Era Secular não é exatamente

antirreligiosa, mas apenas aberta a formas de auto-realização de matriz não transcendental, que convivem com outras formas de auto-realização ainda fortemente baseadas em um “encontro com Deus”. Se ambas formas de auto-realização são fontes de noções de justiça, ao acompanharmos a argumentação de Taylor também podemos ter nas crenças religiosas fontes importantes de moralidade pública e bases importantes para a formatação de normas jurídicas.

4 JUSTIÇA E ARGUMENTOS RELIGIOSOS NA ESFERA PÚBLICA

O debate entre comunitaristas e liberais é um confronto filosófico atual na teoria política com implicações importantes acerca de como se pode pensar o lugar das religiões nas comunidades políticas modernas. Enquanto o liberalismo encontra fulcro na emergência do indivíduo enquanto cerne de qualquer concepção de justiça que, assim deve defendê-lo da repressão que a coletividade pode lhe impor, o comunitarismo pode ser compreendido como uma corrente de pensamento que contesta a insuficiência da teoria liberal, em seus termos, principalmente, relacionados à forma de entendimento do sujeito liberal, da possibilidade e impossibilidade de se pensar a concepção de justiça, bem comum, direitos sociais e a vida em comunidade. A oposição de ideias parece polarizar-se, sobretudo, em torno dos termos “indivíduo e comunidade”, produzindo assim, críticas por parte dos pensadores comunitaristas a respeito da supervalorização do indivíduo em relação ao coletivo, encontrada nos autores liberais.

A concepção acerca da justiça liberal apresentada por John Rawls (2000) desencadeou uma série de reações referentes à ideia de justiça defendida pelo autor. Os princípios de justiça que o autor propõe para reger uma sociedade liberal consideram os indivíduos como livres e iguais, e capazes de racionalmente agir de maneira razoável, pautados por um princípio de tolerância. Isso permitiria que, numa situação ideal em que fossem desconsideradas as filiações sociais dos indivíduos, eles concordassem com alguns princípios de justiça que estabeleceriam limites à busca de seus próprios interesses. Nos termos de Rawls, esses princípios configurariam uma teoria política da justiça, que seria diferente do que ele chama de doutrinas morais abrangentes. Uma teoria política da justiça

seria responsável por estipular padrões gerais aplicáveis à estrutura básica da sociedade – seu governo, economia, etc. – enquanto que as doutrinas morais abrangentes proporião normas de conduta que atingiriam a totalidade da vida do indivíduo, mas seriam aplicáveis apenas aos seguidores de tais doutrinas e dentro dos limites dos princípios de justiça da estrutura básica.

Dentre as reações a respeito da concepção de justiça rawlsiana, aparece em destaque a concepção de justiça defendida pelos comunitaristas, dentre os quais tem destaque Michael Sandel (2012). O referido autor define *a priori* o liberalismo que está criticando, advogando que este liberalismo deontológico, que tem sua raiz no pensamento kantiano, é uma doutrina acerca da justiça e suas implicações nos quadros morais e políticos. Segundo Sandel, a retomada do liberalismo deontológico a Kant se dá através do argumento de que existe um primado da justiça no sentido moral, isto é, a justiça tem fim em si mesma e, por isto, precede o bem e estabelece seus limites. O fundamento da justiça está no sujeito kantiano, ou seja, o sujeito portador de razão e que por isto é livre e autônomo, de modo que suas ações não são definidas pela natureza, possibilitando que o indivíduo seja capaz de construir leis morais antes das determinações particulares. A ação, dessa forma, se dá por dever. Isto é,

Na sua obra *Uma Teoria da Justiça*, Rawls liga a prioridade do justo a uma concepção voluntarista ou largamente kantiana de pessoa. De acordo com esta concepção, aquilo que nos define não é apenas a soma dos nossos desejos, como pressupõe o utilitarismo, nem tão-pouco sermos seres cuja perfeição reside na concretização de determinados propósitos ou fins que nos são fornecidos pela natureza, como defendeu Aristóteles. Em vez disso, nós somos eus livres e independentes, libertos de quaisquer laços morais anteriores, capazes de eleger os nossos fins por nós próprios. Essa concepção de pessoa se encontra no ideal do Estado enquanto quadro neutro. É precisamente porque somos eus livres e independentes, capazes de eleger os nossos próprios fins, que necessitamos de um quadro que seja neutral relativamente a esses mesmos fins. Basear os direitos numa qualquer concepção do bem equivaleria a impor a alguns os valores de outros, e deste modo, a não respeitar a capacidade de cada um para escolher seus próprios fins. (SANDEL, 2012, p. 246).

Em contraposição ao pensamento liberal, Sandel defende que a justiça deve ser fundamentada sobre o conceito de vida boa. Ao contrário do liberalismo rawlsiano, o autor concebe que a noção de justiça é indissociável da noção de

bem. Dessa forma, não é plausível pensar que os indivíduos são imparciais no debate acerca do justo, assim como a justiça também não é neutra. Assim, Sandel nos convida a refletir sobre uma comunidade que consegue pensar suas regras de maneira comunitária fazendo enfrentamentos morais em relação a isto, uma vez que a justiça é inseparável da noção de bem. Diante dessa conjuntura, o argumento é de que só é possível construir uma comunidade justa se pensarmos em uma noção comunitária de bem e isto envolve a noção de virtude política, isto é, a capacidade dos indivíduos pensarem em comunidade e fazerem embates éticos que respeitem a dimensão diversa e heterogênea da comunidade. Sendo assim,

Para alcançar uma sociedade justa, precisamos raciocinar juntos sobre o significado de vida boa e criar uma cultura pública que aceite as divergências que inevitavelmente ocorrerão. É tentador procurar um princípio ou procedimento capaz de justificar de uma vez por todas, qualquer distribuição de renda, poder ou oportunidade dele resultante. Tal princípio, se conseguíssemos encontrá-lo, permitiria que evitássemos os tumultos e as disputas que as discussões sobre a vida boa invariavelmente ocasionam. No entanto, é impossível evitar essas discussões. A justiça é invariavelmente crítica. Não importa se estamos discutindo *bailouts* ou Corações Púrpuras, barrigas de aluguel ou casamento entre pessoas do mesmo sexo, ação afirmativa ou serviço militar, os salários dos executivos ou o direito ao uso de um carrinho de golfe, questões de justiça são indissociáveis de concepções divergentes de honra e virtude, orgulho e reconhecimento. Justiça não é apenas a forma certa de distribuir as coisas. Ela também diz respeito à forma certa de avaliar as coisas. (SANDEL, 2012, p. 322) .

Portanto, segundo Sandel, dever-se-ia criar uma nova cultura pública que aceitasse e respeitasse as diversidades sociais e que não tivesse o receio de debater e ter uma postura partidária sobre os assuntos que surgem na vida coletiva, diferenciando-se assim, de uma suposta postura de enfrentamento neutro moral, pregado pelos liberais. Ademais, uma sociedade justa só será constituída quando houver a construção de uma noção de bem comunitário compartilhado, e isso, só será consolidado, através de um debate não neutro.

Sandel questiona, portanto, a separação entre identidade privada e identidade pública e nos convida a pensar porque razão nossas identidades políticas não deveriam exprimir as convicções morais, religiosas e comunais que afirmamos na vida privada. Sendo assim, a vertente comunitarista não

desconsideraria, em princípio, a presença de argumentos morais na política. É o contrário o que acontece na perspectiva liberal de Rawls. Ao diferenciar uma teoria política da justiça aplicável à estrutura básica da sociedade e doutrinas morais abrangentes aplicáveis apenas àqueles que praticam tal doutrina em sua vida privada, o liberalismo de Rawls não daria espaço a argumentos estritamente religiosos na esfera pública, especialmente no que tange às normas constitucionais, responsáveis por dar o contorno jurídico das instituições que compõem o que Rawls chama de estrutura básica da sociedade. A PEC 99/2011, então, ao contrário do que aconteceria sob a égide do pensamento liberal de Rawls, poderia ser legitimada pelos comunitaristas se as diferentes religiões, com suas diferentes concepções cosmológicas se inserissem no debate acerca do justo, de acordo com que cada grupo de fé considerasse uma vida boa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Religião e Política no Brasil já tiveram relação estreita, e esta relação deixou resquícios observados na atualidade. A PEC 99/11 faz ressurgir o debate acerca da participação da religião na política, agora em um contexto e configuração de Estado em que religião e política não caminham juntos no mundo público, graças à emergência e consolidação da ideia de laicidade do Estado.

A laicidade e secularização vêm, recentemente, sofrendo um crescente debate nas Ciências Sociais como apontam Christina Vital e Paulo Lopes:

É crescente o debate em torno da laicidade no Estado brasileiro entre cientistas sociais, juristas, jornalistas e entre os próprios religiosos e ativistas. Dos anos 1990 até 2012 foram contabilizadas 96 publicações – entre artigos, teses, dissertações e livros – sobre o tema no Brasil. (VITAL; LOPES, 2013).

Dentre essas publicações, parte discute a “laicidade idealizada” inspirada na tese de Max Weber sobre o processo de secularização na modernidade, contrapondo-o com a laicidade exercida no Brasil. Os pesquisadores brasileiros, influenciados pelos debates sobre laicidade dos norte-americanos, entendem a separação da esfera pública e religiosa como algo fundamental para o pleno exercício da democracia, garantindo o direito das minorias e o exercício da cidadania. Ademais, atores religiosos também têm defendido a laicidade do

Estado, se colocando publicamente contra um “Estado religioso”. No entanto, eles buscam uma presença com força e legitimidade semelhante a de outros atores e grupos sociais. Esses religiosos, católicos e evangélicos, criticam algumas abordagens sobre laicidade. Entre seus argumentos, encontra-se a disparidade semântica entre os termos laicidade e laicismo, dentre os quais o primeiro se refere à separação e independência do Estado e religião, e o segundo à negação do religioso na esfera pública, sendo este último amplamente criticado por esses grupos.

Com isso, surgem duas implicações interligadas. Primeiramente, a defesa da “igualdade” de tratamento do Estado quanto às várias religiões, e a defesa das congregações religiosas como mais um grupo de pressão político-social que tem o “direito” de desfrutar do mesmo espaço que diversos grupos seculares. Logo, a religião seria mais uma das correntes de pensamento a oferecer um discurso, disputando com a Ciência uma visão da “verdade”. Esse cenário conturbado traz um grande desafio político-filosófico para os críticos da religião, pois eles teriam que defender um lugar hierárquico nos discursos sobre a verdade, colocando a Ciência acima da Religião.

Outra implicação que vem ganhando espaço no debate é a relação entre Religião e Estado. Diversas religiões vêm buscando reconhecimento e igualdade de direitos de acesso aos bens políticos. Com a revelação do “segredo público”, outras religiões buscariam estreitar e legitimar suas relações com o Estado brasileiro. Esse “segredo público” seria uma relação histórica mantida entre Igreja Católica e o Estado brasileiro, amplamente conhecido, mas que não é explicitado.

Na história do Brasil sempre se viu uma relação próxima do Estado e da igreja Católica. Isso é verificado desde a colonização, com as missões de padres que detinham uma parceria com o Estado, e até ações e medidas que cabiam ao Estado brasileiro, como a concessão de licença para construir igrejas. No Império, a religião católica ainda era a oficial, e somente na República, em 1989, surgem traços de laicidade, uma separação do poder político e as instituições religiosas. Durante toda a história, o modelo Católico serviu de parâmetro para dizer o que era ou não religioso. Ao longo da primeira metade do século XX, observa-se uma grande repressão e adoção de mecanismos legais de combate aos “feiticeiros” de

religiões de matrizes afro-brasileiras, acarretando a marginalização de suas liturgias, a realização de suas cerimônias de forma sigilosa e restritas ao âmbito privado.

Na segunda metade do século XX, contudo, há um surgimento e crescimento dos evangélicos no Brasil, iniciando uma ameaça ao sistema Católico. O questionamento do status quo operado pelo crescimento desses atores no cenário político, social, econômico e cultural teria sido fundamental para consolidar o pluralismo religioso, assim como para questionar as intensas relações entre o catolicismo e Estado brasileiro. (VITAL; LOPES, 2013).

Partindo do pressuposto que o Estado Laico é aquele que não afirma, nem nega a existência de Deus, ele não deve perseguir religiões, tampouco promover a religiosidade. Neste contexto, surge um novo questionamento: como o juiz, atualmente, se posiciona em frente a temas sobre a laicidade?

Ao magistrado, enquanto cidadão, devem ser asseguradas as mesmas garantias que aos demais indivíduos, podendo o mesmo professar qualquer credo religioso ou, igualmente, não se filiar a nenhuma crença. Por outro lado, enquanto Estado-juiz, isto é, quando no exercício da atividade jurisdicional, é vedado ao magistrado atuar baseando-se nas suas convicções religiosas (LOREA, 2013, p. 219).

A relação dos juízes com a laicidade é de suma importância para a pesquisa. Afinal, complementa a discussão acerca das justificativas filosóficas sobre a presença de argumentos religiosos no mundo do direito, a discussão acerca de como, na prática, os juízes trazem, ou não, tais argumentos para suas decisões. Tal ponto, contudo, exige uma incursão empírica que ainda não foi possível realizar, dentro deste primeiro ano de pesquisa. Uma segunda etapa da pesquisa, abrangendo tal ponto, será realizada ao longo de 2015. Será o momento de análise de decisões judiciais do STF que confrontam questões morais complexas e que desafiam dogmas das religiões majoritárias no Brasil. Escolhemos assim, analisar decisões referentes ao uso de células-tronco embrionárias, uniões homoafetivas e aborto de fetos anencéfalos. Tais estudos complementariam o quadro teórico já traçado até aqui com referências factuais, que permitiriam a discussão do tema da pesquisa sob uma perspectiva mais

ampla, abrangendo o que a filosofia política discute em termos normativos e o que o STF tem realizado sob os imperativos da realidade.

REFERÊNCIAS

- ARANTES, R. B. Cortes constitucionais. In: AVRITZER, L.; BIGNOTTO, N.; FILGUEIRAS, F.; GUIMARÃES, J.; STARLING, H. (orgs.). (2013), **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira.
- AVRITZER, L. Sociedade civil, Instituições participativas e representação: da autorização à legitimidade da ação. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 50, nº3, pp. 443-464, 2007.
- CAMURÇA, M. A. **Crise ou recomposição do catolicismo na esfera pública: uma análise comparada entre uma literatura da França e do Brasil**. Rio de Janeiro: Boletim Cedes, 2011.
- DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ELY, J. H. **Democracia e desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- MONTERO, P. **O campo religioso, secularismo e esfera pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Boletim Cedes, 2011.
- WERNECK VIANNA, L. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.
- PRODI, P. **Uma história da justiça: Do pluralismo dos foros ao dualismo moderno entre consciência e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- RAWLS, J. **O liberalismo político**. Brasília/São Paulo: Ática, 2000
- SANDEL, M. J. **O liberalismo e os limites da justiça**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- SANDEL, M. J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- TAYLOR, C. **Uma era Secular**. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2010
- VITAL, C.; LOPES, P. V. L. **Religião e Política: Uma análise da atuação de parlamentares evangélicos sobre direito das mulheres e de LGBTs no Brasil**. Rio

de Janeiro: Fundação Heinrich Boll & Instituto de estudos da religião (ISER), 2003.

DIREITOS EM ROTA DE COLISÃO: A INTOLERÂNCIA CONTRA AS RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA

Kellen Josephine Muniz de Lima,
Ilzver de Matos Oliveira,

RESUMO: O projeto de exclusão da religião da esfera pública, como resultado direto do progresso e do desejo de autonomia trazido pela modernidade secularizada, parece não ter se concretizado. Ao contrário, o que se vê hoje é um forte retorno da religião ao espaço público, muitas vezes através de formas radicais de reivindicação da submissão da ordem pública a uma ordem religiosa. No Brasil, desponta o fenômeno de expansão dos segmentos religiosos fundamentalistas, que vêm conquistando um crescente protagonismo na esfera política, principalmente pelo que se passou a denominar como “bancada evangélica”. Associado a essa retomada do protagonismo na esfera pública, nota-se também o fortalecimento de uma cultura de intolerância religiosa que elegeu como seu alvo principal as religiões de matriz africana. Assim, o presente artigo pretende analisar o fenômeno social da intolerância religiosa contra as religiões afro-brasileiras por um viés teórico-filosófico, bem como a repercussão deste fenômeno no judiciário, o que será feito pela apresentação de alguns casos emblemáticos que propiciarão a análise de alguns direitos envolvidos no universo deste fenômeno social, e que, eventualmente se colidem.

PALAVRAS-CHAVE: pós-secularismo; intolerância religiosa; sonho da pureza; religiões afro-brasileiras; judicialização.

1 INTRODUÇÃO

É no projeto de modernidade que se situa a separação entre Estado e Igreja, e neste projeto a religião tem seu espaço cada vez mais subtraído da esfera pública social, ficando significativamente mais restrita ao espaço privado. A convicção de muitos era de que a importância da religião, portanto, se desvaneceria, como resultado direto do progresso e do desejo de autonomia trazido pela modernidade secularizada. Contudo, isso não aconteceu, pois o que se vê hoje, nas sociedades ditas pós-seculares, é um forte retorno da religião ao espaço público.

O uso da terminologia “pós-secular” tornou-se comum a partir de sua construção por Jürgen Habermas, ao designar as sociedades modernas como sociedades pós-seculares, em que se “postula a persistência das comunidades religiosas num ambiente que continua a se secularizar” (HABERMAS, 2010, p. 139).

No Brasil, desponta o fenômeno de expansão de segmentos religiosos fundamentalistas, em especial das igrejas evangélicas neopentecostais, que vêm conquistando um crescente protagonismo na esfera política, principalmente pelo que se passou a denominar como “bancada evangélica”. Trata-se, portanto, de um fenômeno inserido no universo de pós-secularidade, que carrega como signo a ânsia pela desprivatização da religião. Associado a essa retomada do protagonismo na esfera pública, nota-se também a cultura de um pensamento intolerante e único. A intolerância religiosa, portanto, é alimentada e se fortalece neste projeto de dominação fundamentalista.

Neste panorama, os adeptos das religiões de matriz africana, erigidos à categoria de “estranhos” – aqueles que estão fora do seu devido lugar e que “não se encaixam no mapa cognitivo, moral ou estético do mundo” (BAUMAN, 1998, p. 27), se tornaram a sujeira que precisa ser eliminada da sociedade em nome do ideal de pureza e da manutenção da ordem hegemônica. São, assim, alvo constante da intolerância religiosa perpetrada pelas igrejas neopentecostais, que promovem uma sistemática estigmatização de suas crenças.

Essa perseguição contra as religiões de matriz africana, que tem caráter histórico e está intrinsecamente relacionada com o racismo enraizado na sociedade brasileira, sofreu um severo endurecimento nos últimos 30 anos com o surgimento da Igreja Universal do Reino de Deus (IURD), e com o consequente fenômeno de expansão das chamadas igrejas neopentecostais, alicerçadas na demonização das religiões de matriz africana. As recorrentes violações dos direitos fundamentais dos afroreligiosos colocam em pauta a existência de questões ainda não resolvidas pelo Estado Democrático de Direito, relativas ao exercício pleno das garantias constitucionais, principalmente no que toca à liberdade religiosa destes grupos tidos como minoritários.

Neste sentido, o presente trabalho se filia ao estudo da intolerância religiosa enquanto fenômeno social da liberdade religiosa como um direito humano fundamental, com recorte no universo das religiões afro-brasileiras. Também serão apresentados alguns casos judiciais emblemáticos de intolerância religiosa, que nos permitirá analisar os conflitos existentes entre algumas categorias de direitos envolvidas neste fenômeno, tais como o direito à liberdade de expressão e ao sossego (direito de vizinhança). Pretende-se, com isso, identificar quais os posicionamentos que o judiciário vem adotando quando instado a enfrentar casos envolvendo a colisão de direitos inseridos no universo religioso afro-brasileiro.

Para tanto, foi adotado basicamente o método dedutivo, partindo da análise das teorias de Habermas, sobre pós-secularismo, e de Bauman, acerca da criação e anulação dos estranhos, a fim de concatenar essas teorias com abordagens sobre o fundamentalismo, diálogo inter-religioso, e judicialização de conflitos. A técnica de pesquisa empregada foi basicamente a de revisão bibliográfica, por meio da consulta à literatura especializada, legislação e jurisprudência sobre o tema tratado.

2 PÓS-SECULARISMO, DIÁLOGO INTER-RELIGIOSO E INTOLERÂNCIA RELIGIOSA

Ao discorrer sobre “secularização”, Jürgen Habermas (2010) salienta que inicialmente este termo “tinha o sentido jurídico de transmissão forçada dos bens da Igreja à autoridade do Estado secular” (HABERMAS, 2010, p. 138). Posteriormente, passou a designar um conjunto de fenômenos que representou o surgimento da modernidade cultural e social, tendo a emancipação da esfera mundana em relação ao domínio religioso como elemento central. Neste contexto, na sociedade moderna a religião é cada vez mais empurrada para fora da esfera pública social, ficando cada vez mais restrita ao espaço privado. A separação entre Estado e Igreja traz como consequência a desvinculação da política, economia, direito, ciência, educação, arte, etc. dos impedimentos e do controle da religião. Como resultado, ocorre o declínio da influência da Igreja na sociedade e,

também, na conduta direta dos indivíduos, aumentando significativamente o espaço de liberdade destes indivíduos (HABERMAS, 2010).

A convicção de muitos era de que a importância da religião (na esfera pública e privada) se desvaneceria, como resultado direto do progresso e do desejo de autonomia trazido pela modernidade secularizada. Contudo essa convicção, no entender de Toldy (2009), parece ter sido abalada, pois o que se vê hoje é um forte retorno da religião ao espaço público.

A partir da constatação de que a relação da sociedade secularizada com a religião mudou, e que emerge uma forma nova e modificada de tensão entre ambas, Habermas (2010) constrói a ideia de sociedade pós-secular, “que postula a persistência das comunidades religiosas num ambiente que continua a se secularizar” (HABERMAS, 2010, p. 139).

Vivemos, atualmente, um momento de nova atenção voltada para a religião, que busca retomar seu espaço na esfera pública social, muitas vezes através de formas radicais de reivindicação da submissão da ordem pública a uma ordem religiosa. É esse debate que se segue após o conceito de Habermas. Como pontua Teresa Toldy, “pense-se em todas as formas de fundamentalismo, desde o islâmico, ao evangélico, passando pelo hinduísmo político” (TOLDY, 2009, n.p.).

A proposta de Habermas para essa sociedade pós-secular fundamenta-se na possibilidade de construção de uma sociedade mundial multicultural, que busque chegar a um acordo a fim de concretizar uma espécie de justiça entre as nações. Para isso, a razão laica teria que se dispor a rever a sua visão da religião enquanto algo em vias de extinção, enquanto a comunidade religiosa, de maneira global, teria que se disponibilizar a absorver os fundamentos da modernidade (HABERMAS, 2010).

Essa solução pautada na construção de uma sociedade mundial multicultural, portanto, passaria pela necessidade de construção de um diálogo inter-religioso. Contudo, como bem questiona Toldy (2009), estariam as tradições religiosas (especialmente as fundamentalistas) preparadas para dialogar umas com as outras, “sem que esse diálogo sofra a tentação de reproduzir formas de colonialismo cultural? Será possível pensar numa espécie de ecologia das tradições religiosas?” (TOLDY, 2009, n.p.). Ao tratar sobre a questão do diálogo

inter-religioso, Anselmo Borges (2009) menciona alguns pontos que considera como condições de possibilidade para esse diálogo, dos quais os seguintes guardam relevância com a temática do presente artigo: religião e violência e a questão do fundamentalismo.

Segundo Borges (2009), a violência associada à religião decorre do medo humano da morte, que leva à procura de acumulação de todas as formas de poder. Neste sentido, observa-se uma luta permanente das religiões por saber qual delas temo Deus mais poderoso, e a existência de diversas religiões gera a angústia relacionada com a incerteza de se ser o “possuidor” da Verdade. É intolerável, pois, que Deus se revele de muitos modos, quando cada um o considera propriedade exclusiva. “Neste domínio, a dúvida é devoradora: o confronto com a alteridade religiosa repõe o medo e a desorientação. A guerra religiosa tem aqui a sua base” (BORGES, 2009, p. 28).

É aqui que se insere também a questão do fundamentalismo, que cultiva o pensamento único e a intolerância. Quando não se suporta viver na perplexidade e na interrogação, surge a tentação de tornar absolutas as próprias crenças, excluindo e perseguindo quem delas não partilha. A intolerância religiosa, neste contexto, justifica-se pela defesa da verdade única, o que inclui interesses outros como a busca pelo poder, servir aos próprios interesses econômicos, políticos, culturais, impor hegemonicamente o próprio domínio (BORGES, 2009).

Essa construção teórica serve para uma melhor compreensão do fenômeno de expansão de segmentos religiosos fundamentalistas no Brasil, em especial das igrejas evangélicas neopentecostais, que vêm conquistando um crescente protagonismo na esfera política, principalmente pelo que se passou a denominar como “bancada evangélica”. Trata-se, portanto, de um fenômeno inserido no universo de pós-secularidade, que carrega como signo a ânsia pela desprivatização da religião, a recuperação do papel político e da vontade de influenciar a vida social e pública (TOLDY, 2009).

Junto com essa retomada do protagonismo na esfera pública, que se opera especialmente por segmentos evangélicos fundamentalistas, nota-se também a cultura de um pensamento intolerante e único. A intolerância religiosa, portanto, é alimentada e se fortalece neste projeto que busca impor hegemonicamente o

próprio domínio. Resta saber quais serão os destinatários, os alvos escolhidos por essa intolerância religiosa que se coloca à disposição de um projeto hegemônico de poder. É o que veremos a seguir.

3 A CRIAÇÃO E ANULAÇÃO DOS ESTRANHOS: UMA ANÁLISE SOBRE A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA PELO OLHAR DE BAUMAN

Ao discorrer sobre o projeto da modernidade, Bauman (1998) salienta que o advento da era moderna coincidiu com a exaltação da ordem como uma desejável realização capaz de construir um mundo estável, seguro, coerente, limpo, sólido e puro. Neste sentido, os três alicerces que deram sustentáculo para este projeto foram: o ideal de pureza, beleza e ordem.

A pureza é uma visão da ordem, isto é, de uma situação em que cada coisa se acha em seu devido lugar, sendo impossível pensar em pureza sem correlacioná-la com uma imagem de “ordem”, sem determinar lugares adequados e convenientes para as coisas. A sujeira, por sua vez, oposto da pureza, consiste em coisas que estão fora dos seus “devidos” lugares. Existem coisas, entretanto, para as quais não foram reservados um “lugar adequado/certo”, sendo assim, elas ficam “fora do lugar” em toda a parte. Portanto, é preciso eliminá-las, livrar-se delas de modo definitivo (BAUMAN, 1998).

Cada época e cada cultura tem um determinado modelo de pureza e certo padrão ideal a ser mantido intacto. Partindo desta análise, Bauman salienta que várias são as formas da busca de pureza do ponto de vista de sua significação política e social, e essas diversas formas carregam consigo consequências graves para o convívio humano. O autor analisa que, do ponto de vista de sua significação social, um caso entre as numerosas corporificações da “sujeira” é de importância única: é aquele em que outros seres humanos são tidos como um obstáculo para a “organização do ambiente”, ou seja, “é uma outra pessoa ou, mais especificamente, uma certa categoria de outra pessoa, que se torna ‘sujeira’ e é tratada como tal” (BAUMAN, 1998, p.17).

Essa busca pelo modelo de pureza em cada época e cada cultura, em nome da manutenção da ordem, fez surgir na modernidade a figura do “estranho”

como sendo aquele que não partilha das suposições locais, ele é uma pessoa fora do seu devido lugar e, por isso mesmo, não goza de status dentro do grupo. Os estranhos não “se encaixam no mapa cognitivo, moral ou estético do mundo [...], por sua simples presença deixam turvo o que deve ser transparente” (BAUMAN, 1998, p. 27), confuso o que deve ser coerente, obscurecem as linhas de fronteiras que precisam ser claras, geram a incerteza que dá origem ao mal-estar de se sentir perdido. Portanto, neste sentido, cada espécie de sociedade produz uma específica espécie de “estranhos”, de modo que todas as sociedades produzem seus estranhos.

Neste ponto, podemos abrir um parêntese para a construção de uma analogia. Os estranhos, descritos por Bauman com exemplar propriedade, podem ser entendidos, assim, como aqueles que não comungam de projetos hegemônicos, e que por isso constroem opções, alternativas que não se encaixam no modelo de pureza dominante, acreditando na construção de uma sociedade não-hegemônica. Por isso, tudo o que se apresenta como não-hegemônico de imediato se transmuda em uma ameaça, e, por isso, se converte em um estranho, na sujeira que precisa ser eliminada em nome da manutenção da ordem. Neste sentido, portanto, cada sociedade produz uma específica espécie de estranhos que não comungam de seu projeto: tudo que é não-hegemônico está sob a ameaça de ser transformado em sujeira a ser eliminada. As pessoas que transgridem os limites impostos pelo modelo preponderante se convertem em estranhos e estão sujeitas a serem culpadas pelo crime de violar ou transgredir.

Foi desta forma, por exemplo, que ateus, bruxas, hereges em geral, não adeptos da religião católica (hegemônica em determinada época) foram transformados em estranhos, alvos de perseguições através de projetos que buscavam a pureza, e a conseqüente eliminação da sujeira. É com base neste pensamento, e sob este pano de fundo, que foram (e ainda são) forjados discursos e políticas discriminatórias, e intolerantes. Vemos atualmente no Brasil uma apropriação deste sonho de pureza moderno, deste projeto de manutenção da ordem através da criação e eliminação de estranhos, muito forte e muito presente na ideologia das igrejas neopentecostais, que levanta bandeiras contra a

conquista de direitos civis pelos homossexuais, em defesa da moral e do modelo de família tradicional (ou supostamente hegemônica), e propaga discursos de ódio contra as religiões de matriz africana, elegendo estes grupos (também supostamente não-hegemônicos) como os estranhos, a sujeira que precisa ser eliminada da sociedade, em nome da manutenção da ordem.

Citando a imagem de George Orwell da bota de cano alto pisando uma face humana, Bauman assinala que botas de cano alto fazem parte de uniformes, e os uniformes eram o símbolo de temor, símbolo do poder do estado moderno, do poder coercitivo. Ao ostentar um uniforme, os homens se tornam esse próprio poder em ação; ao usar uma bota de cano alto, os homens pisam, “e pisam em ordem, em nome do estado” (BAUMAN, 1998, p. 28). Portanto, nenhuma face estava segura e cada um teve motivos para temer a bota de cano alto feita para “espremer o estranho do humano e manter aqueles ainda não pisados, mas prestes a vir a sê-lo, longe do dano ilegal de cruzar fronteiras” (BAUMAN, 1998, p. 28). O estado moderno se encarou como a fonte, o defensor e o único garantidor da vida ordeira, e por isso vestiu homens de uniforme a fim de que pudessem ser reconhecidos e instruídos para pisar, já estando antecipadamente absolvidos da culpa de pisar.

Recentemente um projeto religioso voltado para recrutamento de jovens do sexo masculino, com clara inspiração militar, ganhou destaque na mídia e nas redes sociais; trata-se da organização denominada “gladiadores do altar”. O projeto engendrado pela Igreja Universal do Reino de Deus apela para a simbologia militar a fim de projetar uma nova geração de pastores e evangelizadores. Cerca de 4,3 mil homens de até 26 anos integram o polêmico projeto que mistura disciplina bélica com pregação religiosa e ostenta uniformes com inspiração militar. Em matéria intitulada “O evangelho segundo Capitão Nascimento”, o jornalista Miguel Martins (2015) relata que um vídeo divulgado na internet mostra o bispo Edson Costa na primeira recepção ao grupo no templo em Fortaleza, oportunidade em que a “tropa” brada “Graças ao Senhor, hoje estamos aqui prontos para a batalha”. Em seguida, o bispo destaca: “Esses gladiadores vão nos ajudar a entrar no inferno e ganhar almas. O altar não é para criança,

menino ou para quem quer brincadeira. É para quem quer lutar pelo povo, e se preciso dar a vida por ele” (MARTINS, 2015, n.p.).

A remissão que Bauman faz à imagem da bota de cano alto pisando uma face humana, e à ideia de uniformes como símbolo de temor, de poder que autoriza o “pisar em nome da ordem”, parece conseguir explicar com propriedade o porquê do uso de uniformes e da intencional inspiração militar na apropriação simbólica feita pelo grupo gladiadores do altar. Trata-se de um projeto que recorre à imagem do terror e da coerção, do poder soberano que o estado moderno fez impregnar em seus uniformes, para dela se apropriar a fim de ser temida, a fim de sinalizar que se deve voltar a temer a bota de cano alto que pisa em nome da ordem. Entretanto, não se trata agora de resgatar o mesmo projeto do estado moderno, mas de um novo sonho e ideal de pureza, da busca de um modelo de pureza e de ordem ditado ideologicamente por um segmento religioso que se fortalece cada dia mais, que há muito expande seu poder para além do espaço privado e que vem ganhando, de maneira crescente, o espaço público através de forte estratégia de inserção e articulação política. Trata-se, portanto, do projeto de pureza de um segmento que elegeu como “estranhos”, como sujeira a ser eliminada, os grupos minoritários e não-hegemônicos, em especial as religiões de matriz africana e os homossexuais.

Na guerra travada pelo estado moderno contra os estranhos de seu tempo, Bauman salienta que duas estratégias foram desenvolvidas. A primeira, de caráter antropofágico, tinha por fim “aniquilar os estranhos devorando-os e depois, metabolicamente, transformando-os num tecido indistinguível do que já havia. Era a estratégia da assimilação: tornar a diferença semelhante” (BAUMAN, 1998, p. 29). A segunda estratégia era antropolêmica, consistia em “vomitar os estranhos, bani-los dos limites do mundo ordeiro” (BAUMAN, 1998, p. 29), confina-los dentro dos guetos; era a estratégia da exclusão. Quando nenhuma das duas estratégias fosse possível, restava destruir fisicamente os estranhos.

Como exemplo de cada uma dessas estratégias, Bauman cita o entrelaço entre as versões liberal e racista-nacionalista do projeto moderno. De um lado, o projeto liberal sustenta que as pessoas são diferentes em razão da diversidade das tradições locais e das particularidades dos ambientes em que

elas crescem e amadurecem, portanto, essas diferenças são produtos da educação, da cultura, e por isso flexíveis e passíveis de reforma, e que esta reforma seria um resultado natural da universalização progressiva da condição humana, que enfraqueceria diversidades predeterminadas em detrimento da escolha humana. Do outro lado, o projeto racista-nacionalista sustenta que “a reconstrução cultural tem limites que nenhum esforço poderia transcender” (BAUMAN, 1998, p. 29), o que significa dizer que determinadas pessoas não são passíveis de conversão em algo além do que são, estando fora do alcance de qualquer tipo de reparo. “Não se pode livrá-las de seus defeitos: só se pode deixá-las livres delas próprias, acabadas, com suas inatas e eternas esquisitices e seus males” (BAUMAN, 1998, p. 29).

Neste aspecto, tanto a estratégia antropofágica, exemplificada pelo projeto liberal, quanto a antropeômica, consubstanciada pela versão racista-nacionalista, podem ser perfeitamente identificadas nas estratégias fundamentalistas das igrejas evangélicas neopentecostais, especialmente da Igreja Universal do Reino de Deus, que recorrem à perseguição, estigmatização e demonização das religiões de matriz africana como forma de dominação.

Ari Pedro Oro (2006) destaca que uma importante característica dessa igreja consiste na construção do seu sistema ritualístico mediante a apropriação e reelaboração de elementos simbólicos tomados de outras igrejas e religiões, o que ele chama de “igreja religiofágica: literalmente, ‘comedora de religião’” (ORO, 2006, p. 321), o que significa dizer que se trata de uma igreja que construiu seu repertório simbólico, suas crenças e ritualística, incorporando e ressignificando pedaços de crenças de outras religiões, mesmo de seus adversários. Segundo Almeida (2003, p. 341 apud ORO, 2006, p. 321), a Igreja Universal teria elaborado, no seu processo de constituição, através da guerra, uma antropofagia da fé inimiga. Seria a estratégia antropofágica encontrada no projeto liberal exemplificado por Bauman.

Por outro lado, também está presente no discurso das igrejas neopentecostais a demonização das religiões de matriz africana, a impossibilidade de salvação e de conversão em algo além do que são, sendo

preciso, então, “deixá-las livres delas próprias, acabadas”(BAUMAN, 1998, p.29). Seria o viés antropológico exemplificado pela versão racista-nacionalista.

É evidente que a perseguição contra as religiões de matriz africana tem caráter histórico, está intrinsecamente relacionada com o racismo enraizado na sociedade brasileira, e não nasceu com o neopentecostalismo. Mas é fato que essa perseguição, agora denominada de “intolerância religiosa”, sofreu um endurecimento nos últimos 30 anos com o surgimento da Igreja Universal do Reino de Deus (IURD), e com o conseqüente fenômeno de expansão das chamadas igrejas neopentecostais, alicerçadas na demonização das religiões de matriz africana. O modelo da IURD foi rapidamente copiado por outros líderes religiosos e o número de ataques feitos por adeptos de igrejas evangélicas, especialmente as neopentecostais, contra os religiosos de matriz africana, apresentou um crescimento assustador. (COMISSÃO DE COMBATE A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA, 2009). É o que veremos a seguir.

4. A INTOLERÂNCIA CONTRA AS RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA

A intolerância exercida no campo religioso está intrinsecamente relacionada com o etnocentrismo. Neste aspecto, a intolerância religiosa representaria uma forma de reduzir a crença alheia por meio da manifestação de violência física, psicológica ou, até mesmo, simbólica, diante das diversas concepções de fé. Consistiria em uma exteriorização preconceituosa e violenta de uma verdade tida como absoluta, podendo tal intolerância se revestir de traços ainda mais fortes, como no caso do fundamentalismo e do fanatismo religioso. É o que vimos até aqui.

No Brasil, as manifestações de matriz africana constituem religiões de caráter não-hegemônico, e são alvo comum de atos de intolerância decorrentes, entre outras razões, das diferenças culturais, étnicas, raciais e econômicas historicamente existentes entre “brancos” e “negros”, colonizadores e colonizados. Ainda nos dias atuais, em que se prega a inexistência do racismo em nossa sociedade, vemos que as crenças e práticas das religiões de matriz africana

habitualmente sofrem distorções de seu significado, herança ainda dos tempos da Colônia.

Maria Lucia Montes (1998) descreveu o retrato das práticas espirituais africanas na realidade colonial:

Sob as condições da escravidão, suas tradições culturais e religiosas eram tomadas no mundo dos senhores por “divertimento” a que se entregavam os negros, consentidos em razão dos benefícios morais e políticos que deles se esperava, isto é, a tranquilidade da senzala e a submissão dos escravos. Menor complacência, porém, teriam senhores e autoridades eclesiásticas para com as práticas mágicas indissociáveis dessas formas de religiosidade que, vistas como feitiçaria, foram objeto de constante perseguição. (MONTES, 1998, p. 93).

Posteriormente, já com o advento da Independência e a instauração do Império no Brasil e mesmo na República, e nas décadas de 30 e 40 especialmente, as práticas ritualísticas de origem africana continuavam a ser condenadas pela sociedade e perseguidas pelo Estado. É como ressalta a autora ao afirmar que “em nome de um novo projeto civilizatório, os terreiros de candomblé passariam a ser objeto de rigorosa perseguição por parte da polícia e do Poder Judiciário” (MONTES, 1998, p. 94). No entender de Renato Ortiz (1999) “é, sobretudo, a dominação simbólica do branco que acarretará o desaparecimento ou a metamorfose dos valores tradicionais negros” (ORTIZ, 1999, p. 27).

Muitos anos depois, mesmo com o Estado Democrático de Direito instaurado no Brasil, o que garantiu a criação de mecanismos de proteção à liberdade religiosa, os resquícios da escravatura ainda são ostensivos e pairam sobre os negros e suas manifestações religiosas, de modo que os adeptos das religiões de matriz africana ainda sofrem com a discriminação e intolerância, com a tentativa de diminuição de suas crenças e identidade cultural.

Há cerca de 30 anos, com o surgimento da Igreja Universal do Reino de Deus (IURD), iniciou-se o fenômeno da expansão das chamadas igrejas neopentecostais, alicerçadas na difusão da “Teologia da Prosperidade” e na demonização das religiões de matriz africana. O modelo da IURD foi rapidamente copiado por outros líderes religiosos e o número de ataques feitos por adeptos de igrejas evangélicas, especialmente as neopentecostais, contra os religiosos de

matriz africana, apresentou um crescimento assustador (COMISSÃO DE COMBATE A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA, 2009).

Para Vagner Gonçalves da Silva (2007), essa intolerância está intrinsecamente ligada à visão demoníaca propagada pelos adeptos do neopentecostalismo. O autor enumera os principais sintomas dessa prática:

1. Ataques feitos no âmbito dos cultos das igrejas neopentecostais e em seus meios de divulgação e proselitismo;
2. Agressões físicas in loco contra terreiros e seus membros;
3. Ataques às cerimônias religiosas afro-brasileiras realizadas em locais públicos ou aos símbolos destas religiões existentes em tais espaços;
4. Ataques a outros símbolos da herança africana no Brasil que tenham alguma relação com as religiões afro-brasileiras;
5. Ataques decorrentes das alianças entre igrejas e políticos evangélicos e, finalmente,
6. As reações públicas (políticas e judiciais) dos adeptos das religiões afro-brasileiras. (SILVA, 2007, p. 10).

Eleitos, portanto, como os “estranhos”, como a sujeira que precisa ser eliminada da sociedade em nome do ideal de pureza e da manutenção da ordem, os adeptos das religiões de matriz africana são alvo constante das pregações demonizadoras das igrejas neopentecostais, que promovem uma sistemática perseguição e estigmatização da identidade da comunidade afrodescendente. A estratégia utilizada por essas igrejas é criar estereótipos que remetem os praticantes das religiões africanas a cidadãos de segunda classe, desvalorizando-os na sociedade. Como resultado da sedimentação da estratégia da IURD de aliar os poderes da comunicação (através de programas de TV, rádio e jornais), da política e da fé, as religiões de matriz africana vivenciam o endurecimento do preconceito e da discriminação em seu cotidiano.

As notícias veiculadas com frequência dão conta de que os casos de intolerância, antes apenas isolados e sem grandes repercussões, hoje se avolumaram e ganharam visibilidade pública, conforme demonstram frequentes notícias de jornais que os registram em inúmeros pontos do Brasil. Em contrapartida, a reação a estes casos, antes tímida de algumas poucas vítimas, agora se faz em termos de processos criminais levados adiante por pessoas físicas ou instituições públicas, como ONGs e até mesmo a Promotoria Pública (SILVA, 2007).

5 A JUDICIALIZAÇÃO DO CONFLITO

Inserido no processo de garantia da dignidade humana dos religiosos afro-brasileiros, de materialização dos seus direitos e de reparação dos danos sofridos diante de práticas de intolerância, surge o Poder Judiciário como um novo protagonista responsável por analisar e julgar essa demanda social, uma vez que temas que antes eram debatidos apenas na seara política tornaram-se pretensões judicializáveis.

Este fenômeno conhecido como judicialização, para o Constitucionalista Luís Roberto Barroso, significa:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico. (BARROSO, 2011, p. 228-229).

Para Marques de Lima (2009) a atuação imperativa dos tribunais no Brasil em muito se relaciona com o modelo social de constitucionalismo adotado pela Constituição de 1998, o que implica dizer que o ordenamento jurídico deve expressar os valores sociais do povo, e a interpretação legal deve estar alinhada com o sentimento popular, com vistas a assegurar a dignidade humana, o regime de liberdade, os valores da democracia, convergindo na concretização do Estado de bem-estar (LIMA, 2009).

Neste processo de judicialização da religiosidade afro-brasileira, casos relevantes envolvendo diversas facetas da intolerância religiosa foram enfrentados pelos magistrados nos diversos Tribunais em nosso país. Apresentaremos, a seguir, alguns casos emblemáticos, o que nos permitirá analisar diversas categorias de direitos envolvidas neste fenômeno social.

5.1 Caso Emblemático 1: Liberdade Religiosa X Liberdade de Expressão

A judicialização de casos de intolerância religiosa contra as religiões de matriz africana que envolvem o abuso da liberdade de expressão religiosa merece destaque. Neste aspecto, se sobressai a conduta deliberada de parte do segmento evangélico neopentecostal que faz uso dos meios de comunicação (televisão, rádio e internet) para disseminar, em nome da liberdade religiosa, discursos de ódio pautados na ofensa gratuita às religiões de matriz africana e aos seus seguidores, reforçando a intolerância, a estigmatização, o preconceito e a discriminação.

Neste sentido, recentemente uma decisão judicial, da lavra do Dr. Eugenio Rosa de Araújo, Juiz Federal Titular da 17ª Vara Federal no Rio de Janeiro, ganhou repercussão midiática nacional. Referida decisão foi proveniente do processo nº 0004747-33.2014.4.02.5101, Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em desfavor da Google Brasil Internet LTDA., com o objetivo de retirar da internet vídeos em que membros da Igreja Universal do Reino de Deus propagam discursos de ódio e intolerância contra as religiões afro-brasileiras, seus símbolos, ritos e seus sacerdotes.

A referida decisão negou o pedido de retirada dos vídeos da internet sob o fundamento de que, no caso concreto, não existiu violação aos direitos de liberdade de consciência e liberdade de crença, bem como o de proteção às suas liturgias, dentre outros como o direito de liberdade de opinião, de reunião e de religião. Aduziu, o juiz, que o candomblé e a umbanda não contêm os traços necessários de uma religião, a saber: um texto base (corão, bíblia); estrutura hierárquica; e, ainda, um Deus a ser venerado (BRASIL, 2014, p. 153-155).

Portanto, de uma só feita, o referido magistrado além de não analisar adequadamente questões processuais e meritórias da demanda, também se autodeterminou como autoridade competente para definir o que é e o que deixa de ser uma religião.

Inconformado com a decisão da lavra do referido magistrado, o Ministério Público Federal interpôs Agravo de Instrumento nº 0101043-94.2014.4.02.0000 (número antigo: 2014.00.00.101043-0) contra a decisão do Juiz Eugênio Rosa de

Araújo, e, em nova decisão, desta feita da lavra do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o desembargador relator Reis Friede aceitou, em caráter liminar, o pedido para que o Google retirasse do ar 16 vídeos que, segundo a ação movida, ofendem religiões de matriz africana da internet (BRASIL, 2014).

Não houve interposição de recurso contra a referida decisão, cujo Acórdão já transitou em julgado. A decisão judicial já foi cumprida e os vídeos não estão mais disponíveis. Importante ressaltar, entretanto, que se trata apenas de uma decisão liminar, portanto, não representa o resultado definitivo da demanda, posto que o mérito da questão ainda não foi enfrentado.

Importante evidenciar que a veiculação de vídeos que ofendem e denigrem a imagem das religiões afro-brasileiras demonstra a perpetuação de uma realidade cultural preconceituosa em relação às religiões de matriz africana. Pior ainda, o posicionamento do Poder Judiciário, na pessoa do ilustre Juiz Eugênio Rosa de Araújo, ao decidir por manter na internet vídeos com este conteúdo, sob o argumento de que se trata de manifestação da liberdade de expressão, legitima a prática de intolerância e o discurso de ódio propagado pelos pastores neopentecostais.

Não são raros conflitos envolvendo direitos de liberdade religiosa e de livre expressão. Especialmente quando estamos diante de religiões proselitistas, ou seja, que buscam a conversão de novos fiéis, esse conflito é mais perceptível e ostensivo. É o que ocorre no caso de segmentos evangélicos neopentecostais que, sob o escudo do proselitismo, usualmente confundem liberdade de expressão com discurso de ódio. E o alvo preferido desse discurso de ódio são as religiões de matriz africana.

As pregações demonizadoras dessas igrejas promovem uma perseguição insistente e incisiva das religiões afro-brasileiras, estigmatizando seus adeptos. A estratégia utilizada por essas igrejas é criar estereótipos que remetem os praticantes das religiões africanas a cidadãos de segunda classe, desvalorizando-os na sociedade.

O direito fundamental à liberdade de expressão está presente no artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal, o qual estabelece que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. A liberdade de expressão consiste,

assim, na faculdade de emitir opiniões, ideias e pensamentos, seja qual for a forma, inclusive, por formas artística-culturais, como teatro, pintura, humor, obras literárias, etc. (CARVALHO, 1999, p. 29).

A liberdade de expressão, além de constituir um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática, está diretamente relacionada ao pluralismo de ideias, e, portanto, compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também aquelas que possam causar transtorno, resistência, inquietar as pessoas (MORAES, 2004, p. 118).

Entretanto, quando tais manifestações giram em torno do universo religioso, a liberdade de expressão pode resultar em demonstrações preconceituosas e discriminatórias, colidindo, assim, com o direito fundamental à liberdade religiosa. É exatamente o caso do segmento evangélico neopentecostal que, ao fazer uso de veículos de comunicação, dissemina, em nome da liberdade religiosa, discursos de ódio e intolerância, prática esta que motivou o Ministério Público a promover o ajuizamento da Ação Civil Pública analisada anteriormente.

Diante da violação à liberdade religiosa por intermédio da liberdade de expressão, ambos direitos fundamentais de igual importância e igualmente tutelados pela Constituição Federal, evidencia-se a tensão e o conflito entre estas liberdades (religiosa e de expressão), da qual se origina diferentes interpretações do que seria justo no que se refere ao pertencimento religioso e à manutenção de um espaço público democrático que assegure a liberdade de consciência e a diversidade de pensamento.

A “tragédia do Charlie Hebdo”, ocorrida na França, reacendeu a discussão sobre os limites da liberdade de expressão da imprensa, especialmente quando essa liberdade de expressão adentra nos limites dos territórios da fé. O mundo se viu diante da seguinte indagação: Vale tudo em nome da liberdade de expressão?

Discorrendo sobre o episódio, Santos (2015) aponta a dificuldade em se fazer uma análise serena do que está envolvido neste ato bárbaro, do seu contexto e seus precedentes e do seu impacto e repercussões futuras. Por outro lado, sinaliza quanto à urgência desta análise, “sob pena de continuarmos a atear um fogo que amanhã pode atingir as escolas dos nossos filhos, as nossas casas,

as nossas instituições e as nossas consciências” (SANTOS, 2015, n.p.). Afirma que a liberdade de expressão é um bem precioso, mas que existem limites, contudo, esses limites são diferentes para diferentes grupos de interesse, “e a verdade é que a esmagadora maioria deles são impostos por aqueles que defendem a liberdade sem limites sempre que é a “sua” liberdade a sofrê-los” (SANTOS, 2015, n.p.).

Se por um lado Santos (2015) reconhece o horror e vê como injustificável o atentado ocorrido, por outro lado não deixa de destacar o fato de que o Charlie Hebdo não reconhecia limites para insultar os muçulmanos, pois muitas das charges publicadas alimentavam a onda islamofóbica e anti-imigrante que avassala a França e a Europa em geral. Ao longo dos anos, a maior comunidade islâmica da Europa foi-se sentindo ofendida por esta linha editorial. Aponta, pois, para a necessidade de reflexão sobre as contradições e assimetrias na vida vivida dos valores que alguns creem ser universais (SANTOS, 2015, n.p.).

A liberdade de expressão implica a necessidade de harmonização e consideração dos demais direitos sob o risco de perder a característica liberdade e, por conseguinte, passar a ser uma “arbitrariedade” de expressão (TAVARES, 2008, p. 232). Ela não possui caráter absoluto, pois sofre limitações de natureza ética e jurídica. Assim, também não condiz com a ideia de liberdade de expressão admitir que religiosos, através da mídia impressa ou falada, se respaldem exatamente neste suposto direito de liberdade de expressão para amparar discurso de ódio, que não condiz com as funções constitucionais da comunicação social.

A discriminação religiosa é proibida legalmente no Brasil tanto em âmbito constitucional, seus artigos 3º, inciso IV, e 5º, inciso XLI, quanto infraconstitucional, com a previsão de reparação civil e por meio da medida última de criminalização de manifestações discriminatórias, presente no artigo 140, § 3º e artigo 20, da Lei n. 7.716/89. Deste modo, mesmo que a crença religiosa não se coadune com a prática de outras religiões, incitar a violência ou o desrespeito extrapola os direitos de livre expressão e viola os direitos fundamentais das minorias religiosas.

Cabe ao Estado, através do Poder Judiciário (neste caso específico), assegurar a efetividade dos direitos fundamentais colidentes de liberdade religiosa, de liberdade de expressão e outras, sem caracterizar abuso de direito de qualquer dos lados. Neste sentido, a solução hermenêutica para as colisões de princípios se dá através da utilização da técnica da ponderação, com a aplicação dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. A ponderação estabelece uma “relação de precedência condicionada” entre os princípios em conflito, não havendo relação hierárquica entre os princípios salvaguardados pela Constituição. Isso implica dizer que a aplicação do princípio ao caso concreto depende das condições fáticas subjacentes. Dadas determinadas condições, o resultado será um. Se essas condições forem diversas, o resultado poderá ser diferente (KOATZ, 2011).

5.2 Caso Emblemático 2: Liberdade Religiosa X Perturbação aosossego (poluição sonora)

A Lei nº 6.938/81, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 3º, inc. III, define a poluição como a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente a) prejudiquem a saúde; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente e/ou e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. O poluidor, ainda segundo seu Art. 3º, inciso IV, é a "pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental" (BRASIL, 1981).

A Resolução CONAMA nº 001, de 08/03/1990, dispõe que a emissão de ruídos, proveniente de quaisquer atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas, inclusive as de propaganda política, deve, no interesse da saúde e do sossego público, obedecer aos padrões, critérios e diretrizes nela estabelecidos. Segundo essa Resolução, são prejudiciais ao sossego público os ruídos com

níveis superiores aos considerados aceitáveis pela norma NBR10152 (BRASIL, 1990).

Não há dúvidas de que a Constituição Federal protege a liberdade de crença e o exercício dos cultos religiosos, na forma da lei. Contudo, a proteção a este direito não é absoluta, mas comporta restrições quando em choque com outros direitos também constitucionalmente garantidos, como é o caso do direito de se ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que está diretamente relacionado com o direito ao merecido descanso ou sossego.

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

Portanto, surgindo posições conflituosas entre estas liberdades constitucionais, no caso concreto, elas devem ser equalizadas para que ambas possam ser usufruídas da maneira mais ampla possível.

A Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998), no caput do artigo 54, qualifica como crimes algumas atividades e condutas que acarretam poluição sonora no meio ambiente; desta forma, em determinados casos, além de o infrator ser responsabilizado civilmente, pode também ser punido na esfera penal sujeitando-se a uma pena que pode variar, dependendo do caso, de um a cinco anos de reclusão (BRASIL, 1998). De outra banda temos que a poluição sonora também está prevista no artigo 42 da Lei das Contravenções Penais - Decreto-Lei nº 3.688/1941.

É neste universo conflituoso, em que, de um lado se encontra a liberdade de culto, e do outro lado o direito ao merecido descanso ou sossego, decorrente do direito de se ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que se situam inúmeros casos de judicialização de conflitos envolvendo as religiões de matriz africana. O perigo que reside neste caso, é que os conflitos que versam sobre denúncias de perturbação do sossego contra cultos de matriz africana, muitas vezes, são desqualificados quando chegam ao judiciário, pois são vistos e tratados como simples picuinhas de vizinhos. Dificilmente se chega ao âmago da

questão, que consistiria em investigar e enfrentar a motivação real (intolerância religiosa) que normalmente se esconde por trás da alegada perturbação sonora.

Como exemplo de caso emblemático versando sobre denúncia de perturbação ao sossego, citamos um conflito enfrentado pelo Poder Judiciário de Sergipe. Trata-se da denúncia apresentada pelo Ministério Público em face da Sacerdotisa do Templo Espírita Umbandista São Bartolomeu, Silvania das Virgens dos Santos, processo nº 201188701190, pelo crime de perturbação de sossego, tipificado no artigo 42 do Decreto-Lei nº 3.688/41. O aludido processo foi conduzido em 1ª instância pelo Juiz de Direito Salvador Melo Gonzalez, do 1º Juizado Criminal de Nossa Senhora do Socorro.

A referida denúncia decorreu de notícia criminis que relatou que a Sacerdotisa Silvania das Virgens, há vários anos, perturbava a vizinhança com a emissão de som produzido por tambores, palmas e cantorias entoadas no terreiro de candomblé localizado em sua própria residência (SERGIPE, 2011). Como elemento probatório utilizado para sustentar a referida denúncia foi utilizado um abaixo-assinado subscrito pelos supostos vizinhos da denunciada, entregue às autoridades policiais pelo Noticiante. Contrariando a complexidade do caso em questão, consubstanciada pela necessidade de dilação probatória para fins de realização de exame pericial, o Ministério Público não requereu a remessa dos Autos à Justiça Comum e entendeu pelo cabimento imediato da denúncia pela prática do delito incurso no art. 42, incisos I e III da Lei de Contravenções Penais.

Em virtude de a pena mínima ser inferior a um ano, como também preencher a denunciada os requisitos estatuídos no art. 89 da Lei de Juizados Especiais, o Ministério Público propôs suspensão condicional do processo por dois anos, desde que cumpridas pela Ré as exigências de comparecer trimestralmente em juízo para informar acerca de suas atividades; encerrar as práticas sonoras realizadas em sua residência com palmas, abuso de instrumentos sonoros e sinais acústicos; pagamento de R\$ 546,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais). Em sede de audiência, a denunciada aceitou a proposta, comprometendo-se a cumprir as determinações estabelecidas (SERGIPE, 2011).

Ao final, o Juiz recebeu a denúncia e logo em seguida suspendeu o processo, submetendo a Sacerdotisa Silvania das Virgens dos Santos ao período

de prova. Após decisão adotada pelo magistrado de 1ª instância, a Ré, através de seu advogado, interpôs Revisão Criminal (Processo nº 2012304631), porém, o pedido foi indeferido liminarmente, por entender que a Ré não havia preenchido os requisitos legais necessários à interposição do recurso, tais como a existência de sentença penal condenatória, com trânsito em julgado (SERGIPE, 2012).

O caso apresentado demonstra que o magistrado, ao concordar com as condições sugeridas pelo Ministério Público para suspensão condicional do processo, em especial o encerramento das práticas religiosas com uso de instrumentos sonoros e de sinais acústicos, desconsiderou o fato de se tratar de um Templo religioso, que possui direito constitucional à livre manifestação de seus rituais e crenças. Convém ressaltar que em nenhum momento do andamento processual foi suscitada a necessidade de realizar exame pericial no local do fato, a fim de confirmar a poluição sonora alegada pelo Noticiante.

Este exemplo de enfrentamento judicial demonstra o preconceito e a legitimação da intolerância em relação as manifestações religiosas de origem afro-brasileira. Nesta perspectiva, é possível notar que o poder judiciário acaba por adotar posturas reticentes e tímidas diante de situações complexas que afetam diretamente as religiões de matriz africana e as suas práticas.

Contudo, como bem observou Oliveira (2014, p. 328), a partir dessa postura reticente e superficial diante da análise de casos envolvendo intolerância religiosa, pode emergir um novo tipo de ofensa: os ataques à liberdade de culto e de crença, à preservação da cultura e da memória dos afro religiosos provenientes diretamente de ações, e principalmente de omissões, do poder público e dos seus órgãos, em especial do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário, por assumir o papel de garantidor dos direitos fundamentais, não pode se esquivar da árdua tarefa de enfrentar profundamente, em seus julgados, os contornos racistas, preconceituosos e intolerantes relativos aos negros e religiosos de matriz africana implícitos nas entrelinhas das ações e petições que visam restringir o direito à liberdade religiosa e até mesmo impedir o exercício das manifestações litúrgicas destes religiosos. Todavia, os casos aqui relatados demonstram que este enfrentamento por parte do Judiciário ainda não vem acontecendo da forma que se espera.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A retomada do protagonismo das religiões na esfera pública é uma característica da sociedade pós-secular. No Brasil, esta retomada tem se operado especialmente por segmentos evangélicos fundamentalistas, que se fortalece paulatinamente e vem ganhando, de maneira crescente, o espaço público através de forte estratégia de inserção e articulação política. Trata-se de um fenômeno que carrega como signo a ânsia pela desprivatização, a recuperação do papel político religioso e da vontade de influenciar a vida social e pública

Fruto do fundamentalismo, a intolerância religiosa é alimentada e se fortalece neste projeto, pois dela decorre a exclusão e perseguição daqueles que não se encaixam no modelo hegemônico da ordem religiosa. Eleitos, portanto, como os “estranhos”, como a sujeira que precisa ser eliminada da sociedade em nome do ideal de pureza e da manutenção desta ordem, os adeptos das religiões de matriz africana são alvo constante dessa intolerância religiosa por parte das igrejas neopentecostais, que promovem uma sistemática perseguição e estigmatização da identidade da comunidade afrodescendente.

As notícias veiculadas com frequência dão conta de que os casos de intolerância religiosa, antes apenas isolados e sem grandes repercussões, hoje se avolumaram e ganharam visibilidade pública. As recorrentes violações dos direitos fundamentais dos afroreligiosos colocam em pauta a existência de questões ainda não resolvidas pelo Estado Democrático de Direito, relativas ao exercício pleno das garantias constitucionais, principalmente no que toca à liberdade religiosa destes grupos tidos como minoritários.

Neste sentido, conclui-se que o fenômeno da judicialização dos conflitos envolvendo casos de intolerância religiosa configura uma reação pública dos adeptos das religiões de matriz africana que recorrem ao Judiciário, enquanto agente estatal capaz de garantir a efetividade de seus direitos fundamentais, sobretudo, a liberdade religiosa em seu sentido pleno. É imperioso que o Judiciário enxergue, portanto, a efetiva dimensão social que envolve esses casos,

e, através de suas decisões, busque reverter esse cenário de exclusão e negação de direitos, resultando na tão almejada reintegração social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Bahia: JusPODIVM, 2011.

BAUMAN, Z. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Revisão técnica Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BORGES, A. Religião, religiões e diálogo inter-religioso. **Revista Portuguesa de História**, Coimbra, n. 40, p. 9-44, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de out. de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 de jan. 2015.

_____. **Decreto-Lei n.º 3.688**, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

_____. Justiça Federal do Rio de Janeiro. **Ação Civil Pública nº 0004747-33.2014.4.02.5101**. 17ª Vara Federal. Juiz: Eugenio Rosa de Araujo. Rio de Janeiro, RJ. 28 abr. 2014. Disponível em:
<http://www.ebc.com.br/sites/default/files/religiao_desicao_justica_federal_0.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2015.

_____. **Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L6938compilada.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

_____. **Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

_____. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). Resolução CONAMA nº 1, de 8 de março de 1990. Brasília, 1990. Publicado no **Diário Oficial da União nº 63**, de 02 abr. 1990, Seção 1, p. 6408. Disponível em:

<http://www.mma.gov.br/port/conama/legislacao/CONAMA_RES_CONS_1990_001.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Agravo de Instrumento nº 0101043-94.2014.4.02.0000**. 7ª Turma Especializada. Relator: Desembargador Reis Friede. Rio de Janeiro, RJ. Publicado no DJe em 16 set. 2014.

CARVALHO, L. G. G. C. **Direito de Informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

COMISSÃO DE COMBATE A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA – CCIR/RJ. **Relatório à ONU**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://ccir.org.br/downloads/relatorio_onu.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2015.

HABERMAS, J. **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal?. Tradução de Karina Jannini. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KOATZ, R. L.-F. As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF. In: SARMENTO, D.; SARLET, I. W. (orgs.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 391-448.

LIMA, F. G. M. **O STF na crise institucional brasileira**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARTINS, M. O evangelho segundo Capitão Nascimento. **Carta Capital**, São Paulo, 18 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/840/o-evangelho-segundo-capitao-nascimento-6453.html>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

MONTES, M. L. As figuras do sagrado: entre o público e o privado. **História da vida privada no Brasil**: contrastes da intimidade contemporânea. 6 ed. Vol. 4. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, I. M. Perseguição aos Cultos de origem Africana no Brasil: O Direito e o Sistema de Justiça como agentes da (In)tolerância. **Sociologia, antropologia e cultura jurídicas** [Revista eletrônica on-line] organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Leonel Severo Rocha, Thaís Janaina Wenczenovicz, Enzo Bello. Florianópolis: CONPEDI, p. 308-332, 2014.

ORO, A. P. O “neopentecostalismo macumbeiro”. **Revista USP**, São Paulo, n. 68, p. 319-332, dez./fev. 2006.

ORTIZ, R. **A morte branca do feiticeiro negro**: umbanda e sociedade brasileira. São Paulo: Brasiliense, 1999.

SANTOS, B. S. A Europa à beira do estado de sítio. **Outras Palavras**, São Paulo, 14 jan. 2015. Disponível em: <<http://outraspalavras.net/capa/boaventura-a-europa-a-beira-do-estado-de-sitio/>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

SERGIPE. Tribunal de Justiça. **Ação Penal nº. 201188701190**. 1º Juizado Especial Cível e Criminal de Nossa Senhora do Socorro. Juiz: Salvador Melo Gonzalez. Nossa Senhora do Socorro, SE. 2011. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br/portal/>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

_____. _____. **Revisão Criminal nº. 201200304631**. Câmara Criminal. Relator: Desembargador. Luiz Antônio Araújo Mendonça. Aracaju, SE. 2012. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br/portal/>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

SILVA, V. G. **Intolerância religiosa**: impactos do neopentecostalismo no campo religioso afro-brasileiro. São Paulo: EDUSP, 2007.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TOLDY, T. Pós-secularismo. **JANUS 2009 - Anuário de relações exteriores**. Lisboa: OBSERVARE, 2009. Disponível em: <http://janusonline.pt/2009/2009_3_4_6.html>. Acesso em: 15 abr. 2105.

A FAMÍLIA E O FUNDAMENTALISMO RELIGIOSO NO LEGISLATIVO: AVANÇOS, RETROCESSOS E DESAFIOS EM DIREITOS HUMANOS

Daniel Albuquerque de Abreu

Fernanda Busanello Ferreira

Helena Esser dos Reis

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de analisar o fundamentalismo religioso cristão presente na redação e primeiro relatório do Estatuto da Família, Projeto de Lei nº 6.583/2013, proposto e sustentado pela bancada evangélica do Poder Legislativo. Pretende discutir dois pontos fundamentais, quais sejam: **a)** o conceito de família trazido pelo PL em contraposição com a decisão de vanguarda prolatada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011 (ADPF nº 132-RJ e ADI nº 4.277-DF) que reconheceu a pluralidade das entidades familiares brasileiras; e, **b)** a (in)existência de relações entre a visão fundamentalista da família singular com as conquistas e avanços dos direitos humanos, em especial nos campos da tolerância, inclusão, subjetividade e do reconhecimento do outro.

PALAVRAS-CHAVE: Fundamentalismo; família; exclusão; direitos humanos.

1 INTRODUÇÃO

Em 16 de outubro de 2013, foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6.583, proposto pelo Deputado Anderson Ferreira (PR-PE), que “dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências”. Logo no segundo artigo do PL é definida a entidade familiar como sendo “o núcleo social formado entre um **homem e uma mulher**, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” [grifos no original]. A redação do artigo deixa claro que a proposta do Deputado autor do projeto pretende excluir uniões como as homoafetivas, anaparentais, em mosaico, eudemonistas²⁶, contrariando a tendência dos Tribunais Superiores²⁷ de ampliar a semântica do termo.

²⁶ De acordo com Dias (2009), as uniões homoafetivas são aquelas entre pessoas do mesmo sexo. As anaparentais são constituídas pela convivência entre pessoas, não necessariamente parentes, dentro de uma estrutura com propósitos semelhantes. As

No mesmo sentido tem-se o primeiro parecer do PL nº 6.583/2013, de relatoria do Deputado Ronaldo Fonseca (PROS-DF), no qual se sustenta que o constituinte delineou apenas três formatos de entidade familiar, inscritos no artigo 226, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal de 1988²⁸, e reproduzidos no artigo 2º do PL, conforme citado. Segundo o parecer, os demais arranjos não podem ser enquadrados no conceito de família, não gozando da especial proteção do Estado.

Dentre as diversas considerações que o relatório apresenta, uma merece especial destaque, até mesmo por ser a mais fustigada: a união homoafetiva. O relator defende que a introdução na jurisprudência das uniões de pessoas do mesmo sexo pelo Supremo Tribunal Federal – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132-RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277-DF – foi um equívoco. Na verdade, não apenas um equívoco, mas sim uma usurpação da prerrogativa do Congresso Nacional. Isso porque teriam sido criados direitos pela via judicial que causaram injustiça e discriminação.

A “proteção de Deus” invocada na fundamentação do relatório deixa claro que, embora o Deputado relator diga ser laico o Estado brasileiro, estrutura toda a sua argumentação como se o estatuto constitucional tivesse sido fundado sob a

famílias mosaico são formadas por uma pluralidade de vínculos reconstituídos por casais dentre os quais um ou ambos são egressos de uniões anteriores, trazendo seus filhos para a nova família, e gerando filhos em comum. As uniões eudemonistas têm por característica a busca pela felicidade e realização plena de seus membros, por meio da comunhão de afeto recíproco, consideração e respeito mútuos entre os seus componentes, independente do vínculo biológico. Nota-se que nenhuma delas tem por base o casamento ou a união exclusiva entre homem e mulher.

²⁷ O Supremo Tribunal Federal (STF) se manifestou favorável à adoção conjunta de uma criança ao casal homoafetivo Toni Reis e David Harrad. A decisão monocrática do Recurso Extraordinário (RE nº 846.102), proferida pela Ministra Cármen Lúcia, foi publicada em 17 de março de 2015. Na mesma toada, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve decisão que garantiu, dentro de uma união estável homoafetiva, a adoção unilateral de filha concebida por uma delas por meio de inseminação artificial, para que ambas as companheiras passem a compartilhar a condição de mãe da adotanda. O acórdão do Recurso Especial (REsp nº 1.281.093 - SP), proferido pela Terceira Turma do STJ, e de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, foi publicado em 04 de fevereiro de 2013.

²⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

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

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (BRASIL, 1988).

proteção do divino. Mas não qualquer divino: apenas a divindade cristã ocidental²⁹, aquela cujos valores construíram a sociedade brasileira.

Infere-se um discurso fundamentalista cristão do texto do Projeto do Estatuto da Família, cuja aproximação entre uma visão estreita de família (de cunho religioso) com o texto legal é defendida por dois deputados integrantes da bancada evangélica do Congresso Nacional. Mais do que isso, o posicionamento externado por Anderson Ferreira e Ronaldo Fonseca reflete uma cosmovisão³⁰ pautada na tradição e conservadorismo próprios dos fundamentalistas. O PL, tal como proposto, legitima uma única percepção de verdade, inimiga do moderno e do respeito às diferenças (VASCONCELLOS, 2008, p. 15-16; 49). Tal ocorre porque os ideais defendidos pelo discurso fundamentalista cristão parecem não deixar margem para a estruturação de outras famílias, como as homoafetivas. Os fundamentalistas, ancorados na verdade absoluta da Bíblia, defendem que o “homossexualismo” é abominação e pecado³¹.

Já o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento conjunto da ADPF nº 132-RJ e ADI nº 4.277-DF, reconheceu o pluralismo como valor sócio-político-

²⁹ Quando o relator afirma que a Constituição Federal foi promulgada “sob a proteção de Deus”, pede sejam respeitados os valores “da maioria absoluta de religiosos e não religiosos e que construiu nossa sociedade brasileira, bem como todo o ocidente” (BRASIL, 2014a). Está claro que quem protege o Estado brasileiro e que o construiu é a divindade cristã, sem que haja espaço para o mesmo respeito às outras formas de expressão religiosas (que, segundo o parecer, não tiveram parte na construção da nossa sociedade). Em sentido semelhante, o juiz federal da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro Eugenio Rosa de Araújo indeferiu pedido de antecipação dos efeitos da tutela de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal (número de origem 0004747-33.2014.4.02.5101). Alguns dos argumentos do magistrado foram que “cultos afro-brasileiros não constituem religião”; e que as manifestações da umbanda e ao candomblé não contêm traços necessários de uma religião, como um texto base (a exemplo do Corão ou da Bíblia), estrutura hierárquica e um Deus a ser venerado (BRASIL, 2014b). A decisão foi posteriormente reformada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região

³⁰ Conforme será desenvolvido em linhas seguintes, o fundamentalismo impõe uma concepção de mundo antimodernista e apegada à literalidade da Bíblia. Dessa forma, se no livro de Gênesis está escrito que Deus criou homem e mulher para multiplicarem-se e encherem a terra, é inadmissível que a modernidade pretenda legitimar outras espécies de família que não a tradicional (BÍBLIA).

³¹ Muito embora o termo homossexualismo tenha sido substituído há anos por homossexualidade, em razão de o sufixo -ismo portar consigo carga patológica, o vocábulo ainda é utilizado por conservadores, geralmente acompanhado da passagem bíblica de Levítico 18:22: “Com varão não te deitarás, como se fosse mulher: abominação é” (BÍBLIA).

cultural, consagrando o direito subjetivo de constituir família e a inexistência de significado restritivo ao termo família, numa hermenêutica mais atenta e fidedigna à realidade social. Essa perspectiva vai ao encontro dos princípios e declarações de Direitos Humanos, que enaltecem a tolerância, a inclusão, a igualdade e a dignidade de todos os pertencentes à família humana.

Parece, então, haver algo de inconciliável entre, de um lado, os pilares fundamentalistas, e, do outro, os objetivos das lutas dos direitos humanos, que transparecem na mencionada decisão do Supremo.

O presente artigo se propõe a, primeiramente, analisar o fundamentalismo religioso cristão sob a ótica da tolerância a fim de verificar se e como tal fundamentalismo se faz presente na redação do PL nº 6.583/2013. Num segundo momento, entende-se necessária a discussão do conceito de família a partir da contraposição de duas visões anteriormente apresentadas: aquela singular, proposta pelo Estatuto, e aquela plural e multifacetada, cuja validade jurídica foi atestada pelo Supremo Tribunal Federal. A partir de tal embate, pretende-se chegar ao exame da seguinte questão: existirá proximidade entre o entendimento fundamentalista de família e as conquistas e avanços em Direitos Humanos?

2 TOLERÂNCIA, FUNDAMENTALISMO RELIGIOSO CRISTÃO E O ESTATUTO DA FAMÍLIA

Soares (*Apud* VASCONCELLOS, 2008, p. 10) sugere uma íntima relação entre a intolerância e o fundamentalismo religioso: “Combater o fundamentalismo religioso não é ser intolerante. Ser intolerante com os religiosamente intolerantes é apenas salvaguardar um mínimo espaço de cidadania para que as pessoas partilhem suas visões de mundo sem se autodestruírem na empresa”. Contudo, antes de se questionar acerca dessa relação, é importante indagar qual o significado do termo “tolerância” e quais as suas relações com o fundamentalismo cristão.

2.1. A respeito da tolerância

No século XVII, reinava em Inglaterra e França uma perseguição regada a sangue entre católicos e protestantes. O poder civil oprimia os dissidentes religiosos, impunha-lhes multas, confiscava-lhes bens. Milhares eram condenados ao cárcere, sujeitos a espancamentos, contração de doenças e, muitas vezes, à morte. Naqueles idos, “tolerar então era sofrer, suportar pacientemente um mal necessário, como uma doença ou infecção” (ALMEIDA, 2010, p. 170). A carga negativa, pejorativa do termo era bem clara: a tolerância era exercida quando não se podia impedir algo, ou ainda equivalente a conivência, aceitação ou impunidade frente algo condenável, um erro. O tolerante estava sob a ameaça de ser acusado de indiferença religiosa, mentalidade religiosa, ou mesmo subversão. Ao contrário, o intolerante era um verdadeiro virtuoso, íntegro e firme moralmente, puro de caráter (ALMEIDA, 2010, p. 170).

Ao longo do século XVIII, o conceito de tolerância foi se alterando e disseminando atrelado à ideia de virtude pública. Jean-Edme Romilly (1739-1779), John Locke (1632-1704), Pierre Bayle (1647-1706) e Montesquieu (1689-1755) foram alguns dos que contribuíram para a transição do conceito: o tolerante, antes leniente em relação ao erro do outro, agora respeita as características dos indivíduos, com base na igualdade e liberdade. Para a compreensão de como o conceito foi tratado no Século das Luzes, será feita uma breve ilustração das linhas desses iluministas.

Romilly escreveu o verbete “tolerância” na *Encyclopédie* editada por Diderot e D’Alembert; e nele reconhece a tolerância como a “virtude de todo ser frágil, destinado a viver com seus semelhantes” (ALMEIDA, 2010, p. 177). O homem, para Romilly, é limitado por seus erros e paixões, de forma que é necessária tolerância para que sejam restabelecidas a ordem e a prosperidade. Ninguém deve ser submetido a opiniões e julgamentos alheios, afinal, a evidência é relativa: “o que é evidente para um é frequentemente obscuro para outro” (ALMEIDA, 2010, p. 178). Romilly defende a separação entre Estado e Igreja, entre magistrado e religioso.

Locke, em seus escritos acerca do tema, se apega a uma máxima cristã que se contrapõe à intolerância: o indivíduo não deve fazer aos outros o que não gostaria que fizessem consigo (SANTOS, 2006, p. 240). A tolerância está, para o inglês, de acordo com a razão e com o Evangelho. Não merecem tolerância, no entanto, os ateus, pois, na sua visão, eles são incapazes de cumprir o dever político ou respeitar as leis de convivência, ambos ligados estreitamente à crença em Deus.

Quando se discute acerca de tolerância, Bayle destaca-se por apresentar argumentos não ligados às Escrituras, mas ancorados na razão e na preocupação com o outro. Todo homem deve obedecer à sua consciência, afastar o preconceito e a superstição. O poder político, para o francês, deve ser forte e assegurar a convivência harmoniosa e pacífica de todo credo – inclusive o dos ateus³² –, mesmo que haja a predominância de um deles (SANTOS, 2006).

Também Montesquieu é um dos grandes filósofos que abordou o conceito de tolerância. Tolerar está intimamente ligado à virtude política secularizada, à “aceitação de um mundo cada vez mais plural, múltiplo e diverso, de outro” (SANTOS, 2006, p. 235). Dois são os fatores basilares da tolerância: um no campo pessoal – “abertura à diversidade e à diferença” – e outro no institucional – “a garantia do poder instituído à mesma diferença” (SANTOS, 2006, p. 235). Tolerância, assim, é, ao mesmo tempo, modo do indivíduo viver e expressão do poder político instituído. O conceito foi deslocado do campo moral para o público. Os limites à tolerância, para Montesquieu, são a barbárie, o despotismo e a própria intolerância, pois “apresentam características irracionais, que vão contra a dignidade humana” (SANTOS, 2006, p. 299).

Importa alinhavar que, na contemporaneidade, a tolerância não deve ser tratada como “uma condescendência indiferente”, como já foi interpretada, e sim como “um respeito às diferenças dos outros, à liberdade de consciência dos

³² Bayle acredita que a religião não estabelece relação de causalidade com a moral. Da mesma forma, a irreligião não se liga, indiscutivelmente, com a imoralidade. Assim, e em contraposição a Locke, Bayle afirma que os ateus podem ser moralmente virtuosos e obedecer às leis institucionais da sociedade, já que há separação entre a vida moral e a religião. Aliás, o ateu pode ser mais virtuoso que o crente, na medida em que este apenas obedece a determinados preceitos para não ser punido por Deus. Já o ateu, livre desse temor, e longe dos interesses de recompensas após a morte, age de forma desinteressada e virtuosa (SANTOS, 2006).

indivíduos, à paz social e à vida política” (SANTOS, 2006, p. 266). Pressupõe coexistência pacífica das mais diversas religiões e da multiplicidade humana no espaço público.

Enquanto a tolerância religiosa se pauta no respeito às diferenças e liberdades, o fundamentalismo, pela sua essência, trilha um caminho diferente – e esse é um ponto que merece atenção. A base do fundamentalismo religioso é a adesão a uma verdade. Vasconcellos (2008, p. 15) assevera que próprio conceito do fundamentalismo “poderia ser pensado na relação com a intolerância diante de quem compreende possuir e viver outra percepção dessa verdade”. Mas qual a gênese, os princípios e traços do fundamentalismo religioso, em confronto com o conceito de tolerância?

2.2 A intolerância intrínseca ao fundamentalismo religioso

A expressão “fundamentalismo”³³ foi cunhada pelo protestantismo nos Estados Unidos no final do século XIX e início do século XX, em oposição à modernidade científica. Embora o termo tenha surgido com os protestantes, também são perceptíveis as características fundamentalistas no catolicismo³⁴, em reação à Reforma Protestante.

³³ É importante ressaltar uma divergência na literatura acerca do vocábulo fundamentalismo. Alguns, a exemplo de Ivo Pedro Oro e Jürgen Moltmann, citados por Vasconcellos (2008), acreditam que o fundamentalismo foi criado, estruturado e exerce influências apenas no protestantismo estadunidense, de forma que não se deve ampliar o conceito para outras formas de religiosidade. Em sentido semelhante, a Ação dos Cristãos pela Abolição da Tortura – ACAT (2001) utiliza o termo integrismo para se referir ao fundamentalismo católico. Neste trabalho, entende-se que, embora a gênese do fundamentalismo religioso tenha sido o protestantismo, há duas marcas importantes que se encontram em outras expressões religiosas: “a defesa da verdade religiosa contra o que é percebido como perigos da Modernidade, traduzidos em historicismo, subjetivismo, socialismo”, e a relação entre religião e política (VASCONCELLOS, 2008, p. 38-40). Isso não quer dizer que as expressões cristã, judaica e islâmica se equivalham, mas apenas que possuem traços comuns.

³⁴ No século XIX, os Papas Gregório XVI e Pio IX insurgiram-se contra o liberalismo e o que entendiam como malefícios da modernidade, marcando distância entre a Igreja Católica e o mundo. As expressões fundamentalistas católicas se dão com maior intensidade no interior da própria instituição eclesial (VASCONCELLOS, 2008, p. 75): o grande temor é o *aggiornamento* (“atualização”) da Igreja, uma conciliação entre catolicismo e mundo moderno.

Pelo fato de o tema estar mais afeto ao protestantismo, mesmo que o fundamentalismo esteja presente em todas as religiões, de uma forma ou de outra, com maior ou menor intensidade (GOUVÊA, 2012), este trabalho dará mais enfoque a essa vertente cristã.

Os protestantes de corrente liberal do final do século XIX, adeptos de um evangelho social otimista em relação ao modernismo e à cultura, acreditavam que a crença em dogmas e na inerrância da Bíblia deveria ser abandonada, como forma de se abdicar do pretense domínio exclusivo da verdade³⁵. Eram sensíveis ao estudo crítico das Escrituras: a necessidade de se datar os textos bíblicos, situá-los no tempo e espaço em que foram escritos, identificar seus autores, atentar-se para o equívoco de se interpretar a Bíblia de forma literal. Os estudos críticos, muito em voga no século XIX, “apontavam que certas afirmações bíblicas, tomadas literalmente, seriam simplesmente ‘falsas’. Era preciso, portanto, relevar o aspecto mítico dos textos e destacar seu sentido moral” (VASCONCELLOS, 2008, p. 23). A teologia e, em consequência, a compreensão da Bíblia, mais uma vez sofria impactos do racionalismo e do empirismo.

Os conservadores reagiram a esse posicionamento com “horror e impiedade” (VASCONCELLOS, 2008, p. 22 e 24), travando um combate ante o que denominaram de perigo liberal. A partir de 1883, teólogos protestantes britânicos, estadunidenses e canadenses³⁶ se mostraram ativos tanto no combate à crítica superior como na defesa do criacionismo bíblico. Em 1895³⁷ foram estabelecidos fundamentos, ou princípios do protestantismo conservador, um marco na afirmação do movimento fundamentalista.

³⁵ Na contramão da cosmovisão fundamentalista, a tolerância implica na “contínua construção de uma identidade coletiva, que não pode jamais pretender ultrapassar sua própria particularidade e por isso não pode pretender ser válida para todo sempre” (BIGNOTTO, 2004, p. 77).

³⁶ Dentre eles Dwight Moody (1837-1899), William Bell Riley (1861-1947) e Lyman Stewart (1840-1923).

³⁷ Mais ou menos na mesma época, em 1907, o Papa Pio X promulgava a Encíclica *Pascendi domini gregis* (Apascentar o rebanho do Senhor), em razão de seus temores quanto à secularização, intensificando a intransigência do catolicismo (VASCONCELLOS, 2008).

Um desses princípios é a infalibilidade das Escrituras. Para os fundamentalistas, os textos sagrados foram inspirados por Deus, e cada letra revela a verdade. A Bíblia, norma de fé e de prática, é infalível. Outro fundamento é o da divindade de Jesus Cristo, que foi gerado por uma virgem, Maria, sem que tivesse a participação de um homem na concepção. Jesus, ao ser crucificado, remiu os pecados da humanidade por meio do sacrifício expiatório, mas ressurgiu dos mortos e voltará a reinar após o final dos tempos – uma visão apocalíptica do mundo. De acordo com esses fundamentos protestantes conservadores, a modernidade³⁸ não traz nada senão destruição e o afastamento de Deus, sinais da Grande Tribulação e da segunda vinda do Messias.

O espírito e a teologia fundamentalistas foram espalhados para reconquistarem primeiro os Estados Unidos, e logo todo o mundo, e encorajá-los a resgatarem suas matrizes cristãs. “O clima era de preparação para a guerra, não apenas para ‘defender a fé’, mas também para ‘compor uma frente unida e ofensiva’ com vistas a ‘lutar pelos fundamentos da fé’” (VASCONCELLOS, 2008, p. 32). O termo fundamentalista foi então cunhado para designar aquelas pessoas, pastores, presbíteros e professores conservadores americanos de todas as denominações protestantes históricas que, em nome dos “fundamentos, organizaram-se para defender a fé cristã do que entendiam como invasão do liberalismo em seus seminários e igrejas”. (VASCONCELLOS, 2008, p. 32)

Vasconcellos (2008, p. 34) explica que, uma das formas que os fundamentalistas protestantes da época encontraram de interferir na identidade da nação estadunidense foi exercer influência³⁹, por vezes agressiva, nos âmbitos social e político em favor de motivações evidentemente religiosas. Não bastava

³⁸ É interessante a observação de Vasconcellos (2008, p. 41): “[...] o fundamentalismo é um filho indesejado da Modernidade, que a contesta e por ela se vê rejeitado”. Essa consideração é sagaz na medida em que exhibe um paradoxo: embora o fundamentalismo oponha-se à modernidade, ele apenas foi concebido em razão dela.

³⁹ Vasconcellos (2008) destaca que um dos maiores veículos usados à época para a propagação dos ideais fundamentalistas era os meios de comunicação de massa. Esses meios de evangelização são ainda correntes na atualidade. Diversas estações de rádio e de televisão, a exemplo da Rede Record, TV Canção Nova, Vinha FM e Rádio Catedral FM, são destinadas a um público cristão, e as palavras ali ministradas mantêm ligação estreita com aquelas do início do século XX.

que a verdade pregada se circunscrevesse ao âmbito subjetivo – era preciso que a base religiosa de toda a sociedade fosse recuperada.

O movimento fundamentalista dos séculos XX e XXI muito se aproxima do fundador. Gouvêa (2012, p. 35) conceitua o fundamentalismo contemporâneo como “uma forma fanática e neurótica de religiosidade”⁴⁰ que luta contra “forças espirituais maléficas”, tais como a ciência moderna, o humanismo, a reflexão crítica, a consciência sócio-política e econômica, a arte, ou qualquer outra ideia que exprima novidade.

Entendidas as raízes do termo, convém explorar as convicções fundamentalistas cristãs contemporâneas, a fim de que se possa entender o porquê de Soares e Vasconcellos (2008) haverem traçado um paralelo entre intolerância, fundamentalismo e a defesa de uma única verdade.

Uma das características do fundamentalismo do século atual é a rejeição da hermenêutica, ou, como os estadunidenses do século passado e final do retrasado denominavam, a inerrância da Bíblia⁴¹. Esse traço leva ao culto da verdade singular⁴². Pode-se mencionar, como um exemplo desta forma de compreender as Escrituras, o rechaço às teorias modernas que explicam o surgimento da vida, em especial a darwinista, em razão de confrontarem o criacionismo do livro de Gênesis. Para os fundamentalistas, qualquer entendimento da Bíblia, que não o literal, é condenado. As Escrituras são tidas como atemporais, desatreladas de um contexto histórico específico sob a qual foram concebidas e indicam valores de uma sociedade que devem servir de modelo para os dias atuais.

⁴⁰ Silva, C. (2007, p. 39), muito embora reconheça que “fundamentalismo e fanatismo estão sempre de mãos dadas”, defende que a atitude fundamentalista pode ser inconsciente, e não “um problema de indivíduos com distúrbios afetivos, perturbados e intelectualmente inferiores”.

⁴¹ Vasconcellos (2008, p. 44-45) chama a atenção para duas peculiaridades do fundamentalismo católico. A primeira é que a reta compreensão da Bíblia e toda a sua liturgia, dogmática e ética foram postas pelo Concílio Vaticano I (1869-1870), sob o espírito do Concílio de Trento (1545-1563). A segunda é a “inerrância papal”, talvez mais forte que a da Bíblia.

⁴² A “verdade singular” varia de acordo com a vertente cristã: os católicos se julgam representantes da “Igreja de Cristo”, e os protestantes acreditam que são os únicos herdeiros do Reino dos Céus.

A respeito dessa característica fundamentalista é saudável que se faça um paralelo com outra vertente da teologia. Muitos estudiosos contemporâneos das Escrituras entendem a necessidade de uma leitura anti-fundamentalista da Bíblia. Silva, S. (2009) critica a interpretação cristã que se dá ao Torá judeu (Gênesis, Êxodo, Levítico, Números, Deuteronômio). Para o estudioso do hebraico, a tradução⁴³ dos textos para o grego e o latim foi marcada por uma helenização dos conceitos judeus, e não uma semitização do mundo greco-romano⁴⁴. Também existem diversas versões⁴⁵, por vezes discrepantes, para uma mesma língua ocidental, cada uma afinada com a corrente teológica que sustenta. Outro ponto sério a ser considerado é o fato de que o hebraico arcaico é língua ideográfica, ou seja, composto de sinais que sugerem ideias ao invés de sons (SILVA, S., 2009). Em razão das traduções, ideias contidas no original acabam sendo perdidas, alteradas ou esvaziadas de valores imprescindíveis⁴⁶.

A reverência à verdade única e à visão elevada dos textos sagrados mantém relação de causa-consequência com outra característica fundamentalista: a rejeição do pluralismo e do relativismo. Segundo essa espécie de conservadores, o sujeito não pode interferir na definição das Escrituras, sob pena de se deixar levar pelas suas próprias experiências vividas, e comprometer a verdade objetiva do texto. A multiplicidade de interpretações da doutrina coloca em risco “sua inteireza e consistência” (VASCONCELLOS, 2008, p. 45). A razão humana, portanto, não serve para a interpretação da Bíblia. Admitir leituras plurais

⁴³ A respeito das traduções, Silva, C. (2007, p. 40) aponta que uma das facetas do fundamentalismo é crer que o “mesmo Espírito que ‘ditou’ o quê e como deveria ser escrito garante que também as traduções tenham a mesma autoridade dos originais”.

⁴⁴ É dizer que, quando o cristianismo, ainda visto como uma seita judaica, se expandiu para o mundo greco-romano, esperava-se que este fosse afetado pelos princípios judaicos que estavam sendo pregados. No entanto, quando os livros foram traduzidos para o grego, e depois para o latim, e por último para as línguas ocidentais, os conceitos semíticos incompreensíveis para os gregos e romanos foram adaptados, helenizados, para que os cristãos pudessem entendê-los, sacrificando-se, assim, grande parte de seu sentido original. Disso resulta que muitos dos trechos bíblicos expressam uma concepção helênica, e não judaica.

⁴⁵ Tomemos por base uma divergência clássica: a Bíblia católica tem 73 livros, a protestante, 66, e a hebraica, apenas 24. Silva, S. (2009) e Pinheiro (2008) chamam a atenção para a inexistência de uma versão padrão dos textos bíblicos, mesmo os rezados num mesmo vernáculo.

⁴⁶ Silva, S. (2009, p. 52) compra a Bíblia a um “grande banquete preparado para o mundo”, mas que só pode ser realmente consumido pelos que, ao menos, entendem o hebraico. “Assim, nós ocidentais, por exemplo, recebendo sua tradução literal e unilateral, podemos dizer que nos restou, deste grande banquete, apenas a sobremesa”.

seria reconhecer e legitimar posicionamentos relativistas que ameaçam os defendidos como fundamentais.

Aqui parece haver uma contradição do próprio sistema fundamentalista, uma vez que mesmo a leitura dita objetiva dos textos não deixa de passar por uma visão humana, ainda que se invoque a presença de Deus como luz dos caminhos a serem trilhados. Parijs (1997, p. 44), quando discute acerca das preferências dos indivíduos, afirma que, ainda que autônomas, elas dependem, “mesmo que muito indiretamente, de fatores ‘causais’. Há preferências pressupostas na escolha de preferências autônomas”. Conclui o filósofo belga que não existe preferência autônoma – na verdade, a própria concepção de autonomia corre o risco de servir de pretexto para “desqualificar arbitrariamente as preferências de certos indivíduos” (PARJS, 1997, p. 45).

Partindo-se da premissa de que “nossas preferências afetam nossas crenças e [que] o inverso também é verdadeiro” (MONEY-KYRLE, 1996, p. 284), a doutrina fundamentalista é inevitavelmente afetada pelas preferências de seus idealizadores. Essas preferências, por sua vez, não podem ser desatreladas das vivências e das interpretações bíblicas particulares de cada um deles⁴⁷. A rejeição do relativismo e do pluralismo parece não se distanciar de um farisaísmo⁴⁸ velado.

Todas essas características fundamentalistas refletem diretamente na militância social e política⁴⁹, a exemplo das campanhas da luta pela família e da

⁴⁷ Romilly, acerca da tolerância, já antevia: nossos julgamentos são influenciados e modificados por diversos fatores, como a educação, os preconceitos, os objetos circundantes, e toda sorte de causas desconhecidas, motivo pelo qual razão de ninguém pode ser tomada como regra, e ninguém deve ser submetido a opiniões e julgamentos alheios (ALMEIDA, 2010). Também, em Locke, a tese de que existem ideias inatas é repelida (SANTOS, 2006).

⁴⁸ Os fariseus eram um grupo de judeus devotos à Torá que surgiu por volta do século II a.C. No Evangelho de Lucas, capítulo 18, Jesus conta a parábola do fariseu e do publicano (cobrador de impostos no Império Romano). De acordo com o texto, o fariseu, cheio de si, exaltava a si mesmo, crendo que era justo, e desprezava os outros (BÍBLIA). O termo farisaísmo, nos dias de hoje, em sentido figurado, significa hipocrisia, fingimento (DICIONÁRIO AULETE DIGITAL).

⁴⁹ Dreher (2002, p. 82) afirma que os fundamentalistas cristãos, desde os primórdios, tinham a convicção de que a política deveria ser cristã. No que diz respeito à militância no espaço político, Pinheiro (2008) faz um estudo acerca da presença de protestantes na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. O mandato político passou a ser visto como algo profético, um chamado de Deus. Vasconcellos (2008, p. 64-68), no mesmo esteio, trata do reingresso do

defesa da vida. Contudo, um dos desdobramentos da militância é a violência⁵⁰. Muitas manifestações transpuseram violência verbal e escrita para atingirem a física: incêndio de clínicas de aborto, espancamento e homicídio de homoafetivos, atentados terroristas, crimes sexuais. Exclusão, desrespeito, ódio, perseguição, e demonização do outro são expressões (mas nunca liberdade de expressão!) que estreitam os laços entre a intolerância⁵¹ e o fundamentalismo religioso.

Nesse sentido, Gouvêa (2012, p. 73-74) não duvida do caráter preponderantemente intolerante do fundamentalismo religioso; pelo contrário: reconhece que a história do cristianismo “é salpicada de momentos da mais bárbara ignorância intolerante, como, por exemplo, as cruzadas medievais, as guerras religiosas na Europa, a condenação das bruxas em Salém, nos Estados Unidos, e mais recentemente no fundamentalismo norte-americano”.

Seguir-se-á o trabalho examinando a concepção de família trazida pelo Estatuto da Família para evidenciar como a redação do PL, principalmente do primeiro parecer, deixa marcas de exclusão e antimodernismo. Tal assertiva se faz mais clara ainda após a análise do conceito de famílias plurais e multifacetadas reconhecidas juridicamente pelo Supremo Tribunal Federal.

fundamentalista protestante na cena sociopolítica dos Estados Unidos na década de 1970, citando a agenda política de Jimmy Carter e a campanha eleitoral de Ronald Reagan.

⁵⁰ Romilly já escrevia que a religião, que deveria unir os homens, tem, ao contrário, tornado-se pretexto para terríveis erros, como as torturas, muito comumente utilizadas em nome da fé (ALMEIDA, 2010). Também Bayle afirmava que a intransigência de uma religião tiraniza as outras, engendra violência e impede a tolerância no espaço comum à multiplicidade religiosa (SANTO, 2006). A maior crítica em relação ao fundamentalismo, portanto, não é o fato de discordar das ciências ou dos movimentos culturais, mas de promover “o combate acirrado e violento contra as forças que ele percebe como suas inimigas, ou inimigas de sua fé” (GOUVÊA, 2012, p. 36).

⁵¹ Como afirmado em linhas pretéritas, há um mandamento cristão em Mateus 7:12 – talvez não tão em prática hoje, mas utilizado por Locke nos séculos XVII e XVIII – que se contrapõe à intolerância: “Portanto, tudo o que vós quereis que os homens vos façam, fazei-lho também vós, porque esta é a lei e os profetas” (BÍBLIA).

3 ESTATUTO DA FAMÍLIA E SEU REPERTÓRIO DE INTOLERÂNCIA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

É muito comum que, ao se falar de família, se remeta ao amor, afeto, união, tolerância. Gouvêa (2012, p. 73) afirma que esta última é “um dos frutos do amor e, na verdade, nenhum amor é perfeito que não contenha também tolerância para com aquele que é diferente, que age diferentemente, que pensa diferentemente”. Para o teólogo, a tolerância é sinal do amor verdadeiro, do colocar-se no lugar do outro.

Por tudo o que até então foi exposto, esses não parecem ser os mesmos valores do Estatuto da Família. O Projeto de Lei, de autoria do Deputado Anderson Ferreira (PR-PE), foi escrito considerando como legítima apenas uma família singular, que tem caráter procriativo: um homem e uma mulher, que se unem por matrimônio ou união estável, ou uma comunidade formada por qualquer do pais e seus descendentes. O fato de a redação se referir sempre à “família”, à “entidade familiar”, demonstra a intenção de se excluir o pluralismo do seu próprio conceito. O primeiro parecer do PL, assinado por Ronaldo Fonseca (PROS-DF), deixa claro que o critério adotado para a restrição da inteligência de família tem relação com sua atitude religiosa⁵². Salientamos em linhas anteriores que o problema não é a crença religiosa – a Lei Maior de 1988 garante o direito à inviolabilidade de crença –, mas a forma com que é (im)posta.

Em apertada síntese, o parecer sustenta que: **a)** apenas uma forma de arranjo familiar merece especial proteção do Estado, qual seja a descrita no artigo 2º do Estatuto da Família; **b)** o foco da família é a formação de crianças e apenas as entidades que cumprem esse papel devem usufruir da especial proteção estatal; **c)** o Constituinte⁵³ delineou apenas três formatos de família, de forma que

⁵² É fato público que Anderson Ferreira e Ronaldo Fonseca são pastores evangélicos e membros da bancada evangélica da Câmara dos Deputados.

⁵³ Não foi de forma despropositada que o Deputado trouxe à tona o “desejo” do Constituinte. Remetemos o leitor à obra de Pinheiro (2008), que aborda a presença marcante dos evangélicos na Constituinte de 1987-1988 nos debates acerca da

o reconhecimento de outras configurações padece de inconstitucionalidade; **d)** foi um equívoco, por parte do Supremo Tribunal Federal, a introdução jurisprudencial dos pares homossexuais no conceito de família por meio da ADPF nº 132-RJ e ADI nº 4.277-DF; **e)** o Supremo Tribunal Federal usurpou prerrogativa do Congresso Nacional por ter criado lei ao invés de tê-la interpretado; **f)** as transformações sociais e culturais acerca dos arranjos familiares já foram atendidas pela Constituição Federal e não abarcam as famílias homoafetivas; **g)** é necessário que se diferencie “família” de “relações de mero afeto”; **h)** o direito de família implica em obrigações, propriedade, consanguinidade, fidelidade, pensão, geração conjunta de novos cidadãos a partir da união entre homem e mulher; **i)** as relações de mero afeto, entre elas a homossexual, já é tutelada pelas vias contratual e testamentária; **j)** o Estado brasileiro foi erigido sob a proteção de Deus: apesar de ser laico, existem valores de uma maioria absoluta de religiosos que balizam a sociedade brasileira, e devem ser respeitados; **k)** se adotada por um casal homossexual, que é uma estrutura anômala, a criança será privada irremediavelmente do convívio com a figura do pai ou da mãe; **l)** ainda não se sabe com certeza se o “homossexualismo” é um comportamento normal ou patológico; **m)** novas figuras da família são como um Cavalo de Troia, e a Igreja Católica faz bem em fechar as portas aos homossexuais.

O ideário defendido por Ronaldo Fonseca não desmente a relação complexa que existe entre religiosidade e preconceito (ÁVILA, 2007). O Superior Tribunal Federal⁵⁴, na contramão do PL – e criticado por este –, proferiu em 2011 decisão que enaltece a proibição de discriminação de pessoas em razão de sua orientação sexual, dá destaque ao direito à busca da felicidade e nega a

“proteção da família” e da militância em desfavor do divórcio e dos direitos dos homossexuais.

⁵⁴ O Governador do Estado do Rio de Janeiro propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 132-RJ) em razão de sistemática negação de direitos, em especial os previdenciários, aos homossexuais por parte de dispositivos da legislação estadual fluminense e decisões proferidas pelo judiciário do Rio de Janeiro. No mérito, o autor postulou a aplicação do regime jurídico da união estável heterossexual às homossexuais, à luz da principiologia constitucional, e não de uma leitura reducionista da Carta da República e do Código Civil. Em sentido semelhante, a Procuradoria-Geral da República propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4.277-DF) com vistas à declaração da obrigatoriedade de reconhecimento, no Brasil, da união homoafetiva como entidade familiar, e que possuam os mesmos direitos e deverem gozados pelos companheiros heterossexuais.

existência de significado ortodoxo ou reducionista ao termo “família” pela Constituição Federal. Cumpre destacar aqui que o trabalho não visa a uma releitura da decisão do Supremo, mas ao apontamento do que a Corte interpreta como entidade familiar.

O relator, Ministro Ayres Britto, defendeu em seu voto que o magistrado deve aplicar o Direito segundo sua dimensão objetiva e não em atenção às dimensões subjetivas próprias de cada um. Aqui, talvez, se encontre a primeira divergência entre o entendimento do Supremo Tribunal Federal e o Estatuto da Família, antes mesmo que se comece a discutir o próprio conceito de entidade familiar: o Direito não deve ser aplicado de acordo com crenças pessoais ou em obediência a esse ou àquele viés partidário. Ayres Britto critica a postura conservadora, que se incomoda quando as preferências⁵⁵ alheias não correspondem ao padrão heterossexual. As uniões homoafetivas, que se caracterizam por sua durabilidade, continuidade e anseio de constituição de família, devem ser juridicamente reconhecidas como núcleo doméstico socialmente ostensivo. Britto descarta o caráter patrimonial das relações, assim como eventual caracterização de mera sociedade de fato, e evoca a aceitação e experimentação do pluralismo sócio-político-social.

O Ministro chega, então, à tentativa conceitual de família. A primeira observação é a de que apenas à família foi dada especial proteção pelo Estado – e esse dado é contumazmente repetido na redação primeiro parecer do PL – em razão de ser a principal estrutura de concreção de direitos fundamentais. Esse fato é uma das justificativas para a dilatação da conceituação jurídica de família e da especial proteção constitucional, independente de procriação. Para o Ministro, nada mais coerente que reconhecer a equiparação das famílias homo e heteroafetivas.

Em relação à dualidade homem/mulher constante no artigo 226 da Constituição, explica Britto que se dá em reverência a uma tradição sócio-cultural-religiosa do Ocidente. Mas não só. Também foi propósito evitar hierarquia entre

⁵⁵ Muito embora Ministros do Supremo tenham usado termos como “preferência” ou “opção”, defende-se aqui a corrente de que não se “prefere” ou se “escolhe” essa ou aquela sexualidade. Seria mais adequado que se referissem a “identidade sexual” ou “orientação sexual” (NUNAN, 2003).

homem e mulher na medida em que, não raro, a mulher que vive em regime de companheirismo é discriminada. Não se faz referência a uma homo ou heteroafetividade, sob pena de tornar a Constituição ineficaz.

O Ministro Luiz Fux também apresentou seu voto. Aduz primeiramente que a verdadeira questão não é se as uniões homoafetivas são amparadas pela Constituição (sabe-se que sim), mas *qual* o tratamento jurídico a ser dispensado a essas uniões: o mesmo que às heteroafetivas, entre homem e mulher? Afirma que a proteção constitucional da família não se deu com vistas à preservação do modelo tradicional, pois, se assim se concebesse, haveria um “amesquinamento” de direitos fundamentais. Fux entende que uniões homoafetivas se incluem no conceito de família. A ordem moral a ser considerada é que todos são iguais, e devem ser tratados com o mesmo respeito e consideração – a imposição de uma moral pré-estabelecida ou determinada visão de mundo constitui-se em afronta ao indivíduo.

A Ministra Cármen Lúcia, quando de seu voto, exarou o entendimento de que a realidade das uniões homoafetivas é componente do quadro social contemporâneo. Reconhece que, contrariamente ao que afirmou Ayres Britto, a referência à dicotomia homem/mulher no § 3º do artigo 226 da Constituição Federal não remete a uma superação da histórica hierarquização dos sexos: as discussões na Assembleia Constituinte de 1987-1988 deixam claro que as razões foram outras⁵⁶. A referência expressa à dicotomia, no entanto, ao ver de Cármen Lúcia, não impede que a união possa a ser formada por pessoas de mesmo sexo.

O voto seguinte foi proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Argúi que não há como enquadrar a união homoafetiva nas espécies de família delineadas pela Carta da República, já que essa não era a vontade do Constituinte. Cita trechos que, conforme nos havia avisado Pinheiro (2008), evidenciam os trabalhos da bancada fundamentalista para que a união homoafetiva fosse excluída do conceito de família. Lewandowski, no entanto, sente a necessidade de se reconhecer as uniões de pessoas do mesmo sexo, mas segundo parâmetros de outra entidade familiar, uma quarta espécie, que não as já

⁵⁶ Remetemos mais uma vez aos estudos de Pinheiro (2008).

abarcadas pela Constituição. Segundo o entendimento do Ministro, o rol que apresenta o artigo 226, § 3º, da Lei Maior, é exemplificativo, e não taxativo. Nada impede, assim, que as uniões homoafetivas possam integrá-lo, contanto que sob a roupagem de uma outra entidade familiar (“união homoafetiva estável”) não idêntica à união estável heteroafetiva, mas que se coloca ao lado dela, juntamente com o casamento e as famílias monoparentais.

O Ministro Joaquim Barbosa votou em sequência. Indaga se o silêncio da Constituição a respeito da união homoafetiva deve ser interpretado como indiferença e banimento dessa espécie de família. Todavia, chega à conclusão de que o rol de direitos fundamentais não se esgota nos exemplificados no texto constitucional, e, dentre eles, destaca o da vedação de discriminação. Reconhecer as uniões homoafetivas é imperioso, de acordo com Barbosa, não em razão do artigo 226, § 3º, da Carta da República, mas de todos os dispositivos que protegem os direitos fundamentais.

O Ministro Gilmar Mendes, em seguida, consignou em seu voto que a ausência de regulamentação normativa específica acerca das uniões homoafetivas importa em insegurança jurídica e prejuízo no reconhecimento de direitos dos indivíduos. Após uma exegese no que tange ao direito comparado, afirma que o assunto está afeto ao reconhecimento do direito de minorias, de direitos humanos e fundamentais básicos. Entretanto, uma simples “leitura interpretativa alargada” do artigo 226, § 3º, do texto constitucional importaria em equívoco concernente à devida técnica interpretativa. Mendes não recomenda a singela equiparação irrestrita da união de pessoas do mesmo sexo à de sexos diferentes, em vista do tumulto que poderia ser causado pelos efeitos que a decisão teria em outros tantos ramos jurídicos. Por fim, limita-se ao reconhecimento da existência da união homoafetiva, que deve ter um modelo de aplicação de proteção semelhante à união estável heterossexual.

O Ministro Marco Aurélio exarou, em seu voto, que, ao se decidir acerca do impasse, o Supremo Tribunal Federal não transborda os limites da atividade jurisdicional. Marco Aurélio aborda temática de suma importância essencial: a influência da moral no Direito. Em sua visão, razões de cunho moral ou religioso não devem preponderar em todas as esferas, nem mesmo orientar o tratamento

dispensado a direitos fundamentais pelo Estado, sob pena de ofensa à laicidade estatal e à liberdade religiosa. Segundo seu voto, houve uma reformulação e pluralização do conceito de família, consubstanciada na superação de determinados costumes e convenções sociais. Família deve ser compreendida como construção social. Para o Ministro, é mister que a união homoafetiva seja reconhecida como regime familiar equiparado àquele das uniões estáveis heteroafetivas.

O penúltimo votante, Ministro Celso de Mello, iniciou analisando a história da repressão e persecução aos crimes de sodomia em Portugal e colônias. Os homossexuais, aponta, foram perseguidos pelas autoridades seculares e eclesiásticas da época, reflexo da forte influência do Concílio de Trento. Vê no rompimento de paradigmas históricos e culturais forma de se reconhecer o direito à orientação sexual e a legitimidade das uniões homoafetivas como entidade familiar. No entender de Celso de Mello, os princípios que regem a Constituição, dentre eles o afeto, constituem-se um sistema que busca a inclusão, e não a exclusão. O regime democrático, assevera o Ministro, não tolera nem admite opressão da minoria pela maioria. Assim sendo, o § 3º do artigo 226 da Lei Maior não é óbice para o reconhecimento das uniões homoafetivas.

Por fim, se manifestou o Ministro Cezar Peluso, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, em prol do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, uma vez que nenhum dispositivo constitucional assim o veda.

O que diferencia, afinal, as duas posições discutidas? O Supremo Tribunal Federal acredita que a concepção de família envolve, ao mesmo tempo, aspectos subjetivos, sociais, culturais e espirituais, e não unicamente biológicos. A família, para os Ministros, não se limita a formalidades cartorárias e civis, nem a liturgias religiosas ou deveres de procriação. Antes, envolve intimidade, carinho, confiança, amor, solidariedade, comunhão, identidade, tolerância⁵⁷. Essa é uma

⁵⁷ **Ministro Ayres Britto**: “Afinal, é no regaço da família que desabrocham com muito mais viço as virtudes subjetivas da tolerância, sacrifício e renúncia, adensadas por um tipo de compreensão que certamente esteve presente na proposição spinozista de que, ‘Nas coisas ditas humanas, não há o que crucificar, ou ridicularizar. Há só o que compreender’”. (BRASIL, 2011)

grande contrariedade entre as visões de família talhadas pelo PL e pela Suprema Corte. Embora o Evangelho pregue o amor abrangente, a misericórdia indistinta de Deus e o diálogo (AÇÃO DOS CRISTÃOS PELA ABOLIÇÃO DA TORTURA, 2001), a bancada evangélica fundamentalista adota o entendimento reducionista de família, destituído de vínculos afetivos e de mútua assistência. A família é vista como instituição erigida sob a proteção da propriedade e a procriação, desapegada de valores como empatia, afetividade, propósito de felicidade,

Ministro Luiz Fux: “Deveras, os únicos fundamentos para a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais, para fins de proteção jurídica sob o signo constitucional da família, são o preconceito e a intolerância, enfaticamente rechaçados pela Constituição [...]. O homossexual, em regra, não pode constituir família por força de duas questões que são abominadas pela nossa Constituição: a intolerância e o preconceito. [...] A pretensão é que se confira juridicidade a essa união homoafetiva para que eles possam sair do segredo, para que possam sair do sigilo, para que possam vencer o ódio e a intolerância em nome da lei”. (BRASIL, 2011)

Ministra Cármen Lúcia: “Considerando o quadro social contemporâneo, no qual se tem como dado da realidade uniões homoafetivas, a par do que se põe, no Brasil, reações graves de intolerância quanto a pessoas que, no exercício da liberdade que lhes é constitucionalmente assegurada, fazem tais escolhas, parece-me perfeitamente razoável que se interprete a norma em pauta em consonância com o que dispõe a Constituição em seus princípios magnos. [...] Tanto não pode significar, entretanto, que a união homoafetiva, a dizer, de pessoas do mesmo sexo seja, constitucionalmente, intolerável e intolerada, dando azo a que seja, socialmente, alvo de intolerância, abrigada pelo Estado Democrático de Direito. Esse se concebe sob o pálio de Constituição que firma os seus pilares normativos no princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe a tolerância e a convivência harmônica de todos, com integral respeito às livres escolhas das pessoas”. (BRASIL, 2011)

Ministro Joaquim Barbosa: “Com efeito, se é certo que num primeiro momento bastava aos reivindicantes que a sociedade lhes demonstrasse um certo grau de tolerância, hoje o discurso mudou e o que se busca é o reconhecimento jurídico das respectivas relações, de modo que o ordenamento jurídico outorgue às relações homoafetivas o mesmo reconhecimento que oferece às relações heteroafetivas”. (BRASIL, 2011)

Ministro Celso de Mello: “**Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber **a igual** proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável **qualquer** estatuto *que puna, que exclua, que discrimine, que fomenta* a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas **em razão** de sua orientação sexual. [...]** **Busca-se**, com o acolhimento da postulação deduzida pelo autor, **a consecução** de um fim revestido **de plena** legitimidade jurídica, política social, que, longe de *dividir* pessoas, grupos e instituições, **estimula** a união **de toda** a sociedade **em torno** de um objetivo comum, **pois decisões** – como esta que ora é proferida pelo Supremo Tribunal Federal – **que põem termo** a *injustas* divisões, fundadas em preconceitos inaceitáveis **e que não mais resistem** ao espírito do tempo, **possuem a virtude** de congregar aqueles **que reverenciam** os valores da igualdade, da tolerância e da liberdade”. (BRASIL, 2011) [grifos no original]

fraternidade, pluralismo – o que, segundo Locke, vai de encontro com o próprio texto bíblico.

A união homoafetiva, tão açoitada pelos defensores do Estatuto da Família, encontrou resguardo pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais e da democracia. Os Ministros concluíram que não se justifica qualquer interpretação pelo ordenamento jurídico que afronte os direitos humanos. Já os fundamentalistas, parte de uma maioria cristã, fustigam a possibilidade de conquistas emancipatórias aos homoafetivos, uma vez que creem que qualquer relacionamento, que não o legado por Deus, é pecaminoso.

Nesse momento, em vista da análise comparativa entre o conceito de família do PL e da Suprema Corte, indaga-se: existem relações entre direitos humanos, conquistas emancipatórias homoafetivas e fundamentalismo religioso? Em nome do respeito aos direitos humanos, pode-se limitar a vontade da maioria?

4. FUNDAMENTALISMO, FAMÍLIA E DIREITOS HUMANOS: AVANÇOS E RETROCESSOS

Os direitos humanos podem ser compreendidos como um processo histórico da afirmação do valor da dignidade da pessoa humana com base na modernidade a partir de restrições à discricionariedade do governante (LAFER, 2006). Relacionam-se com “a abertura da sociedade moderna para o futuro” (LUHMANN *Apud* NEVES, 2005, p. 6). A partir do século XX, direitos são entendidos “como limites ao próprio legislador: eles tornam-se [...] princípios constitucionais superiores, garantidos frente ao poder legislativo (e não apenas frente a um poder autoritário) por meio de órgãos apropriados para o controle de legitimidade das leis” (MARRAMAIO, 2007, p. 5). Não há como se dissociar, como se vê, os direitos humanos da modernidade:

A modernidade, que no final do século XVIII inaugura a era das grandes declarações dos direitos humanos, nascidas na esfera ocidental, mas estendidas para o mundo inteiro (a “Declaração” de 1984, na qual nos baseamos e que foi adotada pela ONU, é “universal”), faz parte do nosso patrimônio. Estamos perfeitamente ligados a ela. Com ela, defendemos a liberdade do homem que

integrismos e fundamentalismos negam. (AÇÃO DOS CRISTÃOS PELA ABOLIÇÃO DA TORTURA, 2001, p. 7).

Também o conceito de família se tornou – ou melhor, se reconheceu – mais abrangente a partir da modernidade e do pluralismo, decisivos para a emancipação e reconhecimento das uniões homoafetivas em sua dignidade.

O Ministro Gilmar Mendes, na oportunidade de seu voto acerca do reconhecimento de uniões estáveis de pessoas do mesmo sexo, enumerou algumas tentativas de avanço legislativo em relação a essa temática, dentre elas: **a)** Projeto de Lei nº 1.151/1995, proposto pela Deputada Marta Suplicy (PT-SP) - visava assegurar às pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, com enfoque na proteção a direitos como o de propriedade, sucessão, equiparação do/a companheiro/a do mesmo sexo a cônjuge; **b)** Proposta de Emenda à Constituição nº 139/1995, de autoria também da Deputada Marta Suplicy (PT-SP) - objetivava alterar a Constituição para incluir a liberdade de orientação sexual e a vedação explícita ao preconceito; **c)** Proposta de Emenda à Constituição nº 66/2003, levada a cabo pela Deputada Maria do Rosário (PT-RS) - resgatava o teor da PEC nº 139/1995; **d)** Proposta de Emenda à Constituição nº 70/2003, apresentada pelo Senador Sérgio Cabral (PMDB-RJ) - tratava da alteração do § 3º do artigo 226 da Constituição para o reconhecimento das uniões homoafetivas como unidade familiar.

No âmbito internacional, não se pode deixar de mencionar a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 da ONU⁵⁸, a Declaração de Princípios sobre a Tolerância de 1995 da UNESCO⁵⁹ e o Pacto de São José da Costa Rica de 1969⁶⁰.

⁵⁸ Declara que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direito, dotados de razão e consciência, devendo agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades aqui estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie (NAÇÕES UNIDAS).

⁵⁹ Declara que a tolerância é o sustentáculo de direitos humanos, pluralismo, democracia e do Estado de Direito. Tolerância não se confunde com suportar a injustiça social, imposição de opiniões a outrem, ou mesmo renúncia às convicções de cada um. Pelo contrário, mas sim garantir que cada indivíduo possa escolher livremente as suas convicções e ser aceito pelos demais. Deve-se aceitar o fato de que cada ser humano se caracteriza naturalmente pela diversidade, e tem o direito de viver em paz e de ser tal como é (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA).

⁶⁰ Os Estados-Partes comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos e a garantir o livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição,

Existem, é inegável, tentativas de avanço legislativo a respeito do tema, mas o Congresso Nacional não assume uma posição concreta em virtude, principalmente, de uma “maioria” (moral ou lobbyista⁶¹?) que não aceita, com base e premissas religiosas, que constituam família os casais do mesmo sexo. Falar de união homoafetiva é, sabemos, falar de modernidade, tolerância e direitos humanos. Mas não é falar de fundamentalismo religioso cristão ou conservadorismo.

A Ação dos Cristãos pela Abolição da Tortura (2001, p. 41-42) conclui que “Para um fundamentalista, a própria noção de direitos humanos é quase ímpia. [...] Liberais, comunistas, homossexuais ou partidários do aborto são vistos como demônios, e ir contra eles e as suas ideias é combater o bom combate”. É incongruente imaginar que fundamentalistas cristãos proponham avanços legislativos em matéria de família e direitos humanos.

Em face do que foi dito, conclui-se que a concepção fundamentalista de família vai de encontro com as conquistas e avanços em direitos humanos, na medida em que se mostra exclusivista, antiecumênica, antimoderna e fechada ao diálogo. Os direitos humanos, de outro lado, perfilham o caminho da cidadania, reconhecimento, pluralismo cultural e justiça. Militam em prol da proteção às escolhas privadas e religiosas e em desfavor da discriminação e do preconceito. Os direitos, princípios constitucionais de ordem superior, devem ser garantidos pela soberania nacional e em conformidade com os anseios modernos.

Cumprir destacar que, mesmo que a maioria esmagadora da população e do Legislativo se resigne à verdade cristã, tão prejudicada pelas suas variadas traduções (SILVA, S., 2009), ainda assim os direitos humanos e fundamentais

sem discriminação alguma por qualquer motivo (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS).

⁶¹ O jornal O Globo, por exemplo, referiu-se às bancadas parlamentares religiosas como “lobby religioso” na matéria “Dilma enfrenta lobby religioso para vetar projeto que dá assistência a vítimas de estupro”, conforme <<http://goo.gl/ZriCaK>>. Também o periódico Gazeta do Povo veiculou, em 2013, a matéria intitulada “Eleição de pastor para comissão expõe outro tipo de lobby setorial”, por meio da qual afirma que a eleição do deputado pastor Marco Feliciano (PSC-SP) para a presidência da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados foi fruto de articulação e influências da bancada evangélica, conforme <<http://goo.gl/QqRGrB>>. Acesso em: 13 abril 2015.

não poderiam se curvar a credos majoritários desrespeitosos e intolerantes⁶², sob pena de obstrução da emancipação social das minorias. Citando Habermas (2003, p. 153), o princípio do exercício do poder no Estado de Direito, como é o brasileiro, “parece colocar limites à autodeterminação soberana do povo, pois o ‘poder das leis’ exige que a formação democrática da vontade não se coloque contra os direitos humanos positivados na forma de direitos fundamentais”⁶³. Afinal, como dizia Bayle, o poder político deve garantir a convivência pacífica de todas as crenças, mesmo que haja a predominância de uma delas (SANTOS, 2006).

Talvez um dos maiores avanços em direitos humanos no que respeita à família seja o fato de que, a partir da desvinculação da visão ortodoxo-religiosa de família pelo Supremo, a influência religiosa na Constituinte de 1987-1988 perdeu força, sobretudo na sua luta ferrenha contra os homossexuais. A concepção de família, caso observada sob a miopia do fundamentalismo cristão, corre o risco de se tornar um retrocesso em direitos humanos. O primeiro parecer do Estatuto da Família deixa claro que a singularidade ali defendida obsta o gozo de direito fundamentais e da dignidade de parte da população plural que é a brasileira.

Por fim, Touraine (1999, p. 190) aponta um caminho para que essas e outras diferenças possam conviver juntas: reconhecermos que “nossa tarefa comum é combinar a ação instrumental e identidade cultural”. Só conseguiremos viver juntos, continua o sociólogo francês, se cada indivíduo, não importa sua orientação sexual, religiosidade, raça, cor, sexo, gênero, idioma, opinião política,

⁶² Deve-se questionar, nesse momento, se a intolerância deve ser tolerada. Para Romilly, os limites da tolerância são a preservação da sociedade civil (ALMEIDA, 2010). De forma similar, na concepção bayliana, os limites são a compatibilidade com a ordem pública. (ALMEIDA, 2010). Em Montesquieu, não devem ser tolerados a barbárie, o despotismo e a própria intolerância, por afrontarem a dignidade humana (SANTOS, 2006). Já em Locke, não merecem tolerância os ateus, em razão de serem incapazes de cumprir o dever político ou respeitar as leis de convivência (SANTOS, 2006). A esse respeito, Bignotto (2004, p. 62-63) afirma que “Se o par necessário da tolerância é a intolerância, é preciso reconhecer que a fronteira que as separa não está dada para sempre, e que a mudança na linha de separação não é anódina”. Conclui que sempre existe um limite para o tolerável, “e ele determinará de maneira muito direta as ações que julgaremos adequadas sempre que a diferença afirmada de um grupo ou de um indivíduo se manifestar de forma agressiva”.

⁶³ Poder-se-ia aqui aprofundar a discussão para as relações entre direitos humanos e democracia, que não é o alvo deste trabalho.

construir a si mesmo “como sujeito e se obtivermos leis, instituições e formas de organização social cuja finalidade principal seja proteger nossa busca de viver como sujeitos de nossa própria existência”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existe uma inegável ligação entre doutrinas fundamentalistas e alguns universos políticos. A Ação dos Cristãos pela Abolição da Tortura (2001, p. 8) bem ressalta que todo movimento religioso procura manifestar-se publicamente, e todos têm esse direito quando se vive num Estado Democrático de Direito. “O problema é que os integristas e os fundamentalistas apresentam-se como detentores da verdade e querem impor suas regras de pensamento e ação a todas as pessoas, a toda a sociedade, para o bem de todos”. Não raro, utilizam do método da violência para conseguirem atingir seus objetivos.

No embate pelo reconhecimento de sua união como entidade familiar, os homoafetivos confrontam a verdade reacionária e intolerante dos fundamentalistas religiosos, que se fazem representar no Parlamento. O Estatuto da Família é (mais) uma das demonstrações de que se pretende impor (mais) regras de determinadas vertentes religiosas, ainda que majoritárias, a toda a nação, mesmo que tolham direitos fundamentais.

A afirmação dos direitos humanos e seus avanços é história de luta que muda de acordo com contextos e circunstâncias, e que “continua na ordem do dia para quem tem a crença no valor da dignidade humana” (LAFER, 2006, p. 14). É avessa à exclusão e à intolerância, pedras de tropeço lançadas pelo Estatuto da Família.

REFERÊNCIAS

AÇÃO DOS CRISTÃOS PELA ABOLIÇÃO DA TORTURA (ACAT).

Fundamentalismos e integristas: uma ameaça aos direitos humanos. São Paulo: Paulinas, 2001.

ALMEIDA, M. C. P. de. Do vício à virtude: o artigo “Tolerância” da *Enciclopédia*. In: SANTOS, A. C. dos. (Org.) **O outro como problema**: o surgimento da tolerância na modernidade. São Paulo: Alameda, 2010. cap. 6. p. 167-193.

ÁVILA, A. **Para conhecer a psicologia da religião**. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

BÍBLIA, Português. **Bíblia Sagrada**. Versão Almeida Revista e Corrigida (ARC). Disponível em: <<https://www.biblegateway.com>>. Acesso em: 13 abril 2015.

BIGNOTTO, N. Tolerância e diferença. In: NOVAES, A. (Org). **Civilização e barbárie**. São Paulo: Cia das Letras, 2004. p. 61-79.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer do Primeiro Relatório do Projeto de Lei PL 6.583/2013**. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/IDx9Zg>>. Acesso em: 04 abril 2015.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 6.583/2013**. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/acl3WA>>. Acesso em: 04 abril 2015.

_____. Código Civil (2002). **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <<http://goo.gl/OWyZNw>>. Acesso em: 04 abril 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. **Ação Civil Pública com Pedido Liminar nº 0004747-33.2014.4.02.5101 (2014.51.01.004747-2)**. Decisão monocrática: Eugênio Rosa de Araújo. Rio de Janeiro, 01 de maio de 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/gbLNHu>>. Acesso em: 14 abril 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal**. Min. Relator: Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://goo.gl/ZuednJ>>. Acesso em: 04 abril 2015.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DREHER, M. N. **Para entender o fundamentalismo**. Coleção Aldus. v. 1. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

FARISAÍSMO. In: **DICIONÁRIO AULETE DIGITAL**. Disponível em: <<http://goo.gl/neQWtP>>. Acesso em: 13 abril 2015.

GOUVÊA, R. Q. **Piedade pervertida**: um manifesto anti-fundamentalista em nome de uma teologia de transformação. 2. ed. São Paulo: Fonte Editorial, 2012.

HABERMAS, J. O Estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: IDEM. **Era das transições**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 153-173.

LAFER, C. A internacionalização dos direitos humanos: o desafio do direito a ter direitos. In: AGUIAR, O. A.; PINHEIRO, C. de M.; FRANKLIN, K. (Orgs.). **Filosofia e direitos humanos**. Fortaleza: Editora UFC, 2006. p. 13-32.

MARRAMAO, G. Passado e futuro dos Direitos Humanos: da “ordem pós-hobbesiana” ao cosmopolitismo da diferença. **Conferência proferida no XVI CONPEDI**. Belo Horizonte, nov/2007. p. 1-17.

MONEY-KYRLE, R. **Obras selecionadas de Roger Money-Kyrle**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1996.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em: 04 abril 2015.

NEVES, M. A força simbólica dos Direitos Humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, 2005, p. 1-35 (n. 4, out-dez/2005) – versão original: La fuerza simbólica de los derechos humanos.

DOXA: **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 27, 2004. p. 143-180.

NUNAN, A. **Homossexualidade**: do preconceito aos padrões de consumo. Rio de Janeiro: Caravansarai, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração de Princípios sobre a Tolerância**. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/paz/dec95.htm>. Acesso em: 04 abril 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <<http://goo.gl/ePULhh>>. Acesso em: 04 abril 2015.

PARJS, P. V. **O que é uma sociedade justa? Introdução à prática da filosofia política**. São Paulo: Editora Ática, 1997.

PINHEIRO, D. A. R. **Direito, Estado e religião**: a Constituinte de 1987-1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Argvmenvm, 2008.

SANTOS, A. C. dos. A tolerância na política. In: **A via de mão dupla**: tolerância e política em Montesquieu. Ijuí: Ed. Unijuí; Sergipe: EDUFS, 2006. cap. 3. p. 233-327.

SILVA, C. M. D. da. Crítica bíblica: um remédio contra o fundamentalismo. In: MINCATO, R. (Org.) **Bíblia**: ciência, fundamentalismo e exorcismo. Porto Alegre: Edições EST, 2007. p. 39-51.

SILVA, S. C. da. **Analisando as traduções bíblicas**: refletindo a essência da mensagem bíblica. 7. ed. Guarulhos: Mundo Maior Editora e Distribuidora, 2009.

TOURAINÉ, A. **Poderemos viver juntos?**: Iguais e diferentes. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

VASCONCELLOS, P. L. **Fundamentalismos**: matrizes, presenças e inquietações. São Paulo: Paulinas, 2008.

A QUESTÃO PENAL DO USO RELIGIOSO DA *AYAHUASCA* E O MULTICULTURALISMO

Rafael Ferreira Vianna

RESUMO: Sociedades contemporâneas são formadas por grupos com valores, crenças e práticas distintas, algumas delas sendo tipificadas como crime. Uma perspectiva multicultural exige uma relação dialógica de aceitação, adaptação e interação das diferenças, sendo necessário ponderar os interesses em conflito, como no caso da *ayahuasca*, que contém uma substância considerada psicotrópica e proibida, mas utilizada em rituais religiosos de certos grupos brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE: ayahuasca; direito penal; multiculturalismo; liberdade religiosa.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará a questão penal do uso para fins religiosos da *ayahuasca*, também conhecida como santo daime, *hoasca* ou vegetal, na sociedade contemporânea multicultural.

Analisar-se-á, em um primeiro momento, a ideia de multiculturalismo, de crime culturalmente motivado e de religião como sistema cultural, passando-se a uma breve revisão das origens das religiões ayahuasqueiras brasileiras e de algumas de suas cerimônias, o que revelará o significado da *ayahuasca* para definir valores, costumes, modos de vida e visões de mundo no contexto cultural desses grupos.

Na sequência, estudar-se-á os problemas surgidos com a expansão para centros urbanos e a internacionalização das religiões ayahuasqueiras brasileiras, o que gerou o questionamento sobre a legalidade da produção, transporte, armazenamento e consumo da *ayahuasca*, uma vez que sua composição tem como princípio ativo a dimetiltriptamina (DMT), considerada um psicoativo alucinógeno proscrito pela a Convenção de Viena de 1971.

Por fim, serão avaliados os argumentos trazidos para se resolver o conflito de interesses constitucionalmente tutelados entre a saúde (pública e individual) e o direito à liberdade religiosa. A partir de uma perspectiva multicultural, tentar-se-á refletir sobre a melhor ponderação e quais os critérios a serem utilizados para se determinar em que casos o uso ritual-religioso da *ayahuasca* não deve ser criminalizado, prevalecendo o direito à liberdade religiosa e cultural, e os limites a serem estabelecidos.

2 MULTICULTURALISMO, DIREITO PENAL E AYAHUASCA

A globalização, entendida como o fenômeno de integração entre pessoas do mundo todo, seja pela facilidade de locomoção, de comunicação e/ou de acesso a informações, fez com que as sociedades contemporâneas se tornassem multiculturais, isto é, integradas por indivíduos, grupos e valores diversos, oriundos de todos os lugares do mundo.

Nesse cenário multicultural, alguns países, principalmente da Europa e da América do Norte, acolhem grupos de indivíduos com tradições, costumes e crenças próprias (cultura diferente), o que pode ocasionar conflitos com aquilo que é comum, aceito e dominante na sociedade de acolhimento (BALLARD, 2009, pp. 09 e ss).

É nesse contexto que ganha relevo a ideia de crimes culturalmente motivados (VAN BROECK, 2001, p. 05), ou seja, aquelas práticas derivadas de culturas estrangeiras que são consideradas ilegais e criminalizadas pelo ordenamento jurídico do país que as recebe.

Partindo de um conceito de cultura etnicamente qualificada (BASILE, 2008, pp. 05 e ss), que vem sendo adotado para os estudos das relações do direito penal e da sociedade multicultural, apoiando-se ainda na ideia de religião como sistema cultural (GEERTZ, 2000, pp. 87-125), parece que os integrantes das religiões ayahuasqueiras brasileiras podem ser entendidos como um grupo étnico, uma vez que possuem uma história específica que se esforçam para manter viva na memória de todos os seus membros, são originários de uma região geográfica comum, reúnem-se em torno de uma religião, mantêm a língua de origem em

seus rituais, existindo inclusive o estímulo de novos membros em países estrangeiros a aprenderem o português, e trata-se de um grupo minoritário dentro de uma comunidade maior, mesmo no seu Estado de origem, o Brasil.

A etnicidade específica destes grupos, para fins de classificação dentro do campo de interesse do multiculturalismo relacionado com o direito penal contemporâneo, é corroborada pelos indivíduos pertencentes a essas religiões se compreenderem como integrantes de um grupo étnico específico, se autodefinindo como membros de “religiões ayahuasqueiras brasileiras”⁶⁴. O sentimento de pertença ao grupo e os laços comunitários estabelecidos são percebidos como elementos de identificação da própria pessoa e constitutivos da sua personalidade, existindo uma cultura própria que influencia diversos campos da vida de cada membro.

A *ayahuasca* como representação do sagrado não designa tão somente a bebida em si, mas traduz toda uma complexa rede de crenças, ideias, práticas e relações que levam o grupo a conceber sua identidade como uma alternativa histórica a qualquer estado nação ou grupo hegemônico existente (GROISMAN, 2004, p. 07).

Em que pese ser inviável uma total segregação dos problemas afetos à utilização da *ayahuasca* por novos grupos “esotéricos new age”, por indivíduos solitários que buscam o autoconhecimento ou a simples recreação e por grupos de terapias ou com um viés terapêutico, não é esse o objeto de estudo do presente artigo, sendo necessário um corte metodológico para o bom desenvolvimento da pesquisa. Um estudo jurídico-penal sobre o uso religioso da *ayahuasca* em um contexto multicultural internacional precede, por tal questão não estar bem analisada pela doutrina e não existir consenso jurisprudencial, as discussões de usos alternativos ou em situações religiosas não comunitárias. Da mesma forma, não serão analisados neste estudo, por questões de delimitação metodológica do objeto e pela irrelevância penal, os casos de uso da *ayahuasca*

⁶⁴ O termo “religiões ayahuasqueiras brasileiras” foi cunhado, ao que tudo indica, por Beatriz Caiuby Labate e Wladimir Sena Araújo, em 2002, ao organizarem o livro *O uso ritual da ayahuasca*, passando a ser considerada a partir de então uma categoria antropológica (LABATE et al, 2008, p. 23).

em seu contexto original, ou seja, por grupos indígenas da Floresta Amazônica (LUZ, 2009, pp. 37 e ss).

Em suma, o problema ora analisado consiste em saber como o direito penal deve tratar (considerando crime ou não) as práticas de importação e consumo de *ayahuasca* por indivíduos que pertencem a grupos étnicos-culturais denominados “religiões ayahuasqueiras brasileiras”, minoritários no país de acolhimento, o qual, em uma primeira análise, considera a substância consumida um tipo de droga/estupefaciente e a criminaliza em seu ordenamento jurídico/legislação antidrogas.

Por fim, já que questões terminológicas guardam especial relevo no campo da *ayahuasca* (GROISMAN, 2004, p. 06) é necessário esclarecer que: i) adotou-se a palavra “ayahuasca”, mesmo ciente de que a simples nomenclatura distinta entre os grupos que a utilizam revela culturas e visões de mundo peculiares, por ser o nome mais conhecido popularmente para designar a bebida utilizada nos rituais religiosos ora estudados e mais utilizada na literatura acadêmica sobre o tema (LABATE; ARAÚJO, 2009); e ii) evitar-se-á o uso dos termos “alucinógeno”⁶⁵ e “enteógeno”⁶⁶, pois ambos carregam, ainda que em polos opostos, forte conteúdo axiológico prévio de visões de mundo parciais.

3 ORIGEM, CERIMÔNIAS E RITUAIS DAS RELIGIÕES AYAHUASQUEIRAS BRASILEIRAS

A *ayahuasca*, bebida considerada sagrada por algumas culturas indígenas ancestrais da América do Sul e por alguns grupos religiosos originários do Brasil, recebe diversos nomes, como *yagé*, *hoasca*, *daime*, *santo daime*, *vegetal*, *cipó dos mortos*, *vinho das almas*, *jurema*, *caapi*, *ambiwaska*, *natema*, *kamarampi* (ZULUAGA, 2009, pp. 133-134).

⁶⁵ O termo muitas vezes ganha uma conotação negativa, relacionada à loucura, ao delírio e às drogas em geral, o que não caracteriza bem as experiências religiosas vivenciadas pelos seguidores das religiões ayahuasqueiras brasileiras (GOULART, 2008, pp. 251 e ss).

⁶⁶ O termo *enteógeno*, derivado do grego antigo *entheos* (deus dentro), é utilizado para designar substâncias psicoativas que proporcionariam um contato com o divino (MACRAE, 1992, p. 16).

No entanto, é pela designação derivada da língua quíchua/quéchuá, idioma dos incas peruanos e bolivianos, que a bebida ficou mais conhecida, etimologicamente significando “aya” pessoa morta, alma ou espírito e “waska” corda ou cipó (LABATE, 2009, p. 232).

A *ayahuasca* é feita a partir da mistura e decocção de um cipó, *Banisteriopsis caapi*, chamado popularmente de jagube ou mariri, com as folhas de um arbusto *Psychotria viridis*, conhecida como chacrona ou rainha (GAUJAC, 2013, pp. 13 e ss).

Todo ritual de preparação da bebida - que ocorre no Brasil para as religiões ayahuasqueiras, não só por questões de clima e cultivo (GARRIDO; SABINO, 2009, p. 48), mas também por mandamentos doutrinários das igrejas, que atendem a questões metafísicas - é considerado sagrado, consistindo na colheita dos vegetais, limpeza das folhas, raspagem e maceração do cipó, cozimento/decocção da mistura (que só ocorre em determinada fase da lua e em horários definidos) e envase da bebida. Enquanto os homens manuseiam o cipó, as mulheres, entoando cânticos, são responsáveis pelo preparo das folhas. Ambos trabalham o tempo todo de forma ritualizada e sob o efeito da bebida sacramental (CEMIN, 2009, pp. 360 e ss).

Hoje, sabe-se que a composição química da *ayahuasca* inclui o alcaloide N-N-dimetiltriptamina (DMT), oriundo do cipó e naturalmente produzido pelo corpo humano, a princípio pela glândula pineal, que atua em certos receptores cerebrais, o que produz um estado de relaxamento mental com a produção de serotonina. A enzima monoamina oxidase (MAO), no entanto, controla os níveis de concentração de alguns neurotransmissores e metaboliza a serotonina e a DMT antes que elas tenham um efeito psicoativo perceptível conscientemente, mantendo-as em níveis normais (GAUJAC, 2013, pp. 11-12).

O cipó jagube contém um inibidor da monoamina oxidase (iMAO) que impede que a referida enzima metabolize a DMT, fazendo com que ela possa atuar no sistema nervoso central (SNC), bem como permitindo o aumento dos níveis de concentração de serotonina endógena. Junto com isso, as folhas da chacrona também contêm uma concentração de N,N-dimetiltriptamina (DMT), fornecendo um incremento de tal alcaloide ao corpo humano, que somado à

ingestão do inibidor da enzima responsável pela sua metabolização, presente no cipó, faz com que o SNC seja afetado/alterado (GAUJAC, 2013, pp. 09 e ss).

Resumidamente, é assim que a *ayahuasca* produz seus efeitos no SNC, consistindo em um psicoativo ou psicotrópico modificador ou perturbador da atividade cerebral, o que permite estados alterados de consciência (GARRIDO; SABINO, 2009, pp. 48-50).

Os efeitos e percepções mais comuns com a ingestão da *ayahuasca* são a sensação de separação entre corpo e alma, contato com seres de uma dimensão sobrenatural, relacionados geralmente com algo da floresta ou da natureza, instruções auditivas sobre a vida e visão de formas geométricas e cores (HARNER, 1973, pp. 155 e ss).

Alguns estudos psicológicos e de psiquiatria cultural, em que pese ainda não testados em larga escala, revelam que a *ayahuasca* pode ter efeitos terapêuticos para a depressão, para a síndrome do pânico e para o alcoolismo, mas que também pode de alguma forma estimular surtos psicóticos em pessoas com antecedentes de problemas psiquiátricos (LABATE et al, 2008, pp. 59 e ss).

Estudos médicos e bioquímicos revelam que a toxicidade da *ayahuasca* consiste no aumento da serotonina e da DMT no organismo humano, o que provoca vômitos, diarreias, sudorese e taquicardia, além de alterações de percepção em razão de seu efeito no sistema nervoso central. Algumas interações medicamentosas e alimentares também podem ser perigosas, bem como o uso por pessoas que sofram de hipertensão, sendo necessárias mais pesquisas nesse campo (GAUJAC, 2013, pp. 12 e ss)⁶⁷.

O uso dessa bebida por tribos indígenas, principalmente por xamãs e curandeiros, é ancestral e imemorial, existindo pesquisas que revelam a utilização da bebida por povos indígenas do Brasil, Peru, Bolívia, Equador e Colômbia, consistindo em verdadeiro elo e elemento de convergência entre as culturas indígenas da América do Sul (LUZ, 2009, pp. 37 e ss).

⁶⁷ Sobre os questionamentos sobre os efeitos da *ayahuasca* na saúde individual, também é interessante a leitura do Relatório Final do Grupo de Trabalho Ayahuasca, produzido pelo Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas/CONAD em 2006 e disponível em: <<http://www.obid.senad.gov.br/portais/CONAD/biblioteca/documentos/327994.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

No Brasil, a bebida é usada por tribos indígenas da floresta Amazônica, norte e noroeste do país, lugar onde se deu o primeiro contato com a bebida por não ameríndios, o que propiciou a sua difusão para outros contextos culturais (GARRIDO; SABINO, 2009, p. 45).

Ao que tudo indica, foi no 1º ciclo da borracha - movimento de migração de trabalhadores de várias regiões do Brasil, principalmente do nordeste, para o norte do país, especificamente para a floresta Amazônica, no início da década de 1900, que se deslocavam para trabalhar na extração da seiva da seringueira, conhecida como látex, e utilizada para fabricação da borracha (BALZER, 2009, pp. 509 e ss) – que os primeiros não índios conheceram a *ayahuasca*, quando em contato com grupos indígenas da floresta.

Os seringueiros, que adentravam na floresta para coletar o látex, começaram a participar de rituais xamânicos indígenas em que ocorria o consumo da *ayahuasca* (OLIVEIRA, 2010, p. 324). Foi em um desses rituais que o seringueiro Raimundo Irineu Serra (1892-1971), neto de escravos e natural do Maranhão, nordeste do Brasil, pretensamente recebeu a iluminação de Nossa Senhora da Conceição para criar uma igreja cristã que utilizasse a bebida dos índios, a *ayahuasca* (SANTO DAIME, 2014).

Foi durante a década de 1930, em Rio Branco, Acre, que Irineu Serra, conhecido como Padrinho ou Mestre Irineu pelos seus seguidores, constituiu oficialmente a Igreja do Santo Daime, cujo nome foi adotado em razão dos pedidos feitos para a bebida-divina por quem a ingere - “dai-me luz, dai-me amor e dai-me paz”. Também foi durante a década de 30 que os hinários do Santo Daime foram “recebidos”, em rituais de ingestão da *ayahuasca*, por Irineu Serra, tornando-se ponto central na liturgia da igreja (GOULART, 2009, pp. 277 e ss), quando os fiéis entoam cânticos, bailam/dançam e ingerem a *ayahuasca*, conseguindo “sair do corpo”, isto é, realizar o “voo mágico xamânico” e supostamente ter lições espirituais.

Após a morte de Irineu Serra, em 1971, duas vertentes do Santo Daime se criaram, uma conhecida por Alto Santo e outra conhecida como Centro Eclético da Fluente Luz Universal Raimundo Irineu Serra-Cefluris (LABATE et al, 2008, p. 24).

A viúva do fundador da doutrina do Santo Daime, Peregrina Gomes Serra, conhecida como Madrinha Peregrina, manteve a igreja original (Centro de Iluminação Cristã Universal/Ciclu-Alto Santo) funcionando na cidade de Rio Branco, Acre, mas de forma discreta e sem pretensões expansionistas, ficando esta vertente conhecida como Alto Santo.

A mais conhecida religião ayahuasqueira, no entanto, distinguida como Santo Daime-Cefluris⁶⁸, é a linha continuada por um dos discípulos de Irineu Serra, Sebastião Mota de Melo, conhecido como Padrinho Sebastião (1920-1990). Após a morte de seu mestre, Sebastião Mota constituiu oficialmente, em 1974, o Centro Eclético da Fluente Luz Universal Raimundo Irineu Serra, Igreja do Santo Daime que veio a se expandir por todos os estados brasileiros e por diversos países estrangeiros (SANTO DAIME, 2014).

Em 1982/1983, Sebastião Mota e aproximadamente trezentos de seus seguidores constituíram um assentamento comunitário no meio da floresta Amazônica, batizado como Vila Céu do Mapiá, que é considerada a “Nova Jerusalém” pelos religiosos daimistas (MACRAE, 1992, p. 74) e hoje constitui um centro de produção da *ayahuasca* e de peregrinação mundial, tendo, em 2007, aproximadamente quinhentos moradores permanentes (OLIVEIRA, 2007, p. 20).

Em 1945, Daniel Pereira de Mattos (1888-1958), após ser tratado de uma enfermidade por Irineu Serra, com o uso de *ayahuasca*, criou sua própria linha doutrinária e a batizou de Capelinha, ficando conhecida posteriormente por Barquinha. Tendo sido membro da Marinha (GARRIDO; SABINO, 2009, p. 46) por algum tempo e um conhecido boêmio na região de Rio Branco, Acre, Mestre Daniel, como depois ficou conhecido, congregou diversos símbolos ligados ao mar e à navegação aos rituais de sua igreja, bem como elementos do espiritismo e das religiões afro-brasileiras, como umbanda e candomblé. A Barquinha, apesar de recentemente ter inaugurado algumas filiais em outros estados brasileiros, ficou restrita ao Acre, destacando-se pelo forte simbolismo e alegorias de suas

⁶⁸ Neste artigo, sempre que for feita referência à Igreja do Santo Daime estar-se-á tratando da sua linha Cefluris, a qual se expandiu pelos centros urbanos brasileiros e internacionalmente e que, portanto, tem maior interesse para o presente trabalho.

liturgias, bem como pelos trabalhos de incorporação de espíritos e de “desfazimento de trabalhos” de quimbanda (ARAÚJO, 2009, pp. 541 e ss).

Por fim, a União do Vegetal (UDV) - hoje a mais organizada, fechada e discreta, apesar de expansionista, igreja ayahuasqueira brasileira, com aproximadamente quinze mil participantes espalhados pelo mundo inteiro, dados ainda de 2007 (LABATE et al, 2008, pp. 30-33) - foi fundada por José Gabriel da Costa (1922-1971), um seringueiro baiano, em 1961, em Porto Velho, Rondônia (UNIÃO DO VEGETAL, 2014).

Apesar dos fortes traços de grupo iniciático-discipular (GENTIL; GENTIL, 2009, p. 562), a UDV é a religião ayahuasqueira que mais tenta legitimar o uso da *hoasca*, como chamam a *ayahuasca*, do ponto de vista médico-científico e legal. Com uma estrutura institucional bem organizada e hierarquizada, a UDV tem um departamento de pesquisa biomédica e farmacológica, assim como uma comissão jurídica para permitir a sua internacionalização e expansão por países não habituados com a cultura ayahuasqueira (LABATE et al, 2008, p. 33).

O uso da *ayahuasca* permaneceu restrito às regiões amazônicas do norte/noroeste do Brasil, sem despertar qualquer interesse da sociedade como um todo ou das instâncias formais de controle até o início da década de 1980, quando membros/seguidores do Santo Daime e da UDV instalaram igrejas em centros urbanos afastados da região amazônica. A partir desse momento, vários artistas e intelectuais converteram-se às religiões ayahuasqueiras, o que contribuiu para sua maior divulgação e expansão.

Foi em meados da década de 80 que as pesquisas bioquímicas, farmacológicas e antropológicas sobre a *ayahuasca* iniciaram, despertando também a preocupação das autoridades brasileiras com a disseminação do uso do chá. Em 1985, em razão de a bebida conter como princípio ativo o alcaloide DMT, considerado um psicotrópico pelas Convenções Internacionais Antidrogas, a *ayahuasca* foi incluída no rol de substâncias proibidas no Brasil, sendo, logo em seguida (menos de um ano depois), novamente excluída da lista e seu uso religioso permitido, o que se mantém até hoje.

Com a urbanização e internacionalização da cultura religiosa brasileira da *ayahuasca*, a utilização da bebida vem ganhando novos espaços, com a

formação, por exemplo, de grupos místicos (*new age* e de terapias) que a utilizam, o que aumenta a complexidade da reflexão multicultural sobre a problemática jurídico-penal do controle do seu uso.

Por fim, é importante destacar que não se almejou com esta breve revisão histórica das principais religiões ayahuasqueiras traduzir toda a complexidade da cosmologia e liturgia (com forte sincretismo religioso indígena-caboclo-africano-cristão) das religiões ayahuasqueiras brasileiras, mas buscou-se, tão somente, contextualizar-se o ambiente cultural em que o uso religioso da *ayahuasca* se iniciou e se desenvolveu no Brasil.

4 A INTERNACIONALIZAÇÃO DAS RELIGIÕES AYAHUASQUEIRAS

O fenômeno da internacionalização das igrejas ayahuasqueiras brasileiras se deu a partir do início da década de 1990 com o Santo Daime-Cefluris e a União do Vegetal (UDV), as duas religiões com maior número de seguidores e maior grau de organização e institucionalização (GARRIDO; SABINO, 2009, p. 46).

Essas igrejas estão presentes hoje em diversos países da América do Sul, nos Estados Unidos, no Canadá, no Japão e em muitos países da Europa, destacadamente Holanda, Espanha, Alemanha e França (LABATE, 2009, p. 234). Aparentemente, as igrejas alcançam sucesso na sua expansão, com a adesão de novos seguidores, em razão de seu caráter “salvacionista” (GROISMAN, 2004, p. 21) e exótico, isto é, com traços de xamanismo indígena (MACRAE, 1992, p. 18).

O processo de transformação do Santo Daime e da UDV em religiões internacionais não se deu, do ponto de vista jurídico-penal, sem impasses, dúvidas, rupturas e conflitos. Apenas há algumas décadas, essas religiões estavam restritas à região norte do Brasil, em um contexto cultural bem delimitado e com controles comunitários que não despertavam maior preocupação para o Direito.

Com a criação de centros religiosos em outros países - tema que carece de estudos históricos mais amplos, ainda que existam alguns estudos pontuais, como os presentes na coletânea editada por Labate e Jungaberle (2011) - alguns membros das igrejas ayahuasqueiras começaram a transportar e ingressar em

países onde a substância contida no chá era (ou ainda é) considerada droga psicotrópica proscrita, diferentemente do que ocorre hoje no Brasil, país de origem de referidas religiões, onde o uso religioso da substância é permitido.

Mesmo no Brasil o processo de legalização da *ayahuasca* foi conflituoso e ainda gera interpretações jurídicas contraditórias sobre a possibilidade de sua exportação. Ainda subsistem entendimentos jurídicos e de política-criminal (AMARAL, 2010) de que o simples fato da *ayahuasca* conter como princípio ativo a DMT enquadraria o chá entre as substâncias proibidas pelas convenções internacionais e pela legislação brasileira antidrogas, autorizando a atuação repressiva e a aplicação das normas penais aos que efetuem seu transporte ao estrangeiro.

A internacionalização estendeu o debate jurídico-penal que existe no Brasil para os países de acolhimento de brasileiros e de adeptos/seguidores das religiões ayahuasqueiras, impondo a reflexão sobre o limite do acolhimento, a tolerância ao diferente, o respeito a culturas diversas e a integração possível desses grupos religiosos e de suas práticas. Claramente, seguindo a classificação cunhada por Kymlicka (1996, p. 29), está-se diante do pluralismo cultural gerado pela imigração e que conduz um estado a ser considerado poliétnico.

Como a maioria das questões que envolvem a integração de culturas advindas de minorias imigrantes, a transposição da cultura ayahuasqueira para outros países não é um fenômeno simples e que pode ficar restrito a uma análise química-farmacológica conjugada com a dogmática penal tradicional ou de uma superficial ponderação dos interesses em conflito (liberdade religiosa x proteção à saúde pública e/ou repressão ao uso ilegal de drogas). O uso sacramental da *ayahuasca* importa aspectos multiculturais importantes e complexos, como a forma que o indivíduo se enxerga e como as crenças e o *ethos* do grupo religioso influenciam a formação da personalidade e a criação de novos modos de vida, indissociáveis da própria visão de dignidade que a pessoa tem de si.

A necessidade de se deslocar a ênfase da análise de questões químicas e farmacológicas e da simples subsunção da substância presente na *ayahuasca* à legislação penal para refletir sobre os aspectos culturais, sociais e psicológicos da ingestão da *ayahuasca* em contexto religioso é uma das questões imperiosas que

se apresenta (MACRAE, 2009, pp. 493 e ss), pois o cenário (*setting*) em que se dá o consumo de psicoativos e o controle informal que existe em um consumo ritual sacralizado (LABATE et al, 2008, pp. 62-64) são dois dos aspectos mais importantes a serem considerados na análise dos impactos sociais da *ayahuasca* - e conseqüentemente da possibilidade e da necessidade de sua criminalização ou não.

Além disso, com a internacionalização, diversos processos de “ressignificação” e adaptação a contextos culturais diversos ocorreram, principalmente porque muitos nacionais dos países de acolhimento passaram a se converter às religiões ayahuasqueiras, buscando harmonizar algumas posições e usos.

Pensando em evitar transposições de contextos ou interações culturais inadequadas, foi organizado o 1º encontro Europeu de Centros Daimistas (I EECD), em 1996, em Girona, Espanha. Nesse encontro, representantes daimistas de 10 países europeus diferentes discutiram e pensaram estratégias para estabelecer uma ortodoxia ritual-doutrinária básica/mínima e para a institucionalização das relações das igrejas Daimistas criadas na Europa e a central da igreja brasileira, no Céu do Mapiá, oficializando e controlando as iniciativas pessoais e individualizadas de seguidores que se mudaram para países europeus (GROISMAN, 2004, pp. 11-12).

Com a mesma preocupação, mas utilizando-se de estratégia diversa, a UDV mantém-se mais discreta, como eles mesmos costumam se autoqualificar, e busca estimular estudos científicos e a legalização e institucionalização prévia da religião e de seus rituais nos países em que se instala (SOARES; MOURA, 2011, pp. 284-286). Nos Estados Unidos, a UDV travou disputas judiciais para o seu reconhecimento como instituição religiosa e para a não criminalização do uso ritual da *ayahuasca/hoasca*, saindo vitoriosa em seus pleitos (BRONFMAN, 2011, pp. 287 e ss).

Na Alemanha, por outro lado, o Santo Daime não foi inicialmente transposto seguindo os rituais originários brasileiros, mas foi oferecido em um contexto mercadológico de “experiência lendária e xamânica” para entusiastas “*new age*” e do “esoterismo místico” (BALZER, 2009, pp. 515 e ss). No final do

ano de 1993, chegou a ser organizado um encontro no sistema de *workshop* para as pessoas curiosas experimentarem a bebida *ayahuasca*. Com a evidente falha de transposição de contextos culturais, a utilização por pessoas não seguidoras de uma doutrina religiosa, sem qualquer preparo pessoal para o uso da *ayahuasca*, bem como o abandono do cenário ou estrutura sociocultural (*setting*) de ritual religioso do consumo do chá, verificou-se no caso da Alemanha um aspecto social negativo, gerando preocupação para a saúde e a ordem pública (BALZER, 2009, pp. 525 e ss).

No entanto, o principal interesse da internacionalização para este estudo é o fenômeno que consiste em muitos brasileiros e “convertidos estrangeiros” passarem a viajar ao Brasil para buscarem a *ayahuasca* ou a armazenarem em suas residências para o consumo posterior durante os rituais (LABATE; FEENEY, 2011, p. 10). Tais práticas passaram a ser fatos relevantes para o direito penal, sendo alvo de ações policiais. No entanto, como dito, não basta uma abordagem tradicional das ciências penais para esses casos, exigindo-se uma avaliação multicultural tanto para estrangeiros quanto para nacionais convertidos, visto que a etnicidade não se define exclusivamente por origens biológicas ou geográficas, mas pelo modo como os indivíduos passam a integrar e se compreenderem como pertencentes a determinado grupo minoritário que apresenta uma alternativa de vida, de crenças, de costumes e de “interesses” não totalmente alinhados com a cultura dominante (KYMLICKA, 1996, pp. 183 e ss).

Funcionando a religião como uma forma de sintetizar o *ethos* de um grupo que compartilha certa visão de um tipo ideal de vida (GEERTZ, 2000, pp. 89-90), entende-se que não se pode limitar o enfoque multiculturalista do direito penal para aplicá-lo apenas ao imigrante brasileiro que se estabeleceu em um país poliétnico. É necessária uma visão multicultural também para aqueles nacionais que se converteram sinceramente à religião do estrangeiro, pois a integração, quando as práticas culturais não violam direitos fundamentais, como aclara o Professor Augusto Silva Dias (2014, pp. 15 e ss), é uma via de mão dupla, em que existe uma relação dialógica de aceitação, adaptação e interação das diferenças.

Parece, assim, que as reflexões jurídico-penais em casos concretos terão que abordar a questão do uso da *ayahuasca* se destinar a vivência de uma cultura religiosa ou a uma experiência dos efeitos provocados por um psicoativo, o que passará pela análise da tolerância com a diferença e pelo respeito ao princípio da igualdade entre todas as pessoas submetidas às restrições das leis antidrogas.

Contudo, como já citado, a questão da necessidade ou não de repressão penal de usos alternativos ou recreativos da *ayahuasca* - em que pese margear o assunto aqui tratado, por ser um dos corolários inevitáveis que se apresentarão a partir do momento em que a questão do uso religioso tradicional já estiver mais sedimentada - não pode ser tratada de forma satisfatória neste trabalho, pois envolve temas mais amplos de política-criminal, como a própria reflexão sobre a descriminalização do uso de drogas/psicoativos.

Atualmente, o que impele a esta análise antecedente, sequer a criminalização ou não da *ayahuasca* em contexto cultural das religiões brasileiras é pacífica em países europeus, existindo a expressa criminalização da *ayahuasca* na França, por exemplo, e a tendência de aceitação de tal prática cultural em outros países como Holanda e Espanha. Assim, para a exata compreensão do debate jurídico-penal que ocorre nos tribunais, forçosa uma crítica dos interesses jurídicos que se contrapõem em tais discussões.

5 COLISÃO DE INTERESSES E PONDERAÇÃO DE DIREITOS: LIBERDADE RELIGIOSA *VERSUS* PROTEÇÃO À SAÚDE

As questões que envolvem a internacionalização da *ayahuasca* - nomeadamente a legalidade da exportação do Brasil e a importação e uso em países não autóctones de grupos que utilizam o chá em seus rituais religiosos - são complexas, pois põem em conflito/colisão interesses constitucionalmente protegidos e envolvem aspectos jurídicos no campo judicial, administrativo, policial e legislativo.

Cada esfera formal de controle social (polícia, agência de saúde/vigilância sanitária, órgão alfandegário, órgão político/legislador), quando estabelece uma

medida concreta de restrição à importação, transporte, distribuição e uso da *ayahuasca*, realiza o seu juízo de ponderação em relação aos princípios, bens jurídicos, valores e direitos que estão em conflito (NOVAIS, 2012, pp. 126-128), limitando, no caso deste estudo, o direito à liberdade religiosa/de culto para acomodar a proteção mais adequada ao interesse que avaliam como preponderante, isto é, a proteção à saúde pública ou a efetiva aplicação da lei antidrogas.

No entanto, em que pesem as diversas áreas que realizam em alguma medida uma ponderação entre os interesses em conflito, evidenciando-se que não existem direitos absolutos (MIRANDA, 2012, pp. 133-135), cabe sempre uma última análise ao Poder Judiciário, que verifica a constitucionalidade das decisões tomadas pelos outros poderes ou agentes públicos quando limitam direitos fundamentais/liberdades (NOVAIS, 2012, p. 126). Com isso, nas questões que envolvem a *ayahuasca* e o respeito à diversidade cultural-religiosa, acabam os tribunais por estabelecer os caminhos a serem seguidos, os limites e os interesses que devem prevalecer.

Portanto, um juízo de ponderação e um controle pormenorizado da observância dos princípios constitucionais da proibição do excesso e da proibição da proteção insuficiente (NOVAIS, 2012, p. 67) precisam ser levados a cabo, avaliando-se as consequências de uma ou outra decisão em toda ordem normativa e na sociedade.

A questão central deste estudo, portanto, consiste em avaliar se deve prevalecer o direito à liberdade religiosa, especificamente a liberdade de culto, práticas e celebração de ritos; ou se tal liberdade deve ser limitada, não se permitindo o uso da *ayahuasca*, para se proteger o interesse público de preservação da saúde pública, uma limitação aceitável (NOVAIS, 2012, p. 130) e prevista na própria Convenção Europeia de Direitos Humanos. Está-se claramente diante de uma colisão de interesses e bens juridicamente tutelados, mas que no caso da *ayahuasca* somam-se considerações do multiculturalismo.

Assim, para se pensar o respeito à liberdade religiosa nesses casos, necessariamente se passa pela compreensão do sistema cultural em que a prática da *ayahuasca* se insere ou que constitui, sopesando-se o valor intrínseco

da própria cultura e a necessidade do ritual do uso do chá para manter a integridade cultural do grupo com o interesse da sociedade de acolhimento em preservar a saúde humana/individual, a saúde pública, garantir a coesão social, organizar a constituição do espaço público e ao mesmo tempo assegurar um pluralismo cultural e ideológico.

Para avaliar os impactos que a DMT presente no chá pode trazer à saúde dos seus usuários e à saúde pública em geral é essencial recorrer a estudos, pareceres e laudos toxicológicos, médicos e farmacológicos, o que muitos tribunais vêm fazendo. No entanto, não são suficientes tais análises no caso da *ayahuasca*, pois seus efeitos são condicionados pelo ambiente em que o consumo da bebida se dá e pelo significado religioso e sacramental que representa para quem a ingere.

Parece ideal, em casos que envolvem o consumo de substâncias psicoativas em contexto religioso, a realização de uma perícia cultural-interdisciplinar (DIAS, 2014, pp. 28 e ss) que avalie o contexto cultural do uso juntamente com os efeitos toxicológicos e de impacto na saúde humana e pública.

Na ponderação ora realizada entre o direito à liberdade cultural-religiosa e o interesse público de proteger a saúde individual e pública, parte-se da presunção de que a *ayahuasca* é em alguma medida danosa ou um risco à saúde, já que contém como princípio ativo DMT, que é prevista nas listas de substâncias psicotrópicas da Convenção de Viena de 1971 e nas legislações antidrogas dos países, as quais são organizadas e aprovadas por especialistas na área da toxicologia.

No entanto, a partir dos estudos até agora realizados e da concepção de que um Estado de Direito, democrático, liberal e plural exige o respeito à autonomia dos indivíduos e o reconhecimento intercultural recíproco e respeitador de direitos fundamentais, parece que os efeitos na saúde individual e pública são insuficientes para autorizarem uma limitação à liberdade religiosa. Como visto, os eventuais efeitos indesejados são leves, previamente informados ao usuário e a ingestão é sempre acompanhada e gerida por pessoas que estão familiarizadas com o consumo ritual. Em relação à saúde pública, a experiência cultural originária, a tradição religiosa e os estudos científicos existentes até o momento

revelam a probabilidade baixíssima de overdose e de danos, imediatos ou com a utilização de longo prazo, que exigiriam tratamento médico ou o emprego de recursos destinados à saúde pública.

Também não parecem existir preocupações em relação à ordem pública, outro argumento geralmente trazido por defensores de uma aplicação rígida e preponderante da lei antidrogas, pois a *ayahuasca* é utilizada por pequenos grupos de pessoas e em um contexto cultural-religioso controlado, é produzida em condições muito específicas e possui um caráter sagrado e não recreativo, que faz com que sua distribuição e utilização sejam controladas/fiscalizadas pelos próprios indivíduos que a utilizam.

Evidentemente que, diante de casos concretos específicos, é essencial a verificação da real motivação cultural-religiosa do agente e da forma como se deu a distribuição da *ayahuasca* a partir da América do Sul, de modo a se evitar a formação de um mercado ilícito de importação e distribuição do chá (que logo passaria a ser comandado por grupos de traficantes transnacionais de drogas), desvinculado de qualquer fator ou interação cultural, o que por certo subverteria o fundamento e a finalidade da proteção religiosa-cultural e a ideia de cultura cívica comum.

Na ponderação ainda deve-se levar em conta que o uso da *ayahuasca* num contexto religioso não interessa somente ao indivíduo que está sendo julgado, mas sim a um conjunto de pessoas que compartilham visões de mundo, práticas e costumes, formando um grupo cultural-religioso com anseios e reivindicações comuns. Proibir essas pessoas de usarem a *ayahuasca* não seria privar apenas um aspecto da vida cultural e religiosa, mas sim a própria religião e cultura. Todas as suas práticas, costumes e concepções de mundo são em torno do consumo do chá, principal sacramento dos grupos ayahuasqueiros. A própria identidade do indivíduo e a forma como ele se vê no mundo relacionam-se com a prática religiosa.

Assim, ponderados os valores e interesses que se contrapõem, para se chegar a uma correta solução de concordância prática, como as questões multiculturais exigem, parece que um juízo de proporcionalidade ou de controle da observância do princípio da proibição do excesso, nos termos propostos pelo

Professor Jorge Reis Novais (2012, pp. 127-128), ainda é essencial, o que se passa a desenvolver.

Em um juízo de controle de proporcionalidade aplicado aos casos que envolvem a *ayahuasca*, o que se comparam e se avaliam são os sacrifícios ou custos impostos ao direito fundamental da liberdade religiosa frente à vantagem ou benefício que se obtêm para a saúde pública ao se caracterizar a posse e a importação da *ayahuasca* como penalmente relevante (e vice-versa).

Uma das possibilidades é que prevaleça a proteção à saúde pública e individual, o que implicaria um sacrifício total do direito à própria cultura e à liberdade de culto e de religião, uma vez que as práticas rituais/de culto das religiões ayahuasqueiras ficariam completamente inviabilizadas sem o chá; enquanto o benefício marginal para a saúde, atingido com a criminalização da conduta de importar e de usar a *ayahuasca*, seria mínimo ou de duvidoso alcance, uma vez que o próprio dano causado aos bens jurídicos tutelados é questionável.

Tal discrepância na aptidão da medida de prevalência do interesse público quando comparada com o sacrifício exigido ao direito fundamental da liberdade religiosa, em uma sociedade democrática, onde há grande peso para tal liberdade (CANOTINHO, 2003, p. 383), ainda mais quando pensada como representativa de direitos coletivos de manutenção da identidade cultural de um grupo, faz com que tal medida se revele excessivamente desproporcionada e, portanto, inconstitucional a aplicação da lei penal ao caso.

Invertendo as medidas para realizar a análise de custo/benefício ou utilizando-se da lógica tradicional de verificação sucessiva de aptidão-necessidade-proporcionalidade⁶⁹, as conclusões não se modificam. Especificamente na análise da necessidade da incidência do direito penal ao campo da *ayahuasca* para se atingir o fim buscado de proteção à saúde pública, somado com o caráter subsidiário deste ramo do Direito (DIAS, 2009, p. 124), evidencia-se que o poder público protegeria de forma mais eficiente a saúde

⁶⁹ Método criticado por Novais (2012, pp. 129 e ss) devido ao seu subjetivismo, falta de parâmetros objetivos e facilidade de se justificar argumentativamente para qualquer dos lados da balança.

pública com outras medidas, como de controle e acompanhamento administrativo/sanitário da importação e uso da *ayahuasca*, o que não implicaria o sacrifício completo e imediato de nenhum direito fundamental.

Ademais, não se mostra necessária qualquer afirmação positiva da norma que busca proibir o abuso e o comércio de substâncias psicotrópicas/drogas diante do uso religioso da *ayahuasca*. Os fundamentos e as finalidades/objetivos da aquisição e uso das substâncias consideradas drogas ilegais e da bebida *ayahuasca* são muito diversos, o que impede uma analogia pura e simples apenas por um dos seus compostos químicos.

Também parece, ainda mais sob uma perspectiva multicultural, desnecessária uma política criminal voltada aos seguidores das religiões ayahuasqueiras, pois essas pessoas não se afastam dos valores culturalmente universalizantes do pluralismo ideológico e do respeito à dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, o sentimento de pertença dos membros das religiões ayahuasqueiras não é influenciado de maneira significativa pelo uso ritual do chá, pois referidas religiões não impõem comportamentos de vida incompatíveis com a chamada “cultura cívica comum” (DIAS, 2006, pp. 225-227). Assim, não há argumentos suficientes para se justificar a intervenção penal no uso religioso da *ayahuasca*, mormente porque a prática é restrita, controlada e privada, não ofendendo bens jurídicos relevantes e não afetando de qualquer forma a ordem pública ou a integração com diferentes culturas.

Os tribunais que já analisaram a questão se inclinam para uma apreciação da inconstitucionalidade da aplicação da lei penal de tráfico de drogas aos casos concretos, não chegando a fazer um enquadramento técnico dentro da dogmática penal (VIANNA, 2014, pp. 25-32), o que poderia ser feito, se ultrapassada a questão da constitucionalidade, a partir de uma valoração global da conduta que caracterizasse a inexistência do sentido de ilicitude do tipo penal, uma vez que se está diante do exercício regular do direito à liberdade religiosa.

Partindo de uma ideia jurídico-sistêmica que entende ser essencial a não contradição entre o sistema penal e o ordenamento jurídico como um todo, o doutrinador argentino Zaffaroni (2006, p. 472) defende que no juízo de tipicidade, além do preenchimento do tipo objetivo e do subjetivo, também seria necessário o

preenchimento da antinormatividade, um terceiro elemento que possibilitaria a adequação do juízo de tipicidade com a lógica sistêmica do ordenamento jurídico. Em outras palavras, não pode uma conduta ser considerada típica se ela é fomentada ou aceita por outros ramos do Direito, ainda mais no caso em apreço, que se trata de um direito de liberdade constitucionalmente protegido. Assim, o exercício regular do direito à liberdade religiosa não é uma conduta antinormativa e, apesar da subsunção do princípio ativo da *ayahuasca* ao rol de substâncias proibidas, não há ofensa material ao bem jurídico a ser protegido pela norma penal, não estando preenchidos, portanto, os dois requisitos da tipicidade conglobante e, assim, a própria tipicidade.

Toda apreciação acima realizada pressupõe, contudo, que se está diante de um grupo religioso ou de um indivíduo que o integra, o que não gera maiores discussões e dúvidas em relação às tradicionais religiões ayahuasqueiras brasileiras, nomeadamente o Santo Daime e a UDV. O problema existe em relação a grupos menores, não formalmente institucionalizados e que não têm uma doutrina ortodoxa própria e acabada, mas que buscam experiências místicas e alguma relação com o divino, como é o caso dos adeptos da “nova era” (*new age*). Devem esses grupos ou até mesmo somente indivíduos, pelo princípio da igualdade, serem protegidos pela liberdade religiosa e de culto?

A legislação de cada país pode, por certo, estabelecer requisitos para o reconhecimento formal de uma igreja ou comunidade religiosa, mas não parece que o direito fundamental da liberdade religiosa e de culto seja balizado por tais exigências, servindo tal reconhecimento apenas para seus direitos serem assegurados positivamente pelo Estado, para incentivos dirigidos a tais entidades e para prescindir de qualquer discussão factual sobre seu caráter religioso. Referidas exigências não afastam a possibilidade de reconhecimento no caso concreto do caráter religioso a grupos, seitas ou movimentos, podendo tais minorias figurarem como núcleos de direitos e interesses coletivos passivos de receberem reconhecimento e proteção jurisdicional a fim de se assegurar o princípio da igualdade.

Parece – pela religião ser algo íntimo de cada pessoa, por ser impossível graduar a legitimidade de uma crença, sem partir de preconceitos etnocêntricos

ou que recorram a argumentos que tomem como pressuposto a adoção de uma visão de mundo ser melhor do que outra, ainda que ambas sejam possíveis quando respeitam o indivíduo, os direitos fundamentais essenciais e a chamada “cultural cívica comum” – impossível a não adoção, em um Estado de Direito laico e liberal, de um conceito tipológico aberto para religião, como o proposto por Paulo Pulido Adragão (2002, p. 16), em que a presença de alguns elementos comuns (i. crença numa realidade transcendente; ii. conteúdos de verdade extra-racional; iii. doutrina moral a partir de certa visão do mundo e da vida; iv. culto ou liturgia) já permitiriam o seu enquadramento neste conceito.

A adoção de tal conceituação aberta permite uma proteção estatal fundamentada no princípio da igualdade e no direito à liberdade religiosa tanto a grupos minoritários não institucionalizados como a indivíduos isoladamente, desde que exista uma relação, para também não se desvalorizar o fenômeno religioso e se permitir abusos em que seria religião tudo aquilo que se quisesse designar por este termo, com os elementos acima referenciados. Uma perícia cultural seria útil para verificar a sinceridade da crença e sua religiosidade específica pelo grupo ou pelo indivíduo, o que permitiria a mesma prevalência do direito à liberdade religiosa frente a outros interesses constitucionais.

Imagine-se um caso em que um indivíduo estudou, conheceu a cultura, as origens, internalizou sinceramente valores relacionados com a *ayahuasca*, ingeriu diversas vezes a bebida quando participou de rituais em igrejas ayahuasqueiras institucionalizadas, que possui conhecimento do ambiente adequado e da preparação prévia necessária para a ingestão da bebida, mas que decidiu seguir um caminho religioso-espiritual solitário. Seria justo e respeitaria o princípio da igualdade o Estado afirmar que ele não pratica uma religião e que, portanto, não poderia ter assegurado o seu direito à liberdade religiosa de consumir a *ayahuasca*?

Parece não ser razoável que o Estado diga que tal pessoa não terá seus direitos relacionados à liberdade religiosa assegurados e protegidos, pois tal limitação ao que é religião, ainda que a maioria delas congreguem as pessoas em algum momento, não pode impor a filiação ou associação de um indivíduo a um grupo, ainda mais no caso da *ayahuasca*, em que existe um suposto contato

direto com o divino e com as lições de outros “planos ou dimensões”, isto é, que as vivências religiosas são eminentemente interiores e individuais.

Os riscos à saúde nesses casos são maiores, evidentemente, como em quaisquer práticas religiosas/místicas individuais, como as de mortificação, jejum, danças ou exercícios respiratórios forçados, que também podem induzir estados alterados de consciência (HUXLEY, 2005, apêndice I). Não parece, contudo, que isso justifique uma limitação geral prévia a todos aqueles que querem estabelecer relações com o divino ou seguir suas religiões isoladamente.

O problema central consiste em saber se a coletividade ou o indivíduo que realizam aquela prática revestem-na de uma natureza religiosa, podendo tal ser determinada no caso concreto através de diversos elementos de convicção, principalmente, como dito, pela perícia cultural.

Quando se adota um conceito aberto de religião, não há a possibilidade de o Estado averiguar e avaliar se as crenças religiosas são legítimas ou não, se seguem o caminho adequado e “correto” ou não, se podem atingir suas crenças e divindades de outras formas ou não. Para se garantir o princípio da igualdade de aplicação do Direito em relação à liberdade religiosa, deve o Estado assegurar que todos aqueles que buscam a sua religiosidade de forma sincera, íntima e sem afetar a liberdade de terceiros, tenham todos os caminhos e meios à sua disposição, independente de julgamentos quanto à sua maior eficácia ou conjugação com outras práticas ou necessidade de associação a grupos já formalmente estabelecidos. Em suma, parece que cabe ao Estado tão somente a verificação, para então passar a assegurar proteção, de se tratar de uma crença religiosa e que respeita os direitos fundamentais básicos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reconhecendo o multiculturalismo e com isso a necessidade de se respeitar a diversidade cultural-religiosa aceitável (que reverencia a dignidade da pessoa humana e se integra em uma cultura cívica comum), os tribunais de diversos países vêm assegurando maior peso à liberdade religiosa e de culto quando ponderado esse direito fundamental com o interesse de proteção à saúde

pública e individual, e não considerando crime a importação, o transporte e consumo da *ayahuasca* em contexto ritual das religiões ayahuasqueiras brasileiras, mesmo ela contendo o princípio ativo DMT, considerado um psicotrópico pela Convenção da ONU de 1971.

Ocorre que a descriminalização da *ayahuasca* não advém de forma clara com decisões pontuais, nem outros problemas relacionados com a sua internacionalização são resolvidos apenas com a atuação dos tribunais penais. Parece que a estratégia normativa brasileira, ainda que incompleta em diversos aspectos, é a mais adequada para tratar do uso ritual da *ayahuasca* e de outras manifestações culturais-religiosas que utilizem plantas que contenham em sua composição psicoativos.

É cogente a adoção de estratégias normativas de regulação, acompanhamento e fiscalização administrativa dos usos da *ayahuasca*, pois nem é saudável para uma sociedade a limitação ou criminalização de práticas culturais minoritárias-religiosas, nem tão pouco a sua completa marginalização das esferas de controle e proteção estatal.

Ao se reconhecer e respeitar a prática cultural-religiosa do uso sacramental da *ayahuasca*, a sociedade de acolhimento também deve adotar uma postura positiva, protegendo as práticas de seu desvirtuamento ou descontextualização, o que por si só, no caso da *ayahuasca*, seria desconsiderar o seu significado e sentido cultural. Ao não se regulamentar a importação da *ayahuasca* permite-se que uma rede internacional de tráfico de drogas se forme, marginalizando e mercantilizando parte de uma prática cultural e religiosa ancestral.

O campo da *ayahuasca* é complexo e diversificado, permanecendo muitas questões em aberto, como, por exemplo: i) se redes sociais temáticas que surgem na internet e no *Facebook* podem adquirir o caráter de grupos culturais; ii) quanto um conceito aberto de religião influenciará as manifestações religiosas pelo mundo virtual (internet) e a busca pelo divino por si mesmo; iii) em que medida é possível regular e conceituar religião e cultura sem impor uma nova visão etnocentrista fundada no medo do desconhecido que o mundo virtual inflige, representando uma amostra as práticas religiosas à distância, em que a

orientação é realizada em uma conversa/sessão de grupo pelo *Skype* e o envio da *ayahuasca* é feito pelo correio; entre tantas outras questões.

Não parece sensato, todavia, permitir que apenas se modifiquem os atores do etnocentrismo e do desrespeito às culturas diferentes, fazendo com que as religiões ayahuasqueiras mais tradicionais se autointitulem únicas portadoras do “real conhecimento” e da cultura da *ayahuasca* e estimulem a normatização do uso da *ayahuasca* para excluir do contexto religioso outras entidade menores ou novas. Por outro lado, regulações mínimas, se possível de consenso, precisam ser adotadas para não se perder a coesão social e o caráter religioso do uso.

Existe uma inseparável correlação e conexão entre os campos de estudos científicos sobre a *ayahuasca* e as religiões, pois mudanças nos conhecimentos bioquímicos e médicos poderão ocasionar mudanças de tratamento jurídico para a produção, distribuição e consumo do chá. Exige-se, no entanto, um olhar crítico mais apurado sobre referidas pesquisas, buscando-se os seus fundamentos e sua aceitação em cada comunidade científica, pois geralmente são estudos desenvolvidos por adeptos ou simpatizantes das religiões ayahuasqueiras ou, ao contrário, por seus detratores convictos.

Outro aspecto importante para futuros estudos são como as decisões jurisprudenciais influenciarão e estimularão discussões sobre o uso recreativo de psicoativos que provocam estados alterados de consciência, o que passará pela confirmação de seus baixos riscos à saúde e pela reflexão sobre a liberdade e autonomia individual e o direito à autodeterminação e livre formação da própria personalidade.

Por fim, como exigência da adoção de uma visão multiculturalista, tem-se que aceitar uma mudança na lógica binária em que tradicionalmente se reflete sobre o campo cultural-religioso, não sendo mais aceitáveis juízos de certo ou errado, verdadeiro ou falso, normal ou anormal, racional ou irracional. É necessário se compreender o sentido existencial de algumas práticas para um grupo diferente, ponderando-se os argumentos e os julgando como aceitáveis ou não em uma sociedade democrática plural.

REFERÊNCIAS

ADRAGÃO, P. P. **A liberdade religiosa e o Estado**. Coimbra: Almedina, 2002.

AMARAL, S. M. Ayahuasca – o alucinógeno de uso proscrito, mas de livre consumo no Brasil: a Convenção de Viena sobre as Substâncias Psicotrópicas de 1971 e as normas de direito interno. **Revista Eletrônica Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7761>. Acesso em 24 nov. 2013.

ARAÚJO, W. S. A Barquinha: espaço simbólico de uma cosmologia em construção. In: LABATE, B. C.; ARAÚJO, W. S. (Orgs.). **O uso Ritual da Ayahuasca**. 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 541-555.

BALLARD, R. et al. Cultural Diversity: Challenge and Accomodation. In: GRILLO, R. et al (Ed.). **Legal Practice and Cultural Diversity**. Farnham (England): Ashgate, 2009, pp. 09-29.

BALZER, C. Santo Daime na Alemanha. Uma fruta proibida do Brasil no “mercado das religiões”. In: LABATE, B. C.; ARAÚJO, W. S. (Orgs.). **O uso Ritual da Ayahuasca**. 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 507-540.

BASILE, F. **Immigrazione e Reati Culturalmente Motivati**: il Diritto Penale nelle Società Multiculturali Europee. Milano: CUEM, 2008.

BRONFMAN, J. The Legal Case of the União do Vegetal vs. the Government of the United States. In: LABATE, B. C.; JUNGABERLE, H. (Eds.). **The Internationalization of Ayahuasca**. Zurich: Lit Verlag, 2011, pp. 287-300.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. 7ª ed. 11ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CEMIN, A. B. Os rituais do Santo Daime: sistemas de montagens simbólicas. In: LABATE, B. C.; ARAÚJO, W. S. (Orgs.). **O uso Ritual da Ayahuasca**. 2ª ed. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 360-365.

DIAS, A. S. Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 16, n. 02, pp. 187-238, abr.-jun. 2006.

_____. O multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, Filosofia e Ciências. In: BELEZA, T. P.; CAEIRO, P.; PINTO, F. L. C. **Multiculturalismo e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 15-31

DIAS, J. F. **Direito Penal**: Parte Geral – Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

GARRIDO, R. G.; SABINO, B. D. Ayahuasca: entre o legal e o cultural. **Saúde, Ética e Justiça**. São Paulo, n. 14 (2), pp. 44-53, 2009.

GAUJAC, A. **Estudo sobre o psicoativo N,N-dimetiltriptamina (DMT) em Mimosa tenuiflora** (Willd.) Poiret e em bebidas consumidas em contexto religioso. 2013. 183 pp. Tese (Doutoramento em Química) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

GEERTZ, C. **The Interpretation of Cultures**. New York: Basic Books, 2000.

GENTIL, L. R. B.; GENTIL, H. S. O uso de psicoativos em um contexto religioso: a União do Vegetal. In: LABATE, B. C.; ARAÚJO, W. S. (Orgs.). **O uso Ritual da Ayahuasca**. 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 559-570.

GOULART, S. L. Estigmas de grupos ayahuasqueiros. In: LABATE, B. C. et al (Orgs.). **Drogas e Cultura: novas perspectivas**. Salvador: Edufba, 2008, pp. 251-287

_____. O contexto de surgimento do Santo Daime: formação da comunidade e do calendário ritual. In: LABATE, B. C.; ARAÚJO, W. S. (Orgs.). **O uso Ritual da Ayahuasca**. 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 277-301.

GROISMAN, A. Trajetos, Fronteiras e Reparações. **Revista Antropologia em primeira mão**, Florianópolis, n. 73, pp. 04-26, 2004.

HARNER, M. J. Common Themes in South American Indian Yagé Experiences. In: HARNER, M. J. (Ed.). **Hallucinogens and shamanism**. New York: Oxford Press, 1973.

HUXLEY, A. **As Portas da Percepção & Céu e Inferno**. Trad. Osvaldo de Araújo Sousa. Rio de Janeiro: Globo, 2005.

KYMLICKA, W. **Ciudadanía multicultural**: una teoria liberal de los derechos de las minorias. Trad. Carme Castells Auleda. Barcelona: Paidós Ibérica, 1996.

LABATE, B. C. A literatura brasileira sobre as religiões ayahuasqueiras. In: LABATE, B. C.; ARAÚJO, W. S. (Orgs.). **O uso Ritual da Ayahuasca**. 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 231-276.

_____; ARAÚJO, W. S. (Orgs.). **O uso Ritual da Ayahuasca**. 2ª ed., 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009.

_____ et al. **Religiões Ayahuasqueiras**: um balanço bibliográfico. Campinas, Mercado de Letras/FAPESP, 2008.

_____ ; FEENEY, K. O processo de regulamentação da ayahuasca no Brasil e na esfera internacional: desafios e implicações. Trad. Sílvia Pimenta Velloso Rocha. **Revista Periferia-UERJ**, Rio de Janeiro, vol. III, n. 2, 29 pp, 2011, p. 10. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/article/view/4054/2828>>. Acesso em: 04 mar. 2014.

_____ ; JUNGABERLE, H. (Eds.). **The Internationalization of Ayahuasca**. Zurich: Lit Verlag, 2011.

LUZ, P. O uso ameríndio do caapi. In. LABATE, B. C.; ARAÚJO, W. S. (Orgs.). **O uso Ritual da Ayahuasca**. 2ª ed., 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 37-68.

MACRAE, E. **Guiado pela Lua**: xamanismo e uso ritual da ayahuasca no culto do Santo Daime. São Paulo: Brasiliense, 1992.

_____. Um pleito pela tolerância entre as diferentes linhas ayahuasqueiras. In: LABATE, B. C.; ARAÚJO, W. S. (Orgs.). **O uso Ritual da Ayahuasca**. 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 493-506.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**: direitos fundamentais, Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NOVAIS, J. R. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

OLIVEIRA, I. Breve Histórico da ressignificação da ayahuasca na religião Santo Daime. In: **Interthesis – Revista Internacional Interdisciplinar**, Florianópolis, v. 07, n. 02, pp. 316-342, 2010.

_____. **Santo Daime**: um sacramento vivo, uma religião em formação. 290 pp. Tese (Doutoramento em História) – Universidade de Brasília, Brasília-DF, 2007.

SANTO DAIME. **Site oficial da Igreja do Santo Daime/Cefluris**. Disponível em: <<http://www.santodaime.org>>. Acesso em: 07 mar. 2014.

SOARES, E. L. C.; MOURA, C. P. de. Development and Organizational Goals of the União do Vegetal as a Brazilian and International Religious Group. In: LABATE, B. C.; JUNGABERLE, H. (Eds.). **The Internationalization of Ayahuasca**. Zurich: Lit Verlag, 2011, pp. 284-286.

UNIÃO DO VEGETAL – UDV. **A missão do Mestre**: origem da União do Vegetal. Site oficial da UDV. Disponível em: <<http://www.udv.org.br/A+missao+do+Mestre/A+sagrada+Uniao/98/>>. Acesso em: 10 mar. 2014

VAN BROECK, J. Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences). **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, Netherlands, vol. 9, n. 01, pp. 01-32, 2001.

VIANNA, R. F.. **A questão penal do uso religioso da ayahuasca e o multiculturalismo**. 57 pp. Relatório (Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 6^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZULUAGA, G. A cultural do yagé, um caminho de índios. In: LABATE, B. C.; ARAÚJO, W. S. (Orgs.). **O uso Ritual da Ayahuasca**. 2^a ed., 1^a reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 129-145.

UMA LEITURA DA OBRA XINGUANA À LUZ DO MULTICULTURALISMO: A IDEIA DE ALDEIA GLOBAL E A INCLUSÃO DIGITAL COMO UMA NOVA FERRAMENTA DE EDUCAÇÃO

Felipe Hilgert Mallmann

Luís Paulo Petersen Andreazza

Sérgio Gonçalves Macedo Júnior

RESUMO: O presente artigo é apresentado à disciplina de Multiculturalismo e Direito, do Curso de Mestrado em Direito e Sociedade, do Centro Universitário La Salle - UNILASALLE. Este estudo trata de uma leitura crítica da obra *Xinguana*, de Clóvis Irigaray, a partir do questionamento acerca do meio de comunicação como mecanismo de inclusão digital do povo indígena na sociedade civil. As hipóteses se apresentam através da análise da conexão entre culturas diversas pelos meios de comunicação, que remete ao conceito de inserção em uma aldeia global, representação da tolerância da sociedade civilizada à prescindível inclusão do povo indígena, bem como a inclusão digital como uma nova ferramenta de educação. O estudo tem como objetivo realizar uma leitura da obra de Clóvis Irigaray e verificar os fundamentos que permitem a inserção do indígena na sociedade civil a partir dos meios de comunicação. O método da presente pesquisa é dedutivo; quanto à natureza, a pesquisa é aplicada e, do ponto de vista de sua forma de abordagem, é qualitativa. No tocante aos objetivos, a pesquisa é exploratório-explicativa e, quanto ao procedimento técnico, é jurisprudencial e bibliográfica, com fundamento teórico no conceito de aldeia global de Marshall McLuhan, de multiculturalismo de Javier de Lucas e da cibercultura de Pierre Levy. Por fim, considerando o desiderato finalístico dos meios de comunicação, conclui-se que, respeitado o tratamento igual aos iguais e o tratamento desigual aos desiguais, a inclusão digital deve ser alcançada a todos os cidadãos como forma de cultura e de saber.

PALAVRAS-CHAVE: *xinguana*; povo indígena; multiculturalismo; aldeia global; inclusão digital.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende realizar uma leitura da obra *Xinguana*, do artista plástico mato-grossense Clóvis Irigaray, também conhecido como Clovito,

o qual representa a gênese da pintura moderna. Irigaray deu início a sua carreira artística em 1968, na cidade de Campo Grande, quando ainda era estudante do curso de Direito e se voltava aos desenhos em giz pastel, com uma temática que retratava fetos e vísceras.

No entanto, em meados de 1975, na cidade de Cuiabá, após a criação do Museu de Arte e Cultura Popular, da Universidade Federal da Selva, passou a ter como fonte de inspiração o índio, através da visualização e imaginação sob uma ótica urbana. Isto porque as obras eram produzidas sem que o artista tenha sequer visitado uma aldeia indígena até então. Porém, Irigaray reproduzia o índio em suas obras com uma fidelidade quase fotográfica. O interesse de Irigaray pela figura indígena se deu, inicialmente, pela sugestão de Humberto Espíndola, artista plástico mato-grossense, criador e difusor de pinturas inspiradas na bovinocultura, tendo influenciado na pretensão de pintar o índio como valor positivo.

Oportuno destacar que as obras de Irigaray lhe renderam, em 2013, a nomeação como Embaixador das Artes pela Academia Francesa de Artes, Letras e Cultura, tendo sido, inclusive, convidado a expor seus trabalhos no Museu do Louvre, em Paris, fato este que demonstra a distinção de suas obras.

Particularmente, a obra “Xinguana”, objeto da leitura deste estudo, foi produzida, em 1976, em pastel sobre papel, em tela de 68x73 cm e, atualmente, faz parte do acervo da Secretaria de Estado da Cultura do Estado do Mato Grosso. A referida obra reproduz um índio em sua canoa no rio Araguaia, enquanto assiste a um congresso da Organizações das Nações Unidas – ONU em uma televisão em cores. (BERTOLOTO, 2001, p. 19).

Nesse sentido, a leitura crítica da obra impõe o reconhecimento de uma inserção cultural do índio xinguana através dos meios de comunicação, em especial, a televisão em cores, embora se encontre no seu habitat natural, em meio ao rio Araguaia. Essa tela é o retrato do multiculturalismo e sintetiza o conceito de “aldeia global”, desenvolvido por Marshall McLuhan, pelo qual as tecnologias se apresentam como meios que encurtam distâncias (os meios como extensão do homem) e, assim, permite interligar diferentes culturas.

Ademais, destaca-se a representação da tolerância pela sociedade civilizada - sendo prescindível a inclusão -, sem a integração da cultura indígena,

característica esta que será desenvolvida através uma análise crítica e por meio de excertos dos estudos realizados por Javier de Lucas.

Diante disso, os meios de comunicação, em especial a internet, analogicamente à obra *Xinguana*, em que o indígena é retratado assistindo o Congresso da ONU por meio de uma televisão em cores, pressupõem inclusão e a consequente sociabilidade dos povos, seja o indígena ou quaisquer outros povos civilizados. A inclusão digital, por sua vez, conduz à análise de uma forma de alfabetização digital, respeitadas as raízes culturais e a tradição dos povos, que possa vir a conceder a todos os cidadãos o acesso às diferentes culturas e ao saber.

2 DESENVOLVIMENTO DO ARTIGO

Em sua obra *Xinguana*, Clóvis Irigaray retrata a figura de um índio xinguano navegando em sua canoa em pleno rio Araguaia, envolto pela natureza selvagem, totalmente inserido em seu habitat natural, utilizando artefatos típicos de sua cultura e plenamente integrado ao seu ambiente, aparentando estar absolutamente apropriado de sua identidade cultural.

O elemento instigante, na leitura da obra, é o aparelho televisor em cores que o índio carrega na proa de sua canoa - símbolo da cultura de massa da civilização, que contrasta com todo o paradigma de signos da cultura indígena -, transmitindo um Congresso da ONU. A obra ilustra a conexão entre culturas tão diversas, que é instantaneamente promovida por um meio de comunicação típico da indústria cultural da civilização. Como um ícone do multiculturalismo, o pastel de Irigaray remete ao conceito da “aldeia global”, desenvolvido já na década de 60 por Marshall McLuhan, teórico canadense da comunicação de massa.

Conhecido por vislumbrar a internet quase trinta anos antes de ser inventada, McLuhan foi um pioneiro nos estudos culturais e no estudo filosófico das transformações sociais provocadas pela revolução tecnológica do computador e das telecomunicações. Filósofo e professor de literatura inglesa na Universidade de Toronto, elaborou teses nos anos 60 que tornaram um dos mais conhecidos teóricos da comunicação de massa. Ele percebeu, com sensibilidade aguçada, duas dimensões dos meios de comunicação: seu papel referencial

como elemento fundamental da história da cultura e sua importância na crise da sociedade contemporânea.

Criador da frase “o meio é a mensagem” para definir a influência da televisão, entre outros meios de comunicação, no modo de pensar da sociedade ocidental contemporânea, McLuhan elaborou suas ideias sobre os efeitos dos meios de comunicação na sociedade: a simultaneidade das transmissões das informações por vias eletrônicas e a uniformização do padrão com que são divulgadas, transformariam o mundo numa grande aldeia global.

Suas formulações teóricas, as quais buscam abarcar todas as implicações, no campo humano, daquilo que singulariza o mundo nos nossos dias tratam da complexa rede de comunicações em que está imerso o homem na era da eletrônica, da cibernética, da automação, que afeta profundamente a sua visão e a sua experiência do mundo, de si mesmo e dos outros.

Nas palavras de José Salvador Faro:

A primeira hipótese sobre a qual as reflexões de McLuhan se assentam é a de um novo fundamento epistêmico e metodológico para se entender a história: para ele, trata-se de um processo cujos recortes que efetivamente indicam mudanças estruturais nas formações sociais se devem menos a ocorrências nos campos da política e da economia do que as transformações incidentes no universo da cultura em cujo âmbito estão imersos os processos e os modos de comunicação. A proposta é de uma História vista e compreendida a partir de leituras do mundo e dos efeitos culturais que as formas consecutivas que essas leituras adquiriram provocam em cada período. (FARO, 2004, p. 60).

Segundo McLuhan, as tecnologias da comunicação formam as bases dos processos políticos e econômicos das sociedades. São as tendências assumidas pela comunicação e seus diferentes aspectos tecnológicos que determinam as formas da organização social. Os “monopólios do saber” determinados pela tecnologia comandam a distribuição do poder político e entre os grupos sociais. O poder é uma questão de controle do espaço e do tempo. Na lição de Mattelart e Mattelart:

Os sistemas de comunicação moldam a organização social porque estruturam relações temporais e espaciais. Na história, distinguem-se duas formas de mídia ou comunicação, que cedem lugar a duas formas de domínio. A primeira, ligada ao espaço [...], simbolizada pela imprensa e pela comunicação eletrônica, conduz à expansão e ao controle do território. A segunda, ligada ao tempo

[...], transmitida pela cultura oral e manuscrita, favorece a memória, o senso histórico, pequenas comunidades e formas tradicionais de poder. A primeira visa à centralização; a outra, à seu contrário. (MATTELART; MATTELART, 2003, p. 178).

O primeiro eixo fundamental que Marshall McLuhan desenvolveu em sua obra para a compreensão da sociedade contemporânea foi o da percepção de que os processos políticos culturais estão atrelados à tecnologia dos meios de comunicação mais do que ao conteúdo de suas mensagens – o que gerou o seu aforismo mais conhecido: “o meio é a mensagem”. O segundo é o que remete, como desdobramento do papel nuclear da técnica no impasse da modernidade, à lógica da eficácia global e da funcionalidade como elementos articuladores do pensamento e da ação. Nesse ponto, a tese de Marshall McLuhan é a de que mudanças nas inter-relações humanas e nas estruturas sociais que dela se originam foram e vêm sendo promovidas e precipitadas pela evolução dos meios de comunicação (BELTRÃO, 2006). Isto é, “as consequências determinantes que os meios de aquisição e de manuseio da informação podem ter para uma formação social – ideia da qual decorre o papel central da mídia ou das formas de comunicação no processo histórico” (FARO, 2004, p. 60).

Assim, segundo Luiz Beltrão (2006, p. 60), “as invenções do alfabeto fonético, da imprensa e dos meios de comunicação audiovisuais eletromagnéticos marcam, uma a uma, a passagem do homem de um mundo a outro.”.

É na sua obra “A Galáxia de Guttemberg”, de 1962, que Marshall McLuhan formula aquela que seria sua análise mais profunda e que o tornou célebre: a ruptura que a tipografia móvel provocou na sociedade ocidental inaugurando a modernidade (FARO, 2004). A invenção da tipografia confirma e amplia a nova ênfase visual do conhecimento aplicado, ensejando o primeiro utensílio uniformemente reproduzido. Era, portanto, uma forma de comunicação ainda mais restritiva e unidimensional: os livros tornaram-se praticamente o único meio pelo qual o saber era adquirido ou armazenado e os impressos periódicos consistiam no meio através do qual as comunicações sofriam controle. Nas palavras de Beltrão (2006, p. 61), “o processo tecnológico tipográfico era visual, linear e fragmentar: as sequências formavam o padrão – uma letra após a outra, uma palavra após a outra, um período após o outro”. Dessa forma,

estabeleceram-se as características da primeira linha-de-montagem e do primeiro exemplo de produção em massa (BELTRÃO, 2006).

A era da tipografia, da reprodução massiva dos textos, rompia com a tradição tribal da oralidade, da poesia da individualidade, típica das regionalidades, das pequenas comunidades, das aldeias. A partir de então, a informação ganhava “asas”, potencial para transpor os limites das aldeias; o novo paradigma, destribal, da literalidade textual, do texto linear, inaugurava uma nova tradição, do coletivismo, da padronização da informação e das dimensões não-regionais.

Já o advento do telégrafo marcou o início da era da comunicação eletrônica, estabelecendo, assim, uma nova ruptura, desta vez, no paradigma que fora estabelecido a partir da invenção da tipografia. Na visão de McLuhan, a era da comunicação eletrônica atingira seu apogeu com a televisão⁷⁰, estabelecendo-se uma nova circularidade viabilizada pela associação imagem-som, a qual aniquilaria os mundos particulares da razão e permitiria a criação das novas comunidades – retribal -, nas quais os espaços físicos seriam substituídos pela ausência de um centro, o que, a partir de uma nova localização circular, redundaria na desierarquização do saber.

Conforme disse Marshall McLuhan:

Achamo-nos agora diante de uma transformação tão radical como a que se registrou na idade paleolítica para a neolítica. Estamos passando da era mecânica para a era eletrônica; de um tempo em que os instrumentos que usávamos prolongavam as nossas capacidades físicas (as rodas são um prolongamento dos nossos pés) para uma época em que os meios eletrônicos constituem um prolongamento do nosso sistema nervoso central. (MCLUHAN, 2007, p. 374).

Consoante o ensinamento de Manuel Castells (1999, p. 357) “o que a TV representou, antes de tudo, foi o fim da galáxia de Gutemberg, ou seja, de um

⁷⁰ McLuhan elaborou seus trabalhos a respeito dos meios de comunicação de massa na década de 60, quando o meio “televisão” estava ainda em pleno desenvolvimento e difusão no planeta. A internet (ARPANET) ainda estava em estágio embrionário e mantinha-se restrita ao uso militar, no âmbito do Departamento de Defesa dos Estados Unidos. McLuhan, ao desenvolver o conceito de “aldeia global”, baseou-se, então, apenas nos efeitos que percebia na utilização do meio televisão e da comunicação via satélites, prevendo, entretanto, o fenômeno que décadas mais tarde iria se intensificar no uso da internet.

sistema de comunicação essencialmente dominado pela mente tipográfica e pela ordem do alfabeto fonético.”.

McLuhan traduziu essas quebras de paradigmas como a sucessão de formações sociais ao longo da história que não deviam ser entendidas a partir de suas estruturas econômicas ou por suas instituições políticas, mas sim pelo cotidiano e pelas ordens tribal, destribal e retribal que têm, no processo comunicacional, o eixo que explica a cultura, o que determinou uma grande divisão entre as culturas orais e literais, ou entre sociedades pré e pós-televisão, razão pela qual McLuhan entendia que o meio é a mensagem, não sendo o conteúdo da informação que verdadeiramente importa, mas sua forma.

A partir, então, do novo paradigma estabelecido com a era eletrônica, pelo meio “televisão” – o que, décadas mais tarde, seria potencializado pela internet -, o planeta inteiro viria, segundo a “profecia” de McLuhan, a se tornar uma aldeia global, ou seja, o mundo passaria a ter a mesma configuração, em termos de rede de comunicação e, por conseguinte, de potencialidade de interligação cultural, que existia, na época, em uma aldeia, em uma pequena comunidade na qual todos os integrantes tivessem acesso natural e rápido aos mesmos signos e informações.

O retorno à tribalidade, proporcionado pela era da eletrônica, pelo meio televisão e pela comunicação via satélite, com o estabelecimento da nova circularidade, alcançaria, na previsão de McLuhan, proporções tais que se configuraria novamente o paradigma da aldeia, só que, desta vez, de uma aldeia global.

A informação que outrora transitava tão fácil e rapidamente em uma aldeia, viria, a partir da televisão, a se propagar com a mesma versatilidade, porém em proporções planetárias. Estaria, assim, sendo criado o substrato adequado para o crescimento exponencial do inter-relacionamento das culturas; e, da mesma forma, o panorama ideal para a evidência dos conflitos multiculturais.

Essa nova realidade, prevista por McLuhan, é retratada por Irigaray na obra *Xinguana*, sob a metáfora do aparelho de televisão que conecta a cultura do índio xinguano à cultura da civilização, incluindo um Congresso da ONU em seu

ambiente, sem contudo - note-se - incluir necessariamente a cultura indígena no Congresso.

Vê-se, assim, nesse cenário icônico de multiculturalidade, a representação da “tolerância”, por parte da sociedade dita civilizada, em relação à cultura indígena, sem a necessária “inclusão”, isto é, sem a perfeita integração das duas culturas por um processo que pressuponha a normalização da cultura indígena.

Sobre a questão da tolerância como princípio para resolver as dificuldades de convivência nas sociedades multiculturais, Javier de Lucas, em seu ensaio *Multiculturalismo y Cultura de Paz*, assevera:

A chave não é a relação entre pluralismo e tolerância, uma vinculação em que esta aparece como requisito ou condição daquele e sobretudo, da constituição da “comunidade pluralista”. O problema é, na verdade, a dificuldade de levar a sério o pluralismo, uma dificuldade multiplicada no contexto de sociedades multiculturais. [...] acontece que, entre os elementos da legitimidade democrática, este do pluralismo é o que menos se tem desenvolvido. A questão não é qual é a diferença cultural (um alibi para não dizer uma estratégia) não devemos admitir sob pena de transpassar o limite do pluralismo não suicida. A questão é porque excluímos a priori da negociação desses limites a aqueles que são diferentes culturalmente. (trad. livre) (LUCAS, 2001, 150).

Segundo Javier de Lucas (2001), o risco que se corre com a valorização da tolerância como solução aparente para os conflitos da multiculturalidade é o fato de, com isso, se deixar de insistir na igualdade de direitos e no pluralismo como princípios irrenunciáveis. Assim, Lucas defende a incompatibilidade entre a linguagem da tolerância e a dos direitos, ou seja, a irrelevância atual da tolerância do ponto de vista jurídico e político (LUCAS, 2001). Significa dizer que respeitar verdadeiramente os direitos de uma minoria, respeitar sua cultura porquanto diversa, implica em muito mais do que simplesmente tolerar. A tolerância, por mais que, em uma primeira apreciação, sedutoramente, possa parecer benéfica e bastante para a necessidade de respeito da diversidade cultural, disfarça um sentimento, no consciente coletivo da cultura que tolera, de que se está fazendo uma “concessão”, uma negociação, enquanto que o multiculturalismo envolve, em verdade, identidades constituídas de atributos e valores não negociáveis (GIANI

apud LUCAS, 2001), que reivindicam o espaço público numa situação de igualdade, e não de “permissão”.

Portanto, Lucas (2001), defendendo a ficção da ideia de possibilidade de uma sociedade homogênea, arrola dois princípios básicos a superação das dificuldades de convivência nas sociedades multiculturais: a não discriminação na condição do sujeito da comunidade política pelo pertencimento a grupos culturais diferenciados (e minoritários) e o direito a própria identidade cultural.

E, entre os elementos principais do direito à identidade cultural, Javier de Lucas aponta:

a consideração dessa identidade cultural como requisito prévio dos direitos [...] como explica Kymlicka, quando fala da cultura como contexto de eleição e, nesse sentido, como pré-requisito para o reconhecimento efetivo de direitos individuais. Dito de outra forma, o reconhecimento jurídico dos indivíduos e os grupos minoritários não parece satisfeito apenas mediante a referência a direitos individuais, ignorando-se dimensões equivocadamente coletivas, das quais nenhuma mais evidente que a noção de identidade cultural. (trad. livre) (LUCAS, 2001, p. 131).

O não reconhecimento prévio da identidade cultural dos povos xinguanos não viabilizou a necessária efetivação dos seus direitos individuais. Em consonância com a tese de Javier de Lucas, pode-se inferir que a simples “aceitação” da cultura dessa minoria por parte da sociedade civilizada – brasileira – representou uma integração em falcete. Na realidade, contudo, os xinguanos não foram efetivamente integrados à formação social brasileira.

A valorização da sua cultura, o seu reconhecimento como um “bom selvagem”, enquanto reconhecimento da necessidade de sua aceitação, mascararam, na verdade, sua própria marginalização.

Segundo José Serafim Bertoloto,

Tratava-se apenas de reflexos do imaginário coletivo que se desenvolveu no Brasil durante o período romântico, reforçado pelos ideais da “Marcha para o Oeste” e da “A Amazônia é Nossa”, que perdurou até os anos 80 do século passado. A partir de então, no entanto, todo esse imaginário sucumbiu diante de um novo enquadramento dos povos indígenas brasileiros, gerado pela associação de suas figuras a de um indígena não mais obediente, agora exigente, reivindicador de suas terras e de seus direitos. Os xinguanos deixariam, então, de ser vistos como amigáveis e bem vindos para passarem a ser vistos como preguiçosos, párias da sociedade que, aculturados, viviam às margens das cidades e,

literalmente, à margem da sociedade brasileira. (BERTOLOTO, 2001, p. 13).

A partir da falência desse imaginário, delineada por Bertoloto, os indígenas xinguanos passaram a ser vistos pela sociedade brasileira por um prisma pejorativo – com a atribuição de valores negativos -, como povos que reivindicam direitos que não deveriam efetivamente ter e que, no máximo, poderiam vir a receber a título de permissividade, como esmolas de tolerância, por meio de políticas reparatórias – FUNAI – e de “concessões” preservacionistas estabelecidas na Constituição Federal de 1988.

Sem nunca ter ido a uma aldeia indígena, Irigaray consegue, em sua obra *Xinguana*, reproduzir o índio com uma fidelidade quase fotográfica, colocando-o na sociedade de consumo. Mostra que ele vê TV no Brasil, mas não se enxerga na TV. O aparelho televisor que navega na proa de sua canoa conota uma “aparente” integração de sua cultura com a cultura da sociedade brasileira, enquanto que, na realidade, essa integração não concretizada, porque a sua identidade cultural não é efetivamente reconhecida, dado que visto como um marginal que deve ser tolerado.

O que os grupos minoritários demandam, na verdade, não é apenas o reconhecimento do direito a não ser discriminado. Por isso a resposta em termos de equiparação não basta. Não é suficiente apenas a garantia da liberdade individual negativa em relação à sua cultura marginal. É preciso o reconhecimento da normalidade e da centralidade dessa cultura, com a afirmação do direito à identidade cultural, à autodeterminação e ao etno-desenvolvimento, o qual, junto aos princípios da autonomia e do pluralismo, constitui as ideias-força para o reconhecimento efetivo das minorias.

Já alertava Manuel Castells (2003), no início da década passada, que a internet não veio para substituir o espaço físico pelo virtual, o que levaria, como alguns estudos atestavam no final do século passado, a uma menor interação social e um maior isolamento social.

Ao contrário do primeiro pensamento, seu livro *Galáxia da Internet* comprovou que a visão isolacionista que a internet⁷¹ poderia trazer não era bem compreendida; que, na verdade, algumas pesquisas demonstraram que, ao invés de segregar, a internet, muitas vezes, possibilitava uma maior sociabilidade, em razão de que permitia (e ainda permite) a “substituição de comunidades espaciais por redes como forma fundamentais de sociabilidade”, o que dá uma abrangência muito maior de comunicação aos atores sociais *on-line*.⁷²

De fato, um bom exemplo das possibilidades que a internet trouxe pode ser vista na tribo dos Ashaninka, no Alto-Juruá, no Acre, assentada na divisa com o Peru e o Brasil, onde a tecnologia foi usada como armas, substituindo os arcos e as flechas, no combate a madeireiros Peruanos, como descreve o texto abaixo:

[...] os Ashaninka entenderam que para enfrentar rivais equipados com rádios sofisticados e munição pesada era melhor apostar na

⁷¹ A internet é um meio de comunicação que permite, pela primeira vez, a comunicação de muitos com muitos, num momento escolhido, em escala global. Assim como a difusão da máquina impressora no Ocidente criou o que McLuhan chamou de “Galáxia de Gutengerg”, ingressamos agora num novo mundo de comunicação: a Galáxia da Internet.

Hodiernamente, ela é o tecido de nossas vidas. Se a tecnologia da informação é hoje o que a eletricidade foi na Era Industrial, em nossa época a internet poderia ser equiparada tanto a uma rede elétrica quanto ao motor elétrico, em razão de sua capacidade de distribuir a força da informação por todo o domínio da atividade humana. Ademais, à medida que novas tecnologias de geração e distribuição de energia tornaram possível a fábrica e a grande corporação como os fundamentos organizacionais da sociedade industrial, a internet passou a ser a base tecnológica para a forma organizacional da Era da Informação: a rede. (CASTELS, 2003, p. 7-8).

⁷² Apenas como reforço ao argumento acima, é válida a transcrição a seguir, retirada do site <http://inclusao.wikidot.com/tribos-indigenas-na-rede>: “Desde que nasceu, há 17 anos, Olinda Wanderley, ou Clairê, seu nome indígena, ouvia histórias sobre o primo Erick. Ela, na Terra Indígena Caramuru-Catarina Paraguaçu, Bahia. Ele, no bairro de Santa Cruz, Rio de Janeiro. Na primeira vez em que trocaram uma palavra, em 2004, não estavam em nenhuma tribo ou manifestação de índios: encontravam se, os dois, em frente a um computador, logados no chat do site discriminação dos brancos contra os índios, agravada pelas retomadas de terra. “Íamos até as cidades próximas para mostrar a nossa cultura. Agora, com a internet, mostramos a nossa cultura para o mundo” – explica ela. Além de textos e fotos, o site ainda mantém, desde o ano passado, o curso Arco Digital, financiado pelo programa “Novos Brasis”, do Oi Futuro, que também atua em sua gestão. Índios do Brasil participam de oficinas de cidadania, desenvolvimento e sustentabilidade, entre outras, através da internet e do trabalho de campo. “O Arco Digital é uma comunidade colaborativa de aprendizagem. Discutimos, por exemplo, o tipo de desenvolvimento que os índios querem para eles”, afirma Sebastián Gerlic, presidente da Thydewas. Olinda, lá do início da nota, é uma das participantes das oficinas. Ela não mora mais em Caramuru, mas em Palmeiras, Chapada Diamantina, onde estuda. Como o primo Erick, quer um dia voltar. O encontro dos dois ao vivo aconteceu na própria aldeia e foi o primeiro, depois de anos de comunicação por internet.

tecnologia e na comunicação. Da aldeia foram enviados e-mails para ONGs e para o governo. As informações foram imediatamente recebidas na Presidência da República e repassadas à Polícia Federal e ao comando do Exército, que montaram uma ação para prender os invasores. Deu certo.

Tão certo, que a tecnologia passou a fazer parte da vida dos índios, que hoje mantêm um blog e estão no Twitter. “Os Ashaninka descobriram uma forma de usar a internet como ferramenta de libertação. Essa prática deve ser adaptada a distintas realidades, mas sempre faz com que pessoas e comunidades possam, efetivamente, se inserir num novo mundo”, comenta Rodrigo Baggio, diretor executivo do Comitê para Democratização da Informática (CDI). Foi o Comitê que proporcionou o acesso da tribo à tecnologia [...].⁷³

Indo além da segurança, a internet proporcionou aos índios uma “libertação”, pois é uma ferramenta de inclusão e sociabilidade, como antevisto por Castells (2003), onde a troca de informação facilita tanto ao aprendizado como ao ensinamento das múltiplas culturas que rodeiam uma aldeia. Assim demonstra a seguinte passagem:

O que Benki fala é comprovado, na prática, por iniciativas como a rede Índios *On Line*, que conta com a parceria do Ministério da Cultura e do Oi Futuro e é apoiada pela ONG Thydêwá. Criado para ser um canal de diálogo entre tribos indígenas, o portal valoriza a diversidade, facilitando a informação e a comunicação de sete nações indígenas: Kiriri, Tupinambá, Pataxó-Hãhãhãe e Tumbalalá, na Bahia; Xucuru-Kariri e Kariri-Xocó, em Alagoas; e Pankararu, em Pernambuco.

Ao se conectarem, os índios destas tribos realizam uma aliança de estudo e trabalho em benefício de suas comunidades. “Ao facilitar o acesso dos indígenas a tecnologias de informação e comunicação estamos dando a chance deles desenharem sua inclusão social. A internet é, para eles, uma arma de emancipação, um canal de diálogo com o mundo que proporciona respeito e desenvolvimento integral”, afirma Sebastián Gerlic, presidente da Thydêwá.

[...]

Para quem pensa que a tecnologia pode pôr em risco a cultura indígena, a rede mostra que o caminho que tem sido seguido é o oposto. “Uma das preocupações, assim que os povos indígenas começaram a se conectar, era de que os jovens se deslumbrassem com o mundo digital. Por conta disso, começamos a pensar na internet de uma forma mais cultural, como uma mídia escrita e publicada de dentro das comunidades para o mundo. Começamos a perceber a importância de registrar

⁷³ <http://www.conexaoaluno.rj.gov.br/especiais-19a.asp>

nossa cultura e descobrimos que a internet pode reforçar muito a identidade étnica dos jovens indígenas”, conta Alex.⁷⁴

Mas o uso da internet ainda não tem uma abrangência a todas as comunidades indígenas, principalmente porque a tecnologia não chega a tribos mais afastadas. Entretanto, diversas ONGs e programas Estatais, como o GESAC⁷⁵ do Governo Federal, acabam viabilizando o acesso a internet, o que contribui para a inclusão digital, mas não soluciona o problema, dado que os investimentos ainda são inexpressivos diante da efetiva demanda.

O grande desafio de nossa era é educar as pessoas para o uso da internet (tecnologia). Ao mesmo tempo em que a internet trouxe um novo modelo de sociabilidade, trouxe também um grande desafio para a humanidade que é, justamente, o de incluir as pessoas nesse novo regramento de comunicação, ensinando-as a utilizar essa tecnologia.

Trazendo para o texto que ora se desenvolve é importante lembrar que, além da grande dificuldade de apresentar ao índio a cultura que nós conhecemos hoje o que nós chamamos de civilidade, que se pode traduzir, por exemplo, no alfabeto, nos números, nos comportamentos sociais, nas leis de convívio. Com a chegada da tecnologia, o desafio é muito maior porque a civilização passa também pela educação cibernética, que deve, da mesma forma, chegar ao conhecimento da minoria indígena. Ou seja, além da dificuldade da própria língua, há o problema da acessibilidade tecnológica de energia, equipamentos, aprendizagem, estrutura governamental, circunstâncias que fazem parte de um processo de inclusão digital.

⁷⁴ <http://www.conexaoaluno.rj.gov.br/especiais-19a.asp>

⁷⁵ O programa Governo Eletrônico - Serviço de Atendimento ao Cidadão (GESAC) oferece gratuitamente conexão à internet em banda larga - por via terrestre e satélite - a telecentros, escolas, unidades de saúde, aldeias indígenas, postos de fronteira e quilombos. O GESAC é direcionado, prioritariamente, para comunidades em estado de vulnerabilidade social, em todo o Brasil, que não têm outro meio de serem inseridas no mundo das tecnologias da informação e comunicação.

Em 2013, o programa começou um processo de expansão: o Ministério das Comunicações publicou edital que triplica os pontos de conexão. O número aumentou de 13.379 pontos de presença para cerca de 29 mil. Uma das novidades é a adesão do Ministério da Saúde ao programa, conectando cerca de 13 mil unidades de saúde em todo o país.

A ação é gerenciada pela Secretaria de Inclusão Digital. (<http://www.mc.gov.br/gesac>)

Hoje em dia, as pessoas que não têm acesso às ferramentas e ao aprendizado do mundo virtual são consideradas analfabetas digitais. Historicamente, a preocupação dos homens em relação aos índios era a preservação da cultura com o alcance das regras de civilidade dos brancos, que os rodeavam. Pensava-se em uma inclusão “paroquial”; todavia, hoje, a preocupação dos órgãos governamentais é praticamente de inclusão em escala global, em razão de que a preocupação tem que ser também aquela de trazer essas pessoas para o universo da cibercultura.

E nesse contexto, quando falamos em inclusão digital e cibercultura, o ponto se aproxima à nova forma procedimental que o Poder Judiciário no Brasil vem enfrentando, que é a era do processo eletrônico, onde todos os atores jurídicos deverão passar por uma atualização, assim como os índios, talvez para aqueles diferentemente destes, em um nível diferenciado de educação, em razão de que o computador e a tecnologia já são mais presentes no mundo dos homens brancos do que em culturas indígenas. Porém, de qualquer forma, deverá existir uma inclusão desses agentes a esse novo mundo para que todos possam, de alguma forma, ter acesso à jurisdição.

O avanço da tecnologia ainda mais atualizada como meio de acesso ao Poder Judiciário requer uma “reflexão sobre o futuro dos sistemas de educação e de formação na cibercultura” (LÉVY, 2005, p. 157). É necessária uma mudança da relação com o saber, no caso a educação virtual, para que haja sempre um processo de inclusão dos seus agentes, evitando-se, assim, uma legião de analfabetos cibernéticos.

A problemática da implementação de tecnologia traz dúvidas quanto ao alcance da própria Constituição Federal, como por exemplo: será que as qualidades de um processo totalmente eletrônico, mais célere, acessível em qualquer lugar do mundo, não entrará em choque com o direito que todos têm à jurisdição? Sobre esse ponto é a doutrina de Pierre Lévy, quando, há muito, previu que

o desenvolvimento da cibercultura poderia ser um fato suplementar de desigualdade e de exclusão, tanto entre as classes de uma sociedade como entre nações de países ricos e pobres. Esse risco é real. O acesso ao ciberespaço exige infra-

estruturas de comunicação e de cálculo (computadores) de custo alto para as regiões em desenvolvimento. (LÉVY, 2005, p. 157)

É como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, sobre as desigualdades entre classes sociais e entre os próprios cidadãos do País:

[...] 6. O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. *Desigualações*. E fazer *desigualações* para contrabater renitentes *desigualações*. A lei existe para, diante dessa ou daquela *desigualação* que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra *desigualação* compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. 7. Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, verbi gratia, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social. A *desigualação* em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um *descrímen* que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade (“ciclos cumulativos de desvantagens competitivas”). Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem. (STF, ADI 3.330/DF, Rel. Min. Ayres Torres, Tribunal Pleno, DJe 22-03-2013, RTJ 224/207).

Ocorre esse fenômeno, de fato, quando se trata da inclusão social ou digital entre indivíduos desiguais, e esse tratamento tem de ser desigual mesmo; entre os índios, a cultura de aprendizagem de uma educação digital depende de um longo caminho a ser percorrido, e que se inicia a partir de uma vivência com a cultura e uma aproximação entre as diferenças, o que não é diferente, por exemplo, do que ocorre com os advogados mais antigos que não possuem o conhecimento de informática e sentem-se excluídos dessa nova era, necessitando também, assim, uma ação diferencial do governo para retornarem ao mundo jurídico que conheciam - na era do processo físico, de papel.

Após essa primeira etapa, aqui denominada de aproximação, terá de existir uma delimitação daquilo que realmente importa em termos de educação para o alcance da inclusão digital, ou seja, a eleição de quais as ferramentas de aprendizagem e de ensino que podem e devem ser direcionadas a esse grupo de

peças; de nada adiantaria a colocação em prática de uma série de ações para a facilidade de acesso ao universo digital, sem a devida orientação daquilo que realmente é interessante de ser aproveitado.

E, para que isso seja possível e factível, é necessária uma gama de políticas públicas que debatam e prevejam o alcance dessa cultura cibernética ao conhecimento e ao aprendizado dos índios e dos advogados, com orientações políticas que permitam a correta inserção dos pontos a serem efetivamente absorvidos por esses atores sociais, na medida em que, sem esse aporte técnico, de preocupação social e com o devido planejamento, todo um trabalho pode ser em vão, sem qualquer utilidade.

E, ainda, outro ponto merece atenção: às claras, pela evolução do meio social e da velocidade com que se modificam as vetoriais no universo da ciência e da tecnologia, a educação da cultura cibernética para as crianças indígenas, por exemplo, talvez seja o ponto de maior relevância e de maior preocupação de todas as políticas públicas, pois para essas crianças e adolescentes é que a revolução trazida pela era digital é mais tangível e importante, justamente para as suas inclusões nesse novo universo de constante mutação.

A preocupação, nessa medida, tem de ser a de alfabetizar os povos indígenas para que tenham uma maior dignidade no universo da era moderna, sem que, ao mesmo tempo, percam as suas raízes e sua tradição, que fazem parte da construção do país. E, além disso, e depois dessa etapa, merecem preocupação a forma e as matérias importantes para que exista uma outra forma de inclusão, aquela digital.

No mesmo sentido, as faculdades de Direito, nos dias atuais, deverão rever o estudo da temática processual, ensinando aos estudantes desta cátedra noções básicas de informática e preparação prática para o uso do processo eletrônico.

A educação digital é, para o atual estágio da humanidade, uma necessidade de primeira ordem, e essa passou a ser, também, uma forma de cultura e de saber, por isso devendo ser pensadas políticas públicas capazes de alcançar essa ferramenta a todos os cidadãos, de forma diferente, é verdade,

como bem analisada na decisão da Suprema Corte (daquilo que se chamou de *desigualação*). Não importa, mas deve acontecer.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise crítica da obra *Xinguana* se destaca por estimular a reflexão acerca do povo indígena e do papel dos meios de comunicação como mecanismos de aproximação cultural, é dizer, como forma de interligar diferentes culturas. Isto porque a referida obra ilustra a figura do indígena xinguana, em seu *habitat* selvagem, por um lado distante do Congresso da ONU, e por outro, tão próximo através do meio de comunicação que o interliga com a sociedade dita civilizada.

A televisão, como representação dos meios de comunicação em geral, caracteriza-se como meio de transmissão de informações e realça a ideia de sociedade interligada entre suas diferentes culturas. Nesse sentido, as tecnologias de informação propiciam a formação de uma aldeia global, conceito este desenvolvido por McLuhan, o qual bem explica a interação dos diferentes nichos culturais, na medida em que, a partir de uma rede de comunicação, todos os cidadãos, em especial o indígena, teriam acesso rápido a todas as informações que circulam em quaisquer sociedades. Veja-se, na leitura da obra de Clóvis Irigaray, que o índio xinguana está inserido numa aldeia, denominada, assim, como global, enquanto assiste a uma sessão do Congresso, ou seja, está recebendo informações naturalmente e de forma rápida, quiçá instantânea, através da televisão. Deflui-se daí que o indígena é receptor de informações e, ainda que sua cultura não influencie no Congresso conforme ilustração, o hiper-realismo da obra demonstra a sua inserção numa aldeia global.

Por outro lado, com o escopo de buscar uma resolução do embaraço da convivência das sociedades multiculturais, Javier Lucas defende a ideia do direito a própria identidade cultural a partir da não discriminação do sujeito que pertence a nichos culturais diferenciados e/ou minoritários.

Todavia, os índios xinguanos, representados na obra de Irigaray, não possuem atualmente esse enquadramento na sociedade civil, haja vista a necessidade do povo indígena de ter o reconhecimento da normalidade e da centralidade de sua cultura e não apenas o reconhecimento ao direito de não ser discriminado. A sua tolerância apenas não basta. É preciso mais. A sua identidade cultural não é negociável. É preciso proteger a sua distintividade cultural e viabilizar a sua integração social para, desta forma, alcançar-lhe o triplo conteúdo da cidadania, proposto por Javier de Lucas: liberdades negativas, ou segurança jurídica; direitos sociais; e direitos políticos.

Os meios de comunicação, portanto, exemplificam a aproximação de diferentes culturas e, nesse sentido, ainda que o índio não se enxergue na sociedade ou, especificamente, no Congresso da ONU, assiste a sessão daquele Congresso. Destarte, a integração entre a sociedade dita civilizada e a sociedade indígena limita-se à aparência, não se concretiza, porquanto resta ausente o reconhecimento efetivo da identidade cultural do povo indígena.

A internet, sobremaneira, apresenta-se como o meio de comunicação de maior propagação de informações e, embora num contexto global não se estabeleça a integração ideal entre as sociedades de culturas diversificadas, depreende-se seu grande potencial de ensejar a sociabilidade entre as diferentes culturas.

Os meios de comunicação têm como função e desiderato, também, facilitar a troca de informações entre os integrantes de uma ampla aldeia caracterizada como global, bem como, proporcionar o aprendizado no mundo virtual e através do mundo virtual. A internet, pois, surge como um meio com mais potencial ainda, para esse efeito, do que a própria televisão, pelas suas características multimidiáticas e por sua maior capacidade de interatividade⁷⁶.

⁷⁶ Apesar de ser uma expressão que ganhou notoriedade com o surgimento da internet, a interatividade também pode ser discutida dentro dos meios de comunicação tradicionais. De fato, os processos interativos estão presentes em diferentes estâncias na comunicação mediada, mas somente a expressão interatividade se torna mais aplicável quando há uma “intervenção permanente sobre os dados”, ou seja, um tipo específico de interação quantitativamente e qualitativamente mais significativa, ou, pelo menos, significativo o suficiente para alterar a relação predominantemente unidirecional

A evolução dos meios de comunicação, em especial o avanço tecnológico pressupõe a necessidade de ampliar o acesso a toda sociedade, independentemente da identidade cultural, a fim de evitar uma exclusão digital. Não há como separar os avanços tecnológicos da compreensão de como a sociedade se organiza e age (TEMER, 2012). Conforme Pierre Lévy (1993, p. 7), “na época atual, a técnica é uma das dimensões fundamentais onde está em jogo a transformação do mundo humano por ele mesmo”. A partir da lição de Pierre Lévy, vale salientar que a exclusão digital não se refere tão somente ao acesso aos meios tecnológicos, mas também à condução da utilização e disseminação desses meios, uma vez que se faz necessário uma mudança da relação com o saber, através da educação virtual, para que haja sempre um processo de inclusão, principalmente para que seja evitado o analfabetismo cibernético.

Fato é que a aplicação dos mecanismos de inclusão digital deve respeitar as desigualdades entre as sociedades de culturas diversificadas ou mesmo entre grupos distintos dentro de um mesmo nicho social, a fim de alcançar a finalidade e a utilidade relevante do acesso aos meios de comunicação, qual seja a condição de ferramenta de educação. A educação digital, portanto, fazendo uso das ferramentas do novo meio de comunicação estruturador da aldeia global profetizada já por McLuhan, denominado internet, deve ser destinada com tratamento igual aos iguais e com tratamento desigual aos desiguais para que, assim, possa ser alcançada a todos os cidadãos como forma de cultura e de saber, inclusive aos povos indígenas, com o mote de proteger a sua distintividade cultural e promover a sua efetiva integração social.

REFERÊNCIAS

BELTRÃO, L.. A galáxia de Guttemberg e a de Marshall McLuhan. In **Anuário Unesco Metodista de comunicação regional**. São Bernardo do Campo: Universidade Metodista de São Paulo, 2006. n. 10;

que caracterizava os processos de comunicação mediados anteriormente à disseminação dos computadores pessoais. (TEMES, 2012, p. 173)

BERTOLOTO, J. S.. **Clóvis Irigaray: arte-memória-corpo**. Cuiabá: Edição do Autor, 2001;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 3.330/DF**. DJe 22-03-2013, RTJ 224/207 <www.stf.jus.br> Acessado em 12.11.2014;

CASTELS, M.. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. I – A sociedade em rede;

_____,. **A Galáxia da Internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003;

FARO, J. S.. **Marshall McLuhan 40 anos depois: a mídia como a lógica de dois tempos**. Revista Fronteiras. v. 6 n. 2.

_____. **As tecnologias da inteligência – o futuro da inteligência na era da informática**. Rio de Janeiro: 34, 1993;

LÉVY, P.. **Cibercultura**. 2. ed. 5. reimp. São Paulo: 34, 2005;

LUCAS, J. de. **Multiculturalismo y cultura de paz**. In PUREZA, José Manuel (Org.). Para uma cultura da paz. Coimbra: Quarteto, 2001. Coleção Andaimos do Mundo. cap. 8;

MATTELART, A.; MATTELART, M. **História das teorias da comunicação**. São Paulo: Loyola, 2003;

MCLUHAN, M.. **Os meios de comunicação como extensões do homem – understanding media**. 15. reimpr. São Paulo: Cultrix, 2007;

PORTAL DO GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.
<<http://www.conexaoaluno.rj.gov.br/especiais-19a.asp>> Acesso em 12 nov. 2014;

UMA ANÁLISE HISTÓRICO-CULTURAL DA PROIBIÇÃO À POLIGAMIA NO BRASIL

Ricardo Oliveira Rotondano⁷⁷

RESUMO: O trabalho apresenta as bases da formação cultural-religiosa brasileira, que subsidiaram a identificação social com o modelo monogâmico obrigatório. Tal análise histórica perpassa pelo surgimento e disseminação do Cristianismo na Europa, tendo os seus preceitos instaurados em solo brasileiro pelos colonizadores portugueses. A proliferação dos ideais cristãos pelo povo brasileiro se refletiu, de modo evidente, na legislação confeccionada neste território, que desde o início se formou sob a influência do direito canônico europeu. Dessa forma, a proibição civil e penal à poligamia foi instaurada pelo legislador pátrio mediante o compartilhamento social desta herança histórica cristã. Em breve análise jurisprudencial, o presente escrito constata o apego do Judiciário à legislação e doutrina nacionais que atestam a validade da obrigatoriedade monogâmica no país. De fato, a manutenção deste impedimento legal à constituição da entidade familiar poligâmica viola diretamente as garantias constitucionais do Estado laico e da liberdade religiosa daqueles que, não sendo adeptos de preceitos cristãos monogâmicos, optem por um modelo diverso de família.

PALAVRAS-CHAVE: cristianismo; família; laicidade; monogamia; poligamia.

1 INTRODUÇÃO

A monogamia é tida como o único e exclusivo modelo de constituição de família do lado ocidental do globo. Parece-nos, em grande parte das vezes, que a modalidade poligâmica de família constitui uma forma de união primitiva, e que a monogamia provém da evolução natural da civilização humana. Tal estereótipo discriminatório está assentado, entre outros fatores, no elemento cultural transmitido através das sucessivas gerações.

⁷⁷ Advogado. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Gama Filho. Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília. E-mail: oliveirarotondano@uol.com.br

No ocidente, as sociedades antigas contemplavam com naturalidade a existência da entidade poligâmica. Entre os ameríndios, era bastante comum entre algumas tribos que um indígena formasse família com mais de uma mulher. As culturas pagãs europeias também aceitavam a constituição da família poligâmica, em geral com o casamento de um homem com mais de uma mulher. Todo este panorama foi modificado, principalmente, a partir da introdução de preceitos cristãos monogâmicos na sociedade europeia – transmitida a terras ameríndias a partir da colonização portuguesa, espanhola e inglesa a partir do século XV.

Interessante é notar que até mesmo os predecessores da cultura religiosa cristã – os judeus – não se mostravam contrários ao casamento entre mais de duas pessoas. A criação de uma religião própria pelos discípulos de Jesus de Nazaré é a principal responsável, na cultura ocidental, pela afirmação do paradigma monogâmico, a partir da valorização da castidade humana. Nomes como São Paulo e Santo Agostinho foram essenciais para a edificação destes ideais.

Constata-se, dessa forma, que a herança cultural religiosa brasileira tem contribuído historicamente para a afirmação do paradigma monogâmico no Brasil. Mais do que isso, a introdução dos valores monogâmicos oriundos da ideologia cristã acabam impondo a proibição social e legal de qualquer entidade familiar avessa aos referidos preceitos, como a entidade familiar poligâmica. A cultura que se estabeleceu, nesse sentido, em terras brasileiras, provém por sua vez de uma herança histórica mais antiga, decorrente do histórico de surgimento e evolução da religião cristã na Europa.

Ante todos estes fatores, o presente trabalho propõe uma investigação histórico-sociológica acerca das bases culturais e religiosas que impuseram o modelo familiar monogâmico como forma obrigatória de convivência afetiva no Brasil. Após estabelecer os principais fundamentos que permeiam a legislação civil e penal que vedam a poligamia no Brasil, ponderar-se-á acerca da legitimidade de tais argumentos, culminando em reflexões conclusivas acerca da necessidade de manutenção ou supressão dos referidos institutos legais.

2 O CRISTIANISMO

Tratando-se dos preceitos religiosos que prevalecem no ocidente e que sedimentaram a cultura monogâmica, impõe-se como essencial a tarefa de analisar a herança cristã. O cristianismo é uma religião abraâmica monoteísta, que encontra fundamento nos ensinamentos de Jesus de Nazaré. A religião cristã cresceu vigorosamente, encontrando seu principal ponto de difusão apenas quatro décadas após o nascimento do seu Messias, quando se tornou a religião oficial do Império Romano. “Desde a sua origem no século I, o cristianismo deitou raízes firmes no século II, cresceu bastante no século III e tornou-se a religião oficial do Império Romano no final do século IV”.⁷⁸

Explica o historiador Marvin Perry que tal conquista foi obtida após muito sofrimento e resistência do povo cristão. Para os romanos, o cristianismo era considerado como uma religião estrangeira, que sobreviveu clandestinamente ao longo dos séculos. Ocorre que o Império geralmente adotava postura tolerante para com as religiões, não interferindo, a princípio, de maneira significativa com o cristianismo. Em determinado momento, as autoridades romanas começaram a se preocupar, posto a grande expansão dos fiéis cristãos, que pregavam fidelidade a Deus, e não a Roma. Os imperadores romanos recorreram, então, à perseguição dos adeptos da religião cristã; porém, não encontraram sucesso em barrar o avanço da seita religiosa.⁷⁹

Após o fracasso das sucessivas tentativas de esmagar o cristianismo pela perseguição, os imperadores romanos resolveram conseguir o apoio do crescente número de cristão do Império. Em 313 d.C., Constantino – que Perry qualifica como “sinceramente atraído pela fé do Cristo” – promulgou o edito de Milão, que conferiu tolerância a todos os cristãos. Já no ano de 392 d.C., Teodósio I tornou o

⁷⁸ PERRY, Marvin. *Civilização ocidental: uma história concisa*. Tradução: Waltensir Dutra, Silvana Vieira. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 131.

⁷⁹ PERRY, Marvin. *Civilização ocidental: uma história concisa*. Tradução: Waltensir Dutra, Silvana Vieira. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

cristianismo a religião oficial do Império, declarando conseqüentemente ilegais todos os cultos dos deuses pagãos.⁸⁰

Alçado ao patamar de religião oficial do Império, a religião cristã teve um grande impulso, alastrando-se ao longo dos anos “com rigor de autoridade religiosa e como força social”.⁸¹ Diante da vastidão do Império Romano, não foi difícil alcançar uma imensidão de novos adeptos, tornando assim a religião cristã uma das maiores seitas religiosas do planeta.

O cristianismo que se proliferou com propriedade sobre os domínios romanos teve alguns grandes nomes responsáveis. Entre eles, inegavelmente, cabe destacar a importância de São Paulo em sua exaustiva atividade missionária por todo o Império Romano.⁸² A doutrina de São Paulo foi essencial para a disseminação da nova fé cristã. O apóstolo Paulo realiza a fusão entre a cultura judaica com a greco-romana, fazendo com que o cristianismo perdesse o seu caráter político, de socialismo primitivo, e incorporasse a faceta religiosa universalista e moralista.⁸³ Desse modo:

Ao pregar a doutrina de um salvador ressuscitado e insistir em que a legislação de Moisés havia sido superada, Paulo, quaisquer que fossem suas intenções, estava rompendo com suas raízes de judeu e transformando uma seita judaica numa nova religião. Ao emancipar o cristianismo do judaísmo, tornou-o atraente aos não-judeus, que se interessavam pelo monoteísmo ético dos hebreus, mas rejeitavam as rigorosas exigências da Lei de Moisés. Paulo utilizou o personalismo e o universalismo implícitos nos ensinamentos de Jesus (e dos profetas hebraicos) para criar uma religião destinada não a um povo, com cultura, história e terras próprias, mas a toda a humanidade.⁸⁴

Apesar de um judeu palestino denominado Jesus ser o grande nome da religião cristã, como o seu verdadeiro Cristo (o ungido do Senhor, o Messias),⁸⁵

⁸⁰ PERRY, Marvin. *Civilização ocidental: uma história concisa*. Tradução: Waltensir Dutra, Silvana Vieira. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 132-133.

⁸¹ CABRAL, Juçara Teresinha. *A sexualidade no mundo ocidental*. 2ª edição. Campinas, SP: Papirus, 1995, p. 101.

⁸² PERRY, Marvin. *Civilização ocidental: uma história concisa*. Tradução: Waltensir Dutra, Silvana Vieira. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁸³ CABRAL, Juçara Teresinha. *A sexualidade no mundo ocidental*. 2ª edição. Campinas, SP: Papirus, 1995.

⁸⁴ PERRY, Marvin. *Civilização ocidental: uma história concisa*. Tradução: Waltensir Dutra, Silvana Vieira. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 130.

⁸⁵ PERRY, Marvin. *Civilização ocidental: uma história concisa*. Tradução: Waltensir Dutra, Silvana Vieira. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

resta evidente que os preceitos cristãos não somente pertencem a ele. Pelo contrário: a doutrina cristã disseminada após a morte de Jesus está impregnada da influência de diversos pensadores cristãos, que contribuíram incisivamente no processo de construção do cristianismo, e que legaram dogmas religiosos e culturais – em especial, quanto à sexualidade humana – que influenciaram inúmeras gerações ao longo dos séculos.

Juçara Teresinha Cabral entoa, nesse sentido, que Jesus Cristo não foi o principal autor de preceitos normativos da vida sexual humana. Foram homens como São Paulo, Tertuliano, São Jerônimo, Santo Agostinho, entre outros, que dentro do processo de solidificação e expansão da doutrina cristã no ocidente, acrescentaram a ela ensinamentos que o mundo moderno ainda considera como verdade – como a vinculação do sexo ao pecado, por exemplo.⁸⁶

Como consequência, entra em cena um novo modelo valorativo da sexualidade humana. Tal paradigma encontra fundamento nas ideias difundidas, mais uma vez, por São Paulo, que pregava a dualidade entre o corpo e a alma. A interpretação cristã de São Paulo leva à exaltação dos ideais de virgindade e celibato na doutrina religiosa; a negação aos prazeres carnis conduziria ao encontro com o divino.

São Paulo acreditava que o instituto do celibato era superior ao matrimônio; ao mesmo tempo, admitia que esta era uma decisão de poucos, posto que “a continência é uma condição de autocontrole e nem todos os homens haviam recebido este dom específico de Deus”. Para o referido teórico cristão, quando se dorme com uma prostituta, o homem torna-se “uma só carne” com ela, do mesmo modo como Adão se tornara uma só carne com Eva. Dessa forma, São Paulo recomendava esta união física apenas entre os esposos.⁸⁷

As lições de São Paulo e de outros nomes cristãos foram determinantes para que o cristianismo difundisse uma gama de preceitos da sexualidade humana, como o ideal de virgindade e de pureza, a exaltação da continência, a condenação do adultério e a proibição do divórcio. Deste modo, a única união

⁸⁶ CABRAL, Juçara Teresinha. *A sexualidade no mundo ocidental*. 2ª edição. Campinas, SP: Papyrus, 1995.

⁸⁷ CABRAL, Juçara Teresinha. *A sexualidade no mundo ocidental*. 2ª edição. Campinas, SP: Papyrus, 1995, p. 102-104.

aceita entre os cristãos era a relação monogâmica heterossexual, através do matrimônio sagrado. Juçara Teresinha Cabral assinala que, na fase inicial da civilização cristã, todo relacionamento afetivo, amoroso e sexual fora do casamento foi considerado pecado contra a carne:

A homossexualidade, a prostituição, a bigamia, a poligamia ou poliandria são classificadas como costumes mundanos. Mesmo no casamento havia ressalvas, pois o sexo era uma aventura condenada e sinal da fraqueza humana. [...] Era consenso de toda a Igreja a permissão de um só casamento, pois diziam os padres: o segundo será considerado adultério, o terceiro, fornicação e o quarto, ignóbil.⁸⁸

Até mesmo a união matrimonial não era idealizada como parâmetro a ser seguido pela igreja cristã. Consoante ensina o historiador francês Philippe Ariès, na Idade Média, até o fim do século XVI, o casamento “apenas legitimava a união”, não tendo qualquer “função de enobrecer a união conjugal, de lhe dar um valor espiritual”.⁸⁹ O casamento, classificado durante muito tempo como um contrato,⁹⁰ não livrava a sexualidade de sua impureza essencial. Segundo Ariès, “o casamento era uma questão de último caso”; “a união sexual, quando abençoada pelo casamento, deixava de ser um pecado, mas isso era tudo”.⁹¹

⁸⁸ CABRAL, Juçara Teresinha. *A sexualidade no mundo ocidental*. 2ª edição. Campinas, SP: Papyrus, 1995, p. 106.

⁸⁹ ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Tradução: Dora Flaskman. 2ª edição. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 214.

⁹⁰ DANTAS, Bruna. Sexualidade, cristianismo e poder. *Revista Estudos e Pesquisas em Psicologia* (UERJ), Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, pp. 700-728, set./dez. 2010, p. 703: “Até o século IX, o matrimônio era uma instituição laica e privada. No entanto, era reconhecido publicamente, visto que a comunidade local testemunhava sua ocorrência. A Igreja não participava da celebração. Os pais dos noivos eram os únicos responsáveis por todos os preparativos da festa. O casamento representava uma aliança política e um contrato comercial, firmado entre as famílias. Após a negociação, os pais da noiva forneciam o dote à família do rapaz e se iniciava a cerimônia. Era o pai do noivo que celebrava as bodas e oficializava o contrato. O casal era levado ao leito, sendo acompanhado por parentes e convidados, que testemunhavam o acontecimento. Após despirem-se, os esposos deitavam e o pai do noivo abençoava a união. Ao final da solenidade, o público retirava-se do recinto para deixar os cônjuges a sós. Enquanto as pessoas aproveitavam a festa, o casal se relacionava sexualmente”.

⁹¹ ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Tradução: Dora Flaskman. 2ª edição. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 215.

Bruna Dantas⁹² reforça tal entendimento, escrevendo que “primeiramente, a Igreja recomendou aos fiéis renunciar de forma definitiva a atividade sexual e conter os desejos, impedindo sua manifestação”. No entanto, grande parte da sociedade acabou se recusando a seguir tais preceitos religiosos. Foi justamente a partir desse fato que a Igreja promoveu a sacralização do casamento, de modo a manter a sexualidade sob o seu domínio. Para a autora, “a sexualidade, pois, atuou como importante dispositivo de poder, garantindo o fortalecimento político da instituição cristã na sociedade ocidental”.

Pois bem. Delineados os principais elementos de configuração da religião cristã no ocidente e sendo destacado o aspecto histórico da criação de um dogma obrigatório em torno da monogamia, resta tecer alguns comentários sobre como tal modalidade religiosa deitou raízes no Brasil. Este percurso histórico cultural, que teve na herança da cultura cristã portuguesa através da colonização em terras brasileiras, será verificado no capítulo a seguir.

3 HERANÇA RELIGIOSA NO BRASIL

Os domínios da religiosidade cristã se instalaram com propriedade em todo o território da Europa ocidental. O próprio Estado passou a ter como fundamento ideológico a religião cristã, que dominava a sociedade europeia com rigor e autoridade. Os indivíduos que não compartilhavam da religião cristã sofriam automaticamente a resistência da sociedade e das instituições estatais, que desde a época de Constantino tinham estreita ligação com o cristianismo.⁹³

Ao dominar o pensamento europeu ocidental, a crença cristã atravessa as fronteiras marítimas e alcança o território brasileiro, tendo em vista a dominação exercida pelo colonizador português no território nacional. Portugal, como típica nação europeia moderna que acreditava na superioridade da sua cultura em

⁹² DANTAS, Bruna. Sexualidade, cristianismo e poder. *Revista Estudos e Pesquisas em Psicologia* (UERJ), Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, pp. 700-728, set./dez. 2010, p. 700-701.

⁹³ PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

relação aos povos ameríndios,⁹⁴ impôs os seus preceitos tidos como “civilizatórios” aos povos que viviam no Brasil – o que incluiu a religião professada pelos colonizadores.

A imposição dos preceitos dogmáticos é, aliás, a marca inerente tanto à instalação quanto à continuidade da existência da religião cristã no Brasil. Sob um evidente viés dominador colonial, a igreja católica sedimentou as bases do que seria uma longa história de modelagem da visão de mundo dos povos nacionais. Com rigor e autoridade de institutos religiosos indicativos da moralidade social, o pensamento cristão dominou a cultura brasileira desde a chegada dos colonizadores portugueses até os dias atuais.⁹⁵

A ligação entre a coroa portuguesa e a igreja católica ultrapassava os elementos de uma simples herança cultural. Havia interesses em comum entre as duas instituições, concernentes ao estabelecimento de uma cultura religiosa cristã em território brasileiro. Ao ceder espaço para a instalação de preceitos da igreja católica no Brasil, o Estado português recebia uma série de concessões e licenças da referida instituição religiosa.⁹⁶

A concessão de agrados da igreja católica não era a única motivação para que os portugueses levassem até as terras brasileiras a doutrina cristã. Havia outros interesses, em especial aqueles que diziam respeito ao sucesso da própria colonização portuguesa no recém-conquistado território ameríndio, o que contribuía para que a religiosidade cristã se configurasse como um instrumento relevante para o projeto de colonização português.⁹⁷

A mentalidade religiosa católica se colocou, dessa forma, como um dos instrumentos utilizados pelos colonizadores portugueses para estabelecer ordem em meio à uma estrutura externa à cultura e tradições portuguesas. Ao imbuir os

⁹⁴ DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro. A origem do mito da modernidade*. Tradução: Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

⁹⁵ DEL PRIORE, Mary. *Religião e religiosidade no Brasil colonial*. 6ª edição. São Paulo: Ática, 2004.

⁹⁶ DEL PRIORE, Mary. *Religião e religiosidade no Brasil colonial*. 6ª edição. São Paulo: Ática, 2004.

⁹⁷ OLIVEIRA, Marlon Anderson de. Entre a coroa e a cruz: a igreja colonial sob a égide do padroado. *Mneme – Revista de Humanidades (UFRN)*. Caicó (RN), v. 9, n. 24, set/out 2008, p. 9.

nativos e locais com a mentalidade religiosa católica, destituía-se a identificação cultural nativa compartilhada entre estes, estabelecendo-se um paradigma europeu externo como *modus vivendi* entre todo e qualquer indivíduo que habitasse aquele território.⁹⁸

Além disso, havia uma própria identificação dos portugueses com a sua missão precípua de portadores do desenvolvimento civilizatório, que deveria ser disseminado entre os povos primitivos. No caso em tela, ante o retrocesso do modo de vida indígena, cabia aos portugueses – como povo europeu moderno evoluído e civilizado – educar os indígenas para a sua progressão cultural e espiritual, ainda que contra a sua vontade.⁹⁹ Este foi um dos impulsos que direcionaram o povo colonizador português na imposição da cultura católica cristã aos sujeitos nativos, conquistados violentamente.

Além da perspectiva portuguesa sobre a imposição da ideologia católica cristã sobre os povos e territórios do novo mundo, há ainda que se destacar a própria necessidade da igreja católica de expandir os seus preceitos religiosos para novos horizontes. Após a Reforma Protestante, houve um recrudescimento no campo de atuação da igreja católica ante os povos que anteriormente compartilhavam sua crença. A investida da igreja católica na América detinha, nesse sentido, o condão de conquistar novos adeptos para a religião católica, que enfrentava séria crise capitaneada pelo protestantismo:

O projeto católico colocado em prática na América portuguesa pelos jesuítas e assenta no pensamento religioso, cultural e social do velho mundo na medida em que busca reproduzir seu universo cultural nessas terras. Naquela época viver fora do seio da religião era impensável, povoar o novo mundo não era visto apenas com uma missão do português mas da cristandade, pois era preciso catequizar os povos habitantes das novas terras.¹⁰⁰

⁹⁸ LEITE, Maria José; MÔRA, Andréa Batista de. A influência do imaginário europeu na construção do projeto católico português e a resistência indígena à sua implantação no Brasil colônia. *Mneme* – Revista de Humanidades (UFRN). Caicó (RN), v. 9, n. 24, set/out 2008.

⁹⁹ DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro. A origem do mito da modernidade*. Tradução: Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

¹⁰⁰ LEITE, Maria José; MÔRA, Andréa Batista de. A influência do imaginário europeu na construção do projeto católico português e a resistência indígena à sua implantação no Brasil colônia. *Mneme* – Revista de Humanidades (UFRN). Caicó (RN), v. 9, n. 24, set/out 2008, p. 3.

Além do estabelecimento da cultura religiosa católica em terras brasileiras se fez necessário adotar medidas para extinguir qualquer brecha possível para o florescimento de seitas adicionais, que ameaçassem os domínios do culto católico. Para tanto, a igreja católica pregou um modelo religioso autoritário e discriminatório, que cultivava além da fé à religião católica, a intolerância aos demais cultos e crenças alheias. Tal projeto de fechamento cultural-religioso se transmitiu através dos anos, sendo herdado pelas gerações atuais do povo brasileiro:

No caso do Brasil, a igreja católica é uma das instituições que contribuiu para a formação de uma sociedade hierárquica, autoritária e intolerante com a liberdade de religião. A tentativa de destruição da diversidade religiosa é parte do projeto de colonização. Aliás, um instrumento fundamental de dominação dos colonizadores sobre o povo nativo do continente foi a repressão a suas divindades e a imposição à conversão à Igreja Católica. A intolerância ao que é diverso, do ponto de vista religioso, é parte da nossa colonização e essa intolerância se estendeu ao campo da cultura como um todo, criando justamente um conflito entre as culturas dos diferentes povos e a cultura hegemônica do colonizador, totalmente apoiada na ordem religiosa como campo de legitimação do poder econômico e político. Dessa forma a igreja católica é parte do projeto colonial na América.¹⁰¹

A estruturação de todo um aparato religioso disseminado nacionalmente interferiu evidentemente na formação da cultura brasileira, que carrega traços inegavelmente moldados pela ideologia cristã. Conseqüentemente, a mútua identificação com tais preceitos provoca a sua transferência para o campo jurídico-político, através da construção de institutos estatais provenientes da mentalidade coletiva cristã. Analisaremos, assim, em que medida a formação de uma cultura cristã no Brasil influenciou a adoção de normas jurídicas com caráter da doutrina cristã ocidental.

¹⁰¹ ÁVILA In BATISTA, Carla; MAIA, Mônica (Org.). *Estado laico e liberdades democráticas*. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras/ Rede Nacional Feminista de Saúde/ SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, abr. 2006 (versão online/pdf), p. 17.

4 OS REFLEXOS NO CAMPO JURÍDICO

O processo de “colonização cultural” gerou reflexos inegáveis também no campo jurídico. Como herança, os portugueses trouxeram para terras brasileiras um sistema jurídico marcado por uma cultura europeia comum, segundo explica o jurista Giordano Bruno Soares Roberto.¹⁰² No célebre ano de 1500 “o Brasil é, doravante, parte de Portugal e, portanto, território onde o Direito Português também vigora”. Inegavelmente, “a História dos dois Povos une-se e a História Jurídica torna-se comum”.¹⁰³

No Brasil, vigorava o sistema jurídico português, fruto de uma compilação normativa denominada Ordenação do Reino. A primeira delas surge em 1446, publicadas em nome de D. Afonso V, e sendo assim batizadas de Ordenações Afonsinas. Por ordem de D. Manoel, organiza-se outra compilação, entrando em vigor em 1521 – Ordenações Manuelinas. Em 1603, a reforma das compilações iniciada por Filipe I e concluída por Filipe II é publicada, recebendo a nomenclatura de Ordenações Filipinas.¹⁰⁴ Por sinal, as Ordenações Filipinas continuaram vigorando no Brasil mesmo após a sua Independência, até 1º de janeiro de 1917, data em que entrou em vigor o primeiro Código Civil brasileiro, como bem pontua Antonio Santos Justo.¹⁰⁵

É o que igualmente atesta a professora Renata de Lima Rodrigues, explicando que ao longo do período de colonização no Brasil, o direito brasileiro se restringia ao que era (im)posto pelas Ordenações do Reino de Portugal. Trocando em miúdos: os direitos civis do povo brasileiro não passavam de simples extensão dos direitos de nossos colonizadores, cuja influência em nosso ordenamento jurídico não pode ser relegada ao desentendimento.¹⁰⁶

¹⁰² ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 53-54.

¹⁰³ JUSTO, Antonio dos Santos. *Direito brasileiro: raízes históricas*. *Revista Brasileira de Direito Comparado* – Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro, nº 20, 2001, p. 4.

¹⁰⁴ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

¹⁰⁵ JUSTO, Antonio dos Santos. *Direito brasileiro: raízes históricas*. *Revista Brasileira de Direito Comparado* – Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro, nº 20, 2001.

¹⁰⁶ RODRIGUES, Renata de Lima. *As tendências do direito civil brasileiro na pós-modernidade*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 655, 23 abr. 2005.

Não basta apenas vislumbrar o contexto jurídico português para alcançar o teor axiológico-histórico da legislação legada ao Brasil. É necessário ir adiante, e investigar os elementos formadores do direito lusitano. Tal pesquisa é proposta pelo professor Giordano Bruno Soares Roberto, que entende não ser possível compreender a conjuntura contemporânea do direito privado brasileiro sem olhar para sua história. Para tanto, o autor aduz que não será suficiente começar a análise a partir do desembarque das caravelas portuguesas em 1500; a história é mais antiga. Nas palavras de Giordano Bruno S. Roberto: “O Direito brasileiro é filho do Direito português que, a seu turno, participa de um contexto mais amplo. Os autores concordam que, apesar da imensa diversidade, os países da Europa compartilham uma herança em comum”.¹⁰⁷

Prossegue-se na lição do referido jurista, que discorrendo sobre as origens da cultura jurídica europeia, demonstra a importância da “conjugação da experiência dos antigos habitantes com os modos de vida dos invasores germânicos”.¹⁰⁸ Giordano Roberto discorre sobre os três grandes fatores responsáveis pela formação destes laços jurídicos recíprocos. O primeiro deles é a burocracia e organização administrativa e financeira, herdada do Império Romano. A segunda é organização pedagógica e escolar da Antiguidade, baseada na gramática dialética e retórica, que continuou moldando o ensino. A última – e que merece destaque – é a Igreja Romana. Tendo fim o Império Romano, a Igreja “surgiu como um eficaz substituto de sua administração, autoridade, cultura e jurisdição, assumindo também antigas funções das autoridades seculares, como as de documentação”.¹⁰⁹

Em breve análise acerca da natureza jurídica do casamento no direito romano, o jurista austríaco Max Kaser vê claramente uma rigorosa influência dos preceitos da doutrina cristã. Segundo o autor, os romanos viam o matrimônio mais como um fato social do que como relação jurídica que, naturalmente, produz

¹⁰⁷ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 5.

¹⁰⁸ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 13.

¹⁰⁹ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 14-15.

efeitos jurídicos de grande alcance. O professor austríaco ensina que para que a comunidade romana preencha o tipo social do matrimônio, seria necessário atender uma série de pressupostos, configurando “uma união VITALÍCIA, MONOGÂMICA, realizada em COMUNIDADE DE VIDA E ASSOCIAÇÃO DOMÉSTICA, cujo fim mais nobre é conseguir DESCENDENTES de pleno direito”.¹¹⁰

Este também é o ensinamento do professor Agerson Tabosa. Discorrendo sobre o direito de família romano, o jurista leciona que “a família em Roma sempre foi monogâmica”, sendo que “só era permitido ter uma esposa ou um marido”. O autor ainda explica que “a proibição da poligamia era tão arraigada que somente ao solteiro, era admitido ter concubina, e não mais do que uma”.¹¹¹ Entende-se desse modo que até mesmo o concubinato, no direito romano, era obrigatoriamente monogâmico.

Dessa forma, conclui-se que as instituições religiosas tiveram preponderância na construção cultural-jurídica da Europa. O direito comum europeu sofre direta influência dos preceitos cristãos legados pela Igreja Romana, formando um sistema jurídico marcado por elementos canônicos. Inegavelmente, muitos destes institutos – trazidos pelos colonizadores portugueses – vigoram hoje no ordenamento jurídico brasileiro.

Há que ser feita, obrigatoriamente, uma correlação entre o legado jurídico português e o sistema cultural familiar brasileiro. Claramente interligados, o paradigma canônico vigente em Portugal ditava o modelo cultural familiar da colônia e, conseqüentemente, os preceitos jurídicos em relação ao direito de família brasileiro. É a lição do jurista Carlos Roberto Gonçalves:

Podemos dizer que a família brasileira, como hoje é conceituada, sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica. É notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como conseqüência principalmente da colonização lusa. As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência ao aludido direito, que atingiu o direito pátrio. No que tange aos impedimentos matrimoniais, por exemplo, o Código Civil de 1916

¹¹⁰ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução: Samuel Rodrigues e Ferdinand Hammerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 317-318.

¹¹¹ TABOSA, Agerson. *Direito romano*. 2ª edição. Fortaleza: FA7, 2003, p. 169.

seguiu a linha do direito canônico, preferindo mencionar as condições de invalidez.¹¹²

Diante de todo o contexto histórico apresentado, não é surpresa que a herança cultural legada pelos colonizadores portugueses tenha claros reflexos religiosos. A grande maioria da população brasileira segue os preceitos do cristianismo: 68,43% dos brasileiros seguem a religião católica apostólica romana, 12,76% afirmaram serem adeptos da religião evangélica pentecostal, e 7,47% declararam a crença em outras religiões evangélicas.¹¹³ A herança cultural-religiosa cristã, que permeou todo o processo de colonização brasileiro, foi transmitida através das sucessivas gerações familiares brasileiras, alcançando com propriedade este início de século XXI.

O referido processo de legado cultural-religioso familiar é uma tendência natural, indicada por Paulo Antonio de Menezes Albuquerque, ensinando que “ao refletir referências e assimilar valores de outras instâncias da sociedade, a família tende a sofrer a influência de códigos morais e religiosos particularistas, absorvendo assim suas tensões dentro da cultura familiar específica”.¹¹⁴

O reflexo desta herança cultural-religiosa no seio familiar é evidente: a organização familiar brasileira é essencialmente – e obrigatoriamente – monogâmica. O brasileiro o faz não somente por um legado histórico, mas igualmente por uma imposição jurídica, que se traduz no impedimento civil ao casamento poligâmico (art. 1.521, VI, Código Civil), e igualmente no crime de bigamia (art. 235, Código Penal).

O debate sobre a temática nos tribunais brasileiros tem tratado do tema reflexamente, não havendo ainda notícias de casamentos poligâmicos de fato realizados. Os tribunais têm se confrontado com a temática dos relacionamentos paralelos, em que duas relações familiares distintas na qual concorrem um membro em comum se submetem à apreciação judicial por direitos dela

¹¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Vol. 6: direito de família. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 16.

¹¹³ Os dados aludidos foram extraídos de um mapa de religiões traçado pelo Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas (FGV), obtidos a partir do processamento de dados publicados e microdados do Censo 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

¹¹⁴ ALBUQUERQUE In FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimir Lombardo (Orgs.). *Curso de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 141.

decorrentes – em grande parte dos casos, direitos patrimoniais. Avaliar algumas destas decisões irá contribuir para ponderar algumas questões postas no presente trabalho. Tal pesquisa jurisprudencial será realizada a seguir.

5 UMA ANÁLISE TEMÁTICA JURISPRUDENCIAL

Há muito, os Tribunais pátrios têm aplicado o crime de bigamia, disposto no art. 235 do Código Penal brasileiro. Não bastasse o impedimento civil da contração do matrimônio com mais de uma pessoa – art. 1.521, VI, do Código Civil brasileiro – o Estado ratifica a obrigatoriedade do modelo cristão monogâmico para a sociedade através da sua tipificação penal. Encontrava-se a incidência deste crime com razoável frequência em épocas anteriores, onde a sociedade era mais fechada e retrógrada à culturas poligâmicas:

Ementa: - Delito de bigamia. – Novo casamento do agente já casado configura esse ilícito penal. – Erro de fato não demonstrado não isenta de pena. – Decisão condenatória confirmada sem voz discordante. (Apelação Crime Nº 16864, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sebastião Adroaldo Pereira, Julgado em 29/12/1975).

Com o passar das décadas e a abertura da sociedade para novos valores culturais, seria natural que paulatinamente ocorresse a abertura jurídica para a modalidade poligâmica familiar. Entretanto, não obstante o processo histórico da globalização e do significativo acréscimo do povo brasileiro com culturas externas, não se constatou a modificação da mentalidade popular nesse sentido. De tal fato, decorreu a manutenção do delito de bigamia no ordenamento jurídico pátrio, com a sua conseqüente aplicação em tempos hodiernos:

Ementa: Recurso de apelação. Bigamia. Artigo 235 do Código Penal. Alegação de inexistência de dolo no agir do acusado, que acreditava já encaminhado o divórcio por advogado. Circunstâncias que não amparam a alegação do réu, que afirmou ser solteiro para a segunda esposa. Ademais, o segundo matrimônio foi contraído antes da entrada em vigor da Lei do Divórcio, o que comprova a impossibilidade de, na época, contrair novo casamento. Improvimento do apelo. (Apelação Crime Nº 70001215037, Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 14/11/2000).

Já na seara civil, durante muito tempo prevaleceu o entendimento uníssono de que as uniões estáveis constituídas pelas pessoas casadas não gerariam

quaisquer efeitos jurídicos. Isto equivaleria, segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes, a admitir a bigamia pelo direito brasileiro, o que parecia inviável aos olhos do legislador pátrio e do judiciário. Nesse sentido, os direitos patrimoniais a serem concedidos à concubina – via de regra, a figura feminina que mantinha relações afetivas com o homem casado – eram equiparáveis a uma suposta sociedade de fato existente entre estes:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL, COM PEDIDO DE RESERVA DE BENS DE INVETÁRIO. Havendo prova de que o de cujos mantinha-se casado e convivia com a mulher e os filhos, inviável reconhecer-se, de regra, união estável simultânea, o que equivaleria a admitir a legalidade da bigamia. Eventuais direitos da concubina adúltera somente podem ser reconhecidos a título de sociedade de fato, se preenchidos seus requisitos (Súmula 380, STF). DESPROVERAM O RECURSO. (Apelação Cível Nº 70000591065, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 14/06/2000).

Entretanto, constatou-se o vertiginoso crescimento de casos em que a pessoa casada abandonava o seu lar e constituía uma relação conjugal com outra pessoa, não obstante manter o título de casada(o), não tendo oficialmente rompido o seu matrimônio. A incongruência destas situações com a jurisprudência dominante gerou a necessidade de revisão dos antigos pressupostos jurídicos, sob pena de não reconhecer novas uniões que se mostravam evidentes tanto para o antigo casal quanto para o novo.

A relativização paulatina do *status* decorrente do casamento foi uma novidade introduzida, nessa sentido, pelo judiciário, suprimindo tal necessidade. Entretanto, os Tribunais brasileiros ainda mantiveram a obrigatoriedade do caráter monogâmico das relações; com isso, admitia-se que a relação conjugal válida seria aquela na qual o sujeito estivesse integrado, não obstante o seu vínculo formal anterior não rompido. Continuava-se, assim, a proibição à existência de relações afetivas simultâneas ou paralelas, próximas à poligamia:

Ementa: DIREITO PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. INSCRIÇÃO COMO DEPENDENTE E CONCESSÃO DE PENSIONAMENTO. CABIMENTO. PAGAMENTO DAS PARCELAS VENCIDAS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1) Se há prova documental e testemunhal no sentido de que, durante mais de cinco anos,

houve união estável entre a autora e o ex-segurado, vivendo sob o mesmo teto como se casados fossem e com presunção de dependência econômica, merece acolhida o pedido de pensão, à vista do que dispõe o art. 226, § 3º, da Carta Magna e o art. 9º, II, da Lei-RS 7.672/82. II) Não obstante os termos do § 5º, do art. 9º, da Lei nº 7.672/82, tenho que se presume a dependência econômica da autora em relação ao falecido servidor, tendo em vista que a Carta Magna, no art. 226, § 3º, reconheceu a união estável como entidade familiar, não podendo haver discriminação dos companheiros em relação aos cônjuges. III) Mesmo que um dos conviventes seja legalmente casado, desde que esteja separado de fato, como é o caso, a união que venha a constituir com pessoa de sexo oposto pode ser enquadrada como união estável na definição legal, e ensejar a dependência previdenciária. O que o ordenamento jurídico não homenageia é a bigamia de fato. IV) Correção monetária incidente desde a data em que deveria haver o respectivo desembolso, uma vez que se trata de dívida alimentar e sua reparação deve ser tão completa quanto possível. V) Juros moratórios reduzidos para 6% ao ano, diante da aplicabilidade da Medida Provisória nº 2180-35/2001. Precedentes do STJ. VI) Incidência dos juros a partir da citação válida, nos termos do art. 405 do Código Civil e da Súmula nº 204 do STJ. VII) Verba honorária de 5% sobre o valor das parcelas vencidas, atendendo-se ao art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC. Embargos infringentes acolhidos. (Embargos Infringentes Nº 70015079031, Décimo Primeiro Grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 13/12/2006, DJ 04/04/2007).

Nesse sentido, resta claro que há uma prevalência de preceitos cristãos monogâmicos dentro da legislação e do judiciário brasileiro. O apego ao modelo monogâmico familiar pode ser inferido mediante a análise de casos decorrentes de relações simultâneas paralelas pelo judiciário. Não obstante serem casos distintos de relações poligâmicas, incorrem em fundamentações que traduzem um possível tratamento semelhante, ao ser negada a possibilidade de constituir-se família por mais de dois conviventes.

Como se não fosse suficiente a imposição legislativa civil e penal, a doutrina civilista pátria ainda incorreu na criação de um instituto denominado “princípio da monogamia”. Mediante a fundamentação de que a sociedade brasileira se edifica sobre pilares da família monogâmica, disseminou-se a ideologia de que não é possível a aceitação da existência de famílias paralelas no Brasil – e, como consequência, também de famílias poligâmicas.

Este suposto princípio tem sido utilizado pelo judiciário brasileiro na análise de alguns casos acerca das chamadas uniões paralelas ou concomitantes, em

conjunto com a legislação civil e penal pertinente. Tal criação jurídica somente corrobora para o enrijecimento da estrutura familiar pátria, negando a sua abertura à novas formas de convivência e afetividade. São evidente e atuais os julgamentos proferidos pelo judiciário pátrio nesse sentido

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO-RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA MONOGAMIA. A organização da família, em nosso sistema, rege-se pelo princípio da monogamia. Logo, não é viável admitir duas entidades familiares concomitantes. Nesse sentido o parágrafo primeiro do art. 1.723 do Código Civil é claro ao dispor que a união estável não se constituirá quando presente algum dos impedimentos matrimoniais elencados no art. 1.521 do mesmo diploma, dentre os quais se alinha a circunstância de um dos parceiros ser casado, na constância fática do casamento. POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70017709262, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 15/06/2007).

Ementa: UNIÃO ESTÁVEL. PRESSUPOSTOS. AFFECTIO MARITALIS. COABITAÇÃO. PUBLICIDADE DA RELAÇÃO. PROVA. PRINCÍPIO DA MONOGAMIA. Não constitui união estável o relacionamento entretido sem a intenção clara de constituir um núcleo familiar. 2. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela affectio maritalis. 3. Não é permitido, no nosso ordenamento jurídico, a coexistência de dois casamentos ou de uma união estável paralela ao casamento ou de duas uniões estáveis paralelas. 4. Constitui concubinato adúltero a relação entretida pelo falecido com a autora, pois ele estava casado com outra mulher, com quem convivia. Inteligência do art. 1.727 do Código Civil. 5. Não comprovada a entidade familiar, nem que a autora tenha concorrido para aquisição de qualquer bem, a improcedência da ação impõe-se. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70061830386, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/10/2014).

A preocupante conjuntura legal e jurisprudencial arraigada com preceitos cristãos monogâmicos se revela como um óbice à constituição de famílias que amparem outras formas de afetividade, distintas da cultura cristã. Nesse sentido, o Estado brasileiro deve investir em tal reflexão, propiciando a transformação de tais bases histórico-religiosas, abrindo espaço para a convivência de modelos culturais diferentes daqueles compartilhados pela maioria da população brasileira.

Nessa toada, cabe discorrer no capítulo a seguir sobre os valores da laicidade e liberdade que devem ser parâmetros para o sopesamento no caso em evidência.

6 ENTRE LAICIDADE E LIBERDADE RELIGIOSA

Como já se dispôs, a herança colonial portuguesa deixou como legado cultural no Brasil o enraizamento histórico, político e social de institutos cristãos. Isto porque o compartilhamento social de preceitos culturais cristãos se traduziu na criação de dispositivos jurídicos que vinculavam o funcionamento do Estado à manutenção da ordem católica no país. Se cada direito reflete os costumes sociais de cada povo, o direito brasileiro se constituiu sob bases religiosas oriundas do cristianismo que dominava, à época, a Europa.

Esta assertiva é corroborada pela análise da primeira Constituição do Brasil, datada de 1824, ainda na época do Império. A referida Carta Magna trazia em seu texto a clara opção pela adoção de uma religião oficial do Estado: a Católica Apostólica Romana,¹¹⁵ demonstrando a intensa influência da igreja católica no referido período. Com o decorrer dos séculos e com a evolução do debate democrático-constitucional, tal instituto foi abolido do ordenamento jurídico brasileiro, tendo as Constituições subsequentes do Estado brasileiro optado pela laicidade estatal.

A doutrina acerca da laicidade estatal prega a separação entre as instituições religiosas e o Estado, consubstanciado na premissa de que o Estado não deve adotar qualquer modalidade de religião oficial – como aconteceu em nossa primeira Constituição nacional. A separação entre as seitas religiosas é essencial para que seja respeitada a igualdade entre as diferentes crenças na sociedade, porquanto não se privilegiará qualquer religião ante as demais.¹¹⁶

A afirmação do caráter laico do Estado decorreu historicamente da reconfiguração da religiosidade, da seara pública para o patamar privado.

¹¹⁵ MORAIS, Márcio E. P.. Religião e direitos fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no Estado constitucional democrático brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 18, pp. 225-242, jul./dez. 2011.

¹¹⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Mediante sucessivos processos históricos, onde as sociedades substituíram paulatinamente seus regimes hierocráticos por regimes democráticos,¹¹⁷ desvinculou-se a ideia de que os governantes eram investidos por um poder divino e sagrado. A figura daqueles que ocupam o cargo de poder passou a ser identificada como consequência dos processos democráticos.

Sem embargo, a laicidade estatal é característica inerente ao próprio modelo democrático.¹¹⁸ Tendo em conta que a democracia é constituída da pluralidade de ideias e preceitos, e da convivência conflituosa – porém, tolerante – entre estes, a desvinculação do Estado à qualquer religião específica representa a concordância e aceitação deste das mais variadas representações religiosas sociais, sem que seja ao cidadão imposta qualquer delas.

Assim sendo, a garantia do Estado laico representa um pilar estrutural para que seja assegurada a liberdade religiosa dos indivíduos. Embora seja possível existir a liberdade religiosa em um Estado não-laico,¹¹⁹ delimitar a esfera em que as instituições estatais ultrapassam a medida do razoável e passam a cercear direitos de culturas alheias é uma árdua tarefa. O ideal, segundo a doutrina constitucional contemporânea majoritária, seria a adoção de preceitos laicos pelo Estado, a fim de assegurar aos cidadãos o respeito das suas crenças religiosas.

Consagrada no art. 5º, VI, da Constituição Federal de 1988, a liberdade religiosa é uma garantia legal aos indivíduos, que lhes confere a prerrogativa de adotar e seguir qualquer modalidade religiosa na sociedade. É um direito que pode ser oponível ao Estado – chamada liberdade negativa, que impõe ao Estado uma abstenção, no momento em que o obriga a não interferir dentro da seara privada religiosa dos cidadãos.

Pois bem. Mediante o exposto, incorremos em uma atividade reflexiva crítica para analisar o caso brasileiro que, segundo sua própria Carta Constituinte, adota os preceitos da laicidade estatal. Entretanto, não são poucos os casos em

¹¹⁷ BOUDON, Raymond (Org.). *Tratado de sociologia*. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

¹¹⁸ RANQUETAT JR., César A. Laicidade, laicismo e secularização: definindo e esclarecendo conceitos. *Tempo da Ciência*, Toledo, v. 15, n. 30, jul./dez. 2008.

¹¹⁹ RANQUETAT JR., César A. Laicidade, laicismo e secularização: definindo e esclarecendo conceitos. *Tempo da Ciência*, Toledo, v. 15, n. 30, jul./dez. 2008.

que tal laicidade é posta em dúvida – a invocação do nome de Deus no preâmbulo constitucional, a presença de imagens sacras em instituições públicas, além da inscrição “Deus seja louvado” nas cédulas da moeda brasileira.

Assim como estes elementos trazidos à discussão, ousamos incluir os dispositivos legais que impõem a obrigatoriedade da família monogâmica no Brasil como decorrentes de preceitos cristãos. Tal imposição se constitui como evidente óbice à constituição de uma família poligâmica islâmica ou judaica, por exemplo – ou mesmo de uma família poligâmica ateuísta, tendo em vista que o Estado protege qualquer opção religiosa ou mesmo a opção por religião alguma.¹²⁰

Tais institutos jurídicos violam, desse modo, o próprio caráter laico do Estado brasileiro consagrado constitucionalmente – ao vincular a sua estrutura legislativa a preceitos de determinada religião. Mais do que isso, constituem uma interferência desarrazoada dentro do campo privado dos cidadãos, instituindo um impedimento à plena manifestação dos preceitos culturais da sua seita religiosa ao serem impedidos de realizar um casamento poligâmico – configurando uma ofensa à liberdade religiosa.

Atestar que a população brasileira seja constituída majoritariamente por cristãos – em geral, evangélicos e católicos – não é argumento suficiente para que a obrigatoriedade do sistema monogâmico seja aceita no Estado brasileiro.¹²¹ Um Estado democrático deve primar pelo respeito às minorias e aos seus direitos subsequentes, principalmente no que tange às suas escolhas privadas. Interferir na seara íntima individual dos cidadãos sem que haja uma rigorosa e coerente base argumentativa estatal é violar as premissas de constituição da própria sociedade.

¹²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. Edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹²¹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Tomemos a sério o princípio do estado laico. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1830, 5 jul. 2008.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação histórico-cultural realizada brevemente nas páginas do presente trabalho teve o condão de demonstrar a origem das bases de formação social do paradigma monogâmico no Brasil. Evidenciou-se o caráter cultural religioso que perpassa a edificação da família monogâmica em território nacional, contando com a contribuição da ideologia cristã, que pregava a aceitação social do casamento monogâmico como única possibilidade de comunhão carnal.

Paradigma cultural-religioso este que decorreu da colonização portuguesa em terras brasileiras, vinculada ao processo de surgimento e ascensão dos valores monogâmicos cristãos na antiga Europa ocidental. Portugal, como Estado precipuamente católico, estendeu suas relações com a igreja católica ao chamado “novo mundo”, que carecia ser devidamente “civilizado” pelos colonizadores de modo a retirar os indígenas da sua vivência supostamente primitiva.

Mediante a referida investigação histórica, pôde-se aferir que a imposição legislativa do paradigma monogâmico em território brasileiro advém de concepções religiosas oriundas da doutrina cristã. Dessa forma, o fundamento que ampara a proibição da constituição da entidade familiar poligâmica no Estado brasileiro advém de preceitos religiosos, caracterizando a submissão do aparato estatal à ideologia de uma religião específica, prejudicando os demais cultos.

Tal fato inequivocamente infere a violação do princípio da laicidade estatal que, conforme rege a Constituição Federal de 1988, encontra-se amparado pelo ordenamento jurídico pátrio. Privilegiar qualquer seita religiosa individualmente, cerceando o direito de crença, culto e manifestação de valores culturais-religiosos das demais, é expressamente vedado pela referida Carta Magna. Nestes termos, obrigar a sociedade a adotar valores monogâmicos atinge frontalmente a liberdade de escolha de indivíduos islâmicos ou mesmo ateus, que optem por modalidade familiar diversa da cristã.

A própria democracia requer a tolerância e o respeito a valores e opiniões contrários e diversificadas, tendo qualquer Estado democrático a obrigação de manter a convivência recíproca e harmônica entre elas. Não se deve aceitar ou mesmo estimular a supressão de qualquer modo de vida minoritário aos valores

compartilhados pela sociedade, ainda que em sua maioria, sob pena de ruir a pluralidade de formas de convivência inerentes à plena realização humana.

Assim sendo, o presente escrito prima pela necessidade de revisão dos institutos estatais que impõem a obrigatoriedade do modelo familiar poligâmico, vedando conseqüentemente a possibilidade de existência da poligamia no Brasil. Através do artigo 1.521, VI, do Código Civil brasileiro, e do artigo 235, do Código Penal brasileiro, constata-se a existência tanto do impedimento civil quanto da tipificação penal à prática da poligamia no território nacional.

Refletir e investir na quebra do paradigma obrigatório monogâmico, através da supressão dos institutos legais que vedam a família poligâmica no Brasil, é necessidade de última ordem para a garantia dos direitos das minorias não-cristãs. A abertura legislativa para que as entidades familiares poligâmicas possam ser constituídas em solo pátrio proporciona aos indivíduos a possibilidade de, caso seja do seu desejo adotar esta forma de convivência familiar, ter a sua plena realização pessoal e coletiva atendida pelo Estado.

REFERÊNCIAS

ARIÈS, P. **História social da criança e da família**. Tradução: Dora Flaskman. 2ª edição. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

BATISTA, C.; MAIA, M. (Org.). **Estado laico e liberdades democráticas**. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras/ Rede Nacional Feminista de Saúde/ SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, abr. 2006 (versão online/pdf).

BOUDON, R. (Org.). **Tratado de sociologia**. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

CABRAL, J. T. **A sexualidade no mundo ocidental**. 2ª edição. Campinas, SP: Papirus, 1995.

DANTAS, B. Sexualidade, cristianismo e poder. **Revista Estudos e Pesquisas em Psicologia (UERJ)**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, pp. 700-728, set./dez. 2010.

DEL PRIORE, M. **Religião e religiosidade no Brasil colonial**. 6ª edição. São Paulo: Ática, 2004.

DUSSEL, E. **1492**: o encobrimento do outro. A origem do mito da modernidade. Tradução: Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

FERREIRA, L. P.; GUANABARA, R.; JORGE, V. L. (Orgs.). **Curso de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**. Vol. 6: direito de família. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTO, A. S. Direito brasileiro: raízes históricas. **Revista Brasileira de Direito Comparado** – Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro, nº 20, 2001.

KASER, M. **Direito privado romano**. Tradução: Samuel Rodrigues e Ferdinand Hammerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LEITE, M. J.; MÔRA, A. B. de. A influência do imaginário europeu na construção do projeto católico português e a resistência indígena à sua implantação no Brasil colônia. **Mneme – Revista de Humanidades (UFRN)**. Caicó (RN), v. 9, n. 24, set/out 2008.

MORAIS, M. E. P. Religião e direitos fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no Estado constitucional democrático brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 18, pp. 225-242, jul./dez. 2011.

OLIVEIRA, M. A. Entre a coroa e a cruz: a igreja colonial sob a égide do padroado. **Mneme – Revista de Humanidades (UFRN)**. Caicó (RN), v. 9, n. 24, set/out 2008.

PERELMAN, C. **Ética e direito**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERRY, M. **Civilização ocidental**: uma história concisa. Tradução: Waltensir Dutra, Silvana Vieira. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RANQUETAT JR., C. A. **Laicidade, laicismo e secularização**: definindo e esclarecendo conceitos. *Tempo da Ciência*, Toledo, v. 15, n. 30, jul./dez. 2008.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROBERTO, G. B. S. **Introdução à história do direito privado e da codificação**: uma análise do novo código civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RODRIGUES, R. L. As tendências do direito civil brasileiro na pós-modernidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 655, 23 abr. 2005.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. Edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

TABOSA, A. **Direito romano**. 2ª edição. Fortaleza: FA7, 2003.

VECCHIATTI, P. R. L. Tomemos a sério o princípio do estado laico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1830, 5 jul. 2008.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

GT – SOCIOLOGY OF CONSTITUTIONS

CANOAS, 2015

FROM NATIONAL TO GLOBAL SETTINGS: IS THE SOCIOLOGY OF CONSTITUTIONS “ON THE MOVE”?

Alfons Bora,
Henrique Carvalho,
Pablo Holmes,

ABSTRACT: Social research about the emergence of constitutions in a globalized context deserves prominence among the developments, which claims that sociology of law is “on the move”. This is so, because they differ from traditional understandings of state constitutions (Luhmann 1964, 1993; Habermas 1992), from the ones related to the self-constitution of specific social groups in national states (Sciulli 2010), and from the studies of pre-modern constitutions (Thornhill 2011). This shift relates to thesis of constitutional fragments (Teubner 2012), transconstitutionalism (Neves 2013), transnational Law (Viellechner 2013) and constitutionalism in the global realm (Kjaer 2014). The session focuses on two aspects of this shift: How the movement relying on the basis of global constitutionalism may be sociologically described, and, if and how constitutions beyond the state may emerge as a consequence of this movement. Pablo Holmes advances a critical approach to answer these questions: To him, central to the emergence of legal and political structures in the age of global governance qua global constitutional arrangements, was its imposition from American and European countries under the label of development. Instead of setting up the emergence of constitutions beyond the state, the result of such a movement is described as the tentative substitution of the political by science and/or economy in processes of collectively binding decision-making, which leads to the political exclusion of considerable parts of world’s population. Henrique Carvalho points that as in national states norms arise in the global realm as a reaction to existing demands. As all legal norms, constitutions possess a normative and a social dimension, which integer dynamically the realms of Law, Politics and other specialized social fields. They differ from others, as they correspond to the specific structural support, which guarantees the autonomy of one legal order. Hence, constitutions in the globalized world society, be it of a national State, of an international organization, or a NGO, may be described, as long as these dynamic arrangements are identifiable. Alfons Bora discusses the technocratic production of collective binding decisions (Holmes), and the thesis of constitutional Dimensions (Carvalho) by covering its elementary dynamics in the perspective of Regulation. By addressing post interventionist approaches he develops a concept of societal regulation as any operation of a social system that intentionally aims at

deciding, defining, or setting the state of another system (target system) with regard to the production of the commonweal (*Gemeinwohl*), which allows to analyze post-national decision-making and constitutions as specific forms of regulation.

KEYWORD: constitutions; globalization; expertise-based decision-making; legal norms; regulation.

1 INTRODUCTION

Sociologically oriented discussions related to the emergence of constitutions in a globalized context have deserved in the last decades a prominent position among the developments, which suggests the characterization of a sociology of law “on the move”. This is so, because they differ from understandings of constitutions within theories of society (Luhmann 1993, Habermas 1992), which are mostly focused on state constitutions. It advances also a step beyond theories of legal pluralism related to the self-constitution of regulatory settings vis-a-vis specific social groups within national states (Sciulli 2010), and even from the studies, which focus on the identification of constitutions or constitutional structures in pre-modern epochs (Thornhill 2011).

At least in two perspectives a commonality related to the studies of constitutions in a global or transnational context may be highlighted: The first one says, that all these theories and empirical studies take as point of departure, that a shift from national concentrated actions, communications, discourses, processes and structures to these, which go beyond states territory might be seen as a reality. This may be illustrated by thesis of *Governing beyond the State* (Zürn 1997), *post-national Constellation* (Habermas 1998), *the Law of open States* (di Fabio 1998), *constitutional fragments* (Teubner 2012), *transconstitutionalism* (Neves 2013), *constitutional evolution in times of global governance* (Holmes 2013), *transnationalization of Law* (Viellechner 2013) and *constitutionalism in the global realm* (Kjaer 2014).

The second commonality of these theses addresses the question, if real constitutions may be already pointed out in contexts beyond the state. When the

major fields are on the one hand concerned with the progressive identification and consolidation of structures and institutions with constitutional quality, which are self-described as global constitutionalization (Peters 2006, Dunnof and Trachtmann 2009), and on the other are the interests focused on the develop of a constitutionalizing agenda for actors beyond the state, which involves a breaking with the paradigm of national settings, also known as global constitutionalism; there are until this moment not quite a lot efforts, which points out where are the transnational constitutions.

Taking these commonalities as starting points, the proposed session focuses on basal aspects of this shift of constitutional thinking. From a sociological perspective are the discussions in this panel oriented by the following questions: Firstly, how the movement relying on the basis of global constitutionalism may be sociologically described? With this first question it is not intended to repeat the ideas, that globalization relates with the worldwide connection of communications, discourses or practices. Beyond that it is for this group relevant, to research if and how this changes relate to a – using the congress terminology –, “move” of the legal to arenas beyond the state. Secondly, focuses this panel on the question, if and how constitutions beyond the state may emerge as a consequence of the movement, which is addressed in the point above. Hear it is intended, not only to question if a global, transnational, international or regional constitution may be pointed out, but to address how is it happened, and also how is the emergence of these new constitutions relates to the “move” in the social structures.

2 CONSTITUTIONAL ORDERS BEYOND THE STATE? TRANSNATIONAL CONSTITUTIONAL PLURALISM, ITS ENLIGHTENMENTS AND PITFALLS

In today's world society, *constitutional theories*¹ seem to converge in assigning an emerging role to legal forms of regulation not bound by political systems. Several approaches try to grasp the diversity and multiplicity of different layers, levels and stake-holders which constitute the post-national constellation of

¹ See: Holmes, The rhetoric of legal fragmentation and its discontents, *Utrecht Law Review* 7, 2011, p. 117-119.

constitutional orders in today's global law. Some point out to the "state-making dimension of private law"² on the transnational level³, others prefer not to assign a privilege for the private dimension of transnational law, rather assuming the hybridity of transnational forms which cannot be described on the basis of that national-centered distinctions.⁴ And, yet, some others refer to an inflationary talk about the "transnational" that would miss the point in its description of those constitutional changes in course in our days, by dismissing too quickly the National-State as an important actor on the global realm and within a still existing international system.⁵

As I understand it, there is an evident paradigmatic shift within constitutional theory that has partially to do with an ongoing crisis of representative politics and liberal democracy.⁶ Indeed, the paradoxes of national constitutionalism became a pervasive concern in legal and political thought⁷, what seems to have resonance also in the social movements of the last decade. And, although the limits and contradictions of the *Keynesian-Westphalian arrangement*⁸ can be traced back in some measure to political struggles within the nation states, important limitations for the scope of action of the state clearly arise from the pressures of a

² See, for example: Wai, *The Interlegality of Transnational Private Law*, p. 107-127;

³ Zumbansen, *Law after the Welfare State: Formalism, Functionalism and the Ironic Turn of Reflexive Law*, Verfügbar im Internet: <http://www.comparativeresearch.net/papers.jsp> (last visit: 11/06/2011); Caruso, Daniela: *Private Law and State-Making in the Age of Globalization*, in: *NYU Journal of International Law and Politics* 12, 2007, S. 1-74

⁴ Heyvert, Veerle: *Hybrid Norms in International Law*, in: LSE, *Law, Society and Economy Working Papers* 06/2009, London School of Economics, 2009, verfügbar im Internet: <http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps1.htm> (Last visit: /05/12/2011); Sand, Inger-Johanne. *Hybrid Law – Law in a Global Society of Differentiation and Change*, in: Calliess, Galf-Peter/ Fischer-Lescano, Andreas/ Wielsch, Dan/ Zumbansen, Peer (Org.), *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin, De Gruyter, 2009, p. 871-886.

⁵ Marcelo Neves, *Transconstitucionalism*, 2009; Kjaer, *Constitutionalism on the Global Realm*.

⁶ Siehe: Fischer-Lescano/Teubner, *Regime-Kollisionen*, S. 57-65.

⁷ Hans Lindahl, *Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood*, in: Martin Loughin & Neil Walker (Orgs.). *The Paradoxes of Constitutionalism*, 2008, p. 9-25; Emiliios Christodoulidis, *Against Substitution: The constitutional Thinking of Dissensus*, in: *Idem*, p. 189-209.

⁸ This expression was conceived by Fraser. See: Nancy Fraser, "Reframing Justice in a Globalizing World". *New Left Review*, Vol 35, pp. 69-88, 2005.

transnationalizing economic system.⁹ Besides, we can easily notice the emergence of a theoretical consciousness within constitutional thought about the transnational character of social communication in a world society that can only be understood from a global perspective.¹⁰ The proliferation of global legal regimes beyond the territorial boundaries of the national constitutional regimes¹¹ shapes an emerging theoretical vocabulary that acknowledges the evolving dynamics of fragmented normative orders on the transnational realm.¹² And such a new arrangement can barely be described by the semantics of national constitutionalism, and even less by the vocabulary of the old European “democratic” traditions, be it in its Jacobin-inclusive or in its liberal elitist-versions. Moreover, this emerging transnational legal constellation constrains the operation of national and international normative orders.¹³

National-centered constitutionalism faced several critiques in the last decades.¹⁴ According to its critics, it would wrongfully nurture an excess of expectations vis-à-vis the constitutional legal vocabulary, as if the constitutional order could translate the totality of social complexity into the language of law, making it possible for the state to interfere in every social sphere such as contractual market relations, technological development, risk assessment etc.¹⁵ Further, national constitutionalism would suffer from an ethnocentric (not to say Eurocentric) bias, being caught into the pitfalls of its way to frame social conflicts in thoroughly different realities according to the narrow political vocabulary of a

⁹ John Ruggie (1998), "Globalization and the Embedded Liberalism Compromise: The End of an Era?" In: STREEK, Wolfgang (org.). *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie. Herausforderungen für die Demokratietheorie*. Frankfurt, Campus, pp. 79-98

¹⁰ There are though good reasons to believe that one of the reasons of the crisis of national constitutionalism can be

¹¹ Somek.

¹² Teubner, *Globalzivilverfassung: Alternative zur Staatszentrierten Verfassungstheorie*, in: Neves/Voigt (Hrsg.), *Die Staaten der Weltgesellschaft*, Niklas Luhmans *Staatsverständnis*, S. 119-122.

¹³ For many examples and cases, see: Neves, Moritz.

¹⁴ Zu diesen Kritiken zusammenfassend: Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, *The Modern Law Review* 65, 2002, S. 320-33.

¹⁵ For the paradoxes of juridification, see: Gunther Teubner, *Juridification: concepts, aspects, limits, solutions*. In: Gunther Teubner (org.). *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law*. Berlin, De Gruyter, pp. 3-48.

very specific and peculiar – north-Atlantic – social context. This limitation would lead to a misconception of different political realities as lacking “adequate constitutionalization”, making furthermore invisible the historical colonial asymmetries which shaped these scenarios.

In this piece, I will face the challenge of theoretically conceiving of the transnational constitutional constellation of today’s world society, following the thread let by Gunther Teubner’s theory of transnational constitutional pluralism. From my point of view, this is in many ways one of the most well succeeded theoretical endeavors on this subject. Transnational constitutional pluralism pictures the plurality of legal orders as emerging constitutional orders beyond the state. Further, it brings the concept of constitution to its limit, broadening its scope to the manifold transnational regimes operating beyond and “beneath” the territorial boundaries of national states.¹⁶

According to its pluralist standpoint, the proliferation of normative *global villages* and its emergence as global *constitutional fragments* would correspond to the radical functional differentiation of a world society which, in the last decade, has become more and more a-topical¹⁷, relying its reproduction mainly on rapid and flexible communication media as money and scientific knowledge, as they are produced and managed within – also atypical – private organizations.¹⁸ Therefore, it would be at least misleading to confine the concept of legal validity to the territorial limits of politically constitutionalized legal orders. Transnational constitutionalism claims, with support on systems theory, that the concept of legal constitutions must be for once and for all decoupled of its political roots,¹⁹ being extended to the increasing transnational – private, hybrid of semi-public –

¹⁶ Albert, Legalisation or Global Law Formation. On Evolution of Law in World-Society. Presentation at the CENTRAL-conference on »Transnational Business in the Age of Globalization« Münster, 26 October 2001. Verfügbar bei der Working Group on World-Society, Universität Bielefeld. Kritisch zur Möglichkeit eines entterritorialisierten Rechts: Lindahl, A-Legality: Postnationalism and the Question of Legal Boundaries, S. 32ff.

¹⁷ Teubner, Constitutional Fragments, Willke, Atopia.

¹⁸ Fischer Lescano/Teubner, Fragmentierung des Weltrechts, S. 37ff.; kritisch dazu: Brunkhorst, Die Legitimationskrise der Weltgesellschaft, in: Albert/Stichweh (Hrsg.), Weltstaat und Weltstaatlichkeit, S. 68-76.

¹⁹ Teubner, Globale Zivilverfassungen, S. 119.

normative orders that operate as self-contained legal regimes responsible for the respective internal management problems regarding legal validity.²⁰

Teubner's description is undoubtedly very creative. And, although I deem his diagnose as accurate with regard to the fragmentation and privatization of transnational law as well as to his perception of the shortcomings of the State-centered semantics of constitutionalism, it seems that the consequences he draws from his interpretation are not as appropriate. The assumption that self-constitutionalizing transnational regimes, as they operate in world society, can foster an internal dynamics of responsiveness, able to function as an functional equivalent to the inclusive dynamics of democratic national politics seem to me to lack sociological explanation. This becomes explicit if we accept the premise that social exclusion as a problem of access to functional performances cannot rely on an equivalent to the positive outputs of the political State on the global Realm, needing to be faced by the responsive operation of self-constitutionalized legal regimes. In what follows, I will present sociological-structural arguments to support the assumption that the transnationalization of law without politics in today's world society seem to radicalize the pervasive exclusionary tendencies of modern functional differentiation, without presenting the functional equivalents to the inclusive forces of political constitutionalism.

3 CONSTITUTIONS AS LEGAL NORMS IN THE GLOBALIZED WORLD SOCIETY²¹

In order to grasp the change, which lays behind the shift from exclusive national to global settings, I firstly advance a discussion in the realm of globalization theory, specially related to its connections to the social fields of

²⁰ Fischer-Lescano, Luhmanns Staat und der transnationale Konstitutionalismus, in: Neves/Voigt (Org.), Die Staaten der Weltgesellschaft, Niklas Luhmanns Staatsverständnis, S. 100f.

²¹ The arguments developed in this section represent a short version of Henrique Carvalho's PhD thesis, which will be available as book still in 2015. See "Verfassungen in der Weltgesellschaft. Ein systemtheoretischer Beitrag zur Verfassungssoziologie". Nomos, 2015 (Forthcomming).

politics and of law. So as Ulrich Beck²² argues that the national state is a victim of globalization, which destabilizes it, once it has destructive consequences to the fulfillment of its functions, addresses Saskia Sassen²³, that neither occupies the national state such a passive function, nor leads the globalization to the end of the national state. Quite on the contrary it might be learned from Sassen's theses, that the national State in the 70's stimulated and paved the path, through its communications, practices and structures from a variety of social realms crossed the states borders²⁴. As triggers of globalization the states did not have shoot their own feet, they remain as leading actors in the global stage.

To be a leading actor means that national states are no longer alone on the global stage. This affirmative leads to the question of, who are the new political and legal actors of the globalized world, as well as to the one of, how the development of politics and law beyond the state took place? A first clue may be gained by the analysis of Anne-Marie Slaughter's thesis about the disaggregated state²⁵, in which organizations beyond the State emerge. These new subjects possess autonomy when faced with States, so that their decisions are independent from a single State and at the same time are binding to those, which are organizations members. In that sense it is more than plausible from a functional perspective to assure, that such organizations are political decision-making actors, once their decisions are binding to its members. They fulfill as well the legal function, as long as these decisions stabilize demands on normative expectations by their congruent generalization. Beyond that the emergence of new autonomous actors means a rupture with traditional forms of international public and private law, as well as with the international relations, once these fields are state-centered and based of the dialogical and negotiating form of decision-making.

It remains open the question about why political and legal communications break with the limits of states territories and develop in transnational or global realms. Following Michael Zürn's lead, that a governmental crisis occurs because

²² See Beck 1998.

²³ See Sassen 2008.

²⁴ See Sassen 2007.

²⁵ See Slaughter 2004.

the political answers to political demands with a considerable delay²⁶, I advance the argument, that not only politics, but also the law, only expand the horizons, where its communications take place, where there is previously a demand on political or legal decision. So my answer to the question to the posed question may be so formulated: Law and Politics are social realms, which are characterized by a reactive form of operating. So the function of producing collective binding decisions²⁷ depends on, that divergent political position firstly appears. The function of law, as to congruently stabilize normative expectations²⁸, needs as well, that incongruent expectations of such a form, or otherwise formulated: conflicting counterfactual expectations already exist. And in that sense, political and legal structures and institutions – short: organizations – emerge beyond states borders as a reaction to the political and juridical demands, which results from the globalization from other social sectors.

Or with other words: Politics and the Law participate in the process of globalization. This leads to the conclusion that the assumption, that these realms are only organized in the form of states, deserves to be actualized. So instead of talking about a world society (*Weltgesellschaft*)²⁹ we speak of a globalized world society (*globalisierte Weltgesellschaft*) when the internal differentiation of politics and law includes, together with national states, other actors, so for instance: the autonomous international organizations.

This account serves as a setting the scene, on which the second question of this panel might be discussed: So possible constitutions beyond the state (a) evolves the realms of politics and law, which (b) react to transnational or global demands, (c) might originate new autonomous segments – be it regimes, assemblages, organizations, orders –, and (d) co-exist with national states.

One way of addressing all these themes at once, on the level of a national state and of organizations beyond the state, may be the assumption that constitutions are legal norms. This sets at first a generalization, so bills (*Gesetze*),

²⁶ See Zürn 1997.

²⁷ See Luhmann 2000.

²⁸ See Luhmann 1993.

²⁹ Luhmann 1997. To new discussions about this concept of world society, see also: Neves 2012; Teubner 2012; Kjaer 2014; Thornhill 2011.

Orderings (*Verordnungen*) from the Executive and Decisions from Tribunals (*Rechtsprechung*) might be placed on the category of legal norms. That means for the sociological systems theory to look for structural couplings: on one side at least to a social sector, and on the other to organs, e.g.: tribunals, parliaments and executives. These constitute and reciprocally settle the limits, which might contribute to the analysis of national and transnational constitutions. Following this path it might be addressed that the European Union and the World Trade Organizations are constitutional orders.

4 SHAPING SOCIETIES – THE REGULATORY DIMENSION OF CONSTITUTIONS

If we talk about constitutions on the “move”, the aspect of regulation gets increasingly relevant. Constitutions often have been observed as legal instruments limiting affluent political power and as guarantee for human and civil rights, enabling these rights to prevail and pertain. Both functions can be viewed at from the perspective of regulation, namely as instruments which allow for shaping societal conditions. Recent debates, also labeled as “New Constitutionalism”, have made this additional emphasis more visible. They demonstrate that by enabling certain social phenomena or structures and by limiting others, constitutions have become important media for the regulation of modern societies.

To be sure: This aspect of shaping or moulding society is only one among others, when we observe legal structures in general and constitutions in particular. No claim is made here with respect to any kind of priority for this aspect. Nevertheless, the reconstruction of the regulatory effects of constitutions might help understanding their role in the multifold manifestations of the social on local, regional and global levels.

In order to put forward my argument, I will briefly touch three points of view: A brief reminiscence is necessary in order to understand the path from steering via reflexive law to governance and to become sensitive to the theoretical oblivion of regulation that took place during this process. These deliberations will then point at the regulatory aspects, which are present in all constitutions, or constitutional

fragments. Some examples will finally try to support my theoretical suggestion. Ethics councils, procedures and commissions of Transitional Justice, and the regulation of Corporate Social Responsibility can be interpreted as instruments of constitutional pressure on social systems.

1. The scholarly debate on constitutionalism that emerged roughly a decade ago has influenced both legal and sociological thinking in a significant way. In a certain sense, this debate regenerates and invigorates the interdisciplinary co-operation between more normatively oriented jurisprudence and legal theory on the one hand and the empirically based sociological theory, not least as regards sociology of law and political sociology.

Constitutionalism has become prominent in legal and political theory, especially in studies on the European Union and phenomena of multi-level governance provoking questions of legitimization. Christian Joerges, and many others have promoted this line of argument. With respect to the EU, arguments of legal, rather constitutional pluralism have been put forward and the relation between the different levels of the EU governance have been critically discussed (Pernice, Walker, MacCormick, and others). Often normative claims have been raised for certain standards of co-operation between European states or for a higher degree of supra-national integration (cf. for the following: Carvalho 2015, manuscript p. 57 ff.)

Beyond the narrower range of the EU, with a more general impetus and with theoretically far reaching implications, the role of the state in world society becomes ambiguous and contested (again: Carvalho 2015). As a consequence, the relation between politics and law, the normative legitimization of politics become subject to theoretical renegotiation (Slaughter, Zürn). Accordingly, normative theories of the state providing concepts of legitimation for political power in the shape of legal or philosophical constitutional theory gain a strong position in current constitutionalism. Prominent names in this respect are, for instance, Dieter Grimm, Jürgen Habermas, Hauke Brunkhorst and others. Habermas speaks about a post-national constellation demanding for a constitutionalisation of public international law. Grimm, on the contrary, insists on the undissolvable connection between state and constitution. An intermediary position is taken by Anne Peters:

compensatory constitutionalisation of international law. Yet another normative model: Cottier and Hertig, who study constitutional thinking as a necessary prerequisite for the preservation of normative standards in a global world. In his book on »Transconstitutionalism« Marcelo Neves (2013) has suggested the notion of a transversal constitutionalism, which still refers to states as the basis of constitutionalism, but adds the idea of a certain type of rationality that can be exchanged between the different normative spheres of states, supra- and international structures and legal cultures within the realm of state law.

A quite different source of current constitutionalism can be seen in sociological steering theory of the 1970ies and 1980ies and its development under the label of governance. The starting question, the "initial puzzle", as Marc Mölders (2015) has called it, was the question, whether the objects of steering "re-organize themselves and adapt to operational criteria which they define themselves, how is mutual influence, intervention or even regulation possible?" (Febbrajo & Teubner 1992, pg. 11). A famous reaction to that question can be found in Teubner's and Willke's essay on "Reflexive Law" (1984), where they applied theories of self-organization and self-regulation to the theory of law. Some of the current contributions to the new constitutionalist debate, as I will argue, are directly attached to concepts of reflexive law that had emerged as a reaction to the impasses of early steering theory and first order cybernetics. Christian Joerges, for instances, claims that Teubner's constitutionalism is a response to certain concerns with new governance models, which for their part, already had been reactions to certain impasses of steering theory (Joerges 2004, pg. 351.)

After the decline of rather simple and, to a certain extent, naïve theories of societal steering, in the 1970s and 1980s political scientists, lawyers and sociologists developed more sophisticated approaches in order to understand, how social institutions or systems might be open to influence from different forms of intervention. Debates on regulation often conceived of intervention as state activity affecting private subjects, whereas governance was understood as a multi-actor and multi-level activity. Post-interventionist theories and concepts of pluralist societies had raised questions that the idea of governance promised to answer by replacing more rigid concepts of social steering by new ideas of cooperation,

negotiation, coproduction, hybrid communication, and self-regulation. Originally stemming from economy (Coase 1937, Williamson 1975), where it was mainly used to focus on »good governance« in organizations, the semantics of »governance« spread over the political sciences – especially international relations (Rosenau and Czempiel 1992, Rosenau 2000) and policy research (Mayntz 1998). In this tradition «governance» is being understood as a form of statehood mainly characterized by »negotiation« and »co-operation«, in contrast to »hierarchical structures«, which were understood as properties of the democratic national state (Héritier 2002; Kooiman 2002, Rosenau 1995, Schuppert and Zürn 2008, Blumenthal 1995, Willke 2006).

Last but not least general sociological theory, namely political sociology and sociology of law build a source of constitutionalism in trying to explain the role or function of constitutions in modern society. I would mention Chris Thornhill (2011) and Poul Kjaer (2014) as examples of this approach, because they are primarily interested in the reconstruction and explanation of the social function of constitutions.

These are only some of the main influences that coined the field of New Constitutionalism. Their plurality and heterogeneity causes, to a certain extent, an impression of complexity and obscurity of constitutionalism.

2. Nevertheless, more or less two large fields can be distinguished: a normative debate about the legitimization of constitutions in a post-national world and an empirical perspective asking for the emergence of constitutions and their regulatory capabilities, their suitability for enabling, shaping, and limiting social phenomena. As mentioned above, I would like to draw your attention to the fact that these approaches are often rooted in theories of societal steering and planning, which later-on have been transformed into concepts of reflexive law, societal self-regulation and governance.

In order to make this interpretation plausible, let us briefly recapitulate Gunther Teubner's intellectual move from reflexive law to constitutional theory. His book on »Constitutional Fragments« (2012) is the one of the main references in the current debate. Starting from a critique of the main stream in constitutionalist debate, it argues against normative approaches and against the strong accent on

public law. In so doing it argues from a private law and sociological perspective, strongly influenced by Niklas Luhmann's sociological systems theory.

Starting with an account of the crisis of contemporary constitutionalism and with the position of societal constitutionalism Teubner criticizes the propositions of transnational constitutionalism by developing the idea of constitutional fragments, i.e. legally constituted social areas such as functional systems, networks, hybrid regimes. In this world of constitutional pluralism, constitutions fulfill a twofold function (Teubner 2012, pgs. 25/26, 36/37, 46, 120 ff.). They enable and limit the emergence and stabilization of the social areas just mentioned. The enabling function safeguards the autonomy of societal areas. The limiting function prevents them from endangering other areas by their respective »centrifugal« and »expansionist« (46) tendencies. This double role of constitutions very clearly is an aspect of *societal steering, intervention, or governance*. As a »hybrid meta-code« (169 ff.) constitutional structures encroach on the operations of the entangled systems and regimes. And this does not only relate to states and the political system. Constitutions – or constitutional fragments – are in Teubner's view equally important for the *regulation* of the relation between non-state actors, organizations and individuals. (»Drittwirkung« – third-party effect in German legal theory, now in Teubner's terms: »horizontal effects (or force)« 214 ff.).

The mechanism, through which the autonomous social systems pass through the process of constitutionalisation, is: self-constitutionalisation. Self-constitutionalisation works by the exercise of external pressure which loads social systems with »capillary power« (135), thus triggering internal constitutionalisation. This figure, again, refers to the core idea of "reflexive law". The conditions, under which these capillary constitutions emerge, are twofold, namely of external and internal nature.

Externally, the self-constitutionalisation of social systems is *determined* by a situation of a »dynamic disequilibrium« (125 ff.) With their respective expansionist tendencies, systems put other systems in their environment under pressure, in a way they endanger their normal operations. Inflationary production of symbols leads to »pathological growth« creating »horizontal threats of integrity« (125). The

relation between the system reaches a »turning point« (»Umschlagpunkt«), where »institutions combating horizontal threats of integrity become imperative.« (125)

Internally, self-constitutionalisation is *triggered* by systemic crisis, by an imminent break-down of the structures. Such a near catastrophe is understood as the »constitutional moment«. In contrast to horizontal threats of integrity, the near catastrophe is an interpretive frame of a single system. Whenever such a system describes itself as approaching a break-down, this self-description becomes a sociological fact for the observing system.

In other words, societal constitutionalism emphasizes the possibility of an *external power or pressure* to trigger operational or structural responses in autonomous social systems *via constitutions* (Sciulli 2001; Teubner 2012). It explicitly conceives of constitutions of means for influencing and shaping social systems. From this perspective, both the limiting and the enabling functions of constitutions, become instruments of *regulation*.

3. The term »regulation« has various sources. It has gained a certain prominence in political economy (cf. e.g. the works of Hirsch, Jessop, Aglietta, Boyer and others). From this angle »regulation« stands for the task of taming modern forms of capitalism. Insofar, it is dealing with a very specific aspect that is mainly situated in the relations between politics and economy, firstly, and that is built upon a very particular kind of social theory. In contrast to these approaches, I take the position of sociological systems theory that allows for a broader variety of inter-systemic relations and that also takes into consideration the fact that modern society is not rather poly-centric and so much centred around one single system, be it politics or economy.

Against this background, I understand »regulation« as any operation of a social system that aims at deciding, defining, setting the state of another system (goal system) with respect to the production of the commonweal (Bora 2002, Bora 2014, Bora 2015, Bora and Münte 2012). The latter term is meant to represent the German word »*Gemeinwohl*«, covering approximately the semantic field of common welfare, public weal or public good in a broad sense. This specification operates as confinement of the definition, which would be merely formal and limitless otherwise. Thereby it should become clear, that regulation in our context

does not refer to the sheer control over machines or objects, for example, but always implies a social dimension, namely the (self-) shaping of society, its subsystems and organisations.

According to this theoretical concept, »regulation« is not restricted to control and intervention in the sense of regulative law. It encompasses limiting and risk minimizing instruments as well as promoting and enabling ones. Julia Black speaks about »regulation as facilitation«, Sabel and others (2012) have been working on »experimentalist governance«, and German legal scientists are interested in »regulation fostering innovation« (Eifert and Hoffmann-Riem 2009). Schuppert accentuates the fact that governance »largely is regulation« (2008, 395).

4. If we look for examples that might help making the idea of regulatory effects in constitutions plausible, state constitutions are a more or less clear case in this respect. But also the more fluid and hybrid forms of constitutions, which are currently in the centre of theoretical interest, can be described from the proposed perspective of regulation. Some examples may shed light on this point.

Corporate Social Responsibility

A prominent example is DIN/ISO 26000 regarding corporate social responsibility. Such standards might well be understood as social constitutions in Teubner's sense. The standard intends to assist organizations in contributing to sustainable development and in going beyond legal compliance. The aims of ISO 26000 represent common goods that usually are not in the focus of technical standardization in the exchange between economic actors. These actors rather consider such common goods as »externalities«. The consequences of the externalization of common goods have been described as »tragedy of the commons« (Hardin 1968). Therefore, the law usually has a decisive role in the regulation of commons, as for instance Elinor Ostrom has shown (Ostrom 1990). Against this background, ISO 26000 describes a strategy between strict legal regulation and cultural commitment. The latter was an important answer to the problem of the commons in small communities of medieval and early modern times. Later, the law succeeded to the task of regulating the commons under the more complex conditions of modern society. The new »cultural« standards, such

as ISO 26000 for instance, are softer than positive law, on the one hand, and harder than cultural bonds on the other. In a certain sense, they have a »*constitutional*« character, as Grahame Thompson (2012) has noted correctly. They do not have direct steering effects, due to their voluntary character. However, they generally have the ability to create and stabilize systemic trust in individual firms and in the market as a whole with respect to their aptitude to safeguard common goods. Establishing such kind of systemic trust seems particularly profitable in a situation, where observers speak of the »moralization of markets«: »In the world of goods and services, not only social relations find their expression, but also societal values and norms become manifest in services and goods or in the reputation of a producer and provider. The economy is not only an exchange of valuable good, but also an exchange of values (Georg Simmel)« (Stehr 2008), 12). Altogether, such standards can be read as constitutions. They couple politics and law – and be it only "soft" law – with economy in order to regulate external effects of the latter with respect to common goods as a goal of regulation.

Ethics Councils

Rather prominent examples in this respect are also national ethics councils. The main point of this constellation is that – in spite of the ethical reference of these institutions – the law serves as the framework and bottleneck, through which every recommendation of the council has to pass, i.e. as point of reference and as a semantic reservoir for the task of integration and compatibility.

Ethics councils have been installed in many states in order to support policy and the respective regulation of socially contested scientific and technological developments. Ethics, as the underlying argument suggests, is supposed to be able to integrate the diverse communications around scientific and technological innovations and thereby to support sound science policies. This development has been described as »ethicisation of technology controversies« (Bogner 2011), »a renaissance of ethics« (Pruzan und Thyssen 1994).

Ethics councils usually are established as independent entities, hosted by either ministries or academies of science. In either a presidential/governmental (France/US) or in a mixed model (Germany since 2008), they are mostly

appointed by government. Such councils are usually responsible to government, in some times also to parliament (Germany, NL, Sweden, e.g.). They either have an advisory function, as in most western European Countries, or perform a specific role in drafting legislation, as in many new member states of the EU. Their size varies from five persons in Uruguay to over forty in France or Italy (Fuchs 2005, Ahvenharju et al. 2006).

If one takes a closer look at the communications of such bodies, it is not so much ethics in most cases, but rather the law, more precisely: constitutional law that integrates the heterogeneous validity claims. The law is the bottle neck, through which all semantics relevant to the respective regulation of science and technology have to pass. It creates a strong framing of the case. This framing is unproblematic only insofar, as in the process of decision-making politics opens the semantic frame again, treating the ethics council's opinions as a form of »coordinated dissent« rather than as an anticipated political decision (Bogner 2011). This political reaction, however, strongly depends on the role of the ethics council in the respective constitutional context.

The function of the law, on the other hand, seems to be stabilization again, namely making sure that »ethical advice« is not vanishing in the plurality of moral standpoints and the exuberant multiplicity of preferences and values, neither in the arbitrariness of decisionism. It thereby also fulfils the function of assuring politics that »ethical advice« is politically useful, because it is legally – and, via the bottleneck of the law: scientifically – approved. As a result, the law reduces complexity for politics insofar, as it minimizes the risk of constitutional failure.

On the other hand, this configuration also increases the political risk, insofar as it affects political sovereignty, because in this case, law positions itself »before« politics. For political sovereignty as procedure, as the realization of political communication, this is to a certain extent, a paradoxical constellation. From this theoretical point, it is then easy to understand, why ethics councils do not tend to communicate extensively their influence on legislation.

Ethics, against this background is not so much the frame constituting the communication within the council, but rather a rhetorical figure making *the paradox*

relation between law and politics invisible and thereby enabling both sides to smoothly operate.

After all, law in ethics councils filters all kinds of semantics, which are assembled under the topic of »ethics«, in a way that makes the communication suitable for the political game. It offers a more or less stable frame of reference for the highly complex relations between diverse validity claims in this hybrid type of intermediary institution. *In so doing, it couples politics, science, economy and the law by developing constitutional semantics in order to regulate processes and structures in the respective fields.*

Transitional Justice

Transitional Justice, last but not least, can be seen as a phenomenon of world society (Kastner 2015) that is deeply rooted in the tradition of Human Rights and a constitutional debate on the level of world society. According to its rather diffuse, value-oriented, but not very explicit semantic content it can be used in transitional societies as a means for creating new social identities. Among the examples mentioned, Transitional Justice is perhaps a very clear case of a regulatory effect of constitutional structures.

Pablo Holmes's example of the imposition of constitutions

Holmes addresses the issue under a specific perspective: the imposition of constitutions in a colonial and post-colonial process by American and European countries. Here we find the regulatory dimension again, in an even stronger sense. One could assume that processes he point at deal with regulation instead of self-regulation, leading to the political exclusion of considerable parts of the world's population. Insofar, Holmes's argument seems to fit very into my concept. Constitutions may be used even in an "anti-constitutional" sense, as he suggests.

5. The intention of this paper is not in any way to replace or deny any of the theories of new constitutionalism. Rather, I wanted to hint at an additional aspect, a dimension in constitutions that seems to be neglected sometimes. Regulation, in other words, always has been one, if not *the* effect that norms and law are delivering to all societal fields. This point also holds true with respect to constitutions.

LITERATURE (PROVISIONAL)

AHVENHARJU, S.; HALONEN, M.; UUSITALO, S.; LAUNIS, V. and HJELT, M. (2006): Comparative analysis of opinions produced by national ethics councils. **Report for the European Commission**. Contract No RTD-C3-2004-TOR1. Helsinki: Gaia Group.

BLUMENTHAL, J. Von. 1995. Governance – Eine kritische Zwischenbilanz. **Zeitschrift für Politikwissenschaft** 15, 4, 1149-1180.

BOGNER, A. 2011. **Die Ethisierung von Technikkonflikten**: Studien zum Geltungswandel des Dissenses: Weilerswist: Velbrück Wiss.

BORA, A. (2002): Ökologie der Kontrolle. Technikregulierung unter der Bedingung von Nicht-Wissen. In: ENGEL, C.; HALFMANN, J.; SCHULTE, M. (Hrsg.): **Wissen, Nichtwissen, unsicheres Wissen**. Baden-Baden: Nomos, 253–275.

BORA, A. (2014): Rethinking regulation: What governance is all about. In: **Portuguese Journal of Social Science** 13 (2014), 2, 197-213.

BORA, A. 2015. The Shadow of the Law: Intermediary Institutions and the Ruling Part of Governance. In: HARTMANN, EVA and POUL F. K. (eds.), **The Evolution of Intermediary Institutions in Europe**. From Corporatism to Governance (forthcoming)

BORA, A.; MÜNTE, P. (Hg.) (2012): Mikrostrukturen der Governance. Beiträge zur materialen Rekonstruktion von Erscheinungsformen neuer Staatlichkeit. **Baden-Baden**: Nomos. Studien zur Politischen Soziologie 19.

CARNEIRO CARVALHO, H. (2015): **Verfassungen in der globalisierten Weltgesellschaft**. Ein systemtheoretischer Beitrag zur Verfassungssoziologie. Manuskript. Bielefeld.

COASE, R. 1937. The Nature of the Firm. In: WILLIAMSON, O.E; WINTER, S.G., **The Nature of the Firm**. Origins, Evolution and Development. New York u.a. 1971, 18-33.

EIFERT, M.; HOFFMANN-RIEM, W. (Hg.) (2009): **Innovationsfördernde Regulierung**. Berlin: Duncker & Humblot.

FEBBRAJO, A.; TEUBNER, G. (1992): Autonomy and Regulation in the Autopoietic Perspective: An Introduction. In: Ibid. (Ed.): **State, Law and Economy as Autopoietic Systems**. Regulation and Autonomy in a New Perspective. Milan: Giuffrè, pp. 3–16.

FUCHS, M. 2005. **National ethics councils**. Their backgrounds, functions and modes of operation compared. Berlin: Nationaler Ethikrat.

HARDIN, G. 1968. **The Tragedy of the Commons**. Science 162 (3859): 1243–48.

HÉRITIER, A. (ed.). 2002. **Common goods**: reinventing European and international governance. Lanham, Md. u.a.: Rowman & Littlefield.

JOERGES, C., I.-J. S., und GUNTHER TEUBNER, Hrsg. 2004. Transnational Governance and Constitutionalism. **International Studies in the Theory of Private Law**. Oxford: Hart Publishing.

KASTNER, F. 2015. **Transitional Justice in der Weltgesellschaft**. Hamburg: Hamburger Edition (forthcoming)

KJAER, P. F. 2014. Constitutionalism in the Global Realm: A Sociological Approach. **Routledge Research in Constitutional Law**. London [u.a.]: Routledge.

KOOIMAN, J. (2002): Governance: A Social-Political Perspective. In: **Grote/Gbikpi 2002**, 71-96.

MAYNTZ, R. 2005. Governance-Theorie als fortentwickelte Steuerungstheorie?. In: Gunnar Folke Schuppert (ed.), Governance-Forschung (Governance research), **Baden-Baden**: Nomos, pp. 11–20.

MÖLDERS, M. (2015): **Publicity as a Medium of Intended Change Towards a Concept of Irritation Design**. Manuscript. Bielefeld.

NEVES, M. 2013. Transconstitutionalism. Bd. 10. **Hart Monographs in Transnational & International Law**. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing.

OSTROM, E. 1990. Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action. **Political Economy of Institutions and Decisions**. Cambridge [u.a.]: Cambridge Univ. Press.

PRUZAN, P., und Ole Thyssen. 1994. **The Renaissance of Ethics and the Ethical Accounting Statement**. Educational Technology 34: 23–28.

ROSENAU, J. N. (1995): Governance in the Twenty-First Century. In: **Global Governance** 1, 13.

ROSENAU, J. N. (2000): Governance and Democracy in a Globalizing World. In: HELD, D.; MCGREW, A. (eds.), **The Global Transformations Reader**. Cambridge: Cambridge University press, 181-190.

ROSENAU, J. N.; CZEMPIEL, E.-O. (Hg.) (1992): **Governance Without Government: Order and Change in World Politics**. Cambridge: Cambridge University Press.

SABEL, C. and ZEITLIN, J. (2012). Experimentalist governance. In: **Oxford handbook of governance**, edited by D. Levi-Faur. Oxford: Oxford University Press. 169-183.

SCHUPPERT, G. F.; ZÜRN, M. (Hg.) (2008): **Governance in einer sich wandelnden Welt**. Wiesbaden: VS.

STEHR, N. 2008. **Moral markets**. how knowledge and affluence change consumers and products. Boulder, Colorado: Paradigm Publ.

TEUBNER, G., und WILLKE, H. 1984. Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht. **Zeitschrift für Rechtssoziologie** 5 (1): 4–35.

TEUBNER, G. 2012. Constitutional fragments/Verfassungsfragmente. **Societal constitutionalism and globalization**. Oxford constitutional theory. Oxford Univ. Press.

THOMPSON, G. 2012. **The constitutionalization of the global corporate sphere?** Oxford: Oxford University Press

THORNHILL, C. J. 2011. A Sociology of Constitutions : Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective. **Cambridge Studies in Law and Society**. Cambridge [u.a.]: Cambridge Univ. Pr.

WILLIAMSON, O. E. (1975): **Markets and Hierarchies**. New York: Free Press.

WILLKE, H. 2006. **Global governance**. Einsichten. Bielefeld: Transcript.

SOCIOLOGY OF LAW BETWEEN NATIONAL LEGAL SYSTEMS AND WORLD SOCIETY

Laura Appignanesi

Matteo Finco

ABSTRACT: According to the luhmannian paradigm of world society, policontestural and characterized by functional differentiation, a regional idea of society should be rejected. However, it is clear that there are still strong differences in national political and legal subsystems, particularly with regard to the fundamental rights recognized to individuals and their effective protection. In particular rights and values recognized by international treaties are often incompatible (see M. Neves, 2013). This work will be compared with the contributions on this issue by N. Luhmann (fundamental rights are institutions that emerge to allow social differentiation, protect it from the expansionist tendencies of the political subsystem and assign individual rights outside of the norm of reciprocity) and by G. Teubner (according to him it is necessary to distinguish between institutional, personal and human rights, the latter "understood as negative limits imposed on societal communications, where the physical and mental integrity of the individuals is undermined by a communicative matrix"). These contributions are representing a sociology of constitutions at present widely discussed in Latin American countries. In order to avoid an anti-humanistic approach, which considers the individuals outside the inter-systemic communication, we need to take into account that, in a contemporary world characterized by less and less differentiated systems, the multisystemic environment is subject to dynamism and reflexive communicative channels (*strukturelle Kopplung*) between subsystems. Constitutions could be thus combine closure and openness of the legal system by resorting to strategies of institutionalization of internal self-reflection and external communication.

KEYWORD: sociology of constitutions; transnationalism; functional differentiation, structural coupling; fundamental rights; world society.

1 INTRODUCTION

Nowadays we can see an increasingly evident worldwide hyper-connection, both in economic-financial aspects and in socio-cultural ones. In this context the issue of fundamental rights becomes more and more important, while the

contemporary constitutionalism, anchored to the territoriality of nation-states, shows its limits in the matter. In the first place, it is clear that there are considerable differences in the legal systems of different socio-political contexts; on the other hand, it seems to become more insistent the request to achieve an universally valid legal threshold, concerning the recognition of these rights but also their actual protection.

From a legal sociological perspective, we might ask questions such as: is it possible (and if yes, how) to achieve a global governance of fundamental rights in the present complex changing context? What kind of contribution could Sociology of Constitutions (and sociological theory in general) provide in the whole framework of world society?

The starting background seems to be a society characterized by less and less differentiated systems (according to Luhmann, we could say a "over-integrated" society). Moreover, within the legal national sphere, at the constitutional level, there are differences that sometimes come into conflict³⁰.

Therefore, we focus on the discrepancy between the normative side of the legal system (Charts and International Treaties that institutionalize the "self-reflective" recognition of "global" values and rights) and the concrete reality, namely the environment of the system: individuals that move in an increasingly complex and fragmented context.

By dealing with the subject (fundamental rights), that seems to highlight better the tension between localism and universalism of law, we try to abstract theoretical arguments, useful to contribute to the general debate on the relationship between law and society.

From a methodological point of view – without forgetting the theoretical roots of classical legal sociology – this analysis uses a systemic approach and the conceptual toolkit provided by the social system theory of Niklas Luhmann. In particular, through the concepts of "operational closure" and "functional

³⁰ See M. Neves, *Transconstitutionalism*, Trasleted by K. Mundy, Hart, Oxford and Portland Oregon, 2013.

differentiation"³¹, we will try to understand the current relationship between different subsystems of society and the links between them. Although the concept of "relationship between autopoietic systems" is not present in the Luhmann theory, founded on operational closure, systems are not isolated units. They are connected to each other by a constitutive link with their environmental conditions: in this sense the notion of "structural coupling" (strukturelle Kopplung)³² is a pivotal concept.

The argumentative structure starts from the current state in evolution of the material dimension (with the related difficulty of contemporary constitutionalism), and it develops by identifying theoretical references, as the contribution of Niklas Luhmann himself and Gunther Teubner in this field. The analysis is enriched by the description of the "transconstitutionalism" provided by Marcelo Neves.

In the frame of their homogeneity of systemic approach and conceptual toolkit, we have three different perspectives, that constitute a space of pluralistic theoretical debate. Through this analysis we can try to find an hermeneutic path, useful to understand and to interpret the current crisis in terms of constitutional guarantees of fundamental rights, for trying to identify possible answers.

In particular, it seems important to establish conceptual connections, to emphasize the links and to stress the different ideas that emerge within the same systemic vision.

From now on, some problematic aspects might be originated, on one hand, from the different speeds of the cognitive process, more and more fast thanks to globalization, and, on the other hand, the lower speed of the regulatory process, anchored in the territorial space of distinct states. The institutionalization of the social reflection at a global level, made by the legislation of supranational treaties, does not seem to operate as an effective structural coupling, between the political

³¹ See various works by N.Luhmann, e.g. *Theory of society*, Translated by R. Barrett, Stanford University Press, Stanford California, 2012.

³² It is a sociological concept that indicates the connection that can promote and filter the mutual influences and pressures between the different autonomous systems, connecting them in a durable and stable way, but without that the systems lose autonomy. See many works by N.Luhmann, e.g. *Theory of Society*, vol. 1, op. cit. (2012), pp. 54-56.

subsystem and the legal one, to which we could add the systems of consciousness in the issue of fundamental rights. In sum, the current transition of society towards a model of world society, involves the question of how it is possible to predict (or rather hope) developments in the field of constitutional matters, in the light of the current challenges.

2 FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE DIFFICULTIES OF CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM

During the XXth century the global legal system has been enriched by a set of rules and principles established to protect a set of rights defined as *fundamental*³³. They are provided by various documents (treaties, agreements) internationally established and recognized. In this sense, those rights were born with different purposes, and each of them has different validity and strength.

In this regard, we can have two preliminary considerations: in the first place, beyond what it is written in these documents, it is evident that their concrete application is something different (it depends on the existence of specific organisms able to detect conflicts and violations, of specific courts, and so on). Moreover, the plurality and heterogeneity of the rights recognized every time, reflects the different sensitivities of the respective socio-spatial contexts, which, however, are increasingly in contact to each other in a global scenario (the so-

³³ We choose not coincidentally the expression *fundamental rights* (instead of *human rights*). First of all, in fact, we intend to limit the discussion to the effective rules and principles in a specific legal context (basically: those provided by Constitutions), then by invoking a strictly legalistic conception of rights. On the contrary, for example, A.K. Sen talks about human rights with a "not legally, but ethically founded" approach (*Identità, povertà e diritti umani*, in *Giustizia globale*, Il Saggiatore, 2006, p. 16). He conceives them as ideal-legal rights, statements that should ideally be legislated. Moreover, as pointed out by G. Palombella (*Diritti fondamentali. Argomenti per una teoria*, in «Filosofia Politica», 1999, disponibile online: <http://lgxserver.uniba.it/lei/filpol/glp.htm>), while the expression *human rights* concerns strictly human beings, *fundamental rights* may also be referred to societies, legal or moral systems, and so on. So a theory of fundamental rights "obliges us to focus also on that which is capable of contributing to the existence of a *society*" (Id., *From Human Rights to Fundamental Rights. Consequences of a conceptual distinction*, EUI Working Paper LAW No. 2006/34). Finally we point out that the treating of fundamental rights from a sociological point of view, on the basis of N. Luhmann, leaves aside any dogmatism, instead questioning on their function, to find their sense of reality in terms of their substitutability (*Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker & Humblot, 1965).

called *world society*³⁴). This matter, often, in the international context poses problems of dialogue and could create conflicts between the various parties involved³⁵.

G. Teubner³⁶ highlights other obvious difficulties regarding the effect of fundamental rights within transnational social spaces : as it happens regarding the topic of a possible global governance, the discussion usually remains anchored to the national state, lacking a truly transnational inspiration. Moreover, when the authors of violations of fundamental rights are private transnational actors (such as multinationals), they usually are not called to respond to them consequentially, but it is always the community of states that must provide protection with respect their violations³⁷.

Basically there is a problem of fragmentation of the world society and its related law: fragmentation due not only to the aforementioned regional differences, but also to the functional differentiation of society³⁸. Fragmentation thus leads to conflicts of rationality, or to non-harmonic relations between different functional subsystems³⁹.

We are facing the problem of a global constitutionalism which is struggling to define itself and that it seems to decline himself in an “horizontal” perspective⁴⁰, in respect of obligations that go imposing itself, as well as to state authorities, also for the private actors. The question therefore is “whether the autonomy of the function systems might not lead to mutual burdens to the limits of their structural

³⁴ We use this term according to Luhmann. See. N. Luhmann, *Globalization or world society: how to conceive of modern society?*, in «International Review of Sociology», Mar 1997; *Id.*, *Theory of society*, vol. 1 and 2, Stanford University Press, Stanford (CA), 2012; Luhmann N., De Giorgi R., *Teoria della società*, Franco Angeli, Milano, 1992. See also E. Morin, *Quelle « autre mondialisation »?* in «Revue du MAUSS» 20, 2002.

³⁵ Cfr. M. Neves, *Transconstitutionalism*, Hart, Oxford, 2013.

³⁶ Cfr. G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali*, Bruno Mondadori, Milano, 2012.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ We are referring here to the separation (which is the final step in the evolution of the society's structures), between the various functional systems, operationally closed, each one characterized by a different communicative *medium* (money, knowledge, law, medicine, technology, etc.) and inclined to overcome territorial boundaries, building own autonomous global systems.

³⁹ G. Teubner, *Ordinamenti frammentati e costituzioni sociali*, in *Il diritto frammentato*, Giuffrè, Milano, 2013.

⁴⁰ Cfr., in addition to the already cited works by Teubner, see also *Constitutionalising Polycontextuality*, in «Social and Legal Studies» 19, 2011 and *Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect?*, in «Rechtsphilosophie & Rechtstheorie», 2011 (40) 3.

adaptability with their very differentiation”⁴¹. In this way, Teubner advocates to connect in a network the respective constitutional fragments – nations, transnational regimes, regional cultures – for a constitutional “right of collisions”⁴². This, of course, does not prevent to consider the issue of the constitutional autonomy of subsystems and their coordination, namely the problem of a latent tension between functional systems, which are not bound to the land, and their constitutions, which instead are⁴³.

From these theoretical considerations important practical consequences derive. They arise not only the attention of lawyers, philosophers and sociologists of law: we have not only to conceive fundamental rights as institutions able to protect the autonomy of the individual from states, limiting the action of the latter, ensuring the participation in the communication of the former⁴⁴, but also – because it is no longer possible to identify the state with the society, or at least the state “as societal organizational form, and politics as its hierarchical co-ordination”, when other “highly specialised communicative media (money, knowledge, law, medicine, technology) appear to gain in autonomy other highly specialized communicative media”⁴⁵ – to deal with threats coming from the various subsystems. Such as those already highlighted by Marx (relative to the economy) or by Foucault (discussed in reference to models and dynamics of various types: total institutions, governance, etc ..). Problems then arises, Teubner writes,

“in numerous social institutions, each forming their own boundaries with their human environments: politics/individual, economy/individual, law/individual, science/individual. Everything then comes down to the identification of the various frontier posts, so as to recognise the violations that endanger human integrity by their specific characteristics. Where are the frontier posts? In the various constructs of persons in the subsystems: *homo politicus*, *oeconomicus*, *juridicus*, *organisatoricus*, *retalis*, etc. These may only be constructs within communication that permit attribution, but they are at the same time real points of contact with people ‘out there’”⁴⁶.

⁴¹ Cfr. N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1997, p. 1087.

⁴² G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali*, Bruno Mondadori, Milano, 2012, p. 22.

⁴³ *Ivi*, p. 25.

⁴⁴ N. Luhmann, *op. cit.*, 1965.

⁴⁵ G. Teubner, *Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect?*, in «Rechtsphilosophie & Rechtstheorie» 2011 (40) 3, pp. 207.

⁴⁶ *Ivi*, pp. 208-9.

Therefore we have to face concrete issues, that affect the freedom of action and the integrity of the individuals, both regarding communication and in respect of processing of their personal experience and most basic needs⁴⁷.

3 LUHMANN AND TEUBNER ON FUNDAMENTAL RIGHTS: COMPARATIVE CONSIDERATIONS AND INSIGHTS

Before pondering on the possible “dialogue” between constitutions and on the influence that different subsystems of the society have to each other, we should try to observe the effects that the operations of the system of law and, more generally, those of the overall social system, have on the individuals, considering them not only as *persons* – namely from a strictly communicative point of view – but also in their irreducible bio-psychic, and therefore symbolic, part⁴⁸. It is also possible to do this within the tradition rooted in systems thinking and that finds in Niklas Luhmann its main representative, despite the superficial objection that this is an “anti-humanistic” sociology, in which the role of individuals is underestimated or anyway subject to the emerging social “impersonal” level⁴⁹.

Luhmann defines fundamental rights as “institutions” , namely expectations of behavior, realized in the context of a social role and relying on social consensus⁵⁰. Their function lies in the stabilization of the differentiation of the political system, specialized in production of binding decisions. For making this possible, it is necessary that it remains separate from other subsystems (economics, law, etc.) – each subsystem of society, in fact, is always subject to the

⁴⁷ In this regard, we will refer later to the luhmannian distinction *persons/bodies*.

⁴⁸ We use this term with the meaning of E. Cassirer. See *An Essay on Man. An Introduction to a Philosophy of Human Culture*, Yale & New Haven, 1944.

⁴⁹ Not only it is possible to trace in that tradition resources and insights for treatments that could take into account the different elements of individuality (As P. Stenner did in *Is Autopoietic Systems Theory Alexithymic? Luhmann and the Socio-Psychology of Emotions*. In «*Soziale Systeme*» 10 (2004), 159–85). But, above all, it is necessary to try to understand better modernity in its most different aspects and concrete phenomena, including those that relate more closely individuals in their specificity and in the most different expressions of this specificity: cognitive, affective or normative: see C. Baraldi, *Il disagio della società. Origini e manifestazioni*, Franco Angeli, Milano, 1999.

⁵⁰ “Le istituzioni sono aspettative di comportamento generalizzate nella dimensione temporale, materiale e sociale e, in quanto tali, formano la struttura dei sistemi sociali.”: N. Luhmann, *I diritti fondamentali come istituzioni*, Dedalo, Bari, 2002, p. 45 (*Fundamental Rights as an Institution: A Contribution to Political Sociology*, 1965; translated in english by us).

risk of dedifferentiation – guaranteeing to individual a degree of autonomy and independence from the action of state: fundamental rights are necessary to prevent that

“All communications are oriented to specific purposes of the state bureaucracy, making possible the rationalization of these purposes in the sense of a provision functionally specified that must always presuppose the existence in the social order of other benefits, of other systems to pursue of interests, other sources of power and social prestige”⁵¹.

Fundamental rights, therefore, ensure *chance* of communication, but at the same time they adjust communication “in such a way that it remains available for differentiation”⁵², specifically that of the political system. They emerge in a specific historical era of social evolution (in this sense are not ‘eternal’ and immutable), characterized by high complexity and functional differentiation: their function is precisely to stabilize the social structure by maintaining the differentiated autonomy of the political system and its separation from other subsystems.

This is done by preventing the political system from ‘invading’ other spheres of social reality (individual personality, socialization, economics, etc.) and by preventing disorientation from its specific function (precisely to establish binding decisions). The separation of the law system from other subsystems is therefore a systemic need for the maintenance of differentiation of the social order: the fundamental rights therefore represent a guarantee towards regression to previous stages of development of society. Therefore they are *positive* rights: in fact the “separation of the law from religious, moral and scientific representative contexts and its positivization are an acquisition of the modern age”⁵³: the increasing complexity of society corresponds to an increase of the internal complexity of the law, which frees itself from religious and natural law’s ties (legitimacy of divine nature disappear) becoming contingent, changeable. The law is not, however, blind to such contingency: the difficulty in placing values on a continuing basis (just because of the loss of legitimacy of natural law) in a complex reality (the modern

⁵¹ *Idem*, p. 60.

⁵² *Idem*, p. 59.

⁵³ *Idem*, p. 82.

one), so it represents the premise to institutionalize tolerance and availability to compromise, as long as it is possible to reach “in a vast temporal horizon, a high pace in the changing of preferences of values”⁵⁴. Each value and any rule become reversible, but they must remain valid until they will be replaced by others: for this reason, the law must be generalized in time, that is any legal decision “should be taken, in principle, independently of the moment in which it is assumed”⁵⁵.

Law, however, doesn't decide which are the rules to apply: it must enforce them and stabilize expectations. Political system is the one that establishes valid standards – and can change them. It is responsible for the production of binding decisions, necessary to ensure order and lasting peace: for this it is necessary to establish fundamental rights, so they can limit the expansionist tendencies of the political system, in a way that the exercise of physical force and decisions remains legitimate (and therefore accepted), but at the same time allowing sufficient space and dimensions of freedom to individuals. This also explains the distinction between judicial and legislative function (the separation of powers of the state, another evolutionary achievement of modernity): law and politics must remain separate, because only in this way it is possible to rely on lasting and legitimate (however rebuildable) rules. In this sense, constitutions are the structural coupling between political system and system of law⁵⁶.

⁵⁴ N. Luhmann, *Il tempo scarso e il carattere vincolante della scadenza*, in S. Tabboni (a cura di), *Tempo e società*, Franco Angeli, Milano, 1985, pp. 120-137, p. 132 (*Die Knappheit der Zeit und die Vordringlichkeit des Befristeten*, in “Politische Planung”, 2 Aufl., Westdeutscher Verlag, 1975, pp. 143-165).

⁵⁵ N. Luhmann, *op. cit.* (2002), p. 247. Law has the function to stabilize over time expectations and behavior, to turn rules in a rational order, so that even if they are disappointed, they will not lose their validity. Law is a kind of immune system: it develops rules to solve conflicts, which are generalized and maintained. The system in this way generates a past that serves in the present as a guide for the future.

⁵⁶ “The constitution serves the dual function of including and excluding reciprocal perturbations of political and legal operations. Its two-sided form of including and excluding influence maintains the separation of the systems and allows for separate autopoietic reproduction without any confusing overlap. It also characterizes the ways in which the legal system (and on the other side, the political system) avoids isolation (which means entropy) and constructs on its internal screen what can serve within the system as information.”: N. Luhmann, *Operational closure and structural coupling*, in «Cardozo Law Review» 13 (1991-1992): 1419–1441, p. 1437. See also G. Corsi, *On paradoxes in constitutions*, in ???, Ashgate, Farnham, 2015. Especially this excerpt: “The idea is that the constitution was invented to regulate the relationships between law and politics, once these two systems are differentiated once and for all and there remains no possibility of polyfunctionality. The concept employed by systems theory to clarify the function of the constitution is that of *structural coupling*. [...] This concept indicates the capacity – and the

According to Luhmann fundamental rights therefore are not statutes, eternal and inviolate values, but tools that ensure the inclusion of individual in society, socialization, ie participation in the social context as a *communication partner*, ensuring a successful outcome of individual's self-representation, conceiving it as a character, as *form person*, "able to report their actions to multiple social systems and to bring together in a personal behavioral synthesis their conflicting demands"⁵⁷. The modern social order in fact puts the individual in front of an unprecedentedly rich range of possibilities for action, choices, opportunities: the emancipation from traditional constraints based on wealth, on belonging to a defined social class (that characterized functionally layered societies), the increased possibility of movement, they make possible to choose which profession or trade is to undertake and membership in different circles and social groups, allowing access to differentiated roles among the various contexts. However, it is difficult for a single to develop a variety, because it is constantly called to staring purposes and to act accordingly. So the individual is called to be otherwise (contingency)⁵⁸: in order to do that, however, he needs a correct self-representation as individual. *Dignity* and *freedom*, as defined in a functional sense, intervene at this level: they indicate the basic conditions for the success of self-representation, they are preconditions for the socialization of man as an individual, as a partner of the interaction. Beyond their claim as historical values/rights in liberal Western tradition, *dignity* and *freedom* for Luhmann are institutionalized as unlimited capacities of contacts (a requirement for inclusion in the communication). They act on the outside (freedom) and on the inside (dignity) of self-

necessity – on the part of a system to develop specific kinds of awareness towards sectors in its environment, while remaining indifferent to all the rest. The systems theory defines these kinds of awareness as "irritations", in the sense of disturbances or interferences, so as to underline that they are not cases of input coming in from outside, but of points of contact inside the system itself that generate effects that depend on its own structures and not on those of the irritating factor".

⁵⁷ N. Luhmann, *op. cit.* (2002), p. 99.

⁵⁸ Contingency as fundamental character of modern society means that safety becomes improbable, that everything could be otherwise. This is true in every field, also in interpersonal relationships: we are not facing an impersonal mass society, reminds Luhmann. Modern society differs from previous configurations for greater chances of impersonal relations and more intense personal relationships: the differentiation of personal and social systems becomes for people more and more a reason to re-interpret their difference with environment on the basis of own person. See, N. Luhmann, *Amore come passione*, Bruno Mondadori, Milano, 2008 (*Liebe als Passion Zur Codierung von Intimität*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1982).

representation: *freedom* means that “social action does not end in the fulfillment of the action, but is included in the processes of symbolic attribution”⁵⁹. It means, in other words, that we have the right to a free development of personality as a self-conscious individuality, to a space of personal action, protected from external interferences and violations (first of all those of the state). *Dignity* instead means that the roles to which we adhere are reconciled with a self-representation worthy of consideration: it is the knowledge that you can express what you are that lets you identify with your own person. It “indicates the successful self-representations”⁶⁰; therefore it must be built and nurtured. His loss marks the loss of personality, and consequently of the social role⁶¹.

Freedom and *dignity* are products of functional differentiation, not ‘inalienable human rights’: the differentiated social order institutionalized them precisely to ensure the inclusion of the *person*. The overall social system and the various functional subsystems are oriented in fact to the inclusion of the entire population”⁶².

Obviously every subsystem operates according to its own logic, and decides “how far one can do”⁶³: any individual relates in different ways to different subsystems, in dependence of its aspirations and abilities, but also in dependence on external conditions: citizenship is attributed to the individual based on place of birth and family, as well as the availability of money depends, even more than by the individual talents and commitment to their work, by familiar legacy; and so on.

In principle, however, each one should have the opportunity to participate: *freedom* serves to this. But also another fundamental right, that of *equality*, fulfills the same purpose: it “creates the preconditions for enlargement of the possibilities of communication because it frees the act by the differences that limited the

⁵⁹ N. Luhmann, *op. cit.* (2002), p. 115.

⁶⁰ *Idem*, p. 119.

⁶¹ “L’uomo non può usare la sua personalità, se la sua autorappresentazione non ha successo, se non ha dignità. Se non è in grado di effettuare un’autorappresentazione sufficiente, recede da partner della comunicazione e la sua scarsa comprensione delle esigenze del sistema lo conduce al manicomio.”: *idem*, pp. 120-1.

⁶² “There is no obvious reason to exclude someone from the use of the money, from the legal capacity or from belonging to a State, from education or marriage, nor to let depend everything that from licenses or special conditions outside the system”⁶²: N. Luhmann, *Oltre la barbarie*, in «Sociologia e politiche sociali», n. 3, 1999.

⁶³ *Ivi*.

generalization and that bound the possibilities of self-representation in predetermined social positions”⁶⁴.

Equality is not an individual right or value⁶⁵, but a systemic necessity: in this way, it becomes possible “taking decisions on internal problems of the system, about what is equal or unequal”⁶⁶, at the same time forcing the political system to relate to citizen regardless of his class, meaning with an equal treatment of individuals. The right to *equality* therefore does not exclude inequalities: nevertheless they must be justified, motivated. Discrimination can no longer depend on the decision maker, according to his feelings, his preferences, but must be based on objective reasons: the positivised law does not oblige to compliant conduct, but protects those who adapt them; likewise it does not guarantee justice and fairness⁶⁷, does not prevent the rise and the development of inequalities: it makes unequal treatments possible “as long as sufficiently motivated”⁶⁸. Human rights of *freedom* and *equality*, therefore, are not grounded on ‘human nature’: in modern society, where is no longer possible to define the social context in which everyone have to take action, their (latent) function lies on keeping the future open to further possibilities⁶⁹.

Then, if it could make sense to claim for a just society – or at least ‘fairer’ – and universal values (whether freedom, equality, tolerance, peace, democracy, etc.), it is possible from a ‘civic’, ‘human’ point of view. Even for this, as already explained, we do not speak of ‘human rights’⁷⁰ but of ‘fundamental rights’: modern

⁶⁴ R. De Giorgi, *Modelli giuridici dell’uguaglianza e dell’equità*, in *Disuguaglianze ed equità in Europa*, edited by L. Gallino, Laterza, Roma-Bari, 1993, p. 369.

⁶⁵ N. Luhmann, *op. cit.* (2002), p. 249.

⁶⁶ N. Luhmann, *op. cit.* (2002), p. 259.

⁶⁷ “In un ordine sociale pienamente differenziato le pretese di un agire giusto ingenerano complicazioni enormi e ricche di contraddizioni.” N. Luhmann, *op. cit.* (2002), p. 267.

⁶⁸ R. De Giorgi, *op. cit.*, p. 365.

⁶⁹ N. Luhmann, *Theory of society*, vol. 2, Stanford University Press, Stanford (CA), 2012 (original edition 2007), p. 301.

⁷⁰ About ‘human rights’ social sciences were traditionally skepticist, starting by philosophers and sociologists of XVIIIth and XIXth century (as, for example, Karl Marx: he thought that they were only a façade, masking economic and social inequalities. Rights originated by private property, that clouded social relations arising from the capitalist mode of production. See *On the Jewish Question*, in *Deutsch-Französische Jahrbucher*, 1844). Cfr. G. Sjoberg, E.A. Gill, N. Williams, *A Sociology of human rights*, in «*Social Problems*» Vol. 48, No. 1, 50th Anniversary Issue, Feb., 2011, pp. 11-47; P. Hynes, M. Lamb, D., M. Waites, *Sociology and human rights: confrontations, evasions and new engagements*, in «*The International Journal of Human Rights*» Vol. 14, No. 6,

society – in luhmannian terms – is made of communication⁷¹. Society is not ‘unjust’: it simply works at another level than that of individuals⁷².

Stating that does not mean to be cynical, being blind to inequalities and social distress: but is not useful keeping on describing exclusions in the different functional systems through a semantics that uses terms such as ‘exploitation’, ‘social oppression’, ‘marginality’. Instead of an impossible claim (precisely from a systemic point of view: the inclusion must be understood as a form of two sides: the other side is precisely the exclusion, where individuals count only as *bodies*⁷³) for a total inclusion of everyone or looking for guilty ‘subject to blame’⁷⁴, theory must try to describe “facts a little better than does the optimistic-critical tradition of our discipline; and precisely the facts that society itself builds”⁷⁵.

In addition to those shown here, Luhmann analyzes other rights, on which we cannot dwell: the right to property (which allows the individual to participate in the economic system), to vote (which offers citizens a role for participation in the political system), the legal protection of marriage and family, and so on⁷⁶. What is described above, however, reveals what it means to analyze fundamental rights not from the point of view of legal dogmatics, but from the one of sociological theory, functionally-structuralist inspired: it could open the possibility of a more extensive and detailed understanding of legal and political systems, thus allowing

November 2010, 810-830; Bryan S. Turner, *Outline of a theory of human rights*, in «Sociology» Vol. 27, No. 3, August 1993, pp. 489-512.

⁷¹ “the distinction between individual and society – since the mid-nineteenth century also individual and collectivity – is external to society.”: N. Luhmann, *op. cit.* (2012), p. 295. People therefore are in the environment; they are not part of the system. Society requires people, representatives that could communicate. Individuals as psychic systems are in relationship with social system through structural coupling, but this is a contact that occurs at the level of their respective structures. Biological and emotional-sentimental components (and consequently a number of needs of the individual) are not matter of society. It cannot take charge of them in the reproduction of its operations.

⁷² That is communication, the only genuinely social operation. See N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, Franco Angeli, Milano, 1992, p. 26.

⁷³ N. Luhmann, *op. cit.* (2012), pp. 16-27.

⁷⁴ A research starting by the idea of a stratified society: See N. Luhmann, *op. cit.* (1999).

⁷⁵ *Idem*, p. 127. O, with different words: “Theory not only formulates what we know but also tells us what we want to know, that is, the questions to which an answer is needed. Moreover, the structure of a theoretical system tells us what alternatives are open in the possible answers to a given question. If observed facts of undoubted accuracy will not fit any of the alternatives it leaves open, the system itself is in need of reconstruction.”: see Talcott Parsons, *The Structure of Social Action. A Study in Social Theory with Special Reference to a Group of Recent European Writers*, The Free Press, Glencoe (Illinois), 1949, p. 9.

⁷⁶ N. Luhmann, *op. cit.* (2002).

a more aware and responsible formulation of social problems, primarily those that underlie fundamental rights⁷⁷. Instead of conceiving fundamental rights merely as values, we look them as institutions, therefore,

“it is possible explain our involvement in certain constellations of problems, which let appear as meaningful only a limited range of action”⁷⁸.

The contribute of Gunther Teubner to the discussion on fundamental rights moves from Luhmann’s legacy. However he adds some critical and purposeful ideas: they could be suitable for an operative use: this is especially true if we consider his tripartite distinction of fundamental rights.

Teubner, starting by Luhmann, takes note of the problematic expansion of political system in modern society, which tends to cross boundaries of other social subsystems and at the same time impinge the individual “in his attempt to control both the body and the mind of people”⁷⁹. Also he highlights the “expansionary effects” of other, specialized and autonomous functional systems: so we have to face a “multiplicity of anonymous and now globalized communicative processes”⁸⁰, a society that can be described as an “anonymous matrix” of codified communications, which tends to expand itself without regards of human beings. So fundamental rights should defend the individual not only from the state, but also by the intrusion of other social subsystems, and should protect the autonomy of the various systems function⁸¹.

Therefore Teubner proposes a tripartite division of the dimensions relating to the protection of fundamental rights, distinguishing them between *institutional*,

⁷⁷ *Idem*, p. 307.

⁷⁸ *Idem*, p. 311. Values therefore are points of view for certain preferential consequences of action. They remain valid, fair, even if action or actors disappoint expectations: “I valori sono, cioè, aspettative stabilizzate in modo controfattuale ed in questo sono simili alle norme giuridiche [...] Le norme giuridiche implicano un’alternativa chiara tra legalità e illegalità. Nell’universo dei valori, al contrario, non può essere introdotta una tale struttura di alternativa [...] Chi si orienta ad un valore, trascura gli altri.” (p. 312).

⁷⁹ G. Teubner, *Ordinamenti frammentati e costituzioni sociali*, in *Il diritto frammentato*, a cura di A. Febbrajo, F. Gambino, Giuffrè, Milano, 2013, p. 386.

⁸⁰ *Idem*, p. 389.

⁸¹ Fundamental rights, as R. Prandini told, commenting on Teubner, are “contro-istituzioni moderne poste dentro ai sottosistemi funzionali per limitarne il potere. La loro funzione non è semplicemente quella di proteggere l’individuo, bensì anche quella di mettere in sicurezza l’autonomia delle sfere sociali, contro le tendenze espansive di altri sottosistemi.”: R. Prandini, *Distinguere aude! Il Grand Récit sociologico di Gunther Teubner*, in *Il diritto frammentato*, edited by A. Febbrajo, F. Gambino, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 240-1.

personal and *human rights*. Institutional rights handle with the autonomy of the “social discourses” (such as religion, art, science) against the totalitarian tendencies of the communicative matrix: they work as “conflict of law rules” between different partial social rationalities, trying to protect the integrity of art, family, religion against totalitarian tendencies of science, media or economy⁸². *Personal rights* instead concern the autonomy of communication: they protect people as “fictions”, communicative artifacts, ie individuals as they are included in the systems function. Human rights, finally, are “negative bounds on societal communication, where the integrity of individuals’ body and mind is endangered by a communicative matrix crossing boundaries.”⁸³

They are those that concern the individual in its most genuine, less social, aspect, related to his bio-psychic endowment.

The operative, already mentioned, potential of this tripartite division lies in the fact that a clear distinction of referents, the rights’ ‘holders’ – or at least of the different dimensions in which it is necessary to establish spaces and actions for protection – facilitates the task of those who are called to design and place actions for protection and preservation of rights. In other words, they become more obvious targets to reach and, together with them, the obstacles to face. Social policies, humanitarian claims, but perhaps also most general instances by groups and organizations, can benefit from a sort of ‘disillusionment’, which, instead of pushing to classify projects with the label of idealism, strengthens them, because it makes more aware their promoters. Just one example: affirming the importance of a particular right and at the same time recognizing it as *human*, in the sense of Teubner means clearly distinguishing what we are facing not only as ‘citizens’, but also as human beings, as members of the specie: beyond their citizenship, the state in which they are located, their possibility to pay, and so on. This leads us to focus attention on essential data and to exclude from the discussion claims and fears that don’t have anything to do with dimensions that is intended to preserve. Of course the contribution that this tripartite division can provide cannot overcome the intrinsic limits of law: institutional and personal rights in general are more

⁸² G. Teubner, *The anonymous Matrix*, in «Modern Law Review», 69, 2006.

⁸³ G. Teubner, *op. cit.* (2013), p. 390.

easily recognized in judicial system than human rights. In this sense, Teubner says, we are faced by “a strictly impossible project”⁸⁴ because society cannot “do justice” to real people, as “people are not its parts but stand outside communication”⁸⁵. For Teubner, only

“the self-observation of mind/body – introspection, suffering, pain – can judge whether communication infringes human rights. If these self-observations, however distorted, gain entry to communication, then there is some chance of humanly just self-limitation of communication.”⁸⁶

This is a significant shift of paradigm, a purely sociological approach, aware of the inevitability of inequalities and exclusions, that are *natural* and *obvious* in a functional differentiated society. On this basis, it is therefore necessary to introduce “new devices of re-inclusion” able to “distinguish between the empirical and existential concreteness of the *individual*”⁸⁷, which is more than the *person*⁸⁸.

Fragmentation of world society imposes this and other challenges: in fact, when rights are established, it needs both referents able to enforce them (such as national, international and transnational courts), and clear information on those who must respect them and have to answer for it in case of violation. This fact is not always clear. What are, for example, duties of transnational private actors who violate fundamental rights? Usually national states are called for the protection of

⁸⁴ “All the groping attempts to juridify human rights cannot hide the fact that this is a strictly impossible project. How can society ever “do justice” to real people if people are not its parts but stand outside communication, if society cannot communicate with them but at most about them, indeed not even reach them but merely either irritate or destroy them? In the light of grossly inhuman social practices the justice of human rights is a burning issue, but one which has no prospect of resolution.”: G. Teubner, *The anonymous Matrix*, in «Modern Law Review», 69, 2006.

⁸⁵ *Idem*, p. 393.

⁸⁶ G. Teubner, *op. cit.* (2006). *Human rights* therefore represent a great challenge for contemporary society, which could be faced redefining them as *ecological rights*: “Ciò significa che il diritto della società non deve porsi come finalità l'impossibile inclusione giuridica dell'uomo, bensì l'improbabile relazione con esso, senza alcuna pretesa di *risolverlo/ridurlo* attraverso comunicazioni giuridiche”, R. Prandini, *op. cit.* (2013), p. 223.

⁸⁷ “La matrice sociale deve invece essere capace di riconoscere che l'individuo è *sacro* e *intoccabile* e che, proprio per questo, va ricostruito semanticamente all'interno della società in quanto persona.”: *Idem*, p. 224.

⁸⁸ It is worth noting that in this sense is at stake not only a general individual “health” or “harmony”, but foremost the validation by people of their individual identity, in its specificity and difference from the one of the *form person*, exclusively communicative and therefore “always proper”: *people* do not coincide with consciences, with corresponding psychic systems. See E. Esposito, *Identità e persona nella teoria dei sistemi sociali*, manuscript, url: www.cisi.unito.it/hal9000/ricerca/tsais/Resposito.doc.

violations. That is, Teubner explains, a “thorny issue”⁸⁹ regarding global constitutionalism, called for the challenge of “connecting each other in a network constitutions from global fragments – nations, transnational regimes, regional cultures – , in a constitutional law of collisions”.⁹⁰

This fragments exist due to the affirmation of different transnational regimes, separated from each other but that can try to govern itself internally, independently, until they ‘positivate’ their standard of fundamental rights, through the decision-making practice: it is the case, for example, of ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) or the WTO (World Trade Organization)⁹¹. This fragmentation however generates numerous occasions of conflict between the various constitutional systems, as Teubner highlights. More generally, also, should not be ignored a socio-cultural problem: it is questionable, in fact, if the global order (however you define it: post-national, global, and so on), which is based on heterogeneous elements such as pressure groups, NGOs, social movements, courts, etc., will succeed “to combine itself with some conventions on minimum standards and values, which do not require strict adherence to liberal social contract of Western modernity”⁹².

If we consider threats to individual integrity provided by this fragmented reality, we can see that they don’t come only from political system, but also by various social institutions: economics, law, science, and so on. The research of Michel Foucault on micro-power, biopolitics, governmentality or the ones of Karl Marx in the economic field⁹³, represent valuable contributions in this sense. All these arguments lead us to accept the inevitability of violations of individual

⁸⁹ G. Teubner, *op. cit.* (2012), p. 19.

⁹⁰ *Idem*, p. 22.

⁹¹ The authority designated to appoint IP addresses and Internet domains. See G. Teubner, *op. cit.* (2012), *op. cit.* (2006).

⁹² A. Appadurai, *Modernità in polvere*, Raffaello Cortina, Milano, 2012 (1996), p. 35 (*Modernity At Large: Cultural Dimensions of Globalization*, University of Minnesota Press, 1996).

⁹³ G. Teubner, *op. cit.* (2012), p. 167. “There is not just one single boundary *political communication/individual*, guarded by human rights. Instead, the problems arise in numerous social institutions, each forming their own boundaries with their human environments: *politics/individual, economy/individual, law/individual, science/individual, medicine/individual*”: G. Teubner, *op. cit.* (2012). About the examples cited: references are to the overall work of Marx and on Foucault’s researches on total institutions and biopolitics. See, among many others, *La volontà di sapere. Storia della sessualità 1*, Feltrinelli, Milano, 1988 (*Histoire de la sexualité, 1: la volonté de savoir*, Gallimard, 1976).

integrity in a social system that, in order to maintain the self-renewal of its environmental difference, absorb physical and psychic energy from individuals, through selective perturbative cycles of selective requests and selectively conditioned responses⁹⁴.

We can now try to identify some problematic issues to which theory could be applied.

We have seen Teubner's attention for the protection of bodies and minds: they have therefore, as noted by Prandini⁹⁵, latent intrinsic rights. We can see, in comparison with Luhmann, a difference: the German sociologist, in fact, dealing with fundamental rights, still maintained a systemic reference, looking at the *person* as a construction of the social system, which uses it as their own environment. Teubner instead asserts the value and the inevitability of individuals in their concrete difference from society, even if he recognizes that only when psychic and mental suffering are able to irritate communication they could reclaim their validity.

The modern challenge, then, is to make systems *responsive*, that is, at the same time, able to "manage the difference" between system and environment and "respect it, putting it in the conditions to be stay-different"⁹⁶. The challenge thus consists in a permanent success in distinguishing between social and non-social, and to safeguard the latter, be it psychological, organic, natural. In order to do this are necessary devices, especially policies, able to operate a *re-entry*, to enter the system/environment distinction again in itself, thus building "a space of mediation between a growing social matrix and an increasingly biological-psychic individual"⁹⁷.

In any case, if we identify fundamental rights as institutions with a specific function – and therefore not as absolute and in this sense not necessary – we have to accept their generality and non-specificity, without classifying them, however, as useless: if fundamental rights don't determine the actual content of

⁹⁴ G. Teubner, *op. cit.* (2012), p.165.

⁹⁵ Rights to conceive as tendencies to *self-subsistence* and *integrity* inasmuch different from societal: R. Prandini, *op. cit.*, p. 228.

⁹⁶ *Idem*, p. 266.

⁹⁷ *Idem*, p. 267.

potential new rules, but they are merely limited to exclude some possibilities, to delimit the scope of intervention, to keep open possibilities for the future, for situations that might be important⁹⁸, it means that they represent both a resource that could continuously stimulate planning of those who promote the discussion inside legal system, and a tool for theoretical reflection on boundaries between functional subsystems and their definition.

Of course the attempt, from a sociological point of view, to develop a critical theory on fundamental rights must use observations – produced by sociology and by other fields of research – on this issue and on the safety of individual's psychological well-being. In this sense, it is necessary to take into account, for example, the evolution of semantics of rights and human dignity⁹⁹; semantics of the relation between identity and its public and private dimensions¹⁰⁰; and also philosophical research on social order; studies on the correlation between cultural phenomena and psychological and social processes¹⁰¹; theoretical studies on the crisis and the future of Western civilization¹⁰²; the proposals of a specific sociology of human rights.

⁹⁸ “It has to establish fundamental rights that are not just an historically recent invention, but are also the product of decisions, so contingent like any other norm. This means that they are fundamental *because* they are not necessary. [...] In the form they have taken on today, values and fundamental rights are formulated to be substantially generic or even a-specific. [...] These values' universalism thus seems to oblige them to be semantically empty. [...] These rights declare themselves to be unalterable, because that is the only way that they can claim to legitimise the future, while at the same time waiving the right to define it in advance.”, G. Corsi, *op. cit.* (2015).

⁹⁹ See, among others, M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, il Mulino, Bologna, 2012.

¹⁰⁰ See T. Dumm, *Loneliness as a Way of Life*, Harvard University Press, 2010.

¹⁰¹ See, among others: M. Benasayag, G. Schmit, *L'epoca delle passioni tristi*, Feltrinelli, Milano, 2004 (*Les passions tristes. Souffrance psychique et crise sociale*, Editions La Découverte, 2003); B.-C. Han: *La società della trasparenza*, Nottetempo, Roma, 2014 (*Transparenzgesellschaft*, Matthes & Seitz, Berlin, 2012), *Eros in agonia*, Nottetempo, Roma, 2013 (*Agonie des Eros*, Matthes & Seitz, Berlin, 2012), *La società della stanchezza*, Nottetempo, Roma, 2012 (*Müdigkeitsgesellschaft*, Matthes & Seitz, Berlin, 2010); G. Piazzini: *Julie*, Quattroventi, Urbino, 2009; *Teoria dell'azione e complessità*, Franco Angeli, Milano 1988 (1984); G. Manfrè: *Le radici culturali del disagio contemporaneo*, I libri di Emil, Bologna, 2014; *Ripensare l'identità: nuove prospettive di teoria critica*, in «Studi Urbinati, B - Scienze umane e sociali», vol. 81, 2011.

¹⁰² On current era, characterized by a global financial and economic crisis that affects individual's state, see, among many others, J. Brassett, N. Vaughan-Williams, *Crisis is governance: sub-prime, the traumatic event, and bare life*, in «Global Society» 26:1, 2012, pp. 19-42. On 'crisis', see D. Baecker, *Culture crisis*, in *The Financial Crisis in Constitutional Perspective. The Dark Side of Functional Differentiation*, edited by P.F. Kjaer, G. Teubner, A. Febbrajo, Hart Publishing, Oxford, 2011; M. Augé, *Futuro*, Bollati Boringhieri, Torino, 2012; L. Gallino, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2010; Z. Bauman, *Vite di corsa. Come salvarsi dalla*

All these phenomena, in the proposal that is made here, are processed within a framework based on the awareness that in a society characterized by functional differentiation there isn't - and couldn't be – a system able to direct all the others, with the resulting “lack of symbolic production capable of holding together the different systems”¹⁰³. If it is true that modern society in its relation with the complexity of the environment always seems to find new opportunities for adaptation, at the same time we know that sometimes these opportunities do not include the human factor, since society is functionally oriented¹⁰⁴. We have to consider: is this a fact that must be taken for granted? Probably yes, but it should be noted, on one hand, the limits of semantics, of conceptual heritage used by the observers, and the constant delay of semantics in the description of the structures of society¹⁰⁵; on the other hand, we have to consider the unpredictability of the future, produced by structural conditions¹⁰⁶.

Not least, it should be noted that nowadays human dignity and the rights attached to it represent prejudices of modernity, inviolable values, tools through which humanity reflected “looking for his most profound unity”¹⁰⁷: the emergence of hyper-global value of human dignity would seem to indicate “a road, in the middle of a barbarity that sometimes seems to exceed the ability of a containment”¹⁰⁸. This could be seen as the product of the reaction of (human) environment towards unacceptable outrageous incidents, inconceivable barbarity, that must be rejected, not only from a moral, but also from an aesthetic point of view¹⁰⁹. But it is also necessary to evaluate as the strategic result of contingent and recursive structure of society, that can generate ‘own values’ (*eigenvalues*), ‘inviolable levels’

tirannia dell'effimero, il Mulino, Bologna, 2009 (*Consuming Life*, 2008); D. Fusaro, *Essere senza tempo. Accelerazione della storia e della vita*, Bompiani, Milano, 2010.

¹⁰³ Paolo F., *Crisi della struttura o crisi della semantica*, in «Imago. Rivista di Studi Sociali sull'immaginario», Anno II, n. 2, 2013, pp. 18-49, p. 21.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 43.

¹⁰⁵ *Idem*, pp. 26-7.

¹⁰⁶ See note 13. see N. Luhmann, *op. cit.* (2013).

¹⁰⁷ See *Introduzione*, in N. Luhmann, *Esistono ancora norme indispensabili?*, Armando Editore, Roma, 2013 (*Are there Still Indispensable Norms in Our Society?*, in «Soziale Systeme», 14, 2008, 1, pp. 18-37), p. 31.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 38.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 35.

corresponding to their organizational archetype¹¹⁰ able to “block the thinking”, allowing the law and society to give themselves “indispensable norms”.

4 TRANSCONSTITUTIONALISM IN A MULTICENTRIC SOCIETY

Now we can consider the contribute provided by Marcelo Neves, who adopts, like Luhmann and Teubner, the systemic approach for theoretical speculation. The Brazilian constitutionalist focuses on the new size of the demand for fundamental rights¹¹¹ as it emerges from world society. In fact, this issue is increasingly becoming relevant to more than one legal order and to different social systems at the same time.¹¹² Thus, from a constitutional perspective, problems of fundamental rights have a shared value and a dimension that concerns the relations between different permanent cross-cutting relationships among legal orders and between them and other subsystems.

We might say that the cognitive aspect seems to insist on a space much larger and more complex in comparison to the normative classic constitutionalism, which traditionally is rooted on a defined history and territory.

Starting from this premise, Neves first of all rejects the widespread tendency to a metaphorical use of the term “constitutional”. Also he rejects the consequent invitation to create a new constitution whenever new social need arise¹¹³. Rather, Neves limits the use of the term “constitution” in its strict semantic and historical sense, and he proposes a new model called “transcostitutionalism”¹¹⁴.

For his theoretical work, Neves borrows from Wolfgang Welsch and develops the concept of “transversal reason”¹¹⁵, conceived in the context of a

¹¹⁰ N. Luhmann, *op. cit.* (2013), p. 67-8. See also *Id.* (2012), pp. 301-305.

¹¹¹ On this, see M. Neves, *op. cit.* (2013), pp.157 ssg.

¹¹² *Ivi*, p. 2.

¹¹³ *Ivi*, pp. 5 ss.

¹¹⁴ *Ivi*, pp. 74 ss.

¹¹⁵ For a deepen treatise, see W. Welsch, *Gesellschaft ohne Meta-Erzählung*, edited by W. Zap, Die modernisierung moderner Gesellschaft: Verhandlungen des 25. Deutschen Soziologentages in Frankfurt am Main 1990, Frankfurt am Main/New York: Campus, 1991; W. Welsch, *Vernunft: Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept des transversalen Vernunft* 2nd edn, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

multicentric society, with reference to language games¹¹⁶. It consists of “an ability not to impose decrees but to make transitions”¹¹⁷. Thus, it is a reason that is not incorporated in the language games but, on the contrary, is involved in the bonds that operate as “bridges of transition” among heterogeneous groups of language¹¹⁸. In other words, it is a meta-narrative, not oppressive but liberating. Welsch proposes the concepts of “all-encompassing transversal reason” and “postmodern supraordered metanarrative”, but according to Neves, they are questionable under the conditions of reproduction of a world multicentric policontestural society¹¹⁹.

Therefore, Neves affirms that social pressures to different modes of communication, due to mutual distinct relations (claims of autonomy, self-descriptions) are difficult to reconcile with the idea of an all-encompassing reason and the related meta-discourse. In fact Neves focuses on the development of stable mechanisms of mutual learning and mutual influence between spheres of communication. From this thought, he develops the concept of “partial transversal rationalities”, able to support constructive relationships between the rationalities of each system of language games. Each partial transversal rationality is structurally coupled with the corresponding particular rationality and it acts as a specific “bridge of transition”¹²⁰.

The existence of structural couplings between subsystems is a necessary but not sufficient condition for the existence of a “transversal rationality”, which thus constitutes an additional concept, and not a substitute. Transversal rationality, integrating the concept of structural coupling, seems to express the cognitive aspect of the legal system, for which, according to Neves, there must be the

¹¹⁶ According to the interpretation by Neves, this means that there is not a higher-level discourse imposed as ruler. In fact, the imposition of one of the fields of language on others would mean the destruction of the heterogeneity of the discourse spheres and of their communication systems. See M. Neves, *op. cit.*, p. 28.

¹¹⁷ W. Welsch, *op. cit.*, 1996, p. 759; W. Welsch, *Unsere postmoderne Moderne*, 6th edn, Akademie Verlag, 2002, p. 296.

¹¹⁸ W. Welsch, *op. cit.*, 1996, p. 754.

¹¹⁹ See M. Neves, *Transconstitucionalism*, *op. cit.*, 2013, pp. 28 e ss.

¹²⁰ *Ivi*, p. 30.

possibility of emergence of transversal rationality, considered a scarce resource in a multicentric society.

The integration of concept of structural coupling, developed by Luhmann, with the new concept developed by Neves, thus leads to the construction of a theoretical tool, able to convey the cognitive aspect of constitutional law, which must necessarily be associated to the normative aspect. In summary, the mechanism consisting of structural couplings and transversal rationalities enables interactive communication between systems, which appear less closed and less differentiated, so that we can hypothesize the transition from “functionalism of distinctions” to “functionalism of links”¹²¹. At this stage, thus, it seems important to wonder what is the optimal combination of openness and closure of the system, namely the intensity and frequency of transmission of nerve impulses, as well as identify connective tissue diseases.

First, we can focus on what Marcelo Neves calls “the two sides of the coin” of structural coupling and “transversal rationality”. In a strictly luhmannian reasoning, based on operational closure, a total system openness would lead, through the mechanism of structural coupling, to “systemic corruption”¹²², which implies the prevalence of a system on one other, that would prevent the autopoiesis of the latter. Neves identifies the opposite faces, the “downsides” of transversal rationality, calling them “atomization” and “imperialist expansion”¹²³ of the system. The atomization resulting from the closure could lead to “autism” or “idiot specialization”¹²⁴, whose antidote would be just to build some functional links. In fact, while the internal consistency becomes something of absolute, the harmonization with the environment fails¹²⁵. On the opposite side, transversal rationality could lead, according to Neves, to “imperialist expansion”, that is the weakening of the system code of communication because of the excessive strength of the other, which does not necessarily coincides with systemic

¹²¹ A. Febbrajo, *Introduzione a Law and Intersystemic Communication*, edited by A. Febbrajo and G. Harste, Ashgate, Farnham, 2013, p.1.

¹²² M. Neves, *op. cit.*, p. 32.

¹²³ *Ivi*, pp. 32-33.

¹²⁴ *Idem*. See also W. Welsch, *op. cit.*, 1996, pp. 433-5.

¹²⁵ Excessive external adjustment would produce instead irrationality. See M. Neves, *op. cit.*, p. 32.

corruption, that is, with a rupture of internal communication within a given system due to external blocks.

Rather than the two sides of the same coin, it seems appropriate to connote “atomization” and “imperialist expansion” as the endpoints of a *continuum*¹²⁶, representing a range of intermediate situations between the total openness and the total closure of system¹²⁷.

5 FINAL CONSIDERATIONS

In a multi-level or multi-center legal system, the issue of “fundamental rights” is directly or indirectly connected to the so-called “transcostitutionalism”.

Multidimensional transcostitutionalism of fundamental rights would acquire meaning through the transversality of the different legal systems, by stimulating both cooperation and collisions. For this reason, it is desirable to have a transcostitutional “conversation” through “bridges of transition”, that allow mutual learning of the involved legal systems. The core of the problem seems then the attempt to limit the Teubner’s claim illustrated above, concerning the fragmentation that leads to conflicts of rationality, or to non-harmonic relations between different functional subsystems¹²⁸.

On the one hand, we could say, there is a “demand” for rights protection, that emerge quickly from a global galaxy of social interconnected subsystems; on the other hand, we are facing what Teubner calls the “fragmented law”¹²⁹, made up of legal systems often autistic in a double way, in their relationships and in the relationships between the legal subsystem and the other ones.

¹²⁶ A. Febbrajo, *op. cit.*, 2013, p. 1.

¹²⁷ “Autopoiesis appears to be an amphibious concept which as such combines, in variable degrees, the ability of social systems to change in order to properly react to external impulses (openness), and the ability to save their own identity to remain recognizable in spite of the changes occurred (closure)”. *Ivi*, p. 2.

¹²⁸ M. Neves, *op. cit.*, 2013.

¹²⁹ See A. Febbrajo, “Dal diritto riflessivo al diritto frammentato. Le tappe del neo-pluralismo teubneriano”, in *Il diritto frammentato*, A. Febbrajo, F. Gambino (a cura di), Giuffrè, Milano, 2013.

In summary, while there is a trend of global society towards a process of diminishing differentiation, within the legal sphere of the single states, at a constitutional level, remain differences which often are in conflict¹³⁰.

Using concepts that belong to economics, we might apply to the Sociology of constitutions the theoretical model of market analysis, in order to identify the issue of fundamental rights as a space where operators produce a rigid supply of constitutional guarantees (because of the substantial aspect regarding the link with their legal culture, and because of the formal aspect regarding the complex procedural process required for adaptation to social changes. By contrast, the demand of users, detected by sociologists, is elastic, depending on environmental changes. In other words, there is an elastic demand in terms of protection of fundamental rights, which is resilient according to certain variables inherent to the social evolution, and there is a supply of normative production more rigid, represented by constitutional systems of different states.

According to this scheme, to stabilize the system, we could say that the demand of fundamental rights by world society must meet the supply of constitutional protection. In our case, the offer must adapt to the demand. That is, to get closer to a balance point, we must find a way to make more flexible the normative offer and therefore adequate (or adaptable) to the demand.

The problem is then to understand how to do it, since the cognitive process seems to follow logics of global communication that are different from a self-reflective process of the operational closed constitutional system.

The answer might lie in the study of mechanisms of connection, which, potentially, are capable of achieving the “trancostitutionalism”.

Here, then, the functionalism of links could be modulated along a scale that start from the atrophy and ends with the hypertrophy of the links themselves. This could be the strategic key by which to pass, in the “law of collisions” of Teubner, from conflicts to cooperation.

The teubnerian oxymoron of a globalized fragmentation of law is explicated in the statement about the need of “connecting a network of constitutions

¹³⁰ M. Neves, *op. cit.*, 2013.

belonging to global fragments, in a constitutional law of collisions”¹³¹ and it expresses, at the same time, the discrepancy between a unique coherent concept of law, and the pluralistic presence of social rules internal and external to the states.

Without pretending to provide a comprehensive answer, we could conclude that the law seems to react to social changes through dynamics of the legal systems that identify a boost, still potential, to increase transnational processes, and thus intersystemic communication.

First of all, it seems appropriate to identify the mechanisms that make up the connective tissue between the two interacting systems: the material one and the legal one, namely the cognitive aspect and the normative one.

The cognitive aspect (exemplified by media) and the normative aspect (represented by constitutional dispositions), have different rates of change. This speed difference creates tensions and therefore instability in the complex system constituted by a galaxy of subsystems that, albeit basically operational closed and autopoietic, are bound together by structural couplings, that are increasingly important in a context in which differentiation and closure, by contrast, are progressively losing their constructivist value. Referring once again to economic models, we can remember how the single currency can work in conditions of stability only when the different monetary “structurally coupled” systems have similar rates of inflation. A very different rate would blow the mechanism, because of the rigidity of the currency that could not, for example, be devalued or issued in an expansive sense by an autonomous country.

Similarly, between different legal systems or between different social subsystems, the structural coupling of constitution seems to have to acquire degrees of flexibility enabling the institutionalization of self-reflection within the legal system; that is, making it possible to adjust the normative supply to the demand of fundamental rights.

Then, the problem seems to establish adequate bridges between the various subsystems, flexible and thus resilient to change, not rigid and susceptible

¹³¹ G. Teubner, *op. cit.*, 2012, p. 22.

to breakage, with the consequent result of detaching the normative process and the cognitive one and therefore preventing institutionalization of internal self-reflection and external communication.

The theoretical instrument generated by the integration of structural coupling with transversal rationality (through the assignment of an active valence to cognitive operations of the structural coupling) could, in theory, provide a plausible answer. That is, it could be a mechanism to solve the problem of the right combination of opening and closing, in a complex system where the subsystems are not autistic but incorporated into a framework of relationships that make up a new scenario based no longer, or not only, on autopoietic communication, but also on the inter-system intersystemic communication.

BIBLIOGRAPHY

APPADURAI, A. **Modernità in polvere**, Raffaello Cortina, Milano, 2012 (Modernity At Large: Cultural Dimensions of Globalization, University of Minnesota Press, 1996).

ARCHIBUGI, D.; BEETHAM, D. **Diritti umani e democrazia cosmopolitica**, Feltrinelli, Milano, 1998.

AUGÉ, M. **Futuro**, Bollati Boringhieri, Torino, 2012.

Amore come passione, Bruno Mondadori, Milano, 1998 (Liebe als Passion Zur Codierung von Intimität, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1982).

BARALDI, C., **Il disagio della società. Origini e manifestazioni**, Franco Angeli, Milano, 1999.

BAUMAN, Z. **Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone**, Laterza, Roma-Bari, 2001 (Globalization. The human consequences, Columbia University Press, 1998).

Vite di corsa. Come salvarsi dalla tirannia dell'effimero, Il Mulino, Bologna, 2009 (Consuming Life, 2008).

BAECKER, D., Culture crisis, In: **The Financial Crisis in Constitutional Perspective**. The Dark Side of Functional Differentiation, edited by KJAER, P.F.; TEUBNER, G.; FEBBRAJO, A. Hart Publishing, Oxford, 2011.

BARALDI, C.; CORSI, G.; ESPOSITO, E. **Luhmann in glossario**. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali, Franco Angeli, Milano 2002 (1995).

BECK, U. **La società cosmopolita**, Il Mulino, Bologna, 2003.

BENASAYAG, M. e SCHMIT, G., **L'epoca delle passioni tristi**, Feltrinelli, Milano, 2004 (Les passions tristes. Souffrance psychique et crise sociale, Editions La Découverte, 2003).

BOLAFFI, A.; Il fondamento filosofico dei diritti umani, In: **Politica della vita**. Sovranità, biopotere, diritti, a cura di BAZZICALUPO, L.; ESPOSITO, R. Laterza, Roma-Bari, 2003, pp. 78-87.

BRASSETT, J.; VAUGHAN-WILLIAMS, N., Crisis is governance: sub-prime, the traumatic event, and bare life. In: **Global Society**, 26:1, 2012, pp. 19-42.

CASSESE, A. **I diritti umani nel mondo contemporaneo**, Laterza, Roma-Bari, 1994.

CASSIRER, E., **Saggio sull'uomo**, Roma, Armando, 1971 (An Essay on Man. An Introduction to a Philosophy of Human Culture, Yale & New Haven, 1944).

CASTORINA, R. Antropogenesi ed unità tragica, In: CASTORINA, R.; ROCCHEGGIANI, G. **Paradossi della fragilità**, Mimesis, Milano, 2014.

CONSTITUTIONALISING Polycontextuality, In: **Social and Legal Studies** 19, 2011.

CORSI, G., **On paradoxes in constitutions**, in ???, Ashgate, Farnham, 2015.

DE GIORGI, R., Modelli giuridici dell'uguaglianza e dell'equità, In: **Disuguaglianze ed equità in Europa**, edited by GALLINO, L. Laterza, Roma-Bari, 1993.

DIRITTI FONDAMENTALI. Argomenti per una teoria, In: **Filosofia Politica**, 1999; Disponivel em: <<http://lgxserver.uniba.it/lei/filpol/glp.htm>>

DUMM, T., **Apologia della solitudine**, Bollati Boringhieri, Torino, 2010 (Loneliness as a Way of Life, Harvard University Press, 2010).

DURKHEIM, E. **La divisione del lavoro sociale**, Edizioni di Comunità, Torino, 1999 (De la division du travail social, Paris, Félix Alcan, 1893).

ESPOSITO, E. **Identità e persona nella teoria dei sistemi sociali**, manoscritto, disponivel em: <www.cisi.unito.it/hal9000/ricerca/tsais/Resposito.doc>.

EROS IN AGONIA, Nottetempo, Roma, 2013 (Agonie des Eros, Matthes & Seitz, Berlin, 2012).

ESISTONO ancora norme indispensabili?, Armando Editore, Roma, 2013 (Are there Still Indispensable Norms in Our Society? In: **Soziale Systeme**, 14, 2008, 1,

pp. 18-37).

FEBBRAJO, A. **Constitutionalism and legal pluralism**, Ashgate, Farnham, 2015.

Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann, Giuffrè, Milano, 1975.

FOUCAULT, M., La volontà di sapere. **Storia della sessualità 1**, Feltrinelli, Milano, 1988 (Histoire de la sexualité, 1: la volonté de savoir, Gallimard, 1976).

FUSARO, D. **Essere senza tempo**. Accelerazione della storia e della vita, Bompiani, Milano, 2010.

GALLINO, L. **Finanzcapitalismo**. La civiltà del denaro in crisi, Einaudi, Torino, 2010.

GLOBALIZZAZIONE e disuguaglianze, Laterza, Roma-Bari, 2000.

GLOBALIZATION or world society: how to conceive of modern society?, In: **International Review of Sociology**, Mar 1997.

GEHLEN, A. **Prospettive antropologiche**, il Mulino, Bologna, 2005 (Anthropologische Forschung, Rowohlt, rde, Nr. 138, Reinbek, 1961).

HABERMAS, J., **Nella spirale tecnocratica**: un'arringa per la solidarietà europea, Laterza, Roma-Bari, 2014 (Im Sog der Technokratie. Kleine politische Schriften XII, Suhrkamp, Berlin, 2013).

HAN, B.-C. **La società della trasparenza, Nottetempo**, Roma, 2014 (Transparenzgesellschaft, Matthes & Seitz, Berlin, 2012).

HYNES, P.; LAMB, M.; SHORT, D.; WAITES, M., Sociology and human rights: confrontations, evasions and new engagements. In: **The International Journal of Human Rights**, Vol. 14, No. 6, November 2010, pp. 810-830.

I diritti fondamentali come istituzioni, Dedalo, Bari, 2002 (Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Duncker & Humblot, 1965).

Il rischio dell'assicurazione contro i pericoli, Armando Editore, Roma, 2013 (1987, 1996).

Il tempo scarso e il carattere vincolante della scadenza. In: TABBONI, S. (**a cura di**), **Tempo e società**, Franco Angeli, Milano, 1985, pp. 120-137 (Die Knappheit der Zeit und die Vordringlichkeit des Befristeten, in "Politische Planung", 2 Aufl., Westdeutscher Verlag, 1975, pp. 143-165).

LA SOCIETÀ DELLA STANCHEZZA, Nottetempo, Roma, 2012
(Müdigkeitsgesellschaft, Matthes & Seitz, Berlin, 2010).

LA realtà dei mass media, Franco Angeli, Milano, 2000 (ed. or. 1996).

LUHMANN, N., **Die Gesellschaft der Gesellschaft**, Suhrkamp, Frankfurt, 1997
(Theory of society, vol. 1 and 2, Stanford University Press, Stanford (CA), 2012).

LUHMANN, N.; DE GIORGI, R., **Teoria della società**, Franco Angeli, Milano, 1992.

OLTRE LA BARBARIE, In: **Sociologia e politiche sociali**, n. 3, 1999 (Jenseits von Barbarei, in Modernität und Barbarei, edited by M. Miller, H.G. Soeffner, Sukhamp, Frankfurt am Main, 1996, pp. 219-30).

OPERATIONAL closure and structural Coupling: The Differentiation of the Legal System, **Cardozo Law Review**, 13, 1992, pp. 1419-1441.

MAFFETTONE, S., Il re è morto. Viva il re! (Saggio sulla «governance» della globalizzazione), In: **Politica della vita**. Sovranità, biopotere, diritti, a cura di BAZZICALUPO, L.; ESPOSITO, R. Laterza, Roma-Bari, 2003, pp. 106-19.

MAVROFIDES, T., **From Humans to Persons**: Niklas Luhmann's Posthumanism. Disponível em:
<https://www.academia.edu/434382/From_Humans_to_Persons_Niklas_Luhmann_s_Posthumanism.>

MANFRÉ, G., **Le radici culturali del disagio contemporaneo**, I libri di Emil, Bologna, 2014.

MARCHETTONI, L., Habermas sui diritti umani, In: **Jura Gentium**. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale, Vol. IX, n. 2, 2012.

MARX, K., On the Jewish Question, In: **Deutsch-Französische Jahrbucher**, 1844.

MORIN, E., Al di là della globalizzazione e dello sviluppo: società-mondo o impero-mondo?, In: Quale «altra mondializzazione»? a cura di Alain Caillé e Alfredo Salsano, tratto da Quelle « autre mondialisation »? In: **Revue du MAUSS** 20, 2002.

NEVES, M., **Transconstitutionalism**, Hart, Oxford, 2013
(Transconstitucionalismo, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009).

NUOVI conflitti costituzionali, Bruno Mondadori, Milano, 2012 (2012);

PAOLO, F., Crisi della struttura o crisi della semantica, In: **Imago**. Rivista di Studi Sociali sull'immaginario, Anno II, n. 2, 2013, pp. 18-49.

PIAZZI, G. **Teoria dell'azione e complessità**, Franco Angeli, Milano 1988 (1984).

PALOMBELLA, G., From Human Rights to Fundamental Rights. Consequences of a conceptual distinction, **EUI Working Paper LAW** No. 2006/34.

PARSONS, T., The Structure of Social Action. A Study in Social Theory with Special Reference to a Group of Recent European Writers, **The Free Press**, Glencoe (Illinois), 1949.

PRANDINI, R., Distinguere aude! Il Grand Récit sociologico di Gunther Teubner, In: **Il diritto frammentato**. FEBBRAJO, A.; GAMBINO, F. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2013, pp. 215-67.

Introduzione, In: **N. Luhmann, Esistono ancora norme indispensabili?**, Armando Editore, Roma, 2013 (ed. or. 2008).

RIPENSARE l'identità: nuove prospettive di teoria critica. In: **Studi Urbinati, B - Scienze umane e sociali**, vol. 81, 2011.

SEN, A.K., Identità, povertà e diritti umani, In: SEN, A. K.; FASSINO, P.; MAFFETTONE, S. **Giustizia globale**, Il Saggiatore, Milano, 2006.

SIMMEL, G. **La differenziazione sociale**, Laterza, Roma-Bari, 1982 (Über soziale Differenzierung, 1890).

SOCIOLOGIA, Edizioni di Comunità, Torino, 1998 (Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung, 1908).

SJOBORG, G.; GILL, E.A.; WILLIAMS, N. A Sociology of human rights. **Social Problems**, Vol. 48, No. 1, 50th Anniversary Issue. (Feb., 2011), pp. 11-47.

STENNER, P. Is Autopoietic Systems Theory Alexithymic? Luhmann and the Socio-Psychology of Emotions. In: **Soziale Systeme 10** (2004), Heft 1, S. 159-185.

TEUBNER, G. Ordinamenti frammentati e costituzioni sociali. In: **Il diritto frammentato**, FEBBRAJO, A.; GAMBINO, F. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2013, pp. 375-95.

TRANSNATIONAL Fundamental Rights: Horizontal Effect? In: **Rechtsphilosophie & Rechtstheorie**, 2011 (40) 3.

THE anonymous Matrix. In: **Modern Law Review**, 69, 2006.

TURNER, B. S. "Outline of a theory of human rights". In: **Sociology**, Vol. 27, No. 3, August 1993, pp. 489-512.

VACCARO, S. **Globalizzazione e diritti umani**. Filosofia e politica della mondialità, Mimesis, Milano, 2004.

VERSCHAEGEN, G., Hybrid Constitutionalism, Fundamental Rights and the State. A Response to Gunther Teubner. In: **Rechtsphilosophie & Rechtstheorie**, 2011 (40) 3.

**THE IDEA OF PARTICIPATION IN VENEZUELA AND BRAZIL:
THE SPACE AS A CORE DIMENSION IN POWER DYNAMIC QUESTIONS**

Alessandra Maia Terra de Faria

Mayra Goulart Silva

RESUMO: O objetivo deste artigo é discutir a perspectiva do espaço e sua intersecção com as dinâmicas de transformação do poder, através da comparação entre os casos de Venezuela e Brasil. Conforme a hipótese que orienta este trabalho, na Venezuela, a ideia de participação traduziu-se no empoderamento do cidadão comum, sem mediação de instâncias representativas, um processo que levará a uma radical reconfiguração territorial, um Estado Comunal. No Brasil, o mesmo ímpeto includente fora conciliado à ênfase nas estruturas de representação funcional, dando origem a diferentes instituições participativas relacionadas à implementação de políticas públicas, ligadas à organização da vida nas cidades, como é o caso dos Conselhos de Saúde. Deste modo, recorrendo ao conceito de "fricção do espaço" (Harvey, 2005), buscar-se-á contrastar as formas pelas quais o ímpeto constituinte de transformar as relações de poder se enraizou espacialmente, engendrando novas dinâmicas para a participação popular.

PALAVRAS-CHAVE: participação; representação; instituições políticas; constitucionalismo; brasil; américa latina.

ABSTRACT: This paper aims to discuss the intersection of space and power by comparing the cases of Venezuela and Brazil, considering a set of political changes outlined in the light of the concept of democracy. According to the hypothesis that guides this work, the idea of participation becomes the core of democratic demands in Venezuela, leading to an ordinary citizen empowerment movement, whose political inclusion dispense the mediation of representative bodies. This movement unfolds into a radical process of reconfiguration of the space-power issue, reaching its peak in the enactment of a Communal State in the country. In Brazil, on the other hand, the same democratizing yearning is reflected in the emphasis of mediated processes and functional representation, giving rise to different participatory institutions related to the implementation of public policies, which are closely connected with the organization of city life, such as Health, Education and Social Assistance Councils. Thus, using the theoretical background provided by the concept of "friction of distance" (Harvey, 2005), will be compared

these two ways in which the constituent impetus to transform power relations are rooted spatially, generating new dynamics and spaces for citizen participation.

KEYWORDS: Participation; Representation; Political Institutions; Constitutionalism; Brazil; Latin America.

1 INTRODUÇÃO

Segundo observa David Harvey, o domínio do espaço reflete o modo como indivíduos e grupos poderosos dominam a organização e a produção do espaço mediante recursos legais e extralegal. Isso se dá no intuito de exercer maior controle sobre a distância entre espaços (acessibilidade e distanciamento – «fricção da distância», Harvey, 2005: 202) e sobre a forma pela qual o espaço é apropriado por eles mesmos ou por outros. Por outro lado, a apropriação sistematizada e institucionalizada pode envolver a produção de formas territorialmente determinadas de solidariedade social, seja na ocupação do espaço por objetos, como casas, fábricas ou ruas, seja nas atividades (como o uso da terra), ou por indivíduos, classes ou outros grupos sociais. Seu argumento pondera que toda luta para reconstituir relações de poder envolve uma batalha para reorganizar as bases espaciais.

Se observado o contexto prévio ao momento constituinte no Brasil e na Venezuela, é possível ilustrar como a dinâmica de movimentação social por maior participação na política trouxe a equação entre representação e participação para a pauta do próprio processo de discussão constituinte, que contou com ampla participação popular. A participação social seria consolidada enquanto um princípio constitucional que entra nas pautas de discussão constituinte, a partir da pressão popular e da mobilização social no país.

Todavia, se a aporia entre democracia e representação é constitutiva da relação conceitual entre ambos, na contemporaneidade ela se agrava, visto que se configura um contexto no qual o processo de individuação é cada vez menos coordenado por instâncias de socialização e agregação das vontades. Como é o caso dos partidos, dos sindicatos e até mesmo das famílias. Ocorre, então, a configuração de um panorama de crise mundial nos mecanismos representativos. Deste modo, conforme assinalado por quase todos os trabalhos sobre o tema,

agrava-se ao longo do século XX, o problema da multiplicação das identidades e da “dessubjetivação” do povo enquanto totalidade. No final deste período, tal fenômeno fica, contudo, mais visível, uma vez que os partidos políticos perdem a “centralidade outrora ocupada na ordenação das identidades e preferências dos eleitores, do mesmo modo, mudanças no mercado de trabalho tornaram instáveis e fluidas as grandes categorias populacionais, que acabaram perdendo a capacidade de efetivamente representar os grupos em virtude de sua posição na estrutura ocupacional e social” (LAVALLE, HOUTZAGER e CASTELLO; 2006: 49).

Essa crise nas instâncias de agregação e associação dos indivíduos cria, contudo, um impasse para as formas de governo democráticas. Pois, somente ao se agregarem os anseios da população tornam-se passíveis de serem transformados em políticas públicas. Em sociedades de massa, as vontades dos cidadãos participam do processo político de tomada de decisões apenas quando se tornam vontades de grupos, posto que só estas são capazes de se fazer representar na esfera pública. Os partidos políticos durante muito tempo desempenharam inequivocamente esta tarefa, agrupando os eleitores em função de concepções ideológicas, pertencimentos de classe, identidades culturais e religiosas e etc. Porém, em uma situação na qual as preferências político-partidárias e a identificação sócioeconômica por meio de classes não são mais capazes de mobilizar e reunir de modo determinante os indivíduos em grupos de interesse comuns, a maioria dos partidos políticos entra em decadência e os eleitores acabam pulverizando-se em um agregado de vontades particulares e dispersas. Neste mundo em que o espaço para o comum, para a vida associativa e para a política se encontra cada vez mais restrito, a representação, cujo pressuposto é a existência de vontades compartilhadas, entra em crise. Sendo este um dilema que assombra todos os sistemas políticos contemporâneos, que têm no ideal democrático sua fonte de legitimidade.

A ideia de utilizar as Constituições de Brasil (1988) e Venezuela (1999) como ponto de partida da pesquisa aqui exposta, espelha a hipótese de que ambas se caracterizam pela intenção de lidar com essa crise no universo da representação, ampliando os espaços de participação e, por conseguinte, o

envolvimento dos cidadãos na política. Ainda que a participação, segundo Adrian Lavallo e Ernesto Isunza (2011), padeça do excesso de expectativas nela depositadas, do dissenso sobre os efeitos esperados em relação à sua efetivação e do fato de que qualquer tentativa de ponderar o valor da participação pela sua utilidade equivale a desvalorizá-la ou torná-la secundária em relação ao efeito almejado. Neste contexto, a participação seria ao mesmo tempo uma categoria nativa da prática política de atores sociais, uma categoria teórica da teoria democrática, e um procedimento institucionalizado com funções delimitadas por leis e disposições regimentais (LAVALLE e ISUNZA, 2011, p. 101).

No caso da Constituição brasileira, a proposta do trabalho é argumentar que a solução encontrada passaria principalmente pela pluralização das esferas de representação e pela flexibilização do dogma sufragista. Isto permitiria à população, quando não satisfeita com a representação situada nos Poderes Executivo e Legislativo, a possibilidade de recorrer a outras instâncias, principalmente àquelas engendradas pelo Judiciário. Quanto à Constituição Venezuelana espera-se constatar que a solução apresentada seja algo diferente. Em vez de flexibilizada, a lógica sufragista é, de certo modo, aprofundada a partir da multiplicação dos mecanismos de consulta e participação direta da população na política. Buscar-se-á, todavia, uma contraposição em relação às análises que apresentam a tensão entre democracia representativa e democracia participativa como um antagonismo entre termos excludentes ou como uma ameaça de recrudescimento autocrático, pela via de uma democracia plebiscitária.

Para tanto o artigo realizará uma comparação entre o tratamento jurídico dado nos dois países aos experimentos participativos. Na Venezuela, serão escrutinados especialmente a Constituição de 1999, a Lei dos conselhos Comunais, de 2006, e a Lei de Comunas, de 2010, que declara o país um Estado Comunal. No Brasil, por sua vez, serão analisadas a Constituição de 1988, os dispositivos jurídicos de previsão de participação e representação, e os princípios constitucionais que originaram a legislação dos Conselhos de Saúde, Educação e Assistência Social, ao permitir a estruturação de Conselhos e Fundos nas esferas federal, estadual e municipal como forma de acesso aos recursos enquanto caso exemplar da perspectiva conselhistas no país. A natureza jurídica dos conselhos

está presente nos dispositivos constitucionais que instituem e asseguram a participação popular na gestão da coisa pública, na formulação e no controle das políticas, na defesa dos direitos humanos e na distribuição e alocação dos recursos. Os conselhos constituem-se em uma das formas de participação e controle social assegurados nos dispositivos constitucionais, e serão tratados a fundo na discussão sobre a saúde que se estende da esfera nacional à esfera estadual a partir das Leis orgânicas do Sistema Único de Saúde n.º 8080 e 8142, de 1990, e posteriores legislações complementares.

Com esta intenção, o contraste entre esses mecanismos será ilustrado através de tabelas que comparem os diferentes dispositivos jurídicos. Esse exercício será feito em três partes. Deste modo, tratar-se-á, respectivamente, (i) dos direitos econômico-sociais; (ii) dos dispositivos que engendram uma participação direta da população e; por fim, (iii) daqueles que possibilitam tal alargamento por meio de uma ampliação nas esferas de atuação das instâncias de representação funcional.

Deste modo, a comparação entre esse conjunto de dispositivos jurídicos, realizada neste artigo foi o método escolhido para responder a um questionamento, qual seja: no tocante às relações entre democracia e representação como acontece a espacialização da participação? Nesta medida, as hipóteses que orientaram o trabalho remetem as suas premissas iniciais, que apresentam a participação direta da população em um sistema de autogoverno como um ideal inalcançável que funciona, porém, como fundamento de legitimidade e mito de origem de qualquer regime democrático.

Para contemplar tal propósito, a primeira e a segunda seção tratarão, respectivamente, da dinâmica histórica recente da democracia no Brasil e na Venezuela; ambas as análises dedicadas à trajetória delineada pelo conceito de participação no século XX. O propósito de tal divisão é suscitar uma comparação que ressalte as diferenças entre ambos os percursos, de modo a demonstrar a hipótese que estrutura nosso trabalho. Esta, por sua vez, diz respeito à impertinência de associações que, mediante uma aproximação dos dois casos, visam criticar os mecanismos participativos adotados (ou propostos) no Brasil, tendo em vista uma possível ameaça aos parâmetros da Democracia

Representativa, como de fato ocorre na conjuntura atual venezuelana. Tal associação, por fim, será exemplificada em breves comentários acerca da repercussão da proposta de modificação de alguns mecanismos participativos (dos conselhos) delineada no decreto 8.243, de março de 2004, no Brasil, a nível de conclusão a partir dos argumentos apresentados.

2 PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA NO BRASIL

Quando nos voltamos ao caso brasileiro, observa-se que o marco da discussão sobre a participação se deu em concomitância com a representação política, se tomado o passado recente.

Nesse sentido, é possível afirmar que a discussão sobre a participação acompanhou em alguma medida a retomada da democracia no país, a partir dos anos 1970. Segundo observa Claudia Faria (2010) tal processo ocorreu de forma ancorada por um conjunto de crenças que vinculavam seu fortalecimento à consolidação das instâncias tradicionais de participação (e que cotejavam a representação), entre elas o voto, as eleições diretas e os partidos políticos; bem como uma nova perspectiva, a ampliação de canais participativos que pudessem fortalecer os laços societários e estreitar a relação entre a sociedade e a formulação e controle das decisões coletivas.

Se observado o contexto prévio ao momento constituinte no Brasil, é possível ilustrar como a dinâmica de movimentação social por maior participação na política trouxe a equação entre representação e participação para a pauta do próprio processo de discussão constituinte, que acabou por contar com significativa participação popular. Não que isso estivesse dado desde o primeiro momento. A participação social foi consolidada enquanto um princípio constitucional, mas ela aparece ao lado da representação. É significativo considerar que a trajetória de sua entrada nas pautas de discussão constituinte, se deve em grande medida à presença de pressão popular, decorrente de mobilização social que atravessou o país, e que foi acolhida e debatida nos

trâmites dos representantes no decorrer da Assembleia Constituinte, cujos contornos foram parlamentares¹³².

Nesse período dos últimos trinta anos, é possível destacar ao menos três momentos diferentes, no tocante à participação e sua interface com a representação no Brasil. Esse esforço de identificação dos momentos se faz útil na medida em que consideramos a participação contemporânea, segundo um determinado feixe de preocupações, como observado por Adrian Lavallo e Ernesto Isunza (2011). A participação seria a um só tempo “categoria nativa da prática política de atores sociais, categoria teórica da teoria democrática, e procedimento institucionalizado com funções delimitadas por leis e disposições regimentais” (Lavallo & Isunza, 2011:100).

Portanto, ao elencar três ênfases e momentos no tocante à participação, o que aparece muitas vezes na literatura sobre o tema, sugere-se que eles estão contiguamente relacionados à forma de sua institucionalização, à dimensão territorial que adquirem no país, bem como às expectativas em relação aos resultados da própria participação. Longe de considerar que os termos propostos exauram as questões a esse respeito, apresentá-los assim visa facilitar o seu estudo e os critérios a ressaltar.

Num primeiro momento (1) a marca forte era a polarização com a representação, uma aposta na autonomia dos atores que se traduzia principalmente na oposição ao regime militar, que vai dos anos 1970 a 1988. Esse foi talvez o momento que mais aproximou o Brasil do caso venezuelano, mas dentro do próprio processo constituinte no país é possível destacar como a ideia de participação por aqui se amalgamou à representação. Um dos exemplos contundentes a esse respeito foi o movimento Diretas Já (Bertoncello, 2009), quando muitos desejavam eleições diretas e com ampla participação popular, mas para ensejar o sistema representativo e os poderes executivos e legislativos no âmbito da federação.

Em seguida o momento (2) de institucionalização dos arranjos participativos, e a perspectiva de controle social do Estado por parte da

¹³² Ver PILATTI, 2008; CITTADINO, 2009; FARIA, A., 2014.

sociedade, ao longo dos anos 90; aonde a participação ocorre no esteio de elaboração das políticas públicas. Nesse momento ela toma feições que acordam com princípios constitucionais de representação funcional, paritária e estando previsto o controle social para temas setoriais, que estarão, mais uma vez organizados acompanhando as três esferas da representação no plano federativo: municipal, estadual e nacional.

O momento (3) de autocrítica dos arranjos participativos, seria aquele que começa a partir dos anos 2000, e culmina com a proposta recente de decreto presidencial n. 8.243 de maio de 2014, que visava oficializar a Política Nacional de Participação Social (PNPS) e o Sistema Nacional de Participação Social (SNPS).

Em relação ao primeiro momento, ressalta-se que poucas associações existiam no Brasil antes da década de 1970.¹³³ Isso porque, no Brasil, a passagem para o mundo moderno e a internalização consciente dos processos de modernização tiveram, como pré-requisito institucional, a afirmação da prevalência da comunidade sobre o indivíduo liberal, na forma decidida pela Revolução de 1930 até meados de 1964.¹³⁴

Assim, enquanto no período de 1930 a 1964 pairava um consenso de que o público deveria ter primazia em relação ao privado, durante a ditadura militar a lógica se inverte, e ganharam espaço práticas sociais centradas no puro interesse econômico. O autoritarismo posterior ao golpe de 1964 e o período de ditadura militar se modificou com a progressiva incorporação de parte significativa da população pobre do país junto a associações populares urbanas na luta por direitos.¹³⁵ Essa situação se intensifica no limiar dos anos 80, culminando com a diminuição do domínio militar na política, momento de negociação da transição política. Nesse contexto, a participação era percebida como parte de um movimento espontaneísta, ligado à perspectiva de autonomia. As interpretações a

¹³³ CONNIF, 1975 descreveu como a tendência a formar associações voluntárias para ajuda mútua e proteção que atingiu o médio proletariado e organizou grupos de interesse em torno do trabalho nos anos 30, foi desarticulada com o Estado Novo (1937-1945), o que perduraria até o início dos anos 70. Sobre a ausência de participação civil e política da população pobre no Brasil nos anos 70 ver KOWARICK, 1980.

¹³⁴ WERNECK VIANNA, CARVALHO, 2004.

¹³⁵ LAMOUNIER, WEFFORT, BENEVIDES, 1981; SANTOS, 1993; CARVALHO, 2001.

seu respeito consideravam que a participação promoveria uma mudança na cultura política. E as críticas já presentes, indicavam que o caminho para a democracia no país não poderia se desvincular da perspectiva da representação para atingir seus objetivos.

O problema à época da Constituinte não era simples, como foi destacado por Fabio Wanderley Reis (1986) no tocante a relação entre social e político. Se a democracia social era fundamental para o estabelecimento de uma democracia política, Reis destacava que, para haver eficácia seriam necessárias alterações político-organizacionais que pudessem ser bem sucedidas do ponto de vista institucional no sentido de lançar raízes democráticas no contexto social, mantendo a perspectiva da representação.

Como ver-se-á na próxima seção, no Brasil, o tom se diferenciava daquele observado no caso venezuelano, na medida em que a recusa ao corporativismo ocorreu com empenho e fortalecimento das instituições da democracia representativa, e o desenvolvimento da perspectiva participativa instituiu nexos fecundos entre essas duas, bem como a perspectiva de regulação democrática alicerçada na presença de associações e movimentos sociais como partícipes da deliberação de políticas públicas a partir de 1988.

Segundo Lessa (2008), é possível destacar uma teoria da agência democrática na nova Constituição. O sentido original de autogoverno direto teria sido moderadamente recuperado a partir da adoção de institutos de ação direta. Mesmo assim, observa: “A subordinação liberal da ideia de democracia ao esquema da representação – para empregar a expressão de Madison – d, evidentemente, mantida”.¹³⁶

Nela, o cidadão democrático seria um sujeito constituído por direitos que, para serem plenos, dependerão de sua atenção e energia políticas e cognitivas para pôr em movimento os mecanismos propostos de jurisdição constitucional. Apesar disso, o autor é crítico das novas possibilidades de representação funcional dos operadores do sistema de justiça. Seu ponto é. que eles

¹³⁶ LESSA, 2008, p. 363-395.

desestabilizariam o equilíbrio de poderes, deixando à margem a representação partidária.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 abriu o caminho para importantes modificações no país, incluindo o acesso a direitos sociais e a criação de novas estruturas participativas, dentro da própria estrutura do poder executivo. Cardoso (2004) observa como novas formas de participação levaram os movimentos a se relacionarem mais diretamente com as agências públicas. Esse processo caracteriza o segundo momento da participação no Brasil, momento o qual Lavalle e Isunza (2011) consideram que a participação teria sofrido um deslocamento em seu uso, em virtude da diminuição da polarização entre participação e representação. Avritzer (2009) considera que o Brasil passou de um país conhecido pelos baixos níveis de participação política a um país conhecido pelas suas instituições participativas.

Por outro lado, sabe-se que ao longo do tempo algumas concepções em torno da participação tiveram maior atenção dos legisladores e operadores do direito do que outras. Tais preferências, é possível afirmar, se desdobraram em instituições participativas concretas. Pouco foram utilizadas, por exemplo, possibilidades de participação previstas na CF como plebiscitos, referendos e iniciativas populares de lei.

A perspectiva em que a participação teve maior desdobramento diz respeito, em especial, aos conselhos e conferências por políticas públicas e por sujeitos de direitos, como no caso de mulheres, negros, indígenas, cadeirantes, idosos dentre outros. A literatura destaca, no caso brasileiro, uma forte trajetória por políticas públicas específicas, como é o caso da Saúde, da Educação, e da Assistência social. Se por um lado há no Brasil uma forte trajetória por políticas públicas específicas, segundo pesquisa recente de Teixeira (2013) sua ênfase tem sido em estruturar estas políticas a partir do direito, mesmo que muitas vezes de forma fragmentada, e sem as devidas interconexões entre elas. A autora relembra como a lógica do “direito a ter direitos” nos moldes de Hannah Arendt (2000) conecta essa perspectiva com a forma de atuação dos movimentos sociais brasileiros. Avritzer (2009) também observa que o perfil de enfoque em políticas públicas do Brasil é um diferencial em relação a outros países, e com seus

vínculos com o sistema político elegendo políticos que representam ou vocalizam suas lutas.

A perspectiva de espaços participativos – conselhos de políticas públicas, orçamentos participativos e conferências – surgiu no Brasil exatamente do argumento de que a política municipal passava longe das demandas da população. Era preciso, se pensada uma política pública consoante às expectativas da população, que canais participativos fossem postos em prática. Do ponto de vista da dinâmica territorial, é possível reforçar que o fato de haver a conjugação entre participação e representação, teve como impacto a criação de estruturas participativas a partir desse momento amplamente alicerçadas na dinâmica federativa –ia lógica que parte do plano federal, desdobra-se no momento estadual, e municipal. Essa lógica será diferenciada no caso venezuelano, como será abordado na próxima seção. Esse marco, de institucionalização, ocorreu ao longo dos anos 90, após a promulgação da Carta Cidadã. Foi o marco também da territorialização dos conselhos no Brasil, e de uma mudança em relação às expectativas depositadas na própria efetivação da participação.

Tendo em vista a perspectiva municipal e sua dimensão territorial no Brasil, é possível destacar a dimensão concreta de reorganização social que a participação ensejou nos municípios. Segundo dados do IBGE de 2001, dos 5.565 municípios brasileiros, se tomados apenas os Conselhos Municipais gestores mencionados como áreas estratégicas na Constituição, existiam nada menos do que 5.426 Conselhos Municipais de Saúde, 4.072 de Educação e 5.178 de Assistência Social¹³⁷. A esses conselhos municipais se desdobram suas instâncias nos planos estadual e nacional, consecutivamente. As conferências nacionais se desenvolveram mais recentemente, mas também segundo o critério territorial que acompanha o plano federativo: ciclos de conferências municipais e

¹³⁷ Segundo dados atualizados na MUNIC 2011, os totais perfazem o avanço para 5.553 Conselhos Municipais de Saúde e 4.718 Conselhos Municipais de Educação. É possível mencionar também avanço em outras áreas: Conselho Municipal de Habitação (3.240); Diferentes Mecanismos de Controle Social de Saneamento Básico (audiências públicas, consultas públicas, conferências das cidades e órgãos colegiados) 2.450; Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente 5.446; Conselho Municipal de Política para Mulheres 872; Conselho Municipal do Idoso 2.868.

estaduais as precedem e trabalhos recentes relatam que entre 1988 e 2009 foram realizadas ao menos oitenta delas (Santos; Pogrebinschi, 2010). Há ainda o Orçamento Participativo, que entre 1995 e 2005 registrou em torno de duzentas experiências no país (Baiocchi, 2003; D'ávila, 2000).

Assim, o processo que se estabeleceu ao longo dos anos 90 estava apoiado em um consenso em torno da relevância da participação da sociedade no que diz respeito às políticas públicas, processo que Evelina Dagnino (2002) cunhou como “confluência perversa”. O problema diagnosticado por Dagnino será o propulsor do terceiro momento aqui apresentado, de autocrítica dos processos participativos. Ao tornar explícita a discussão em torno da disputa sobre o significado da participação entre projetos políticos oponentes, Dagnino contribuiu para o desenvolvimento de estudos sobre as experiências participativas relacionando-as com seus respectivos projetos políticos, como é o caso dos trabalhos de Tatagiba & Blinkstad (2011) e Almeida (2010), da crítica da burocratização dos processos Durán (2013), bem como das questões envolvendo a perspectiva do contexto econômico neoliberal como destaca Vera Telles (2001), dentre outros.

A despolitização da perspectiva de gestão que aparece com frequência nos ambientes participativos é destacada por Feltran (2006), e se faz presente em estudos regionalizados e municipais, como no caso do Rio de Janeiro destacado em Faria (2014), onde é possível encontrar o perfil “gestor” como uma tradição com antigas raízes nos processos de reterritorialização impostos na dinâmica histórica da cidade. Segundo observa David Harvey, o domínio do espaço reflete o modo como indivíduos e grupos poderosos dominam a organização e a produção do espaço mediante recursos legais e, que podem também possuir caráter extralegal. Isso se dá no intuito de exercer maior controle, seja sobre a distância entre espaços (acessibilidade e distanciamento –s fricção da distância”, Harvey, 2005: 202), ou sobre a forma pela qual o espaço é apropriado por eles mesmos ou por outros. Seu argumento pondera que toda luta para reconstituir relações de poder envolve uma batalha para reorganizar as bases espaciais. Nesse sentido, o capitalismo desterritorializa com uma mão e reterritorializa com a outra.

Portanto, nesse processo de autocrítica da participação, se tomado o debate em torno da representação da sociedade que acontece nos espaços participativos, Lavallo e Isunza (2011), por exemplo, atribuem à participação uma feição das instituições do Estado brasileiro, ou seja, ela “transbordou o estatuto de reclamo dos atores sociais e de orientação política programática de governos e partidos –embora preserve esse caráter duplo –, atingindo um desenvolvimento institucional sem paralelo em outros contextos¹³⁸”.

É comum na literatura internacional, a menção à participação enquanto uma instituição informal, como praticada nas instituições participativas no Brasil. Lavallo e Isunza (2011) chamam de “experiências extraparlamentares de participação”, - ou seja, o caso brasileiro, que conta também com a mediação política de atores da sociedade civil -, visto que não compreende o aspecto da autorização formal da sociedade via eleições.

Sabe-se que a literatura no Brasil sobre os formatos da participação, seja pela diversidade, abrangência territorial e graus de institucionalização ao longo dos diferentes níveis de autoridade da federação, se deparou no país com uma dinâmica privilegiada para o estudo de tais mecanismos. A literatura, no processo de entendimento sobre essas estruturas, acabou por desenvolver um amplo debate sobre os ditos “espaços participativos”, o que produziu análises que passaram a lidar com a perspectiva da chamada representação extraparlamentar, e apontaram para o processo de pluralização da representação.¹³⁹

Contíguo a tal processo passou-se a discutir sob o prisma teórico de uma aproximação entre participação e representação, e não mais sob uma perspectiva antagônica entre ambas; bem como a perspectiva de que a existência de espaços participativos não tem por objetivo suplantar a democracia representativa, mas lidar com a perspectiva de legitimidade ao incorporar um grupo maior de pessoas no processo de elaboração de políticas públicas.

Para as pretensões desse artigo, destacar a recuperação de teorias da representação para desenvolver análises sobre as dinâmicas participativas, é mais um indício que reforça a ideia de que, diferentemente do caso venezuelano,

¹³⁸ LAVALLO & ISUNZA, 2011, p. 121.

¹³⁹ Ibid; LUCHMANN 2011; ALMEIDA 2010.

a ser abordado na próxima seção, no Brasil não está presente esse antagonismo entre participação e representação. Haja vista, que as práticas de participação previstas na elaboração de políticas públicas atualmente existentes não possuem como premissa a superação dos parâmetros do regime democrático representativo rumo a um ideal de democracia direta, como argumentam por vezes as críticas ao decreto 8.243, que será retomado na conclusão.

3 PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA NA VENEZUELA

A origem da demanda por participação social também é longínqua na Venezuela, onde desde o início da década de 1970 se observam nos centros urbanos a criação de organizações comunitárias comprometidos com as necessidades internas das comunidades. Estruturados em associações de moradores e entidades de caráter local, a sociedade civil se organizava para lidar com os problemas comunitários dos bairros e vizinhanças, lutando pela melhoria de serviços públicos e se articulando em grupos de interesse voltados a questões trabalhistas, feministas, ecológicas, desportivas, religiosas, dentre outras. Não obstante, ao longo da década de 1980 essa efervescência entra em declínio em função de uma crise sistêmica, tomando um rumo diverso do já mencionado no caso brasileiro.

Ao longo da década de 90, era notória a crise que abalava a IV República, regime político amparado, juridicamente, na Constituição de 1961. Socialmente, por sua vez, esse sistema, celebrado no chamado Pacto de Punto Fijo¹⁴⁰, se enraizava por meio de pactos entre partidos (em especial, Ação Democrática e Comité de Organização Política Eleitoral Independente, que se alternavam na Presidência do país) e entre estes e as instâncias de organização social (sindicatos, associações de empresários e etc).

Nas décadas finais do século XX, contudo, o arranjo que, por meio de mecanismos de cooptação e repressão, alcançava grande parte das instituições e

¹⁴⁰Pacto celebrado em 1958 na Quinta Punto Fijo – propriedade do líder copeiano Rafael Caldeira e localizada no bairro caraqueño de Sabana Grande – entre os líderes da AD (Rómulo Betancourt) do Copei (Caldeira) e da União Republicana Democrática (Jovito Villalba).

sujeitos coletivos do país já havia sofrido importantes deserções, responsáveis por abalar sua frágil sustentação política. A crença da população na legitimidade deste regime – alicerçada na ideia de democracia, cujo significado remetia aos princípios de estabilidade institucional e justiça social – havia sido seriamente comprometida¹⁴¹.

Cristalizada em mecanismos formais e informais, a relação entre autoridades públicas e representantes da sociedade criou na Venezuela uma dinâmica de troca entre: o governo, que oferecia o acesso privilegiado à máquina estatal; e as organizações da sociedade civil que, em contrapartida, garantiam o apoio de seus membros aos partidos no poder. Não obstante ser essa articulação essencial para sua manutenção fática, era a ideia de democracia que funcionava como fundamento de validade para o sistema político vigente em todo o período, que se desdobra entre a promulgação da Constituição de 1961 e sua derrogação, pela Carta bolivariana de 1999. No entanto, conforme se disseminava a percepção de que o acesso às dinâmicas decisórias e aos benefícios do Estado eram distribuídos em função da afinidade com aqueles que detinham o poder, o *puntofijismo* foi tendo seu conteúdo normativo esvaziado.

Mesmo nas instâncias locais, a participação era condicionada pelos interesses dos partidos no poder, que as usavam como lugar de disputa e controle, o que levou por fim a desgastá-las. A descrença generalizada nos partidos, sindicatos e instituições da chamada IV República desarticula, também, as organizações comunitárias. O resultado é um tecido social com pouca estrutura organizacional e capacidade para influenciar na dimensão pública, aumentando o descontentamento face a uma dimensão política que não abria canais de participação para a sociedade, praticamente o reverso do Momento Constituinte de 1988 no Brasil, conhecido por uma conciliação entre participação popular intensa e debate constituinte partidário.

Todavia, a longa crise de legitimidade que levou ao fim da IV República, deu início a uma série de movimentações por parte da sociedade civil e de

¹⁴¹ Tal crise se deflagra, sobretudo, após os eventos que ficaram conhecidos como Caracazo, ocorrido em 1989, quando milhares de cidadãos expressaram sua indignação pelas ruas de Caracas, tendo sido fortemente reprimidos pelas forças de segurança.

autoridades políticas dispostas a oferecer novos mecanismos de canalização para o descontentamento geral dos cidadãos. A princípio, estas dinâmicas se organizavam em torno de alguns temas centrais: (a) Aprofundamento da democracia nos partidos políticos; (b) Reforma da Lei Orgânica do Sufrágio; (c) Eleição popular, direta e secreta para governadores e; (d) Reforma da lei Orgânica Municipal. Por outro lado, tais iniciativas, que respondem a um significativo crescimento das demandas por mecanismos de participação, permitiram também o fortalecimento das paróquias, das juntas paroquiais e das associações de moradores (Juntas Vencinales). Com este propósito, a Lei Orgânica do Regime Municipal, de 1989, define as associações de vizinhos enquanto comunidade concreta, unida para defender a qualidade da vida comum, fundamentalmente centrada e originada por características ou problemas específicos da cidade.

Estas novas instâncias previam procedimentos como assembleias deliberativas e referendos para a tomada de decisões referentes ao interesse geral (como, por exemplo, questões orçamentárias) e inclusive a possibilidade de revogação dos mandatos dos prefeitos. Embora sua relevância tenha sido limitada por estarem concentradas em bairros de classe média e alta, pelo menos no tocante a estas comunidades, as associações de vizinhos conseguiram funcionar como elemento de articulação entre os planos locais e nacionais.

É, contudo, fundamental atentar para a inserção dessa perspectiva em um contexto nacional de resignificação da democracia, instaurado pela perda de credibilidade dos canais de representação (os partidos e sindicatos) que ocupavam um lugar central no sistema democrático puntofijista. Deste modo, a ideia de que a própria comunidade, por meio de sua participação direta, deveria reunir-se para buscar respostas aos seus próprios problemas, emerge como demanda vinculada ao ideal democrático e disseminada entre diferentes estratos econômicos. Aqueles ligados à classe média encontraram, ainda nos anos setenta, nas associações de moradores um lugar para expressar esse novo entendimento. No entanto, a maioria da população, oriunda das camadas populares, por enfrentar mais dificuldades e empecilhos para uma auto-organização com efetiva capacidade de execução, encontrará, apenas nos

Conselhos Comunais, criados, amparados e organizados pelo governo chavista, uma forma de estruturação efetiva da ação coletiva¹⁴².

Ainda que durante a IV República tenha existido um processo organizativo de matiz corporativista englobando sindicatos, organizações de trabalhadores, movimentos estudantis, camponeses e organizações não governamentais; é com o chavismo que ocorre uma explosão na organização e articulação no plano comunal. Outorgando, a partir do Executivo, um tratamento constitucional à organização popular nos principais setores produtivos da comunidade¹⁴³ (PONCE, 2011, p. 191- tradução nossa).

A despeito de consagrar os anseios de ruptura com relação ao regime anterior, a Constituição Bolivariana de 1999, não assume feições revolucionárias, embora seu texto possa ser considerado como o ponto de partida de um novo paradigma no contexto do constitucionalismo regional. Nesta perspectiva, as principais inovações, dizem respeito: (i) à resignificação do ideal democrático, que passa a ser definido pelo adjetivo participativa(o), termo que é usado 8 vezes ao longo da Carta (no preâmbulo e nos artigos: 6º, 18º, 84º, 86º, 118º, 171º e 299º) e nenhuma vez (como adjetivo) na Constituição de 1961; e (ii) à implementação dos mecanismos de democracia direta, enquanto instrumentos essenciais a esta nova acepção de democracia.

É interessante observar, contudo, que a ênfase nos direitos humanos e sociais era igualmente apresentada como diretriz do ordenamento jurídico anterior, ainda que de um modo distinto. Esta diferença, diz respeito aos meios para concretizar direitos socioeconômicos, constitutivos às duas acepções dadas ao conceito de democracia, até porque ambas se referiam também ao plano material. No sistema puntofijista, todavia, os principais instrumentos para esta concretização eram os partidos e as corporações (sindicatos de trabalhadores e patrões). No projeto chavista, por sua vez, é a participação direta do cidadão,

¹⁴² Após 2005, os Conselhos Comunais se tornam o núcleo do conceito de democracia participativa e protagônica conformará a *IV República*.

¹⁴³ No original: Aunque siempre existiu en Venezuela un proceso organizativo como el cooperativismo, sindicatos y organizaciones de trabajadores, movimientos estudiantiles, campesinos y organizaciones no gubernamentales (ONG); es en la década más reciente y con el chavismo que ocurre una explosión en la organización y articulación de la comunidad. Dando desde el Ejecutivo rango constitucional a la organización y participación popular en los principales sectores productivos del país” (PONCE, 2011, p.191)

compreendida como protagonismo do povo, que surge como alternativa do núcleo normativo do projeto bolivariano.

O ordenamento jurídico de 1961 enquadrava-se no paradigma Neoconstitucional, que estruturava um Estado Democrático e Social de Direito voltado ao bem-estar dos cidadãos, o mesmo que estruturará a Constituição brasileira de 1988. Diante disto, é crucial mencionar o esforço, empreendido por autores como Viciano Pastor e Martínez Dalmau, de conferir um caráter paradigmático à Carta de 1999. Para isso, alguns de seus elementos são transformados em atributos definidores do chamado Novo Constitucionalismo Latino americano, sucedâneo do Neoconstitucionalismo, de origem europeia, surgido neste subcontinente das Américas. Tais características, no plano formal, dizem respeito, sobretudo, à ênfase no poder constituinte e na preocupação de que sua vontade não seja bloqueada por eventuais ocupantes dos poderes constituídos¹⁴⁴.

Não obstante o reconhecimento de tais diferenças conquanto a ordem anterior, é fundamental observar também os elementos de continuidade. Estes dizem respeito, sobretudo, a uma trajetória de centralização de poder, enquanto componente tradicional do hiperpresidencialismo venezuelano, cuja democracia historicamente afasta-se do cânone liberal.

Tal viés se institucionaliza através de um mecanismo de delegação de faculdades legislativas ao Executivo, amplamente utilizado durante a IV República e previsto, na Constituição de 1961, pelo inciso 8º, do artigo 190º, que estabelecia como atribuição do presidente da República: "ditar medidas extraordinárias em matéria econômica ou financeira quando assim o requeresse o interesse público e houvesse sido autorizado para isso por lei especial".

A despeito de suas pretensões transformadoras, a Carta de 1999 incorporou um instituto análogo dando prosseguimento a essa tradição de centralismo no país. Delineado no artigo 203º, o instituto determina que: "São leis habilitantes as sancionadas pela Assembleia por três quintas partes de seus

¹⁴⁴ O que explica não apenas sua extensão, voltada à expressão detalhada de tal vontade, de modo a orientar os processos de interpretação e aplicação judiciais; mas, também a rigidez constitucional, isto é, a definição de critérios procedimentais que visem dificultar a alteração do texto pelos legisladores ordinários.

integrantes, a fim de estabelecer as diretrizes, propósitos e marco das matérias que se delegam ao Presidente ou Presidenta da República com status e valor de lei".

Ao ser mobilizado como principal mecanismo das transformações executadas pelo governo bolivariano, as leis habilitantes viabilizam e atestam o hiato entre os ideais de democracia e participação reverberados pelos discursos chavistas e aqueles mobilizados pela tradição liberal. Sendo assim, é a partir deste instituto que o governo venezuelano aprova, em dezembro de 2010, a Lei Orgânica do Poder Popular (LOPP) e a Lei das Comunas que iniciam, segundo a hipótese delineada neste trabalho, a mais radical etapa do *proceso de cambio* consagrado pela Carta de 1999. Com elas a ressignificação do conceito de democracia puntofijista alcança o ponto máximo de ruptura, deslindando uma efetiva transformação do modelo político-econômico e administrativo do país, agora determinada pelo conceito de Socialismo, desprovido de qualquer adjetivação suavizante (como, por exemplo, a alusão ao século XXI anteriormente utilizada). Assim, por meio de duas leis redigidas pelo Executivo e aprovadas em caráter excepcional, a Venezuela se declarou Socialista e Comunal¹⁴⁵.

Essa nova forma de organização, embora diferenciada, pode ser vista como uma radicalização do ideal federativo incorporado na tradição liberal, pois mantém inclusive uma análoga preocupação com a divisão dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) no interior de cada instância administrativa. Ela conforma, portanto, um esquema representativo de tipo piramidal, que parte da Assembleia de Cidadãos (definida no artigo 8º da LOPP), sendo que em cada instância os membros escolhem, por sufrágio, os membros da instância superior,

¹⁴⁵ A partir da leitura dos textos da Lei de Comunas e da LOPP percebe-se que o Estado comunal é apresentado como um desdobramento do projeto de democracia participativa e protagônica consagrado na Constituição. Esse argumento, sustentado pelas lideranças chavistas, visa alicerçar a legitimidade da nova legislação em sua continuidade com a Carta bolivariana que, diferentemente de ambas as leis, aprovadas mediante lei habilitante, foi amplamente apoiada e sufragada pela população. Em especial, esse argumento ganha força quando contemplamos o artigo 184º da Constituição, que determina a criação de mecanismos abertos e flexíveis para que os estados e os municípios descentralizem e transfiram às comunidades e associações de vizinhos organizadas os serviços que estes administram e demonstram previamente a capacidade de estar promovendo.

havendo em todas elas a possibilidade de revogação de mandatos. Nesta medida, com a aprovação da LOPP e da Lei de Comunas, na Venezuela, passaram a conviver paralelamente dois sistemas de representação: um de origem na tradição liberal, outro de origem na tradição comunista.

Essa convivência, segundo o argumento a ser aqui desenvolvido, não se dá, contudo, sem prejuízo para as autoridades eleitas pelos mecanismos de representação tradicional, que perdem espaço para aqueles ligados ao exercício da democracia direta. Esse é o elemento determinante no contraste com a trajetória dos mecanismos participativos no Brasil. Deste modo, quando observados os novos dispositivos legislativos, fica claro o objetivo de que, gradualmente, as instâncias federativas cedam lugar às instâncias do Poder Popular.

Para regular essa transição, foi promulgada em 15 de junho de 2012, através de Lei Habilitante, a Lei Orgânica para a Gestão de Competência e outras atribuições do Poder Popular, cujo artigo primeiro declara: “O presente Decreto com propósito, valor e força de Lei Orgânica tem por objeto desenvolver os princípios, normas procedimentos e mecanismos de transferência da gestão administração de serviços, atividades, bens e recursos, do Poder Público nacional e das entidades político territoriais ao povo organizado”. Em seu artigo segundo, por sua vez, o decreto deixa claro o compromisso do governo nacional em “impulsionar o processo de planificação comunal como mecanismo de participação das organizações do poder popular na construção de um novo modelo de gestão pública”.

O esvaziamento dos poderes associados à Democracia Representativa se estabelece, todavia, sob a lógica da restituição, uma vez que as capacidades transferidas axiologicamente se originariam no povo, de acordo com a ressignificação operada pelo chavismo nos conceitos de democracia e participação¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Esta intenção, por sua vez, é operacionalizada por uma dinâmica de “Transferência de Competências”, definida pelo mesmo artigo como “processo mediante o qual as entidades político territoriais restituem ao Povo Soberano, através das comunidades organizadas e às organizações de base do Poder Popular aqueles serviços, atividades, bens e recursos que podem ser assumidos e gerenciados.

No que diz respeito ao provimento financeiro de tais competências concedidas às instâncias do Poder Popular, o artigo 15º da referida Lei Orgânica para a Gestão de Competência estabelece que eles devem ser “postos à disposição do sujeito de transferência receptor, até o término do exercício fiscal correspondente, pelas entidades político-territoriais transferentes”. No entanto, o mesmo artigo outorga ao Conselho Federal de Governo a responsabilidade prover um montante adicional no “Fundo de Compensação Interterritorial”, com o propósito de otimizar a designação de recursos necessários para financiar as atividades transferidas.

Tal provimento, será realizado por meio de acordos entre “os órgãos e entes do Poder Público Nacional e as entidades político territoriais, que adotarão as medidas necessárias para que os sujeitos de transferência gozem de prioridade e preferência nos processos de celebração e execução dos respectivos convênios, para a transferência efetiva da gestão e administração de serviços, atividades, bens e recursos”¹⁴⁷.

Porém, uma vez que a legislação não esclarece quais serão os critérios para a concessão de tais recursos adicionais, é possível sugerir que o governo nacional possui uma ampla margem de discricionariedade. Esse panorama apenas reforça o argumento original acerca do chavismo, ou seja, de que as iniciativas de fortalecimento do protagonismo popular, através da incorporação de mecanismos de democracia direta e autogestão, convive com a predominância do Executivo¹⁴⁸.

A leitura da LOSEC permite observar que os mecanismos de participação cidadã não se encontram endereçadas somente ao plano político, uma vez que dirigidas à implementação de um sistema econômico comunal. Entendido como

¹⁴⁷ Conforme o artigo 15º da Lei Orgânica para a Gestão de Competência e outras atribuições do Poder Popular.

¹⁴⁸ Para reforçar tal argumentação, cabe observar o artigo 7º, da Lei Orgânica do Sistema Econômico Comunal (LOSEC), promulgada em 21/12/2010, que define o Poder Nacional como órgão coordenador e financiador dos projetos socioprodutivos. Do mesmo modo a Lei Orgânica para a Gestão de Competência, em seu artigo 10º, atribui ao Conselho Federal de Governo a tarefa de “resolver os conflitos que se apresentem entre os sujeitos de transferência e os estados, municípios e órgãos do Poder Público Nacional, em relação às solicitações de transferência da gestão e administração de serviços, atividades, bens e recursos”.

ferramenta fundamental para a construção de uma nova sociedade e de um sistema de produção alternativo ao capitalismo, o ciclo produtivo comunal é estruturado a partir de princípios socialistas como Democracia participativa e protagônica, diversidade cultural, igualdade social e primazia dos interesses coletivos.

Conforme determinado nesta lei orgânica, também promulgada sob a forma de Lei Habilitante, o socialismo é definido como um modelo de produção dirigido à satisfação das necessidades populares, através de novas formas de geração e apropriação, baseadas na propriedade social, e orientado para a eliminação da divisão social do trabalho, que caracteriza o capitalismo. Dessa forma, o estabelecimento de uma correlação necessária entre o socialismo e as iniciativas de participação cidadã também é um elemento determinante na diferenciação com o caso brasileiro.

É inequívoco que a guinada venezuelana rumo ao socialismo, por ser o resultado de um conjunto de decretos legislativos e não o produto de uma ampla discussão no seio da sociedade, suscita diferentes críticas, sobretudo por parte daqueles que, são marginalizados por apresentarem posicionamentos distintos. Dessa maneira, há o perigo de que quando atrelados a um modelo produtivo alternativo e socialista, os Conselhos Comunais se fechem àqueles que apresentam interesses econômicos diferentes¹⁴⁹.

Nessa nova configuração, apenas conselhos de trabalhadores, camponeses, pescadores e instâncias do Poder Popular devidamente reconhecidas pela legislação e registrada no Ministério das Comunas (GARCÍA, 2013; p.71), são entendidas como entidades dignas do exercício da soberania, o que certamente implica em uma restrição incompatível com os valores de

¹⁴⁹ De acordo com os dados da Fundacomunal, em 2011, já haviam sido implementados na Venezuela 37.665 Conselhos Comunais, número que alcança à surpreendente cifra de 40.035, na contagem realizada pelo censo comunal de 2013 (inserir dados). Essa grandiosidade, permite que os CCs sejam admirados como a mais importante organização social da história do país (e quiçá(de toda América Latina); principalmente quando se leva em conta a amplitude de competências a eles transferidas –mesmo que, infelizmente, não esteja disponível um registro preciso e acessível que nos permita quantificá-las. Sua importância, contudo, é posta em risco por um contexto polarização política radical, fragilidade institucional e insegurança jurídica, que ameaça afastá-los da sociedade civil, reduzindo-os a mero braço executor das políticas do governo.

universalidade e pluralidade que permeiam o horizonte normativo das sociedades modernas. Tal situação ainda se agrava em um contexto no qual esse reconhecimento não está devidamente controlado por regras objetivas, o que amplia o risco de discricionariedade, favorecimentos e restrições ao exercício do Poder Popular. Ainda que não tenham sido colocados à disposição da opinião pública internacional sinais inequívocos de que esta discriminação ocorra, levando em conta que tais mecanismos são em grande parte boicotados pela oposição, é preciso que o chavismo assegure o compromisso com a principal conquista da revolução bolivariana: o empoderamento do cidadão comum. Este é o seu legado e principal diferença face ao regime puntofijista que a precedera, no qual a participação popular era limitada apenas àqueles vinculados aos partidos e sindicatos ligados ao governo.

Sendo assim, a estratégia de engendrar uma profunda reforma no ordenamento jurídico-político do país por meio de Leis Habilitantes, de acordo com a argumentação aqui empreendida, deve ser entendida como continuidade de uma tradição de hiperpresidencialismo, personalismo e desrespeito às instituições liberais. Ela não é uma afronta apenas aos princípios do liberalismo político, mas, à própria ideia de democracia participativa e protagônica que aparece como leitmotiv dos discursos de Hugo Chávez e do *proceso de cambio* por ele conduzido.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta medida, conforme o argumento que estrutura este trabalho, o que ocorre na Venezuela, em 2010, seria uma busca por alternativas aos mecanismos representativos tradicionais –cuja perda de legitimidade precede a chegada de Hugo Chávez ao poder. Essa tentativa foi desenvolvida por meio de uma reconfiguração espacial das unidades políticas a serem representadas. Assim sendo, se antes a Federação se organizava em municípios, estados e união, cada um com seus representantes eleitos em suas circunscrições, agora se sobrepõem a eles as comunidades e Comunas, também representadas por autoridades eleitas. Com isso, a ideia de participação adquire um novo significado, cuja

radicalidade almeja superar os parâmetros da democracia representativa, rumo à implementação de um sistema de democracia direta. Esta mesma pretensão não se observa na mobilização do ideal participativo por parte dos dispositivos legais implementados no Brasil que, diferentemente do que atualmente se observa na Venezuela, não se apresentam de modo concorrente ou antagônico face ao regime democrático representativo.

No processo de autocrítica recente mencionado no caso brasileiro, são inúmeros os desafios, que mostram como ainda são tímidos os alcances da participação no Brasil. Algo a destacar é que além da variedade de resultados sobre a participação nos estudos de caso, está presente o questionamento sobre o fato de que a ampliação e diversidade dos espaços participativos não significa que esteja superada a carência de qualidade ou eficiência da participação posta em prática. Conforme sublinha a literatura, é possível perceber que os conselhos, por exemplo, por sua dinâmica setorial, com frequência enfrentam uma desarticulação entre os distintos lócus de participação. Em entrevista recente sobre o assunto, Pedro Pontual (2014) declara como os conselhos setoriais não necessariamente se articulam com as conferências, ou mesmo entre si, ou com os debates que ocorrem nas audiências públicas, cujos respectivos graus de legitimidade também podem variar muito.

Se analisada a proposta contida no decreto 8.243 de 23 de maio de 2014, o objetivo apresentado é fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil. Seriam elas: conselho de políticas públicas; comissão de políticas públicas; conferência nacional; ouvidoria pública federal; mesa de diálogo; fórum interconselhos; audiência pública; consulta pública e ambiente virtual de participação social. São propostos enquanto meios de articulação, a maior parte deles de espaços já existentes e previstos constitucionalmente. Por outro lado, fundamental a destacar, que atualmente no Brasil a grande parte dos espaços participativos não possui poderes decisórios, apenas de monitoramento das políticas públicas. Mesmo os que são deliberativos e, portanto, podem formular resoluções, possuem fraco alcance administrativo como resultado de suas propostas.

É inegável que houve, em 2014 e no início de 2015, reações exageradas veiculadas em meios de comunicação e, até mesmo, na Câmara dos Deputados, onde reverberou com frequência a ideia de que a participação em questão seria uma forma de ataque à democracia representativa. Conforme debatido na primeira seção, a Constituição de 1988 estabeleceu as bases de uma democracia que pretende amalgamar participação e representação, a qual vem sendo institucionalizada por meio de diversos atos administrativos e legislativos, inclusas emendas constitucionais, ao longo de diferentes governos. Os conselhos existentes hoje no Brasil indicam a materialização institucional de preceitos constitucionais e, nesse sentido, a literatura inclusive contribui para destacar que não ameaçam em nada a democracia representativa, pelo contrário, seu objetivo é arejá-la incluindo mais atores sociais nos processos de formulação de políticas públicas.

O presente artigo visou contribuir através da discussão sobre a dimensão territorial que assumiram ao longo do tempo as iniciativas participativas no Brasil e na Venezuela. Buscou-se destacar que as estruturas que o decreto 8.243 propõe expandir no caso brasileiro, já existem e foram reguladas pelo país mediante leis aprovadas pelos próprios poderes legislativos municipais, estaduais e nacional, de modo que é difícil imaginá-las enquanto usurpadoras da perspectiva de representação eleitoral. Por outro lado, não há como esquivar o fato de que a proposta por decreto, fez com que a própria base dos movimentos sociais olhasse com desconfiança a tentativa de promoção de uma rede de integração entre os até então pulverizados conselhos setoriais. Deste modo, demonstrou-se que a crítica responsável por associar participação a uma ameaça aos mecanismos representativos tradicionais não faz sentido no Brasil, onde a participação sempre foi vista como veículo de aperfeiçoamento do governo representativo. Não obstante, atestou-se sua pertinência conquanto ao caso venezuelano, onde a própria Constituição aponta para um sistema de transferência de competências, regulamentado e radicalizado nos decretos implementados por lei habilitante após 2010.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, D. (2010). “Metamorfose da representação política: lições práticas dos conselhos de saúde no Brasil”. In: AVRITZER, L. (org.). **A dinâmica da participação local no Brasil**. São Paulo: Cortez.

AVRITZER, L. (2009), **Participatory Institutions in Democratic Brazil**. **Washington**: Woodrow Wilson Center Press; Baltimore: The Johns Hopkins University Press.

BAIOCCHI, G. (2002/2003), ‘Synergizing Civil Society: State Civil Society Regimes. In: Porto Alegre, Brazil.’y **Political Power and Social Theory** 15:3-86.

BERTONCELO, E. (2009) **Eu quero votar para presidente**”: uma análise sobre a Campanha das Diretas. *Lua Nova*, São Paulo, 76: 169-196.

CARDOSO, R.. (2004). “A trajetória dos movimentos sociais” In: DAGNINO, Evelina (org). **Anos 90: política e sociedade no Brasil**. São Paulo: Brasiliense.

CARVALHO, J. M.(2001). **Cidadania no Brasil: O longo caminho**. Vol 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira

CITTADINO, G.. (1999) **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CONNIFF, M..(1975) “Voluntary associations in Rio: 1870-1945”. **Journal of Interamerican Studies and World Affairs**. , vol. 17, n 01, p. 64-82.

CONSTANT, B.. (1985) Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos. **Revista Filosofia Política** no. 2.

CONSTITUCIÓN de la República de Venezuela (1961). Disposiciones Transitorias. **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**: No. 662, extraordinaria, 23 de enero de 1961.

CONSTITUCIÓN de la República Bolivariana de Venezuela (1999). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**. Año CXXVII-Mes III. Caracas, jueves 30 de diciembre de 1999.

DAHL, R..(2012) **A Democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes.

D’ÁVILA, P. M. (2000). **Democracia, clientelismo e cidadania**: a experiência do orçamento participativo no modelo de gestão pública da cidade de Porto Alegre. Tese de Doutorado, Rio de Janeiro: IUPERJ/Ucam.

DURAN, P.R.F. (2013) **Dilemas do controle social na construção do Sistema Único de Saúde (SUS) no âmbito do Estado do Rio de Janeiro**: um estudo sobre o Conselho Estadual de Saúde (CES/RJ). Tese [Doutorado em Ciências na área de Saúde Pública]. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca.

FARIA, C. F.(2010). **Estado e Organizações da sociedade civil no Brasil contemporâneo**: construindo uma sinergia positiva? Rev. Sociol.Polít., Curitiba, v.18, n. 36, p. 187-204, jun.

FARIA, A. M. T. (2014), **Participação e representação**: as políticas públicas de saúde no Rio de Janeiro. Tese de doutoramento, Rio de Janeiro: Departamento de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

GARCÍA-GUADILLA, M. P.. (2007). **El poder popular y la democracia participativa en Venezuela**: los Consejos Comunales, ponencia presentada en la XXVII Conferencia Internacional de la Latin American Studies Association (LASA), Montreal, Canadá.

GARCÍA, X.. "Las Organizaciones Sociales Venezolanas como espacio de actuación del Trabajo Social. Caso Consejos Comunales. **CONSIDERACIONES TEORICAS e INTERVENCION DEL TRABAJO SOCIAL**". RUMBOS TS, año VII, Nº 8, 2013. pp. 59-71

HARVEY, D. (2005). **A condição Pós-Moderna**. 14ª ed. São Paulo: Loyola.

IBGE. 2001. **Indicadores dos municípios brasileiros**.

IBGE. 2012. MUNIC 2011. **Perfil dos municípios brasileiros**.

KOWARICK, L.. **A espoliação urbana**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1980.

LAMOUNIER, B.; WEFFORT, F.; BENEVIDES, M. (1981) eds. **Direito, Cidadania e Participação**. São Paulo: T. Queroz.

LAVALLE, A.; ISUNZA, E..(2011) **A Trama da crítica Democrática: Da participação à representação e à accountability**. Lua Nova, São Paulo, 84: 95-139, 2011.

Ley de Los Consejos Comunales (2006). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela** No 5.806, Extraordinario, de fecha 10 de abril de 2006.

Ley Orgánica del Poder Popular (2010). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**: N°e6.011, Anõ.CXXXVII- Mes III. Caracas, Martes 21 de diciembre de 2010.

Ley Orgánica de la Planificación Pública y Popular (2010). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**: N°6.011, Anõ.CXXXVII- Mes III. Caracas, Martes 21 de diciembre de 2010.

Ley Orgánica de las Comunas (2010). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**: N°6.011, Anõ.CXXXVII- Mes III. Caracas, Martes 21 de diciembre de 2010.

Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal (2010). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**: N° 6.011, Anõ.CXXXVII- Mes III. Caracas, Martes 21 de diciembre de 2010.

LESSA, R.. “A Constituição Brasileira de 1988 como experimento de filosofia pública: um ensaio”. In : **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. BRANDÃO, RIDENTI & OLIVEN (org.). São Paulo: Aderaldo & Rothschild : Anpocs, 2008, p. 363-395.

LÓPEZ MAYA, M. (2008). “Innovaciones participativas y poder popular en Venezuela” (En: PACHANO, S. comp. **Temas actuales y tendencias en la ciencia política**). Ecuador : FLACSO-Ecuador: Ecuador. Ministerio de Cultura, - pp.197-205.

LUCHMANN, L. (2011). **Associações, Participação e Representação: Combinações e Tensões**. Lua Nova, São Paulo, 84: 353-364.

PATEMAN, Carole. (1970) **Participation and Democratic Theory**. Cambridge University Press.

PILATTI, A.. (2008) **A Constituinte de 1987-1988. Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

PONTUAL, P.. (2014) In: Lavalle, Adrian Gurza, & Szwako, José.. **Origens da Política Nacional de Participação Social: Entrevista com Pedro Pontual**. Novos Estudos - CEBRAP, (99), 91-104.

REIS, F. W. (1986) **Cadernos de Conjuntura**: IUPERJ. n.7, setembro.

SANTOS & POGREBINSCHI. (2011) **Participação como Representação: O Impacto das Conferências Nacionais de Políticas Públicas no Congresso Nacional**. DADOS –Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro. Vol. 54: 259-305.

SANTOS, W. G. (1993) **Razões da Desordem**. Rio de Janeiro: Rocco.

SINERGIA, I. (2012). **Cifrando y descifrando la sociedad civil**. Disponível em: < <http://www.sinergia.org.ve/wp-content/uploads/2012/01/isc-venezuela-informe-analicc81tico-de-paicc81s1.pdf>>. Acessado em setembro 2012

TATAGIBA, L. & BLINKSTAD. 2011. “**Como se fosse uma eleição para vereador**”. Lua Nova, São Paulo, 84: 175-217.

TEIXEIRA, A., (2013). **Para além do voto: uma narrativa sobre a democracia participativa no Brasil (1975-2010)**. Tese de doutoramento: Campinas, Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.

TELLES, V.. (2001). **Pobreza da cidadania**. São Paulo: Editora 34.

VICIANO PASTOR, R.; MARTÍNEZ DALMAU, R.. (2010) Aspectos Generales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. In: **El nuevo constitucionalismo em America Latina**. Quito: Corte Constitucional.

WERNECK VIANNA, L.; CARVALHO, M. A. R. de. Experiência brasileira e democracia. In: CARDOSO, S. (Ed.). **Retorno ao Republicanismo**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2004.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM
DIREITO E SOCIEDADE DO
UNILASALLE**

**GT - LUTA POR DIREITOS: PARA UM MAPA
JURÍDICO CONCEITUAL DAS LUTAS SOCIEAIS
CONTEMPORÂNEAS**

CANOAS, 2015

BIOPROSPECÇÃO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA SOCIOBIODIVERSIDADE

Rodolfo Souza da Silva

Taysa Schiocchet

RESUMO: O presente trabalho tece algumas considerações acerca dos direitos da sociobiodiversidade, como o seu surgimento, previsão e lutas para a sua efetivação. Diante da obtenção dos saberes tradicionais para fins econômicos e científicos, na maioria dos casos as diversidades biológicas e culturais desses grupos são desrespeitadas. Assim, surge uma problemática situada na capacidade do direito de considerar tais diversidades, assim como concretizar os direitos socioambientais já estabelecidos. Diante desse problema, o objetivo deste trabalho é identificar e analisar as maneiras de concretizar esses direitos socioambientais, identificando os discursos para desproteção e a luta para efetivação do ordenamento socioambiental, analisando formas e possibilidades de modelos/desenhos institucionais que possam considerar a sociobiodiversidade. Para o alcance do objetivo proposto, a metodologia utilizada foi de natureza qualitativa, de caráter exploratório, mediante um levantamento bibliográfico e documental, a partir de uma perspectiva interdisciplinar. A discussão e adoção de desenhos/modelos institucionais é um caminho a ser traçado e que indica a possibilidade de direitos da sociobiodiversidade serem resguardados, tendo destaque o modelo contratual, o qual coloca os grupos tradicionais como protagonistas no acesso aos seus bens socioambientais.

PALAVRAS-CHAVE: biotecnologia; sociedades tradicionais; direitos da sociobiodiversidade.

1 INTRODUÇÃO

Os avanços alcançados pelo desenvolvimento tecnocientífico nos últimos tempos colocaram a humanidade diante de situações que até então pareciam inimagináveis e inquestionáveis. Novos métodos de pesquisa, desenvolvimento de produtos e serviços tecnológicos e novas tecnologias surgem a toda hora e são muito presentes no dia a dia da sociedade.

Se, por um lado, as novas tecnologias são criadas com o propósito de dar esperanças de uma melhoria de qualidade de vida, por outro, criam uma série de controvérsias e contradições que precisam ser analisadas e discutidas, principalmente considerando os impactos destas tecnologias nos conhecimentos e na sociedade.

A apropriação dos saberes tradicionais, tanto para fins econômicos, quanto para fins científicos, demonstram na maioria dos casos violação dos direitos da sociobiodiversidade, ante a desconsideração das diversidades culturais e biológicas desses grupos, bem como o descumprimento da obtenção do consentimento prévio informado e da repartição de benefícios.

Surge então um problema, situado na capacidade do direito de considerar tais diversidades, assim como concretizar os direitos socioambientais já estabelecidos. Diante desse panorama, o presente texto pretende identificar e analisar as maneiras de concretizar esses direitos socioambientais, discorrendo sobre a construção, prática e significações dos saberes tradicionais, o surgimento dos direitos socioambientais e a indicação destes direitos na ordem jurídica, o uso dos saberes tradicionais para finalidades econômicas e científicas, identificando os discursos para desproteção e a luta para efetivação do ordenamento socioambiental, analisando formas e possibilidades de modelos/desenhos institucionais que considerem a sociobiodiversidade.

2 CONSTRUÇÃO, PRÁTICA E SIGNIFICAÇÕES DOS SABERES DAS SOCIEDADES TRADICIONAIS. O SURGIMENTO DOS DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS

Os grupos sociais conhecidos como sociedades tradicionais¹ tem grande conhecimento do mundo natural, vivem em harmonia com a natureza e possuem práticas e saberes próprios em relação a biodiversidade, desenvolvendo formas

¹ Diegues e Arruda (2001, p.27) entendem sociedades tradicionais como sendo grupos humanos diferenciados sob o ponto de vista cultural, que reproduzem historicamente seu modo de vida, de forma mais ou menos isolada, com base na cooperação social e relações próprias com a natureza. Tal noção refere-se tanto a povos indígenas quanto a segmentos da população nacional, que desenvolveram modos particulares de existência, adaptados a nichos ecológicos específicos.

especiais de manejo. Em sua maioria, vivem numa economia de subsistência, em que o uso sustentável dos recursos é uma questão de autopreservação. Grande parte desses grupos está concentrada nos trópicos, onde a riqueza da diversidade biológica possibilita maiores condições de sobrevivência (HELENE; BICUDO, 1994).

Inseridos nesse contexto, os conhecimentos tradicionais², assim como a língua, os costumes e as crenças em deuses e seres especiais, passaram por um processo de aprendizado, de experiência e de descoberta, permitindo a sobrevivência, a cura de diversos males, o culto aos rituais, a crença nos mitos, e, sobretudo, a continuidade da vida em comunidade (KRETZMAN; SPAREMBERGER, 2008, p.114).

Todo esse processo é permitido em virtude da prática desses saberes acontecerem em contextos peculiares de comunidade, território, transmissão e significações atribuídas por seus detentores. Destacam-se, a título exemplificativo, as práticas do povo *Sawhoyamaxa* no Paraguai³, as quais são associadas à medicina tradicional e utilizam os recursos naturais do seu território. Essa sociedade tradicional foi retirada de seus territórios e obrigada a viver às margens de rodovias. Como consequência, ficaram impossibilitados de viver conforme a sua cultura, não exercendo os seus conhecimentos tradicionais, o que resultou na configuração de uma condição de vulnerabilidade no aspecto médico e sanitário, em razão da limitação de acesso às ervas tradicionais que auxiliam os cuidados com a saúde de seu povo e, como resultado, muitos vieram à óbito (MOREIRA, 2011).

² Para Mares (2010, p.23) os conhecimentos tradicionais associados é o nome dado ao conjunto de saberes acumulados por um povo, compartilhado ou não com outros povos, fundados em práticas, tradições e cultura e usos, associados ou não à natureza na qual vivem.

³ O caso *Sawhoyamaxa* versus Paraguay tramitou na Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2006 e envolveu a relação entre o direito de exercer os conhecimentos tradicionais e o direito à vida e à saúde. Para mais detalhes, ver em: COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. *Sentencia de 29 de Marzo de 2006*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf> Acesso em: 20 out. 2013.

Identifica-se, dessa maneira, um aspecto solidário que as sociedades ditas tradicionais possuem nas suas relações sociais, as quais através das interações entre seus integrantes se estabelecem as identidades necessárias para o seu reconhecimento próprio, como grupo diferenciado de outros. É nesse contexto que a comunidade indígena *Ashaninka*, situada no Acre, atribui significados simbólico e religioso a árvore da palmeira murmuru. Trata-se de uma representação de seus antepassados que se transformou na árvore⁴.

Baseadas em representações, símbolos e mitos, as populações tradicionais constroem suas ações sobre o meio em que vivem. Alguns povos acreditam que existem entes mágicos que castigam os que destroem as florestas, maltratam os animais ou pescam mais do que o necessário. Por isso, Castro (2000, p.167) afirma que nas sociedades ditas tradicionais, e no seio de certos grupos agroextrativos, o trabalho encerra dimensões múltiplas, reunindo elementos técnicos com o mágico, o ritual e o simbólico.

Para estas comunidades, a biodiversidade pertence tanto ao domínio natural, como ao da cultura, a qual encerra um conjunto de manifestações espirituais, religiosas, sociais, e familiares, gerando um conhecimento ou maneira de pensar que permite às populações tradicionais entender a biodiversidade, manuseá-la e enriquecê-la. Percebe-se que o saber tradicional é constituído pela estreita relação entre o aspecto cultural da comunidade e o meio ambiente em que vivem, sendo esse conhecimento importante para o desenvolvimento e autodeterminação do grupo.

Sobre a cultura⁵, Souza Filho (2009, p.15) a coloca a partir do amplo conceito antropológico, como sendo o elemento identificador das sociedades

⁴ Nawiriri e seu neto encontraram um Ashaninka, que, contrariamente aos outros, deixava sua barba crescer. Ao encontrar esse humano, diferentes dos demais, o menino surpreso perguntou ao avô: 'O que é isso?'. NawiriRI perguntou então "para o ashaninka barbudo: 'Porque você está barbudo assim?'. O Ashaninka respondeu que ele gostava de usar barba. Nawiriri disse: 'Então, agora, você vai virar murmuru. Você vai ter sempre barba e os outros Ashaninkas vão se alimentar do teu cérebro'. Assim, para os Ashaninka, o murmuru não é apenas um vegetal, mas um de seus antepassados, transformado nessa espécie de palmeira pelo Tasorentsi Nawiriri (BRASIL, 2013, p.6).

⁵ O preâmbulo da Declaração Universal de Diversidade Cultural a cultura deve ser considerada como um conjunto distinto de elementos espirituais, materiais, intelectuais e emocionais de uma sociedade ou de um grupo social. Além da arte e da literatura, ela

humanas e engloba tanto a língua na qual o povo se comunica, conta suas histórias e faz seus poemas, como a forma de preparar seus alimentos, de se vestir, as edificações que lhe servem de teto, suas crenças, sua religião, o saber e o saber fazer as coisas, seu direito, assim como os instrumentos de trabalho, as armas e técnicas agrícolas.

Da mesma forma que a diversidade biológica, a diversidade cultural é essencial para a vida de todos, em especial das sociedades tradicionais que convivem de maneira mais próxima da natureza e relacionam-se com esta através das práticas desenvolvidas no seu meio social, de modo que a ameaça aos bens culturais e ambientais trazem risco na garantia da existência e sobrevivência da sociedade como um todo.

Como reação às ameaças da exploração predatória, do desmatamento das florestas e fundada em ideais multiculturais, surgiu no Brasil o movimento socioambientalista, o qual fortalecido com o advento da Constituição de 1988. Relata Santilli (2005, p.31) que o socioambientalismo brasileiro surgiu na metade dos anos 80, a partir de articulações políticas entre os movimentos sociais e o movimento ambientalista, identificando a mencionada corrente como o processo histórico de redemocratização do país, consolidado com a promulgação da Constituição de 1988.

Esse movimento veio colaborar com a inserção da questão da preservação ambiental aliada ao respeito pelas comunidades e aos conhecimentos tradicionais e da luta por justiça social em vários níveis e instituições, inclusive contribuindo para a consagração de direitos socioambientais na Constituição de 1988 (KRETZMANN, 2007). Diante da realidade em que surgiu o socioambientalismo, as bases utilizadas na sua consolidação se sustentam na ideia de que as políticas públicas ambientais devem ter uma postura inclusiva, envolvendo sociedades tradicionais e os seus respectivos conhecimentos e práticas que envolvem não só manejo e a relação com o meio ambiente, mas a ligação que esses saberes possuem com a cultura e vida desses grupos.

abarcam também os estilos de vida, modos de convivência, sistemas de valores, tradições ou crenças (UNESCO, 2001).

Por isso, ultrapassando o aspecto da sustentabilidade estritamente ambiental, “o novo paradigma de desenvolvimento preconizado pelo socioambientalismo deve promover e valorizar a diversidade cultural e a consolidação do processo democrático no país, com ampla participação social na gestão ambiental” (GUIMARÃES, 2001, p.55).

Por isso, Souza Filho (2009, p.15) afirma que o meio ambiente, entendido em toda a sua plenitude e de um ponto de vista humanista, compreende a natureza e as modificações que nela vem introduzindo o ser humano. Dessa maneira, o meio ambiente é composto pela terra, a água, o ar, a flora, a fauna, as edificações, as obras de arte e os elementos subjetivos e evocativos, como a paisagem, lembranças do passado, inscrições, marcos ou sinais de fatos naturais ou da passagem de seres humanos, sendo que, exemplifica o autor, para compreender o meio ambiente é tão importante a montanha, como a evocação mística que dela faça o povo.

O socioambientalismo surge, então, como um movimento de extrema importância para países em desenvolvimento e ricos em diversidade biológica e cultural, a exemplo do Brasil. Como mencionado, esse movimento desferiu forte influência na incorporação dos direitos socioambientais na Constituição, oportunidade encontrada também para inserir o multiculturalismo no espaço jurídico-constitucional.

Além da proteção ao meio ambiente prevista no art.225, a Constituição protege também a sociodiversidade, nos seus arts. 215 e 216⁶, os quais, nos dizeres de Santilli (2005, p.75) consagram a ideia de que o patrimônio cultural abrange os bens culturais referenciadores dos diferentes grupos formadores da

⁶ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

sociedade brasileira, valorizando, assim, a rica sociodiversidade brasileira, e o reconhecimento do papel das expressões culturais de diferentes grupos sociais na formação da identidade cultural brasileira.⁷

É que o novo conceito de patrimônio cultural incorporado engloba não só os bens culturais materiais ou tangíveis, mas também os imateriais e intangíveis. Nesta senda, o art.215 é claro quando estabelece que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, incluindo entre estes as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver e as criações científicas, artísticas e tecnológicas dos diferentes grupos sociais brasileiros, não sendo possível compreender os bens culturais sem considerar os valores neles investidos e o que representam na sua dimensão imaterial, pelo que também não seria possível entender a dinâmica do patrimônio imaterial sem o conhecimento da cultura material que lhe dá apoio (SANTILLI, 2005, p.78).

Desse modo, os conhecimentos tradicionais associados possuem uma íntima relação entre a diversidade biológica e cultural, sendo ambas condição para uma maior sustentabilidade global, a partir da conservação da sociobiodiversidade. Considerando os bens culturais e ambientais que se relacionam com as sociedades tradicionais, o advento dos direitos socioambientais tem a finalidade de tutelar a nova categoria jurídica de bens chamados socioambientais, que para Souza Filho (2009, p.38) são:

aqueles que adquirem essencialidade para a manutenção da vida de todas as espécies (biodiversidade) e de todas as culturas humanas (sociodiversidade). Assim, os bens ambientais podem ser naturais, culturais, ou, se melhor podemos dizer, a razão da preservação há de ser predominantemente natural ou cultural se tem como finalidade a bio ou a sociodiversidade, ou ambos, numa interação necessária entre o ser humano e o ambiente em que vive.

Esses bens visam garantir a proteção da sociobiodiversidade, que compreende os bens ambientais, culturais e étnicos e suas formas de interação, os quais garantem a continuidade da vida das sociedades tradicionais nas suas variadas faces de expressão de cores, formas e manifestações.

⁷ Nos mencionados dispositivos constitucionais, verifica-se uma clara ampliação da noção de patrimônio cultural, a valorização da pluralidade cultural e um espírito de democratização das políticas culturais, inseridos em um contexto de busca da concretização da cidadania e de direitos culturais (SANTILLI, 2005, p.74).

Ainda nesse contexto, com o crescente uso degradante e excessivo dos recursos naturais, bem como de problemas ambientais que extrapolavam fronteiras geopolíticas, a proteção da biodiversidade tornou-se um debate mundial sobre equidade, revestido de questões envolvendo o crescimento econômico e a pobreza global, ensejando na realização de negociações no âmbito internacional⁸, as quais resultaram na elaboração da Convenção de Diversidade Biológica, durante a realização da Conferência das Nações Unidas para Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, em 1992.

Os objetivos da Convenção, nos dizeres de Santilli (2005, p.44),

são a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos. Nos termos da convenção, o acesso aos recursos biológicos e genéticos deve estar sujeito ao “consentimento prévio informado” dos países de origem e das populações tradicionais detentoras dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, e os benefícios derivados da utilização comercial, ou de qualquer natureza, de tais recursos devem ser compartilhados de forma “justa e equitativa” com esses países e essas populações, inclusive através de transferência de biotecnologia e da participação dos países de origem nas atividades de pesquisa.

Em nível nacional foi editada a Medida Provisória 2.186-16/01⁹, que dispõe sobre o patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, à repartição de benefícios e o acesso à transferência de tecnologia. O instrumento legal dispõe sobre a repartição justa e equitativa de benefícios e garante este direito aos grupos tradicionais.

⁸ Em resposta aos problemas ambientais mundiais, as Nações Unidas convocou e patrocinou a primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano em 1972 (Conferência de Estocolmo), a qual estabeleceu uma série de princípios de comportamento e responsabilidade, convocando todos para cooperarem na busca de solução para problemas ambientais. Nos anos 80, desenvolveram paralelamente a Convenção dos Recursos Fitogenéticos da FAO em 1983 e o “Relatório Brundtland”, de 1987, responsável pela difusão do conceito de desenvolvimento sustentável e por uma nova abordagem ambiental. Para mais detalhes desse contexto, ver: SANT’ANA, Paulo José Peret. *A bioprospecção no Brasil: contribuições para uma gestão ética*. Brasília: Paralelo 15, 2002, p.40-41.

⁹ Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica. Essa espécie normativa é bastante criticada por ter atropelado o debate legislativo sobre o assunto, ocasionado pela celebração e repercussão do polêmico e desvantajoso acordo entre a BioAmazônia e *Novartis Pharma*, bem como por não se preocupar com a proteção do conhecimento tradicional associado.

Dessa maneira, o acesso aos recursos da biodiversidade e ao conhecimento tradicional associado depende do consentimento prévio e informado das populações tradicionais e da repartição de benefícios resultantes da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir desses recursos e conhecimentos. Entretanto, é necessário considerar no cumprimento destas regras a estreita relação que as populações tradicionais possuem com os seus conhecimentos, que vai de significados metafísicos a identitários, influenciando não só na preservação do meio ambiente, mas também de suas culturas.

Estes novos direitos têm como principal característica o fato de sua titularidade não ser individualizada. Não são frutos de uma relação jurídica, mas de uma garantia genérica, que deve ser cumprida e que, no seu cumprimento, acaba por condicionar o exercício dos direitos individuais. Noutras palavras, esses direitos coletivos nascem de uma realidade, como pertencer a um povo ou formar um grupo que necessita de ar puro, água, florestas e marcos culturais preservados, ou ainda garantias para viver em sociedade. Essa característica os afasta do conceito de direito individual concebido em sua integridade na cultura contratualista ou constitucionalista do século XIX, pois todos são sujeitos do mesmo direito, todos dispõem dele, mas ao mesmo tempo ninguém pode dele dispor, contrariando-o, porque a disposição de um seria a violação do direito de todos os outros (SOUZA FILHO, 2003, p.94).

Ao passo do surgimento dos direitos socioambientais, o uso de novas tecnologias, a exemplo da biotecnologia, tornou-se uma constante, sendo necessário para o andamento das pesquisas e o desenvolvimento dessa tecnologia a obtenção de material genético da biodiversidade, resultando no avanço desta tecnociência aos recursos biológicos e aos saberes das sociedades tradicionais, principalmente aquelas situadas em países de terceiro mundo, trazendo a tona o debate sobre a concretização dos direitos socioambientais previstos.

3 AS SOCIEDADES TRADICIONAIS NA ERA DO ACESSO: USO DE CONHECIMENTOS TRADICIONAIS COMO MATÉRIA-PRIMA DA BIOTECNOLOGIA E DISCURSOS DE DESPROTEÇÃO

A biotecnologia é qualquer técnica que utilize organismos vivos (ou parte de organismos), com objetivos que variam entre: produção ou modificação de produtos, aperfeiçoamento de plantas ou animais e descoberta de microorganismos para usos específicos. Para Abrantes (2002, p.71) ela é toda a tecnologia de produção industrial que utiliza seres vivos ou partes funcionais isoladas de seres vivos, expondo, dessa maneira, a importância do material genético nos dias de hoje. Por isso, possuir ou ter acesso¹⁰ à biodiversidade tornou-se algo estratégico.

Essa nova tecnologia acarretou a corrida para o desenvolvimento dos produtos e processos biotecnológicos e a obtenção de patentes e da propriedade intelectual a partir deles, transformando os recursos genéticos e os conhecimentos tradicionais das populações tradicionais em verdadeiros objetos de trocas e comércio (AZEVEDO, 2005). O uso de informações como principais propulsores da economia já é uma realidade do nosso dia a dia.

Na nova era os mercados estão cedendo lugar às redes e a noção de propriedade física ou material está sendo substituída rapidamente pelo acesso. Segundo Rifkin (2001, p.4), na economia de rede da chamada Era do Acesso¹¹ o capital intelectual é a sua força propulsora, sendo por isso muito cobiçado. Conceitos, ideias e imagens são os verdadeiros itens de valor na economia. A riqueza já não é mais investida no capital físico, mas na imaginação e na

¹⁰ O acesso diz respeito à obtenção de amostra de componente do material genético, informação sobre conhecimento ou prática individual ou coletiva, para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, visando a sua aplicação industrial ou de outra natureza.

¹¹ Nessa nova Era, negociam-se informações e serviços, consciência e experiência vivida, em que o material dá lugar ao imaterial e a transformação do tempo em commodity se torna mais importante que a expropriação do espaço, as noções convencionais de relações de propriedade e mercados, que vieram a definir o estilo industrial de vida, tornando-os cada vez menos relevantes. Para mais informações ver em (RIFKIN, 2001).

criatividade humana, os quais são detidos pelos fornecedores, alugado ou licenciado para terceiros, para uso limitado.

Para acesso aos saberes tradicionais e aos princípios ativos identificados por esses conhecimentos, utilizam-se da chamada bioprospecção, que segundo Sant'Ana (2002, p.65) é a exploração da diversidade biológica por recursos genéticos bioquímicos de valor comercial e que, eventualmente, pode fazer uso do conhecimento de comunidade indígenas ou tradicionais.

Na prática, a bioprospecção, a exemplo do que ocorre na indústria farmacêutica, é voltada para a busca de novos compostos bioquímicos, a partir do *screening* de extratos biológicos, cujos princípios ativos serão aproveitados para a produção de novos medicamentos (SANT'ANA, 2001, p.66).

Dentre as formas de bioprospecção utilizadas, destaca-se a estratégia de busca etnobotânica, a qual visa a verificação da viabilidade comercial dos extratos utilizados por curandeiros, envolvendo no segundo momento o isolamento do composto químico e a expansão da pesquisa com vistas à inclusão de outras espécies conhecidas na produção de compostos similares, sendo que as plantas e animais selecionados o são por sua reconhecida capacidade de produzir compostos com efeitos terapêuticos e toxicológicos significativos. Tem-se, ainda, que alguns extratos biológicos utilizados pelas populações tradicionais podem, em última instância, fornecer protótipos para drogas eficazes para outras doenças que não sejam o enfoque terapêutico original dos medicamentos utilizados por essas populações (SANT'ANA, 2002, p.74-75).

A adoção desta estratégia veio a partir da constatação pelas empresas biotecnológicas de que o acesso ao conhecimento tradicional das populações tradicionais torna a pesquisa e desenvolvimento biotecnológicos mais barato e rápido no que diz respeito ao acesso a recursos genéticos. Segundo Rodriguez (2011, p.28) diante do alto custo e risco dos empreendimentos na área de biotecnologia, os saberes tradicionais levam à "queima" de etapas da pesquisa. Assim, pode-se focar o estudo em uma planta ou em um procedimento agrícola cujos efeitos já são relativamente conhecidos, de forma a acelerar os resultados finais.

Grande parte do valor das indústrias baseadas na informação, como finanças, entretenimento, comunicações, serviços e educação está em ativos intangíveis. As indústrias da ciência da vida, como a biotecnologia agrícola, fibra, materiais de construção, energia e farmacêuticas, também dependem bem mais de ativos intangíveis, principalmente da propriedade intelectual e do *know-how* científico, e respondem por 15% adicionais da economia (RIFKIN, 2001, p.43). Essa dependência que a indústria biotecnológica possui dos direitos de propriedade intelectual¹² se dá em virtude da necessidade de resguardar a informação obtida, transformada em bens e serviços, bem como garantir o retorno financeiro do investimento em pesquisa e desenvolvimento e a sua consolidação no mercado.

Por essa razão os saberes tradicionais passaram a ser vistos como importante matéria-prima da indústria biotecnológica, trazendo a tona alguns discursos¹³ “tecnocientíficos” utilizados por esse ramo científico-industrial para se eximir do dever ético e jurídico de tutela dos conhecimentos tradicionais, ora desconstituindo tais saberes, ora atribuindo características que justifiquem a sua desproteção¹⁴.

Dentre os discursos, válido mencionar o que Bonesso e Cavalheiro (2014, p.174) ressaltam quanto ao embate entre conhecimento tradicional – base secular de formação das sociedades, calcado principalmente na diversidade de culturas – e a ciência moderna, que postula sua primazia, já que sua validade tem como

¹² Caracterizam-se como sendo a soma dos direitos que incidem sobre as concepções ou as produções da inteligência, trazidas à indústria para sua exploração ou para o proveito econômico de quem as inventou ou as imaginou. A propriedade industrial envolve a proteção assegurada pelo Estado às marcas e às patentes (DEL NERO, 2004, p.47).

¹³ Alguns autores relatam as diferenças e inaplicabilidades entre o conhecimento científico e o conhecimento tradicional, não contribuindo este, em razão disso, para progresso da ciência, pois os usos tradicionais não coincidem necessariamente com esse progresso (CUNHA, 2007, p.78-80; DURAN; RIGOLIN, 2011, p.79). Outros mencionam o fato de não considerar o conhecimento como tradicional, a partir da constatação de sua disseminação e as dificuldades de se determinar a origem do desse conhecimento disseminado (KAMAU, 2009, p.171-172).

¹⁴ Além dos direitos socioambientais acima previstos, buscam se eximir do cumprimento da Convenção de Diversidade Biológica, a qual estabelece a necessidade de obtenção do consentimento prévio informado e da repartição justa e equitativa dos benefícios, nos seus artigos 15,5 e 8,j, bem como, no caso do Brasil, da Medida Provisória nº. 2.186-16/01, que também estabelece as mesmas disposições nos arts.16, §9º e 24.

origem a aplicação de métodos cientificamente comprovados. Monta-se uma lógica perversa, onde só é válido aquilo que se constrói a partir dos cânones científicos. A diversidade cultural e de pensamento é sufocada por uma única visão de ciência, que aqui chegou pela mão de conquistadores.

Disso resultam outros discursos, como aquele que preconiza o entendimento de que o conhecimento tradicional é mera matéria prima, não sendo possível entendê-lo como um processo de inovação das sociedades tradicionais, passando a ser visto como matéria prima da inovação proporcionada somente pelo conhecimento científico, tornando-se objeto de Direitos de Propriedade Intelectual. Nesse sentido, Sunder (2006, p.5) visualiza uma oposição entre a propriedade intelectual e os conhecimentos tradicionais, identificando esses saberes como matéria prima da inovação, já que antigos, estáticos e naturais, ao contrário daquela, considerada uma invenção moderna, dinâmica, científica e cultural.

Nesse sentido, dado o papel central que o conhecimento científico desempenha no processo de geração de inovações (produtos a serem lançados no mercado), ele passa a ser protegido por Direitos de Propriedade Intelectual e, portanto, deixa de pertencer ao “domínio público”. No entanto, o conhecimento tradicional é considerado como de “domínio público”, uma vez que não se enquadra nos sistemas de propriedade intelectual existentes, apesar de não ser essa a concepção aceita nas próprias comunidades (CASTELLI; WILKSON, 2002, p.104).

Por esse discurso, mesmo na hipótese de se considerar a obtenção do consentimento prévio informado de determinada sociedade tradicional para acesso ao seu conhecimento, o grupo social detentor não teria direito a receber os benefícios decorrentes da proteção da propriedade intelectual, no caso da Patente obtida, pois a inovação somente se caracterizaria mediante intervenção do conhecimento científico no saber tradicional e a partir da aplicação do material biológico acessado nos processos biotecnológicos.

Salienta-se, nesse panorama, a aprovação¹⁵ do Acordo Sobre os Aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual -TRIPS¹⁶ pela comunidade internacional globalizou os direitos de propriedade intelectual e introduz as patentes e os direitos de propriedade intelectual em sementes, plantas, animais e microorganismos (SHIVA, 2005, p.324). Isso em virtude de que os fluxos de benefícios decorrentes da propriedade intelectual tem seu valor inteiramente determinado pela extensão econômica sobre o qual se aplicam os direitos exclusivos por ela assegurados, sendo necessário comercializá-la e, para tanto, protegê-la nas diferentes jurisdições (AVILA, 2011, p.90).

As suas disposições fragilizam o potencial e as finalidades da Convenção de Diversidade Biológica - CDB, quais sejam, o uso sustentável da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais, a partir da repartição justa e equitativa dos benefícios. Isso em razão de que o TRIPS não exige como requisitos para a obtenção da patente o consentimento prévio informado e a repartição de benefícios das sociedades tradicionais bioprospectadas, bem como a inadequação dos requisitos e contextos deste direito imaterial com a proteção dos conhecimentos tradicionais. O primeiro desses requisitos diz respeito à titularidade da patente, que deverá ser pessoa física ou jurídica, estando restrito a uma dimensão individual. No caso, o conhecimento tradicional associado não se enquadra nessa dimensão, pois é fruto de uma interrelação do grupo com a natureza e com os indivíduos, estando situado no âmbito de uma dimensão coletiva.

No âmbito do sistema jurídico brasileiro constatam-se as mesmas incompatibilidades acima expostas, estando situadas entre a Lei n.9.279/96¹⁷, pois este diploma legal também não exige para a concessão da patente a indicação da origem do material genético ou do conhecimento tradicional associado, quando estes derem origem ao produto criado e a MP 2.186-16, que

¹⁵ Ao longo dos anos, visando unificar a proteção dada a Propriedade Intelectual, foram elaborados diversos tratados os quais fixaram os princípios básicos a serem seguidos e praticados pelos países que os reconhecem. O mais atual tratado relativo aos Direitos de Propriedade Intelectual é o Acordo TRIPS firmado em 1995. Sobre o histórico desses tratados ver em (DEL NERO, 2004, p.50-62).

¹⁷ Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

ao revés, determina seja indicada a origem do material genético e do conhecimento bioprospectado, como requisito para a concessão do direito de propriedade industrial, pressupondo, dessa maneira, a obtenção do consentimento prévio e informado e o estabelecimento de eventual repartição de benefícios¹⁸.

Os requisitos da patente¹⁹, quais sejam, novidade, atividade inventiva e aplicabilidade industrial também são inadequados a proteção do saber tradicional, pois o conhecimento somente é considerado novidade quando descoberto, criado ou inventado de acordo com os padrões científicos. Reforça tal ilação o entendimento de Packer e Sakuma (2011, p.86) quando expõem que o conceito de inovação estabelecido pelo TRIPS é muito restrito e visa favorecer as empresas multinacionais em detrimento dos povos das florestas, pois os próprios requisitos para a patenteabilidade são aspectos que tornam essa forma de tutela incompatível com a proteção do conhecimento tradicional.

Ao contextualizar os saberes tradicionais face aos direitos de propriedade intelectual, Santilli (2004, p.210) relata que esses conhecimentos são produzidos e gerados de forma coletiva com base em ampla troca e circulação de ideias e informações e transmitidos oralmente de uma geração a outra. O sistema de patentes protege as inovações individuais (ou, ainda que as inovações sejam coletivas, os seus autores/inventores podem ser individualmente identificados), promovendo uma fragmentação dos conhecimentos e a dissociação dos contextos em que são produzidos e compartilhados coletivamente.

Por oportuno, a prática do conhecimento tradicional não se dá dentro de um limite temporal. Ao contrário, ele é dotado de caráter intergeracional, sendo transmitido de geração em geração. As patentes limitam o tempo de exploração do objeto²⁰, produto ou serviço inventado, o que também seria incompatível com

¹⁸ art.31 da MP 2.186-16: A concessão de direito de propriedade industrial pelos órgãos competentes, sobre processo ou produto obtido a partir de amostra de componente do patrimônio genético, fica condicionada à observância do material genético e do conhecimento tradicional associado, quando for o caso.

¹⁹ O art.8º da Lei n.9.279/96 preceitua que é patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

²⁰ No Brasil o prazo de 20 (vinte) anos da duração da patente de invenção e de 15 (quinze) anos o prazo de duração da patente de modelo de utilidade.

as sociedades tradicionais, notadamente na característica comunitária e intergeracional, pois prejudicaria a titularidade das futuras gerações desses grupos.

Nesse sentido afirmam Packer e Sakuma (2011, p.86) quando dizem que não há como existir adequação dos direitos intelectuais coletivos dos povos indígenas com a lei da propriedade industrial, pois o conceito de fruição temporal posto na lei de patentes não enquadra o conhecimento tradicional, já que a titularidade das futuras gerações restaria prejudicada, inclusive no que pertine a opinar sobre a concessão dos conhecimentos para a bioprospecção.

Trabalhando um instrumental conceitual, pensando o direito e o desenvolvimento em função do valor da diversidade cultural, inspirado no motivo da inversão do espelho²¹, Rodriguez (2010, p.2) questiona se o direito ocidental pode ser um instrumento de promoção e defesa da diversidade cultural e quais são as possibilidades e limites da gramática do Direito ocidental para figurar, reconhecer e proteger a existência e a reprodução da diversidade de culturas. O autor refere, ainda, que trata-se de questionar sua capacidade de respeitar a diversidade de culturas e suas respectivas normatividades.

Como visto acima, a aplicação padronizada mundo afora do direito de propriedade intelectual, gera incompatibilidade com a racionalidade dos grupos tradicionais acerca da produção e reconhecimento de seus saberes e a estes próprios, o que acarreta, em algumas situações, na ineficácia e na luta pela efetivação dos direitos socioambientais.

No aspecto prático-jurídico, algumas situações indicam esse contexto, tanto de utilização de discursos para desproteger, quanto de luta pra efetivar direitos, a exemplo do caso *Ashaninka*²².

²¹ A despeito disso, a solução de compromisso entre modernização e iberismo de Sérgio também não abre mão de uma posição crítica diante da modernização ao inverter, pelo menos em parte, o espelho da análise para pensar o radicalizado por Richard Morse em *O espelho de Próspero*, uma espécie de paródia dos ensaios de interpretação do Brasil e da América Latina. Escrito por um estrangeiro, norte-americano, com o fim de divisar a face de seus país no espelho de Terceiro Mundo, o livro inverte não apenas o espelho, mas o ponto de vista, para interpretar seu país à luz do que ele poderia ter sido num mundo livre de sua hegemonia (RODRIGUEZ, 2010, p.2).

²² O caso, levado à julgamento na Justiça Federal do Estado do Acre, versa sobre a celebração de um convênio dos indígenas *Ashaninka* com uma ONG para que esta

Dentre as diversas alegações formuladas no processo do caso *Ashaninka*, pelo pesquisador e pelas empresas biotecnológicas (todos réus no processo), entendem que uma vez constatado que o conhecimento tradicional associado está disseminado, em domínio público, com registro na literatura nacional e estrangeira e de conhecimento de outros povos de outras regiões. Da mesma forma, em relação a finalidade a qual a comunidade tradicional destina o uso do conhecimento com o *murmuru*, esta é diferente da qual a indústria lhe atribui. Por isso, essa situação lhe retira o caráter tradicional, não sendo possível falar em sua proteção e, por consequência, em consentimento prévio informado e repartição de benefícios, estando, portanto, legal a patente obtida em nome somente das empresas e do pesquisador (BRASIL, 2013, p. 3-4).

Ao se deparar com tais alegações, o Magistrado entendeu como óbice para o reconhecimento do uso da gordura do *murmuru* como conhecimento tradicional associado, depois de manusear as provas juntadas ao processo²³, o fato de o mesmo estar disseminado, minimizando a assertiva de que o conhecimento seja tradicional e próprio dos *Ashaninka*. (BRASIL, 2013, p. 17). Da mesma maneira, entendeu o Julgador em relação ao conhecimento sobre o manejo do *murmuru*, pois “a informação sobre como deve ser plantado, coletado, espécies, armazenamento das sementes etc. não é privativa dos *Ashaninka* e há muito que é disseminada em revistas, livros, e artigos, não só no Brasil”. (BRASIL, 2013, p. 23).

financiasse pesquisas para averiguar e identificar o potencial econômico de algumas espécies vegetais e técnicas utilizadas pelos indígenas, no caso o *murmuru*, sendo pactuado entre eles que o uso das informações obtidas durante a pesquisa seria mediante prévia autorização dos indígenas. Para mais detalhes, ver (SILVA, 2014).

²³ O Ministério Público Federal juntou no inquérito civil público uma publicação que refere obra de 1949, da qual consta a informação de que da castanha do *murmuru* é extraído um óleo que é usado na "fabricação de sabonetes e xampus" (f. 81, anexo I). Além dessas obras, os litigantes trouxeram aos autos cópias de vários livros sobre as características da gordura do *murmuru*, algumas com explícita indicação de seu uso para sabonetes. Destaco, dentre outras: "apontamentos sobre as sementes oleaginosas, os bálsamos e as resinas da Floresta Amazônica", de 1927 (f. 211, anexo VIII), "Vegetable fats and oils", de 1954 (f. 215, idem); "Tecnologia de los aceites vegetales¹⁶", de 1950 (f. 218, idem), "Palms of Brazil¹⁷", de 1956 (f. 221, idem), "Plantas úteis do Brasil", de 1978. (doe. 16, anexo VII), "Amazonian oil palms of promise: a survey", de 1979 (doe. 18, idem); "Curso de Tecnologia de sabão", de 1991 (f. 225, anexo I) etc. Há várias outras obras e artigos, algumas mais recentes, outras mais antigas, descrevendo o *murmuru* e sua gordura, com indicação de seu uso para fabricação de sabonetes, sabões e xampus. (BRASIL, 2013, p. 18).

Embora se aproprie desses discursos, determinou fosse a patente também registrada em nome da comunidade tradicional, mas com fundamento no convênio celebrado entre os indígenas e a ONG responsável. Ou seja, restringiu-se a avaliar o pacto firmado, sob uma perspectiva civil, sem considerar a diversidade cultural do grupo, que atribui uma cosmologia a palmeira que gera o murmuru como sendo seu ancestral mais antigo, o que foi suscitado na petição inicial ofertada pelo Ministério Público Federal.

Além dos interesses puramente econômicos, o interesse científico ou o acesso aos saberes tradicionais e ao material biológico desses grupos também demonstram a mesma situação: o clamor pelo reconhecimento desses direitos. Sob qualquer das duas situações que se visualize a questão, a adoção de modelos/representações institucionais que consideram as diversidades e concretizem os direitos socioambientais tem sido debatidas.

4 MODELOS DE REPRESENTAÇÃO E DESENHOS INSTITUCIONAIS

Na literatura acadêmica alguns modelos de representação e desenhos institucionais tem sido debatidos, partindo do pressuposto de que a diversidade cultural pode sofrer influências e que esta pode ser respeitada. São eles: o modelo contratual e o modelo tributo-pedágio.

No modelo contratual proposto, os contratantes aparecem como protagonistas no processo de negociação, como sujeitos de direitos e mola propulsora deste e da execução do negócio. Por outro lado, num modelo regulatório que se pode chamar de tributo-pedágio, pretende-se fixar um valor a ser pago pelos interessados em explorar os conhecimentos tradicionais e que será depositado em um fundo específico ou no caixa geral da União, dos Estados ou dos Municípios, ficando o protagonismo em um momento posterior, como por exemplo, na gestão dos recursos gerados com o valor pago, sendo possível também, a ideia de um contrato cujo valor seja revertido para um fundo (RODRIGUEZ, 2011, p. 74).

No primeiro modelo, o valor ou benefício a ser recebido pela sociedade tradicional é definido entre as partes, e antes dessa definição há a obtenção do consentimento prévio informado.

Já tivemos oportunidade de mencionar que o consentimento prévio informado será possível quando a sua obtenção fornecer todas as informações que dizem respeito às finalidades pretendidas, aos benefícios a serem auferidos, aos impactos conhecidos e possíveis na diversidade biológica e cultural do grupo, aos direitos de propriedade intelectual que possam surgir e o papel desta durante as atividades de bioprospecção. Tudo em linguagem acessível e de entendimento facilitado para a comunidade a ser bioprospectada (SCHIOCCHET; SILVA, 2014, p.36). Em relação a repartição de benefícios, que viria em momento posterior a bioprospecção, consiste em equilibrar a fase anterior e posterior da atividade, balanceando a participação dos envolvidos e permitindo o acesso aos benefícios resultantes (SCHIOCCHET; SILVA, 2014, p.37).

Contudo, em que pese o modelo contratual coloque os grupos tradicionais como protagonistas e permitam, de certo modo, resguardar seus direitos, quanto a este modelo destacam-se duas problemáticas.

A primeira diz respeito à capacidade civil²⁴ da comunidade e à incapacidade técnica, de avaliar o mercado e suas práticas e desenvolver uma estratégia comercial para a negociação, sendo sugerido como solução para este último problema o estabelecimento de formas de contratação, pela sociedade tradicional, de uma assessoria técnica para tomar parte das negociações, pois será obrigado a lidar com uma racionalidade que lhe é desconhecida. (RODRIGUEZ, 2011, p. 74). Pertinente destacar nessa linha, que a solução de contratação de uma assessoria técnica pode ser bem vinda também, a depender do contexto, na definição das tecnologias a serem transferidas ou de outros benefícios que pretendam obter as comunidades tradicionais.

²⁴ O autor menciona que tanto no modelo contratual quanto no modelo tributo-pedágio, poderiam utilizar as estruturas de representação consolidadas nos territórios das comunidades tradicionais. No caso das populações difusas, seria necessário utilizar outros mecanismos, como a representação legal pelo Ministério Público, por outro organismo estatal; ou mesmo por um particular que tivesse conhecimentos do mercado de biotecnologia nomeado como representante *ad hoc* (RODRIGUEZ, 2011, p.68).

Tendo em vista o caso *Ashaninka*, citado anteriormente, o modelo contratual parece ser um desenho institucional que garanta os direitos da sociobiodiversidade, pois neste caso é pactuado todas as nuances relativas à atividade. Para que seja dado o devido consentimento prévio, também devem ser informados na oportunidade os riscos, benefícios e finalidades, resguardando assim ambas as partes, em especial as diversidades biológicas e culturais do grupo tradicional. Entretanto, ainda é preciso observar mais como o direito tem refletido sobre as questões e como tem sido a execução daqueles contratos já firmados e celebrados, em termos de impactos tecnocientíficos à sociobiodiversidade, informações e fatos muitas das vezes complicadas de obtê-las.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Discorrer sobre biotecnologia e conhecimentos tradicionais associados significa constatar de maneira indubitável que nas últimas décadas o mundo entrou na chamada “era do acesso”, na qual o capital intelectual passou a ser um importante ativo das empresas, colocando a criatividade humana e a imaginação como verdadeiros itens de valor da economia.

Na indústria biotecnológica as matérias-primas utilizadas na fabricação de bioprodutos advém dos recursos da biodiversidade. Durante o desenvolvimento das atividades de pesquisa e fabricação verificou-se que a obtenção desses recursos através do conhecimento tradicional associado gera rapidez e economia na elaboração e fabricação de seus bioprodutos. Decorrente disso, surgiram discursos justificadores para não aplicação dos direitos socioambientais, os quais tutelam a diversidade cultural e biológica, bem como exigem a obtenção do consentimento prévio informado e da repartição de benefícios.

Considerando que o conhecimento tradicional associado consubstancia elementos simbólicos, religiosos, identitários e com significados inerentes à própria vivência da comunidade, quando da apropriação desses saberes pela indústria e para fins científicos, tem sido constatado uma real luta para a concretização destes direitos, embora manifestamente previstos e de notório

conhecimento. Nesse contexto, a discussão e adoção de desenhos/modelos institucionais que contemplem as diversidades culturais e biológicas (bens socioambientais) surgem como um caminho a ser traçado, seja a nível de regulação jurídica, seja no âmbito teórico, para a concretização dos direitos da sociobiodiversidade. Dentre o eles, destaca-se o modelo contratual, pois colocam os grupos tradicionais também como protagonistas ou parte do acesso à esses bens, tendo a oportunidade de defender e efetivar os citados direitos.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, J. S. **Bio(sócio)diversidade e empreendedorismo ambiental na Amazônia**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

ARAÚJO, L. E. B.; CAVALHEIRO, L. N.. **Biodiversidade e Direito**. In: SCHIOCCCHET, Taysa; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. (Coords). Direito, Biotecnologia e Sociedades Tradicionais. Curitiba: Juruá, 2014, p.169-183.

AZEVEDO, J. P. G. de. **Os novos contornos do instituto proprietário**. A função social dos direitos autorais. (In)acesso versus funcionalização. In: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro et al. Novas Perspectivas do Direito Privado. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

AVILA, J. de P. C.. **A Constituição do Mercado Global de Tecnologia e a Regionalização dos Sistemas de Propriedade Intelectual**. In: DEL NERO, Patrícia Aurélia (Coord.). Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.81-100.

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

_____. **Medida Provisória nº 2.186-16 de 23.08.2001**: regulamenta o inciso II do §1º e o §4º do art.225 da CD, os arts. 1º, 8º, alínea “j”, 10, alínea “c”, 15 e 16, alíneas 2 e 4 da CDB, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e a transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm> Acesso em 15.mai.2014.

_____. **Lei n. 9.279/96 de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à Propriedade Intelectual. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm> Acesso em 15.mai.2014.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 15.mai.2014.

_____. 3ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária do Acre. **Ação Civil Pública n.2007.30.00.002117-3.** Autor: Ministério Público Federal. Réu(s): Fábio F. Dias – ME, Chemyunion Química Ltda., Natura Cosméticos S.A., Instituto Nacional de Propriedade Industrial e Fábio Fernandes Dias. Julgador: Juiz Federal Jair Araújo Facundes. Rio Branco, AC.

CASTRO, E.. **Território, biodiversidade e saberes de populações tradicionais.** In: DIEGUES, Antonio Carlos (Org.). Etnoconservação: novos rumos para a proteção da natureza nos trópicos. 2. Ed. São Paulo: Anablume, 2000.

CASTELLI, P. G.; WILKINSON, J.. **Conhecimento tradicional, inovação e direitos de proteção.** Revista Estudos, Sociedade e Agricultura, Rio de Janeiro, n.19, p.89-112, outubro, 2002.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia de 29 de Marzo de 2006.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf> Acesso em: 20 out. 2013.

CUNHA, M. C. da C.. **Relações e dissensões entre saberes tradicionais e saber científico.** Revista USP, São Paulo, n.75, p.76-84, setembro/novembro, 2007.

DEL NERO, P.. **Propriedade Intelectual: A tutela jurídica da biotecnologia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DIEGUES, A. C.; ARRUDA, R. S.V. (Org.). **Saberes Tradicionais e biodiversidade no Brasil. Brasília:** Ministério do Meio Ambiente, 2001.

DURAN, M. R. da C.; RIGOLIN, C. C. D.. **Os múltiplos sentidos do conhecimento tradicional: um conceito em construção.** Revista Brasileira de Ciência, Tecnologia e Sociedade, São Carlos, v.2, n.1, p.73-85, jan/jun, 2011.

GUIMARÃES, R.P. **A ética da sustentabilidade e a formulação de políticas de desenvolvimento.** In: DINIZ et al. Gilney (orgs.). O desafio da sustentabilidade: um debate socioambiental no Brasil. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

HELENE, M. E. M.; BICUDO, M. B. **Sociedades Sustentáveis**. São Paulo: Scipione, 1994.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL (IPHAN). **Registro como “Patrimônio Cultural Brasileiro”, de natureza imaterial, da Arte Kusiwa – Pintura corporal e arte gráfica Wajapi ao grupo indígena Wajãpi, Macapá, Amapá**. Disponível em:

<<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do;jsessionid=11F57496F887A2CFC690D933B3066FC5?id=356>> Acesso em 22 out.2013.

KAMAU, E. C.. **A implementação do artigo 8j da CDB, o problema do conhecimento tradicional disseminado e a experiência do Quênia**. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada, KLEBA, John Bernhard (Orgs.). Dilemas do acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais – direito, política e sociedade. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

KRETZMANN, C. G. **Multiculturalismo e Diversidade Cultural: Comunidades tradicionais e a proteção do patrimônio comum da humanidade**. 150 f. Dissertação de Mestrado. (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, 2007.

_____; SPAREMBERGER, R.. Antropologia, multiculturalismo e Direito: o reconhecimento da identidade das comunidades tradicionais no Brasil. In: COLAÇO, Luzia.(Org.). **Elementos da Antropologia Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

MARES, C. F.. **Estatuto dos povos indígenas**. Pensando o Direito. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

MOREIRA, E.. **Conhecimento tradicional e a proteção**. Revista T&C Amazônia, ano V, n.11, Junho de 2007.

_____. **Conhecimentos Tradicionais como Direitos Humanos Culturais**. Revista Internacional Direito e Cidadania. 2011. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000252>> Acesso em: 01 de jun.2013.

RIFKIN, J.. **A Era do Acesso**. São Paulo: Makron Books, 2001.

RODRIGUEZ, J.R. **Propriedade Intelectual e Conhecimentos Tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira**. Pensando o Direito. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

_____. **Inverter o espelho: o direito ocidental em normatividades plurais**. In: Rossana Rocha Reis. (Org.). Política de Direitos Humanos. São Paulo: HUCITEC, 2010.

SANT'ANA, P. J. P.. **A bioprospecção no Brasil: contribuições para uma gestão ética**. Brasília: Paralelo 15, 2002.

SANTILLI, J.. **Socioambientalismo e Novos Direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

_____. **Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico *suis generis* de proteção**. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (Orgs.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, L. G. dos. **Quando o conhecimento tecnocientífico se torna predação high-tech: recursos genéticos e conhecimento tradicional no Brasil**. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SCHIOCCHET, T.; SILVA, R. S.. **Ciência, Mercado Biotecnológico, Sociedades e Conhecimentos Tradicionais: aspectos do consentimento prévio informado e da repartição de benefícios**. In: SCHIOCCHET, Taysa; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. (Coords). *Direito, Biotecnologia e Sociedades Tradicionais*. Curitiba: Juruá, 2014, p.15-43.

SHIVA, V.. **Biodiversidade, Direitos de Propriedade Intelectual e Globalização**. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SILVA, R. S.. **Bioprospecção, Conhecimentos e Sociedades Tradicionais: a (in)suficiência dos princípios do consentimento prévio informado e da repartição de benefícios enquanto pressupostos jurídicos para a conservação da sociobiodiversidade**. 248 f. Dissertação de Mestrado (Doutorado e Mestrado em Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, 2014.

SOUZA FILHO, C. F. M.. **Bens Culturais e sua proteção jurídica**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Multiculturalismo e direitos coletivos**. In: Boaventura de Souza Santos. (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. 1ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, v.3, p.69-111.

UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATIONS (UNESCO). **Oral and Graphic Expressions of the Wajapi**.

Disponível em:

<<http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?pg=00011&RL=00049>> Acesso em 15.mai.2014

_____. **Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural**. Paris: UNESCO, 2001. Disponível em:
<<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>> Acesso em 15.mai.2014.

DIREITO E RAÇA: UM ESTUDO DAS DEMANDAS POR DIREITOS DO MOVIMENTO NEGRO NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987- 1988²⁵

Natália Neris da Silva Santos

RESUMO: O presente trabalho buscou compreender de que modo se deu a tematização do racismo e das questões raciais no momento que inaugura as possibilidades de interlocução entre sociedade civil e instituições formais no Brasil: a Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1987-1988. Por meio do estudo dos documentos que registram a participação do Movimento Negro ao longo do processo Constituinte apresento as demandas pleiteadas pelo movimento social no contexto e aquelas que efetivamente foram incorporadas no texto da Constituição Federal. O estudo revela a grande diversidade temática das demandas (que não se restringiram à questões identitárias ou raciais). Nota-se também que a Constituinte fora um momento-chave para o referido movimento social que desde tal evento tem concebido o *direito* como *campo de disputa* através da demanda por legislação infraconstitucional bem como pela luta por efetiva implementação de dispositivos e leis.

PALAVRAS-CHAVE: redemocratização; assembleia nacional constituinte de 1987-1988; Constituição; movimento negro; leis antirracistas.

1 INTRODUÇÃO

Promulgada ao final de um regime ditatorial, num contexto de deterioração da situação econômica e de intensa mobilização social – portanto em meio a *crises* política, econômica e social – a Constituição Federal de 1988 é referenciada como o marco da redemocratização brasileira.

²⁵ Este texto apresenta um dos principais resultados do trabalho “Movimento Negro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/1988): um estudo das demandas por direitos”, dissertação apresentada à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas em abril de 2015. No referido trabalho outros aspectos sobre a relação movimentos sociais/Movimento Negro e ANC são explorados dentre os quais: as lutas da sociedade civil por um processo de elaboração do texto constitucional participativo, as articulações do Movimento Negro no contexto pré-constituinte (como constituição de um movimento de caráter nacional, o apoio à candidaturas de parlamentares negros, realização de encontros e convenções) bem como a dinâmica da alteração da redação dos dispositivos presentes na Constituição Federal do início ao fim do processo.

O desenho da dinâmica de funcionamento da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) e os 583 dias de sua duração foram marcados por processos de disputas, negociações e por uma relação, sem precedentes no que se refere à intensidade, entre atores parlamentares e extraparlamentares: estima-se que dez mil postulantes franqueavam diariamente a entrada no Parlamento no período de realização da ANC (PILLATI, 2008) e que nove milhões de pessoas tenham passado pelo Congresso no período de sua realização (ROCHA, 2013). Considerando também as mobilizações pré-Constituinte (caravanas, envio de cartas, telegramas e sugestões pelos cidadãos) a participação popular atinge proporções ainda maiores em termos numéricos (BRANDÃO, 2011).

Partindo do pressuposto de que *o direito é constantemente transformado pelas lutas sociais* (RODRIGUEZ, 2013) e de que o uso desta linguagem por grupos subalternizados é capaz de visibilizar questões e contribuir para a minimização de desigualdades (WILLIAMS, 1987), o objetivo deste trabalho fora compreender de que modo se deu a tematização do *racismo e das questões raciais* neste importante momento da história brasileira.

Intentou-se *recuperar a agenda* do Movimento Negro²⁶ – ator social que buscou de fato incidir no processo de elaboração da Constituição e investigar o modo como foram recepcionadas suas demandas, *pela primeira vez*, por instâncias formais do Estado ou seja, se se refletiram (ou não) e de que modo, em caso positivo - no principal documento do ordenamento jurídico brasileiro.

A pesquisa que se valeu de análise documental contou, *para o estudo das demandas*, com registros de três naturezas distintas, a saber: (i) *sugestões* encaminhadas pelo Movimento Negro à ANC, (ii) *atas de audiências públicas* que contaram com a participação do movimento social e (iii) *emenda popular* de autoria de entidades e subscrita por um parlamentar. Todos os documentos são

²⁶ “Movimento Negro” designará neste trabalho o conjunto de iniciativas ou organizações que possuem como objetivo a promoção da igualdade racial e/ou combate ao racismo, criadas por negros e negras. Tal designação não ignora a pluralidade de matrizes ideológicas, estratégias de ação e concepções políticas e culturais existentes entre seus integrantes. Este modo de se referir ao movimento social é usual entre os/as ativistas (GONZALEZ, 1981; RUFINO, 1985), sendo esta uma das razões para sua adoção ao longo do texto.

localizáveis no Acervo *Eletrônico* da ANC e para a análise de sua totalidade, fiz uso da abordagem *indutiva-dedutiva* (CELLARD, 2012)

O artigo conta com três seções além desta introdução e considerações finais. Na primeira trato das possibilidades institucionalizadas de participação popular no processo Constituinte e da dinâmica do mesmo; na segunda apresento os/as atores/atrizes do Movimento Negro que buscaram incidir no processo constituinte bem como a forma de participação e demandas apresentadas; por fim, na terceira seção apresento os dispositivos relativos à temática racial incorporados ao texto da Constituição Federal.

2 ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE: POSSIBILIDADES DE PARTICIPAÇÃO EXTRAPARLAMENTAR E DINÂMICA DE FUNCIONAMENTO

O déficit de legitimidade do Regime autoritário somado a reiterada constitucionalização de normas antidemocráticas e de medidas de exceção por parte de militares e aliados civis, tornaram o recurso a uma Assembleia Nacional Constituinte incontornável para a instauração de um regime democrático no Brasil. (BARBOSA, 2012, ROCHA, 2013).

A gestação da ideia da necessidade de convocação da ANC se deu no interior da oposição institucional ao regime autoritário, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB) e ganhou força a partir de meados da década de 1970 graças a mobilização de diferentes atores da sociedade civil brasileira, dentre os quais a Ordem dos Advogados do Brasil, juristas, grupos ligados à Igreja Católica e uma miríade de movimentos sociais. (FERREIRA e REIS, 2007; MICHILES, et. al, 1989). Tais grupos demandavam que a ANC fosse de fato *livre, soberana, exclusiva* e mais do que isso que seu Regimento Interno (RIANC) contivesse mecanismos que garantissem a participação popular.

Funcionando paralelamente às demais atividades do Congresso, com decisões de natureza derivada, a ANC se deu de forma descentralizada, sem projetos, texto ou anteprojeto prévio e graças a intensa mobilização social contou com quatro mecanismos de participação extraparlamentar, a saber:

1) a possibilidade de encaminhamento de sugestões prevista no Artigo 13 § 11 do RIANC:

Às assembleias Legislativas, Câmaras de Vereadores e aos Tribunais, bem como entidades representativas de segmentos da sociedade fica facultada a apresentação de sugestões, contendo matéria constitucional, que serão remetidas pelo presidente da Assembleia às respectivas Comissões.²⁷

2) a previsão de 5 a 8 reuniões de cada subcomissão serem destinadas à audiências públicas com representantes da sociedade civil conforme Artigo 14 do RIANC:

As Subcomissões destinarão de 5 (cinco) a 8 (oito) reuniões para audiência de entidades representativas de segmentos da sociedade, devendo ainda, durante o prazo destinado à seus trabalhos, receber as sugestões encaminhadas à mesa ou à Comissão.²⁸

3) o mecanismo de emendas populares prevista no Artigo 24 do RIANC:

Fica assegurada, no prazo estabelecido no §1º do artigo anterior, a apresentação de proposta de emenda ao Projeto de Constituição, desde que subscrita por 30.000 (trinta mil) ou mais eleitores brasileiros, em listas organizadas por, no mínimo 3 (três) entidades associativas, legalmente constituídas, que se responsabilizarão pela idoneidade das assinaturas [...] ²⁹

4) a possibilidade de assistir sessões, da galeria, de acordo com Artigo 40 do RIANC³⁰:

Será permitido, a qualquer pessoa, assistir às sessões, das galerias, desde que esteja desarmada e guarde silêncio, vedada manifestação de aplauso ou de reprovação ao que se passar no recinto ou fora dele.³¹

No que se refere à dinâmica de funcionamento o processo contou, além da etapa de definição do Regimento com seis momentos. Subcomissões e Comissões³² (Etapas 2 e 3) deveriam elaborar o projeto de Constituição com as

²⁷ Idem nota anterior, página 874.

²⁸ Idem, ibidem.

²⁹ Idem, página 876

³⁰ De acordo com BRANDÃO (2011:90) este dispositivo funcionou também como importante instrumento de participação/pressão da sociedade civil. Esta se manifestou nas votações das matérias constitucionais, por meio dos “placares de votação” e os “cartazes dos constituintes traidores do povo” já que as matérias eram votadas por processo nominal (e não por votação simbólica ou secreta).

³¹ Idem, página 878

³² I - Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; II - Comissão da Organização do Estado; III - Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo; IV - Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições; V - Comissão do

Normas Gerais e Disposições Transitórias e Finais relativas à temática de sua competência³³, que seriam posteriormente encaminhadas à Comissão de Sistematização (Etapa 4), Plenário (Etapa 5) e Comissão de Redação (Etapa 6) até a Promulgação (Etapa 7), conforme podemos observar no quadro a seguir:

| Etapas | Fases |
|-------------------------------|--|
| 1. Preliminar | - Definição do Regimento Interno da ANC - Sugestões: Cidadãos, Constituinte e Entidades |
| 2. Subcomissões Temáticas | A: Anteprojeto do Relator B: Emenda ao Anteprojeto do Relator C: Anteprojeto da Subcomissão |
| 3. Comissões Temáticas | E: Emenda ao Anteprojeto da Subcomissão, na Comissão. F: Substitutivo do Relator G: Emenda ao Substitutivo H: Anteprojeto da Comissão |
| 4. Comissão de Sistematização | I: Anteprojeto de Constituição |

Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; VI - Comissão da Ordem Econômica; VII - Comissão da Ordem Social; VIII - Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação. A cada uma delas estavam ligadas três Subcomissões Temáticas compostas por 21 membros: À Comissão I: Ia – Subcomissão da Nacionalidade, Soberania e Relações Internacionais, Ib – Subcomissão dos Direitos Políticos, Direitos Coletivos e Garantias, Ic – Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, À Comissão II: Ila – Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios, Ilb – Subcomissão dos Estados, Ilc – Subcomissão dos Municípios e Regiões; À Comissão III: IIIa – Subcomissão do Poder Legislativo, IIIb – Subcomissão do Poder Executivo, IIIc – Subcomissão do Poder Judiciário e Ministério Público, À Comissão IV: IVa – Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos, IVb – Subcomissão da Defesa do Estado, Sociedade e Segurança, IVc – Subcomissão da Garantia da Constituição, Reformas e Emendas; À Comissão V: Va – Subcomissão dos Tributos, Participação e Distribuição de Receitas, Vb – Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira, Vc – Subcomissão do Sistema Financeiro; À Comissão VI: VIa – Subcomissão dos Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e Atividade Econômica, VIb – Subcomissão da Questão Urbana e Transporte, VIc – Subcomissão da Política Agrícola e Fundiária e Reforma Agrária; À Comissão VII: VIIa Subcomissão do Direito dos Trabalhadores e Servidores Públicos, VIIb – Subcomissão da Saúde, Seguridade e Meio Ambiente, VIIc – Subcomissão dos Negros, Pessoas Deficientes e Minorias; E à Comissão VIII: VIIIa – Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes, VIIIb – Subcomissão da Ciência e Tecnologia e Comunicação, VIIIc – Subcomissão da Família, Menor e Idoso.

³³ Artigo 15 parágrafo único do RIANC.

| | |
|------------------------|---|
| | J: Emenda Mérito (CS) ao Anteprojeto K: Emenda Adequação (CS) ao Anteprojeto L: Projeto de Constituição |
| 5. Plenário | M: Emenda (1P) de Plenário e Populares N: Substitutivo 1 do Relator O: Emenda (ES) ao Substitutivo 1 P: Substitutivo 2 do Relator Q: Projeto A (início 1º turno) R: Ato das Disposições Transitórias S: Emenda (2P) de Plenário T: Projeto B (fim 1º, início 2º turno) U: Emenda (2T) ao Projeto B V: Projeto C (fim 2º turno) |
| 6. Comissão de Redação | W: Proposta exclusivamente de redação X: Projeto D – redação final |
| 7. Epílogo | Y: Promulgação |

Quadro I – Etapas da Constituinte (OLIVEIRA, 1993)

Na Etapa preliminar foram recebidas as diferentes sugestões ao texto constitucional, na Etapa das Subcomissões foram realizadas as audiências públicas e na Etapa da Comissão de Sistematização foram analisadas as emendas populares. No item a seguir trato do modo como o Movimento Negro fez uso de tais instrumentos bem como apresento de modo sistematizado seus principais pleitos.

3 MOVIMENTO NEGRO NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE

3.1 Quem participou? Como participou?

O Movimento Negro fez uso de todos os instrumentos de participação popular no processo constituinte. No que se refere às audiências públicas, dois

encontros foram destinados à temática racial. Com duração total de cerca de doze horas as sessões contaram com 21 ativistas (listados no quadro a seguir):

| Expositor | Entidade |
|-----------------------------|--|
| Leila de Almeida Gonzalez | Representante do Movimento Negro e Professores do Departamento de Sociologia da PUC |
| Helena Teodoro | Coordenadora da Comissão Especial de Cultura Afro-Brasileira do Município do Rio de Janeiro. |
| Maria das Graças dos Santos | Representante do Movimento Negro Unificado |
| Murilo Ferreira | Representante da Fundação Afro-Brasileira do Recife |
| Ligia Garcia Mello | Representante do Centro de Estudos Afro-Brasileiros – Brasília |
| Orlando Costa | Instituto Afro-Brasileiro (Inabra) |
| Mauro Paré | Fundação Sangô – RS |
| Januário Garcia | Representante do Instituto de Pesquisa da Cultura Negra |
| Lauro Lima dos Santos Filho | Psicólogo, professor da AEUDF e conselheiro do Memorial Zumbi |
| Paulo Roberto Moura | Assessor parlamentar |
| Natalino Cavalcante de Melo | Conselheiro do Inabra |
| Raimundo Gonçalves Santos | Presidente do Núcleo Cultural de Girocan da Bahia |
| Lino de Almeida | Coordenador do Conselho das Entidades Negras da Bahia |
| Marcélia Campos Domingos | Representante do Centro de Estudos Afro-Brasileiros |

| | |
|--|---|
| Waldemiro de Souza | Presidente do Centro de Estudos Afro-Brasileiros |
| B. de Paiva | Teatro Experimental do Negro |
| Hugo Ferreira | ECO – Experiência Comunitária |
| Ricardo Dias | Conselho da Comunidade Negra de São Paulo |
| João Carlos de Oliveira (João do Pulo) | Esportista e Ex-deputado federal |
| Joel Rufino | Sociólogo, membro da Diretoria do Memorial Zumbi e militante do Movimento Negro |
| João Jorge | Movimento Negro da Bahia |

Quando IV – Atores e Atrizes nas audiências públicas Fonte:

ARAUJO,AZEVEDO e BACKES (2009)

Através da leitura dos debates dos encontros, observa-se que os/as militantes fizeram uso de grande parte do tempo de fala e, em geral, as intervenções dos constituintes se deram ao final do encontro, o que indica uma priorização das vozes extraparlamentares nas audiências. Permearam as falas: (i) diagnósticos sobre as condições de vida da população negra (que ora fez menção a questões históricas de um modo geral ora se valeu de experiências pessoais ou histórias de vida), (ii) uma visão sobre o momento histórico vivido e sobre o papel da Constituinte, da Subcomissão e também sobre o papel do Direito e das leis no que se refere ao enfrentamento do racismo e das desigualdades raciais, (iii) propostas de redação do texto e temas a serem inseridos na Constituição.

Tendo em vistas **as duas audiências de um modo global**, identifico como demandas centrais o reconhecimento da contribuição da população negra à sociedade brasileira e a reforma curricular.

Ademais, chama atenção neste momento do processo a preocupação por parte do movimento social em garantir “algo mais que a igualdade formal no texto da constituição”. Nesse sentido observamos reiteradas tentativas de definição do termo *isonomia* ou *dos mecanismos de caráter compensatório* e de propostas nesse sentido, tanto por parte da militância quanto dos constituintes.

Nota-se também, por meio das audiências, que a militância possuía clareza de que a Constituição representava *uma etapa* da luta contra o racismo - um momento importante ao qual o Movimento não estava subestimando (o que seria um “erro político”, como afirmou um dos ativistas) – mas que deveria ser acompanhada de uma atuação constante nos anos vindouros no sentido de garantir a efetivação das possíveis conquistas.

No caso das sugestões, foram encaminhados sete documentos assinados por pelo menos 70 organizações como se pode observar no quadro abaixo:

| Número da Sugestão | Proponente | Entidades que assinam documento |
|--------------------|------------------------------------|---|
| 2886 | Centro de Estudos Afro-Brasileiros | I- PARA 1. Centro de Estudos e Defesa do Negro do Pará- CEDENPA II-MARANHAO 2. Centro de Cultura Negra do Maranhão III - PARAÍBA 3. Comissão Pró-Associação do Conselho Nacional do Direito da Mulher IV - PERNAMBUCO |

4. Movimento Negro Unificado Seção PE
- 5- Fundação Afro· Brasileira - FUNDABRAS

V- SERGIPE

6. Casa de Cultura Afro·Sergipana
7. Federação dos Cultos Afro-Brasileiros e Umbanda de Sergipe -FCABUS –
8. União dos Negros de Sergipe
9. Associação de Moradores de Aracaju
10. COAGRI

VI- ALAGOAS

11. Grupo Negro Filhos de Zambi

VII- BAHIA

12. Movimento Negro Unificado,
13. Sociedade Comunitária Ojú-Obá
14. Bloco Afro Muzenza - A/C Janilson
15. Bloco Afro Orunmilá
16. Afoxé Ojú-übá - A/C Idoline

VIII - MINAS GERAIS

18. Sociedade Cultural Beneficente Quilombo dos Palmares
19. Movimento Negro Unificado, Seção MG - MNU/MG
20. Movimento Cultural de Raça Negra Barbacelense
21. Fração do Movimento Negro do PCB
22. Grupo de União e Consciência Negra - GRUCON
- 23 Movimento Negro de Betim

24. Movimento da Mulher do Triângulo Mineiro e Alto Paraná

25. Associação Comunitária do 1.0 América

26. Partido Socialista Cristão -

27. Sociedade Afro-Brasileira

29 . Centro de Integração SócioCultural da Raça Negra- CIRCURNE

-

IX - SAO PAULO

30 . Conselho de Participação e Desenvolvimento da Comunidade Negra

31. Movimento Negro Unificado, Seção SP- MNU/SP-

33. Conselho Nacional de Cineclubes

34. Partido Socialista Brasileiro

35. Central Geral dos Trabalhadores

X - RIO DE JANEIRO

37. Instituto de Estudos da Religião- ISER

38 . Partido dos Trabalhadores PT/RJ

39. Centro de Mulheres da Favela

40. Conselho Nacional do Direito da Mulher

41. Grêmio Recreativo de Arte Negra e Escola de Samba Quilombo

42. Centro de Estudos Afro-Asiáticos

43. Movimento Negro Socialista do PDT-

44. Associação Brasileira de Enfermagem

45. Instituto de Pesquisas das Culturas Negras - IPCN

46. Sindicato dos Publicitários do

| | | |
|--------|---|--|
| | | <p>XI- MATO GROSSO DO SUL</p> <p>47. Grupo Trabalho e Estudos Zumbi - Grupo TEZ</p> <p>48. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - A/C Jorge Manhães- Coordenador de Atividades para a Constituinte</p> <p>XII - SANTA CATARINA</p> <p>49. Semana Afro-Catarinense SEAFRO</p> <p>XIII - RIO GRANDE DO SUL</p> <p>50. Movimento Trabalhista de Integração-da Raça Negra - MOTIRAN</p> <p>51. Partido Negro Brasileiro -PNB</p> <p>52. Fondation Sengor</p> <p>XIV- GOIAS</p> <p>53 Movimento Negro Unificado, Seção GO-MNU/GO</p> <p>54. Movimento Negro de Mineiros</p> <p>55. Centro de Professores de Goiás</p> |
| 2754-5 | Conselho Estadual da Condição Feminina do Governo do Estado de São Paulo/Comissão para Assuntos da Mulher Negra | <p>Marly de Sousa Correa (coordenadora)</p> <p>Conceição Mendes de Almeida</p> <p>Deise Benedito</p> <p>Ilma Fátima de Jesus</p> <p>Maria Lucia da Silva</p> <p>Solimar Carneiro</p> <p>Sonia Maria P. Nascimento</p> <p>Sueli Carneiro</p> <p>Vera Lucia Benedito.</p> |
| 10233 | Centro de Estudos | Waldimiro de Souza (presidente) |

| | | |
|---------|--|---|
| | Afro-Brasileiros | |
| 10605 | Centro de Estudos Afro-Brasileiros | Waldimiro de Souza (presidente) Hélio Santos Hugo Ferreira |
| 11494-4 | Encontros do Negro das regiões Sul e Sudeste | Cecun – ES Asseaf IPCN Jornal Maioria Falante – RJ MNU Quilombo dos Palmares - MG; MNU, Núcleo Negro Campinas, Comissão Negro PT, Comissão de Jovens do PT – SP Grucon e Casa Latino Americana - PR; Núcleo de Estudos Negros - SC MNU e Motiran – RS |
| 10357 | Federação Interestadual dos Trabalhadores em Estabelecimentos de ensino. | Wellington Teixeira Gomes |
| 2929-7 | Comissão Pró-participação popular na Constituinte Medianeira – Paraná | Participantes do encontro “Negros identidade e cidadania” e “No caminho da democracia racial: a procura da identidade e cidadania”. |

Quadro II – Proponentes de Sugestões - Elaboração própria com base nas informações dos documentos.

3.2 Principais demandas

As principais demandas do Movimento Negro foram sistematizadas nas sugestões 2886 e 10605, especialmente. Vejamos:

| <u>Assunto/Tema</u> ³⁴ | <u>Demanda</u> |
|--|---|
| <u>Direitos e Garantias individuais</u> | 1- Criminalização do preconceito de raça (inafiançável e imprescritível) 2- Proibição de pena de morte (ressalvada a legislação penal aplicável em caso de guerra externa), prisão perpétua e banimento. 3- Respeito à integridade física e moral dos detentos e presidiários, estabelecimento de atividade produtiva rentável ao/à presa sendo esta renda revertida em prol de sua família na proporção de 80% sendo os 20% demais em prol do sistema penitenciário, 4- Criação de um Tribunal Especial para julgamento dos crimes de discriminação racial. 5- Consideração da tortura física e/ou psicológica como crime contra a humanidade. |
| <u>Violência Policial</u> | 1- Unificação das Polícias Civil e Militar (e instituição de cursos permanentes de reciclagem e melhores critérios de seleção e admissão de policiais no sentido de garantir o respeito à integridade física e moral do cidadão independente de sua raça ou cor) 2- Crimes relacionados ao abuso do poder cometidos pela polícia serão julgados pela justiça comum |
| | 1- Licença maternidade de seis meses |

³⁴ Utilizo a classificação por temas/assuntos tal como realizada pelo movimento social no documento.

| | |
|--|---|
| <p><u>Condições de Vida e Saúde</u></p> | <p>2-Legislação específica para fortalecimento de programas de prevenção de doenças</p> <p>3-Estatização, socialização e unificação do Sistema de Saúde</p> <p>4-Assistência ao idoso independente de contribuição à previdência</p> <p>5- Estatização do transporte público</p> <p>6- Construção de moradias dignas para as populações carentes e de baixa renda. O gasto com a moradia não será superior a 10% do salário do trabalhador.</p> <p>7- Destinação de 20% do Orçamento da União à saúde.</p> <p>8-Nacionalização todas as Indústrias e Laboratórios Farmacêuticos no País</p> |
| <p><u>Mulher</u></p> | <p>1- Que seja assegurado a plena igualdade de direitos entre o casal, e que, à mulher mãe, seja assegurado o direito de fazer constar no Registro de Nascimento do filho, o nome do pai, independentemente do estado civil da declarante.</p> <p>2. Proibição de implantação de todos e quaisquer programas de controle da natalidade pelo Estado.</p> <p>3-Descriminalização do aborto na forma que dispuser a lei ordinária</p> |
| <p><u>Menor</u></p> | <p>1- Estabelecimento de que é dever do Estado a educação e a manutenção da criança carente dos zero aos dezesseis anos</p> <p>2- Proibição da manutenção de Casa de Detenção de Menores. O Menor Infrator terá assistência social extensiva à sua família.</p> |
| | <p>1- O processo educacional respeitará todos os</p> |

| | |
|---|--|
| <p style="text-align: center;"><u>Educação</u></p> | <p>aspectos da cultura brasileira. É obrigatório a inclusão nos currículos escolares de I, II e III graus, do ensino da História da África e da História do Negro no Brasil.</p> <p>2- A Educação será gratuita, em todos os níveis, independentemente da idade do educando. Será obrigatória a nível de I e II graus.</p> <p>3- A elaboração dos currículos escolares será, necessariamente, submetida à aprovação de representantes das comunidades locais.</p> <p>4- A verba do Estado destinada à Educação corresponderá a 20% do Orçamento da União.</p> <p>5- Que seja alterada a redação do § 8.0 do Artigo 153 da Constituição Federal, ficando com a seguinte redação: A publicação de livros, jornais e periódicos não dependem de licença da autoridade. Fica proibida a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça, de cor ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.</p> <p>6- A ocupação dos cargos de direção e coordenação nas escolas públicas e de delegado de ensino serão efetivadas mediante eleição, com a participação dos professores, alunos e pais de alunos.</p> |
| <p style="text-align: center;"><u>Cultura</u></p> | <p>1- Proibição da veiculação de mensagens, em todos e quaisquer veículos de comunicação de massa, que ofendam a integridade moral, espiritual e cultural da pessoa do cidadão Negro.</p> <p>2. Em substituição ao § 5.0 do Artigo 153 da</p> |

| | |
|---|---|
| | <p>Constituição Federal, que passe a constar que: Fica assegurada a liberdade de culto religioso e garantida a prática de todas e quaisquer manifestações culturais, independentemente de sua origem racial, desde que não sejam ofensivas à moral e aos bons costumes.</p> <p>3. Que seja declarado Feriado Nacional, o dia 20 de novembro, data da morte de Zumbi, o último líder do Quilombo dos Palmares, como o Dia Nacional da Consciência Negra.</p> <p>4. Que seja efetivado o reconhecimento expresso do caráter multirracial da Cultura Brasileira.</p> |
| <p style="text-align: center;"><u>Terra</u></p> | <p>1. Será assegurada às populações pobres o direito à propriedade do solo urbano e rural, devendo o Estado implementar as condições básicas de infraestrutura em atendimento às necessidades do Homem.</p> <p>2. Será garantido o título de propriedade da terra às comunidades negras remanescentes de quilombos, quer no meio urbano ou rural.</p> <p>3. Que o bem imóvel improdutivo não seja transmissível por herança. Que o Estado promova a devida desapropriação.</p> |
| <p style="text-align: center;"><u>Trabalho</u></p> | <p>1- Que a duração da jornada diária do trabalho não exceda a 6 (seis) horas, ficando ainda, assegurado o repouso semanal remunerado e, igualmente, os feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local.</p> <p>2. Estabilidade do trabalhador no emprego, desde o início do Contrato de Trabalho.</p> <p>3. Reconhecimento da profissão de Empregada</p> |

| | |
|--|--|
| | <p>Doméstica e Diaristas, de acordo com o estabelecido na CLT.</p> <p>4. Aposentadoria por tempo de serviço com salário integral, acrescido de 30%, a título de bonificação.</p> <p>5- Trabalhadores, de qualquer categoria profissional ou ramo de atividade, inclusive rural:</p> <ul style="list-style-type: none">- salário mínimo real;- direito irrestrito de greve;- liberdade e autonomia sindical;- proibição de diferença de salários e de critérios de admissão no trabalho, por motivo de sexo, cor ou estado <i>civil</i>. <p>6. Escala móvel de salário, de acordo com a elevação do custo de vida.</p> <p>7. Licença aos pais, nos períodos de natal e pós-natal do filho, para usufruir com plenitude da paternidade.</p> <p>8. Que seja assegurado também ao marido ou companheiro, o direito de usufruir dos benefícios previdenciários decorrentes da contribuição da esposa ou companheira.</p> <p>9. Direito de sindicalização para os funcionários públicos</p> <p>10. Que seja criado o "Juizado de Pequenas Causas" na área trabalhista</p> <p>11. Responsabilidade do Estado pela indenização imediata de acidentes ou prejuízos que o trabalhador for vitimado no exercício profissional, assegurando ao Estado o direito de ação regressiva contra o empregador ou contra o próprio empregado quando apurada a responsabilidade.</p> |
|--|--|

| | |
|---------------------------------------|--|
| <u>Relações Internacionais</u> | 1- Rompimento imediato de relações diplomáticas e/ou comerciais com todos e quaisquer países que tenham institucionalizado qualquer tipo de discriminação entre sua população. |
|---------------------------------------|--|

Quadro V - Demandas do Movimento Negro – Resoluções da Convenção Nacional o Negro e a Constituinte

| “Caminhos” para a questão racial.³⁵ | Demanda |
|---|---|
| Coercitivo | <p>1- Todos são iguais perante a lei, que punirá como crime inafiançável qualquer discriminação atentatória aos direitos humanos.</p> <p>2- Aos juízes federais compete processar e julgar os crimes de discriminação</p> |
| Promocional | <p>1- Ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, trabalho rural ou urbano, religião, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental, orientação sexual e qualquer outra particularidade ou condição social.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Não constitui privilégio ou fortalecimento dos segmentos tradicionais e historicamente prejudicados por diversas razões. - O poder público, mediante programas específicos, promoverá a igualdade social, econômica e educacional. - Lei Complementar atenderá de modo especial os deficientes de forma a integrá-los na comunidade. <p>2- Considera-se atividade econômica atividade</p> |

³⁵ Utilizo essa categoria porque no documento as demandas são assim classificadas.

| | |
|--|---|
| | <p>econômica aquela realizada no recesso do lar.</p> <p>3- O cooperativismo e o associativismo serão estimulados pelo Estado.</p> <p>Plano Nacional de Recuperação social</p> <p>4 - Será criado, pelo Governo federal, um Fundo Contábil Especial, de natureza permanente, com dotações orçamentárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, para atender a programa de assistência às populações carentes e marginalizadas, em todo território nacional, com o objetivo de reduzir as desigualdades sociais e econômicas em que se encontrem e integrá-las na sociedade brasileira, no uso e gozo da cidadania plena.</p> <p>- Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre o Fundo Nacional de Recuperação Social, sobre a elaboração de aplicação dos recursos que o integrem, sobre os encargos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios com o seu custeio e os critérios da respectiva fixação, e sobre a sua administração, da qual participarão representantes dos próprios beneficiados.</p> <p>Inconstitucionalidade por omissão</p> <p>Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata.</p> <p>- Na falta ou omissão da lei, o juiz decidirá o caso de modo a atingir os fins da norma constitucional;</p> <p>- Verificando-se a inexistência ou omissão da lei que inviabiliza a plenitude da eficácia de direitos e garantias asseguradas nesta Constituição, o</p> |
|--|---|

| | |
|----------------------------|---|
| | <p>Supremo Tribunal Federal recomendará ao Poder competente a edição da norma que venha suprir a falta.</p> |
| Didático-Pedagógico | <p>Educação (além das já contempladas no documento da Convenção Nacional):</p> <p>1- A educação é inseparável dos princípios da igualdade entre o homem e a mulher, do repúdio a todas as formas de racismo e de discriminação,</p> <ul style="list-style-type: none">- permitirá de forma larga ao legislador ordinário criar uma nova orientação à educação, no sentido de potencializar mulheres e negros (50,5% e 44% da população, respectivamente). <p>2 - O acesso ao processo educacional é assegurado:</p> <ul style="list-style-type: none">- pela gratuidade do ensino público em todos os níveis;- pela adoção de um sistema de admissão nos estabelecimentos de ensino público que, na forma da lei, confira a candidatos economicamente carentes, desde que habilitados, prioridade de acesso, até o limite de 50% das vagas;- pela expansão desta gratuidade, mediante sistema de bolsas de estudo, sempre dentro da prova de carência econômica de seus beneficiários;- pelo auxílio suplementar ao estudante para alimentação, transporte e vestuário, caso a simples gratuidade de ensino não permita, comprovadamente, que venha a continuar seu aprendizado;- pela coação complementar à rede municipal de escolas de promoção popular capazes de assegurar |

| | |
|--|---|
| | <p>efetivas condições de acesso à educação de toda a coletividade.</p> <p>Cultura (além das já contempladas no documento da Convenção Nacional):</p> <p>1- Compete ao Poder Público garantir a liberdade da expressão criadora dos valores da pessoa e a participação nos bens de cultura, indispensáveis à identidade nacional na diversidade da manifestação particular e universal de todos os cidadãos.</p> <ul style="list-style-type: none">- Esta expressão inclui a preservação e o desenvolvimento da língua e dos estilos de vida formadores da realidade nacional.- É reconhecido o concurso de todos os grupos historicamente construtivos da formação do País, na sua participação igualitária e pluralística, para a expressão da cultura brasileira. <p>2- Para o cumprimento do disposto no artigo anterior. O Poder Público assegurará:</p> <ul style="list-style-type: none">- o acesso aos bens da cultura na integridade de suas manifestações;- a sua livre produção, circulação e exposição a toda a coletividade;- preservação de todas as modalidades de expressão dos bens de cultura socialmente relevantes, bem como a memória nacional. <p>3- O Poder Público proporcionará condições de preservação da ambiência dos bens da cultura, visando a garantir:</p> <ul style="list-style-type: none">- o acautelamento de sua forma significativa, |
|--|---|

| | |
|--|--|
| | <p>incluindo, entre outras medidas, o tombamento e obrigação de restaurar;</p> <p>- o inventário sistemático desses bens referenciais da identidade nacional.</p> <p>4- São bens de cultura os de natureza material ou imaterial, individuais ou coletivos, portadores de referência à memória nacional, incluindo-se os documentos, obras, locais, modos, de fazer de valor histórico e artístico, as paisagens naturais significativas e os acervos arqueológicos.</p> |
|--|--|

Quadro VI - Demandas do Movimento Negro – Centro de Estudos Afro-brasileiros

O olhar para tais demandas revela que a agenda do Movimento Negro extrapolava, naquele contexto, os limites da *raça*, em um sentido estrito. Com isso, quero dizer que outras variáveis estavam presentes no diagnóstico das condições de vida da população negra e, principalmente na formulação de sugestões.

Identifico nos documentos **dois tipos de pleitos**: (i) *aqueles relacionados à problemas gerais que incidem majoritariamente sobre a população negra* como violência policial, questão carcerária, direito à saúde (das mulheres, principalmente), acesso à educação, acesso ao trabalho (direitos trabalhistas de profissionais do campo e empregadas domésticas e diaristas), acesso à terra e (ii) *àqueles relacionados mais estritamente com o pertencimento racial e que possuíam objetivos de caráter coercitivo, promocional e didático-pedagógico de acordo com os/as próprios/as ativistas*. Representam tais medidas: a criminalização da discriminação/preconceito/racismo, a adoção de medidas com objetivo de cumprir o princípio da isonomia (de modo *a promover negros e mulheres*), a proposta de reforma curricular, o reconhecimento do caráter multicultural e pluriétnico do país, o reconhecimento de Zumbi dos Palmares como herói nacional, o rompimento de relações diplomáticas com países que

tivessem institucionalizado qualquer tipo de discriminação e a garantia de título de propriedade às comunidades remanescentes de quilombos.

Todos os pleitos que compreendi ser do *segundo tipo* estão presentes na emenda popular proposta pelas entidades Centro de Estudos Afro-Brasileiros – DF, Associação Cultural Zumbi – AL e Associação José do Patrocínio – MG e o constituinte subscritor foi Carlos Alberto Caó – PDT/RJ que possui os seguintes dispositivos:

Art. Todos, homens e mulheres são iguais perante a lei que punirá como crime inafiançável qualquer discriminação atentatória aos direitos humanos estabelecida nesta Constituição.

Parágrafo único: É considerado forma de discriminação subestimar, estereotipar ou degradar grupos étnicos raciais ou de cor, ou pessoas a eles pertencentes, por palavras, imagens e representações através de qualquer meio de comunicação.

O Poder Público tem o dever de promover constantemente a igualdade social, econômica e educacional, através de programas específicos.

§1º Não constitui privilégio a aplicação pelo Poder Público de medidas compensáveis visando à implementação do princípio de isonomia a pessoas ou grupos vítimas de comprovada discriminação.

§2º Entendem-se como medidas compensatórias, previstas no parágrafo anterior, aquelas voltadas a dar preferência a cidadãos ou grupos de cidadãos a fim de garantir sua participação igualitária no acesso ao mercado de trabalho, à educação, à saúde e aos demais direitos sociais.

§3º A educação dará ênfase à igualdade dos setores, afirmará as características multirraciais e pluriétnicas do povo brasileiro e condenará o racismo e todas as formas de discriminação.

§4º O Brasil não manterá relações diplomáticas, nem firmará tratados, acordos ou pactos com países que adotem políticas oficiais de discriminação racial e de cor, bem como não permitirá atividades de empresas desses países em seu território.

Art. Fica declarada a propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes de quilombos, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Ficarão tombadas essas terras bem como documentos referentes à história dos quilombos no Brasil..

3.3 As demandas incorporadas no texto constitucional

Ao estudarmos o texto final da Constituição notamos que a mesma incorporou os pleitos relativos aos seguintes temas criminalização, relações diplomáticas cultura, educação e questão quilombola:

1) Dos Princípios Fundamentais

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;

2) Dos Princípios Fundamentais

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

VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;

3) Dos Direitos e Garantias Fundamentais - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

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

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

4) Dos Direitos e Garantias Fundamentais - DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

5) Da Ordem Social - DA EDUCAÇÃO, DA CULTURA E DO ESPORTO DA CULTURA

Art. 215 O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará

e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º – O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º – A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

6) Da Ordem Social - DA EDUCAÇÃO, DA CULTURA E DO ESPORTE DA CULTURA

Art. 216 Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial,

tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

§ 5º – Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

7) Das Disposições Constitucionais Gerais

Art. 242 -

§ 1º – O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.

8) Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Art. 68 Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

Tendo mapeado os pleitos e seu reflexo no texto constitucional, caminhamos para as últimas considerações do trabalho.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os resultados do trabalho nos revelam que os dispositivos inseridos na CF são importantes conquistas do Movimento Negro. A Constituinte fora de fato o momento em que a temática insere-se na agenda governamental brasileira, o negro torna-se sujeito político.

As inclusões dos pleitos de segundo tipo, principalmente, no texto ensejaram lutas posteriores por regulamentação e efetiva implementação de leis, o que conferiu ao *direito* para tais atores/atrizes a característica de *campo de disputa*.

No que se refere a criminalização do racismo tem-se a aprovação da Lei 7.716 em 1989 que regulamenta dispositivo sobre o tema. Ao longo dos anos 1990 o Movimento Negro por meio de Organizações-Não-Governamentais prestou assessoria jurídica à vítimas e a partir do diagnóstico da aplicação da lei sugeriu alterações, inclusões de tipos penais no Código Penal Brasileiro visando atacar o que entendia como “impunidade” dos casos.

A não aprovação do dispositivo acerca da isonomia tampouco arrefeceu a luta por sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro: parlamentares (sendo a maioria negros/as) submeteram Projetos de Lei sobre o tema ao longo dos anos 1990 (SANTOS, 2014), o movimento social atuou de forma incisiva, principalmente a partir dos anos 2000 a reivindicar um tipo de política neste sentido (as ações afirmativas) tanto através de atos, passeatas quanto pela intervenção em Universidades junto à Conselhos Universitários e Coletivos de Estudantes. Tais iniciativas impulsionaram a adoção de políticas de cotas raciais de modo independente por algumas instituições de ensino e a despeito do questionamento por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186 ajuizada pelo Partido Democratas (DEM) no ano de 2009 a política foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Na audiência pública convocada pelo referido órgão no ano de 2010 foram ouvidos também diferentes atores/atrizes do Movimento Negro a defender sua constitucionalidade. Em 2012 um Decreto Presidencial regulamentou a Lei 12.711

que prevê recorte étnico-racial nas vagas destinadas à estudantes de escolas públicas nas Universidades e Institutos Federais de Educação no Brasil. Ademais observamos a promulgação de leis que estabelecem cotas em concursos públicos nos mais diferentes Estados brasileiros.

Ainda no campo da Educação ao longo de toda a década de 1990 atores e atrizes do Movimento Negro atuaram de modo a garantir a regulamentação de dispositivo constitucional acerca do ensino da História no Brasil com foco na população negra e indígena tendo conquistado a inserção da especificação de tais grupos por meio das Leis 10.639/2003 e 11.645/2008 que alteraram a Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 1996 (Lei 9.334) (RODRIGUES, 2005)

Graças também a atuação do Movimento Negro, o 20 de Novembro, data da morte de Zumbi dos Palmares - com base em dispositivo constitucional sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para diferentes segmentos étnicos nacionais - é feriado em pelo menos 1.045 municípios brasileiros³⁶.

Esses exemplos e a aprovação até mesmo de um **Estatuto da Igualdade Racial** por meio da Lei 12.288 de 2010 – que contempla além das questões expostas, as temáticas do acesso à terra, trabalho, meios de comunicação, liberdade religiosa, saúde e previsão de mecanismos de execução e financiamento de políticas de promoção da igualdade racial - revela que a gramática dos direitos passou definitivamente a integrar o repertório do Movimento Negro a partir de 1988, da luta pela aprovação de legislação à mobilização por sua efetiva implementação.

Ademais, o movimento social tem lutado pela obrigatoriedade de investigação e responsabilização do Estado por morte causada por seus agentes sendo a mobilização em torno da aprovação de projeto de lei (PL 4471/2012) que prevê o fim dos autos de resistência e a luta pela instalação de uma Comissão Nacional da Verdade para investigar crimes na Democracia suas principais expressões.³⁷

³⁶ Dado da Fundação Cultural Palmares disponível em: <http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2013/11/Estados-e-Munic%C3%ADpios-que-Decretaram-Feriado-no-Dia-20-de-Novembro-dia-da-Consci%C3%Aancia-Negra1.pdf>

³⁷ Em fevereiro de 2015 uma Comissão deste tipo foi criada em âmbito local, na cidade de São Paulo. Trata-se da “Comissão da Verdade da Democracia Mães de Maio”

O olhar para os anos 1980 nos mostra o longo caminho que determinadas questões – positivadas ou não - ainda precisarão percorrer (sendo talvez às referentes à segurança pública um dos maiores desafios). No entanto, entre avanços e permanências espera-se que o trabalho tenha contribuído para a percepção de que a interlocução *direito e raça* é fundamental para o debate sobre aprofundamento da nossa *democracia* porque negros e negras foram fundamentais no processo de sua (re)fundação, porque sem a erradicação da violação de direitos deste grupo e sem a minimização de desigualdades raciais tampouco se pode efetivá-la.

REFERÊNCIAS

ALBERTI, V.; PEREIRA, A.A. **Histórias do movimento negro no Brasil**. Rio de Janeiro: Pallas, CPDOC-FGV, 2007

ARAÚJO, J.C; AZEVEDO, D.B; BACKES, A.L (orgs). **Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte : a sociedade na tribuna**. Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

BARBOSA, L.A.A. **História Constitucional Brasileira: Mudança Constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

BRANDAO, L.C. **Os movimentos sociais e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: entre a política institucional e a participação popular**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 2011

CELLARD, A. **A análise documental**. In POUPART, J., DESLAURIES, J.P, GROULX, L., LAPERRIÈRE, A., MAYER, R., PIRES, A.P. **A pesquisa qualitativa. Enfoques, epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis, RJ: Vozes 2012

FERREIRA, J.F e REIS, D.A. **Revolução e democracia (1964-[...])** (As esquerdas no Brasil v.3). Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2007.

idealizada pelo Movimento Mães de Maio além dos grupos Comitê contra o Genocídio da População Pobre, Preta e Periférica; o Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a União de Núcleos de Educação Popular para Negras/os e a Classe Trabalhadora (UneAfro); o Levante Popular; e o Movimento Passe Livre (MPL). Fonte: <http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/02/comissao-da-verdade-sobre-crimes-na-democracia-e-criada-em-sao-paulo>

GONZALEZ, L. **O Movimento Negro na última década** in **Lugar de Negro**. Rio de Janeiro: Editora Marco Zero Ltda, 1982

OLIVEIRA, M.M **Fontes de Informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987. Quais são, onde buscá-las e como usá-las**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993

PILLATI, A. **A Constituinte de 1987-1988 - Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROCHA, A.S. **Genealogia da Constituinte. Do autoritarismo à Redemocratização**. Lua nova. Revista de Cultura e Política. Dossiê “Constituição e Processo Constituinte”, nº88, 2013

RODRIGUEZ, J.R. **A desintegração do status quo: direito e lutas sociais**. Novos Estudos CEBRAP, v. 2013, p. 49-66, 2013.

RUFINO, J. **O movimento negro e crise brasileira**. Revista Política e Administração, vol. 2, pp. 287-307, 1985.

WILLIAMS, P.J. **Alchemical Notes: Reconstructing Ideals from Deconstructed Rights**, 22 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 401, 1987.

MUDANÇA DE FUNÇÃO: UMA ATUALIZAÇÃO DE KARL RENNER E FRANZ NEUMANN³⁸

José Rodrigo Rodriguez

Gabriel Busch de Brito³⁹

RESUMO: Este artigo pretende, ainda em caráter de tentativa, esboçar uma reatualização do conceito crítico de mudança de função de Renner e Neumann, apresentando-o como conceito chave para a investigação da luta por direitos. Ele é tomado como central para a elaboração de um mapa jurídico-conceitual das lutas sociais contemporâneas, marcadas pela mobilização da linguagem dos direitos e, conseqüentemente, pela refuncionalização do direito e dos institutos jurídicos para que respondam a suas demandas. Para realizar essa tarefa reconstruiremos, em primeiro lugar, o conceito na obra dos dois autores, ao fim indicaremos os caminhos para uma reatualização do conceito.

PALAVRAS-CHAVE: mudança de função; luta por direitos; emancipação; Renner; Neumann.

1 INTRODUÇÃO

O conceito crítico⁴⁰ de mudança de função, como aparece nas obras de Karl Renner (1929) e Franz Neumann (2013 e 2014), se volta à investigação das interrelações entre o direito e seu substrato. Seja este último entendido como a economia no sentido marxista e, portanto, como processo de produção e reprodução material (RENNER, *op. cit.*). Ou como a “realidade social depois da subtração do próprio direito” (NEUMANN, 2013, p.54).

O conceito tem papel central no diagnóstico de época de ambos os autores, permitindo iluminar os potenciais emancipatórios inscritos no direito e os

³⁸ Artigo em caráter de esboço, trata-se de uma tentativa de sistematização dos resultados parciais de pesquisa ainda em andamento.

³⁹ Agradeço ao financiamento da FAPESP para o desenvolvimento da pesquisa cujo resultado parcial é aqui apresentado.

⁴⁰ Sobre a caracterização de Renner e do austromarxismo como “teoria crítica em sentido amplo” (NOBRE, 2011, p. 22) e , portanto como uma tentativa de atualização do marxismo segundo seu momento histórico, c.f. MARRAMAO, 1985 e 1990, pp. 161-200, e KINSEY, 1983.

bloqueios que se colocavam em seu caminho. Acreditamos que, renovado por uma reatualização, ele pode novamente servir à crítica do direito orientada pelo interesse emancipatório e possibilitar a elaboração de um mapa jurídico-conceitual das lutas sociais contemporâneas, marcadas pela mobilização da linguagem dos direitos e, conseqüentemente, pela refuncionalização do direito e das instituições jurídicas para que respondam a suas demandas.

Além disso, a renovação do registro teórico permite compreender a mudança de posição dos agentes sociais em relação ao direito. O potencial emancipatório da luta por direitos permanece em larga medida oculto à grande parte da teoria do direito de inspiração marxista, que não acompanhou a mudança de posição dos novos movimentos sociais e permanece na chave da dominação, preocupada primariamente em desmistificar o direito.

2 KARL RENNER⁴¹

Na obra *As instituições do direito privado e sua função social*⁴² as relações mútuas entre o direito e a economia⁴³ são analisadas a partir das instituições do direito privado, em especial a propriedade, devido a sua centralidade para o direito burguês.

O direito e suas instituições são a forma de regulação consciente, por parte da sociedade, de si mesma e do processo necessário para a sua existência e continuidade; ou seja, a forma concretização das abstrações gerais⁴⁴: ordenação (i) do poder, (ii) da coordenação, (iii) da sucessão, (iv) do trabalho e (v) dos bens. Isso tudo por meio de uma ordem de imperativos (as normas) que se dirigem à

⁴¹ A reconstrução aqui apresentada se apoia nos trabalhos de Kahn-Freund (2001) e de Lopes (1997), a diferença fundamental está na ênfase dada ao caráter crítico do autor, sua ligação com o projeto marxiano.

⁴² Trata-se de uma versão revisada e ampliada de *Die soziale Funktion der Rechtsinstitute*, publicada originalmente no *Marx-Studien* em 1904 (KINSEY, *op. cit.*, p. 39).

⁴³ Na terminologia marxista seu objeto é a relação entre um dos elementos que compõem a superestrutura e a subestrutura (RENNER, *op. cit.*, p. 12).

⁴⁴ As abstrações gerais são tipos, obtidos da análise do material empírico, concretizados diferentemente dependendo do estágio em que se encontra o desenvolvimento social. Sua separação rigorosa possui finalidade analítica; na realidade eles se sobrepõe e originam instituições com funções híbridas (*ib.*, pp. 18-27, e 160).

vontade do indivíduo em nome da vontade geral e exigem sua obediência (*ib.*, p. 4).

Economia é o processo social de produção e reprodução material da espécie (ou processo de preservação da espécie), o substrato das normas (*ib.*, p. 16). É o processo por meio do qual o homem socialmente organizado se opõe à natureza e a domina tecnicamente.

Economia, e direito são dois lados do processo social de produção e reprodução. Este é tanto processo técnico-natural de metabolismo do homem socializado com a natureza, quanto, uma vez que ele também acontece na consciência do indivíduo e da comunidade, relação de vontades (*ib.*, p. 52). Ou seja, aplicação do direito e direito.

A essa duplicidade corresponde uma outra, as duas dimensões autônomas das instituições do direito: a normativa e a funcional, esta última correspondente ao papel desempenhado pelo instituto no processo econômico (*ib.*, pp. 42-43).

As instituições que estruturam a sociedade, realizando a integração da vontade individual na vontade coletiva possuem função *organizatória*. Elas compõem a ordenação do poder, que determina quais indivíduos atuarão como órgãos da sociedade e atribui poder às suas vontades⁴⁵, a ordenação da coordenação, que estabelece a igualdade jurídica entre todos os indivíduos, a ordenação da sucessão, e a ordenação do trabalho, que coloca a força social de trabalho à disposição da sociedade.

Já o processo econômico em sentido estrito é determinado juridicamente pela ordenação dos bens, cujas instituições regulam a produção, distribuição e o consumo, ou seja, a detenção dos meios de produção e do produto social do trabalho, e pela ordenação do trabalho⁴⁶.

Para a continuidade do processo de preservação da espécie e da sociedade nenhuma função, seja ela organizatória ou econômica em sentido

⁴⁵ A vontade geral só pode se manifestar enquanto vontade individual dotada de poder (*ib.*, p. 20).

⁴⁶ A ordenação do trabalho é tanto organizatória, quanto econômica em sentido estrito, isso porque ela possui tanto um elemento de estruturação da sociedade, quanto de determinação do processo técnico-natural. Sobre essa sobreposição, c.f. *supra*, nota 4.

estrito⁴⁷, pode ficar muito tempo sem ser desempenhada por alguma instituição. Nesse sentido o direito é um todo organicamente⁴⁸ determinado pelas necessidades da sociedade.

Mas essa determinação não é imediata, mas mediada pela legalidade própria do direito⁴⁹, já que ao assumir a forma do direito a ordem social se autonomiza em relação ao seu substrato (*ib.*, pp. 143-144). A partir desse ponto eles podem se desenvolver de maneira desigual (*ib.*, p. 14). É no choque entre o desenvolvimento das forças produtivas e da estabilidade normativa das instituições que regulam o processo produtivo, entre a determinação imposta pela necessidade da regulação do processo econômico e da autonomia do direito, que ocorre a mudança de função.

Mudança de função caracteriza a alteração, expansão, diminuição ou desaparecimento da função de uma instituição jurídica que em seu conteúdo normativo permaneceu constante (*ib.*, p. 25). É uma mudança no papel da instituição no processo econômico, não em seu caráter normativo, permanecendo “abaixo do limiar da consciência coletiva” (*ib.*, p. 63). Para analisar o processo de mudança de função é necessário tomar como ponto de partida, tanto histórico, quanto lógico, um momento em que o “constructo jurídico é a expressão adequada da organização econômica” (*ib.*, p. 31).

Ponto de partida da análise.

A instituição jurídica da propriedade se impõe como principal forma de regulação da detenção no período da produção simples de mercadorias. A cidade era composta majoritariamente por casas unifamiliares, que reuniam em si a produção, a distribuição, o consumo e a sucessão. Todos os pressupostos para o

⁴⁷ Ambas são chamadas pelo autor de função econômica, em sentido amplo, por se referirem ao papel desempenhado pela instituição jurídica em cada parte do processo social de produção e reprodução idealmente separada. Chamamos de função social a função da instituição no processo tomado como um todo, a função econômica no contexto econômico total (*ib.*, p. 158) É “seu significado para a totalidade da vida de espécie” (*ib.*, p. 160).

⁴⁸ A determinação orgânica é resultado das necessidades humanas, ela se expressa na necessidade do cumprimento das distintas funções econômicas e na função social última de toda e qualquer ordem social: a preservação da espécie (*ib.*, pp.25-26)

⁴⁹ Por isso o autor considera que as metáforas marxianas “subestrutura” e “superestrutura” podem induzir ao erro, não dando conta de captar a complexidade do fenômeno (*ib.*, p. 150-151).

processo de produção e reprodução da espécie. Os patrimônios de cada indivíduo formavam um todo orgânico, situados inorganicamente lado a lado. A fazenda, no meio rural, é um tipo ainda mais adequado já que funcionava quase que exclusivamente voltada à subsistência.

É nessas condições que o direito de propriedade se impõe como principal forma de regulação da detenção. Essa instituição funcionava de modo a garantir ao trabalhador os meios para realizar o seu labor e os frutos advindos dele. Já a distribuição se dava em uma relação direta entre produtor e consumidor por meio de uma instituição auxiliar⁵⁰ (por exemplo o contrato de compra e venda). E a continuidade da espécie era garantida pelo abrigo aos membros familiares improdutivos.

A ausência de uma ordenação dos bens jurídica, uma vez que a propriedade garante a mera detenção, sendo indiferente tanto em relação ao sujeito que a titula, quanto aos objetos que abarca, era suprida por uma ordenação fática. A outra parte da determinação do processo produtivo, a ordenação do trabalho, se dava na forma da regulação das corporações de ofício e depois diretamente através da sujeição do ajudante e do aprendiz ao pátrio poder do mestre.

Isso muda com a afirmação do princípio burguês da liberdade individual, instituição conexa à instituição da propriedade, que abole toda e qualquer ordenação do trabalho. Neste momento essa formação social chega ao seu apogeu e será finalmente superada pelo processo de expropriação ao cabo do qual os meios de produção restam concentrados na mão de alguns, sua propriedade passa a ser individualizada pela finalidade técnica dos objetos, não mais pelo sujeito do direito.

Mudança de função da propriedade.

A concentração dos meios de produção nas mãos dos capitalistas e a lei da concorrência acarretam numa divisão do trabalho dentro da classe dos

⁵⁰ Chamamos de instituição auxiliar aquela que aparece ocasionalmente para permitir o cumprimento da função do instituto em uma situação não usual, funciona como uma “válvula de escape” do sistema. Instituição conexa é aquela que se associa necessariamente ao instituto principal para que ele consiga cumprir sua função. Instituição principal é aquela que é dominante na realização da função.

capitalistas e especialização e diferenciação dos objetos da propriedade, que assumem um papel cada vez mais específico no processo produtivo. Eles se diferenciam em: capital industrial, capital mercantil, capital financeiro e propriedade imobiliária.

Ao mesmo tempo a instituição propriedade perde independência e autossuficiência, uma vez que seus objetos se encontram separados daqueles que podem e necessitam dispor deles. A propriedade consegue realizar suas funções econômicas apenas através da associação constante com suas instituições conexas. Ela precisa se associar respectivamente, em relação a cada tipo de objeto, com: contratos de trabalho, contratos de alienação, contratos de restituição e contratos de locação.

Essa união entre instituições jurídicas coloca o bem na detenção simultânea de uma pluralidade de indivíduos, uma detenção que é em parte fática e em parte jurídica. Um objeto que, de acordo com a lei, é privado, se torna comunal de fato, ele está sujeito à disposição técnica de determinado número de pessoas e, através do mercado, à disposição econômica da sociedade como um todo.

Um processo fático de socialização ocorre à medida que as instituições jurídicas conexas deslocam a, até então, instituição principal. Eles retiram o bem da detenção do proprietário e o colocam à disposição técnica daqueles que podem de fato realizar o processo de produção e reprodução da espécie.

As funções econômicas da propriedade passam a ser desempenhadas principalmente pelas outrora instituições conexas, deixando à instituição da propriedade apenas aquela que é sua função indestrutível: a distribuição. Sua função é pura e simplesmente a de distribuição do excedente social, da mais-valia originada do processo produtivo. A propriedade se torna um mero título à mais-valia, como evidencia o capital na sua forma mais desenvolvida, o capital financeiro.

A função do capital se desliga totalmente da detenção – a reversão das funções econômicas da instituição da propriedade se completa – e é realizada somente na medida em que ele se encontra na detenção de um terceiro.

Não é só ao âmbito das funções econômicas em sentido estrito que se reduz a mudança de função da propriedade. Ela também ocorre no plano das funções organizatórias.

Como já mencionado, a transferência da detenção dos meios de produção aos trabalhadores é realizada através do contrato de trabalho. Apesar da forma contratual, ela constitui um sistema de subordinação e superordenação dos indivíduos no processo produtivo.

A instituição da propriedade, ao sofrer uma mudança quantitativa que reduz drasticamente o número dos seus titulares, transforma-se também qualitativamente e se torna uma ordenação do poder. A vontade do capitalista ganha então contornos de vontade geral em relação aos despossuídos.

No entanto todo o plano de produção é organizado em função da produtividade, que determina a subordinação técnica tanto dos empregados quanto do capitalista. A heteronomia ocorre de ambos os lados, a propriedade privada – agora capital – ordena o trabalho de toda a sociedade.

Com a transformação do substrato, o objeto da instituição da propriedade passa a exercer funções organizatórias e dominar todo o processo social de produção e reprodução da espécie. O capital supre as ordenações dos bens e do trabalho juridicamente inexistentes, preenchendo socialmente o vazio normativo do princípio abstrato da liberdade individual. Mesmo os capitalistas agem meramente como seus órgãos.

O direito para além do direito burguês.

Na análise renneriana, o desenvolvimento das forças produtivas e a autonomia relativa do direito fazem com que o direito aponte para fora do direito burguês, levando ao limite o processo de socialização possível sob as relações de produção vigentes e desmascarando a função meramente parasitária da propriedade no processo social de produção e reprodução. Uma socialização da propriedade acontece a despeito do direito de propriedade. A propriedade se transformou, de fato, em utilidade pública.

No entanto o direito não reconhece esse fato. O direito pode apontar para fora do direito burguês, mas não pode escapar dele. Para liberar o desenvolvimento em direção ao socialista são necessárias novas leis. E leis são

atos de vontade conscientes por parte da sociedade, o que remete o problema em último caso, para uma *práxis* externa ao direito.

Onde se localizariam então os potenciais emancipatórios imanentes ao direito? Renner entende o direito como a forma de autorregulação consciente da sociedade sobre si mesma e seu processo de subsistência⁵¹, a única forma que ela pode dominar o processo de produção e reprodução da espécie. Só na figura do direito é que a autodeterminação, a liberdade em sentido político, pode se realizar (*ib.*, p. 20, nota 3).

O direito não é só a forma de realização da liberdade, mas também é condição para a igualdade. Esta não existe num estado pré-social, ela é “criação do direito e da sociedade” (*ib.*, p. 20) A dimensão jurídica da igualdade não é suficiente, mas é necessária para sua realização plena.

As Instituições do direito privado e sua função social inaugura uma concepção de sociologia do direito que não anula a dimensão normativa do seu objeto. A autonomia do direito é preservada e por isso ela é capaz de se colocar a questão do potencial emancipatório do direito. Dessa maneira Renner se opõe a uma concepção do direito que veja nele uma mera “forma” que tem seu “conteúdo” dado por sua função econômica (*ib.*, p. 9).

3 FRANZ NEUMANN

A despeito de apontar a possibilidade de controlar os meios de produção por meio do direito, Renner localiza tal possibilidade no campo dos conflitos econômicos, não no campo dos conflitos políticos. Será apenas no começo do século XX, com a entrada da classe operária no Parlamento e a criação de direitos sociais por meio de leis, que política e democracia irão passar a ocupar o centro do palco da crítica do direito de inspiração marxista com a obra de Franz L. Neumann (2013 e 2014).

Esta mudança é fundamental. Em Renner, o direito termina por exercer sempre uma função auxiliar. Sua racionalidade é, por assim dizer, programada

⁵¹ O direito não é portanto nem capitalista, nem socialista, mas neutro. Essa concepção do direito é coerente com a posição positivista de Renner (*ib.*, pp. 1-12 e KAHN-FREUND, *op. cit.*, pp. 2-4)

pelo desenvolvimento das forças produtivas, posto que seu papel é conservar as relações de produção, estas sim um espaço conflitivo e dinâmico no qual a sociedade define o seu destino.

Para Franz Neumann, em razão das mudanças ocorridas no começo do século, o papel do direito se transforma. A presença da classe operária no Parlamento faz com que não se possa mais dizer que o padrão de evolução do direito segue os padrões das mudanças nas relações de produção. Ao contrário, o direito passa a ter a capacidade de programar o funcionamento da economia, ocupando assim uma posição central na reprodução da sociedade.

Nessa época surgem pela primeira vez no mundo do direito disciplinas como direito econômico, que visa a controlar a concorrência, e o direito do trabalho, cuja função é impor limites à exploração do trabalho pelo capital. Com estes instrumentos regulatórios, o estado de direito torna-se capaz de impor um ritmo político às relações de produção. Ele se torna capaz de determinar o desenvolvimento antes completamente autônomo das relações de produção, conferindo limites e balizas determinados pelos conflitos sociais, na época, o conflito entre capital e trabalho, ambos agora representado no Parlamento.

Para além da época, pode-se dizer que, a partir deste momento, a ascensão política de qualquer grupo social pode ter efeitos sobre o direito e determinar a distribuição de poder na sociedade. O conteúdo do direito passa, então, a estar ligado ao estado atual dos conflitos sociais, tanto no que diz respeito às leis quanto no que diz respeito às decisões judiciais, como mostraram na época Franz Neumann e Otto Kahn-Freund.

Sobre o Judiciário, diga-se, o trabalho seminal da época foi escrito em 1923 por Otto Kahn-Freund (1966). O texto “O ideal social das cortes do Reich” mostra que os juízes alemães estavam negando vigência à Constituição de Weimar em suas decisões, deixando de aplicar as normas do capítulo que tratava dos direitos sociais.

Todas estas mudanças põem no centro da discussão a questão da efetividade do direito, ou seja, a possibilidade de fazer com que as normas jurídicas produzam efeitos sociais reais e, de fato, promovam as mudanças na distribuição de poder na sociedade conquistadas no Parlamento, batalha que

começa a ser travada, como acabamos de dizer, no Poder Judiciário ainda durante a República de Weimar.

Além disso, Franz Neumann mostra em seus livros “O Império do Direito” e “Behemoth” que o direito liberal-burguês passa a ser deslegitimado pela burguesia, que passa a apoiar regimes ditatoriais que prescindem da racionalidade racional-legal para governar e passam a fundar sua autoridade na ideia de nação e na direção de líderes carismáticos.

Afinal, esta forma de legitimar o poder por meio de normas gerais promete levar em conta o interesse de toda a sociedade e não apenas de uma parte dela. Cada novo grupo social que se entenda excluído ou injustiçado está automaticamente legitimado pelo estado de direito para reivindicar novos direitos que modifiquem a sua condição.

Este potencial disruptivo do estado de direito não era tão evidente antes do começo do século passado. Em uma sociedade mais homogênea e menos conflitiva, o direito ainda era capaz de expressar e estabilizar os interesses coletivos.

Já em uma sociedade altamente conflitiva, em que a ideia de bem comum não pode ser definida de antemão e qualquer estabilização de sentido passa a ser questionada no momento seguinte, o direito passa a desempenhar a função de desestabilizar o status quo.

Cada novo direito reivindicado implica em mais disputa pelos recursos públicos e pelo poder simbólico, processo que ameaça e desestabiliza a posição dos grupos sociais já incluídos. Da mesma maneira, a disputa pelo sentido do direito no interior do poder judiciário, como já havia mostrado Kahn-Freund, também implica na alteração do equilíbrio de poder entre os grupos sociais.

Como se vê, em Franz Neumann, o conceito de mudança de função torna-se onipresente na vida do direito. Pode-se dizer que a mudança de função se torna o modo normal de reprodução de um direito democrático: qualquer forma de naturalização que paralise a mudança de função dos direitos e a criação de novos direitos é sinal de que as instituições não estão funcionando bem. Afinal, a naturalização dos direitos implica na manutenção do poder de determinados grupos sociais e a exclusão de outros (RODRIGUEZ, 2013).

4 CONCLUSÃO

Vivemos um momento, para o qual tomamos como marco a Constituição de 1988, onde a estratégia dos agentes sociais pode ser caracterizada como luta por direitos. Um processo duplo de “socialização do Estado” e de “judicialização da sociedade” leva à democratização crescente do aparelho estatal em decorrência da reivindicação de direitos e ao aprendizado social da linguagem dos direitos.

A gramática do direito passa a organizar os conflitos sociais, sendo invocada por agentes, grupos e movimentos sociais para expressar suas reivindicações perante ao Estado e em suas relações horizontais. Essa disputa do conteúdo e do sentido do direito ocorre tanto no Parlamento, quanto no Judiciário (RODRIGUEZ, 2014).

O conceito crítico de mudança de função permite mapear os conflitos sociais que ativam diversos setores do ordenamento jurídico, organizando-os jurídico-conceitualmente. O produto é uma imagem do Direito como o resultado dinâmico e sempre provisório desses embates, produto de uma rede⁵² de atores entre os quais o Estado é apenas um, ainda que com um grande peso.

Além da sua capacidade de apreender os conflitos sociais e a imagem do direito resultante deles, o conceito de mudança de função aponta a paralização desse processo, seja pela exclusão de certos agentes sociais das arenas de disputa pelo direito, seja pela naturalização dos conceitos jurídicos (RODRIGUEZ, 2013b, pp. 13-24).

No entanto o conceito aqui apresentado não é meramente descritivo, ele é também crítico. Apoiado na normatividade originária do vínculo interno entre direito e democracia (NEUMANN, 2014), ele pode apontar para os potenciais emancipatórios contidos na mobilização do direito pelos agentes sociais e para os obstáculos à realização desses potenciais.

⁵² O conceito aqui defendido escaparia portanto ao paradigma já caduco da “formação”, operando na lógica das “redes” (NOBRE, 2012).

Dessa maneira o direito pode ser articulado em diagnósticos amplos e de longo alcance sobre o estado presente das lutas sociais. O direito passa a ser mais uma arena, onde de fato ocorreram avanços importantes, na disputa pela consolidação de um modelo de sociedade internamente vinculado à democracia (NOBRE, 2014 e 2013).

REFERÊNCIAS

KAHN-FREUND, O. Das soziale Ideal des Reichsgerichts. Eine kritische Untersuchung zur Rechtsprechung des Reichsgerichts. In: RAMM, T. **Arbeitsrecht und Politik**. Quellentexte 1918-11933. Berlin: Neuwid, 1966.

_____. Introduction. In: RENNER, K. **Institutions of private law and their social functions**. Abington: Routledge, 2001, p. 1-43.

KINSEY, R. Karl Renner on socialist legality. In: SUGARMAN, D. (org.). **Legality, Ideology and The State**. London: Academic Press, 1983.

LOPES, J. R. L. **Direito e transformação social**: ensaio interdisciplinar das mudanças do direito. São Paulo: Ciência Jurídica, 1997.

MARRAMAIO, G. Entre bolchevismo e social-democracia: Otto Bauer e a cultura política do austromarxismo. In: HOBBSBAWN, E. (org.) **História do marxismo**, Vol. V. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Luiz Sérgio N. Henriques e Amélia Rosa Coutinho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985, p. 277-343.

_____. **O político e as transformações**. Trad. Antonio Roberto Bertelli. Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1990.

NEUMANN, F. **Império do direito**. Trad. Rúrion Soares Melo. São Paulo: Quartier Latin, 2013

_____. Mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. Trad. Bianca Tavolari. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, 109, 2014, pp. 13-87.

NOBRE, M. **A teoria crítica**. São Paulo: Zahar, 2011.

_____. **Da “formação” às “redes”**: Filosofia e cultura depois da modernização. Cadernos de Filosofia Alemã, 19, 2012, pp. 13-36.

_____. **Choque de Democracia-Razões da Revolta**. São Paulo: Cia das Letras, 2013.

_____. **Imobilismo em movimento**. São Paulo: Cia das Letras, 2014.

RENNER, K. **Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1929.

_____. **The institutions of private law and their social functions**. Trad. Agnes Schwarzschild. Abington: Routledge, 2001.

RODRIGUEZ, J. R. **Desintegração do status quo**. *Novos Estudos*, 93, 2013a, pp. 49-63.

_____. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013b.

_____. Luta por direitos, rebeliões e democracia no século XXI: algumas tarefas para a pesquisa em Direito. In: STRECK, L. L.; ROCHA, L. S.; ENGELMANN, W. (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, pp. 125-156.

DISPUTAS PELO REGIME JURÍDICO DA POLÍTICA FISCAL NO BRASIL

Flávio Marques Prol

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar papéis do direito para a política fiscal no Brasil, a partir de estudo sobre o regime jurídico da política fiscal. O regime jurídico é o conjunto de princípios e regras que regulam a gestão do gasto e do endividamento públicos. A pesquisa combina uma análise das funções do regime jurídico para a política fiscal com um estudo sobre o papel do direito para a legitimação social da política. O regime jurídico foi reformado na década de 90 com o propósito de promover a agenda do ajuste fiscal e da sustentabilidade da dívida pública. Essa reforma implicou quatro alterações: prerrogativas fiscais foram centralizadas na União; centralização do poder fiscal no Executivo, comparado ao Legislativo; criação de limites legais à gestão da política fiscal; criação de novos mecanismos de transparência e prestação de contas da política. Embora as regras e os princípios jurídicos tenham reduzido a margem de manobra fiscal de estados e municípios, centralizado competências fiscais no Executivo e criado novos mecanismos de transparência e prestação de contas, ainda existe considerável espaço de discricionariedade na definição e na gestão da política fiscal no âmbito do Poder Executivo federal.

PALAVRAS-CHAVE: luta por direitos; direito e macroeconomia; legitimidade democrática.

1 A MACROECONOMIA PARA ALÉM DA CIÊNCIA ECONÔMICA: DIREITO E MACROECONOMIA⁵³

Políticas macroeconômicas estão entre os principais instrumentos dos estados modernos para gestão de suas economias. Os estados utilizam essas políticas para influenciar a renda nacional, a taxa de crescimento da economia, os índices de inflação de preços, o nível de desemprego, o endividamento público, entre outros indicadores econômicos.

⁵³ Esta pesquisa é baseada parcialmente nos resultados da pesquisa que deu origem a dissertação de mestrado de minha autoria, apresentada perante a Faculdade de Direito da USP em 2014, intitulada *Direito e Macroeconomia: um estudo do regime jurídico da política fiscal*, sob orientação do professor doutor Jean-Paul Cabral Veiga da Rocha.

Apesar da centralidade das políticas macroeconômicas, não é incomum que as controvérsias existentes sobre elas se restrinjam a pequenos grupos e círculos de pessoas. As políticas macroeconômicas são geralmente objeto de interesse de economistas. Discussões sobre políticas monetária, fiscal e cambial são concentradas nas Faculdades de Economia, em centros de pesquisa especializados e nos jornais e periódicos econômicos.

Entretanto, há um amplo campo de pesquisa a ser explorado que não se restringe a análises econômicas das políticas macroeconômicas. A relação entre demandas sociais e políticas macroeconômicas, o modo como essas políticas são apresentadas e discutidas no debate público democrático e a influência das instituições políticas e de regras jurídicas na delimitação de opções para elas são somente alguns exemplos desse campo mais amplo que ainda pode se desenvolver.

Nesse sentido, este artigo apresenta resultados de uma pesquisa que tenta compreender os papéis que o direito pode ter para políticas macroeconômicas. Ao invés de analisar todas as políticas macroeconômicas, escolheu-se pesquisar apenas a relação entre uma delas, a política fiscal, e o direito.

A política fiscal, entendida como a gestão das receitas e despesas do estado e a quantidade de endividamento público, é uma das principais políticas macroeconômicas de qualquer estado contemporâneo. No Brasil, a política fiscal diz respeito à gestão pelo governo federal de um orçamento que em 2014 chegou a R\$ 2,5 trilhões, o que corresponde a aproximadamente 50% do PIB brasileiro, além da gestão de uma dívida bruta do governo geral (o que inclui os governos estaduais e municipais) de mais de R\$ 3 trilhões e de uma dívida líquida de R\$ 1,81 trilhão.⁵⁴

Neste trabalho, política fiscal corresponderá apenas à gestão pelo estado da quantidade do gasto e do endividamento para o setor público consolidado, o que envolve o conjunto das finanças públicas municipais, estaduais e federal. O

54 Para os dados, ver a Lei Orçamentária Anual de 2014 (Lei 12.952, de 20 de janeiro de 2014) e a Nota para a Imprensa sobre política fiscal do Banco Central, publicada em 30 de setembro de 2014 (Banco Central, 2014).

componente da arrecadação da política fiscal, como impostos, taxas e outras receitas, não será objeto da pesquisa.

2 PROBLEMAS DE PESQUISA

A partir dessa delimitação do tema, três são os principais problemas desta pesquisa: o que é o regime jurídico da política fiscal no Brasil? Como esse regime foi reformado? Quais são os seus impactos para a política fiscal? Esta pesquisa se baseia em duas ideias gerais para defender que uma pesquisa de direito e macroeconomia tem o potencial de revelar detalhes da gestão macroeconômica em uma democracia.

A primeira é a de que análises de textos legais e constitucionais, de decisões administrativas e judiciais, bem como da própria reflexão doutrinária sobre gasto e endividamento público, devem ser feitas a partir de uma perspectiva que permita o estudo conjunto do contexto histórico de criação de tais institutos e normas, além de seus impactos na economia, nas instituições políticas e jurídicas e no controle social da política fiscal. Nesse sentido, esta pesquisa não pode se dedicar somente a uma sistematização lógica de institutos e normas jurídicas. Esta atividade não permite reconhecer e interpretar a dinâmica histórica do direito da política fiscal.

A segunda ideia que guia este trabalho é a de que, ao escolher como principal problema de estudo o regime jurídico da política fiscal, sua reforma e seus impactos, no contexto democrático brasileiro, esta pesquisa possui ao menos uma diferença epistemológica relevante em relação às reflexões econômicas e jurídicas mais comuns sobre o tema: ela não precisa se comprometer com nenhum discurso específico sobre política econômica. Em geral, trabalhos jurídicos costumam se filiar – intencionalmente ou não e de forma explícita ou não – a certas correntes econômicas de pensamento. Os estudos econômicos, por sua vez, constituem as próprias correntes econômicas existentes.

Esta pesquisa, contudo, parte do pressuposto de que o estudo do regime jurídico de qualquer política macroeconômica não precisa ser realizado de uma

perspectiva econômica. Ela pode se limitar a descrever como diferentes normas jurídicas e instituições privilegiam certas correntes econômicas em detrimento de outras ao longo do tempo, especialmente explorando o modo como atores sociais mobilizam o direito e diferentes instituições em um contexto democrático para gerir uma política macroeconômica. Isto não significa defender que este trabalho adote uma postura indiferente ao debate econômico em uma democracia.

Em síntese, as duas ideias que motivam este artigo sugerem que uma pesquisa de direito e macroeconomia consegue colocar no centro das preocupações teóricas questões sobre como o Estado tem gerido políticas macroeconômicas por meio de regras e princípios jurídicos em um contexto democrático, o que envolve discussões sobre relações federativas, separação de poderes, discricionariedade da gestão da política fiscal e mecanismos de controle social dessas políticas.

Esta pesquisa entende que a análise de qualquer regime jurídico deve se desenvolver em três diferentes níveis: (i) o da delimitação das regras e dos princípios jurídicos que constituem o referido regime; (ii) o da discussão sobre o contexto de criação ou reforma desse regime; (iii) o da implementação desses princípios e regras. Esses três níveis organizam às próximas seções deste artigo, embora, por questões de espaço, não discutirei aqui o contexto de criação ou reforma do regime jurídico da política fiscal no país detalhadamente.

3 UM NOVO REGIME JURÍDICO DA POLÍTICA FISCAL NO BRASIL

Declarações de várias autoridades federais servem como indício de que a partir de 1988 o governo federal organizou um regime jurídico para a política fiscal relacionado à agenda do ajuste fiscal e da sustentabilidade da dívida pública. Nos termos de teorias macroeconômicas, é possível afirmar que a reforma estava conectada às teorias críticas ao pensamento keynesiano, em especial aquelas que criticam o impacto de políticas fiscais contracíclicas na solvência e na sustentabilidade futura da dívida pública. Foi na década de 1990, e principalmente a partir de 1994, que várias leis começaram a ser aprovadas explicitamente com a ideia de favorecer o ajuste fiscal.

Em abril de 1999, o então presidente Fernando Henrique Cardoso justificou a proposta de aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal ao Congresso Nacional com a mensagem:

Este projeto de lei – publicamente conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF – também faz parte desse elenco de importantes inovações estruturais da Administração Pública que, após aprovado, terá vigência num ambiente fiscal mais favorável, sedimentado pelos efeitos positivos do Programa de Estabilidade Fiscal, da reestruturação das dívidas dos estados e dos municípios, da reorganização do sistema bancário estadual, e de outras medidas de ajuste fiscal implementadas pelos governos estaduais e municipais. (Mensagem nº 485 de 13 de abril de 1999)⁵⁵

Como a passagem acima resume, as autoridades do governo federal pressionavam pela aprovação de “inovações estruturais” que buscavam promover a agenda do ajuste fiscal no país. A aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal no Congresso era “parte desse elenco” de medidas de ajuste fiscal, implementadas não só pelo governo federal, mas também pelos governos estaduais e municipais.

A organização das regras e princípios jurídicos modificados na década de 1990 demonstra que, embora o principal objetivo da reforma da década de 1990 fosse promover a agenda do ajuste fiscal e da sustentabilidade da dívida pública, a reforma abrangeu a mudança de diversas regras e princípios relativos à relação federativa na gestão fiscal, à relação entre o Legislativo e o Executivo, à transparência e à fiscalização das contas públicas, além de regras que efetivamente buscam estabelecer limitações para opções de política fiscal.

Nesse contexto, na organização das regras e princípios jurídicos criados no período, esta pesquisa diferencia quatro âmbitos de reforma, que serão apresentados a seguir: centralização do poder fiscal na União; centralização do poder fiscal no Executivo; regras que estabelecem limites para as decisões fiscais do setor público consolidado; novos mecanismos de transparência.

A primeira dimensão que foi alterada se relaciona ao federalismo. Novas regras e novos princípios concederam maior poder à União para controlar as dívidas estaduais e municipais. O regime jurídico da política fiscal passou a

⁵⁵ Publicada no Diário da Câmara dos Deputados (DCD) do dia 14 de abril de 1999, pp. 15154-15189.

prever: que bancos públicos estaduais não poderiam conceder empréstimos aos agentes públicos que os controlavam - artigo 36 da Lei de Responsabilidade Fiscal; a privatização de empresas estatais estaduais e dos bancos públicos estaduais como pré-requisito para o recebimento de recursos pela União - Medida Provisória nº 1.514/1996, que instituiu o Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na Atividade Bancária (PROES) e Lei nº 9.496/1997, que determinou as condições do Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados; a proibição de transações creditícias entre entidades da Federação - artigo 35 da Lei de Responsabilidade Fiscal; outros limites para operações de crédito - além das vedações discutidas no item (i) e no item (iii), a Lei de Responsabilidade Fiscal proibiu operações de crédito - artigos 34 a 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal; limites para gastos com pessoal - artigos 19 e 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal; a possibilidade de proibição da transferência voluntária de recursos para estados e municípios em caso de desrespeito às regras - artigos 11, 23, § 3º, I e II, e 51 da Lei de Responsabilidade Fiscal; para o governo federal refinar as dívidas estaduais, os governos estaduais deveriam se comprometer junto ao governo federal a estabelecer metas quanto à dívida financeira em relação à receita líquida real, ao resultado primário, à arrecadação de receitas próprias, entre outras - artigo 2º da Lei nº 9.496/1997.

O papel do Supremo Tribunal Federal na consolidação de quase todas as regras apresentadas nessa lista foi fundamental. Logo após a aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal, três partidos - Partido Comunista do Brasil (PCdoB), Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Socialista Brasileiro (PSB) - pleitearam a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da lei, entre eles os artigos 11 e 20, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2238.56 Paralelamente à ação dos partidos, o então governador de Minas Gerais, Itamar Franco, pleiteou

56 O PCdoB proporia nova ação direta de inconstitucionalidade contra os artigos relativos aos limites de gasto com pessoal, por meio da ADI nº 2365. As ADIs nº 2241, 2256 e 2261, propostas pela Mesa da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) e Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), também foram apensadas à ADI nº 2238, por discutirem o artigo que limita os gastos com pessoal.

perante o STF, por intermédio da ADI nº 2250, a inconstitucionalidade de outros artigos

O então Ministro Ilmar Galvão foi relator do julgamento das medidas cautelares nas duas ADIs. Em relação ao artigo 11, no julgamento da medida cautelar da ADI nº 2238-5, por unanimidade, o Tribunal declarou que “por se tratar de transferências voluntárias, as restrições impostas aos entes beneficiários que se revelem negligentes na instituição, previsão e arrecadação de seus próprios tributos não são incompatíveis com o art. 160 da Constituição Federal”. Já em relação ao artigo 20, o Supremo entendeu que “o art. 169 da Carta Magna não veda que se faça uma distribuição entre os Poderes dos limites de despesa com pessoal; ao contrário, para tornar eficaz o limite, há de se dividir internamente as responsabilidades”, de acordo com o voto dissidente do Ministro Nelson Jobim.⁵⁷ No julgamento da medida cautelar da ADI nº 2250, por unanimidade, o Supremo declarou que os artigos 35 e 51 são constitucionais, pois tratam de norma de gestão financeira, nos termos do inciso II do §9º do artigo 165 da Constituição Federal, e que, portanto, estão no âmbito de competência da União.

Regras regulando a relação entre Poder Executivo e Poder Legislativo também foram alteradas. O Executivo já era a principal autoridade fiscal no Brasil, mas é possível afirmar que seus poderes foram fortalecidos na década de 1990: emendas constitucionais permitiram que o Executivo retenha certas receitas que a Constituição originalmente determinaria para certas despesas – “desvinculações das receitas da União”; regras da Lei de Responsabilidade Fiscal que permitem que o Executivo programe despesas públicas por Decreto, após a aprovação da Lei Orçamentária Anual – artigos 8º e 9º da LRF.

Ambas as possibilidades abertas ao Executivo dão proeminência a este poder na sua relação com o Legislativo no âmbito da política fiscal. A desvinculação das receitas da União permite que o governo use certas receitas, antes vinculadas, de modo discricionário.

⁵⁷ O argumento contrário era de que o artigo 169 da Constituição só permitiria o estabelecimento de tetos para gastos com pessoal, e não a discriminação de limites por poder e por esfera federal, como prevê o artigo 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal foi essencial na legitimação e estabilização das referidas regras. No caso da desvinculação das receitas da União, a Segunda Turma do Tribunal declarou, por unanimidade, que “não é inconstitucional a desvinculação de parte da arrecadação de contribuição social, levada a efeito por emenda constitucional” (Relator Ministro Cezar Peluso, Recurso Extraordinário nº 537.610, DJE 18.12.2009). Segundo o Relator, não há incompatibilidade entre a desvinculação e o restante do texto constitucional e a norma que determina a vinculação das contribuições sociais não é cláusula pétrea.

Quanto à possibilidade de que o Executivo programe as despesas públicas por decreto, o STF declarou inconstitucional parte de um dos dispositivos relevantes da prerrogativa, embora o seu núcleo tenha sido preservado. Trata-se de prerrogativa ampla, que permite ao Executivo inclusive a não realização de gastos previstos na Lei Orçamentária aprovada. A Lei ainda determinava que, caso os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público não efetuassem o contingenciamento, o Poder Executivo deveria fazê-lo (§3º do art. 9º da LRF). No julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 2.238, o Supremo Tribunal Federal suspendeu o parágrafo que permitia ao Executivo o contingenciamento quando os Poderes Legislativo, Judiciário e o Ministério Público não o efetuassem.

O terceiro eixo de mudança no Brasil, em especial após a Lei de Responsabilidade Fiscal, é o de que a gestão da política fiscal passou a contar com diversas limitações jurídicas: o objetivo da gestão fiscal seria a responsabilidade – artigos 1º e 2º da Lei de Responsabilidade Fiscal; o governo só pode incorrer em déficits que sejam equivalentes ao montante de investimentos – artigo 167, III da Constituição e artigo 12, §2º da Lei de Responsabilidade Fiscal; o Banco Central não pode financiar o Tesouro Nacional – artigo 164, § 1º, da Constituição e artigos 7º e 34 da Lei de Responsabilidade Fiscal; existem limites para os gastos públicos com pessoal; a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ações governamentais que impliquem aumento de despesas deve ser acompanhado da estimativa do impacto orçamentário-financeiro para o exercício que entrar em vigor e nos dois subsequentes, além de declaração do ordenador de despesa de que o referido aumento é compatível

com o PPA e a LDO e é adequado à LOA – artigos 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal; gastos continuados de mais de dois anos só podem ser aprovados com a indicação específica da fonte de seu financiamento – artigo 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal; a LDO deve incluir um anexo de metas fiscais no qual metas relativas a gastos públicos, resultados primário e nominal e para o montante de endividamento público devem ser apresentados para os próximos três anos – artigo 4º da Lei de Responsabilidade Fiscal; o Senado passou a determinar limites para o nível global de dívida pública em todas as esferas do governo e deixou de analisar os pedidos de autorização para a contratação de qualquer operação de crédito de tomador que apresente resultado primário negativo ou que esteja inadimplente junto a instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional – artigos 30, 32, 40 e 66 da Lei de Responsabilidade Fiscal e Resoluções do Senado nº 78/1998 e nº 43/2001.

Mais uma vez, o STF foi essencial na consolidação dessas regras, em especial daquelas previstas nos artigos 4º, 7º, 12 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Os partidos que ingressaram com a ADI nº 2238 perante o STF argumentaram que os referidos artigos seriam inconstitucionais. Por unanimidade, o STF rejeitou os pedidos relativos aos artigos 4º, 7º e 17, e concedeu interpretação conforme a Constituição ao artigo 12 no julgamento da medida cautelar da ADI, nos termos do voto do relator, Ministro Ilmar Galvão. Os ministros do STF entenderam que a demonstração da viabilidade das metas programadas pelos Estados e Municípios no contexto das políticas econômicas de crédito, juros e das previsões de inflação, crescimento, entre outras, do governo federal, não fere qualquer dispositivo constitucional (art. 4º), uma vez que essa demonstração é medida de gestão e planejamento, não de intervenção da União nos outros entes federativos. Para a Corte, a regra sobre o relacionamento entre Banco Central e Tesouro (art. 7º) também é constitucional. Trata-se de regra de natureza fiscal que não cria créditos ilimitados para o poder público, pois as hipóteses de o Tesouro cobrir eventuais resultados negativos do Banco Central são específicas e restritas. Quanto às regras sobre despesas obrigatórias de caráter continuado, o STF entendeu que condicionar o seu aumento “à redução de despesa ou aumento de receita, também em caráter continuado” é proposta

que “não pode ser obviamente considerada responsável pelo engessamento de qualquer dos Poderes de Estado”. Nesse sentido, o Supremo declarou que as regras não feriam o princípio da separação dos Poderes e o princípio da autonomia dos entes federados.

Por fim, em relação à “regra de ouro” das finanças públicas (art. 12), o STF deu interpretação conforme a Constituição à regra, para explicitar que a vedação não abrange a abertura de créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo, hipóteses já expressamente permitidas pela regra constitucional, nos termos do inciso III do art. 167.

Analisar as resoluções do Senado Federal também é essencial para se compreender o avanço de regras relacionadas ao ajuste fiscal no período (LOUREIRO, 2001; LEITE, 2005). Dentre todas as Resoluções aprovadas pela Casa relativas ao tema, no âmbito de sua esfera de competência prevista pelo artigo 52 da Constituição Federal, destacam-se duas: a Resolução nº 78/1998 e a Resolução nº 43/2001. A primeira foi criada logo após a aprovação da Lei de refinanciamento das dívidas estaduais, aprovada em 1997, e previa regras que proibiam o Banco Central de encaminhar ao Senado pedidos de autorização para a contratação de qualquer operação de crédito de governo que possuísse resultado primário negativo ou que houvesse concedido isenções fiscais sobre o ICMS. Posteriormente, a Resolução nº 43/2001 transferiu a competência para análise dos pedidos de autorização para a contratação de qualquer operação de crédito de governo do Banco Central para a Secretaria do Tesouro Nacional (ABRUCIO e LOUREIRO, 2002; LEITE, 2005).

A quarta dimensão de mudança foi a criação de regras específicas de transparência e prestação de contas da política fiscal. Essas regras obrigam as entidades federativas a: tratarem a transparência da gestão fiscal como o objetivo principal a ser perseguido - artigo 48 da LRF; conduzirem audiências públicas e encorajarem a participação pública nos processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos - artigo 48, parágrafo único

da LRF⁵⁸; respeitarem normas específicas sobre escrituração e consolidação das contas públicas - artigos 50 e 51 da LRF; publicarem relatórios sobre execução orçamentária a cada dois meses - artigos 52 e 53 da LRF; publicarem relatórios de gestão fiscal ao final de cada quadrimestre - artigos 54 e 55 da LRF; (somente para o governo federal) criar um conselho fiscal para supervisionar e avaliar a gestão fiscal - artigo 67 da LRF.

O STF não foi provocado para decidir sobre qualquer uma dessas regras, com exceção da previsão do §1º do artigo 51, que dispõe sobre o envio das contas dos Municípios e dos Estados à União, para consolidação. A regra que previu a criação do conselho de gestão fiscal nunca foi implementada.

Além dessas regras sobre transparência, a LRF ainda dispõe sobre o papel do Poder Legislativo e, em especial, dos Tribunais de Conta na análise das prestações de contas dos poderes e na fiscalização da gestão fiscal.

Consideradas conjuntamente, as quatro dimensões da reforma indicam que um novo regime jurídico para a política fiscal foi construído no Brasil nas últimas décadas. Nesse sentido, o regime jurídico não somente impôs novos deveres e restrições para a política fiscal, mas também alterou o poder dos atores responsáveis por implementar a política.

Caso a hipótese de que o regime resultante dessa interação tenha sido alterado nos quatro âmbitos delineados por esse capítulo estiver correta, quais foram os impactos que puderam ser percebidos após a aprovação dessas regras e princípios? Em cada um dos âmbitos de reforma, os efeitos estão de acordo com os objetivos daqueles agentes que incentivaram a reforma?

Sobre essas perguntas, a hipótese que conduz as reflexões desta pesquisa derivam de estudos sobre o tema da indeterminação do direito. O conceito de indeterminação do direito tende a explicitar que o momento de sua determinação provavelmente nunca se completa com a mera previsão legal ou constitucional de regras e princípios jurídicos; o momento (contínuo) da aplicação - ou da

58 Posteriormente alterado pela Lei Complementar nº 131, de 2009, que será discutida no capítulo 4.

interpretação - do direito é tão essencial quanto o da “criação” do direito.⁵⁹ Em outras palavras, trata-se da discussão a respeito da mudança da função do direito, segundo a qual, a despeito da modificação de artigos de lei ou até mesmo da constituição, os próprios institutos jurídicos podem ter seu funcionamento substantivamente alterado a partir da influência de outras transformações políticas, sociais e econômicas (NEUMANN, 1957, 1986).

No caso do regime jurídico da política fiscal, talvez a interpretação da qual se esteja tratando não corresponda à ideia geralmente compartilhada por juristas a respeito do tema. Os órgãos judiciais parecem ter importância secundária na aplicação do regime jurídico da política fiscal, embora tenham sido fundamentais para consagrar a constitucionalidade das regras e dos princípios. A ausência do Judiciário como órgão de aplicação do direito, entretanto, não torna o direito da política fiscal menos indeterminado: trata-se simplesmente de deslocar o âmbito das decisões a respeito de como melhor implementar as diversas normas jurídicas do regime da política fiscal do Poder Judiciário para alguma outra instituição. Caso a narrativa apresentada até aqui esteja correta, trata-se de dizer que o local de interpretação do direito da política fiscal – ou, traduzido em termos mais simples, da definição da gestão da política fiscal – se concentrou no Ministério da Fazenda e na Secretaria do Tesouro Nacional, com certas limitações e com a criação de novos mecanismos de transparência. Por isso a importância do Judiciário não seria tão grande.

⁵⁹ O tema da indeterminação do direito talvez seja uma das formas mais interessantes de se aproximar dos principais debates da teoria e da sociologia do direito. Basta pensar nos seguintes exemplos: o debate sobre a materialização do direito iniciado por Max Weber e as questões de segurança e previsibilidade jurídicas para o desenvolvimento do capitalismo ocidental; o último capítulo da *Teoria Pura do Direito*, em que Kelsen anuncia que é impossível determinar juridicamente a interpretação do direito em uma decisão efetiva; ou, ainda, o clássico debate entre Hart e Dworkin a respeito da discricionariedade jurisdicional. Teóricos do direito brasileiro vêm dando diferentes interpretações ao tema, a partir de diferentes pontos de vista teóricos. Dois exemplos recentes são: Barbosa (2013) discute a questão da indeterminação social do direito a partir da ideia de que se multiplicaram as arenas decisórias especializadas na estabilização das expectativas normativas e as lutas por justificação sobre a interpretação política das normas jurídicas e que ainda não está claro se a Constituição Federal, com seus diversos princípios, consegue se infiltrar nessas arenas decisórias; em sentido semelhante, Rodriguez (2013) demonstra como a participação do Judiciário se torna central em uma sociedade plural e democrática para garantir que a interpretação do direito esteja sempre aberta a novas lutas por justificação.

4 A IMPLEMENTAÇÃO DO REGIME JURÍDICO PARA A POLÍTICA FISCAL

Nesta seção, discutem-se os efeitos do novo regime jurídico para a política fiscal. Analisa-se a implementação desse regime nos quatro âmbitos delineados pela análise da reforma do regime jurídico: relações federativas; relação entre Executivo e Legislativo; política fiscal do setor público consolidado baseada em regras; e novos mecanismos de transparência e de prestação de contas na gestão das finanças públicas.

A reforma do regime jurídico trouxe regras e princípios que centralizaram o poder fiscal no Poder Executivo e no governo federal. Os dados reunidos pela literatura econômica – que estuda o impacto da Lei de Responsabilidade Fiscal na gestão fiscal de estados e municípios – e pela literatura jurídica e política – que estuda o impacto do regime nas relações entre os poderes Executivo e Legislativo – confirmam que, nesses âmbitos, a concentração prevista no momento da criação das regras e dos princípios gerou o efeito esperado. Estados e municípios têm hoje um espaço reduzido para gerir autonomamente suas finanças; o Executivo passou a predominar em relação ao Legislativo nas decisões fiscais, o que facilitou a promoção de um ajuste fiscal, a partir do momento em que essa agenda se consolidou politicamente. Quanto à gestão municipal, a revisão da literatura indica que a Lei de Responsabilidade Fiscal: provoca um maior equilíbrio entre receitas e despesas;⁶⁰ facilita o cumprimento de objetivos legais e a publicação periódica de relatórios;⁶¹ contribui para o aumento do superávit primário;⁶² Contribui para a redução da proporção entre dívida pública municipal e PIB municipal.⁶³ ⁶⁴

60 Ver, nesse sentido: Alves e Santos (2011), Gadelha (2012), Menezes (2006), Fioravante, Pinheiro e Vieira (2006), Giuberti (2005), Araújo, Chieza e Silva Jr (2009) – para os municípios de Rio Grande do Sul –, Santolin, Jayme Jr. e Reis (2009) – para os municípios de Minas Gerais –, Sakurai (2005).

61 Ver Alves e Santos (2011) – para os municípios de Rio Grande do Sul.

62 Ver, nesse sentido: Gadelha (2012), Gerardo e Nascimento (2002), Sakurai (2005) – para os municípios do Estado de São Paulo; Chieza, Araújo e Júnior (2009) – para os municípios de Rio Grande do Sul.

63 Ver: Nunes e Nunes (2003), Linhares, Penna e Borges (2013) – para os municípios de Piauí.

No caso da gestão estadual das finanças públicas, a literatura não foca somente nos impactos da Lei de Responsabilidade Fiscal para a política fiscal, mas avalia também a influência da emenda constitucional que permitiu a reeleição de governadores e do Presidente, e a Lei que reestruturou as dívidas estaduais com o governo federal (Lei nº 9.496/1997). A revisão de literatura aponta para as seguintes conclusões: Lei de reestruturação das dívidas estaduais e a Lei de Responsabilidade Fiscal são instrumentos que tendem a promover um equilíbrio geral entre receitas e despesas no nível estadual, em particular com controle dos gastos com pessoal;⁶⁵ A Lei de Responsabilidade Fiscal tende a tornar a política fiscal menos pró-cíclica;⁶⁶ A literatura sobre o impacto da emenda da reeleição é controversa. dados disponibilizados pela Secretaria do Tesouro Nacional mostram que, após 1999, estados começaram a contribuir para o alcance das metas para o superávit do setor público consolidado e que, daquele ano em diante, até o ano de 2011, não houve um único ano no qual o superávit primário tenha sido negativo no âmbito estadual agregado, que soma os resultados primários de todos os estados (BRASIL, 2012).

As literaturas do direito financeiro e da ciência política contribuem com esses achados empíricos ao discutir em detalhes os mecanismos institucionais pelos quais tais resultados foram alcançados, em especial no caso da política fiscal estadual. O principal mecanismo para tanto foi a aprovação das leis de renegociação das dívidas municipais e estaduais, que concentraram poder na União.

A reforma do regime jurídico da política fiscal não criou a centralização do poder fiscal na esfera do Poder Executivo em relação ao Poder Legislativo, mas

64 A literatura enfatiza que a Lei de Responsabilidade Fiscal provoca essas mudanças geralmente por meio de um impacto negativo no montante total de investimento municipal em infraestrutura, que é um gasto menos rígido dentre as despesas públicas dos Municípios, e por um aumento da arrecadação superior ao aumento das despesas. Ver Menezes (2006), Chiezza, Araújo e Júnior (2009) – para os municípios de Rio Grande do Sul – e Santolin, Jayme Jr. e Reis (2009) – para os municípios mineiros com população inferior a 50 mil habitantes.

65 Esse é o argumento de Soares, Ceretta, Coronel e Vieira (2012); Rocha e Rocha (2008) – somente para a Lei de reestruturação das dívidas estaduais; Simonassi e Cândido Júnior (2008); Rocha e Giuberti (2008); Nakaguma, Bender (2006); Silveira, Jordão (2002) e Mora (2002).

66 Ver: Rocha e Giuberti (2008).

certamente reforçou essa característica histórica do sistema político-jurídico brasileiro. A literatura jurídica sobre o tema é unânime em afirmar que as regras jurídicas aprovadas na década de 1990 concederam mais poder ao Executivo na gestão fiscal, especialmente por meio de dois mecanismos: (i) contingenciamento de recursos, principalmente pela previsão da Lei de Responsabilidade Fiscal de expedição de um decreto anual pelo Poder Executivo programando as despesas públicas; (ii) desvinculação das receitas da União.⁶⁷

No plano descritivo, os trabalhos da área demonstram como existe uma concentração de prerrogativas da fase de execução do orçamento nas mãos do Executivo. Os mecanismos de contingenciamento de despesas e a interpretação clássica do Direito Financeiro brasileiro de que o orçamento é meramente autorizativo⁶⁸, por se tratar de mera lei formal, permitem que o Executivo (em todos os níveis de governo) tenha predominância na gestão das finanças públicas.⁶⁹

Em suma, todos os anos, um mês após a aprovação da lei orçamentária no Congresso, o Executivo publica um decreto determinando *se, quando e quais gastos autorizados* pela Lei Orçamentária Anual serão realizados.^{70 71}

Por outro lado, o fato de tais práticas correrem o risco de serem declaradas inconstitucionais - seja pela via da interpretação administrativa⁷², seja pela aprovação de reformas legislativas e/ou constitucionais que instituem o orçamento

67 Além de Lochagin (2012), ver: Mendonça (2010), Faria (2009) e Dallaverde (2008).

68 Ver, por exemplo, Oliveira (2013, pp. 400-416 e 449-450). Ver também: Faria (2009) e Giacomoni (2012, pp. 292-299).

69 Ainda que o Legislativo seja chamado a participar da execução orçamentária nos casos de superação da autorização inicial para gastar ou da criação de nova autorização para gasto.

70 Ver os Decretos nº: 3.473/2000; 3.746/2001; 4.120/2002; 4.591/2003; 4.992/2004; 5.379/2005; 5.780/2006; 6.046/2007; 6.439/2008; 6.752/2009; 7.094/2010; 7.445/2011; 7.680/2012; 7.995/2013; 8.197/2014.

71 Segundo Mendonça (2010), o Executivo pode inclusive se negar a realizar uma despesa, ainda que tenha disponibilizado os recursos, por simples omissão. Não há necessidade de qualquer justificação pela não realização dessa despesa. De qualquer modo, o contingenciamento continua sendo um mecanismo relevante para influenciar os gastos públicos no país.

72 Com uma eventual e improvável modificação do entendimento do Poder Executivo sobre a prática do contingenciamento.

impositivo⁷³, seja ainda por uma declaração de inconstitucionalidade via Supremo Tribunal Federal -, demonstra a relativa autonomia do discurso jurídico e a importância de se discutir direito e macroeconomia a partir da perspectiva da indeterminação do direito. A relativa autonomia do discurso jurídico existe devido ao discurso doutrinário que aponta a possível inconstitucionalidade da prática institucional do contingenciamento. Não parece ser impossível imaginar que esse discurso se torne hegemônico no futuro e acabe gerando consequências institucionais.

A reforma do regime jurídico da política fiscal nos anos 1990 centralizou o poder fiscal nas mãos do Executivo federal, em especial com modificações na fase da execução orçamentária. A questão que fica em aberto é saber se a centralização do poder fiscal também pode facilitar mudanças na gestão da própria política fiscal, caso ocorram trocas nas autoridades responsáveis pelas decisões políticas sobre as finanças públicas.

Neste âmbito da gestão da política fiscal do setor público consolidado, esta pesquisa argumenta que o governo federal possui mais discricionariedade do que geralmente se considera em algumas pesquisas anteriores sobre o tema. Essa conclusão confirma as hipóteses da literatura internacional sobre os riscos da utilização de regras numéricas para governar a política fiscal. Além disso, abre espaço para a discussão da importância das ideias econômicas das elites políticas, em especial do Ministério da Fazenda, e da relação política entre Poder Executivo e Poder Legislativo na gestão fiscal, dado o regime jurídico atual.

Caso a hipótese desta pesquisa esteja correta, não somente a manutenção de superávits primários a partir de 1999 pode ser mais bem compreendida, mas também mudanças eventuais na gestão da política fiscal ao longo desse período, como a ocorrida após 2006, podem ser analisadas a partir de uma nova perspectiva. Caso as regras jurídicas e sua interpretação administrativa tenham concentrado poderes fiscais no Executivo federal em um contexto de fortes influências internacionais, como se alega neste trabalho, a mudança de qualquer

⁷³ Na LDO 2014, aprovou-se de forma inédita uma regra restrita de orçamento impositivo. Recentemente, o Congresso aprovou uma emenda constitucional sobre o tema. Ver também: Faria (2009) e Lochagin (2013).

dessas variáveis pode ter um considerável impacto na gestão da política fiscal do setor público consolidado.

Sugere-se que esse foi justamente o caso em 2006, o que ajudaria a explicar a redução permanente das metas e dos superávits primários apresentados pelo setor público consolidado. Quatro elementos foram alterados nesse ano - e foram mantidos até o início de 2014, quando a análise desta pesquisa se encerra: na cúpula do Ministério da Fazenda, Antonio Palocci foi substituído por Guido Mantega; no Congresso, a base política de sustentação do Executivo foi substancialmente alterada; em âmbito internacional, em dezembro de 2005, o Brasil pagou antecipadamente as parcelas devidas pelo acordo *stand-by* celebrado com o FMI; ainda em âmbito internacional, a partir de 2006, o Brasil passou a ter uma dívida externa líquida negativa. Essas mudanças ilustram que tanto as elites políticas no Poder Executivo quanto as condições internacionais foram alteradas, o que pode facilitar a compreensão das mudanças na gestão da política fiscal.

A substituição de Antonio Palocci por Guido Mantega é o primeiro elemento que pode ajudar a contextualizar a mudança na gestão da política fiscal mensurada em termos de superávit primário e que talvez demonstre a importância de ideias econômicas das elites políticas na condução da política fiscal.⁷⁴

Desde o início do governo Lula, ainda em 2003, Palocci representou o papel de um dos fiadores da política econômica do governo federal do Partido dos Trabalhadores junto ao mercado pela clara demonstração de sua vontade em dar continuidade ao projeto de política macroeconômica estabelecido a partir de 1999 no país, especialmente com a elevação de metas para o superávit primário. O uso de palavras como “sustentabilidade” e “austeridade” em relatórios governamentais não correspondia a uma tentativa de transmitir uma mensagem incongruente com os resultados alcançados pela política fiscal aplicada pelo país: o superávit

⁷⁴Os próximos parágrafos podem ser interpretados como um esboço de um projeto de pesquisa que poderia ser aprofundado para compreender a gestão da política fiscal no Brasil nos anos recentes: uma análise sobre os atores que ocupam os postos-chaves da gestão econômica do país tais como definidos pelo regime jurídico da política fiscal. Para uma análise em sentido semelhante, ver: Loureiro, dos Santos, Gomide (2011) e Werneck *in* Bacha e De Bolle (2011, pp. 250-258).

primário mensurado em proporção do PIB cresceu ininterruptamente entre 2003 e 2005: ele saiu de 3,55% do PIB, em 2002, para 4,35%, em 2005. A meta de superávit primário para os anos de 2004 e 2005 foi de 4,25%.⁷⁵

Talvez a melhor expressão da tendência de continuidade da política fiscal enquanto Antônio Palocci foi Ministro da Fazenda no Brasil, tenha sido a discussão proposta por alguns membros do governo federal a respeito da criação de uma regra de déficit nominal zero para a política fiscal em 2005. Essa regra demandaria superávits primários maiores do que os que estavam sendo obtidos pelo governo federal.

Entretanto, pouco depois da nomeação de Guido Mantega, em 2006, a discussão perdeu força e foi completamente deixada de lado.⁷⁶ Quando Guido Mantega foi nomeado Ministro da Fazenda, o Ministro das Relações Institucionais à época, Tarso Genro, afirmou que “acabou a era Palocci no Brasil”, representante de “uma política econômica monetarista e conservadora”.⁷⁷ Embora publicamente Guido Mantega tenha continuado a defender que as metas de superávit primário eram “sagradas”, o que se viu após sua ida ao Ministério da Fazenda foi uma modificação substantiva na gestão da política fiscal.⁷⁸

Ao lado da redução das metas de superávit primário, talvez a melhor expressão da “nova era” da política econômica seja a análise da quantidade de investimento em infraestrutura permitida como exceção ao cálculo do superávit

75 Em 2006 e 2007, as metas também foram de 4,25% do PIB, mas nesses anos as reduções permitidas por lei já começaram a surtir efeito: em 2006, as exceções representavam 0,2% do PIB; em 2007, 0,49%, o que faz com que a linha azul do gráfico, representando o superávit primário, acompanhe as metas de superávit com as reduções permitidas em lei.

76 À época, a Ministra da Casa Civil que substituíra José Dirceu, Dilma Rousseff, chegou a classificar a ideia de déficit zero de rudimentar, contribuindo para seu esquecimento (LOUREIRO, DOS SANTOS e GOMIDE, 2011, p. 70). Dilma Rousseff também é considerada por Loureiro, dos Santos e Gomide como responsável por essa mudança na política fiscal apontada aqui. (ver também Werneck *in* BACHA e DE BOLLE, 2011, p. 251).

77 A entrevista está disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u86059.shtml> (último acesso em 9 de outubro de 2014).

78 Os principais veículos de comunicação sempre entenderam que Mantega representava uma perspectiva de mudança da política econômica. <http://g1.globo.com/economia-e-negocios/noticia/2010/11/guido-mantega-representa-o-desenvolvimentismo-no-governo.html> (último acesso em 9 de outubro de 2014).

primário. A exceção foi prevista inicialmente na Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2006 com o nome de Plano Piloto de Investimento. Em valores, a exceção inicial prevista em 2006, no valor de R\$ 3 bilhões, saltou para R\$ 65,2 bilhões em 2013:

Um ano após Mantega ter assumido o Ministério da Fazenda, ao invés de superávits primários mais expressivos – como era de se esperar, dadas as discussões sobre déficit nominal zero incentivada por membros do governo no ano de 2005 – o que se viu foi o Ministro da Fazenda propor e manter uma redução permanente das metas para superávits primários. O Plano Plurianual de 2008-2011, por exemplo, previa a redução (se comparada à meta estabelecida para 2006) e manutenção do superávit primário do período em 3,8%, além da expansão das exceções ao cálculo do primário, por meio do Projeto Piloto de Investimento e, posteriormente, dos investimentos em infraestrutura para o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). No período, a meta de 3,8% não foi alcançada em nenhuma oportunidade.

A crise econômica internacional do final dos anos 2000 parece ter incentivado a redução do superávit para o período entre 2007 e 2010. Embora até mesmo economistas ortodoxos pudessem defender a redução dos superávits primários durante a crise econômica internacional iniciada em 2008⁷⁹, a manutenção de níveis mais baixos para as metas de superávit nos últimos anos sugere que a mudança na definição e na perseguição dos superávits não está conectada somente ao impacto da crise internacional.⁸⁰ Após a implantação do novo regime jurídico da política fiscal, as ideias das elites políticas do poder

79 O que não é nada claro no caso brasileiro. Goldfajn e Parnes *in* Bacha e Goldfajn (2008), por exemplo, defenderam que o uso da política fiscal como política anticíclica não era a melhor solução para o país, no contexto da crise. Em primeiro lugar, eles argumentavam que o uso da política fiscal deveria ser precedido pelo uso da política monetária e dependeria da intensidade do impacto da crise mundial no país. Os autores ainda sugeriam que as contraindicações no uso da política fiscal, tais como a possibilidade de elevar os gastos correntes do governo e a perspectiva de redução da arrecadação tributária no futuro, podiam superar seus benefícios de curto prazo.

80 Essa é a hipótese de Werneck (*in* BACHA e DE BOLLE, 2011, p. 252). A análise de Barbosa e Souza (2010) também corrobora essa hipótese.

executivo federal parecem constituir fator relevante na análise do quadro mais amplo da gestão da política fiscal no país.⁸¹

Além da mudança na cúpula da elite política responsável pelas tomadas das decisões centrais na gestão da política fiscal, o ano de 2006 também representou o momento no qual a relação entre o Executivo e o Legislativo foi alterada: de uma posição mais isolada, o Executivo passou a priorizar a formação de supermaiorias no Congresso (NOBRE, 2013; SINGER, 2012). A mudança de base governista no Congresso representa uma significativa mudança na elite política do governo federal e, para garantir maiorias no Congresso, a redução do superávit primário pode ser mobilizada para obter o apoio político de congressistas, via aumento da aprovação de emendas individuais que podem ser apresentadas no momento da elaboração orçamentária, por exemplo.⁸² Esse argumento sugere que não somente a ideologia, mas também a estrutura da relação entre Presidente e Congresso pode ser central na compreensão da gestão fiscal de acordo com o atual regime jurídico da política fiscal.

Os resultados da política fiscal nos anos 2000 também indicam que fatores internacionais podem afetar a gestão da política. Foi em dezembro de 2005 que o país pagou adiantadamente as parcelas devidas pelo acordo *stand-by* com o FMI. A partir de 2006, o país passou a ter uma dívida externa líquida negativa, como mostra o gráfico abaixo. Tais datas coincidem com o início da redução das metas para superávit primário discutidas acima, o que pode ser, por exemplo, resultado da menor exposição do governo federal a riscos externos.

O ano de 2006 foi um ano de transição para o setor público não-financeiro, que inclui as administrações diretas e indiretas dos governos federal, estaduais e

81 É interessante notar que essa valorização do papel das ideias é também reconhecida na literatura internacional sobre regras fiscais, ainda que de modo controverso, como discutido no capítulo 1.

82 Este é somente um exemplo, que pode ser empiricamente avaliado, embora não se conheça nenhum estudo sobre o tema. Outros exemplos mais difíceis de serem avaliados - mas plausíveis - são, por exemplo, o aumento de recursos para políticas públicas ligadas a Ministérios, Secretarias, Estados e municípios controlados por partidos da base aliada que deem apoio aos projetos mais sensíveis do governo federal. Deve-se lembrar que uma redução de 2% no superávit, em valores atuais, representa um valor em torno de R\$ 100 bilhões de reais (considerando o PIB no valor de US\$2,253 trilhões).

municipais, o Banco Central, a Previdência Social e as empresas estatais não financeiras, com exceção da Petrobrás a partir de 2001, no que diz respeito à dívida líquida do setor público externa.

Em síntese, (i) oportunidades políticas advindas de alterações nas condições internacionais; (ii) a modificação das condições políticas internas, com a mudança da base aliada no Congresso; (iii) e a entrada de uma nova elite no Executivo federal, com ideias econômicas distintas das anteriores sobre política fiscal, podem auxiliar a compreensão da mudança da gestão da política fiscal na última década. Esses elementos ganham força explicativa no contexto da aprovação do regime jurídico da política fiscal, que concentrou prerrogativas fiscais no Executivo federal e criou limites legais para a gestão da política.

Por fim, o último âmbito de análise discute os novos mecanismos de transparência e de prestação de contas criados pelo novo regime jurídico da política fiscal. Demonstra-se como esse regime valoriza a publicidade de certas informações sobre a gestão fiscal que priorizam o objetivo da sustentabilidade da dívida pública, em detrimento de outras possíveis funções que a política fiscal poderia ter. A pesquisa sobre transparência também demonstra que há, atualmente, uma agenda de reforma institucional na gestão da política fiscal, que vem inclusive sendo promovida por organismos multilaterais.

As controvérsias recentes sobre política fiscal no país também têm se refletido na avaliação do grau de transparência da sua gestão pelo governo federal. Críticos do governo acusam o Ministério da Fazenda de “contabilidade criativa” para cumprimento das metas de superávit.⁸³ O governo federal, por sua vez, rebate as críticas afirmando que respeita todas as exigências legais e os parâmetros internacionais no cálculo do superávit.⁸⁴

83 Ver Werneck *in* Bacha e De Bolle (2011, pp. 252 - 255). Ver ainda, além da entrevista de Samuel Pessoa mencionada na nota 38, a entrevista de José Roberto Afonso, ex-diretor do BNDES, para o jornal Valor Econômico: <<http://www.valor.com.br/brasil/3160846/credibilidade-fiscal-depende-de-menos-criatividade-diz-economista>> (último acesso em 15 de agosto de 2014).

84 Ver entrevista de Guido Mantega: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/04/1257709-nao-houve-alquimia-diz-mantega-sobre-contabilidade-criativa-em-2012.shtml>> (último acesso em 15 de agosto de 2014). Ver também entrevista de Arno Augustin, mencionada na nota 166.

Para os fins desta pesquisa, importa analisar quais são os critérios usualmente utilizados no debate público sobre transparência e prestação de contas (*accountability*) da política fiscal. Cumpre verificar também se e como eles estão relacionados com as transformações e com a implantação do regime jurídico da política fiscal. Na realidade, a análise deste âmbito da política fiscal é essencial em qualquer pesquisa de direito e macroeconomia porque ela permite compreender como os próprios atores interpretam a legitimidade democrática da gestão da política fiscal.

Os mecanismos de transparência aprovados pela Lei de Responsabilidade Fiscal, apresentados no capítulo 2, como a publicação periódica de relatórios e o uso de um sistema integrado e informatizado sobre administração financeira, representam diferentes mecanismos de transparência do poder público sobre a política fiscal. A maior parte deles está relacionada à liberação de informações para o público, mas há também dispositivos que dizem respeito à participação do público no processo de elaboração orçamentária.

No âmbito da transparência da política fiscal, talvez o aspecto mais relevante da implementação do seu regime jurídico seja a exigência de publicação de metas, que determinam a condução da política e balizam o debate público ao redor do tema, bem como a publicação quadrimestral de relatório de cumprimento de metas, produzido pelo Ministério da Fazenda e pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Desde 2001, o Executivo Federal tem apresentado e disponibilizado o relatório no sítio eletrônico da Secretaria do Tesouro Nacional.⁸⁵ O relatório é discutido logo após sua elaboração, em audiência pública na Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional.

Para além da importância do estabelecimento das metas fiscais e da produção dos relatórios relativos ao seu cumprimento na prestação de contas entre os poderes, a controvérsia mencionada no início desta seção demonstra como esses elementos são relevantes para permitir a existência de um controle

⁸⁵ Até hoje, 40 relatórios foram produzidos. Todos eles estão disponíveis no sítio eletrônico: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/relatorio-de-cumprimento-de-metas>> (último acesso em 9 de setembro de 2014).

social das práticas fiscais do governo federal. A partir das metas estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias e dos relatórios que justificam como essas metas são perseguidas pelo governo, o debate público sobre a política fiscal pode ser desenvolvido com base em uma gramática comum de metas, ferramentas e metodologia – ainda que seja para criticar as propostas oficiais. Estudos futuros poderiam tentar aprofundar a avaliação sobre como o debate público ao redor da política fiscal tem evoluído, partindo da análise da relação entre Legislativo e Executivo no estabelecimento das metas fiscais e na apresentação dos relatórios de cumprimento, bem como do estudo da dinâmica de interação entre sociedade e Estado.

A implementação do novo regime jurídico da política fiscal também se destaca pelo respeito à determinação de produção dos relatórios resumidos da execução orçamentária e de gestão fiscal. 86 87

Durante a década de 2000, no âmbito da publicação de informações sobre gastos públicos do governo federal, destaca-se também a criação do Portal da Transparência, em 2004, ainda que essa iniciativa não tenha decorrido diretamente de qualquer determinação dos princípios e regras discutidos no capítulo 2.88 O Portal da Transparência publica diariamente informações sobre gastos públicos, incluindo aquelas sobre execução orçamentária e financeira, no âmbito do Poder Executivo Federal, e dos salários das servidoras e dos servidores públicos, entre outras informações. Trata-se de uma das principais ferramentas de transparência dos gastos públicos do governo federal (LOUREIRO, TEIXEIRA e PRADO, 2008).

No âmbito das próprias regras e princípios jurídicos da política fiscal, uma importante alteração ocorreu a partir da aprovação da chamada Lei da Transparência (Lei Complementar nº 131) em 2009. Essa Lei alterou a Lei de Responsabilidade Fiscal justamente no artigo sobre transparência da política

86 Os relatórios estão disponíveis em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/-/relatorio-resumido-de-execucao-orcamentaria>> (último acesso em 9 de setembro de 2014).

87 Os relatórios do governo federal estão disponíveis em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/web/stn/-/relatorio-de-gestao-fiscal>> (último acesso em 9 de setembro de 2014)

88 Ver: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/>> (último acesso em 9 de outubro de 2014).

fiscal, passando a exigir dos órgãos públicos, incluindo estados e municípios, a publicação em tempo real de dados relativos à execução orçamentária e aos gastos públicos.

Estudos demonstram que os entes subnacionais têm publicado seus dados de diferentes maneiras e nem sempre cumprem com as determinações legais relativas à transparência. 89 90

O papel dos Tribunais de Contas na implementação do regime jurídico da política fiscal também deve ser destacado, em especial por conta das previsões da Lei de Responsabilidade Fiscal que fortaleceram sua função como órgão de controle. A aprovação anual das contas do governo, a partir de 2000, inclui seções de discussão sobre a implementação da Lei de Responsabilidade Fiscal, a evolução da dívida pública e a gestão fiscal do setor público consolidado, inclusive quanto ao cumprimento das metas fiscais. Neste âmbito de prestação de contas da gestão da política fiscal, a análise do resultado final dos Relatórios sobre as Contas do Governo da República demonstra que o TCU tem adentrado no mérito da discussão sobre política fiscal e transparência da gestão fiscal.

Como se percebe, o estabelecimento de metas para o resultado primário do governo, a exigência de publicação de metas fiscais, a previsão de elaboração de relatórios e o controle da execução da política pelo TCU são mecanismos que efetivamente permitem o maior controle social sobre a gestão da política fiscal. Ao mesmo tempo, essas iniciativas tendem a estruturar o debate público em torno da política fiscal. Ou seja, esses mecanismos de transparência podem ter a característica paradoxal de fazer com que as informações que se tornam públicas a respeito da política fiscal – metas e relatórios, por exemplo – determinem a discussão pública sobre o tema, enquanto outras questões que poderiam ser discutidas em torno da questão sejam deixadas de lado ou simplesmente

89 INESC, 2011.

90 Beghin e Zigoni (2014) criaram recentemente um ranking dos Portais de Transparência classificando 29 sítios eletrônicos sobre recursos públicos, 27 sítios das capitais dos Estados e do Distrito Federal, um do governo federal, além do portal do Senado Federal. Os critérios para elaboração do ranking variaram de acordo com os oito princípios de dados abertos, tais como definidos pelo *Open Data Handbook*. O resultado demonstra que expressiva parte das capitais também não cumpre com as determinações legais relativas a dados abertos.

ignoradas. Isso é o que parece ocorrer na discussão sobre superávits primários apresentada acima.

A discussão em torno de superávit primário se relaciona prioritariamente com a estabilidade da relação dívida pública/PIB e não com outros elementos que também poderiam ser perseguidos via política fiscal, como aumento do investimento público em áreas sociais, a garantia do emprego e a aceleração do crescimento. Nesse contexto, talvez seja possível defender que o regime jurídico da política fiscal esteja estimulando um debate público orientado prioritariamente para questões de sustentabilidade da dívida pública, em detrimento de outras opções para a política fiscal. O debate público orientado a questões de sustentabilidade da dívida pública inclusive ajudaria a compreender as razões pelas quais certos teóricos tendem a pensar que o regime fiscal iniciado a partir de 1999 bloqueou outras opções de política macroeconômica para a política fiscal.

É também a partir desse contexto que talvez possam ser interpretadas iniciativas de atores da sociedade civil e de alguns parlamentares que pressionam pela aprovação de leis de responsabilidade social e pela ampliação de espaços participativos na elaboração e execução orçamentária em âmbito federal.

A criação de metas sociais que vinculariam as decisões fiscais, embora não constituam mecanismo novo (a exemplo da vinculação constitucional de receitas para educação e saúde), pode representar uma maneira de inclusão de outros objetivos não relacionados à sustentabilidade da dívida pública na discussão específica sobre política fiscal. Duas diferentes propostas se destacam, nesse sentido: o projeto de lei complementar que altera dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal apresentado pelo Fórum Brasil de Orçamento, em 2006; o projeto de lei do Senado nº 205, de 2001, de autoria da à época Senadora Marina Silva.

Os dois projetos que modificam a Lei de Responsabilidade Fiscal justificam sua criação pela ênfase dada por ela para a obtenção de metas para a política fiscal, em detrimento de investimentos públicos e gastos com políticas sociais. Na prática, o projeto de lei da Senadora Marina Silva propôs a modificação do Conselho de Gestão Fiscal previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal, para

prevê-lo como Conselho de Gestão Fiscal e Responsabilidade Social. O Conselho teria atribuição para acompanhar e avaliar a consecução de metas de desenvolvimento social e seria composto por um representante de cada poder federal, três representantes dos estados, quatro de municípios, um representante do Ministério Público da União, dois dos Ministérios Públicos dos Estados e seis representantes de entidades da sociedade civil, de âmbito nacional. As metas de desenvolvimento social que seriam acompanhadas e avaliadas estariam relacionadas à criação do Índice Brasileiro de Responsabilidade Social, também prevista pela proposta de lei. O Índice, por sua vez, seria composto de indicadores de resultados, esforços e participação social, especialmente nas áreas de educação, saúde, segurança pública, desenvolvimento urbano, gestão ambiental, assistência social, esporte e lazer, distribuição de renda e finanças públicas. A proposta de lei, contudo, foi arquivada em 2011, após parecer pela aprovação na forma do substitutivo do Senador Pedro Simon, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.⁹¹

Cinco anos após a apresentação do projeto de lei do senado, em 2006, 48 organizações, fóruns e movimentos sociais⁹² apresentaram a sugestão de projeto de lei de nº 210, de 2006, no âmbito da Comissão de Legislação Participativa, da Câmara dos Deputados.⁹³ A proposta modifica substantivamente a Lei de Responsabilidade Fiscal, para prever, por exemplo, que não serão objeto de contingenciamento despesas referentes ao cumprimento de metas sociais selecionadas e ressalvadas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias. A proposta também emenda a regra de apresentação quadrimestral do Relatório de Gestão Fiscal para prevê-lo como Relatórios de Gestão Fiscal e de Gestão Social. O

91 Após ter sido aprovado na Comissão de Constituição e Justiça, o Projeto de Lei do Senado foi remetido para Comissão de Assuntos Econômicos, sob a relatoria do Senador Eduardo Suplicy. Não parece ter havido apoio político para tramitação do projeto, que foi arquivado após o término da sessão legislativa, nos termos do artigo 351 do Regimento Interno do Senado.

92 As organizações, fóruns e movimentos se reuniram no âmbito do Fórum Brasil de Orçamento (FBO), criado em 2002, enquanto espaço de articulação política, sem estatuto jurídico. Por isso, a apresentação da documentação do projeto de lei ficou a cargo do Instituto de Estudos Socioeconômicos – INESC.

93 Desde 2001, os membros da Comissão recebem propostas de iniciativa popular e, se aprovadas, as encaminham à Mesa Diretora da Câmara de Deputados como projetos de lei.

Relatório de Gestão Social conteria o demonstrativo da execução de metas sociais selecionadas, apresentação da metodologia de apuração dos indicadores e metas sociais definidas, demonstrativo da execução das metas, justificativa para avançar nos limites, entre outros.

Como se percebe, o que motivou tanto a proposta do projeto de lei do Senado como a sugestão do FBO foi a interpretação de que o atual regime jurídico da política fiscal daria indevida ênfase às metas fiscais, em detrimento de metas sociais. A sugestão de projeto de lei nº 210/2006 do FBO deu origem ao Projeto de Lei Complementar nº 264/2007, depois da realização de audiência pública no dia 10 de setembro de 2007, na Comissão de Legislação Participativa, formalmente apresentado pela Deputada Luiza Erundina. O projeto de lei complementar nº 264/2007 foi apensado a outro, o projeto de lei complementar de nº 353/2006.⁹⁴ A última tramitação do projeto de lei complementar nº 353/2006 indica que o projeto está pronto para pauta na Comissão de Finanças e Tributação, na qual o relator do projeto, Deputado Júlio César, apresentou parecer no dia 30 de outubro de 2013 pela aprovação do projeto de lei complementar nº 264/2007 e pela rejeição de todos os demais projetos de lei discutidos. Segundo o parecer, o Projeto de Lei Complementar apresentado pelo FBO permite colocar as metas sociais no mesmo nível das preocupações com a responsabilidade fiscal. Cumpre salientar que, em 2011, os movimentos e organizações que compunham a Plataforma pela Reforma do Sistema Político e o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral apresentaram “proposta de iniciativa popular para a reforma do sistema político brasileiro”, no qual apoiavam a proposta do FBO.⁹⁵

94O Projeto de Lei Complementar nº 353/2006, de autoria do Deputado Sarney Filho, cria o Anexo de Metas Sociais à lei de diretrizes orçamentárias. A ele, foram apensados ainda os Projetos de Leis Complementares nº 451 e 461, de 2007, de autoria do Deputado João Hermann, que incluíam o Relatório de Cumprimento das Metas Sociais, o Relatório de Gestão Social na Lei de Responsabilidade Fiscal e o Projeto de Lei Complementar nº 169/2012, do Deputado Pedro Novais, que determina que o projeto de lei do plano plurianual seja acompanhado de um anexo de política fiscal, que indique como a política macroeconômica se compatibilizaria com o desenvolvimento social.

95 A proposta está disponível em: <<http://www.reformapolitica.org.br/historico/2011/213-proposta-de-iniciativa-popular-para-a-reforma-do-sistema-politico-brasileiro.html>> (último acesso em 12 de outubro de 2014).

Em paralelo às discussões sobre criação de metas fiscais, a ampliação da participação no orçamento, inclusive com a possibilidade de criação de um orçamento participativo nacional, talvez pudesse fazer com que cidadãos e cidadãs participassem da deliberação sobre o destino dos recursos públicos de modo a incluir outros temas na agenda de discussão fiscal, para além da sustentabilidade da dívida pública.⁹⁶

Apesar da relevância dessas propostas, a possibilidade mais concreta de desenvolvimento do regime jurídico da política fiscal presente hoje parece ser a retomada das discussões a respeito da criação de um Conselho de Gestão Fiscal, já previsto inclusive na Lei de Responsabilidade Fiscal, exclusivamente dedicado a avaliar metas fiscais. Segundo a lei, o Conselho seria “constituído por representantes de todos os Poderes e esferas de Governo, do Ministério Público e de entidades representativas da sociedade” e teria como objetivo acompanhar e avaliar permanentemente a política e a operacionalidade da gestão fiscal. O Conselho teria significativo poder normativo para “adotar normas de consolidação das contas públicas, padronização das prestações de contas e dos relatórios e demonstrativos de gestão fiscal de que trata esta Lei Complementar”.

Esse Conselho nunca foi criado. A demora na sua criação pode representar certo receio do governo federal em criar um espaço institucional no qual novas demandas fiscais poderiam ser articuladas, o que afetaria e provavelmente mudaria substantivamente a gestão da própria política fiscal (ABRUCIO e LOUREIRO, 2002, p. 23), como as propostas de lei discutidas acima demonstram. Nos termos do desenho definido pela Lei de Responsabilidade Fiscal, o Conselho também representaria uma ameaça à capacidade do governo federal de centralizar decisões fiscais, uma vez que ele prevê a inclusão de representantes de todos os Poderes, do Ministério Público e de entidades representativas da sociedade. Ou seja, o Conselho funcionaria como espécie de fórum consultivo da gestão fiscal, mas contando com a presença de integrantes que não necessariamente estariam alinhados entre si ou com o governo, o que poderia

⁹⁶ Essa parece ser a consequência da aprovação do Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014, quando prevê, no inciso V do art. 4º que um dos objetivos da Política Nacional de Participação Social será o desenvolvimento de “mecanismos de participação social nas etapas do ciclo de planejamento e orçamento”.

trazer controvérsias sobre a política fiscal para dentro de um órgão responsável pela política, mesmo que esse órgão seja responsável somente por sua supervisão.

O contexto no qual a criação do Conselho é postergada pelo governo, contudo, pode mudar a partir das recentes alegações de “contabilidade criativa”, que abriram esta seção. A controvérsia sobre o grau de transparência da gestão fiscal demonstra que regras nominais e numéricas sobre política fiscal podem – mesmo que no caso brasileiro isso ainda seja controverso – ser descumpridas por elites políticas que não desejem respeitá-las.⁹⁷ Neste caso, dada a falta de conhecimento técnico e de rapidez do Poder Judiciário, o mecanismo clássico de controle externo da Administração Pública por descumprimento de determinações legais via jurisdição tende a ser ineficaz. Não somente pela falta de conhecimento técnico e da rapidez para o julgamento, mas também por conta da insegurança quanto às possíveis consequências normativas pelo desrespeito às metas fiscais previstas.⁹⁸

A existência de uma instituição fiscal independente, formada por especialistas em política fiscal – o que, no caso brasileiro, demandaria uma alteração na Lei de Responsabilidade Fiscal – e responsável por controlá-la a partir das metas fiscais previamente estabelecidas, passa a representar uma saída atraente para os atores interessados em manter a estabilidade da política fiscal em relação a essas metas, como demonstrou a passagem do TCU acima referida.

Organismos multilaterais e a arena internacional mais uma vez parecem ser relevantes na compreensão da dinâmica que determinará o desenvolvimento institucional das finanças públicas no país. Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional e OCDE têm aprovado diversas resoluções defendendo a criação de instituições fiscais independentes para supervisão da política fiscal e das práticas orçamentárias. A OCDE defende que essas instituições fiscais independentes deveriam respeitar vinte e dois princípios, agrupados de acordo com nove ideias

⁹⁷ Essa é também uma conclusão da literatura internacional sobre o tema. Ver, por exemplo, Gyórfyy: (2007, p. 56)

⁹⁸ Veiga da Rocha já alertou sobre o mesmo risco no controle democrático das decisões sobre política monetária pelo Judiciário: ver Veiga da Rocha (2011, p. 112).

mais gerais: (i) a instituição deveria ser de propriedade local; (ii) apartidária e independente; (iii) seus membros deveriam ter mandato claro e determinado; (iv) a instituição deveria contar com os recursos necessários para o seu desenvolvimento; (v) a relação com o Legislativo deveria ser constante; (vi) a instituição deveria contar com acesso à informação de qualidade; (vii) as ações da instituição deveriam ser transparentes; (viii) os canais de comunicação entre a instituição e a sociedade deveriam ser fortalecidos; (ix) a instituição deve ter avaliação externa. Em síntese, as instituições fiscais deveriam ficar responsáveis por exercer um controle externo dos responsáveis pelas decisões relativas à política fiscal, em especial quanto às projeções relativas aos impactos de médio e longo prazo da política fiscal e do cumprimento de metas oficiais, além de estabelecer canais de comunicação para fortalecer e divulgar o resultado de suas conclusões amplamente. FMI e BM também.^{99 100}

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se percebe, essa agenda de reforma institucional das finanças públicas envolve aspectos centrais de instituições políticas de qualquer Estado democrático. O orçamento sempre representou um espaço de disputa política por excelência. As decisões fiscais sobre quantos e quais projetos públicos deveriam ser financiados foram tradicionalmente interpretadas como sendo de competência do Legislativo e/ou do Executivo. O caso brasileiro mostra que a criação de regras fiscais para delimitar a discricionariedade dos responsáveis pelas decisões fiscais foi um primeiro momento relevante de reforma do regime jurídico da política fiscal e dessas instituições políticas. A criação de instituições fiscais independentes parece ser o segundo.

A legitimidade democrática da gestão da política fiscal parece ser disputada justamente no contexto dessas reformas institucionais: a política fiscal é legítima porque decidida politicamente e de acordo com regras democráticas

⁹⁹ FMI, 2013.

¹⁰⁰ O Banco Mundial, no recente relatório sobre a economia mundial em 2014, tem opinião semelhante. (BANCO MUNDIAL, 2014, p. 34).

tradicionais ou ela é legítima quando protegida dos próprios políticos que supostamente deveriam defini-la – e definidas de acordo com critérios supostamente técnicos a respeito da sustentabilidade prevista da dívida pública? Esta pesquisa não pretende apresentar respostas a essa questão. A conclusão tentará analisar, contudo, como essas questões se desenvolvem a partir das principais hipóteses dessas pesquisas, em especial no contexto brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, F.; ASAZU, C., 2003. “A gênese da Lei de Responsabilidade Fiscal (LFR): a construção de uma agenda.” In **Anais do ENANPAD, 2003, ENANPAD, 2003**, Atibaia.

ABRUCIO, F.; LOUREIRO, M. R., 2002. “Incrementalismo, negociação e accountability: análise preliminar das reformas fiscais no Brasil”. In **LOUREIRO and ABRUCIO, O estado em uma era de reformas: os anos FHC (Parte II)**. Brasília: MP, Seges, p. 57-102.

AFONSO, J. et al., 2000. “**Principios y reglas para las finanzas publicas: la propuesta de la ley de la responsabilidad fiscal del Brasil**”, CEPAL – SERIE Seminarios y conferencias, nº 3. Santiago: Economic Commission for Latin America and the Caribbean. Disponível em:
<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/4/7284/lcl1456e_IIIb.pdf>

ALESINA, A.; ARDAGNA, S., 2010. “Large changes in fiscal policy: taxes versus spending”. In **Tax Policy and the Economy**, Volume 24 (2010). Chicago: The University of Chicago Press.

ALESINA, A.; PEROTTI, R., 1995. “Fiscal expansions and fiscal adjustments in OECD Countries” in **NBER Working Paper nº 5214**. Agosto, 1995.

ALESINA, A.; PEROTTI, R., 1996. “Fiscal Adjustments in OECD Countries: Composition and Macroeconomic effects” in **NBER Working Paper nº 5370**. Agosto, 1996.

ALESINA, A.; ROUBINI, N., 1997. **Political cycles and the macroeconomy**. Cambridge: The MIT Press.

ALESINA, A.; HAUSMANN, R.; HOMMES, R.; STEIN, E., 1999. “Budget institutions and fiscal performance in Latin America”. **Inter-American Development Bank**. Office of the Chief Economist. Working Paper Series 394.

ALVES, R.; MONTES, G., 2012. “O debate acerca dos objetivos e condução da política fiscal: uma abordagem crítica à visão convencional.” In **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 21, n.2 (45), pp. 363-385, agosto 2012.

ALVES, T.; SANTOS, S., 2011. “O impacto da Lei de Responsabilidade Fiscal no desempenho financeiro e na execução orçamentária dos municípios no Rio Grande do Sul de 1997 a 2004.” In **Revista de Administração Pública**, v. 45, n.1, pp. 181-208.

ARAUJO, F.; LOUREIRO, M. R., 2005. “Por uma metodologia pluridimensional de avaliação da LRF”. In **Revista da Administração Pública – RAP**, vol. 39, num. 6, nov-dec. 2005, pp. 1231-1251.

ARAÚJO, J.; CHIEZA, R.; JÚNIOR, G., 2009. “Impactos da lei de responsabilidade fiscal sobre os componentes da despesa dos municípios gaúchos: análise econométrica.” In **Ensaio FEE**, v. 30, Special Edition, oct. 2009, p. 363-390, Porto Alegre.

ARROW, K., [1951] 1963. **Social choice and individual values**. New Haven: Yale University Press.

ASAZU, C., 2003. **Os caminhos da lei de responsabilidade fiscal (LRF): instituições, idéias e incrementalismo**. Tese de Mestrado. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas.

BACHA, E.; GOLDFAJN, I., 2008. **Como reagir à crise? Políticas econômicas para o Brasil**. Rio de Janeiro: IEPE/Casa das Garças. Disponível em: http://iepecdg.com.br/Arquivos/livro/LIVRO_CdGv1.7.pdf

BACHA, E.; DE BOLLE, M., 2011. **Novos Dilemas da Política Econômica – Ensaio em homenagem a Dionísio Dias Carneiro**. Rio de Janeiro: LTC Editora.

BANCO CENTRAL, 2014. **Política fiscal: nota para a imprensa de 30 de setembro de 2014**. Brasília: Banco Central do Brasil.

BANCO MUNDIAL, 1999. **World Development Report 1999/2000: entering the 21st century – the changing development landscape**. Oxford University Press: New York. Disponível em: https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/5982/WDR%201999_2000%20-%20English.pdf?sequence=1

BANCO MUNDIAL, 2001. **Implementation completion report on a loan in the amount of US\$ 506.06 million to the Federative Republic of Brazil for a fiscal and administrative reform special sector adjustment program**. Disponível em: <http://www->

wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2002/02/09/000094946_02012504075647/Rendered/PDF/multi0page.pdf

BANCO MUNDIAL, 2014. **World Development Report 2014: risk and opportunity**. Managing risk for development. Washington: The World Bank.

BARBOSA, N.; SOUZA, J., 2010. **Inflexão do governo Lula: política econômica, crescimento e distribuição de renda**. Disponível em:
<<http://nodocuments.files.wordpress.com/2010/03/barbosa-nelson-souza-jose-antonio-pereira-de-a-inflexao-do-governo-lula-politica-economica-crescimento-e-distribuicao-de-renda.pdf>>

BARBOSA, S., 2013. “Constituição, democracia e indeterminação social do direito” in *Revista Novos Estudos*, nº 96, Julho de 2013.

BARRO, R., 1979. “On the determination of the public debt”. In *The Journal of Political Economy*, Chicago: University of Chicago Press, vol. 87 (5), nº 5, parte 1, Outubro de 1979, pp. 940-971.

BAYAR, A. H.; SMEETS, B., 2009. “Economic, political and institutional determinants of budget deficits in the European Union” in **CESIFO Working Paper nº 2611**.

BEGHIN, N.; ZIGONI, C., 2014. **Avaliando os websites de transparência orçamentária nacionais e sub-nacionais e medindo impactos de dados abertos sobre direitos humanos no Brasil**. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC).

BENASSI-QUÉRÉ, A.; et al., 2010. **Economic policy: theory and practice**. New York: Oxford University Press.

BERCOVICI, G.; MASSONETTO, L., 2007. “A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica.” In **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 45, p. 78-89, 2007.

BERNSTEIN, S.; CASHORE, B., 2012. “**Complex global governance and domestic policies: four pathways of influence**”. *International Affairs* 88, pp. 585-604.

BIASOTO JR., G., 1995. **A questão fiscal no contexto da crise do pacto desenvolvimentista**, Campinas: Tese de Doutorado apresentada ao Instituto de Economia da UNICAMP.

BLANCHARD, O., 2012. **Macroeconomics**. 6th Edition. New York: Pearson.

BLYTH, M., 2013. **Austerity: the history of a dangerous idea**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BORGES NETO, J. M., 2003. “Um governo contraditório” in **Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política nº 12**. São Paulo. Disponível em: <<http://www.sep.org.br/revista>>

BRAGA, J., 1982. “Os orçamentos estatais e a política econômica” in **BELLUZZO, Luiz e COUTINHO, Renata (orgs.), Desenvolvimento Capitalista no Brasil: Ensaio sobre a crise**. São Paulo: Editora Brasiliense.

BRASIL, 1984. **Relatório da Comissão Especial para discutir a reforma bancária criada pelo voto CMN nº 283/1984**. Publicado na Gazeta Mercantil de 30 de novembro de 1984.

BRASIL, 1993. **Programa de ação imediata**. Ministério da Fazenda: Gabinete do Ministro, Assessoria de Comunicação Social. Mimeografado.

BRASIL, 1998. **Programa de estabilidade fiscal**. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/ajuste/pef98.asp>>

BRASIL, 2001. **Projeto de Lei do Senado nº 205, de 2001**. Senado Federal: projeto de lei do senado de autoria da Senadora Marina Silva.

BRASIL, 2003. **Política Econômica e Reformas Estruturais**. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/releases/2003/Politica%20Economica.pdf>>

BRASIL, 2004. **Reformas microeconômicas e crescimento de longo prazo**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/spe/publicacoes/reformasinstitucionais/estudos/Texto_VersaoFinal5.pdf>

BRASIL, 2006. **Sugestão nº 210/2006**. Câmara dos Deputados: Comissão de Legislação Participativa. Sugestão de projeto de lei complementar do Fórum Brasil de Orçamento.

BRASIL, 2012. **Estatísticas fiscais de estados, Brasília**: Secretaria do Tesouro Nacional. Disponível em: <http://www3.tesouro.gov.br/estados_municipios/download/Graficos_Acima_Linha.pdf>

BRASIL, 2013. **Relatório sobre o projeto de lei complementar nº 353, de 2006**. Câmara dos Deputados: Deputado Julio Cesar. Brasília.

BRASIL, 2014a. **Indicadores Fiscais com informações até março de 2014**. Elaborado pelo Banco Central. Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/pec/gci/port/focus/faq%204-indicadores%20fiscais.pdf>>

BRASIL, 2014b. **Série histórica INPC/IBGE**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc_ipca/defaultserie.shtm>

BRENDER, A.; DRAZEN, A., 2004. “Political Budget Cycles in New versus Established Democracies” in **NBER Working Paper nº 10539**. Junho, 2004.

BRESSER-PEREIRA, L. C., 2013. “O governo Dilma frente ao ‘tripé macroeconômico’ e à direita liberal e dependente” in **Revista Novos Estudos CEBRAP nº 95**, março de 2013.

BRIOTTI, M., 2005. “Economic reactions to public finance consolidation: a survey of the literature”. In **Occasional Paper Series nº 38**, European Central Bank, Germany, 2005.

BUCHANAN, J.; WAGNER, R., [1977], 2000. **Collected Works of James M. Buchanan, vol. 8: Democracy in Deficit: The political legacy of Lord Keynes**. Edição de 1977: New York: Academic Press. Edição de 2000: Indianapolis: Liberty Fund.

CAMPOS, E.; PRADHAN, S., 1996. “**Budgetary institutions and expenditures outcomes: binding governments to fiscal performance**”. Policy Research Working Paper 1646, The World Bank. Disponível em: <<http://elibrary.worldbank.org/content/workingpaper/10.1596/1813-9450-1646>>

CASHORE, B.; HOWLETT, M., 2009. “The dependent variable problem in the study of policy change” in **Journal of Comparative Policy Analysis**, vol. 11, nº 1, p. 29-42.

CORBARI, E. ; MACEDO, J., 2009. “Efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal no endividamento dos Municípios Brasileiros: uma análise de dados em painéis”, in **Accounting and Finance Review**, v. 20, n.51. São Paulo.

CORREA, D., 2007. **Instituições Orçamentárias e desempenho fiscal: um estudo de caso do Brasil, Chile e Argentina nos anos 1990 e 2000**. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Área de Conhecimento: Ciência Política. São Paulo: Universidade de São Paulo.

CYSNE, R., 1994. “Imposto inflacionário e transferências inflacionárias no Brasil” in **Revista de Economia Política**, vol. 14, nº 3 (55), julho-setembro/1994.

DABLA-NORRIS, E.; et al., 2010. **Budget Institutions and Fiscal Performance in Low-Income countries**. IMF: Working Paper. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2010/wp1080.pdf>>

DALLAVERDE, A., 2009. **A titularidade exercida pelo poder executivo sobre a gestão das finanças públicas e o desequilíbrio causado no quadro da separação de poderes**. Dissertação de mestrado em direito: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

DA SILVA, G. L. C.; PALMEIRA, E. M.; QUINTANA, A. C., 2007. “Sistema integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI – Necessidade, criação e evolução” in **Observatório de La Economia Latinoamericana nº 86**. Disponível em:
<<http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/br/07/glcs.htm>>

DCD, 1999 e 2000. **Diário da Câmara dos Deputados**, abril de 1999 a fevereiro de 2000.

DCN, 1989. **Diário do Congresso**, 22 de março de 1989, seção I, p. 1356.

DE HAAN, J.; VOLVERINK, B., 2000. **Fragmented government effects on fiscal policy: new evidence**. Disponível em:
<<http://ccso.eldoc.ub.rug.nl/FILES/root/2000/200006/200006.pdf>>

DE HAAN, J.; MINK, M., 2005. “Has the stability and growth pact impeded political budget cycles in the European Union”? in **CESifo Working Paper Series nº 1532**. Munich: Cesifo.

DE HAAN, J.; STURM, J., 1994. “Political and institutional determinants of fiscal policy in the European Community” in **Public Choice**, v. 80, July, 1994, pp. 157-172.

DE PAULA, L. F.; MODENESI, A., 2013. “Consequências do Sr. Mantega” in **Valor Econômico**, de 12 de julho de 2013.

DIAS, F. A., 2011. **Desvinculação das receitas da União: ainda necessária?**. Brasília: Senado Federal.

DSF, 2000. **Diário do Senado Federal**, fevereiro a maio de 2000.

DURAN, C. V., 2012. “The economic crisis and the role of law in monetary policy: a study of the political and social accountability of the Brazilian Central Bank (Bacen), the European Central Bank (ECB) and the Federal Reserve (Fed)”. **Journal of International Banking Law and Regulation**, v. 27, p. 306-317, 2012

FABRIZIO, S.; MODY, A., 2006. “Can budget institutions counteract political indiscipline?” in **IMF Working Paper WP/06/123**.

FANTI, F., 2009. **Políticas de saúde em juízo: um estudo sobre o município de São Paulo**. Dissertação de Mestrado em Ciência Política: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo.

FARIA, J. E., 2011. **O Estado e o Direito depois da crise**. São Paulo, Saraiva.

FARIA, R. O., 2009. **Natureza jurídica e flexibilidade orçamentária**. Tese de Mestrado em Direito: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

FERRAZ, O., 2011. **Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27170.pdf>>

FIGUEIREDO, A.; LIMONGI, F., 2008. **Política orçamentária no presidencialismo de coalizão**. Rio de Janeiro: FGV Editora.

FILC, G.; SCARTASCINI, C., 2004. **Budget institutions and fiscal outcomes. Ten years of inquiry on fiscal matters at the research department**. Washington: Inter-American Development Bank.

FILC, G.; SCARTASCINI, C., 2007. "Budgetary institutions" in LORA, Eduardo (ed.) **The State of State Reform in Latin America**, Palo Alto: Stanford University Press.

FIORAVANTE, D.; PINHEIRO, M.; VIEIRA, R., 2006. **Lei de responsabilidade fiscal e finanças públicas municipais**. Texto para discussão nº 1223. Brasília: IPEA. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=480>

FMI e BRASIL: todos os documentos estão disponíveis em <http://www.imf.org/external/country/BRA/>

FMI, 2013. **The functions and impact of fiscal councils**. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2013/071613.pdf>>

FRANCO, G., [1996] 1998. **A inserção externa e o desenvolvimento**. Publicado pela Revista de Economia Política, vol. 18, nº 3 (71), julho-setembro de 1998. Disponível em: <http://geein.fclar.unesp.br/bibliografia/a_insercao_externa_e_o_desenvolvimento.pdf>

FRANZESE, R., 2002. "Electoral and partisan cycles in economic policies and outcomes" in **Annual Review of Political Science**, vol. 5, Junho. 2002, pp. 369-421.

FSP, 1999a. "Malan descarta plano de criar mais tributos" in **Folha de São Paulo**, 22 de junho de 1999. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi22069903.htm>>

FSP, 1999b. “Medo da responsabilidade” in **Folha de São Paulo**, 8 de agosto de 1999. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/inde080899.htm>>

GADELHA, S. R., 2011. “Análise dos impactos da Lei de Responsabilidade Fiscal sobre a despesa de pessoal e a receita tributária nos municípios brasileiros: um estudo com modelo probit aplicado a dados em painel” in **Revista Brasileira de Economia de Empresas**, v. 11, nº 1, 2011.

GERARDO, J. C.; NASCIMENTO, E. R., 2012. **Dois anos da Lei de Responsabilidade Fiscal**. Disponível em: <<http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/hp/downloads/lrf2ed.pdf>>

GIACOMONI, J., 2012. **Orçamento público**. 16ª edição. São Paulo: Editora Atlas.

GIAMBIAGI, F., 2004. “A política fiscal do governo Lula em perspectiva histórica: qual é o limite para o aumento do gasto público?”. In **Planejamento e Políticas Públicas** nº 27, jun/dez 2004, Brasília: IPEA.

GIAMBIAGI, F. 2008. “18 anos de política fiscal no Brasil: 1991/2008”. In **Revista de Economia Aplicada**, São Paulo, v.12, n.4, pp. 535-580, out-dez 2008.

GIAMBIAGI, F.; ALÉM, A. C., 2011. **Finanças públicas: teoria e prática no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier Campus.

GIAVAZZI, F.; MISSALE, A., 2004. “Public debt management in Brazil”. **NBER Working Paper Series. Working paper 10394**. Cambridge: National Bureau of Economic Research, March 2004.

GIUBERTI, A. C., 2005. **Efeitos da lei de responsabilidade fiscal sobre os gastos dos municípios brasileiros**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Economia e Administração da São Paulo.

GIUBERTI, A. C., 2012. **Instituições orçamentárias e política fiscal no Brasil: Governo Federal – 1965 a 2010**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Economia e Administração da São Paulo.

GLEICH, H., 2003. “Budget institutions and fiscal performance in central and eastern European countries” in **Working Paper nº 215**, European Central Bank.

GOULD, E., 2003. “Money talks: supplementary financiers and International Monetary Fund Conditionality”. In **International Organization** 57, nº 3, pp. 551-586.

GOUVEA, G. P., 1994. **Burocracia e elites burocráticas no Brasil**. Universidade de Campinas: Tese de doutorado.

GUARDIA, E.; GOLDFAJN, I., 2003. “Regras fiscais e sustentabilidade da dívida no Brasil”. **Notas técnicas do Banco Central do Brasil nº 39**, julho de 2003. Brasília: Banco Central do Brasil.

GUARDIA, E., 1992. **Orçamento público e política fiscal: aspectos institucionais e a experiência recente – 1985/1991**. Dissertação de Mestrado: Universidade de Campinas.

GÜNTHER, K., [2004], 2006. “Crítica da Pena I” in **Revista Direito GV nº 4**, v. 2., n.2, p. 187-204.

GÜNTHER, K., [2004], 2007. “Crítica da Pena II” in **Revista Direito GV nº 5**, v.1, n. 3, p. 137-150.

GYÓRFFY, D., 2007. **Democracy and deficits: the new political economy of fiscal management reforms in the European Union**. Budapest: Akadémiai Kiadó.

HALL, P., 1993. “Policy Paradigms, Social Learning, and the State: the case of Economic Policymaking in Britain” in **Comparative Politics**, vol. 25, nº 3, April 1993, 275-296.

HALLERBERG, M.; STRAUCH, R. R.; VON HAGEN, J., 2009. **Fiscal Governance in Europe**, Cambridge: Cambridge University Press

INESC, 2011. **Transparência orçamentária nas capitais do Brasil**. Brasília. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/biblioteca/textos/livros/transparencia-orcamentaria-nas-capitais-do-brasil>>.

KNIGHT, H., 1959. “A monetary budget” in **Staff papers**, Fundo Monetário Internacional.

KOPITS, G. George, 2004. **Rules Based Fiscal Policy in Emerging Countries**. New York: Palgrave.

KRUGMAN, P.; WELLS, R., 2012. **Macroeconomics**. 3rd Edition. New York: Worth Publishers.

KRUGMAN, P., 2013. “How the case for austerity has crumbled”, in **The New York Review of Books**. New York. June 6, 2013.

KUGELMAS, E.; SOLA, L., 1999. “Recentralização/descentralização: dinamica do regime federativo no Brasil dos anos 1990.” In **Tempo Social, Revista de Sociologia da USP**, 11(2), p. 63-81, outubro.

LEITE, C., 2005. **O Processo de ordenamento fiscal no Brasil na década de 1990 e a Lei de Responsabilidade Fiscal**. Tese de doutorado: Departamento de Ciência Política. São Paulo: USP.

LINHARES, F.; PENNA, C.; BORGES, G., 2013. “Os efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal no endividamento dos municípios do Piauí”, in **Revista da Administração Pública**, v. 47, n. 6, Rio de Janeiro, Nov. /Dec. 2013.

LOCHAGIN, G., 2013. **A flexibilidade na gestão orçamentária**. Dissertação de Mestrado: Universidade de São Paulo.

LOPREATO, L., 2002. **O colapso das finanças estaduais e a crise da federação**. São Paulo: Editora Unesp, IE – Unicamp.

LOPREATO, L., 2004. “Novos tempos: política fiscal e condicionalidades pós-80”. **Revista de Economia contemporânea**. Rio de Janeiro, 8(1), pp. 125-154, jan/jun 2004.

LOPREATO, L., 2006. “O papel da política fiscal: um exame da visão convencional”. **Texto para discussão**, nº 119. Campinas: IE/Unicamp.

LOPREATO, L., 2007. “A política fiscal brasileira: limites e entraves ao crescimento.” **Texto para discussão**, nº131. Campinas: IE/Unicamp.

LOUREIRO, M. R., 2001. “Instituições, política e ajuste fiscal – O Brasil em perspectiva comparada”. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 16, nº 17, outubro. Pp. 75-96.

LOUREIRO, M. R.; TEIXEIRA, M. A. C.; PRADO, O., 2008. “Construção de instituições democráticas no Brasil contemporâneo: transparência das contas públicas” in **Revista Organizações & Sociedade**, v. 15, n. 47, p. 107-119, Outubro/Dezembro 2008.

LOUREIRO, M. R.; SANTOS, F.; GOMIDE, A., 2013. “Democracia, arenas decisórias e política econômica no Governo Lula”. In **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 26, nº 76, pp. 63-76. São Paulo, 2013.

MACEDO, L., 2007. **O Fundo Monetário Internacional e seus acordos stand-by**. Belo Horizonte: Editora Del Rey.

MACHADO, M., 2007. **Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea**. Tese de doutorado: Universidade de São Paulo.

MANKIW, N. G., 2010. **Macroeconomics**. 7th Edition. New York, Worth Publishers.

MAXFIELD, S., 1997. **Gatekeepers of growth**. New Jersey: Princeton University Press.

MAZZUOLI, V.; SILVA, R., 2003. **O Brasil e os acordos econômicos internacionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MAZZUOLI, V., 2005. **Natureza jurídica e eficácia dos acordos stand-by com o FMI**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MENDONÇA, E. B. F., 2010. **A constitucionalização das finanças públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar.

MENEGUIN, F. B.; BUGARIN, M. S., 2001. "Reeleição e política fiscal: um estudo dos efeitos nos gastos públicos." **Economia Aplicada**, V. 5, n. 3, p. 600-22, jul./set. 2001.

MENEZES, R., 2006. **Efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal sobre as categorias e as funções de despesas dos municípios brasileiros (1998-2004)**. Dissertação de Mestrado: Universidade de São Paulo.

MONTEIRO, J. V., 1998. **Economia política da crise: o Programa de Estabilidade Fiscal**. Disponível em:
<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7772/6371>>

MORA, M., 2002. **Federalismo e Dívida Estadual no Brasil**. Texto para discussão nº 866. Rio de Janeiro, IPEA, Março de 2002.

MULAS-GRANADOS, C., 2003. "The political and economic determinants of budgetary consolidation in Europe" in **European Political Economy Review**, vol. 1, n. 1, Spring, 2003, pp. 15-39.

MULAS-GRANADOS, C.; ONRUBIA, J.; JIMENEZ, J. S., 2009. "Do budget institutions matter?: Fiscal Consolidation in the New EU Member States", in **Eastern European Economic**, M.E. Sharpe, vol. 47(1), pp. 60-91.

NAKAGUMA, M. Y.; BENDER, S., 2006. "A Emenda da Reeleição e a Lei de Responsabilidade Fiscal: Impactos sobre Ciclos Políticos e Performance Fiscal dos Estados (1986-2002)." In **Economia Aplicada** (Impresso), v. 10, p. 377-397.

NEUMANN, F.. **The Democratic and The Authoritarian State: essays in political and legal theory**. Ed. Herbert Marcuse. Illinois: Free Press, 1957.

NEUMANN, F. .**The Rule of Law**. Political theory and the legal system in modern society. Leamington: Berg, 1986.

NOBRE, M., 2003. "Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil", in **Novos Estudos**, nº 66, Julho/2003, pp. 145-154.

NOBRE, M., 2013. **Imobilismo em movimento: da redemocratização ao governo Dilma**. São Paulo: Companhia das Letras.

NÓBREGA, M., 2005. **O futuro chegou: instituições e desenvolvimento no Brasil**. São Paulo: Globo.

NOVELLI, J. M., 2001. **Instituições, política e ideias econômicas: o caso do Banco Central do Brasil (1965-1998)**, São Paulo: Annablume.

NUNES, S. P.; NUNES R. C., 2003. **Dois anos de responsabilidade fiscal no Brasil: uma avaliação dos resultados à luz do modelo do fundo comum**. Brasília: Universidade de Brasília. Working paper n. 5.

OCDE, 1997. **Modern budgeting**. Disponível em:
<<http://www.oecd.org/france/36233618.pdf>>

OLIVEIRA, Regis, 2013. Curso de direito financeiro. 5ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

OREIRO, J. L.; SICSÚ, J.; DE PAULA, L. F., 2004. “Controle da dívida pública e política fiscal: uma alternativa para um crescimento auto-sustentado da Economia Brasileira”. In: **Agenda Brasil: políticas econômicas para o crescimento com estabilidade de preços**. São Paulo: Manole, v. 1, p. 117-152

OREIRO, J. L., 2014. “Muito Além do Tripé”. Texto apresentado no seminário **Indústria e Desenvolvimento Produtivo do Brasil**. São Paulo: Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Disponível em:
<<http://jlcureiro.files.wordpress.com/2014/05/seminc3a1rio-industria-2014.pdf>>

PAULANI, L., 2008. **Brasil delivery**. São Paulo: Editora Boitempo.

PER MOLANDER, 2001. “Budgeting procedures and democratic ideals: an evaluation of Swedish reforms” in **Journal of Public Policy**, nº 21. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 23-52.

PEROTTI, R.; KONTOPOULOS, Y., 2002. “Fragmented fiscal policy” in **Journal of Public Economics**, nº 86, Elsevier Science, pp. 191-222.

PERRY, G., 2002. “Can fiscal rules help reduce macroeconomic volatility in the Latin America and Caribbean Region?” In **Policy Research Working Paper 3080**, jun. 2002.

PERSSON, T.; TABELLINI, G., 2002. “Do electoral cycles differ across political systems?”. **Paper apresentado em Seminário na London School of Economics**. Disponível em: <<http://cep.lse.ac.uk/seminarpapers/12-11-02-PE2.pdf>>

PRAKASH, T.; CABEZON, E., 2008. "Public financial management and fiscal outcomes in sub-Saharan African Heavily-Indebted Poor Countries" in **Working Papers IMF** nº 8/217.

REINHART, C.; ROGOFF, K., 2010. "Growth in a time of debt" In **American Economic Review**, v. 100 (2), pp. 573-78, May.

REZENDE, F.; CUNHA, A. (coordenadores). 2003. **O orçamento público e a transição do poder**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.

ROCHA, B. P.; ROCHA, F. F., 2008. "Consolidação fiscal nos Estados brasileiros: uma análise de duração." In **Nova Economia**, v. 18, p. 193-223.

ROCHA, F. F.; GIUBERTI, A. C., 2008. "Assimetria cíclica na política fiscal dos Estados brasileiros." In **Pesquisa e Planejamento Econômico** (Rio de Janeiro), v. 38, p. 253-275, 2008.

RODRIGUEZ, J. R., 2013. "A desintegração do status quo: direito e lutas sociais" in **Revista Novos Estudos**, nº 96, Julho de 2013.

ROUBINI, N.; SACHS, J., 1989a. "Government spending and budget deficits in the industrial countries", in **Economic Policy**, vol. 4, n. 8, pp. 100-132, New York: Blackwell Publishing.

ROUBINI, N.; SACHS, J., 1989b. "Political and economic determinants of budget deficits in the industrial democracies" in **European Economic Review** nº 33. North-Holland: Elsevier Science Publishers, pp. 903-938.

SAAD-FILHO, A.; MORAIS, L., 2011. "Da economia política à política econômica: o novo-desenvolvimentismo e o governo Lula" in **Revista de Economia Política**, vol. 31, nº4 (124), pp. 507-527, out/dez 2011.

SAKURAI, S.. "Déficit e ajuste fiscal nos Municípios Paulistas: uma análise para o período 1989 – 2001 via dados em painel" in **Revista Economia**, jul. 2005, v. 6, n. 2, p. 463-488.

SALAMA, B. M., 2013. "The Art of Law & Macroeconomics". **University of Pittsburgh Law Review**, v. 74, p. 1, 2013

SANTOLIN, R.; JAYME JR., F.; REIS, J. C., 2009. "Lei de responsabilidade fiscal e implicações na despesa de pessoal e de investimento nos municípios mineiros: um estudo com dados em painel dinâmico". **Textos para discussão CEDEPLAR – UFMG**. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais.

SCHAFER, A.; STREECK, W., 2013. **Politics in the Age of Austerity**. Cambridge: Polity Press, 2013.

SCHUI, F., 2014. **Austerity: the great failure**. New Haven: Yale University Press, 2014.

SCHUKNECHT, L., 2000. "Fiscal policy cycles and public expenditure in developing countries" in **Public Choice**, v. 102. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, pp. 115-130.

SICSU, J., 2007. **Arrecadação (de onde vem?) e gastos públicos (para onde vão?)**. São Paulo: Boitempo editorial.

SILVA, V. A., 2003. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", in **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais** 1, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 607-630.

SILVEIRA, R.; JORDÃO, R., 2002. **O comportamento das despesas estaduais com pessoal após a LRF**. Rio de Janeiro: BNDES. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/informesf/inf_44.pdf>

SIMONASSI, A. G.; CANDIDO JUNIOR, J. O, 2008. **Desempenho fiscal e os impactos sobre as responsabilidades fiscal e social nos Estados e regiões brasileiras**. Brasília: IPEA.

SINGER, A., 2012. **Sentidos do lulismo**. São Paulo: Companhia das Letras.

SOARES, C.; CERETTA, P.; CORONEL, D.; VIEIRA, K., 2012. "A lei de responsabilidade fiscal e o comportamento do endividamento dos Estados brasileiros: uma análise de dados em painel de 2000 a 2010", trabalho apresentado em **Encontro de Administração, Política e Governo**, nov. 2012. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnAPG/enapg_2012/2012_EnAPG507.pdf>

SOLA, L.; WHITEHEAD, L., 2006. **Statecrafting monetary authority: democracy and financial order in Brazil**. Oxford: Centre for Brazilian Studies.

TAVARES, M., 2005. "Vinte anos de política fiscal no Brasil: dos fundamentos do novo regime à Lei de Responsabilidade Fiscal." **Revista de Economia e Relações Internacionais**, vol. 4, nº 7, Julho de 2005, pp. 79-101.

TAYLOR, M. M., 2009. "Institutional development through policy-making: a case study of the Brazilian Central Bank", in **World Politics**, volume 61, Number 3, pp. 487-515.

TEIXEIRA, A.; VELOSO, G., 2007. "A Lei de Responsabilidade Fiscal e as microrregiões do Estado do Rio Grande do Sul: uma análise empírica" in **Ensaios FEE**, v. 28, n. 2, oct. 2007, pp. 443-470. Porto Alegre.

TEUBNER, G., 2011. "A constitutional moment? The logics of 'hitting the bottom'", in Gunther Teubner, Alberto Febbrajo and Poul F. Kjaer, **The financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation**, Oxford, Hart Publishing, p. 3-42. Disponível em:
<http://www.jura.unifr Frankfurt.de/l_Personal/em_profs/teubner/Person_english/PublikationEngl/index.html>

TCU, 2014. **Relatório das contas do Governo da República**. Brasília: Tribunal de Contas da União. Disponível em:
<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/Contas2013/index.html>

UNGER, R. M.; LOTHIAN, T., 2011. **Crisis, Slump, Superstition and Recovery Thinking and acting beyond vulgar Keynesianism**, disponível em:
<<http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/economics.php#1>>

VASCONCELOS, N. P., 2010. **O supremo tribunal federal e o orçamento: uma análise do controle concentrado de leis orçamentárias**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público. Disponível em:
<http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/161_Monografia%20Natalia%20Pires.pdf>

VEIGA DA ROCHA, J. P., 2011. "Autonomia e accountability no sistema financeiro: notas para uma agenda de pesquisa jurídica" in **Revista de Direito Público da Economia**, v. 33, p. 95-112, 2011

VON HAGEN, J.; HARDEN, I., 1996. "Budgeting processes and Commitment to Fiscal Discipline" **IMF Working Paper**.

VON HAGEN, J., 1992. "Budgeting Procedures and Fiscal Performance in the European Communities", in **European Economy Economic Papers nº 96**. Commission of European Communities.

VREELAND, J., 2004. "The international and domestic politics of IMF Programs". Artigo apresentado na conferência: **Reinventing Bretton Woods Committee and World Economic Forum on the Fund's Role in Emerging Markets: reassessing the adequacy of its resources and lending facilities**. Amsterdam: Novembro de 2004.

VREELAND, J., 2007. **The International Monetary Fund: politics of conditional lending**. New York: Routledge.

WILLIAMSON, J., 1990. "What Washington means by policyreform" in **J. Williamson, ed., Latin American Adjustment: How Much Has Happened?**. Washington: Institute for International Economics.

WOO, J., 2001. **Economic, political, and institutional determinants of public debt**. Disponível em:
<<http://ssrn.com/abstract=326520>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.326520>>

DECISÕES JUDICIAIS

BRASIL, 1984. **5ª Vara da Justiça Federal de Brasília**. Ação Popular. Número original: 230-AD184. Atual número do processo: 0001274-78.1984.4.01.3400.
BRASIL, 2003. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2250. Julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Publicado no DJ de 01 de agosto de 2003.

BRASIL, 2008. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2238. Julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Publicado no DJe de 12 de setembro de 2008. Processos apensados: Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2256, 2241, 2261 e 2365.

BRASIL, 2009. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 537.610. Publicado no DJe de 18 de dezembro de 2009.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM
DIREITO E SOCIEDADE DO
UNILASALLE**

**GT - DERECHO Y ECONOMÍA: QUÉ PAPEL LE
CABE A LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA?**

CANOAS, 2015

DIREITO E MACROECONOMIA: UMA PROPOSTA DE AGENDA DE PESQUISA

Flávio Marques Prol

RESUMO: O objetivo deste artigo é indicar um campo de reflexões para estudos jurídicos sobre políticas econômicas. Defende-se que estudos sobre políticas macroeconômicas não precisam ser feitos somente de perspectivas econômicas. Análises políticas e jurídicas também contribuem para compreender o funcionamento e a legitimidade de políticas econômicas. No caso específico de políticas macroeconômicas, uma pesquisa de direito e macroeconomia pode compreender e descrever funções do direito para uma política macroeconômica, bem como o papel do direito na estruturação de reivindicações sociais sobre a legitimidade democrática dos objetivos da política macroeconômica. Trata-se de incluir a questão sobre como atores, ao gerirem políticas macroeconômicas, mobilizam o regime jurídico na defesa da legitimidade e da efetividade de suas ações e de seus objetivos. O estudo de direito e macroeconomia permite a compreensão de elementos centrais das escolhas macroeconômicas das sociedades democráticas e como mecanismos centrais de deliberação social estão estruturados.

PALAVRAS-CHAVE: direito e macroeconomia; legitimidade democrática; sociologia do direito

1 A MACROECONOMIA PARA ALÉM DA CIÊNCIA ECONÔMICA: DIREITO E MACROECONOMIA¹

Políticas macroeconômicas estão entre os principais instrumentos dos estados modernos para gestão de suas economias. Os estados utilizam essas políticas para influenciar a renda nacional, a taxa de crescimento da economia, os índices de inflação de preços, o nível de desemprego, o endividamento público, entre outros indicadores econômicos. Ao longo do século XX, a importância dessas políticas se tornou reconhecida. No início do século XXI, após a recente

¹ Esta pesquisa é baseada parcialmente nos resultados da pesquisa que deu origem a dissertação de mestrado de minha autoria, apresentada perante a Faculdade de Direito da USP em 2014, intitulada *Direito e Macroeconomia: um estudo do regime jurídico da política fiscal*, sob orientação do professor doutor Jean-Paul Cabral Veiga da Rocha.

crise econômica global, seu lugar no topo das prioridades políticas da maior parte dos países se tornou inquestionável.

Ainda que o *New Deal* talvez seja o caso mais ilustrativo desse argumento, dois exemplos recentes demonstram a centralidade das políticas macroeconômicas nas sociedades contemporâneas: o “fechamento” (*shutdown*) do governo estadunidense por algumas semanas no mês de outubro de 2013 e as políticas de austeridade exigidas dos países europeus que compõem a União Europeia.

No caso estadunidense, o presidente Barack Obama vivenciou entre os dias 1º e 17 de outubro de 2013 uma situação na qual mais de oitocentos mil servidores foram forçados a sair de licença temporária e mais de um milhão foram obrigados a se apresentar ao trabalho sem saber se iriam ser remunerados, após ter sido incapaz de celebrar um acordo no Congresso sobre a previsão de receitas para despesas públicas e, principalmente, sobre a elevação do limite legal de endividamento público do governo federal. Diversos serviços públicos foram fechados no período.²

Embora o fato imediato por trás do fechamento do governo estadunidense tenha sido a ausência de um acordo político no Congresso, uma das principais justificativas para a discórdia era de natureza macroeconômica: congressistas do partido republicano se opunham a financiar as despesas de um governo supostamente endividado acima de suas capacidades e que apoiara a criação de uma ampla política pública de saúde anos antes, a qual provocaria uma elevação nos gastos públicos. Em 2011, o congressista republicano Joe Walsh, opositor do governo de Barack Obama, chegou a afirmar que “o país talvez precisasse de uma terapia de choque” para entender os limites dos gastos públicos; o

² Essa foi a estimativa do jornal *Washington Post*. Ver: <<http://www.washingtonpost.com/blogs/wonkblog/wp/2013/09/30/absolutely-everything-you-need-to-know-about-how-the-government-shutdown-will-work>>. Posteriormente, o relatório oficial publicado pela Presidência dos Estados Unidos confirmou os números. O relatório está disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/reports/impacts-and-costs-of-october-2013-federal-government-shutdown-report.pdf>> (último acesso em 30 de setembro de 2014).

“fechamento” do governo era uma das medidas dessa proposta de terapia.³ Em outras palavras, discordâncias sobre a política fiscal resultaram no “fechamento” do governo estadunidense.

O caso europeu talvez seja ainda mais exemplar da centralidade das políticas macroeconômicas. As políticas de austeridade exigidas dos diversos países da União Europeia, em particular dos países do sul como Grécia, Itália, Espanha e Portugal, têm sido objeto de protestos públicos e de críticas por vários movimentos sociais. As medidas de austeridade variam de país para país e representam a ideia de que países com elevados índices de endividamento público devem adotar ações impopulares, como corte de gastos públicos, redução e extinção de benefícios previdenciários, além de corte nos investimentos público, para reduzir o endividamento. Somente na Grécia, entre 2010 e 2011, centenas de milhares de pessoas tomaram as ruas para protestar contra as políticas de austeridade.⁴

Apesar da centralidade das políticas macroeconômicas, que afetam, por exemplo, as taxas de crescimento, de desemprego e de inflação, não é incomum que as controvérsias existentes sobre elas se restrinjam a pequenos grupos e círculos de pessoas. As políticas macroeconômicas são geralmente objeto de interesse de economistas. Discussões sobre políticas monetária, fiscal e cambial são concentradas nas Faculdades de Economia, em centros de pesquisa especializados e nos jornais e periódicos econômicos, que fazem uso de jargões usualmente áridos e pouco compreensíveis.

Entretanto, como os próprios exemplos mencionados sugerem, há um amplo campo de pesquisa a ser explorado que não se restringe a análises econômicas das políticas macroeconômicas. A relação entre demandas sociais e políticas macroeconômicas, o modo como essas políticas são apresentadas e discutidas no debate público democrático e a influência das instituições políticas e

³ A entrevista está disponível em: <<http://foxnewsinsider.com/2011/02/28/rep-walsh-on-spending-this-country-may-need-shock-therapy>> (último acesso em 30 de setembro de 2014).

⁴ As manifestações foram lideradas pelo Movimento dos Indignados (Indignant Citizens Movement). Para mais, ver: <<http://indignants11.blogspot.com.br/>> (último acesso em 30 de setembro de 2014).

de regras jurídicas na delimitação de opções para elas são somente alguns exemplos desse campo mais amplo que ainda pode se desenvolver.

2 Direito da macroeconomia em uma democracia

Entende-se que a análise do regime jurídico de qualquer política estatal em uma democracia permite o acesso a disputas sociais sobre essa política. Ou seja, defende-se que uma pesquisa que tenha por objeto o regime jurídico de uma política macroeconômica permite compreender e interpretar ambições normativas compartilhadas socialmente a respeito da gestão das receitas e das despesas do estado, e como tem ocorrido a promoção ou o bloqueio dessas ambições.

A ideia de que o estudo do direito permite acesso a disputas sociais sobre uma política em uma democracia implica sustentar que o direito é a forma por excelência de legitimação democrática das políticas de um estado moderno. Talvez essa ideia seja mais facilmente compreendida no âmbito do direito constitucional. É possível defender, por exemplo, que revoluções modernas bem sucedidas se legitimaram com a elaboração de uma constituição escrita que estabeleceu procedimentos democráticos ou ao menos com o estabelecimento de regras claras – válidas para todas e todos, ainda que não escritas – a respeito da gestão democrática do poder político. Em outras palavras, reivindicações pelo estabelecimento de uma ordem social legítima na modernidade foram geralmente traduzidas em uma forma jurídico-constitucional que estabeleceu procedimentos democráticos para o exercício do poder político.⁵

A análise de uma política macroeconômica da perspectiva de direito e macroeconomia em uma democracia, contudo, é distinta da sugestão sobre direito constitucional e legitimidade democrática que se discutiu no parágrafo anterior. É completamente possível imaginar e defender que o direito não reflete

⁵ Não é conveniente desenvolver em detalhes essa discussão, que poderia ser interpretada como um projeto de pesquisa longo e duradouro e que, provavelmente, restaria inconcluso. Essas reflexões sobre legitimidade da democracia constitucional moderna derivam de uma possível interpretação das teses de Max Weber e Jürgen Habermas a respeito da legitimidade democrática da ordem social moderna. Sobre o assunto, ver o capítulo 2 do texto *Facticidade e Validade*, de Jürgen Habermas.

disputas sociais a respeito da gestão da economia na modernidade, mesmo que eventualmente se concorde com a hipótese de que a democracia constitucional é a forma de legitimidade por excelência dos estados modernos.

É possível imaginar duas diferentes interpretações segundo as quais o estudo de um regime jurídico não permitiria o acesso a disputas sociais sobre uma política econômica.

A primeira linha de interpretação sustentaria que a economia moderna se desenvolve perfeitamente caso seja autônoma da política e de outras considerações de ordem não econômica. De acordo com essa interpretação, a economia funcionaria perfeitamente quando fossem respeitadas condições que a estruturasse como uma esfera autônoma de relações sociais, orientadas somente por cálculos individuais racionais relacionados ao ganho utilitário do indivíduo. A política fiscal, como um dos elementos de gestão econômica, sempre apresentaria uma opção tecnicamente correta e outras opções equivocadas. A ideia de disputa social sobre uma política econômica, portanto, não faria sentido.

Dessa perspectiva, o regime jurídico da política fiscal expressa somente uma destas duas opções: (i) ou ele é garantia da autonomia da economia em relação a outras “esferas” sociais – regras e princípios jurídicos que impeçam “intervenções na economia”; (ii) ou o regime jurídico é expressão da intromissão indevida de imperativos políticos, morais e sociais na esfera econômica – e na política fiscal – razão pela qual deve ser rejeitado ou reformado.

Uma segunda linha de interpretação é analisar o desenvolvimento da economia moderna como a estruturação de relações sociais marcadas intrinsecamente pela exploração, uma vez que determinados indivíduos ou grupos sociais detentores de certos recursos estratégicos irão necessariamente explorar os demais indivíduos e grupos sociais, não detentores desses recursos. A política fiscal, nesse caso, é somente mais um dos instrumentos usados para manter essa exploração estrutural. O regime jurídico como um todo, por sua vez, é interpretado como um dos elementos fundadores e garantidores dessa estrutura injusta, inclusive quanto ao caso do regime jurídico da política fiscal. Somente a subversão da estrutura acabaria com a exploração e essa subversão

provavelmente implicaria a rejeição do regime jurídico como um todo; qualquer discussão que não envolvesse a subversão da estrutura injusta seria marginal.

Um possível desenvolvimento dessa segunda linha de interpretação afirmaria que, após o advento do estado de bem-estar social, na metade do século XX, a legitimação do estado moderno passou a depender da capacidade do estado mobilizar a economia para fornecer diretamente certos bens e serviços para cidadãos e cidadãs. O direito e a linguagem dos direitos teriam se tornado completamente desnecessários na legitimação da ordem social. De cidadãos e cidadãs, com direitos e deveres, os indivíduos modernos se tornariam consumidoras, consumidores e clientes do estado, que deve gerir a economia tecnicamente para fornecer determinados bens e serviços, independentemente da política e do direito. Em qualquer assunto econômico, quando muito, o direito funcionaria somente como um dos instrumentos do estado para a gestão técnica da economia.

Para os fins deste trabalho, essas linhas de interpretação são desconsideradas como hipóteses porque reduzem a economia moderna a um conceito sistêmico que não é passível de alteração. Nessas interpretações, a economia independe das disputas políticas e sociais concretas que se desenvolvem na história. Descritivamente, elas compreendem a economia como sistema autônomo de relações sociais e enxergam as relações entre direito, política e economia como relações de exterioridade. Em outras palavras, elas afirmam que é possível interpretar relações sociais econômicas, políticas e jurídicas separadamente. Mesmo no caso da segunda linha de interpretação, esse raciocínio está presente: primeiro deve-se compreender a estrutura da produção econômica e das relações econômicas, para só depois serem incluídas nas análises as considerações de ordem política e jurídica. A compreensão das relações econômicas antecede conceitualmente a análise das relações políticas e jurídicas existentes.

O principal problema desse tipo de interpretação é que ele tende a apresentar respostas únicas e técnicas para questões econômicas, tanto no âmbito teórico quanto no âmbito prático. Nesse sentido, uma boa interpretação das relações econômicas permitiria *esclarecer* a resposta correta a ser fornecida

a qualquer problema econômico enfrentado. Não há espaço para abranger interesses políticos e sociais, ou disputas entre grupos sociais, na compreensão das questões econômicas que se apresentam.

Esta pesquisa rejeita esse gênero de interpretação da economia, pois entende que todas as relações sociais – inclusive as econômicas – dependem do compartilhamento, implícito ou não, de expectativas e normas a respeito das ações sociais e de como se comportarão os agentes sociais. Esse compartilhamento intersubjetivo de expectativas sobre as relações sociais é sempre possível de ser explicitado e criticado. Em outras palavras, entende-se que relações econômicas imbricam-se a visões, valores e interesses políticos existentes em uma dada sociedade – estes em boa medida influenciados e moldados pelo direito – e que, por isso, não podem ser compreendidas isolada e aprioristicamente.

Na modernidade, em particular, o uso da forma jurídica se tornou um dos modos mais comuns de contestar e estabilizar certas expectativas sobre as relações sociais. Nesse sentido, esta pesquisa delimita o seu campo de investigação a partir da hipótese que políticas macroeconômicas também usam a tradução jurídica para se legitimarem em um contexto democrático, como é o caso brasileiro. Em outras palavras, regras e princípios jurídicos são utilizados para legitimar e efetivar opções *políticas* sobre macroeconomia em uma democracia; no caso, para estabilizar certas expectativas compartilhadas intersubjetivamente a respeito da política fiscal.

É por isso que se considera que esta pesquisa tem um ganho epistemológico em relação à literatura econômica. Ao analisar uma política macroeconômica de uma perspectiva de direito da macroeconomia em uma democracia, as opções econômicas a serem definidas socialmente não são e nem poderiam ser delimitadas de antemão, pelo teórico ou economista. Se o direito é a forma de legitimação democrática de um estado moderno, regras e princípios jurídicos estruturam e deveriam estruturar procedimentos democráticos para a própria escolha dos objetivos sociais que, por sua vez, são reproduzidos por meio de determinadas escolhas macroeconômicas. Não houve e provavelmente não há

uma única definição, correta e puramente técnica, anterior à própria deliberação social, sobre a política macroeconômica a ser adotada.

Nesse sentido, as diferentes correntes teóricas econômicas somente serviriam, à luz deste trabalho, para fomentar o debate público a respeito de diferentes opções na gestão das receitas e das despesas do estado. Elas podem e devem informar o debate mais amplo a respeito das consequências de certas escolhas sociais – uma vez que uma política macroeconômica é uma escolha social. No entanto, as teorias econômicas não definem por si mesmas essas escolhas; as escolhas sobre política econômica são sempre sociais, por sua própria natureza.

Por outro lado, uma perspectiva de direito e macroeconomia que se preocupa com a legitimidade democrática de um dos âmbitos da gestão macroeconômica da vida social abrange a literatura sobre impacto de regras e princípios jurídicos na política macroeconômica, mas não se resume a ela. Essa literatura é essencial para entender alguns dos efeitos e objetivos da reforma do regime jurídico/institucional de políticas macroeconômicas, mas também deve ser lida de forma a permitir que os próprios objetivos de políticas macroeconômicas sejam vistos dentro de um processo constante de legitimação democrática.

Nesse contexto, é possível afirmar que este trabalho se inspira em dois diagnósticos sobre a pesquisa em direito, que são considerados complementares e esclarecem um pouco mais as ideias que estão sendo desenvolvidas até aqui.

O primeiro é o de que há uma lacuna de “pesquisa básica” em direito, tal como Nobre a definiu em seu texto *Apontamentos Sobre a Pesquisa em Direito no Brasil*, ainda em 2003. Por pesquisa básica, Nobre faz referência a pesquisas que tenham por objetivo descrever e compreender certos institutos jurídicos sem um posicionamento normativo a respeito de sua legalidade, constitucionalidade ou legitimidade (NOBRE, 2003).

Dado esse primeiro diagnóstico, que não será aprofundado aqui, uma pesquisa de direito e macroeconomia não tem a intenção de apontar soluções para conflitos concretos e sequer tem um compromisso com a “decidibilidade”, o que às vezes é até mesmo considerado o objeto próprio de uma pesquisa jurídica. Ao contrário, seria possível reconstruir as transformações do regime jurídico da

política, colocando no centro da investigação as interpretações, regras e princípios que foram criados e mobilizados, sejam eles da esfera legal, administrativa, política ou jurisprudencial para modificar a política macroeconômica em um contexto democrático. Seria possível evitar uma tomada de posição normativa sobre a qualidade da reforma e dos discursos usados publicamente para justificá-la.

É importante salientar, contudo, que a realização dessa pesquisa básica exige a descrição sobre como diferentes discursos e práticas indicam ou indicaram caminhos distintos de reforma e gestão da política e como eles representam ou representaram conflitos concretos a respeito da legitimidade democrática da política. Afinal, faz parte de uma descrição de qualidade de qualquer instituto jurídico o mapeamento sobre quem e quais órgãos defendem determinados entendimentos a respeito desse instituto.

Acredita-se que aqui residam os potenciais crítico e normativo de uma pesquisa dessa natureza. Ao fim de uma reconstrução que tenha por objetivo demonstrar como discursos e práticas indicam caminhos de reforma e estabelecem critérios normativos para o regime jurídico da política macroeconômica, talvez seja possível demonstrar que certas ambições normativas dos sujeitos engajados nas reformas não foram atendidas, o que aponta para uma agenda de novas reformas e disputas.

Nesse sentido, uma pesquisa de direito e macroeconomia como a que se propõe aqui não pretende apresentar em nenhum momento uma concepção única ou correta sobre democracia, o que implicaria incorrer em erro semelhante aos de estudos de economistas que entendem as políticas macroeconômicas sem qualquer reflexão sobre seu componente político e social. Na realidade, o objetivo da seria descrever como diferentes discursos econômicos a respeito do regime jurídico das políticas também se utilizaram e se basearam em regras e princípios jurídicos para se definirem como democráticos e como isso impactou a sua gestão. Talvez, ao final dessa descrição, seja até mesmo possível demonstrar que a concepção de democracia que subjaz ao regime jurídico de uma política macroeconômica seja muito distinta de diversas concepções de democracia que

são compartilhadas por várias pessoas e grupos atualmente, embora isso não seja objeto de uma reflexão mais aprofundada.

O segundo diagnóstico que inspira esta pesquisa é o de que o capitalismo contemporâneo tem passado por profundas transformações que impactam a capacidade dos Estados definirem autonomamente regimes jurídicos da gestão macroeconômica da sociedade, em especial após a recente crise econômica mundial.⁶ Isso impacta as instituições que estão e serão estruturadas para lidar com as tensões entre capitalismo e democracia, o que abre uma frutífera agenda de pesquisas no campo do direito, da sociologia, da ciência política, da economia e das relações internacionais.

Assim, pesquisas de direito e macroeconomia podem demonstrar se e como o regime jurídico das políticas foi e ainda está sendo construído em meio a discursos e práticas conflitantes, doméstica e internacionalmente, que apontam para reformas distintas de ferramentas de gestão macroeconômica da sociedade. Essas reflexões, contudo, só poderão se desenvolver plenamente no fim do caminho que será percorrido ao longo dos próximos capítulos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se demonstrar a importância de se conciliar perspectivas jurídicas e econômicas em pesquisas sobre políticas macroeconômicas em uma democracia. Como se defendeu, o campo de pesquisa sobre políticas macroeconômicas vai além de seus aspectos funcionais e econômicos. Na realidade, a perspectiva democrática do seu desenvolvimento perpassa todos os âmbitos de uma política macroeconômica.

Esta pesquisa tentou argumentar que uma reflexão preocupada com a dimensão da legitimidade democrática das transformações do regime jurídico de uma política macroeconômica permite identificar interesses, disputas e atores que estão por trás de propostas de mudanças jurídicas. Como se percebe, a dimensão funcional do direito da política fiscal não é deixada de lado na análise,

⁶ Ver, entre outros: Teubner (2011), Unger e Lothian (2011), Veiga da Rocha (2011) e Faria (2011).

mas recolocada a partir de uma nova perspectiva: tenta-se enfatizar que os próprios objetivos da política fiscal estão em disputa democrática e que as instituições – regras e princípios jurídicos e/ou constitucionais – são inerentemente instáveis para determiná-las definitivamente.

Desse modo, a possível vantagem de uma pesquisa de direito e macroeconomia que coloca a questão da legitimidade democrática como objeto central de reflexão é a de que ela não precisa estar conectada a nenhuma das agendas específicas sobre política macroeconômica. Uma pesquisa de direito e macroeconomia consciente dos seus limites entende que o papel das principais escolhas normativas quanto ao melhor caminho a ser seguido deve ser feito e refeito de modo democrático pela sociedade, a partir do amplo debate público que demonstre as diferentes alternativas, seus possíveis defeitos e vantagens.

Outro estudo talvez permita explorar como a cultura política das sociedades se conecta ao regime jurídico de suas políticas macroeconômicas e como ela afetou e pode afetar o seu desenvolvimento. Ou tentar compreender se as concepções de democracia geralmente compartilhadas estão em conformidade com o regime jurídico dessas políticas macroeconômicas. Ou, ainda, explorar como ocorreu o desenvolvimento do regime jurídico de uma política específica em alguns países. Apesar disso, não é possível imaginar que qualquer pesquisa possa definir, isoladamente, o rumo de políticas que podem e devem ser objeto de deliberações democráticas.

REFERÊNCIAS

FARIA, J. E., 2011. **O Estado e o Direito depois da crise**. São Paulo, Saraiva.

NEUMANN, F.. **The Democratic and The Authoritarian State**: essays in political and legal theory. Ed. Herbert Marcuse. Illinois: Free Press, 1957.

NEUMANN, F., **The Rule of Law**. Political theory and the legal system in modern society. Leamington: Berg, 1986.

NOBRE, M., 2003. “Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil”, in **Novos Estudos**, nº 66, Julho/2003, pp. 145-154.

TEUBNER, G., 2011. "A constitutional moment? The logics of 'hitting the bottom'", in Gunther Teubner, Alberto Febbrajo and Poul F. Kjaer, **The financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation**, Oxford, Hart Publishing, p. 3-42. Disponível em:
<http://www.jura.unifrankfurt.de/l_Personal/em_profs/teubner/Person_englisch/PublikationEngl/index.html>

UNGER, R. M.; LOTHIAN, T., 2011. **Crisis, Slump, Superstition and Recovery Thinking and acting beyond vulgar Keynesianism**, disponível em:
<http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/economics.php#1>

VEIGA DA ROCHA, J. P., 2011. "Autonomia e accountability no sistema financeiro: notas para uma agenda de pesquisa jurídica" in **Revista de Direito Público da Economia**, v. 33, p. 95-112, 2011.



**SOCIOLOGY
OF Law**
on the Move
2015

*Perspectives from
Latin America*

ANAIS

**CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E
SOCIEDADE DO UNILASALLE**

**GT – NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS E O
DIREITO**

CANOAS, 2015

A NOVA SOCIEDADE DE CONSUMO E A GARANTIA AO DIREITO À INFORMAÇÃO

Cristiane Feldmann Dutra, Mestre em Direitos Humanos, 1
Moisés de Oliveira Matusiak, Mestre em Direitos Humanos, 2
Suely Marisco Gayer, Mestre em Direitos Humanos,3

RESUMO: Este trabalho aborda a evolução da sociedade de consumo, do ponto de vista sociológico, e os fatores determinantes de tal evolução. O caminho percorrido entre o simples ato de consumir e o consumismo em si, em que a modificação da consciência do consumidor pode trazer inúmeras conseqüências ao mundo atual. Afirma a importância da informação clara, para que o consumidor possa, por seu livre convencimento, satisfazer seus reais interesses e exercer efetivamente sua liberdade, além de formar uma consciência ecologicamente correta quanto as suas escolhas.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade de consumo – evolução sociológica – consumo vs. Consumismo – direito à informação.

¹ Mestre em Direito, com ênfase em Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter- Laureate International Universities. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho na Faculdade do Instituto de Desenvolvimento- IDC (2010), Especialista em Direito Civil Processual Civil na Faculdade do Instituto de Desenvolvimento- IDC (2012). Possui Graduação em Direito na Universidade Luterana do Brasil -ULBRA (2008). Pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter (2013-2014). Pesquisadora do Grupo de Ciência Penal Contemporânea da UFRGS (2014). Email: cristiane.feldmann@hotmail.com.

² Mestre em Direito pelo UNIRITTER (2015). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo UNIRITTER (2013). Bacharel em Direito pelo UNIRITTER (2004). Professor convidado do curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal do UNIRITTER, desde 20013. Pesquisador da Clínica de Direitos Humanos do UNIRITTER, desde 2013. Advogado (OAB/RS 62.051), desde 2005. Conselheiro da OAB/RS - Subseção de Alvorada, desde 2013. Integrante da Comissão de Direitos Humanos da OAB/RS, desde 2013. Integrante do Comitê Estadual Contra a Tortura, desde 2013. moisesmatusiak@ig.com.br.

³ Mestre pelo curso de Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter - Laureate International Universities. Pós-graduada pela Escola Superior da Magistratura, em 2002. Pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos da UniRitter Pós-graduada pela Escola Superior da Magistratura, em 2002. . Graduada em Direito pela Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijuí em 2001. Pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos da UniRitter. Email: suelylo@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A atualidade nos mostra a realidade de uma sociedade preocupada em consumir e despreocupada com o meio ambiente, e isso também se dá em decorrência da ausência de informação.

A escolha do assunto leva em consideração que o meio ambiente acaba por ser o mais atingido com o consumo desenfreado dos dias de hoje, e o estudo aqui feito visa demonstrar que a melhor forma é consumir menos e melhor.

O presente estudo trata da questão ambiental e do consumo, desde o ponto de vista sociológico, abordando a sociedade de consumo. Serão discutidas as modificações sociais desde o século passado, evidenciando que a sociedade deixou de ser representada pelo poder daqueles que possuíam apenas dinheiro, como era no século XIX, para aquela na qual o que importa é possuir bens, cada vez em maior quantidade e diversidade, pois é o que demonstra sucesso econômico. Ou seja, sucesso econômico e social relacionado à quantidade e qualidade de bens; quanto mais e melhor for o bem, mais bem sucedido é o integrante da sociedade.

O acesso à informação ao consumidor, tratada como direito fundamental, com ênfase na informação ambiental e sua interpretação no ordenamento jurídico pátrio, é analisado neste trabalho, e de que formas a informação pode auxiliar na efetivação dos princípios estabelecidos constitucionalmente, almejando um meio ambiente equilibrado para o futuro, ancorado na ideia do consumo sustentável

2 MEIO AMBIENTE E CONSUMO

Lipovetsky⁴ relata que, em torno de 1950, a sociedade ocidental viu desabrochar uma nova fase da sociedade de consumo de massa ou o seu real

⁴ LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal**: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. Trad: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.34.

fortalecimento. Como consequência disso, o ato de consumir se espalhou pelas diferentes camadas da sociedade, e produtos que antes eram considerados valiosos (como automóvel, televisão, eletrodomésticos, entre outros) passaram a compor o patrimônio de cada vez mais pessoas, permitindo que muitos pudessem libertar-se da urgência da necessidade estrita, e, conforme relata o autor, “consumando o milagre do consumo”.

Mudanças foram ocorrendo com o passar do tempo, principalmente quanto ao aumento avassalador do consumo em todo o mundo, e, como consequência disso, a questão do meio ambiente relacionada com o mesmo, tendo em vista a produção, descarte e aumento dos resíduos sólidos em função disso tudo.

Em vista disso, pode-se perceber que as mudanças comportamentais em relação ao consumo muito têm relação com questões culturais, e tudo indica que cada vez mais essas questões precisam ser vista sob o ponto de vista da sustentabilidade e continuidade da humanidade. Segundo Ana Tereza Caceres⁵, são três os fatores que mais refletem neste comportamento:

- 1) a exaustão e deterioração dos recursos naturais utilizados como insumos nos processos de produção capitalista apresenta-se iminente, percebendo-se uma incipiente preocupação mundial com o problema;
- 2) as desigualdades de oportunidades de acesso ao consumo racional e ao uso de serviços e bens somente contribuem para a reprodução das múltiplas injustiças entre os países desenvolvidos e os países do Terceiro Mundo;
- 3) o consumo desmedido, instintivo por parte dos economicamente habilitados, e a imitação que os restantes setores sociais fazem para obter mercadorias além de suas reais possibilidades são determinantes diretos dos acúmulos de resíduos urbanos, sem que se tenha uma destinação adequada para eles.

“A nossa volta, existe hoje uma espécie de evidência fantástica do consumo e da abundância, criada pela multiplicação dos objectos, dos serviços, dos bens materiais, originando como que uma categoria de mutação fundamental na ecologia da espécie humana”.⁶

⁵ CORTEZ, Ana Tereza Caceres; Ortigoza, Silvia Aparecida Guarnieri (Org.). A produção de descartáveis na sociedade de consumo atual, **Consumo Sustentável: conflitos entre necessidade e desperdício**. São Paulo: Editora UNESP, 2007, p.96.

⁶ BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. Trad. Artur Morão. Portugal: Edições 70, p.13.

Assim, quanto mais se consome, mais se coloca o meio ambiente em risco. Explico, aumentando o consumo, aumenta-se principalmente o descarte dos produtos substituídos, isso porque quando um produto é repostado, aquele antigo deixa de ser útil, e passa a ser objeto inútil. Ainda, a preocupação com o meio ambiente ultrapassa o descarte dos produtos, mas envolve todas as etapas de produção de bens e serviços.

Tal questão vem se tornando cada vez mais preocupante, tanto em países desenvolvidos, quanto naqueles menos desenvolvidos e que ainda não atribuem ao consumo os riscos ao meio ambiente e onde a preocupação com o descarte de produtos ainda não se tornou alvo de cuidados, nem mesmo a preocupação em se preservar recursos naturais esgotáveis para as gerações futuras.

Os objectos não constituem nem uma flora nem uma fauna. No entanto, sugerem a impressão de vegetação proliferante e de selva em que o novo homem selvagem dos tempos modernos tem dificuldade em reencontrar os reflexos da civilização. A fauna e a flora que o homem produziu, que o assediam e atacam como nos maus romances de ficção científica, importa descrevê-las tais como as contemplamos e vivemos – sem olvidar jamais que elas, no fausto ou na profusão correspondentes, constituem o produto de uma actividade humana, sendo dominadas, não por leis ecológicas naturais mas pelo valor da troca.⁷

Nesse diapasão, a relação entre meio ambiente e consumo deve sim se tornar algo presente na realidade social, em especial aqui os consumidores, detentores do poder de escolha em prol da sustentabilidade.

Isso porque o próprio desenvolvimento econômico resultou na degradação do meio ambiente e na baixa da qualidade de vida do homem e, assim, a preocupação pelo meio ambiente tomou proporção mundial.⁸

Todos os tipos de Coisas se enfileiram em prateleiras reais ou virtuais, prontas para serem adquiridas. E, por todos os lados, armados com cartões de crédito e talões de cheque, consumidores buscam lojas físicas e portais de compras on-

⁷ BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. Trad. Artur Morão. Portugal: Edições 70, p. 14.

⁸ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A Proteção Constitucional do Consumidor**. 2. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Atlas, 2010, p.201.

line na ânsia de satisfazer seus desejos o mais imediatamente possível.⁹

Nota-se que o consumo cresce, assim como cresce a população mundial, e o ato de consumir, além de gerar resíduos, utiliza recursos naturais esgotáveis.¹⁰

3 SOCIEDADE DE CONSUMO

Serão apresentadas nesta seção a sociedade de consumo e suas consequências.

Conforme mencionado anteriormente, vivemos uma sociedade de consumo onde o que norteia o comportamento das pessoas não é mais a aquisição do dinheiro em si, e sim o poder de adquirir bens. Isso se tornou um comportamento compulsivo, ou seja, compulsão pelo consumismo, utilizando-se de recursos naturais e comprometendo a vida das gerações futuras.

Segundo conceitua Giacomini Filho¹¹:

Consumismo: caracteriza-se pela aquisição de bens sem racionalizar a relação custo-benefício, a adequação entre o estilo de vida e a renda, o impacto nos valores familiares e sociais. São comuns casos de pessoas de baixa renda que dispõe de aparelho de DVD e telefone celular sem nunca ter ido a um dentista ou sem ter ainda processo de filtragem da água que ingerem. Ou, então, que têm obsessão por modismos e descartam produtos de pelo uso para adotar novas tecnologias ou imitar grupos de referência.

O consumo (expressão mais antiga) advém do comércio e da economia, com a apropriação de bens para satisfação de necessidades e anseios pessoais. Já o consumismo, conforme denota Giacomini Filho¹², é mais um consumo extravagante e espúrio de bens, que pode ser classificado como impulsivo, exagerado e não planejado.

⁹ LEONARD, Annie. **A História das Coisas**: da natureza ao lixo, o que acontece com as coisas que consumimos. Tradução Heloisa Mourão. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p.158.

¹⁰ CORTEZ, Ana Tereza Caceres; Ortigoza, Silvia Aparecida Guarnieri (Org.). A produção de descartáveis na sociedade de consumo atual, **Consumo Sustentável**: conflitos entre necessidade e desperdício. São Paulo: Editora UNESP, 2007, p.19.

¹¹ GIACOMINI, Gino Filho. **Consumidor versus propaganda**. São Paulo: Summus Editorial, 1991, p.72.

¹² GIACOMINI, Gino Filho. **Consumidor versus propaganda**. São Paulo: Summus Editorial, 1991, p.18.

A modernidade ocidental transformou a natureza num simples cenário no centro do qual reina o homem, e se auto-determina dono e senhor. O que é certo é que, a partir do século XVII, o projeto moderno pretendeu construir uma supranatureza, à medida da nossa vontade e do nosso desejo de poder e de consumo. O homem passou a produzir bens numa escala muito mais superior do que o necessário para satisfazer o seu ciclo vital, sem perceber que para alcançar o seu objetivo era preciso transformar constantemente a natureza. E como consequência destes atos começou-se a viver no reinado do artifício, da máquina e da automatização.¹³

Uma das consequências deste modelo é a venda de produtos cujos projetos não foram sequer fruto de estudos suficientes, o que pode os tornar perigosos.¹⁴

O homem, como consumidor, tem o desejo de ter e do prazer, consumindo de forma voraz os recursos naturais, e os fornecedores, por sua vez, acabam por tirar proveito das aspirações do próprio consumidor. Esse conflito entre fornecedores e consumidores em relação ao meio ambiente não pode mais prevalecer. Hoje, a Constituição brasileira ampara os consumidores e o meio ambiente, fornecendo-lhes os meios necessários à sua proteção. Cabe também ao Poder Público zelar para que o comando constitucional tenha eficácia com a implementação de políticas públicas voltadas aos consumidores e à ecologia equilibrada.¹⁵

O consumo é influenciado pela indústria, através da publicidade, para que cresça no sentido de dar conta de receber a produção¹⁶. Completando, dessa forma, a cadeia produtiva, em um contínuo círculo vicioso, podemos assim dizer.

Podemos argumentar que a necessidade de ter, de consumir e de com isso se diferenciar dos que nos cercam, é uma necessidade humana básica. Mas, será que isso é natural, ou essa é uma necessidade das mídias? Respondo: não é natural, pois é o sistema midiático que age no sentido de reforçar este comportamento através da atribuição de valor a produtos e marcas específicas, gerando a necessidade de consumo destas.¹⁷

¹³ BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. O Consumo de Massa e a Ética Ambientalista. **Revista de direito ambiental**.. São Paulo, n.43, ano11, .2006, p.201.

¹⁴ PAPANÉK, Victor. **Design for the real world: human ecology and social change**. Second edition completely revised with 121 illustrations. Londres:Thames& Hudson, 2006.

¹⁵ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A Proteção Constitucional do Consumidor. 2. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Atlas, 2010, p.204.

¹⁶ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6ªed. Revisado e atualizado com Philip W. Sutton. Porto Alegre: Penso, 2012. p.144-146.

¹⁷ STEFFEN, César. Cultura de massa e consume: onde meios, mensagens e pessoas se cruzam. **Sociologia: trabalho – ciência – cultura – diversidade**. Org. Mauro Meirelles. Porto Alegre: Cirkula, 2013, p.312.

Ainda, a atualidade traz muitos desafios, os fenômenos em massa envolvem os consumidores (que são todos os cidadãos, que consomem em relação à sociedade), um deles é a falta de tempo que aqueles que irão consumir dispõem para que possam se defender, isso porque não é somente a produção em massa, e sim a distribuição, mídia e comunicação (inserindo-se a informação) que passam a serem oferecidas também em massa, e como consequência, acabam por deixar de lado direitos e deveres dos cidadãos.¹⁸

[...] a cultura de massa torna vulgar a arte, a música, a literatura e outras formas de manifestação cultural, mas dá acesso a estas artes para um grande número de pessoas num formato interessante para essa indústria cultural. A produção cultural não se democratizou, não se tornou popular, apenas acessível conforme os interesses da indústria cultural. Com isso a cultura de massa impôs padrões, modelos, ideais estéticos, de beleza, de *status*, criou e agregou valor a marcas e produtos, atribuindo-lhes status, glamour ou valores que permitem às pessoas com eles se identificar, e naturalmente, é normal que, estes, também, os desejem consumir.¹⁹

3.1 A evolução da sociedade de consumo

A denominação “sociedade de consumo” nasceu por volta dos anos 1920 e se tornou popular entre 1950 e 1960. Essa ideia de “sociedade de consumo” é uma das figuras mais significativas da sociedade contemporânea²⁰.

Caracteriza-se pelo consumo basicamente materialista, em que o domínio do dinheiro é tido como propulsor da vida. Ou seja, a vida das pessoas gira em torno da riqueza e do poder do dinheiro, transformado em bens de consumo, freneticamente adquiridos, como símbolo do poder social.

Conforme ensina LIPOVETSKY²¹:

A dinâmica de expansão das necessidades se prolonga, mas carregada de novos significados coletivos e individuais, ou

¹⁸ KERN, Christoph, A. A proteção do consumidor pelos tribunais: desafios dos fenômenos de massa. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 21, vol 83, jul-set/2012, 2012, p.224.

¹⁹ STEFFEN, César. Cultura de massa e consumo: onde meios, mensagens e pessoas se cruzam. **Sociologia: trabalho – ciência – cultura – diversidade**. Org. Mauro Meirelles. Porto Alegre: Cirkula, 2013, p.311.

²⁰ LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal**: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.23.

²¹ LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal**: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.24.

seja, haveria agora um tipo de “hipermaterialismo.” Os homens continuam procurando pelo consumo, só que agora de forma direcionada a parâmetros mais íntimos.

O mesmo autor ainda afirma:

As palavras-chave nas organizações industriais passam a ser: especialização, padronização, repetitividade, elevação dos volumes de produção. Trata-se, graças à automatização e às linhas de montagem, de fabricar produtos padronizados em enorme quantidade.²²

Nessa época, por volta de 1960, surgiu a expressão “fábrica de vender”, que envolvia a produção e distribuição em longa escala. Criou-se, então, a produção e o consumo de massa, e, por conseguinte, a consequente distribuição em massa, apresentando uma realidade que, ao mesmo tempo em que muitos produtos são ofertados pelo mercado, outros muitos saem de uso.²³

O capitalismo do século XIX era baseado na produção, e tinha como principal meta a de expandir e aumentar seu próprio aparato industrial. Sua principal função era produzir bens para suprir as necessidades básicas dos seus consumidores. Aqui a prioridade era da produção sobre o consumo, o que, com o decorrer do tempo, foi se modificando para a produção e consumo de produtos não duráveis, passou-se, então, para a fase da produção para o consumo.²⁴

Para que essa transformação ocorresse, foi necessário que mecanismos de estímulo aos consumidores fossem utilizados, mediante estratégias que gerassem um novo sistema de necessidades e desejo de consumir para além do que era considerado imprescindível para o consumo e a sobrevivência.²⁵

Já para Paulo Valério Dal Pai Moraes²⁶, foi após a ocorrência da Revolução Industrial, que além das lesões aos direitos dos trabalhadores, foram constatadas as agressões ao meio ambiente e aos consumidores, submetidos a produtos sem o menor controle de qualidade.

²² LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal**: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.33.

²³ LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal**: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.34.

²⁴ SEVERIANO, Maria de Fátima V. **Narcisismo e Publicidade**: uma análise psicossocial dos ideais de consumo na contemporaneidade. 2ª. ed. São Paulo: Annablume, 2007, p.68.

²⁵ SEVERIANO, Maria de Fátima V. **Narcisismo e Publicidade**: uma análise psicossocial dos ideais de consumo na contemporaneidade. 2ª. ed. São Paulo: Annablume, 2007, p.70.

²⁶ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Macrorrelação Ambiental de Consumo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p 41.

O referido autor diz mais:

A globalização, que pode ter como embrião o mercantilismo, que era grande desde a época dos descobrimentos, é ampliada porque no final do século XIX apareceram as técnicas de publicidade, que deram vazão à grande produção gerada pela revolução industrial. A publicidade derrubou as fronteiras e expandiu a informação pelo planeta.²⁷

Bauman²⁸ denomina de “liquidez”, como antônimo de solidez, que é o caso da sociedade globalizada, onde nada é permanente, tudo se resume ao rápido e fugaz, e faz menção à chamada obsolescência programada, que, rapidamente falando, é a forma em que os produtos colocados no mercado logo se tornam obsoletos, ultrapassados, tudo isso previamente programado pelo fornecedor.

Conforme ensina o referido autor²⁹, o consumo pode ser considerado como algo banal, trivial, comum. É conduta praticada todos os dias, podendo ser realizado de maneira festiva, ou simplesmente como fato que faz parte da nossa rotina, compartilhada com os outros indivíduos. Ele chega a dizer que é: “um elemento inseparável da sobrevivência.”

Bauman segue explicando que o problema não estaria no consumo em si, mas a partir do momento em que esse consumo deixou de ser algo banal e passou a ser considerado algo primordial, é o que ele classifica de consumismo. Ou seja, o consumismo se difere do consumo, por ser este um atributo social de manipulação e que chegou a se tornar uma espécie de razão central da existência humana, enquanto o outro (consumo) é puramente característica/condição do indivíduo como ser humano, chegando a ser um elemento biológico de sobrevivência, compartilhado entre seus semelhantes. Com isso, o autor classifica o consumismo como um “atributo da sociedade”, que adquire uma capacidade individual de desejo/almejo, onde se manipulam vontades e possibilidades de escolhas.³⁰

²⁷ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Macrorrelação Ambiental de Consumo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.41.

²⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.37-38.

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.37-38.

³⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.41.

A proteção do consumidor está amplamente relacionada com o surgimento da sociedade de consumo. Se antes a economia clássica preconizava a soberania do consumidor dizendo que este atuava segundo os mecanismos impessoais do mercado, instaurando-se o regime do consumidor rei, agora há o reconhecimento de que o consumidor é vulnerável e está à mercê dos grandes grupos econômicos.³¹

Bauman refere que nossa sociedade mudou demais relação às sociedades passadas, que:

As diferenças são tão profundas e multiformes que justifiquem plenamente falar da nossa sociedade como sendo de um tipo distinto e separado – uma sociedade de consumo. O consumidor em uma sociedade de consumo é uma criatura acentuadamente diferente dos consumidores de quaisquer outras sociedades até aqui. Se os nossos ancestrais filósofos, poetas e pregadores morais refletiram se o homem trabalha para viver ou vive para trabalhar, o dilema sobre o qual mais se cogita hoje em dia é se necessário consumir para viver ou se o homem vive para poder consumir. Isto é, se ainda somos capazes e sentimos a necessidade de distinguir aquele que vive daquele que consome.³²

Segundo ele, é preciso que os consumidores estejam em movimento, e o que os move, na verdade, é o experimento de sensações novas e não de bens em si. E diz que para isso, devem se manter alertas, acordados, prontos para realizar novas compras, saciar novos desejos, e são assim mantidos porque cada vez mais expostos a novas situações.³³

Consumir da maior *status* social confere lugares superiores na hierarquia social, classifica os indivíduos conforme a qualidade e quantidade dos objetos adquiridos, reafirma personalidades fracas ou patológicas, concede privilégios, insere as pessoas dentro de categorias sociais que são importantes dentro da comunidade em que convivem, permite o acesso a instâncias superiores de poder, seja econômico, político, cultural ou de outra natureza, além de tantos outros itens subjetiva e erroneamente considerados atualmente positivos, aos quais todo o mundo procura se enquadrar para que não seja rejeitado ou parecer estranho ao grupo que pertence.³⁴

³¹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.37-38.

³² BAUMAN, Zygmunt. **Globalização** as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Jorge Zahar Editora. Rio de Janeiro:1999, p.88.

³³ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p.91.

³⁴ CORTEZ, Ana Tereza Caceres. A produção de descartáveis na sociedade de consumo atual, **Consumo Sustentável**: conflitos entre necessidade e desperdício. São Paulo: Editora UNESP, 2007, p.97.

“Quando nossa capacidade de ‘querer’, ‘desejar’, ‘ansiar por’ e particularmente de experimentar tais emoções repetidas vezes de fato passou a sustentar a economia do convívio humano.”³⁵

A sociedade moderna é constantemente incentivada pela mídia e pelo próprio modo de vida urbano a um consumo desenfreado, com a aquisição de artigos muitas vezes supérfluos e descartáveis. Essa sociedade é denominada por Lefêbvre (1991) como “sociedade burocrática do consumo dirigido”, e sua crítica revela como o processo de consumo vem sendo intensificado nos dias atuais. O *status* da pessoa é medido pelo que ela consome e não pelo que possa ser necessário e útil a sua vida. Em todo o mundo, são jogadas fora, a cada dia, bilhões de embalagens e toneladas de restos alimentares, que se tornaram um problema ambiental muito sério; à medida que as cidades crescem, torna-se mais difícil encontrar espaços para a disposição desses materiais. Felizmente, já se esboçam movimentos, questionando radicalmente nossos valores atuais.³⁶

Bauman³⁷ faz um contraponto entre sociedade de produtores (e suas fases) e sociedade de consumidores, desde o momento em que o consumo exacerbado tinha relação com a exibição pública, isso no começo do século XX, até quando começou a trazer em si o prazer imediato obtido pelos bens que se pode adquirir. O autor chega a afirmar que a sociedade de produtores visava à segurança e durabilidade dos bens, diferentemente do que ocorre nos dias de hoje. Melhor dizendo, é que na sociedade de produtores, as pessoas buscavam adquirir bens que possuíam maior durabilidade. Por isso, a procura por ouro, outros metais e pedras preciosas era intensa, tendo em vista que não se deteriorizam com o passar do tempo.

Tal característica não pode ser atribuída à sociedade de consumidores, com vontade sempre crescente de adquirir cada vez mais, pouco importando a durabilidade dos objetos adquiridos, aqui o consumo significa basicamente a imediatidade do uso e o certo descarte do produto, em seguida. A busca por

³⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.39.

³⁶ CORTEZ, Ana Tereza Caceres; Ortigoza, Silvia Aparecida Guarnieri (Org.). A produção de descartáveis na sociedade de consumo atual, **Consumo Sustentável**: conflitos entre necessidade e desperdício. São Paulo: Editora UNESP, 2007, p.11.

³⁷ BAUMAN. **Vida para o Consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.43.

mercadorias faz uma relação direta com o desejo de satisfação, nos dias de hoje.

A instabilidade dos desejos e a insaciabilidade das necessidades, assim como a resultante tendência ao consumo instantâneo e à remoção, também instantânea, de seus objetos, harmonizam-se bem com a nova liquidez do ambiente em que as atividades existenciais foram inscritas e tendem a ser conduzidas no futuro previsível. Um ambiente líquido-moderno é inóspito ao planejamento, investimento e armazenamento de longo prazo. De fato, ele tira do adiantamento da satisfação seu antigo sentido de prudência, circunspeção e, acima de tudo, razoabilidade. A maioria dos bens valiosos perde seu brilho e sua atração com rapidez, e se houver atraso eles podem se tornam adequados apenas para o depósito de lixo, antes mesmo de terem sido desfrutados. E quando graus de mobilidade e a capacidade de obter uma chance fugaz na corrida se tornam fatores importantes no que se refere à posição e ao respeito, bens volumosos mais parecem um lastro irritante do que uma carga preciosa.³⁸

Galbraith³⁹, em seu livro intitulado de *A Sociedade Afluente*, explica que a produção acompanha tendências que atribuem um valor social muito forte ao consumo. Para ele, denominar “sociedade de consumo” é o mesmo que dizer que os desejos passaram a ser muito mais rápidos e ansiosos, onde o consumo seria um fim em si mesmo. E diz mais, que a propaganda e o que ele chama de “arte de vender” nada mais é do que um propulsor de desejos e vontade materiais, o que acaba por não diminuir oferta de bens e serviços. O que parece que ele quer dizer com isso é que a cadeia gira em si mesma, a publicidade estimula o desejo, que estimula a produção, que por sua vez, estimula a oferta de produtos, e assim sucessivamente.

Vários são os fatores que influenciam os consumidores a agir de forma mais compulsiva que antigamente, além de fatores econômicos, fatores psicossociais também devem ser considerados. Além disso, a globalização exerce influência no comportamento da sociedade de consumo, e outros

³⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.45.

³⁹ GALBRAITH, Jonh Kenneth. **A Sociedade Afluente**. Trad. Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Pioneira Editora, 1987, XVI.

fatores como cultura, valores pessoais, tecnologia e grupos de convívio podem ser considerados como estimulantes do consumismo.⁴⁰

4 DIREITO À INFORMAÇÃO

O consumo está intimamente ligado à informação, isso porque é ela que impulsiona a forma e o que será consumido. Os cidadãos atuais são fortemente influenciados pelo estímulo que chega até eles.

Brevemente, urge mencionar que informação é diferente de publicidade. Mas a publicidade é o veículo capaz de fazer com que se informe o consumidor. O problema é que nem sempre a informação chega da forma correta ao destinatário, e pode ser influenciado de um jeito que não favoreça uma escolha ambiental consciente.

Cláudia Lima Marques⁴¹ coloca a transparência como dever de informar sobre o bem, e classifica: transparência é veracidade, respeito e maior clareza.

Considera-se veraz a informação correspondente às reais características do produto e do serviço, além dos dados corretos acerca de composição, conteúdo, preço, prazos, garantias e riscos. A publicidade não verdadeira, ou parcialmente verdadeira, é considerada enganosa e o direito do consumidor destina especial atenção a suas consequências.⁴²

O art. 6º, III do CDC estabelece a informação como direito básico do consumidor, sendo aquela prestada de forma adequada e precisa, considerando diversos fatores, como quantidade, preço e riscos que o produto oferece. Além disso, o art. 31 do mesmo diploma legal, estabelece que a oferta e apresentação dos produtos devem ser realizadas de forma correta, clara,

⁴⁰ GIACOMINI, Gino Filho. **Consumidor versus propaganda**. São Paulo: Summus Editorial, 1991, p.71.

⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5ª.ed. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 771.

⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Informação como Direito Fundamental do Consumidor. **Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil**, Direito Fundamental à Informação, volume VIII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.108.

precisa, e deve, inclusive, dimensionar os riscos à saúde e segurança daqueles que os adquirem.⁴³

“A adequação da informação envolve, assim, a correta e veraz comunicação dos riscos implícitos no negócio que condicionam, ou condicionariam na hipótese de sua consciência, a escolha de consumir.”⁴⁴

Nesse sentido, os requisitos da informação, conforme estabelece Lôbo⁴⁵ – adequação, suficiência e veracidade – devem estar interligados no momento que se presta a informação.

Assim, adequação é a forma como os meios de informação estão em relação com o conteúdo do bem ou serviço, ou seja, os meios devem ser compatíveis com o produto, sendo o anúncio claro e preciso, visando conhecimento e compreensão do público alvo.

Já quando se fala em suficiência, tem relação com a forma como a informação deva ser prestada – clara e completa – e, assim, sem qualquer omissão ou lacuna.

A veracidade, já mencionada anteriormente, é o mais importante dos requisitos da informação, tendo a ver com as reais características que o produto apresenta, lembrando que a publicidade que não condiz com a verdade do produto, é considerada enganosa.⁴⁶

De todo apanhado até aqui, a informação deve ser tomada como algo fundamental, considerando o poder de persuasão que exerce sobre a sociedade de consumo, e porque influencia na capacidade de escolha dos indivíduos. Muitas vezes ela age sob o poder de decisão das pessoas, sua

⁴³ MACEDO, Ronaldo Porto Junior. Direito à informação nos contratos relacionais de consumo. **Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil**, volVIII, Direito à Informação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.326.

⁴⁴ MACEDO, Ronaldo Porto Junior. Direito à informação nos contratos relacionais de consumo. **Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil**, volVIII, Direito à Informação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.328.

⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Informação como Direito Fundamental do Consumidor. **Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil**, Direito Fundamental à Informação, volume VIII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.105.

⁴⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Informação como Direito Fundamental do Consumidor. **Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil**, Direito Fundamental à Informação, volume VIII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.108.

compreensão daquilo que é real, livre de vícios ou visões perturbadas, e ela é importante para romper a desigualdade entre produtor e consumidor.⁴⁷

Como vimos, informar é comunicar, é compartilhar o que se sabe de boa-fé, é cooperar com o outro, é tornar “comum” o que era sabido apenas por um. Informar é dar “forma”, é exteriorizar o que estava interno, é compartilhar, é “*comunicare*”, é chegar ao outro, é aproximar-se.⁴⁸

Então, quando a sociedade passou da produção artesanal para a produção em massa, o fornecedor assumiu uma postura privilegiada em relação ao consumidor, ou seja, detentor de informações de conhecimentos técnicos utilizados na criação, produção e descarte, muito mais aprimorados que aquele que adquire o produto. Para que essa diferença possa ser amenizada, entra em cena a informação. Isso toma importância pelo poder que a informação tem de persuadir, influenciar na capacidade de discernimento no momento da escolha feita pelo consumidor.⁴⁹

Por conseguinte, é na sociedade atual que a informação pode ser considerada um forte instrumento de influência do consumidor, é ela que acaba por formar o consentimento deste cidadão, que vai participar do mercado de consumo ativamente. É através da publicidade que os produtos (desde sua produção, até o consumidor final), são colocados a nossa disposição, e podemos concluir que têm papel fundamental nesta nova etapa, chamada de massificação do consumo.⁵⁰

Nessa senda, toda informação prestada deve ser dotada de veracidade, considerando que toda informação falsa irá produzir prejuízos aos consumidores, podendo, além de tudo, atingir sua saúde e ao meio ambiente. Além disso, a informação precisa ser adequada, devendo ser a mais extensa e esclarecedora possível – obedecendo ao que estabelece o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, e o produto deve conter o máximo de informações

⁴⁷ LEITÃO, Manuela Prado. **Rotulagem Ecológica e o Direito do Consumidor à Informação**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p.53.

⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5ª.ed. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.772.

⁴⁹ LEITÃO, Manuela Prado. **Rotulagem Ecológica e o Direito do Consumidor à Informação**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p.51.

⁵⁰ BENJAMIN, Antonio Herman V. O controle jurídico da Publicidade. **Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor**, Proteção da Confiança e Práticas Comerciais, volume III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.60.

possíveis, sem deixar de incluir detalhes. Outro fator importante é a linguagem em que tal informação é oferecida, devendo ser acessível àquele que irá, por ventura, adquirir o produto.⁵¹

Pode-se perceber que o uso e manipulação de informações (vícios e deturpação da realidade, a fim de que convença erroneamente o cidadão), passaram a ser usados como estratégias de mercado, chegando-se ao ponto de considerá-la totalmente mercadorizada, como sendo uma moeda do mercado.⁵²

[...] estudos têm revelado que o direito de acesso à informação socioambiental no Brasil ainda é uma barreira. Na verdade, trata-se de uma espécie de desinformação, nociva à sociedade e contrária aos princípios do desenvolvimento sustentável, pois dissimula o direito à informação verdadeira e admite que interesses particulares e principalmente econômicos se sobreponham a interesses públicos.⁵³

Por isso que restrições quanto ao direito de informação precisam ser delimitadas, seria basicamente a forma de assegurar ao consumidor seu poder de reflexão e escolha, de formar uma opinião ambientalmente consciente em relação a um produto, e optar por sua compra ou não.⁵⁴

5 CONCLUSÃO

O trabalho demonstra que a evolução e modificação da sociedade de consumo, que deixou de consumir para viver e passou a viver para o consumo acabou trazendo consequências irreparáveis, tanto no campo dos direitos, como a informação que é apresentada ao consumidor, passando esta a ser

⁵¹ HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informação. **Direito e Justiça**, Porto Alegre, v.38, n.2, jul/dez 2012, p.170.

⁵² BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. Direito à Informação Socioambiental e Desenvolvimento Sustentável. **Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil**, Direito Fundamental à Informação, volVIII, Direito à Informação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.78.

⁵³ BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. Direito à Informação Socioambiental e Desenvolvimento Sustentável. **Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil**, Direito Fundamental à Informação, volVIII, Direito à Informação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.91.

⁵⁴ LEITÃO, Manuela Prado. **Rotulagem Ecológica e o Direito do Consumidor à Informação**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2012, p.51.

cada vez mais tendenciosa e visando o lucro, quanto à utilização de recursos naturais esgotáveis e descarte dos resíduos sólidos.

A pesquisa envolveu a análise da sociedade de consumo – desde o ponto de vista sociológico – demonstrando que a sociedade se transformou de uma sociedade de produtores em uma sociedade de consumidores. O que antes se buscava era a aquisição de bens duráveis e que não seriam descartados em seguida, passando para uma forma de sociedade em que o que importa é a quantidade e não a qualidade daquilo que se compra.

Consumir é preciso, é condição inerente ao ser humano suprir suas necessidades, mas aquilo que antigamente era necessidade passou a ser muito mais um anseio em adquirir cada vez mais, para demonstrar um poder utópico e acarretar riscos irreversíveis ao meio em que vivemos.

Abordada a questão do consumo, percebe-se que a informação, direito fundamental de todos os cidadãos – estabelecido na condição de cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988, assume papel importante diante da questão ambiental.

Isso tudo porque é através da informação que chega ao consumidor que ele poderá se sentir apto a fazer a escolha que mais lhe convir. Ou seja, é com a informação que o cidadão – individual ou coletividade – vai criar um juízo de discernimento capaz de fazê-lo optar por um produto, em detrimento de seu similar.

Os produtos colocados no mercado de consumo, por diversas vezes, acabam confundindo o consumidor que, por não ser *expert* no assunto, opta por aquele que irá trazer prejuízos ambientais futuros.

Dai a importância da informação. Muito se fala em conscientização, educação, tudo, claro, muito pertinente. Mas o meio para se possa concretizar tal linha de pensamento, deve ser feito através da informação, assim como previu o legislador pátrio.

Assim, se conclui que a evolução sociológica da sociedade de consumo acarretou sérias preocupações ao mundo atual, isso porque quanto mais se consome, mais se coloca o meio ambiente em risco. Tal questão vem se tornando cada vez mais preocupante, tanto em países desenvolvidos,

quanto naqueles menos desenvolvidos e que ainda não atribuem ao consumo os riscos ao meio ambiente e onde a preocupação com o descarte de produtos ainda não se tornou alvo de cuidados, nem mesmo a preocupação em se preservar recursos naturais esgotáveis para as gerações futuras.

REFERÊNCIAS

BARROS, L. V. Direito à informação socioambiental e desenvolvimento sustentável, **Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil**, vol III, Direito à Informação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.75-94.

BAUDRILLARD, J. **A Sociedade de Consumo**. Trad. Artur Morão. Portugal: Edições 70, 268p.

BAUMAN, Z. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, 199p.

_____. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, 195p.

BASTOS, L.; FERREIRA, E. A. O Consumo de Massa e a Ética Ambientalista. **Revista de direito ambiental**.. São Paulo, n.43, ano11,,2006.

BENJAMIN, A. H. V. O controle jurídico da Publicidade. **Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor**, Proteção da Confiança e Práticas Comerciais, volume III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.57-105.

CORTEZ, A. T. C.; ORTIGOZA, S. A. G. (Org.). A produção de descartáveis na sociedade de consumo atual, **Consumo Sustentável**: conflitos entre necessidade e desperdício. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

GALBRAITH, J. K. **A Sociedade Afluente**. Trad. Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Pioneira Editora, 1987, XVI.

GIACOMINI, G. F. **Consumidor versus propaganda**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Summus, 2008.

GIDDENS, A. **Sociologia**. 6ªed. Revisado e atualizado com Philip W. Sutton. Porto Alegre: Penso, 2012. p.144-146.

HARTMANN, I. A. M. O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informação. **Direito e Justiça**, Porto Alegre, v.38, n.2, jul/dez 2012.

KERN, C. A. A proteção do consumidor pelos tribunais: desafios dos fenômenos de massa. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 21, vol. 83, jul-set/2012. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2012, p.223-237.

LEITÃO, M. P. **Rotulagem Ecológica e o Direito do Consumidor à Informação**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

LEONARD, A. **A História das Coisas**: da natureza ao lixo, o que acontece com as coisas que consumimos. Tradução Heloisa Mourão. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

LIPOVETSKY, G. **A Felicidade Paradoxal**: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. Trad: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LÔBO, P. L. N. A Informação como Direito Fundamental do Consumidor. **Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor**, Direito Fundamental à Informação, volume VIII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.95-114.

MACEDO, R. P. J. Direito à informação nos contratos relacionais de consumo. **Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil**, vol III, Direito à Informação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.319-330.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5^a.ed. atual. eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2005.

MORAES, P. V. D. P. **Macrorrelação Ambiental de Consumo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

NISHIYAMA, A. M. **A Proteção Constitucional do Consumidor**. 2. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Atlas, 2010.

PAPANEK, V. **Design for the real world**: human ecology and social change. Second edition completely revised with 121 illustrations. Londres:Thames& Hudson, 2006.

SEVERIANO, M. de F. V. **Narcisismo e Publicidade**: uma análise psicossocial dos ideais de consumo na contemporaneidade. 2^a. ed. São Paulo: Annablume, 2007, 378p.

STEFFEN, C. Cultura de massa e consumo: onde meios, mensagens e pessoas se cruzam. **Sociologia: trabalho – ciência – cultura – diversidade**. Org. Mauro Meirelles. Porto Alegre: Cirkula, 2013, p.303-315.

**O CONTROLE SOCIAL NÃO INSTITUCIONALIZADO DOS ATOS
CORRUPTIVOS: AS MANIFESTAÇÕES SOCIAIS COMO INSTRUMENTOS
DE COMBATE À CORRUPÇÃO POLÍTICA NA DEMOCRACIA
CONTEMPORÂNEA**

Evinis da Silveira Talon

RESUMO: Na sociedade atual, a violação dos ideais democráticos, especialmente por uma representação meramente por interesses pessoais, tornou necessário o debate sobre os novos rumos da democracia frente ao fenômeno da corrupção política. Nesse contexto, as manifestações populares elevaram-se a um papel de destaque, mormente porque não contêm uma pauta organizada, mas apenas a demonstração ampla dos anseios sociais. O mundo observou com perplexidade a Primavera Árabe, iniciada em dezembro de 2010, no Oriente Médio e Norte da África, assim como as manifestações populares ocorridas no Brasil em junho de 2013, quando as atenções mundiais estavam voltadas para o nosso país em razão do torneio de futebol denominado Copa das Confederações e ficou evidente a insatisfação do povo com os gastos públicos com este e outros eventos esportivos, especificamente a Copa do Mundo de futebol e as Olimpíadas de 2016. Contudo, apesar da relevância da Primavera Árabe, a insatisfação em regimes autoritários e ditatoriais não é uma novidade, eis que, habitualmente, possuem maior nível de corrupção. O que se analisa aqui, portanto, são as manifestações populares em regimes democráticos, que dependem do consenso para sua criação, continuidade e consolidação. Por meio de tais circunstâncias, o controle social da corrupção pode ser efetivado de forma segura e efetiva, inserindo-se fora das comuns espécies de controle institucionalizado e formal. As reivindicações coletivas se constituem como amplos espaços de discussão e inibição da corrupção política, que, se tolerada passivamente, encontrará ambiente fértil para se consolidar na estrutura do Estado e será mais dificilmente combatida, inclusive pelos meios tradicionais de controle.

PALAVRAS-CHAVE: Controle social; Corrupção política; Democracia.

1 INTRODUÇÃO

Apesar dos inúmeros órgãos e instrumentos legais de controle da corrupção, permanece inalterável a necessidade de novos mecanismos ou

reinvenção dos já existentes para que, conseqüentemente, possa ser combatida a corrupção, fenômeno que prejudica, por seu alto custo, a implementação de políticas públicas e asseguramento de direitos fundamentais basilares, mormente os de cunho social.

Há de se refletir ainda que os meios legais ou institucionalizados de controle da corrupção estão inseridos na própria estrutura burocrática do Estado, sendo criados e mantidos por aqueles que, na maioria das vezes, estão sujeitos à imputação pela prática de atos corruptivos.

Destarte, o desiderato consiste em analisar as manifestações populares no cenário democrático, como instrumentos informais e não institucionalizados de controle social da corrupção.

Inicialmente, abordar-se-á a relação entre o enfraquecimento da democracia representativa e o ambiente fértil que se torna o Estado para a corrupção.

Em seguida, serão indagadas especificamente as perspectivas em que a insatisfação popular com a corrupção e com a representação de interesses particulares se manifesta e como a democracia reage habitualmente.

Por fim, definir-se-á o controle social exercido pelas manifestações populares e como tais meios democráticos informais podem contribuir para o combate à corrupção política em um plano que não se insere no próprio sistema daqueles que, hodiernamente, praticam os atos corruptivos.

Justifica-se a presente pesquisa em razão do debate atual sobre a disseminação da corrupção, o que está intimamente ligado ao tema das políticas públicas e dos direitos sociais. Ademais, o Constitucionalismo Contemporâneo gravita, ainda que não tão aparentemente, em torno do direito fundamental à boa Administração Pública, merecendo o tema da corrupção maior atenção teórica, sobretudo quanto ao seu controle.

O método de abordagem é hipotético-dedutivo, uma vez que se indaga por meio da razão e da formulação de hipótese sobre as manifestações populares como espaços democráticos informais de combate à corrupção política. O método de procedimento é monográfico e a pesquisa, essencialmente bibliográfica, é aplicada, com o desiderato de se obter aportes

teóricos para aplicação prática, em detrimento de uma pesquisa meramente pura, que objetiva o avanço da ciência sem aplicação prática imediata ou mediata. A abordagem do problema será por uma pesquisa qualitativa, afastando-se de uma abordagem quantitativa ou estatística.

2 A CORRUPÇÃO POLÍTICA NO CENÁRIO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO

As democracias contemporâneas estabeleceram-se primordialmente na forma representativa, havendo, em menor escala, instrumentos da democracia direta, como no Brasil. Seja qual for o modelo adotado, a fragilidade da democracia nos Estados resulta em ambiente fértil para a corrupção, sobretudo a política.

Por isso mesmo, não obstante a caudal legislação existente, a conclusão não se altera: os casos de corrupção desafiam todos os sistemas, ainda que se alastrem mais facilmente naqueles países em que é frágil o regime representativo e incipiente o estágio da democracia. A doutrina reforça esse entendimento apontando os exemplos de Fernando Collor de Mello, no Brasil; o de Saddam Hussein, no Iraque; o de Ferdinand Marcos, nas Filipinas; o de Baby Doc, no Haiti; o de Alberto Fujimori, no Peru; o de Joseph Estrada, nas Filipinas; o de Suharto Wahid, na Indonésia e, finalmente, o de Nicolae Ceausescu, na Romênia. (MAYER, 2009, p. 239).

Quando se fala no termo corrupção, é importante referir que “é substantivo feminino derivado do latim corruptio, com o sentido de deterioração, ato, processo ou efeito de corromper” (LEAL, 2013, p. 19). Trata-se, ademais, de fenômeno poliédrico, estudado pelas mais diversas áreas, entre as quais a filosofia, a sociologia, a política e a ciência jurídica.

Quanto à corrupção no plano político, especificamente das democracias representativas, salienta-se que tornou-se comum o entendimento de que os partidos políticos não possuem um direcionamento ou uma proposta uníssona internamente, o que contribui para a crítica à democracia representativa e para a ampliação da margem possível de corrupção entre os eleitos, que não possuem grandes exigências de seus partidos quanto ao cumprimento das propostas partidárias. Em razão disso, Bahia (2012, p. 108) aduz que:

nossos partidos políticos não 'tomam partido': não possuem, em geral, bases ideológicas claras que os possam diferenciar uns dos outros; adotam fórmulas genéricas (como 'saúde, educação, trabalho e renda'), sem que se possa discernir em que medida a proposta do partido X é melhor, pior, ou, pelo menos, 'diferente' da defendida pelo partido Y. O pluripartidarismo haurido com a Constituição de 1988 não tem significado que diferentes concepções de 'vida boa' estejam representadas no Parlamento. A diferença (e até antagonismo) de concepções permitiria 'escolhas sociais' que formariam maiorias e minorias no Parlamento, elemento fundamental para legitimar as decisões da maioria, ao mesmo tempo que são acompanhadas de perto pela crítica da minoria, na esperança de que, no jogo democrático cíclico, tenham chance de ser maioria em futuras eleições.

Segundo Telles Junior (2006, p. 75), os partidos políticos, com exceção de uma ou outra agremiação admirável, não desempenham a missão para a qual existem, razão pela qual, para o povo, muitos desses partidos nada mais são do que meras siglas.

A questão dos partidos no Brasil, que deveriam representar os anseios dos adeptos de sua ideologia, é um dos principais fatores da crise de representatividade, do enfraquecimento do Estado e da elevação da corrupção política, especialmente se comparada a situação brasileira àquela de outros países.

Dentro dessa crise de representatividade, observa-se que a representação política inerente à democracia deu lugar a uma representação de interesses, grande fomentadora da corrupção política. Como bem lembra Bobbio (2000, p. 37-38):

Uma confirmação da revanche (ousaria dizer definitiva) da representação dos interesses sobre a representação política é o tipo de relação que se vem instaurando na maior parte dos Estados democráticos europeus entre os grandes grupos de interesses contrapostos (representantes respectivamente dos industriais e dos operários) e o parlamento, uma relação que deu lugar a um novo tipo de sistema social que foi chamado, com ou sem razão, de neocorporativo.

Percebe-se, ademais, que essa priorização dos interesses pessoais é típica da corrupção política, uma vez que esta “está presente quando um agente político faz prevalecer seus interesses pessoais no campo político-funcional sobre os ideais republicano-democráticos a que se comprometeu servir” (FURLAN, 213, p. 79).

O tema é relevante, eis que, segundo já advertia Rousseau (2005, p. 43), “a vontade particular, por sua natureza, inclina-se às preferências, e a vontade geral tende para a igualdade.” Nesse cenário, haveria risco de consolidação da corrupção quando a vontade particular preponderasse sobre a geral nas decisões políticas, o que realmente está ocorrendo, prejudicando o estabelecimento da democracia, ainda que na sua forma representativa.

Tal característica é ainda mais fácil de ser constatada em sociedades complexas e de poucos vínculos entre as pessoas. Como leciona Ruzza (2010, p. 80), “nesses casos, de sociedades grandes e já afastadas da pureza original, a vontade geral pode ser silenciada, quando os vínculos sociais são enfraquecidos, mas nunca eliminada.”

Sobre a soberania popular, conceito de enorme relevância para a democracia contemporânea, Ruzza (2010, p. 80-81) preceitua que “o indivíduo que decide não mais consultá-la sabe que ela continua existindo, apenas acredita que os seus ganhos pessoais serão maiores do que as perdas sofridas pelo fato de não segui-la mais.” Nisto consiste o cerne e o fundamento da relação entre crise democrática e corrupção política.

A incessante busca pela satisfação pessoal e pela acumulação de benefícios próprios é emanada da corrupção, o que demonstra que a democracia representativa de um Estado frágil possibilita o estabelecimento da corrupção como um meio de se fazer política.

[...] a paixão pelo poder é intrinsecamente corruptora. Há, sem dúvida, a corrupção mais vulgar, daquele que compra a consciência alheia, ou vende a sua. Mas há também uma forma muito mais complexa e sutil, que frisa à loucura moral. O indivíduo escravo dessa paixão tende a se servir para alcançar seus fins, de todos os sentimentos altruístas que encontra disponíveis diante de si: o amor, a compaixão, a generosidade, a lealdade, o espírito de serviço, a solidariedade. Com desoladora freqüência, velhos amigos e grandes admiradores do governante, ou então pessoas respeitáveis na sociedade pela sua correção e sabedoria, são usados em proveito próprio pelo titular do poder, sem nenhum escrúpulo. (COMPARATO, 2006, p. 591).

Portanto, é importante que o Estado seja forte, pois em países estruturados com elevados conceitos éticos e um ativo poder de polícia, a corrupção é reduzida e o espírito de cidadania é voltado para o bem comum.

Em outras palavras, a sociedade e o Estado, se bons, engrandecem o homem, não o corrompendo (BATISTA, 2012, p. 42).

Por fim, insta salientar que a legitimidade do Estado não se funda apenas no respeito à lei, tendo também um outro sentido no campo político, qual seja, a aprovação, pelos governados, daqueles que estão no poder (COMPARATO, 2006, p. 594). A insatisfação do povo quanto ao nível de corrupção, que pode ensejar manifestações populares de inconformismo, deslegitima os detentores do poder.

3 CORRUPÇÃO POLÍTICA E INSATISFAÇÃO POPULAR

A corrupção, por vezes, é tolerada, mas jamais aceita por aqueles que dela não se beneficiam ou têm proveito. Ademais, aqueles que se encontram nas camadas sociais inferiores não exercem um controle ativo dos atos corruptivos, mas representam o senso comum contra a corrupção, por serem os maiores prejudicados com tal fenômeno.

Se a corrupção se dispersa no corpo político e é tolerada pela comunidade, os mais necessitados sofrem diretamente os efeitos disto, haja vista que os poderes constituídos ocupam-se, muitas vezes, com os temas que lhes beneficiem como grupos ou indivíduos, em detrimento de interesses públicos vitais existentes (LEAL, 2013, p. 33). Dessa forma, a prática de corrupção possui custos maiores se o controle for menor, porque os agentes públicos e privados se sentem mais libertos para praticar os vários atos de corrupção tendo certeza da impunidade (BOTELHO, 2010, p. 138).

De qualquer sorte, vários são os motivos que colocaram em pauta o tema da corrupção nos debates políticos, possibilitando maior interesse popular no seu controle, interesse este que não encontra barreira entre as diferentes camadas sociais.

A explosão contra a corrupção possui diversas causas. Houve aumento tanto de fato quanto de percepção da prática da corrupção em vários países. Em determinadas áreas as mudanças políticas sistêmicas enfraqueceram ou destruíram as instituições sociais, políticas e jurídicas, e deram margem a novos abusos. Em outros lugares a liberalização política e econômica simplesmente revelou a corrupção antes oculta. Em

praticamente todos os lugares, porém, observamos um claro declínio na disposição da população em tolerar práticas corruptas por parte dos líderes políticos e das elites econômicas. (GLYNN; KOBRIN; NAÍM, 2002, p. 28-29).

Normalmente, são reconhecidas como perspectivas que estudam a explosão da corrupção e o aumento de sua insatisfação pelo povo a visão de que os casos de corrupção têm aumentado, assim como a de que o que tem aumentado é a transparência, apenas estando a corrupção mais exposta. Estas perspectivas não se excluem e, mais ainda, constituem-se na terceira possibilidade, que é o aumento tanto da corrupção em si quanto da percepção da corrupção (PILAGALLO, 2013, p. 83).

Quando o povo se une de maneira não planejada e sem uma pauta específica de reivindicações, em ambientes informais de pressão dos detentores do poder, demonstra toda a sua insatisfação em relação à corrupção. A insatisfação popular, em cenários democráticos, seja pelo aumento dos atos corruptivos ou pelo mero aumento da percepção da corrupção, deve ser ouvida como manifestação da soberania geral, tão cultuada por contratualistas como Rousseau.

Assim, sem a observância da soberania geral, o que consiste na realidade brasileira, os representantes do povo abdicam do ideal democrático, razão pela qual novos meios de participação popular, além dos já previstos no ordenamento jurídico (voto, plebiscito, referendo e iniciativa legislativa popular), devem ser criados e implementados com o máximo de aplicação prática.

É ilógico, em uma democracia representativa, que a insatisfação popular chegue ao zênite de inúmeros cidadãos utilizarem frases como “ninguém me representa” ou “político tal não me representa”, o que se tornou excessivamente ocorrente durante as manifestações populares ocorridas no ano de 2013 e, até o presente momento, em outros protestos isolados.

Naquele momento, “os manifestantes falaram de muitas coisas ao mesmo tempo. Começou pelo transporte coletivo e logo se estendeu para a saúde, educação, segurança, corrupção, PEC 37, cura gay, Copa do Mundo e por aí vai” (WEISSHEIMER, 2013, p. 181). A corrupção foi, inegavelmente, um dos principais assuntos reivindicados durante as manifestações.

É nesse cenário que deve ser elogiada a democracia, por permitir a insurgência contra aspectos que parecem estáticos e sedimentados na sociedade, como a corrupção política. A insatisfação popular quanto ao atual e elevado ponto corruptivo demonstra que a vontade do povo é claramente contra tal fenômeno, conquanto não sejam utilizados, pelos cidadãos, como forma comum e frequente de controle da corrupção, os meios formais e institucionalizados.

a corrupção é, predominantemente, um problema político e econômico e menos uma questão jurídica. É político em dois aspectos: porque corrói ou dilapida a legitimidade dos governos e porque constitui um indicativo de que o sistema está funcionando mal ou de que é fraca ou inexistente a preocupação pelos interesses públicos. Sendo um problema político, torna-se indispensável que se pense na democracia sob o aspecto de sistema ideal a ser prosseguido de forma incessante. Antes de ser apreciada ou estudada, predominantemente, em sua dimensão material, deve ser analisada numa perspectiva espiritual no sentido do alcance de um princípio de organização social apoiado em paradigmas de seriedade, justiça e moralidade coletiva. (MAYER, 2009, p. 240).

Ocorre que, mesmo na democracia, as insatisfações são comuns, pois dificilmente serão atendidos todos os interesses. Como preceitua Bobbio (2000, p. 32), “a unanimidade é possível apenas num grupo restrito ou homogêneo.” Na atualidade, em que as sociedades são pluralistas e complexas, dificilmente serão atendidos todos os anseios, eis que tais interesses serão possivelmente muito distintos entre si. Contudo, quando a insatisfação ocupa níveis alarmantes e facilmente constatáveis, como é a insatisfação quanto à corrupção, os órgãos e mecanismos legais de controle são mais facilmente acionados e efetivos.

É facilmente constatável que os representantes eleitos não possuem vínculos que os mantenham preocupados com seus eleitores, havendo uma separação entre governantes e governados, quando, no plano onírico, aqueles deveriam atuar em prol destes. Entrementes, a já mencionada representação de interesses particulares, verdadeira ideologia corruptiva, não permite tamanho beneficiamento da sociedade.

Para definir a relação entre governantes e governados, vale a diferenciação entre família e Estado exposta por Rousseau (2005, p. 15), ao

destacar que "toda a diferença consiste em que, na família, o amor do pai pelos filhos é compensado pelos cuidados que lhes dedica, e, no Estado, o prazer de comandar supre esse amor que o chefe não sente por seus povos."

A insatisfação popular é necessária quando se trata de corrupção política. Um povo que tolera passivamente a corrupção reflete um Estado enfraquecido e de exercício da cidadania duvidoso.

A alienação do povo em relação aos temas de interesse público e em face do Estado é referida por Rousseau como sintomas terminais da enfermidade do corpo político, ou seja, se os cidadãos preferem servir ao Estado com seu dinheiro sem se dedicarem pessoalmente às atividades públicas, isto significa que a ruína já está a caminho, tendo presente que tal fenômeno se dá somente em meio às relações sociais. (LEAL, 2013, p. 30).

Aliás, a tolerância e a legitimidade, quando associadas à corrupção, diminuem significativamente a evolução institucional de algumas sociedades ocidentais, resultando na congruência com a formação das modernas burocracias e na generalização das relações econômicas de mercado e das democracias constitucionais (SILVA, 2001, p. 44).

Logo, uma democracia mais participativa e deliberativa poderá responder mais legitimamente ao problema da corrupção, abrangendo a sociedade civil como protagonista primordial (LEAL, 2013, p. 81).

Nesse aspecto, a insatisfação popular não deve ser contida. Deve extrapolar a esfera meramente psicológica e subjetiva e resultar em um controle social efetivo, inviabilizando o crescimento da corrupção e diminuindo o patamar já alcançado.

A ideia de controle é inerente às sociedades complexas, em que as relações de comando não se estabelecem apenas entre os que mandam e os que obedecem sem mandar, possuindo vários níveis distintos de poder. "O controlador decide em última instância, estabelecendo as grandes diretrizes da ação administrativa e supervisionando a atuação dos administradores ou agentes políticos" (COMPARATO, 2006, p. 654). Em outras palavras e para os fins aqui propostos, o povo, atuando como controlador, ainda que em ambientes informais e não estatuídos, exerce a soberania geral e a decisão em última instância sobre o fenômeno corruptivo.

O exercício do controle popular oriundo da insatisfação atua como instância de (des)legitimação política, possibilitando maiores debates e acessos aos espaços de decisões políticas. É nessa contínua avaliação pública dos atos políticos que será possível um combate cívico à corrupção. A necessidade de ampliação dos meios de controle e legitimação da administração é urgente, pois, conforme Leal (2013, p. 51)

[...] em face da natureza complexa e multidimensional das funções e competências desta administração, em face da soberania popular que se afigura instituinte permanente da legitimidade de suas instituições, através de mecanismos radicais de participação e cogestão dos interesses públicos, aumenta ainda mais a necessidade dos poderes instituídos perseguirem, a cada momento, instâncias de legitimação política junto ao tecido social, através de mecanismos e instrumentos de comunicação e deliberação descentralizada em espaços públicos polissêmicos.

Esse controle contínuo encontra fundamento significativo na democracia, que, segundo Beetham e Boyle (1996, p. 17), supõe o duplo princípio do controle popular sobre a tomada coletiva de decisões e da igualdade de direitos no exercício do referido controle.

O Estado, portanto, deve garantir padrões mínimos que possibilitem à cidadania ativa criar, monitorar, acompanhar e avaliar o desempenho do governo, o que é indispensável para a transformação da instabilidade institucional em deliberação democrática (LEAL, 2005, p. 393).

4 O CONTROLE POPULAR NÃO INSTITUCIONALIZADO COMO MEIO LEGÍTIMO DE COMBATE À CORRUPÇÃO POLÍTICA

Vivemos em uma sociedade globalizada e multicultural. Diversos são os argumentos e interesses morais e religiosos de cada grupo, muitas vezes consonantes, mas, em sua maioria, conflitantes entre si. Nesse contexto, a contemporaneidade afasta-se da harmonia e aproxima-se da discordância.

Como decorrência, conceitos até então caracterizados por divergências bilaterais cedem espaços para debates multilaterais, caracterizados por uma complexidade conflitante.

Na atualidade, os interesses são normalmente inconciliáveis. Em sociedades multiétnicas, há dificuldade de entendimento entre os grupos sociais culturalmente diferenciados. As contraposições ideológicas ou os interesses de tipo bipolar são comuns às sociedades do século XX. Atualmente, seria demasiadamente rígido para sociedades complexas nas quais sobre cada questão se formam posições transversais (SANTORO, 2012, p. 83). Dessa forma, as sociedades atuais tendem a se estruturar, quanto aos elementos de exercício da cidadania, para a ampliação dos meios de participação popular aos mais diversos grupos sociais, sendo um exemplo interessante as entidades que participam do controle concentrado de constitucionalidade na condição de “amicus curiae”.

Nesse contexto, desde meados do ano de 2013, a sociedade brasileira tenta ter nova voz. Nova voz não como uma representação política maior, aumento de número de Deputados ou Senadores ou outros meios formais e institucionalizados. O que se busca também não é combater as competências constitucionais, mas sim lhes conceder um novo significado.

Pensar e escrever sobre os protestos de rua que sacudiram o Brasil em 2013 são tarefas desafiadoras. A proximidade dos acontecimentos e a velocidade com que tudo começou a acontecer é uma das principais dificuldades para a análise, mas não é a única. A formação de multidões em várias cidades do país, articuladas em larga medida pelo Facebook, sem lideranças ou organizações definidas, com uma agenda de reivindicações que iniciou com o preço do transporte coletivo para se estender a praticamente todos os problemas nacionais e até, de modo mais geral, a 'tudo que está aí' compõem um quebra-cabeça gigantesco, cujos contornos mais gerais ainda estão por ser identificados. (WEISSHEIMER, 2013, p. 181).

Transporte, saúde, educação, combate à corrupção, Copa do Mundo, PEC 37 e outros. Foram vários os objetos das reivindicações. Entrementes, não se pretende analisar uma ou outra manifestação popular específica, tampouco obter dados estatísticos sobre os objetivos dos referidos movimentos sociais. Objetiva-se, na verdade, perquirir como as manifestações populares podem refletir no combate à corrupção política em uma democracia, atuando como verdadeiro controle social informal e não institucionalizado, pressionando os detentores do controle institucionalizado.

Ademais, o modelo atual democrático, por si só, é alvo de inúmeras

críticas no Brasil e em outros países, sendo objeto de debate também nas sociedades mais desenvolvidas e economicamente fortes. Hobsbawm (2007, p. 103) analisa esse questionamento mundial:

Hoje nos defrontamos com um divórcio bastante óbvio dos cidadãos com relação à espera da política. A participação nas eleições parece estar caindo na maior parte dos países de democracia liberal. Se a eleição popular é o critério principal da democracia representativa, até que ponto se pode falar da legitimidade democrática de uma autoridade eleita pela terça parte do eleitorado potencial, como é o caso do Congresso dos Estados Unidos, ou, como no caso de governos locais na Grã-Bretanha ou do Parlamento europeu, por algo como 10% ou 20% do eleitorado?

A perspectiva acima demonstra que novos instrumentos democráticos devem ser criados ou fomentados, seja como contínuo incentivo do exercício da cidadania, seja como controle dos atos políticos, evitando-se, assim, o excesso de atos corruptivos, que não são suficientemente combatidos apenas com o controle apriorístico exercido no sufrágio.

Aqui, insta recordar que a reunião permanente é impossível, mas a manifestação da vontade geral é cabível e, mais que isso, exigível como forma de reconstruir a democracia contemporânea frente ao fenômeno problemático da corrupção.

Ademais, “só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com o fim de sua instituição, que é o bem comum” (ROUSSEAU, 2005, p. 43). Por sua vez, Ruzza (2010, p. 80) destaca a importância da noção de vontade geral no contexto do contrato social rousseauiano, que é aplicável ao tema das manifestações populares como controle da corrupção:

Evidentemente, muitas pequenas diferenças podem ser mais facilmente resolvidas pela vontade geral, que é diferente da vontade de todos (ou soma de vontades particulares). A vontade geral responde sempre que consultada, porque essa consulta é uma regra moral imposta pelo interesse público, é como uma daquelas leis que não se gravam no bronze, mas no coração.

A conceituação supra pode ser aplicada na democracia brasileira, como mencionado, em uma de suas formas de instrumentalização, que são as manifestações populares, verdadeiros espaços informais de participação popular e controle dos detentores do poder.

A forma representativa da democracia apresenta enormes dificuldades

na sua efetivação, estando desacreditada pelo senso comum e encontrando obstáculos teóricos por parte da doutrina, além da já referida desarmonia entre o interesse público e a representação de interesses particulares.

O enfraquecimento do poder do povo significa a redução da própria democracia e, por consequência, do Estado, abrindo margem de atuação de outros núcleos, que formam uma corrupção corporativa em torno dos que detêm o poder. Como adverte Alves (2013, p. 44), “a debilidade dos Estados é compensada pelo fortalecimento de outros agentes sociais (entre os quais meios de comunicação, associações de classe e movimentos sociais) que passam a concorrer com o próprio Estado.”

Assim, inegavelmente a história afirmou a abertura dos participantes no processo democrático, permitindo que um amplo número de cidadãos escolha seus representantes. Entrementes, o próximo passo, se é que será passível de implementação, será uma melhor efetivação, ainda que parcial, da democracia direta, em que todo o povo terá, em conjunto, possibilidade – e principalmente vontade – de participar da esfera pública, debatendo e decidindo, ainda que de forma não juridicamente vinculante, mas socialmente relevante, sobre os desvirtuamentos dos agentes estatais e como devem ser efetivadas novas medidas de combate à corrupção, ou mesmo a pressão genérica às instituições para que se ocupem detidamente do combate à corrupção política.

De qualquer sorte, a democracia baseia-se em duas premissas, sendo uma moral ou teórica e outra de ordem prática. No aspecto moral, a democracia requer que a maior parte dos cidadãos, presumindo-se ser a maior parte dos habitantes do país, apoie expressamente o referido regime (HOBBSAWM, 2007).

Destarte, a avaliação periódica da concordância do povo com seus representantes é um instrumento necessário para a análise da manutenção do consenso e da avaliação quanto às práticas corruptivas. Ora, considerando que o ser humano vive em sociedade e esta é essencialmente cultural, a sua vontade também é dinâmica e deve ser, portanto, avaliada contemporaneamente aos atos ou, no mínimo, periodicamente analisada, não se limitando ao sufrágio, exercido entre intervalos de mandatos intermináveis.

Nas palavras de Bobbio (2010, p. 24):

Para que se possa falar de democracia, não basta que a classe política seja eleita, em outras palavras, que seu poder seja fundado num consenso inicial originário. É necessário que esse consenso seja periodicamente repetido. Não basta o consenso, mas é necessária uma verificação periódica do consenso.

Portanto, a realização de manifestações populares, com fins específicos, instrumentaliza adequadamente o ideal democrático. As manifestações populares são a mais simples e eficaz forma de verificação periódica do consenso ou, mais especificamente, do dissenso, eis que dificilmente ocorrerão tais manifestações em contextos de satisfação da sociedade. Essa insatisfação contra o “status quo” é uma das maiores contribuições que se pode extrair da democracia contra a corrupção política.

Ao descartar determinismos e platitudes discursivas servis ao 'status quo', a democracia direta desponta como direito intangível e vinculante. Numa abordagem avisada, o termo significa – formal e substancialmente – o direito de primeira grandeza constitucional à construção pelo povo do seu próprio destino, tendo em vista as suas demandas materiais e imateriais, cujo atendimento supõe a partilha eficiente e eficaz dos poderes constituídos. (FREITAS, 2012, p. 13)

Em tais manifestações, constitui-se um espaço informal de participação popular cujo escopo é introduzir, efetivamente, a sociedade no cenário político, como membros que se sujeitam ao Direito por eles criado.

Contudo, adverte Martins (2011, p. 119), com grande autoridade e noção da realidade, que “nos regimes democráticos, há mais possibilidade de contestar-se as manipulações, quando as oposições são fortes. Mesmo assim, com menores condições de fazer imperar a sua verdade, que os detentores do poder.”

Dessa forma, não se desconsidera que os “representantes” do povo, ainda que diante das mencionadas manifestações, terão uma posição mais favorável que a do próprio povo, razão pela qual este, dificilmente, fará valer permanentemente suas vontades em face dos desvirtuamentos corruptivos dos agentes estatais.

Em outras termos, o resultado das manifestações populares surge imediatamente, razão pela qual possuem importante caráter de coação e pressão contra as autoridades, mas não se dilata no tempo, o que afeta a

continuidade dos objetivos alcançados pelo povo. Assim, as manifestações interrompem e evidenciam a corrupção, mas não a eliminam plenamente.

Isto porque o poder que se exerce por meio da autoridade é muito maior na prática do que aquele que se exerce por meio da legitimidade.

Nas palavras de Lobrot (1977, p. 8-9):

O caráter passional da autoridade manifesta-se tanto nos que a detêm quanto nos que a suportam. Nos primeiros, gera sentimentos ambíguos de vergonha e de arrogância: desejam camuflar esse poder que possuem apesar de ele lhes conferir o essencial de suas prerrogativas. Nos últimos, gera a submissão e o ódio misturados. Adoramos esse poder que nos domina e nos protege, ao mesmo tempo que o detestamos porque nos esmaga.

De qualquer forma, há grande vantagem nas manifestações populares, eis que delas surge um fragmento da vontade geral, em detrimento de pequenas vontades particulares e que se situam à margem da boa administração, ocupando a seara viciosa da corrupção.

Somente uma ampliação dos espaços de participação popular pode efetivar o princípio democrático de controle do bem público e, por conseguinte, de oposição à corrupção. Atualmente, se quase não persistem limitações quanto a quem pode participar do processo democrático, persiste uma limitação das searas em que o povo pode intervir validamente, o que termina por criar a necessidade de manifestações populares, como as ocorridas no ano de 2013 no Brasil, nitidamente sem força decisiva formalmente instituída, mas com um caráter de pressão e coação sobre os governantes.

É certo que as manifestações populares ou os protestos, desde que pacíficos, podem influenciar validamente os rumos do país, constituindo a vontade geral e auxiliando na tomada de decisões significativas sobre a retidão ou não das condutas estatais, enquanto não houver outro instrumento de maior eficácia.

Quando se postula a relevância jurídica das manifestações populares, que podem ser livremente aderidas por cada indivíduo, seja qual for a classe social, sexo, idade ou religião, busca-se a consolidação do próprio princípio da igualdade. Na esteira do pensamento de Beetham e Boyle (1996, p. 18), “el principio de igualdad supone no sólo que la política gubernamental atienda los

intereses de las personas por igual, sino que las opiniones de estas últimas tengan el mismo peso.”

Como exemplo de sucesso do controle popular da corrupção, cita-se a publicação, após as manifestações populares de junho de 2013, da Lei nº 12.846/2013, a denominada Lei Anticorrupção, em 2 de agosto de 2013, o que demonstra que o caráter coativo das manifestações surte efeitos que outros meios – como a iniciativa popular – não surtem ou, ao menos, não tão rapidamente.

Dessa forma, meios efetivos de combate à corrupção política são necessários no paradigma atual brasileiro, principalmente estes que resultem na intensificação do controle e da participação pelos indivíduos.

Para tanto, a desificação da democracia à sociedade brasileira implica, salvo melhor juízo, não só oportunidades materiais de acesso da população à gestão pública da comunidade, mas fundamentalmente de fórmulas e práticas de sensibilização e mobilização dos indivíduos e das corporações à participação, através de rotinas e procedimentos didáticos que levem em conta as diferenças e especificidades de cada qual. (LEAL, 2005, p. 390).

As tradicionais formas de controles horizontais oficiais da corrupção – autocontrole e controle externo – não são mais suficientes, havendo a necessidade de radicalização de seu controle e combate, por meio, por exemplo, de controles verticais, como a mídia e a sociedade civil (LEAL, 2013, p. 152).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, enfim, que a participação popular no controle da corrupção não pode limitar-se ao processo eleitoral ou aos meios formais e institucionalizados, devendo ocupar o espaço de discussões informais de controle político. Ora, se os meios formais são legalmente estabelecidos pelos representantes do povo, estes podem estruturá-los de maneira a ocultar atos corruptivos ou diminuir as consequências daqueles que dão ensejo à corrupção. Em outras palavras, quem cria o meio institucionalizado pode

moldá-lo a seu favor, o que não ocorre com o espaço informal de controle popular.

Ao pensarmos na legitimidade dos meios informais (não institucionalizados), antecipamo-nos a eventuais atos corruptivos na elaboração e formulação dos meios de controle tradicionais.

Assim, entende-se que qualquer manifestação popular pacífica contribuirá democraticamente para o debate sobre a corrupção e, por consequência, a tutela dos direitos fundamentais, dentre os quais o direito fundamental à boa administração pública. É possível afirmar, inclusive, que jamais existirá manifestação popular por apoio ao “status quo”, isto é, como forma de demonstração de satisfação ao exercício do poder pelos representantes do povo. Em outras palavras, denota-se que as manifestações reforçam a reconstrução do sistema, por refletirem a insatisfação popular. Além disso, de forma incisiva, consolidam “o poder-dever de controlar a ação dos governantes” (COMPARATO, 2006, p. 654).

Urge destacar que é um tempo demasiadamente longo entre uma eleição e outra para que os governantes/representantes tenham avaliadas suas atuações pelos reais detentores do poder quando se trata de corrupção, fenômeno que causa prejuízos imensos ao erário e ao ambiente social. Reduzir o tempo dos mandatos dos Poderes Executivo e Legislativo também não é a solução, eis que inviabilizaria a continuidade das políticas adotadas pelo governo.

Melhor, portanto, que o povo exerça o seu controle e, por intermédio das manifestações, conduza os governantes de acordo com a busca de sua satisfação coletiva. Nas palavras de Telles Junior (2006, p. 44), “a fidelidade do Governo à sua idéia política se comprova pelo consentimento que lhe é dado por aqueles que lhe estão submetidos.”

O momento atual da democracia pede mais que uma mera extensão subjetiva de seu campo, ou seja, a ampliação dos legitimados a participarem do processo democrático, sendo imprescindível que se construa uma ideia de democracia como sentido da vida em sociedade, ampliando, desta feita, os locais em que ela poderá ser validamente exercida, dentre os quais se situam

as manifestações populares. Para saber se a democracia de um país se desenvolveu, “o certo é procurar perceber se aumentou não o número dos que têm o direito de participar nas decisões que lhes dizem respeito, mas os espaços nos quais podem exercer esse direito” (BOBBIO, 2000, p. 40). Eis porque a participação popular deve ser fomentada como mecanismo de controle dos atos de agentes públicos e inibidor da corrupção.

Portanto, é inegável que a corrupção reflete o enfraquecimento do Estado. Tal enfraquecimento, por consequência, deriva, certamente, da ausência de interesse por parte do povo de exercer a cidadania que lhe é inerente. Em outras palavras, a cidadania fortalece o Estado e o controle popular, tornando ambiente infértil para a corrupção. Por exercício da cidadania deve-se entender não apenas os deveres eleitorais (voto, plebiscito e referendo), mas também condutas ativas que, conquanto não previstas como deveres ou passíveis de sanção pelo não exercício, são necessárias ao fortalecimento do Estado, como as manifestações populares, que, como visto, dependendo das circunstâncias, podem produzir efeitos com maior aptidão que os meios estatuídos de controle.

REFERÊNCIAS

ALVES, F. de B. **Constituição e participação popular**: A construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

BAHIA, A. G. M. F. Fundamentos da Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro. In: FIGUEIREDO, E. H. L. et al (coord.). **Constitucionalismo e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 101-125.

BATISTA, A. **Corrupção**: o 5º poder. Repensando a ética. 13. ed. atual. São Paulo: EDIPRO, 2012.

BEETHAM, D.; BOYLE, K. **Cuestiones sobre la democracia**: conceptos, elementos e principios básicos. Madrid: Los Libros de la Catarata, 1996.

BOBBIO, N. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **Qual democracia?** Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

BOTELHO, A. C. M. de P. **Corrupção política: uma patologia social.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

COMPARATO, F. K. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

FREITAS, J. Direito Constitucional à Democracia. In: FREITAS, J.; TEIXEIRA, A. V. (org.). **Direito à Democracia: ensaios transdisciplinares.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 11-39.

FURLAN, F. F. **A corrupção política e o Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

GASINO, W. J. **Histórias sobre corrupção e ganância.** Curitiba: Feller, 2006.

GLYNN, P.; KOBRIN, S. J.; NAÍM, M. A globalização da corrupção. In: ELLIOTT, K. A. (Org.). **A corrupção e a economia global.** Trad. Marsel Nascimento Gonçalves de Souza. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002. p. 27-57.

GOODMAN, A.; GOODMAN, D. **Corrupção à americana.** Trad. Tatiana Salem Levy. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

HOBSBAWM, E. **Globalização, democracia e terrorismo.** Trad. José Viegas. São Paulo, Companhia das Letras, 2007.

LEAL, R. G. **Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa.** Texto Inédito. 25 páginas.

_____. **Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos.** Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

_____. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Administração pública e participação social na América Latina.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005. p. 384-411.

_____. **Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade.** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LOBROT, M. **A favor ou contra a autoridade.** Trad. Ruth Joffily Dias. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

LOPES, MAURÍCIO ANTÔNIO RIBEIRO. **Ética e administração pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MARTINS, I. G. da S. **Uma breve teoria do poder**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MAYER, D. de V. **A democracia capturada**: a face oculta do poder. São Paulo: Método, 2009.

MOSS, R. **O colapso da democracia**. Trad. Wilma Freitas Ronald de Carvalho. Rio de Janeiro: Nórdica, 1977.

PILAGALLO, O. **Corrupção**: entrave ao desenvolvimento do Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

ROUSSEAU, J.-J.. **Do contrato social**: princípios do direito político. Trad. Vicente Sabino Jr. São Paulo: Editora CD, 2005.

RUZZA, A. **Rousseau e a moralidade republicana no contrato social**. São Paulo: Annablume, 2010.

SANTORO, E. A democracia é ainda adaptável às sociedades multiculturais. *In*: FREITAS, J.; TEIXEIRA, A. V. (org.). **Direito à Democracia**: ensaios transdisciplinares. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 71-107.

SILVA, M. F. G. **A economia política da corrupção no Brasil**. São Paulo: Editora SENAC, 2001.

TELLES JUNIOR, G. **O povo e o poder**: todo poder emana do povo e em seu nome será exercido. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

WEISSHEIMER, M. A. Tentando entender o que vai pelas ruas o Brasil. *In*: WU, V. (org.). **Redes, poder e democracia no século XXI**. Porto Alegre: Sapiens, 2013, p. 181-193.

COMPETÊNCIAS, LIBERDADES E MANIFESTAÇÕES POPULARES POWERS, FREEDOMS AND PUBLIC DEMONSTRATIONS

Isabela da Cunha Machado Resende,

RESUMO: As repartições de competências por parte do Estado, o direito fundamental à liberdade e os protestos e manifestações populares se relacionam intimamente. A não efetivação de determinadas competências acarreta na utilização das manifestações como meio de reivindicação e as liberdades servem como garantia e manto protetor para que essas pretensões de alcance a um direito que lhes é seu possam ocorrer de fato, sem prejuízo aos que lutam por isso. O presente trabalho visa demonstrar a inter-relação dos três temas (competência estatal, liberdades e manifestações populares). Claro que, por se tratar de assuntos muito extensos, não é possível esgotá-los mas, é possível discuti-los de modo saudável e esclarecedor.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade. Manifestações. Competências estatais. Protestos.

ABSTRACT: The power's sharing by the State institutions, the fundamental right to freedom and protests and *crowd* demonstrations are closely connected. The non-fulfillment of certain powers entails in the use of demonstrations as a means to claim and freedoms benefit as collateral and protective holy mantle for such pretensions may in fact occur, without harming anyone fighting for that. This paperwork aims to demonstrates the interrelationship of the three themes (State jurisdiction, freedoms and popular demonstrations). Of course, because it is very large issues, they can not be exhausted, but it can be discussed by healthy and enlightening way.

KEYWORDS: Freedom. Demonstrations. State institutions. Protests.

1 INTRODUÇÃO

O Estado Federal pode ser caracterizado pela presença de três elementos: 1 – repartição de competências; 2- autonomia de cada ente; 3- participação na formação da vontade do ente global.

A repartição de competências é o meio pelo qual cada entidade federativa dispõe de competências políticas exercitáveis por direito próprio,

classificadas em político-administrativas, legislativas e tributárias, cuja finalidade é favorecer a eficácia estatal, evitar desavenças e extravio de recursos. Tal repartição pode ser vista como o ponto nuclear da noção de Estado Federal e tem como princípio norteador o Princípio da Predominância do Interesse, cujo proveito geral, nacional, caberia à União; o regional aos Estados e o local aos municípios.

Mesmo com tal ferramenta para melhor administração, observa-se, ainda, a presença da desigualdade e a decadência de muitos serviços inerentes à esfera pública, cuja consequência é a não efetivação de direitos fundamentais previstos na Carta Magna e, ainda, o não cumprimento de alguns objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3º da Constituição Federal de 1988, quais sejam:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, surgiram movimentos sociais em busca de melhorias e uma real efetivação dessas competências imputadas aos membros da federação. Movimentos tais, respaldados também por direitos fundamentais da Constituição Federal, como o direito à liberdade de expressão, de reunião e de locomoção. Nesse sentido: " A liberdade somente se torna real quando se assegura o seu exercício e, nessa perspectiva, repousa nas garantias efetivamente postas à disposição das pessoas" (NOGUEIRA, 2006, p.83).

Dessa forma, a eficácia deve ser encarada como um dos elementos capazes de conferir validade aos direitos fundamentais, em última análise à liberdade em todas suas perspectivas.

2 MOVIMENTOS SOCIAIS, LIBERDADES E COMPETÊNCIAS DO ESTADO

A doutrina divide cada categoria de direitos em gerações, de acordo com seu surgimento. A primeira geração refere-se às liberdades clássicas (direitos

humanos) e liberdades de participação (direitos políticos), cujo momento histórico a que se referem é a queda do Estado Absolutista e surgimento do Estado Democrático de Direito. Já a segunda geração refere-se aos direitos sociais e surgiu através de um Estado intervencionista, pelo qual se procurou estabelecer uma igualdade concreta. E, posteriormente, com a preocupação com o meio ambiente, com a ascensão do Direito do Consumidor, deu-se origem aos direitos de terceira geração, também conhecidos como direitos de solidariedade. Tais gerações correspondem ao lema da Revolução Francesa, em que a primeira geração de direitos é a Liberdade; a segunda é a Igualdade e a terceira geração a fraternidade. É pertinente dizer que esse trabalho se reporta pelo menos as duas primeiras fases, pois é através do uso de suas liberdades que os cidadãos vão em busca de igualdade, utilizando como ferramentas as manifestações populares. (BOBBIO, 2004)

O primeiro documento a tratar da liberdade de expressão foi o *Bill of Rights* (1689), que decorreu da Revolução Gloriosa. Em seguida, uma declaração para reforçar a importância dos direitos fundamentais foi a Carta de Direitos da Virgínia (1776), que teve uma influência iluminista e assegurava a todo o indivíduo o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à busca pela felicidade. Este último, ligado diretamente ao segundo, uma vez que a liberdade pode ser vista como um instrumento ou meio de busca da felicidade. Além disso, também temos como marco para a efetivação de tal direito a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789, França) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Contudo, antes mesmo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Brasil já havia tido a subjetivação e positivação dos direitos do homem, através da Constituição de 1824, que foi a primeira no mundo a dar a concreção jurídica efetiva a tais garantias (SILVA, 2013, p.172). Um passo tão grande e glorioso, em um país que posteriormente foi marcado pelo retrocesso, entre 1937-1945 com o Estado Novo e 1964-1985 com a Ditadura Militar, períodos esses em que a liberdade de expressão foi apagada e a censura foi imposta.

No Brasil, existem exemplos do exercício da liberdade de expressão e manifestação do pensamento, bem como da liberdade de locomoção, através de passeatas, sendo que, atualmente, destaca-se a forte utilização das redes sociais para tais fins, entre outras formas.

Concretamente, cita-se o movimento dos “Caras Pintadas” (1992) que teve, como objetivo principal, o *impeachment* do presidente do Brasil na época, Fernando Collor de Melo; a “Marcha das Vadias”, que é um movimento internacional que protesta contra a crença de que as mulheres as quais são vítimas de estupro teriam provocado a violência em decorrência de seu comportamento. Por isso, protestam contra o machismo (a primeira marcha no Brasil ocorreu em 2011); o movimento do “passe livre” que defende a adoção da tarifa zero para transporte coletivo e que esse serviço seja oferecido fora da iniciativa privada. Foi fundado em uma plenária no Fórum Social Mundial em 2005, em Porto Alegre/RS e ganhou destaque e força ao participar da organização dos protestos em São Paulo em 2013; os chamados “Rolezinhos” (2013), que é um tipo de *flash mob* que consiste em organizar encontros entre centenas de jovens em *shopping centers*. O fenômeno tem ocorrido principalmente em São Paulo, mas já houve encontros semelhantes em outros lugares. Os encontros são marcados pela *internet*, quase sempre na rede social *Facebook*. Os “rolezinhos” ganharam destaque no noticiário brasileiro devido a delitos cometidos por alguns participantes, como tumultos, furtos e agressões, mas é importante lembrar que não pode-se generalizar e responsabilizar todos pelos delitos de apenas alguns. E, mais recentemente, os “panelaços” para mostrar o descontentamento da população em relação a medidas adotadas pelo atual governo (Presidenta Dilma Rousseff). O movimento ganhou o nome “panelaço” porque as pessoas, em data e horários previamente marcados, batiam tampas de panela para protestar e chamar a atenção com o barulho produzido.

Antes de prosseguir com a consolidação, é apropriado tratar da importância da liberdade de expressão. Tal direito fundamental pode ser visto como uma proteção aos cidadãos que, para reivindicar certos direitos sociais, se valem da liberdade de expressarem-se, através de movimentos sociais.

Portanto, a liberdade de expressão seria um aparato utilizado para exigir do Estado os direitos sociais que o mesmo se comprometeu a cumprir, mas, devido à má execução das competências repartidas, não consegue efetivar e garantir uma boa qualidade aos serviços propostos. Assim, pela atual Constituição Federal (1988), os direitos fundamentais resultam na soma dos direitos individuais, com os direitos políticos e os direitos sociais.

Ressalta-se que, como observado, a historicidade está fortemente presente nos direitos fundamentais, bem como a imprescritibilidade, inalienabilidade e a irrenunciabilidade. Dessa forma, tais direitos podem ser entendidos como os mais importantes da pessoa humana.

A liberdade pode ser dividida em dois grupos. São eles:

1. Liberdade interna/ subjetiva/ do querer: é o livre arbítrio, o poder de escolha. Assim, é a manifestação da vontade no interior do homem;
2. Liberdade externa/ objetiva/ de fazer: é a expressão externa do querer do indivíduo e, para que isso aconteça de forma plena, implica no afastamento de coações ou obstáculos.

É possível perceber que a liberdade de expressão e manifestação do pensamento encontram-se no segundo grupo.

A liberdade e a democracia são diretamente proporcionais. Por conseguinte, o crescimento de uma implica no crescimento da outra. O surgimento do Estado Democrático moderno nasceu juntamente com os direitos fundamentais, haja vista que eles se estabeleceram das lutas contra o absolutismo e a afirmação dos direitos naturais da pessoa humana. Tal é a importância da liberdade, que esta é um dos três princípios que norteiam os Estados como exigência da democracia (DALLARI, 2011, p.150).

A liberdade de opinião é vista como liberdade primária que engloba a liberdade de comunicação, religião, expressão intelectual, artística, científica, cultural, transmissão e recepção do conhecimento. Vale lembrar que assim como essas liberdades dão o direito de exposição da opinião das pessoas, elas também asseguram o direito ao segredo, o direito de a pessoa guardar o pensamento para si. John Stuart Mill bem descreve isso, em seu "Ensaio sobre a liberdade":

A única parte da conduta por que alguém responde perante a sociedade, é a que concerne aos outros. Na parte que diz respeito unicamente a ele próprio, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano (2006, p.34).

Da passagem acima, pode-se inferir que essa independência do indivíduo sobre si mesmo diz respeito não somente às pessoas da sociedade, como também ao Estado. Portanto, este também não pode interferir de maneira a violar a intimidade do ser. Assim, a interferência Estatal deve-se dar de maneira a respeitar ao máximo a liberdade dos cidadãos, ou seja, em *ultima ratio* e, geralmente, somente quando a liberdade do particular disser respeito e desrespeitar o interesse público.

Uma importante discussão acerca da liberdade de expressão em relação a, principalmente, dignidade humana foi realizada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130 que diz respeito à Lei 5.520/1967, época em que o Brasil passava por um período de autoritarismo e, por isso, tinha um caráter restritivo, de censura. Ocorre que a liberdade de expressão e de imprensa contribui para o estabelecimento da dignidade e, não o contrário. Ter capacidade, ser mandatário e ter o poderio de informar e expor a opinião contribui muito para a formação da personalidade do ser e proporciona debates que muitas vezes resultam em brilhantes soluções e iniciativas para toda a sociedade. Se houver abuso do uso de tal liberdade de imprensa, o Direito tem meios efetivos para regular tal ação. Por isso, o entendimento de que a lei não foi recepcionada pela Constituição de 1988 representa uma confirmação efetiva da importância da liberdade em um estado Democrático de Direito.

A liberdade de manifestação do pensamento está prevista no art. 5º, IV, CF/88 e é reforçada pelo artigo 220, também da CF/88 que prevê o seguinte: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nessa Constituição”.

Um questionamento a ser feito é até que ponto deve ir a liberdade de expressão, afirmada e reafirmada por nossa Carta Magna. E o que se observa é o bom senso. A intimidade, privacidade, a imagem e honra servem como

limites a tal liberdade. Observado isso, tal direito é mais do que bem vindo, é desejado, haja vista que contribui para debates e formação de pensamentos políticos, bem como para o fortalecimento da democracia.

Derivada do grego *dêmos* (povo) e *kratía* (força, poder), a democracia significa poder, o governo exercido pelo povo. É um termo sempre em voga e, recentemente, aclamado pelas manifestações que aconteceram no ano de 2013. Foram protestos em várias cidades brasileiras, com direito a cânticos, cartazes, pinturas na face, protestos em redes sociais, enfim, muitas pessoas se mobilizaram e o Brasil viu cidadãos, em sua maioria jovens, articulados em grupos para reclamar e reivindicar vários direitos, tais como: melhoria no transporte público e o preço de suas tarifas, combate à corrupção, melhor qualidade nos serviços públicos em geral e contra os gastos vultuosos com obras para sediar eventos esportivos, entre os quais se destaca a Copa do Mundo de 2014, sediada no Brasil. A democracia pode ser entendida, inclusive, como institucionalização da liberdade.

Tais reclamações recaem sobre algo muito além do que simplesmente a falta de qualidade dos serviços oferecidos. Elas vão de encontro à organização estatal, que se mostra falha, na medida em que mesmo com as repartições de competências bem definidas, não consegue agir com a eficácia devida para o atendimento e suprimento das necessidades da população, o que é uma contradição, já que tal separação e atribuição de funções visa aumentar a eficiência do Estado, pela distribuição entre órgãos especializados. Pois, somente com o pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito é que a Justiça Social pode ser alcançada.

O art. 21 da Constituição da República Federativa do Brasil trata das competências exclusivas da União, enquanto o art. 22 do mesmo Diploma Legal traz o que compete privativamente à União, ao passo que os arts. 23 e 24 da Constituição Federal tratam das competências comuns e concorrentes, respectivamente.

O art. 25 da Constituição Federal de 1988 atribui aos Estados-membros o poder de auto-organização e os poderes não vedados, além da discriminação de algumas competências. O art. 147 da Constituição Federal trata de

competência cumulativa e diz a quem cabe legislar sobre os impostos e o art. 195,§4º, também da Constituição Federal regula uma competência residual da União, relativa ao financiamento da seguridade social. Para melhor compreensão do assunto, convém diferenciar os tipos de competências.

Competência exclusiva é aquela, conforme o próprio nome diz, exercida em exclusão das demais. Significa dizer que somente o ente ao qual for atribuída esta competência poderá exercer tal mister. Assim, é indelegável, irrenunciável. Observa-se que a competência exclusiva é material. Quanto à competência privativa, ela é específica de um ente, mas pode ser delegada para um outro ente ou, ainda, admite a possibilidade de exercício de competência suplementar. A competência privativa é legislativa. A competência concorrente é utilizada para a instituição de normas gerais ou específicas sobre determinado tema. Conjectura a possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa, porém, com prioridade da União. A Norma Geral pode ser instituída tanto por lei complementar quanto por lei ordinária. No entanto, quando a União não exerce a competência concorrente para determinada matéria, ficam os Estados ou Municípios com a competência concorrente plena. Dessa forma, poderá outro ente legislar sobre esse ponto específico de maneira suplementar. Então, da omissão da competência concorrente deriva a Competência Suplementar, que significa o artifício de elaborar normas que desdobrem o conteúdo dos princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas. Assim, em se tratando de legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. A primazia da competência da União para legislar concorrentemente não exclui a suplementar dos Estados.

A competência comum pode ser exercida por todos os entes da federação, podendo, portanto, ser simultaneamente exercida, desde que respeitados os limites Constitucionais. Competência cumulativa ocorre quando a Constituição Federal autoriza um ente da federação a cumular uma competência que originariamente é de outro ente da Federação, respeitadas determinadas circunstâncias. Também há a previsão da competência residual, que é uma competência pra eventos posteriores, que poderão sobrevir. Para

que haja a competência residual, é essencial que determinada matéria jurídica tenha sido atribuída na sua especificidade a todos os entes da federação em caráter específicos, exclusiva e exaustivamente. Se houver, no futuro, um fato novo sobre aquele teor jurídico, a um dos entes da federação será expressamente atribuído para legislar a seu respeito. Por último, explica-se a competência remanescente, que é aquela em que a Constituição da República de 1988 não atribuiu a nenhum ente federativo. É a competência que só é evocada quando não se é de mais ninguém.

É válido destacar que, em relação às competências concorrentes, cabe à União editar normas gerais, aos Estados e ao Distrito Federal o poder de exercer, em relação às normas gerais, competência suplementar, ou seja, colmatar lacunas. Na falta de lei com normas gerais, o Estado pode legislar, suprindo a inexistência do Diploma Federal. Caso a União edite uma norma geral, fica suspensa a eficácia da lei estadual, desde que ela fira os preceitos da lei editada. Aos Municípios, reconhece-se o poder de auto-organização, desde que obedeçam aos limites das leis Federais e Estaduais. Segundo o art.30 da Lei Maior, os Municípios devem legislar sobre assuntos de interesse local.

Foram as competências comuns e concorrentes o principal alvo dos manifestos recentemente ocorridos, uma vez que fazem parte de tais competências cuidar da saúde e assistência pública; proporcionar os meios de acesso à cultura, educação e ciência; organizar o abastecimento alimentar; promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e do saneamento básico; promover a integração social dos setores desfavorecidos, em combate aos fatores de marginalização e as causas da pobreza. Não é necessário muito esforço para observar o quão falho é o cumprimento de tais funções e o quanto é palpável a desigualdade no país. Cabe também observar os arts. 198 e 214 da Magna Carta, que tratam do sistema único de saúde (SUS) e do plano nacional de educação.

Com a Constituição Federal de 1988, os Direitos da Pessoa que sempre estavam pospostos às regras de Organização do Estado foram antepostos. Com isso, o legislador quis demonstrar que os Direitos da Pessoa são mais

importantes, isto é, que o Estado depende da pessoa e não poderia ser diferente, já que em um Estado Democrático de Direito o detentor do poder é o povo. Prova disso é que o Constitucionalismo moderno tem, na promulgação de um texto escrito, uma declaração dos Direitos Humanos e de cidadania, um dos momentos centrais de desenvolvimento e de conquista, que consagra as vitórias do cidadão sobre o poder (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2010, p.353)

Ao aprofundar no que se refere às manifestações e aos direitos fundamentais, nota-se que tal ação vai além do simples direito de liberdade de expressão, pois trata de uma conjunção deste com a liberdade de locomoção e reunião e, sem essas, não pode realizar-se de forma plena e efetiva. O primeiro direito (liberdade de expressão) já foi aqui tratado, pelo que torna-se útil comentar os outros dois.

Ligado intimamente à liberdade de expressão e ao sistema democrático de direito, está o direito de reunião, previsto no art. 5º, XVI, CR/88 que assim dispõe:

todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente

Os dois, pela livre opinião pública, são fundamentais para assegurarem aos cidadãos a possibilidade de ingressarem e interferirem nas decisões políticas. O direito de reunião está incluído no direito de protestar, sendo o exercício da liberdade de expressão e da liberdade de locomoção, concretizados de forma coletiva. Para que uma pessoa participe de uma reunião, ela deve integrá-la conscientemente, pois toda reunião visa atingir um objetivo. Um limitante a esse direito é que ele seja pacífico e sem armas, de forma a não colocar, portanto, a segurança pública em risco.

Todavia, se a violência que eventualmente venha a ocorrer for externa, praticada por pessoas estranhas ao agrupamento, tal reunião não pode ser caracterizada por violenta. É o que aconteceu em muitas reuniões das recentes manifestações, em que grupos de vândalos se aproveitaram para deteriorar patrimônios públicos e privados. Tais grupos, de comportamento exterior e

isolado, não são capazes de caracterizar as reuniões que “invadiram” e “usurparam” como violentas.

Contudo, diante de uma manifestação pacífica, os policiais não têm direito de lançar bombas de gás lacrimogêneo contra os manifestantes, disparar tiros ao acaso, efetuar disparos com balas de borracha, entre outras medidas hostis, com a finalidade de inibir os participantes pacíficos, haja vista que manifestações desta natureza são alcançadas pelos direitos fundamentais de reunião e liberdade de expressão. De outro modo, caso as manifestações venham a caracterizar-se como o exercício de um direito de forma abusiva, com danos causados ao patrimônio público, pichações, provocações de incêndios, esses atos devem ser submetidos ao poder de polícia, que poderá utilizar-se da força para impedir, preventivamente, a prática de atos criminosos e, uma vez realizadas essas condutas, aplica-se o Direito Penal ao caso concreto. Assim, observa-se a afirmativa de que “a todo direito corresponde um dever”, já que ao direito de manifestar, corresponde o dever de conservar o patrimônio público.

Conforme a lição de Rui Barbosa,

“A liberdade não é um luxo dos tempos de bonança; é, sobretudo, o maior elemento de estabilidade das instituições, o princípio fecundante da ordem e a válvula de segurança suprema nas quadras de agitação, de descontentamento, de aspirações inflamadas. Só a liberdade plena, sob austeras cominações contra os abusos cometidos em nome dela, remove o perigo das definições arbitrárias, no precisar onde acaba para os cidadãos o direito de deliberar em comum, e onde começa para o Estado o de conservar-se, e defender-se a si mesmo, as prerrogativas às instituições cometidas à sua guarda”. (1889).

Conhecida como “direito de ir e vir”, a liberdade de locomoção é considerada a primeira liberdade que o homem se obrigou a conquistar. Tal direito é fundamental para que as pessoas coordenem e dirijam suas atividades, desde que o gozo de tal direito não acarrete atos lesivos a outrem. Ir e vir são inerentes às características naturais do ser. Tão natural é este direito, que pode ser citado como uma necessidade e um exemplo importante de luta para o alcance e efetivação do mesmo a que fora exercida contra a escravidão no Brasil. A livre circulação está prevista no art.5º, XV, CF/88 e é

outro elemento fundamental para que se possa utilizar do instrumento, pode-se dizer político, que são as passeatas e as carreatas.

Mais uma vez, tratando-se da atribuição de competências, segundo o art. 21, XXI, da CF/88 cabe à União estabelecer os princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação e pelo art. 22, XI, CF/88 compete à União legislar privativamente sobre o trânsito e transportes. Aos estados e municípios restam disciplinar sobre o tráfego nas suas respectivas vias públicas. Assim, mostra-se a repartição de competências altamente influente nesse direito fundamental, que é o de circular, devido ao fato de que a União, o Estado e o Município regulam de que maneira tal circulação deve se dar. Sobre isso, convém ressaltar o Princípio da Não Limitação ao Tráfego de Pessoas e Bens (também conhecido como princípio da ilimitabilidade ao tráfego), previsto no art. 150, V, CF/88, que busca evitar o impedimento, por parte do Poder Público, da liberdade de locomoção de pessoas e bens com a atribuição de tributos. Contudo, a Constituição faz uma ressalva, ao instituto do pedágio, o que abre uma série de divergências, pois muitos doutrinadores afirmam que o pedágio seria um tipo de tributo e outros afirmam que o pedágio trata-se de uma espécie de tarifa. Assim dispõe o referido artigo:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

Apesar de interessante, não é o objetivo deste trabalho esgotar o debate acerca do instituto do pedágio e sua natureza jurídica. Portanto, passa-se, novamente a colocar em voga a discussão sobre as liberdades e a atuação do Estado.

Dois conceitos que merecem ser destacados são o de liberdade positiva e de liberdade negativa. A liberdade positiva é o poder para cumprir suas próprias potencialidades e determinar suas próprias ações. Seria uma auto-realização. É importante frisar que para ser livre, de acordo com essa perspectiva, o sujeito deve ser livre de inibições da estrutura social para a realização de seu livre arbítrio. Então, o classicismo, o sexismo e o racismo

servem como inibidores para o exercício da liberdade. Assim, aqui demonstra-se a importância dos movimentos sociais para a participação dos cidadãos no governo, de forma a exigir que seus interesses e preocupações sejam reconhecidos como válidos e postos em prática. Já a liberdade no aspecto negativo é entendida como a não-interferência do poder do Estado sobre as ações individuais. A falta de restrições é, portanto, diretamente proporcional ao exercício da liberdade negativa. Por esse conceito de liberdade, justificou-se o liberalismo estatal.

Disso tudo, derivou a Teoria dos *Status* de Jellinek (apud. ALEXY, 2012, p.254), que, explicando de maneira sucinta, dividiu a relação entre o indivíduo e o Estado em 4 *status*. São eles:

- *Status* negativo: o Estado não pode intervir na esfera de liberdade do indivíduo;
- *Status* positivo: diz que o Estado pode (é um direito do indivíduo) intervir;
- *Status* ativo: direito de participar ativamente da vida do Estado;
- *Status* passivo: situação de sujeição ao poder do Estado, como a submissão à Constituição por parte dos indivíduos.

Os primeiros três *status* referem-se ao direito público subjetivo, ao passo que o último trata-se de deveres dos cidadãos. Tal classificação tem grande relevância como pilar dos Direitos Fundamentais.

Ao observar a relação entre os indivíduos, o Estado e os movimentos sociais, percebe-se que trata-se de uma relação triádica entre o titular de uma liberdade (ou não liberdade), um obstáculo e um objeto da liberdade. No caso, o titular seriam todos os indivíduos que lutam e manifestam em busca da concretização de um direito, assegurado pela Constituição Federal, porém mal executado por aquele que fora incumbido por tal competência; o obstáculo, muitas vezes, trata-se da realidade social a que o manifestante está inserido e da própria má execução de competências e o objeto seria o direito propriamente dito. Assim, tal relação forma uma liberdade geral, complexa, mas capaz de exigir do governo algumas medidas a serem tomadas, através dos manifestos populares.

Por fim, é necessário frisar a importância de uma conscientização política para a conjuntura nacional. Os movimentos sociais são de suma importância para a busca de novos direitos, bem como para garantir a efetivação dos já existentes. Tais movimentos ganham proteção e legitimidade pelos direitos fundamentais, que por sua vez são regulados e exercidos através da repartição de funções. Através do exercício dessas funções é que se permite o acesso, seja ele digno ou indigno, com qualidade ou não, aos serviços prestados para que se alcancem outros direitos fundamentais, como a saúde e a educação. E, caso esse acesso seja dificultado, ineficaz ou de má qualidade, surgem mais movimentos reivindicatórios. Dessa forma, percebe-se que o Estado, sua organização e a sociedade compõem uma teia, intimamente ligada e a ação de um reflete na reação do outro.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo Espinosa (1980, p. 30), "Se llama *libre* aquella cosa que existe en virtud de la sola necesidad de su naturaleza y es determinada per sí sola a obrar" (ser livre significa existir somente pela necessidade de sua própria natureza, e determinar sozinho o seu agir). Essa seria uma liberdade máxima, porém impossível de ser exercitada nos dias atuais, tendo em vista que o homem convive em sociedade e, para tal coexistência ser pacífica, é necessário que um abra mão de um pouco de sua liberdade para que o outro também possa exercê-la.

Como visto nesse trabalho, a liberdade é um direito de máxima importância, considerada fundamental. O exercício das liberdades de expressão, locomoção e reunião são muito importantes para toda uma conjuntura política, para reivindicação, para que se alcance melhorias em todo o ambiente social. Mas, assim como toda liberdade, eles não são ilimitados e suas limitações já foram discutidas no presente trabalho.

Respaldados em tais garantias fundamentais, surgiram os movimentos sociais, que buscam uma efetivação de direitos garantidos pela Constituição Federal, muitos deles regidos pelas competências estatais, distribuídas entre

União, Estados e Municípios. Uma forma de expor tais descontentamentos são passeatas e campanhas difundidas pela *internet*. Tal forma de manifestação do pensamento e do descontentamento, muitas vezes é interpretada de maneira errônea pelas autoridades, que usam de força para coibir os manifestos e acabam por ferir e desrespeitar os direitos fundamentais consagrados na Constituição, que garantem o direito de manifestar, reunir e expor os pensamentos, o que se traduz em grande problema.

Como solução para evitar essa má interpretação, diga-se, muitas vezes preconceituosa por parte das autoridades, a atitude a ser tomada seria uma conscientização para quebrar estereótipos – como no caso dos “rolezinhos”, em que a ação dos participantes foi confundida com “arrastão” - e também uma ordem de aguardo, para que haja uma melhor observação dos acontecimentos e, após analisar por diversas perspectivas, chegue-se a uma melhor conclusão de como agir. Toda reunião, toda caminhada, todo manifesto, são realizados por um grupo de pessoas e, logo, acarretam em tumulto. Mas, muitas vezes esse tumulto é passageiro e não tem a menor intenção de denegrir o patrimônio público, sendo, portanto, legítimo.

Alberto Nogueira questiona:

"Como fazer valer a segurança jurídica sem o sacrifício da liberdade, adotando-se, como preconizado por expressiva corrente de pensadores (juristas, magistrados, políticos, economistas, sociólogos, etc.), mecanismos como o da súmula vinculante e mesmo a privatização da Justiça como solução?" (2006, p. 82).

O mencionado autor oferece, de certa forma, uma resposta ao citar António Hespanha: " Se, no agir de todos os dias, tivéssemos que invocar a lei ou que recorrer aos tribunais para fazer reconhecer os nossos direitos, a convivência seria pura e simplesmente impossível" (HESPANHA apud NOGUEIRA , 2006, p. 82).

Outra problematização é a má execução das tarefas competentes a cada ente da federação. E a melhor forma de cobrar, pressionar e buscar alguma melhora ou efetivação são os movimentos sociais, o que serve para justificar legitimar, também, tais protestos. Então, através de toda a discussão levantada por esse trabalho, chega-se à conclusão de que os movimentos sociais devem ser bem quistos na sociedade e, é de suma importância a

observação de um princípio que até aqui não foi discutido: o Princípio da Proporcionalidade.

Assim, deve-se sopesar o tamanho do problema, da movimentação social e do poder de polícia exercido, para que não se cometam excessos, e, ao invés do cumprimento da justiça, tão desejada pelo Direito, poderão culminar no exercício da injustiça. Afinal, é importante fazer justiça, mas não há que se abrir mão do direito e das garantias Constitucionais cuidadosamente elaboradas em prol da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALVES, R. V. S. **Direitos Fundamentais**: Uma tomada da posição dos direitos sociais no sistema constitucional. 1985. 196 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011.

BARBOSA, R. **Obras completas de Rui Barbosa**. 1889. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/scripts/scripts/rui/mostrafrasesrui.idc?CodFr ase=1519>>. Acesso em: 24 mar. 2015

BOBBIO, N. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. 13. ed. Brasília: Unb, 2010. 1 v.

DALLARI, D. de A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ESPINOSA, B. **Ética**: demonstrada según el orden geométrico. Madrid: Nacional, 1980.

MACHADO, C. (Org.). **Constituição Federal Interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3. ed. Barueri: Manole, 2012.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MILL, J. S. **Ensaio sobre a liberdade**. Tradução de Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Editora Escala, 2006.

MONTESQUIEU, C.-L. S. B. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOGUEIRA, A. **Sistemas Judiciais das Liberdades Públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

O PODER JUDICIÁRIO E OS MOVIMENTOS SOCIAIS: O CASO DO AUMENTO DA TARIFA DO TRANSPORTE PÚBLICO EM PORTO ALEGRE-RS

Douglas Cunha Ribeiro⁵⁵

Diógenes V. Hassan Ribeiro⁵⁶

RESUMO: O presente artigo pretende analisar a relação entre movimentos sociais de protesto e o Poder Judiciário. Os protestos das *Jornadas de Junho* tiveram como tema, entre outros, o aumento da tarifa dos transportes públicos. Em Porto Alegre-RS, esse protesto foi judicializado, implicando a suspensão desse aumento. Em vista disso e do Judiciário como centro do sistema do Direito, verificar-se-ão as condições de aprendizado e de fechamento sistêmico, especificamente na judicialização de tal protesto, ressaltando-se a difícil e complexa inter-relação entre os movimentos sociais e o sistema jurídico.

Palavras-CHAVE: Protesto; Movimentos Sociais; Direito; Judiciário; Legislação.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, inúmeras movimentações sociais deflagraram-se ao redor do mundo, entre elas *Primavera Árabe*, *Occupy Wall Street* e *Jornadas de Junho*. As movimentações sociais de protesto ocorridas em 2013 no Brasil levaram o nome de *Jornadas de Junho*. Entre outros fatores que resultaram nas *Jornadas de Junho*, os protestos contra o aumento da tarifa do transporte público municipal na cidade de Porto Alegre/RS foi um dos que se destacaram. Impulsionado pelos protestos, o aumento da tarifa foi objeto de um processo judicial ajuizado por dois vereadores de Porto Alegre.

Os movimentos sociais de protesto são caracterizados por exigirem *reações* frente a certos problemas, e não, pois, um maior conhecimento deles.

⁵⁵ Mestrando em Direito e Sociedade (UNILASALLE-Canoas), Especialista em Direito Tributário (UFRGS), bolsita FAPERGS; Advogado: dougcrib@gmail.com.

⁵⁶ Doutor em Direito Público (UNISINOS-2006), Mestre em Direito Público (UNISINOS-2001), Desembargador TJRS, professor titular do PPGD-Mestrado UNILASALLE-Canoas: diogenes.ribeiro@unilasalle.edu.br.

Reconhecidos como estando *contra* a sociedade – ainda que *dentro* dela – os movimentos sociais dirigem seus protestos para os *centros* dos sistemas funcionais da sociedade, geralmente para o Estado. Ocorre que a resolução do tema dos protestos em Porto Alegre – ou seja, contra o aumento da tarifa dos ônibus – foi direcionado ao centro do sistema do Direito, *i.e.*, o Poder Judiciário, de modo a recodificar e reconstruir tal tema em termos jurídicos (lícito/ilícito). Assim, analisar-se-ão as particularidades do Direito diante das irritações dos movimentos sociais, destacando-se a (im)possibilidade de aprendizado do Judiciário para a resolução dos problemas protestados, especificamente o caso da judicialização do aumento da tarifa dos transportes público em Porto Alegre-RS, ressaltando-se a difícil e complexa inter-relação entre os movimentos sociais e o sistema jurídico

2 A ECLOSÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS DO SÉCULO XXI E O BRASIL

Os movimentos sociais são, em grande parte, considerados como especificamente modernos, é dizer, um fenômeno do século XIX e XX. Assim, embora tenham existido revoltas dos camponeses, escravos e movimentos religiosos, a sua análise ganhou relevo a partir dos movimentos socialistas do século XIX. E os movimentos sociais posteriores aos propriamente socialistas são reconhecidos como *novos movimentos sociais*⁵⁷.

Com o Estado absoluto (soberania do monarca), para limitar a atuação do Estado, baseou-se na ideia de leis positivadas, de tal modo que, se um soberano ignorá-las, contradiria seu próprio poder. Dessa maneira, tornou-se forte a proibição de *resistir* (protestar) contra o direito vigente, positivado⁵⁸. Com efeito, o problema passou a residir quando houvesse fato/ato contra a lei, desencadeando a possibilidade de *resistir*: “Una protesta en contra de las obligaciones normativas para el siglo XIX sólo podía adoptar la forma *típica* del anarquismo”.

⁵⁷ Luhmann, 2006, p. 190 e segs.; Gohn, 1997, p. 121 e segs.

⁵⁸ Em analogia aos dias de hoje, tratar-se-ia de considerar incompatível qualquer *resistência* contra o direito válido, *i.e.*, baseando-se, fundamentalmente, em um protesto contra a Constituição. Ocorre que, como se verá, atualmente, os próprios movimentos sociais recorrem do Direito para garantir a sua liberdade de protestar.

Os movimentos socialistas circunscrevem-se, primariamente, contra a distribuição desigual dos bens escassos, é dizer, contra as consequências da industrialização e pela melhor distribuição do bem-estar; não se trata de protestos contra o Direito, *i.e.*, de prejuízos que resultam da projeção das normas jurídicas que limitam as possibilidades de comportamento (da classe inferior)⁵⁹ – ao menos não, primariamente, devido à positivação do Direito.

Em vista disso, vê-se que os *novos movimentos sociais* transcendem as estruturas das classes sociais⁶⁰ e, com o Estado de Bem-estar, ganham novos temas de protesto – já que, aliás, os trabalhadores começam a fazer valer seus interesses a partir da participação no parlamento⁶¹. Nesse sentido, Luhmann melhor esclarece que, muito embora os protestos contra as normas jurídicas não tenha desaparecido e tampouco os protestos contra o uso dos bens escassos, tais tipos de protestos perderam a posição central que tiveram em outros tempos⁶². Em verdade, os *novos movimentos sociais* são caracterizados por seus motivos e temas dos protestos terem-se tornado muito mais heterogêneos em relação aos movimentos anteriores, de tal modo que se possibilita aproveitar sempre temas novos, sem que se deixe de protestar⁶³.

E os movimentos sociais do séc. XXI seriam *novos (novos) movimentos sociais*? Foi na Tunísia e na Islândia a centelha que acendeu o fogo; e daí os movimentos se espalharam por contágio num mundo ligado pela internet. Ergueram-se outros movimentos contra o gerenciamento equivocado da crise econômica na Europa e nos Estados Unidos da América, bem como na Espanha, Grécia, Portugal, Itália, Grã-Bretanha e noutros países europeus com menos intensidade. Igualmente, em Israel, um movimento com múltiplas demandas tornou-se a maior mobilização de base da história do país⁶⁴. Além

⁵⁹ Luhmann, 2006, p. 187; Luhmann, 2007, p. 673.

⁶⁰ Gohn, 1997, p. 127.

⁶¹ Inclusive, Franz Neumann, integrante da Teoria Crítica (que teve seus fundamentos originais na teoria de Karl Marx), aponta uma nova abordagem do *Direito* para a sociedade, tendo em vista a efetiva participação dos trabalhadores no parlamento, possibilitando um conflito político (*democracia*): Rodriguez, 2004; Neumann, 2013.

⁶² Luhmann, 2006, p. 189.

⁶³ Luhmann, 2007, p. 673 e 681.

⁶⁴ Castells, 2012.

da *Primavera Árabe*, *Indignados*, *Occupy Wall Street*, os movimentos sociais do séc. XXI chegaram ao Brasil: *Jornadas de Junho*.

Os movimentos sociais no Brasil iniciaram, efetivamente, em 2012, no Estado do Rio Grande do Norte, protestando contra o aumento da tarifa do transporte público urbano, conseguindo, ao final, a pretendida diminuição em agosto daquele ano; ocorre que, em maio de 2013, a tarifa foi aumentada novamente. Foi em 2013 que protesto semelhante se deflagrou na cidade de Porto Alegre (Rio Grande do Sul), obtendo a diminuição da tarifa posteriormente. Na sequência, inúmeros protestos foram realizados no Brasil: Belo Horizonte, Brasília, São Paulo, Rio de Janeiro, Fortaleza entre outros. No dia 25 de junho, 125.000 pessoas protestaram em Belo Horizonte. Não se pode deixar de registrar que a maioria das manifestações coincidiu com a data dos jogos da Copa das Confederações, sediada pelo Brasil⁶⁵.

Nas *Jornadas de Junho* de 2013, alguns temas de protesto destacaram-se. Exigiu-se uma *reforma política* com uma sensação forte de que ninguém representava os brasileiros, inclusive expulsando os representantes de partidos públicos durante os protestos: “Ninguém nos representa”, diziam os manifestantes. Protestou-se por *educação padrão FIFA*, *hospital padrão FIFA* e *segurança padrão FIFA*, no sentido de que o padrão FIFA referente ao luxo dos estádios de futebol deveria ser aplicado ao sistema educativo, de saúde e de segurança pública brasileiro. Clamou-se pela não aprovação da *PEC n.º 37*, e – independentemente do sentido técnico-jurídico de tal projeto de emenda à Constituição – os protestos apontavam que haveria a destituição das atribuições de investigação do Ministério Público, podendo implicar o obscurecimento de eventuais atos de corrupção. Ainda, outro tema dos protestos consistiu no aumento das tarifas/passagens dos transportes públicos, e assim diziam os manifestantes: “Se o transporte é público, por que eu pago? Se eu pago, por que é ruim?”⁶⁶.

⁶⁵ Para melhor análise da ligação entre os protestos sociais e o futebol no Brasil, ver Schwartz, 2014b.

⁶⁶ Schwartz, 2014a, p. 125-135.

Diante disso, os *novos (novos) movimientos sociales* produziram uma nova comunicação⁶⁷. Ora, as representatividades políticas atuais não representam suficientemente esses novos movimentos. Desse modo, tal nova comunicação “[...] no puede ser rebatida con los métodos y con las instituciones de um Estado-Nación que no representa más a uma juventud orientada por un mundo sin barreras y de posibilidades mil”⁶⁸.

A eclosão dos movimentos sociais do séc. XXI ocorreu inesperadamente. “Ocurrió cuando nadie lo esperaba”, asseverou Castells⁶⁹. Tais movimentos identificaram-se por ignorarem os partidos políticos, desconfiarem da mídia jornalística, não reconhecerem nenhuma liderança, rejeitarem qualquer organização formal e utilizarem a internet para divulgação e coordenação dos protestos⁷⁰. Para Castells, os movimentos sociais exercem um contrapoder em oposição ao poder institucional; e como característica principal desses movimentos está a internet, que é um meio de comunicação de massa, primariamente, não controlado por governos e empresas de mídia⁷¹.

Nesse sentido, segundo Schwartz⁷², pode-se falar que o protesto contra a falta de representatividade política se consolida nos desejos da população por maior participação nos processos decisórios. Assim, passando de uma natureza autoritária a uma natureza progressivamente negociada do Direito, onde há uma vontade participativa via a governança⁷³; passando de uma regulamentação para a regulação. Aquela consistente em uma produção *top down* das normas jurídicas; e a regulação em um sentido de produção participativa de um direito negociado com a pluralidade de espaços compartilhados entre os representantes do povo e o povo mediante a governança: Direito vocacionado para a construção *bottom up*⁷⁴.

Outro elemento em comum nos movimentos sociais do séc. XXI é a internet. Embora não seja o objeto do artigo delinear as características

⁶⁷ Schwartz, 2014b, p. 25.

⁶⁸ Schwartz, 2014b, p. 25.

⁶⁹ Castells, 2012, p. 19.

⁷⁰ Castells, 2012, p. 12.

⁷¹ Castells, 2012, p. 27.

⁷² Schwartz, 2014a, p. 128.

⁷³ Arnaud, 2005, p.10.

⁷⁴ Arnaud, 2007, p. 49-53

peculiares desses *novos (novos) movimentos sociais*, faz-se necessário abordar alguns pontos. Tais movimentos sociais caracterizam-se, primariamente, pela intermediação da internet, seja para organizar os protestos, seja para manifestar e divulgar os temas dos protestos por comentários, fotos e/ou vídeos.

A internet esboça uma *aquisição evolutiva* da sociedade e principalmente do sistema Político. Trata-se de mecanismos que, ao reduzirem a complexidade, terminam aumentando a complexidade⁷⁵ (paradoxo), no sentido de possibilitar um acesso mais variado a operações que não existiriam senão por tal aquisição evolutiva; há, pois, maior compatibilidade em relação aos seus equivalentes funcionais. As aquisições evolutivas viabilizam uma complexidade maior em muitos sistemas da sociedade, os quais os especificam e os redefinem autorreferencialmente⁷⁶.

Frequentemente, na evolução da sociedade, a aquisição evolutiva é facilitada e, inclusive, possibilitada através de *preadaptive advances*. Ora, ao surgirem, os mecanismos evolutivos não apresentam funções definitivas – se é que se pode falar em uma função final ou definitiva –, isso porque as aquisições evolutivas não surgem pelo motivo de serem aptas para solucionar problemas determinados; em verdade, os problemas surgem com as aquisições evolutivas⁷⁷. Trata-se da distinção funções provisórias/funções definitivas. Com efeito, a internet surge como um modo de manter o governo funcionando em caso de um ataque nuclear, ou seja, para fins militares; hoje, entretanto, a internet transformou os modos de conexão, comunicação, reduzindo o tempo e as distâncias, constituindo-se uma gigantesca rede mundial. A internet consiste, pois, em um meio de difusão da comunicação, *i.e.*,

⁷⁵ *Complexidade* entendida como a existência sempre de mais possibilidades do que se pode realizar. Do conceito, há a noção de *elemento* e de *relação*, *i.e.*, complexidade como aumento quantitativo dos elementos, sendo não mais possível relacionar todos elementos entre si. Assim, implica uma seleção forçada, pressão seletiva, a qual implica a contingência, ou seja, as possibilidades apontadas para as demais expectativas poderiam ser diferentes das esperadas, possuindo a possibilidade de desapontamento: Luhmann, 1983; Luhmann, 1991.

⁷⁶ Rodríguez; Nafarrate, 2008, p. 353-364.

⁷⁷ “Sólo cuando existe la magia es posible ver para qué puede usarse. Sólo cuando se instituyen cargos públicos para deshacerse de los reyes se debe politizar, en consecuencia, el ocuparlos, y con ello se crean las condiciones que más tarde se celebran como ‘democracia’”: Luhmann, 2007, p. 402.

transforma em provável o fato improvável de que a comunicação alcance a destinatários não presentes, aumentando a possibilidade de extensão espacial e temporal da comunicação e revelando uma sociedade que se reconhece como um grande sistema global⁷⁸.

Ademais, é possível ver uma relação entre a internet e a opinião pública. Relativamente aos movimentos sociais e sua relação com os meios de comunicação em massa, revela-se uma opinião pública que parece ser uma representação de conflitos que aportam constantemente novos temas de protesto. Os movimentos sociais servem-se dos meios de comunicação em massa para capturar a atenção. A opinião pública, na qual se reflete o movimento social, não assume uma função de juiz, tampouco de tornar visível e impor fundamentos razoáveis de juízo. A função da opinião pública nos movimentos de protesto consiste em tornar possível a observação do observador, melhor dito, o protesto atua como um espelho onde o conflito pode ver-se a si mesmo e confirmar-se em sua significatividade⁷⁹.

No sistema Político, a relação interna entre *público* e *política*⁸⁰ dá-se mediante a opinião pública. Há, pois, uma circularidade dinâmica no sistema Político, de tal modo que o *público* influencia a *política* através das eleições (opinião pública); a *política* estabelece os limites e prioridades às decisões da *administração* (políticas públicas, incluindo a legislação); e o *público* pode reagir diante das decisões por meio das eleições políticas ou outra expressão de opinião pública. A opinião pública tem deveras importância no sistema Político, mormente na sua *democratização*, a partir da diferenciação de um público politicamente relevante⁸¹.

Ocorre que o indicador mais comum da opinião pública é a eleição política. E, sendo um dos temas dos protestos da falta de representatividade política, vê-se que o público pretende participar de um modo mais decisivo nas ações políticas, e não apenas nas eleições. Ao menos em um modo de função provisória, parece que a internet começa a possibilitar um *medium* de

⁷⁸ Rodríguez; Nafarrate, 2008, p. 365 e 130. Luhmann, 2007, p. 641.

⁷⁹ Luhmann, 2007, p. 684. Luhmann, 2006, p. 195.

⁸⁰ Política, aqui, identificando-se primariamente com os *partidos políticos*, diferenciando-se, pois, da *Administração*.

⁸¹ Luhmann, 2002.

manifestação da opinião pública. Aliás, não tendo um viés hierárquico, a internet permite uma organização dos protestos em um nível circular além de permitir a manifestação da opinião pública de forma diversa das eleições políticas.

Assim, muito embora os protestos dos movimentos sociais se distingam da oposição política – a qual se manifesta pelo fato de que deve estar disposta a assumir o governo ou a cooperar com ele, por isso da distinção Governo/Oposição do sistema Político⁸² –, os movimentos sociais trazem traços de uma “nueva periferia del sistema político”⁸³, onde há uma abertura e flexibilidade do sistema Político.

A sociedade global é um fato indesmentível⁸⁴. A noção de fronteira está esvaecendo-se na atual sociedade (porosidade das fronteiras)⁸⁵. Melhor dito, a sociedade atual diferencia-se por funções, sendo os limites dos subsistemas (funcionais) não mais físicos, mas sim limites de sentido, ainda que alguns limites físicos (p. ex., Estado) possam simbolizar limites de sentido⁸⁶. Dessa maneira – apesar da desdiferenciação⁸⁷ da sociedade, *i.e.*, uma sociedade global hiperfragmentada com, necessariamente *networks* –, os sistemas funcionais da sociedade são globais.

Nesse sentido, considerando-se que os problemas atuais do Direito e da Política não são mais suficientemente resolvidos apenas com uma análise na tríade Constituição/Estado-Nação/Soberania⁸⁸ – incluindo uma incapacidade do público de inter-relacionar-se com uma ordem política internacional, nos processos de decisão global – a internet serve como *medium* de uma opinião pública, que viabilizou refletir, por sua vez, traços de um *público global*, cujos movimentos sociais do sec. XXI com suas repercussões globais o revelaram. A

⁸² Luhmann, 2007, p. 679.

⁸³ Nafarrate, 2009, p. 331.

⁸⁴ Rodríguez, 2010, p. 25.

⁸⁵ Arnaud, 2007, p. 14-17.

⁸⁶ Rocha; Schwartz; Clam, 2005, p. 73 e segs.

⁸⁷ Desdiferenciação no sentido de haver inúmeras outras diferenciações na sociedade global além da funcional – embora essa seja a predominante –, sem que haja uma ausência da autopoiese ou da diferenciação funcional dos subsistemas da sociedade. É dizer, a desdiferenciação conserva as diferenças: Luhmann, 2007, p. 907.

⁸⁸ Schwartz, 2007.

internet esboça, pois, uma aquisição evolutiva do sistema Político, cujo fato denota uma característica peculiar dos movimentos sociais do séc. XXI.

3 OS MOVIMENTOS SOCIAIS DE PROTESTO E O PODER JUDICIÁRIO (TRIBUNAL)

Quais são os traços fundamentais da sociedade contemporânea? Para melhor compreender-se os movimentos sociais, deve-se responder a essa pergunta. Trata-se de uma sociedade global fragmentada com *networks*. Não há uma ordem superior que regule os sistemas parciais da sociedade (Direito, Política, Economia etc.), devendo-se confiar na evolução social⁸⁹, ou seja, na capacidade de variação, seleção e estabilização do próprio sistema parcial (funcional). E é nesse contexto que Luhmann fala do primado da diferenciação funcional, no sentido de que, para determinado sistema – e somente para esse –, a sua função goza de prioridade em face de todas as demais funções e, assim, respectivamente para cada outro sistema⁹⁰. Por exemplo, o êxito político é o mais importante de tudo para o sistema Político, sendo que, para o sistema Político, uma Economia exitosa é somente importante como condição para os êxitos do próprio sistema, *i.e.*, êxitos políticos.

Desse modo, o sistema da sociedade pode observar-se simultânea ou sucessivamente de maneiras muito diversas, isto é, trata-se de uma sociedade “policontextural”⁹¹, na qual se permitem incontáveis descrições de sua complexidade. Igualmente é cunhada de sociedade “multicêntrica”⁹² ou “policentricidade”⁹³, de tal maneira que todo sistema parcial/funcional (Direito, Política, Economia etc.) é centro do mundo. Com isso, na diferenciação funcional, as funções específicas concentram-se em um sistema parcial com competência universal; há, pois uma combinação de *universalismo* e

⁸⁹ Luhmann, 2007, p. 591. “La teoría de la evolución describe y explica el hecho de que un sistema, estructuralmente determinado, puede cambiar sus propias estructuras mediante sus operaciones [véase sistema/entorno]”: Cosi; Esposito; Baraldi, 2006, p. 103.

⁹⁰ Luhmann, 2007, p. 592.

⁹¹ Luhmann, p. 21 e segs. e p. 62.

⁹² Neves, 2009, p. 22 e segs.

⁹³ Schwartz, 2014c, p. 113.

*especificação*⁹⁴. Portanto, a sociedade global é fragmentada em funções específicas e universais, no que se refere à sua função.

Nesse contexto, ao protestarem, os movimentos sociais consideram estar *contra* a sociedade, embora estejam dentro dela. É dizer, o protesto expressa-se pela sociedade, mas contra ela. Com os protestos, os participantes buscam influenciar a política, porém *não* pelas vias normais, a fim de *frisar* que tal tema não pode processar-se de maneira ordinária, por ser urgente e relevante. Aliás, os movimentos sociais não são testemunhas de um sistema de interação tampouco um tipo de organização em que existam membros⁹⁵.

A unidade do movimento social de protesto resulta de sua forma, é dizer, do *protesto*. Com a forma de protesto, os movimentos sociais vão contra os *procedimentos cognitivos*, indo a favor dos *procedimentos reativos*. Contentam-se com uma representação bastante esquemática do problema em combinação com grandes títulos como o de “escândalo”. Como característica marcante, os movimentos de protesto exigem dos destinatários uma *reação* diante do problema, e não mais esforço para conhecê-lo (cognição do problema), *i.e.*, quer-se resolver o problema imediatamente. Os procedimentos reativos prometem efeitos que se alcançam rapidamente⁹⁶.

Diante disso, aos movimentos sociais falta uma reflexão de segunda ordem. Os movimentos sociais protestam sem permitir a pergunta sobre as razões de tais situações (objetos/temas do protesto) sejam assim. A falta do outro lado é considerada uma vantagem e inerente ao protesto, isso porque qualquer análise com uma orientação *teórica* do problema debilitaria o protesto⁹⁷.

Como sistema autopoietico⁹⁸, os movimentos sociais têm como operações comunicações de protestos. Luhmann aponta que, para os

⁹⁴ Luhmann, 2007, p. 562.

⁹⁵ Luhmann, 2007, p. 672 e segs.

⁹⁶ Luhmann, 2007, p. 672 e segs.

⁹⁷ Luhmann, 2006, p. 194.

⁹⁸ Etimologicamente, *autopoiesis* significa *que se produz por si próprio*. O sistema autopoietico é construído pelos próprios elementos que ele constrói. O sistema da sociedade, por sua vez, é (re)constituído por comunicação, seu elemento indivisível, a partir do qual a sociedade se

movimentos sociais, a forma *protesto* faz as vezes do código para os sistemas funcionais. A forma protesto tem dois lados: os que protestam, de um lado; e aquilo – e aquele – contra o que se protesta, de outro lado. Ademais, veja-se que os movimentos sociais necessitam de um tema contra o qual protestar. Nesse ponto, os *temas* são para os *protestos* o que os programas são para um código⁹⁹. Melhor dito, os temas determinam as condições de aplicação dos protestos, de tal modo que aqueles são contingentes, mas os protestos matêm-se sempre na forma de protestos. Por conseguinte, os movimentos sociais podem aproveitar sempre temas novos, sem que se deixe de protestar.

Para a criação dos temas dos protestos, há duas formas que se destacaram. Trata-se da igualdade interna e o equilíbrio externo. Em verdade, são duas formas utópicas, pois a *desigualdade* e o *desequilíbrio* são precisamente o que caracteriza um sistema, porquanto a sociedade somente pode ser um sistema com desigualdades internas (diferenças) e somente com um desequilíbrio em face do entorno (complexidade estruturada)¹⁰⁰, de tal modo que isso garante uma reserva inesgotável para criação de temas. Isso garante que a sociedade permaneça a descrever-se contra si própria nos protestos¹⁰¹.

E é a sociedade que se converte no tema de fundo dos temas dos protestos; converte-se no *medium* onde se formam novas ocasiões de protestos. Clausurando-se operacionalmente, tendo em vista a autopoiese dos protestos e os temas como estrutura contingente daqueles, é o próprio movimento social que constrói o tema. Com efeito, para o lado contra o qual se protesta (sistemas funcionais, organizações) tal tema sequer constituía uma

autorreproduz e se diferencia. A comunicação é, pois, a única operação genuinamente social: Luhmann, 2007, p. 57 e segs.

⁹⁹ “Para el análisis de la estructura interna de estos sistemas parciales de la sociedad es posible distinguir dos niveles: el primero corresponde a los códigos binarios que rigen el subsistema; el segundo es aún más cualitativo pues nos remite al nivel en donde se fijan las condiciones, criterios o reglas de decisión, mediante los cuales se ordena efectivamente la información”: Rodríguez; Arnold, 2007, p. 170.

¹⁰⁰ Com efeito, veja-se que a própria evolução da sociedade baseia-se na combinação entre sistema/entorno e igualdade/desigualdade, de tal maneira que, na sociedade funcionalmente diferenciada, os sistemas funcionais são iguais em sua desigualdade. E, ademais, é necessário um desequilíbrio, uma vez que a diferença sistema/entorno se caracteriza justamente pelo desnível de complexidade: Luhmann, 1991; Luhmann, 2007.

¹⁰¹ Luhmann, 2006, p. 191.

controvérsia. A sociedade mostra-se, portanto, surpreendida, sendo para ela algo até então incompreensível¹⁰².

Diante disso, Luhmann assevera que se poderia dizer que a *função* dos movimentos de protestos seria a de “[...] reasentar en operaciones de la sociedad la negación de la sociedad”¹⁰³. É dizer, a sociedade moderna parece ter encontrado uma forma de autopoiese para observar-se: “en sí misma *contra* si misma”¹⁰⁴. Os movimentos sociais de protesto observam a realidade como *resistência da comunicação contra a comunicação*. Aliás, uma vez sendo um sistema autopoietico, não contatam diretamente o entorno senão na forma de protesto. Entretanto, os movimentos sociais utilizam a ilusão de conhecer melhor o entorno como *ponto cego* que facilita realizar a *resistência da comunicação contra a comunicação* e, com isso, irritar a sociedade¹⁰⁵.

É nesse sentido, então, que se fala que ninguém esperava ou que se trata de uma comunicação nova. Com efeito, ao reasentarem a negação na sociedade, os movimentos de protesto possibilitam a evolução dos sistemas funcionais. Conforme Luhmann, a evolução social somente se completa com a realização dos três mecanismos evolutivos ou funções da evolução: variação, seleção e estabilização. A grosso modo, a variação consiste na reprodução desviante dos elementos através dos elementos do sistema; a seleção consiste na possibilidade de continuar a reprodução do elemento inovador através da criação de uma estrutura; e a estabilização consiste em garantir a capacidade de resistência da nova estrutura, *i.e.*, que as estruturas preexistentes se rearticulem para adequar-se às novas estruturas (expectativas)¹⁰⁶. Os movimentos sociais de protesto estimulam a variação dos sistemas funcionais; ora, a variação contrapõe um *não* à conexão de expectativas reguladora da reprodução sistêmica. Reasentado a negação na sociedade, os protestos *estimulam* a variação, isso porque a variação ocorre dentro dos sistemas funcionais e autopoieticos. Vê-se, pois, que, em verdade, toda irritação é uma autoirritação, de tal modo que não existem irritações no entorno do sistema: “la

¹⁰² Luhmann, 2007, p. 682 e segs.

¹⁰³ Luhmann, 2007, p. 685.

¹⁰⁴ Luhmann, 2007, p. 686.

¹⁰⁵ Luhmann, 2007, p. 685 e segs.

¹⁰⁶ Luhmann, 2007, p. 393 e segs.

irritación es siempre en realidad una *autoirritación*, partiendo eventualmente de eventos del entorno”¹⁰⁷.

Portanto, nenhum sistema parcial da sociedade esperava; tratou-se de uma comunicação nova. É nesse sentido que a variação consiste numa comunicação inesperada, surpreendente. Principalmente Direito e Política houveram de se autorritar, trazendo tal tema até então não controvertido para o seu respectivo sistema por meio da variação (autorreferencialidade). E, assim, surgiu uma comunicação jurídica inesperada e uma comunicação política inesperada.

Além disso, não se consistindo na forma de oposição política (governo/oposição), os movimentos sociais de protesto, em verdade, agem como se tivessem que defender a sociedade de seu sistema Político, razão pela qual não é falso pensar que tais movimentos sociais surgem na relativa falta de ressonância do sistema Político. Nesse passo, os movimentos sociais encontram na *Constituição* uma provocação para provocar, tendo em vista que a Constituição serve para delimitar o sistema Político sobre si mesmo¹⁰⁸.

Os movimentos de protesto expressam-se numa forma específica de diferenciação da sociedade: *diferenciação centro/periferia*. É, pois, a periferia que protesta, mas não contra si mesma; o centro é o que deve escutá-la e tomar em conta o protesto. Ocorre que, contudo, a sociedade contemporânea não possui mais um centro – é, pois, multicêntrica. Desse modo, os movimentos de protesto encontram-se unicamente naqueles sistemas funcionais que formam *centros*, sobretudo no sistema Político. E o sistema Político diferencia-se internamente em organizações segundo o esquema centro/periferia, consistindo o Estado no centro e as demais organizações políticas (partidos políticos, p.ex.) na periferia¹⁰⁹. Diante disso, vê-se que, comumente, os movimentos sociais de protesto dirigem seus protestos ao Estado, o qual deve escutá-los e tomar as providências necessárias –

¹⁰⁷ Corsi; Esposito; Baraldi, 2006, p. 22.

¹⁰⁸ Luhmann, 2007, p. 679. A Constituição é o acoplamento estrutural entre Política e Direito: a Política oferece ao Direito premissas para sua tomada de decisão em forma de leis positivadas; e o Direito oferece à Política a legalidade necessária para que faça uso do poder. Assim, o poder Político subordina-se ao Direito e, ao mesmo tempo, tem o direito de modificar o Direito: Luhmann 2005, p. 508 e segs.

¹⁰⁹ Corsi; Esposito; Baraldi, 2006, p. 177-178. Nafarrate, 2009, p. 272 e segs.

lembrando-se de que os movimentos exigem reações aos problemas, e não mais conhecimento¹¹⁰.

Todavia – ainda que não seja alvo dos protestos –, em sendo o Judiciário o destinatário para a resolução dos problemas revelados pelos protestos, ou seja, em sendo os protestos judicializados (como foi o caso do aumento da tarifa do transporte público em Porto Alegre-RS, objeto deste artigo), será o Poder Judiciário o mais adequado destinatário para a solução dos problemas protestados?

O sistema do Direito diferencia-se internamente em centro/periferia. Frise-se que se trata de uma concepção perfeitamente *heterarquizada*, ou seja, não há uma ordem hierárquica entre centro/periferia¹¹¹. No Direito, é a legislação que ocupa a periferia, situada na fronteira com o sistema Político; sua função é a de *acomodação* ou filtragem da irritação do sistema Político e que irradia pelo sistema jurídico. E o Judiciário (Tribunais, juízes) ocupa a posição central no sistema do Direito, cujas operações só reproduzem operações filtradas – e não filtrantes –, colocando em prática o código (lícito/ilícito) e os programas (leis) jurídicos, fazendo uso reservado do símbolo circundante da validade jurídica¹¹².

A periferia serve de zona de contato com outros sistemas funcionais (Política, Economia, Saúde, Educação etc.), isso porque, nas periferias, se pode apresentar interesses de qualquer índole e impô-los com todos os meios disponíveis, isto é, sem que se importe com a distinção interesses legais/interesses ilegais¹¹³. A legislação, cedendo a pressões políticas, infiltra-se, cada vez mais, em espaços que antes estavam *livres do Direito*.

Trata-se de uma diferenciação do processo decisório entre os processos legislativos e as decisões judiciais. Com efeito, o processo decisório da jurisprudência não possui formas institucionalizadas de mudança do Direito, de tal modo que apenas realiza assimilações, adaptações ou alterações que sejam compatíveis com a identidade das normas – ou melhor, que não sejam

¹¹⁰ Luhmann, 2007, p. 672 e segs.

¹¹¹ Clam, 2005, p. 131 e segs. Luhmann, 1990.

¹¹² Clam, 2005, p. 131 e segs. Luhmann, 1990.

¹¹³ Luhmann, 2005, p. 383-384.

contra o direito válido. Essa limitação do Tribunal está intimamente ligada ao fato de que ele lida com situações onde já ocorreram frustrações, tratando do processamento de frustrações, para o qual são essenciais um rígido referencial para as decisões e a manutenção das normas decisórias: “Em plena situação de frustração é difícil assimilar, aprender”¹¹⁴. Diante disso, a positivação do Direito significou que, dentro do Direito, devem ser concomitantemente institucionalizadas as possibilidades de abertura (aprendizado) e não abertura (fechamento/processamento das frustrações), de atitudes cognitivas e normativas com respeito às mesmas normas¹¹⁵. É dizer, faz-se necessário a diferenciação entre legislação (periferia) – a qual está aberta a aprender no Direito – e o tribunal (centro) – o qual exprime o vetor autopoietico do fechamento normativo do Direito. É, assim, que se possibilita um sistema do Direito simultaneamente aberto e fechado, que tem repetição e diferença (paradoxo): *clausurado normativamente e aberto cognitivamente*¹¹⁶.

Como característico do seu centro jurídico, os Tribunais estão *obrigados a decidir (proibição de denegação da justiça)*¹¹⁷ – diferentemente da periferia. O Judiciário, por sua vez, é o “coração do encerramento operativo do sistema jurídico”¹¹⁸, devendo decidir constantemente sobre a *licitude/ilicitude* das operações. Nesse ponto, os Tribunais operam em isolamento cognitivo muito mais drástico em relação aos legisladores e contratantes, porquanto, na periferia, as irritações se formalizam (*ou não*) juridicamente; mas, nos Tribunais, elas são *sempre* jurídicas (lícitas/ilícitas). Outrossim, é o Tribunal que faz uso reservado da validade jurídica, que consiste no símbolo circundante da unidade do Direito¹¹⁹.

¹¹⁴ Luhmann, 1985, p. 37.

¹¹⁵ Luhmann, 1985, p. 38.

¹¹⁶ Luhmann, 2005, p. 93 e segs.

¹¹⁷ Luhmann, 2005, p. 372 e segs.

¹¹⁸ Clam, 2005, p. 135.

¹¹⁹ De acordo com Luhmann (2005, p. 154-167), o conceito de *validade jurídica* consistente em um símbolo da unidade do Direito, substituindo a pergunta sobre as “fontes do Direito”, de modo a tratar a unidade do Direito como uma “coisa puramente interna que circula dentro do sistema”; ademais, segundo Luhmann, a validade jurídica refere-se à modificação das disposições do Direito, de tal modo que consiste na unidade da diferença entre um *estado de*

Em face disso, vê-se que o Estado (centro do sistema Político) sob a forma do órgão legislativo (periferia do sistema do Direito) está aberto cognitivamente; e o Tribunal (centro do sistema do Direito) é o coração do fechamento operativo do sistema jurídico. Reitera-se a pergunta, então: será o Poder Judiciário (Tribunal) o mais adequado destinatário para a solução dos problemas dos protestos?

4 O PROTESTO CONTRA O AUMENTO DA TARIFA DO TRANSPORTE PÚBLICO EM PORTO ALEGRE-RS

Pelo menos nos oito anos anteriores aos protestos denominados *Jornadas de Junho*, o aumento da tarifa do transporte público em Porto Alegre-RS ocorreu no período de férias escolares do verão (janeiro-fevereiro), no qual um grande número de pessoas não está na cidade, apenas sentindo esse impacto mês(es) depois. Assim, tendo em vista o costume de aumentar-se tal tarifa nesse período, um grupo chamado *Bloco de Luta pelo Transporte Público* iniciou a protestar já em janeiro (início do período de veraneio). Entretanto, em 21 de março de 2013, a Prefeitura autorizou o aumento da tarifa do transporte público municipal¹²⁰. O aumento elevou o preço das passagens de ônibus urbano de R\$ 2,85 para R\$ 3,05.

Diante disso, houve um crescimento significativo dos manifestantes, chegando a aproximadamente dez mil pessoas em 1º de abril, reunidas ao redor da Prefeitura. Os protestos eram no sentido do estabelecimento do passe livre em transportes públicos para os idosos, os desempregados e, mais fortemente manifestada, para os estudantes; no sentido de que o preço era

direito vigente anterior a um estado de direito vigente posterior. Trata-se, pois, a validade jurídica de um valor distintivo (validade/não validade) do sistema jurídico que se realiza de maneira recursiva (autopoiese), produzindo a validade *conexões* dentro do sistema: “Por conseguinte la validez se asegura únicamente mediante la integración recursiva de las operaciones a la red, con el mínimo de esfuerzo com respecto a la información (redundancia) [...] En cambio, la permuta que se hace de jerarquía por tiempo permite renunciar a la fundamentación normativa de la validez a partir de una ‘norma superior’. Cualquier fundamentación normativa de la validez se perdería en un regreso al infinito; o dicho de otro modo: tendría que presuponerse a sí mismo, tendría que presuponer su próprio etcétera.” (Luhmann, 2005a, p. 166).

¹²⁰ Schwartz; Da Costa; Fleck, 2014.

demasiado para um serviço prestado em más condições (ônibus superlotados e atrasados, escasso sistema de metrô, parca segurança etc.); e no sentido de tornar pública e transparente a situação financeira (planilha de dados) da empresa privada prestadora do serviço público, com base na qual se justificaria o aumento da tarifa¹²¹.

Dois vereadores da Assembleia Legislativa de Porto Alegre-RS ajuizaram processo judicial¹²² em face do Município de Porto Alegre-RS, Empresa Pública de Transporte e Circulação-EPTC (prestadora do serviço público) e Conselho Municipal de Transporte Urbano, pleiteando – inclusive em tutela antecipada (liminar) – a suspensão e subsequente anulação do ato de aumento da tarifa do transporte público urbano. Em decisão liminar, o Judiciário suspendeu o aumento tarifário do transporte público, mantendo o valor de R\$ 2,85. Aliás, a partir daí, as movimentações sociais tornaram-se mais frequentes, e assim os manifestantes se referiam: “O Gigante acordou”¹²³. Nesse ponto, destaque-se que não foi a movimentação social, mas sim dois vereadores que ajuizaram a demanda judicial – relembrando-se de que os movimentos sociais repudiaram a participação de *partidos políticos* nas manifestações.

Ocorre que a decisão que suspendeu o aumento da tarifa foi uma decisão judicial liminar, isto é, uma decisão precária, provisória decorrente de uma cognição sumária, de tal modo que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo e que está subordinada/dependendo a/de uma decisão definitiva. Nesse sentido, incumbe analisar como foi o desenrolar do processo judicial.

Contra a decisão liminar, houve recurso¹²⁴. O recurso levantou a discussão sobre a adequação jurídica do tipo do processo judicial adotado pelos vereadores. Veja-se que foi ajuizado um processo cautelar, o qual tem em vista assegurar direito aparente ameaçado de dano – garantindo a eficácia

¹²¹ Schwartz, 2014a, p. 131. Schwartz; Da Costa; Fleck, 2014.

¹²² Processo ajuizado na comarca de Porto Alegre-se com tramitação na 4ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central, sob a numeração 001/1.13.0079387-3.

¹²³ Schwartz, 2014a, p. 131.

¹²⁴ Agravo de Instrumento n.º 70054206107, TJRS, 22ª Câmara Cível, Des. Rel. Carlos Eduardo Zietlow Duro, Dje: 02.07.2013.

da prestação da tutela jurisdicional satisfativa (*segurança para a execução*) – e tem por característica ser *instrumento do instrumento*, ou seja, é um meio para que um processo principal alcance seu fim. Veja-se que a decisão liminar a converteu em processo de conhecimento, mais especificamente em ação popular, julgando o pedido liminar como *antecipação de tutela* – a qual consiste na antecipação dos efeitos da sentença, melhor dito, tem uma função satisfativa (ao contrário da cautelar). Todavia, em sede recursal, entendeu-se não ser viável juridicamente a conversão da cautelar na ação popular pela falta dos requisitos específicos desse processo¹²⁵. Não obstante ter-se entendido pela inviabilidade jurídica da conversão, o Tribunal reputou a demanda processual como um processo cautelar de uma futura eventual ação popular, considerando a relevância da matéria, “que transcende o pleito dos autores, interessando a toda a coletividade”. Em face disso, seria necessário ajuizar o processo principal (*ação popular*) no prazo de 30 dias, contados da data da efetivação da medida cautelar (art. 806, CPC), sob pena de cessar a eficácia da medida cautelar, no caso a suspensão do aumento da tarifa dos ônibus.

Ora, diante disso, em um primeiro momento, vê-se que o Direito reconstrói autorreferencialmente o sentido de seu entorno¹²⁶ com base na unidade da diferença *lícito/ilícito* (código binário); trata-se, pois, da juridificação ou juridicização, *i.e.*, as informações do entorno são *juridicamente* relevantes quando introduzidas na recursividade do Direito e submetidas ao seu processamento interno: “The lawyers observe economic actions under the code legal/illegal and *misread* economic processes and structures as sources of law.

¹²⁵ O argumento principal foi o de que “[r]esta inadmissível, em face disso, conferir legitimação concorrente a todos os indivíduos na defesa de interesses difusos ou coletivos [...]”. Tal fundamento, entretanto, é deveras controvertido, isso porque a ação popular é uma ação constitucional prevista como *direito fundamental* (inc. LXXIII, art. 5º, CF), sendo que qualquer cidadão é parte legítima para propô-la, bastando a prova da cidadania com base no título eleitoral (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2014, p. 845); e, tendo em vista a condição de vereadores dos autores do processo, verifica-se que preenchiam as *condições de elegibilidade* e, pois, possuíam capacidade eleitoral ativa (requisito da ação popular).

¹²⁶ “[...] que envolve uma certa desconstrução do outro e uma autodesconstrução: tanto conteúdos do ‘outro’ são desarticulados (falsificados!) e rearticulados internamente, quanto conteúdos de sentido originários da própria ordem [jurídica] são desarticulados (falsificados!) e rearticulados em face da introdução do ‘outro’”: Neves, 2009, p. 118.

Vice-versa, clever economic actors *misread* legal norms under the economic code as bargaining chips, as new opportunities for profit-making¹²⁷.

Em um segundo momento, nota-se que a submissão do conflito à análise dos Tribunais (judicialização) implica uma especificação maior dos problemas jurídicos. Com efeito, o Judiciário (Tribunal) não se ocupa de todos os problemas jurídicos. Muito embora as mais importantes e grandes organizações assumam o correspondente problema do sistema funcional (centro do sistema)¹²⁸, uma vez sendo o Judiciário uma organização, as organizações são consideradas *mecanismos eficientes de resolução de problemas* dos sistemas funcionais¹²⁹, como é o caso do Direito; ocorre que as organizações fazem isso ao custo de especificá-los e redefini-los. Assim, as funções da sociedade (incluindo a do Direito) são muito amplas, necessitando de diversas organizações encarregadas de assumir parcialmente aspectos relevantes de cada uma delas. Desse modo, para que um problema da sociedade seja solucionado por uma organização, faz-se imprescindível que tal problema seja suficientemente especificado autorreferencialmente nos termos da organização¹³⁰. É nesse sentido, aliás, que se encontram as normas procedimentais e das normas probatórias¹³¹.

Com relação à discussão judicial sobre o processo adequado e suas formalidades/requisitos, vê-se justamente que os protestos dos movimentos sociais são submetidos às condições autopoiéticas e autorreferenciais do Judiciário, sempre que judicializarem o conflito¹³².

Como fundamento principal da manutenção da suspensão da tarifa do transporte público, a decisão do recurso revelou que houve a edição da Medida Provisória n.º 617/13, a qual reduziu a zero as alíquotas das contribuições para o PIS-COFINS incidentes sobre a receita decorrente da prestação de serviços públicos coletivos de passageiros. Com efeito, tais contribuições eram

¹²⁷ Teubner, 1997, p. 161.

¹²⁸ Luhmann, 2007, p. 667.

¹²⁹ Rodríguez, 1996, p. 28-29.

¹³⁰ Rodríguez, 2004, p. 46.

¹³¹ Luhmann, 2005, p. 384.

¹³² É nesse sentido que se pode falar em *movimentos de integração* e de *desintegração* no Direito; aqueles pretendem não se submeter às *regras* dos sistemas parciais, estes observam-nas: Campilongo, 2012, p. 103 e segs.

computadas na planilha financeira como custos para o cálculo final do valor da tarifa. É dizer, a desoneração fiscal implicou a redução da tarifa do transporte público, dado que a ausência do custo não justificava mais o seu aumento – apesar de não se saber exatamente o quanto reduziria no momento da decisão recursal.

Nesse ponto, inclusive, a decisão do Judiciário aponta que o próprio Prefeito Municipal poderia modificar a qualquer momento na esfera administrativa o aumento da tarifa, para o fim de readequá-la à desoneração fiscal. Na decisão, foi registrado que a redução em valor igual ou inferior a R\$ 2,85 da tarifa implicaria a perda do objeto do processo ajuizado pelos vereadores.

A propósito, esse foi o resultado final do processo judicial. Em 05 de julho de 2013, o Judiciário extinguiu o processo sem resolução de mérito, tendo em vista a perda do objeto. Com a edição do Decreto municipal n.º 18.338/13, que fixou o valor da tarifa dos serviços de transporte coletivo urbano em R\$ 2,80, não houve mais interesse processual de agir pelos vereadores.

Diante disso, corroborando-se o antes exposto, os movimentos sociais direcionam seus protestos para o *centro*, principalmente o centro do sistema Político (Estado), a fim de que este os escute e os resolva. Desse modo, os movimentos sociais encontram-se unicamente naqueles sistemas funcionais que formam centros, sendo que isso se dá principalmente no sistema Político, ao exigir uma reação do Estado (centro da Política)¹³³.

Então, seria o Judiciário o mais adequado na resolução dos protestos? Em vista de tudo isso, é possível verificar que os movimentos sociais buscam, primariamente, a resolução dos seus problemas no Estado (centro do sistema Político) ou no Legislativo (periferia do sistema do Direito). Entretanto – frise-se –, o fato de que o Tribunal consiste no coração do fechamento jurídico não afasta a sua adequação, em certas situações, à resolução dos problemas (temas) levantados pelos protestos.

Evidentemente que o Judiciário tende a rejeitar os protestos com pretensões contrárias ao *direito válido*, uma vez que é o Judiciário (como

¹³³ Luhmann, 2007, p. 677.

centro do Direito) que coloca em prática o código e os programas jurídicos, fazendo uso reservado do símbolo circundante da validade jurídica. Campilongo assevera que, quando os movimentos sociais levantam dúvidas acerca do direito válido, colocam na berlinda o mais importante fundamento do direito: a validade¹³⁴, que reproduz a *unidade* do sistema.

Nesse sentido, reforça-se o fato de que é na periferia o lugar para o aprendizado, e, no caso do sistema do Direito, é a legislação a qual possibilita a aprendizagem no Direito. Assim, a legislação é a zona de contato com o entorno do Direito, podendo apresentar interesses de qualquer índole (não só legais/ilegais). Em se apresentando um protesto contra *direito válido*, revela-se que é a legislação que viabiliza a aprendizagem jurídica, de tal modo a introduzir no âmbito do símbolo da validade jurídica a partir da criação de novo direito vigente. Como exemplo, veja-se a discussão sobre a liberação/descriminalização das drogas: muito embora, eventualmente, seja uma necessidade social, o Tribunal não poderá reconhecer a descriminalização das drogas; entretanto, o legislativo poderá considerar, direta e fortemente, tal possibilidade, transformando o *ilícito* para um *lícito*.

Todavia, o Tribunal será o mais adequado para resolver os problemas dos protestos, não quando se tratar de conflitos contra o direito válido, mas sim quando se tratar de exigências de *aplicação (e cumprimento) das normas jurídicas*, garantindo direitos e resolvendo conflitos jurídicos com base no direito válido. Aliás, os próprios movimentos sociais aproveitam do sistema jurídico as *garantias de liberdade*, ao usufruírem o direito de protestar. Ademais, pela positivação do Direito, vê-se uma *reflexividade da normatização*, isto é, a normatização do estabelecimento de normas, de tal modo que existem normas que normatizam a normatização¹³⁵. Esse é o caso do mecanismo de reflexividade (autorreferência processual) mais abrangente do Direito, *i.e.*, a Constituição¹³⁶. Nesse sentido, pode-se falar de uma diferença entre Constituição/legislação, possibilitando o denominado *controle de*

¹³⁴ Campilongo, 2012, p. 91.

¹³⁵ Luhmann, 1985, p. 13-14.

¹³⁶ Neves, 2007, p. 153-154.

constitucionalidade das leis. Portanto, o Judiciário garante os *direitos válidos* não realizados/aplicados objetos de protestos.

Outrossim, os Tribunais possuem uma abertura (aprendizado), porém *diferente* da periferia. Com efeito, a *obrigatoriedade de decidir* do Judiciário importa que, por um lado, o sistema jurídico constrange o Judiciário a decidir com base em seu fechamento operacional e, por outro lado, garante a abertura do sistema jurídico a uma infindável série de demandas do entorno, revelando que o Judiciário é um inevitável intérprete¹³⁷ do direito¹³⁸. Com isso, a *obrigatoriedade de decidir* gera um paradoxo: “transforma a coação (proibição da denegação de Justiça) em liberdade (formulação de um direito judicial); o fechamento (completude do ordenamento) em abertura (o Judiciário deve responder a todas as demandas)”¹³⁹. Assim sendo, é na própria *obrigatoriedade de decidir* casos específicos previstos em leis gerais que o Tribunal *aprende* a partir de casos-problemas.

Partindo de uma interpretação luhmanniana, Neves conceitua os princípios como programas jurídicos que se estruturam tipicamente mediante uma relação mais elástica entre *se* e *então*, sendo tendente a envolver uma postura mais flexível e aberta em face da incorporação de valores¹⁴⁰. Na verdade, a diferença entre princípio e regra tem um significado funcional-estrutural na passagem da complexidade determinável (estruturável, organizável) do princípio para a complexidade determinada (estruturada, organizada) da regra no interior do sistema jurídico¹⁴¹. Dessarte, embora não possam desprezar a consistência jurídica (para a qual a regra serve melhor), os princípios desempenham sua função especialmente diante da *adequação*

¹³⁷ A distinção texto/interpretação expõe o Direito à evolução: “El texto sujeto por la escritura es motivo de continua reobservación mediante nuevas distinciones. Estas distinciones delimitan la tarea de la interpretación. Y es así como se hace justicia a la validez del derecho. Por ejemplo la validez no puede modificar, interpretando, un sentido que ha sido fijado unívocamente: un plazo determinado. Por otro lado, la cuestión de si ese sentido ha sido unívocamente fijado, es en sí misma una cuestión de interpretación. Por consiguiente, la interpretación es soberana en cuanto a su autodelimitación; es responsable de la totalidad del derecho y no sólo de aquellas partes fijas que son poco claras. Por consiguiente: todo derecho asegurado mediante la escritura, es un derecho que puede ser interpretado: Luhmann, 2005, p. 318.

¹³⁸ Campilongo, 2002, p. 35.

¹³⁹ Campilongo, 2002, p. 35.

¹⁴⁰ Neves, 2013, p. 41.

¹⁴¹ Neves, 2013, p. 85.

social do direito. É nesse sentido, pois, que se revela também um aprendizado do Judiciário, podendo resolver os conflitos trazidos pelos protestos judicializados.

Além disso, considerando que a evolução somente ocorre com o preenchimento da *variação/seleção/estabilização*, na sociedade contemporânea, o Direito problematiza-se na *estabilização*, no sentido de ter-se uma débil adequação das estruturas preexistentes às estruturas novas. O problema reside, aqui, na deficiência da *dogmática jurídica* em oferecer conceitos socialmente adequados¹⁴². Revela-se, pois, o problema do Judiciário em aprender.

Relativamente à judicialização do aumento da tarifa dos transportes públicos de Porto Alegre-RS, nota-se que tal protesto não se voltou contra o direito válido. Contudo, muito embora o Judiciário tenha suspenso tal aumento, foi o Estado que resolveu o problema ao por decreto diminuir o valor da tarifa. O Judiciário, por sua vez, necessitaria de mais tempo e de seus próprios meios para resolver *juridicamente* tal questão. Isso denota que os movimentos sociais dirigem, principalmente, a resolução de seus protestos para o Estado (como centro do sistema Político ou como periferia do sistema do Direito).

Embora isso tudo, levando-se em consideração que o Judiciário superou questões procedimentais ao manter a suspensão do aumento da tarifa do transporte público, apesar das controvérsias sobre o tipo de processo adotado (cautelar), nota-se uma abertura com uma devida *adequação social do direito* à relevância e urgência do problema trazido à tona pelos protestos dos movimentos sociais. Por conseguinte, o Judiciário viabilizou um aprendizado em consonância com a sua característica de coração do fechamento operativo/normativo, de tal modo que a sua clausura operativa é uma condição da possibilidade de abertura: “Toda abertura parte de un estado cerrado [...]”¹⁴³. Trata-se, pois, de uma inter-relação difícil e complexa entre os movimentos sociais e o Direito.

¹⁴² Neves, 2008, p. 24.

¹⁴³ LUHMANN, Niklas, (1991), *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. México: Alianza Editorial/Universidad Iberoamericana, p. 444.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diferenciando-se o Direito internamente em centro/periferia, a legislação ocupa um papel filtrante da irritação proveniente do entorno, invadindo, cada vez mais, espaços livres do Direito (*periferia*); e o Judiciário realiza somente operações filtradas, colocando em prática o código e programas jurídicos e fazendo uso reservado da validade jurídica (*centro*).

Ao reassentarem nas operações da sociedade a negação da sociedade, os movimentos sociais de protesto irritam os sistemas funcionais, principalmente o Político e o Direito, estimulando as suas evoluções. Nesse sentido, sendo toda irritação uma *autoirritação*, os sistemas funcionais devem reconstruir autorreferencialmente o problema do entorno, no caso trazido à tona pelos protestos.

Em vista disso, observou-se que a legislação concretiza o aprendizado no Direito. Portanto, a legislação pode consubstanciar interesses de qualquer índole e impô-los com todos os meios disponíveis. Por isso, o legislativo pode modificar diretamente o direito válido com a reforma legislativa, razão por que, ao protestarem contra o direito válido, é mais adequado que os movimentos sociais direcionem a exigência de resolução ao legislador.

Por outro lado, o Judiciário também possibilita o aprendizado (abertura) no Direito, porém aprende de modo diferente. Ora, a sua *obrigatoriedade de decidir* garante a abertura do sistema jurídico a uma infindável série de demandas do entorno, revelando o Judiciário como um inevitável intérprete do direito. Em suma, em se tratando de protesto exigindo a aplicação (ou cumprimento) do direito válido, vê-se o Judiciário como mais adequado destinatário de sua resolução. Igualmente, o Judiciário deve *adequar socialmente o direito* a partir da dogmática jurídica e dos princípios jurídicos – sem olvidar de sua consistência jurídica (regras) e seu fechamento operativo.

Diante disso, a relação dos movimentos sociais com o Direito é deveras complexa. Embora o legislativo tenha uma maior facilidade no contato com o entorno (ainda que sempre autorreferencialmente), o Judiciário também viabiliza a abertura do sistema jurídico ao analisar os casos-problemas. E, por

outro viés, buscando uma aplicação (ou cumprimento) do direito válido, inevitavelmente, o Judiciário tem uma resolução propriamente mais *jurídica* para os protestos, sob a condição de observância das *regras* da judicialização. Com isso, cada vez mais, percebe-se a difícil e complexa inter-relação dos movimentos sociais e o sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, A.-J. Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização. **Crítica da Razão Jurídica**. Brasil: Lumen Juris, 2007.

_____. Alguns Impactos da Globalização sobre o Direito. In: ARNAUD, A.-J. (org.). **Globalização e Direito I: impactos nacionais, regionais e transnacionais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAMPILONGO, C. F. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**. São Paulo: Elsevier, 2012. Madrid: Alianza Editorial, 2012.

CLAM, J. A Autopoiese no Direito. In: ROCHA, L. S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, J. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoético do Direito**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CASTELLS, M. **Redes de Indignación y Esperanza: los movimientos sociales en la era de internet**.

CORSI, G.; ESPOSITO, E.; BARALDI, C. **Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann**. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

LUHMANN, N. **A posição dos Tribunais no sistema jurídico**. Revista da AJURIS, n.º 49, Porto Alegre, 1990.

_____. **El derecho de la sociedad**. México: Herder, 2005.

_____. **La Sociedad de la Sociedad**. México: Herder, 2007.

_____. **Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general**. 1ª ed. México: Alianza Editorial/Universidad Iberoamericana, 1991.

_____. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. **Sociología del Riesgo**. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

_____. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

_____. The World Society as a Social System. In: **International Journal of General Systems**. Vol. 8, 1982.

NAFARRATE, J. T. **Niklas Luhmann**: la política como sistema. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. Universidade Iberoamericana, 2009.

NEUMANN, F. O Conceito de Liberdade Política. In: **Caderno de Filosofia Alemã**, n.º 22, p. 107-154, 2013.

NEVES, M. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

_____. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

RIBEIRO, D. V. H. A tutela antecipada na reforma do CPC de 1994 na perspectiva da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 94, p. 51-70, 2004.

RODRIGUEZ, J. R. Franz Neumann, o Direito e a Teoria Crítica. In: **Lua Nova**, n.º 61, p. 53-73, 2004.

RODRÍGUEZ, D. M.; ARNOLD, M. **Sociedad y teoría de sistemas**: Elementos para la comprensión de la teoría de Niklas Luhmann. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2007.

RODRÍGUEZ, D. R.; NAFARRATE, J. T. **Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**. México: Herder, 2008.

RODRÍGUEZ, D. M. Los Límites del Estado en la Sociedad Mundial: de la Política al Derecho. In: NEVES, M. (coord.). **Transnacionalidade do Direito**: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

RODRÍGUEZ, D. M. **Gestión Organizacional para su estudio**. México: Universidade Iberoamericana, 1996.

_____. **Organizaciones para la modernización.**
México: Universidad Iberoamericana, 2004.

SALET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHWARTZ, G; DA COSTA, R. A.; FLECK, A. S. B. Political and Legal Response to Brazil's June Days: an analysis of judicialization and criminalization in the city of Porto Alegre. In: **The Journal of Social Policy Studies**, v. 12, p. 285-298, 2014.

SCHWARTZ, G. As Teses Radicais de Luhmann. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito.** Vol. 6, n.º 1, 2014c.

_____. **Direito & Rock:** o rock e as expectativas normativas da constituição de 1988 e do junho de 2013. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

_____. Hasta donde el Fútbol influye en el Sistema Político y juridiciza los movimientos sociales? Brasil, la Constitución de 1988 y el Junio de 2013. In: **Derecho y Cambio Social**, v. 37, p. 1-30, 2014b.

_____. **O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Constituições Civas e Regulação: Autopoiese e Teoria Constitucional. In: Conpedi – XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional, 2007, Campos do Goytacazes. **Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi**, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

TEUBNER, G. Breaking Frames: the global interplay of legal and social systems. In: **The American Journal of Comparative Law.** Vol. XLV, 1997.

**UMA ANÁLISE DAS JORNADAS DE JUNHO DE 2013 E ATUAÇÃO DAS
FORÇAS POLICIAIS**
**A ANALYSIS OF THE 2013 JUNE MOVEMENTS AND THE ATUATION OF
THE POLICY FORCES**

Gualterberg Nogueira de Lima Silva¹⁴⁴

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo apresentar à comunidade acadêmica questionamentos quanto aos movimentos populares em junho de 2013 e atuação das Forças Policiais. As manifestações de junho de 2013, grande parte delas protagonizadas por jovens estudantes, nasceram nas redes sociais. Os fatos que desencadearam esses protestos são variáveis e não necessariamente se prendem à tradicional motivação da luta de classe. E com o objetivo de levantar informações sobre o perfil dos participantes das manifestações que aconteceram no Brasil, será apresentado os dados do IBOPE Inteligência que ouviu 2002 pessoas, em oito capitais brasileiras, durante os protestos de 20 junho de 2013.

PALAVRAS CHAVES: Manifestações Populares, **Sociedade**, Liberdade de pensamento, Movimentos sociais, Redes Sociais, Poder de Polícia.

ABSTRACT: This work has the objective to present the academic community questions related to the popular movements in June 2013 and operations of the Police Forces. Expressions of June 2013, most of them starring young students, were born on social networks. The facts that led these protests are variable and not necessarily relate to the traditional motivation of class struggle. And in order to gather information on the profile of the participants of the demonstrations that took place in Brazil, will be presented the data from IBOPE Intelligence heard that 2002 people in eight Brazilian cities, during the protests of June 20, 2013.

KEYWORDS: popular movements, society, Freedom of thought, Social movements, Social Networks, Police power.

1 INTRODUÇÃO

144 Mestrando em Direito e Sociedade pela Unilasalle/Canoas. Integrante do grupo de pesquisa "Teorias Sociais do Direito", vinculado ao programada de mestrado do UNILASALLE.

O fundamento primordial da Sociologia Moderna é o exercício da cidadania e o livre direito de manifestar. Esta é a prerrogativa da pessoa física de exercer direitos políticos.

É também o critério a ser observado como indispensável ao gozo de prerrogativas e garantias sociais.

Neste aspecto, o conceito de cidadania anexa-se ao da soberania popular, ao exercício dos direitos políticos e ao ditame da dignidade da pessoa humana.

Assim, o exercício da cidadania significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem com o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais.

Por uma interpretação sistemática, o princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país, a fim de garantir-se o respeito à livre manifestação.

O direito de manifestação liga-se intimamente à liberdade de pensamento e ao sistema democrático de governo.

Assim, a livre opinião pública é fundamental para o controle do exercício do poder e é tributária da garantia da liberdade de expressão e também do direito de reunião, pelo qual se assegura às pessoas a possibilidade de ingressarem na vida pública e interferirem ativamente nas deliberações políticas, pressionando por uma variante de ação estatal.

2 O NOVO PENSAMENTO NA SOCIOLOGIA MODERNA E MOVIMENTOS SOCIAIS NA ERA DA INTERNET

Ao se debruçar profundamente sobre os movimentos sociais ocorridos após a crise financeira de 2008 (Primavera árabe, Movimento Los Indignados e Occupy Wall Street), o sociólogo espanhol Manuel Castells buscou em sua obra *“Redes de Indignação e Esperança: Movimentos sociais na era da internet”* compreender as novas formas de manifestações sociais e a sua relação com a internet.

Para tanto, o escritor espanhol acredita que a tecnologia (internet) consiste numa ferramenta construída para atender demandas sociais, econômicas e culturais.

Diante disso, os últimos 20 anos assistiram a construção de veículos de comunicação de massas horizontais, o que conseqüentemente permitiu ao indivíduo construir redes de interação virtual e troca de informações.

Para ele, assim como o século passado teria definido a sua modernização pela **capacidade de obter recursos energéticos**, o nascimento do século XXI seria caracterizado por uma nova forma de modernização: a **capacidade de obtenção de informação**.

A novidade, em comparação com o que ocorreu no passado brasileiro (nisto nosso movimento se assemelha aos europeus e a "primavera-árabe"), é que esta nova forma de mobilização se deu pela internet, pelos twitters e pelos celulares, sem intermediação de partidos ou organizações e, conseqüentemente, sem líderes ostensivos e manifestos partidários.

Como é possível verificar, modernamente a soberania popular é exercida em regra por meio da Democracia representativa, sem contudo descuidar-se da Democracia participativa, uma vez que são vários os mecanismos de participação mais intensa do cidadão nas decisões governamentais (plebiscito, referendo, iniciativa popular), bem como são consagrados mecanismo que favorecem a existência de vários grupos de pressão (direito de reunião, direito de associação, direito de sindicalização, direito de manifestação).

Neste diapasão, é vedado qualquer limitação do poder de manifestar, praticada pelo Poder Executivo a fim de evitar manifestações com emprego da Polícia Militar.

Destarte, todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

Outro característica da Sociologia Moderna é a velocidade de organização social permitida pela internet que extrapolou a capacidade de

repressão estatal devido a sua não compreensão nos métodos organizacionais desses “grupos rebeldes” que se utilizam de redes sociais como ferramentas de comunicação horizontal.

No caso das manifestações de junho de 2013, a liberdade de reunião pode ser vista como instrumento da livre manifestação de pensamento, aí incluído o direito de protestar.

O direito de manifestação pressupõe um agrupamento de pessoas (elemento subjetivo) e deve ostentar um mínimo de coordenação (elemento formal).

A aglomeração deve ser o resultado de uma convocação prévia e integrá-la conscientemente. As pessoas que dela participam comungam de um fim comum – que pode ter cunho político, religioso, artístico ou filosófico (elemento teleológico).

A manifestação, igualmente, deve ser pacífica e sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

Num tempo onde a luta contra qualquer tipo de opressão é emblemática, o uso de meios de comunicação interativo parece imprescindível.

Principalmente quando percebemos que muitos problemas antes enfrentados em nível local por cada país hoje recebem o apoio de associações que ganharam força em nível mundial.

Como muitos já vêm experimentando, os limites impostos pelas fronteiras geopolíticas, pelas instituições e pelas atitudes excludentes e segregatórias tornam-se menos eficientes no novo espaço pelo qual podemos navegar com temores, é verdade, mas também com esperança e entusiasmo.

3 MOMENTO HISTÓRICO - AS MANIFESTAÇÕES POPULARES DE 2013 NO BRASIL

Ao longo da história, os movimentos sociais são produtores de novos valores e objetivos em torno dos quais as instituições da sociedade se

transformaram a fim de representar esses valores, criando novas normas para organizar a vida social.

Os movimentos sociais exercem o contrapoder construindo-se, em primeiro lugar, mediante um processo de comunicação autônoma, livre do controle dos que detêm o poder institucional.

Neste contexto, um novo fenômeno marcou as manifestações de junho de 2013 no Brasil: **o descrédito nas instituições partidárias.**

Com o objetivo de levantar informações sobre o perfil dos participantes das manifestações que aconteceram no Brasil, o IBOPE Inteligência ouviu 2002 pessoas, em oito capitais brasileiras, durante os protestos de junho de 2013.

Na pesquisa, a maioria dos manifestantes dizia não se sentir representada por partido (89%) ou político brasileiro (83%). Entre os entrevistados, 96% alegaram não ser filiados a nenhum partido político e 86% não eram filiados a nenhum sindicato, entidade de classe ou entidade estudantil.

Quando questionados sobre quais as reivindicações que os levaram às ruas, 38% dos entrevistados apontaram a questão do transporte público como primeiro motivo de mobilização.

Quando considerada a soma de todas as questões mencionadas pelos manifestantes, **65%** reivindicavam mudanças no atual ambiente político, **54%** no transporte público e **37%** na área da saúde.

Segundo Georges Burdeau, na obra *O Estado*:

a política já não ter muito sucesso enquanto atividade belicosa, é provado pelo fenômeno que se qualificou de **despolitização** (gifo nosso). Por certo sabe-se que essa expressão é equívoca, mas, em todo caso, designa uma realidade na medida em que traduz o desapego dos governados para com lutas partidárias. A atividade política não está desvalorizada, mas há transferência de seus objetivos para movimentos que antes lhe permaneciam alheios. Trate-se das organizações profissionais, das associações de lazer, dos grupos de moradores nos grandes conjuntos, etc., a política se manifesta com a preocupação com o possível e a vontade de obter resultados; ou seja, no espírito de gestão.

Neste contexto, as manifestações populares ocorridas no Brasil em junho de 2013 representam um **novo marco histórico na democracia brasileira.**

Segundo Boaventura de Sousa Santos (2013), renomado autor de estudos sobre emancipação social, direitos coletivos e democracia participativa, as manifestações populares ocorridas no Brasil em junho de 2013 marcaram um novo cenário histórico do país, devido a sua originalidade quanto à **diversidade ideológica**, a **multiplicidade de interesses antagônicos** dos diversos grupos sociais participantes e um movimento de *bandeira antipartidarista*.

Acrescenta o sociólogo português que a onda de indignação que tomou as ruas do país tem como “pano de fundo” as mudanças vividas pela sociedade brasileira nas últimas décadas e a classe média, afirma, cresceu e com ela as demandas dos cidadãos por melhores serviços públicos ganharam força.

4 COMO SURGE A VIOLÊNCIA NAS MANIFESTAÇÕES - ATUAÇÃO DAS FORÇAS POLICIAIS

Durante os protestos de junho de 2013, policiais e manifestantes protagonizaram fortes cenas de conflito.

Diante das graves ocorrências, o uso indiscriminado da força por parte da polícia passa a ser alvo de discussões e questiona-se a sua capacidade em garantir a segurança.

A socióloga Maria da Glória Gohn¹⁴⁵ destaca que:

Nas manifestações de 2013, pode-se indagar se ela ressurgiu como nova forma de luta social ou internacionalização de formas de protesto. O fato novo é a violência ser apresentada e justificada por essas alas dos manifestantes como forma predominante da ação no protesto, e esse fato reforça a hipótese de mudança na composição e no caráter dos movimentos nas ruas. A violência performática como norma de conduta é um registro de formas de movimentos de protestos internacionais deste novo século.

As manifestações iniciadas em Junho, em São Paulo, foram caracterizadas, inicialmente, na mídia e por muitos políticos, como atos de “vândalos”.

Conforme a pesquisa IBOPE-Inteligência, para 42% dos entrevistados, os policiais agiram com muita violência para conter as manifestações.

¹⁴⁵ Gohn, Maria da Glória. Artigo: A Sociedade Brasileira em Movimento: vozes das ruas e seus ecos políticos e sociais.

Já **41%** consideraram que, apesar da violência por parte dos policiais, **não houve exageros**.

O estrato de mais baixa renda parece particularmente sensível aos excessos da atuação policial: 54% daqueles com renda familiar até 1 salário mínimo avaliaram que a polícia foi muito violenta, e 6% avaliaram que não houve violência, enquanto a média geral foi 13%.

Em relação **aos manifestantes**, **44%** consideraram que eles agiram com muita violência e outros 39% dizem que a atuação dos manifestantes foi violenta, mas sem exageros.

5 A QUESTÃO DO EMPREGO DE ARMAS NÃO-LETAIS

Um grande questionamento que gira em torno das manifestações populares é o emprego de armas não-letais pela Polícia Militar.

Em 22 de dezembro de 2014, a Presidência da República sancionou a Lei nº 13.060, que disciplinou o uso dos instrumentos de menor potencial ofensivo pelos agentes de segurança pública, em todo o território nacional.

Pela referida lei, antes de recorrer às armas de fogo, a polícia terá que usar prioritariamente armas não letais como: spray de pimenta, gás lacrimogênio, cassetetes, balas de borracha e armas de eletrochoque, também conhecida como “*taser*”.

Essa obrigatoriedade, entretanto, está condicionada aos princípios de “legalidade, necessidade, razoabilidade e proporcionalidade” no emprego das armas não letais.

Ainda, na justificativa do projeto de lei pelo Congresso Nacional, o objetivo é conformar os meios de emprego da força pelos agentes de segurança pública, para que haja redução de ocorrências graves e melhor atendimento das exigências constitucionais de preservação da incolumidade física das pessoas envolvidas.

Neste contexto, houve emprego de Forças Policiais durante as manifestações de junho de 2013, mas também constata que, à medida que os

protestos se intensificaram, saques e episódios de vandalismo também aumentaram, embora a grande maioria das pessoas nas ruas fosse pacífica.

A ação desproporcional das polícias militares, principalmente no Rio de Janeiro e em São Paulo, “virou” a opinião predominante na opinião pública, refletida na imprensa.

Fica evidente não se poder concordar com a violência.

A consagração de um Estado Democrático pretende, precipuamente, afastar a tendência humana ao abuso de poder e a limitação de direitos.

A defesa das instituições democráticas é atribuição de órgãos dotados de forças coercitivas a fim de garantir a Segurança Nacional, a soberania, do estado democrático de direito e da paz social.

É a legitimação do Estado, que estende sua soberania perante o surgimento de situações de emergências excepcionais.

Neste contexto, cabe ressaltar que o direito de manifestação deverá ser exercido independentemente de autorização; assim, é vedada atribuição às autoridades públicas para análise da conveniência ou não de sua realização, impedindo as interferências nas reuniões pacíficas e lícitas em que não haja lesão ou perturbação da ordem pública.

A liberdade de manifestação, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura.

Não é o Estado que deve estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe, antes, ao público a que essas manifestações se dirigem.

Como ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, se a intenção da atividade policial for a de frustrar a reunião, seu comportamento é criminoso.

Segundo Uadi Lammêgo Bulos "como a convivência harmônica reclama a preservação dos direitos e garantias fundamentais, é necessário existir uma atividade constante de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas. Daí a razão de ser da segurança pública do Estado, isto é, manter a paz dentro da adversidade, pois é dentro do embate de interesses antagônicos que emerge o seu papel fundamental, qual seja, o de procurar manter o equilíbrio nas relações sociais".

O italiano Paolo Barile associou a idéia de ordem pública a uma situação de pacífica convivência social, distante das ameaças de violência ou sublevação que podem gerar, inclusive, a curto prazo, a prática de delitos (*// soggetto privato nella costituzione italiana*, Padova, CE-DAM, 1953, p. 177).

Neste diapasão, o objetivo fundamental da **segurança pública**, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos – como no caso dos manifestantes de junho de 2013, é a **preservação da incolumidade das pessoas e do patrimônio**.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em última análise, o legado de um movimento social consiste na mudança cultural que ele tenha produzido com sua ação.

Conforme a pesquisa IBOPE-Inteligência que ouviu 2002 pessoas, em oito capitais brasileiras, em junho de 2013, os protestos tiveram demandas diversas, como aplicação de recursos na educação, saúde, passe livre no transporte público e críticas aos gastos públicos nas obras das copas das Confederações e do Mundo (2014).

Ainda, dentre os entrevistados, 75% se mostraram favoráveis às manifestações populares que tomaram conta do país durante a Copa das Confederações, sobretudo os mais jovens e de mais alta escolaridade, ante 22% que são contra.

As manifestações ocorreram simultaneamente em várias outras cidades do país, como em Porto Alegre, Belo Horizonte, São Paulo, Natal, Belém, Campinas, no Rio de Janeiro e em Florianópolis.

As manifestações populares iniciaram pacíficas, eclodindo depredações, assim como a atuação das polícias militares.

O texto constitucional garante o direito de manifestações populares.

Não se trata, porém, de barreira para que o Judiciário estipule, no caso concreto, os limites da livre manifestação do pensamento (racismo, homofobia, religião, crueldade de animais).

Assim, quando dois interesses estiverem em conflito, caberá ao órgão

judicante decidir, dentro do contexto social, qual deles deverá prevalecer.

Neste estará cumprindo a Constituição, porque censura não se confunde com controle jurisdicional de legalidade, e o Judiciário tem o poder-dever, cautelar ou definitivo, de intervir, sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a um direito.

A ação desproporcional das polícias militares no Rio de Janeiro e em São Paulo “virou” a opinião predominante na opinião pública, refletida na imprensa.

Fica evidente não se poder concordar com a violência, tanto da Polícia como de manifestantes.

Os direitos humanos, historicamente, foram conquistados em oposição à força estatal, de forma que, no Estado Democrático de Direito, as polícias devem usar apenas os meios necessários e suficientes para manter a paz social e fazer prevalecer a ordem pública.

Em face disso, é injustificável o uso de equipamentos que possam causar lesões corporais irreversíveis.

Ainda que o presente estudo tenha chegado a um entendimento, o tema não está esgotado, podendo no futuro próximo se chegar a outros juízos, diante das inúmeras situações em que a sociedade global se apresenta com características de funcionamento em rede e de clara eliminação de fronteiras.

REFERÊNCIAS

BURDEAU, G. **O Estado**. Tradução Maria Ermantina de Almeida.- São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

Carta das Nações Unidas. Disponível em <<http://www.un.org>> Acesso em: 23 jan 2015.

CASTELLS, M. **Redes de Indignação e Esperança: Movimentos sociais na era da internet**. Rio de Janeiro. Ed. Zahar, 2013.

FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GALLIANO, G. **Introdução à Sociologia**. São Paulo:Harper & Row do Brasil, 1981.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, B. de S. **Os protestos podem voltar mais fortes e incontroláveis**. Disponível em <http://www.dw.de/protestos-podem-voltar-mais-fortes-e-incontrol%C3%A1veis-diz-soci%C3%B3logo/a-16938502>. Acessado em 22.01.2015.

89% dos manifestantes não se sentem representados por partidos. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/89-dos-manifestantes-nao-se-sentem-representados-por-partidos.aspx>. Acessado em 24.01.2015.

75% dos brasileiros são favoráveis às manifestações públicas. CNT-IBOPE INTELIGÊNCIA. **Pesquisa de Opinião Pública sobre as manifestações: JOB0948/2013BRASIL**. Disponível em: http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/JOB_0948_BRASIL%20-%20Relatorio%20de%20tabelas.pdf. Acessado em 24.01.2015.